

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. NIAL FENNELLY

presentadas el 22 de enero de 1998 *

I. Introducción

1. En el presente asunto se solicita de nuevo al Tribunal de Justicia que se pronuncie acerca de la compatibilidad de la legislación portuaria italiana con las normas del Tratado sobre la libre circulación de mercancías, y la libre prestación de servicios y la competencia. La petición de decisión prejudicial se refiere a empresas titulares de derechos exclusivos en dos de los principales puertos mediterráneos de Italia, cuyos servicios de amarre están obligadas a utilizar las empresas de transporte marítimo. Se alega, en particular, que las tarifas cobradas no son compatibles con el Derecho comunitario.

II. Hechos y marco normativo

A. Hechos y procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional

2. Corsica Ferries France SA (en lo sucesivo, «Corsica Ferries» o «demandante») es una

empresa de transporte marítimo francesa que desde el 1 de enero de 1994 presta un servicio de línea regular de transporte de mercancías y pasajeros entre diversos puertos de Córcega y, entre otros, los puertos italianos de La Spezia y Génova. Para ello emplea cuatro transbordadores *roll-on roll-off*, ¹ fletados por tiempo determinado a una sociedad establecida en Jersey y que enarbolan pabellón panameño. ²

3. Durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1994 y el 29 de febrero de 1996 (en lo sucesivo, «período pertinente»), Corsica Ferries estuvo obligada, en virtud de la normativa marítima, a pagar al Gruppo Anti-chi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop. arl y al Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl ³ las cantidades de 669.838.425 LIT y 188.472.802 LIT, respectivamente, por los servicios de amarre que le prestaron esos grupos con motivo de las escalas realizadas por sus transbordadores en los puertos de Génova y La Spezia. La demandante, por entender que el carácter

1 — Los buques son, pues, modernos transbordadores de automóviles diseñados para permitir que los vehículos sean conducidos directamente dentro del transbordador al principio del viaje y fuera de éste al final del mismo.

2 — Tanto el fletador, Tourship Ltd., como Corsica Ferries están controlados por Tourship SA, sociedad con domicilio en Luxemburgo.

3 — En lo sucesivo denominados conjuntamente, por comodidad, «grupos de amarre». Cuando sea necesario referirse a ellos de forma diferenciada, se denominarán «grupo de amarre genovés» y «grupo de amarre de La Spezia».

* Lengua original: inglés.

obligatorio de los servicios de amarre era contrario al Derecho comunitario, realizó el pago formulando una reserva en el sentido de que no aceptaba su legalidad y de que podría pretender su devolución en el futuro.

4. El 2 de julio de 1996, Corsica Ferries presentó una demanda ante el Tribunale di Genova (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional nacional») con arreglo a lo dispuesto en los artículos 633 y siguientes del Codice di Procedura Civile (Código de Procedimiento Civil; en lo sucesivo, «Código») contra los grupos de amarre, a fin de obtener, con carácter de medida cautelar, el reembolso de las cantidades antes mencionadas y, solidariamente, contra el Ministero dei Trasporti e della Navigazione (Ministerio de Transportes y Navegación) por el importe total de las tarifas abonadas, más intereses. La demandante alegaba que los pagos no estaban justificados porque los servicios prestados no habían sido solicitados y porque las tarifas exigidas vulneraban el Derecho comunitario relativo a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de mercancías. Sostenía que, a pesar de la ausencia de una normativa nacional vinculante, las tarifas eran de hecho obligatorias. Alegaba además que las autoridades portuarias, al aprobar las tarifas acordadas por los propios grupos de amarre, facilitaban el ejercicio abusivo por parte de dichos grupos de sus derechos exclusivos en los puertos de que se trata y que, por tanto, eran responsables del incumplimiento de los artículos 85 y 86 del Tratado.

5. El órgano jurisdiccional nacional consideró incontrovertidos los siguientes extremos:

- a) Con arreglo al Reglamento (CEE) n° 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,⁴ tal como fue interpretado por el Tribunal de Justicia en su sentencia Corsica Ferries,⁵ la matriculación o el pabellón de los buques explotados por la empresa de transportes carecen de pertinencia;
- b) en Derecho comunitario, las tarifas, aunque se perciban como contrapartida de servicios exigidos por la ley, deben ser proporcionales al coste del servicio efectivamente prestado;⁶
- c) el hecho de que una normativa de un Estado miembro obligue a los operadores a utilizar los servicios de una empresa local titular de una concesión exclusiva constituye un obstáculo para las importaciones;⁷

4 — DO L 378, p. 1.

5 — Sentencia de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Rec. p. I-1783), apartado 29.

6 — Se remite a la sentencia de 20 de abril de 1993, Ponente Carni y Cispadania Costruzioni (asuntos acumulados C-71/91 y C-178/91, Rec. p. I-1915).

7 — En apoyo de esta tesis se cita la sentencia de 15 de diciembre de 1993, Ligur Carni y otros (asuntos acumulados C-277/91, C-318/91 y C-319/91, Rec. p. I-6621; en lo sucesivo, «Ligur Carni»).

d) un Estado miembro infringe las prohibiciones contenidas en las normas sobre la competencia comunitarias cuando una empresa es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido atribuidos, a explotar su posición dominante de forma abusiva, o cuando esos derechos pueden crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos;⁸

e) con arreglo al Derecho comunitario, los Estados miembros son responsables de los daños causados a los particulares por los incumplimientos del Derecho comunitario que les son imputables.⁹

6. El órgano jurisdiccional nacional también consideró, en primer lugar, que una empresa de transporte marítimo establecida en un Estado miembro y que gestiona un servicio de línea regular con otro Estado miembro ofrece servicios «que tienen de por sí carácter transfronterizo»; en segundo lugar, que al haberles concedido la Administración pública el derecho exclusivo de prestación de los servicios de amarre obligatorios en los puertos de Génova y La Spezia, los grupos de amarre son empresas a efectos del apartado 1 del artículo 90 del Tratado y, por

último, que esos puertos son «ámbitos territoriales que constituyen partes sustanciales del mercado común».

B. La resolución del órgano jurisdiccional nacional

i) Marco normativo nacional

7. El órgano jurisdiccional nacional describe la actividad de amarre (*l'attività di ormeggio*) como la consistente en «inmovilizar el buque, a su llegada al puerto, en el punto de atraque mediante el uso de cabos y cables específicos». ¹⁰ Señala que el *Codice della Navigazione* (Código de Navegación) italiano ¹¹ no contiene disposición alguna sobre esta actividad, salvo el apartado 4 del artículo 116, que indica «que los operarios de amarre forman parte del personal adscrito a los servicios portuarios». Sin embargo, el órgano jurisdiccional nacional alega que las disposiciones legales referentes a los servicios de amarre están recogidas en los artículos 208 a 214 del *Regolamento di Esecuzione al Codice di Navigazione* (Reglamento de desarrollo del Código de Navegación, en lo

8 — Se remite a la sentencia de 10 de diciembre de 1991, *Merici convenzionali porto di Genova* (C-179/90, Rec. p. I-5889; en lo sucesivo, «*Porto di Genova*»).

9 — El órgano jurisdiccional nacional se remite a las sentencias de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* y otros (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), y de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame* (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029).

10 — En las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia se cuestiona categóricamente, en especial, por parte de los grupos de amarre, la suficiencia de esta descripción (véase, en particular, el punto 38 *infra*).

11 — Real Decreto n° 337, de 30 de marzo de 1942.

sucesivo, «Reglamento nacional»). Según el órgano jurisdiccional nacional:

«Tal Reglamento, que tiene carácter de acto administrativo, indica los requisitos técnico-profesionales del personal de amarre inscrito en los correspondientes registros, las facultades del Comandante del puerto en la regulación de este servicio y las modalidades con arreglo a las cuales se presta el servicio.»

El órgano jurisdiccional nacional, por considerar que ninguna disposición legal o reglamentaria establece la obligatoriedad del servicio de amarre, afirma que «las tarifas previstas en el artículo 212 del Reglamento son fijadas por el Jefe del Compartimento Marittimo» «y, por tanto, por la autoridad administrativa». ¹²

8. Los servicios de amarre son prestados por una única empresa tanto en el puerto de Génova como en el de La Spezia. El órgano jurisdiccional nacional expone que el grupo de amarre de Génova fue creado mediante el Decreto n° 759 del Presidente del Consorzio Autonomo del Porto di Genova (consorcio autónomo del puerto de Génova; en lo sucesivo, «CAP»), de 1 de junio de 1953, por el que se aprobó el Reglamento del servicio de amarre y desamarre de los buques. Aunque el apartado 1 del artículo 13 de la Ordenanza n° 2 del Presidente del CAP, de 1 de marzo

de 1972, dispone que «la utilización de los servicios del personal de amarre en las maniobras de amarre y desamarre tendrá carácter *facultativo*», el apartado 2 del artículo 13 dispone, sin embargo, que «en caso de que el buque no solicite los servicios del personal de amarre, las operaciones de amarre deberán ser efectuadas *exclusivamente por el personal de a bordo*». ¹³ Así pues, según el órgano jurisdiccional nacional, la utilización de los servicios del grupo de amarre de Génova se convierte *de facto* en obligatoria. Por el contrario, por lo que respecta al puerto de La Spezia, señala que, con arreglo al artículo 2 del Decreto n° 20 del Jefe del Compartimento Marittimo di La Spezia, de 16 de julio de 1968, los buques cuyo peso bruto sea superior a quinientas toneladas deberán utilizar obligatoriamente los servicios del Grupo de amarre de La Spezia. ¹⁴

9. Por lo que respecta al papel que desempeñan el «Jefe del Compartimento Marittimo» y la «autoridad administrativa» en la fijación de las tarifas con arreglo al artículo 212 del Reglamento nacional (véase el punto 7 *supra*), el órgano jurisdiccional nacional afirma que, aunque «la ley no determina los criterios a los que debe atenerse la autoridad administrativa al fijar las tarifas», éstas a veces son «fijadas mediante acuerdos celebrados entre las empresas del sector a los que

12 — Como veremos, en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia se discute acerca de quién es realmente responsable de la fijación de las tarifas; véanse los puntos 49 y 50 *infra*.

13 — Citado, con subrayado del autor, en la resolución de remisión.

14 — La posición exclusiva del grupo de La Spezia se garantiza, de forma efectiva, por el artículo 25 del Decreto n° 20 el cual, remitiéndose al artículo 1174 del Código de Navegación, sanciona la ejecución de maniobras de amarre si no se recurre al «personal perteneciente [al grupo]».

luego se da fuerza vinculante mediante un acto de la Administración pública [...].¹⁵

concesionaria exclusiva en materia de amarre y desamarre y pagan a dicha empresa una contraprestación desproporcionada en relación con el coste efectivo de los servicios prestados?

ii) Cuestiones remitidas

10. Teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos exclusivos de que son titulares los grupos de amarre, el carácter obligatorio de los servicios que prestan y los criterios de fijación y percepción de las tarifas, el órgano jurisdiccional nacional estimó, provisionalmente, que las disposiciones y prácticas de que se trata «pueden constituir un obstáculo a los intercambios intracomunitarios de mercancías y servicios e inducir a las empresas titulares de tales derechos a explotar de manera abusiva su posición dominante, en perjuicio del comercio entre los Estados miembros, al repercutirse los costes sobre empresas que realizan transportes entre Estados miembros». Por consiguiente, el órgano jurisdiccional nacional decidió plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones, con arreglo al artículo 177 del Tratado:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 30 del Tratado en el sentido de que se opone a la prohibición, impuesta por la normativa y/o la práctica administrativa de un Estado miembro a las empresas de transporte marítimo con domicilio social en otro Estado miembro, de amarrar y desamarrear sus buques al arribar a los puertos del primer Estado miembro o al salir de ellos, salvo si utilizan los servicios que presta una empresa local

2) ¿Se opone el Reglamento (CEE) n° 4055/86 del Consejo, en relación con el artículo 59 del Tratado, a la obligación impuesta en un Estado miembro de utilizar el servicio de amarre, lo que supone la aplicación a las empresas de transporte marítimo con domicilio social en otro Estado miembro de tarifas fijadas no por Ley sino de manera meramente discrecional por la Administración, cuando sus buques arriban a los puertos del primer Estado miembro o salen de ellos?

3) ¿Se oponen los artículos 3, 5 y el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con los artículos 85 y 86, a la normativa y/o a la práctica administrativa de un Estado miembro que se conceden a una empresa con domicilio social en dicho Estado el derecho exclusivo a prestar el servicio de amarre, con una amplitud tal que permita imponer la utilización de este servicio, exigir una contraprestación desproporcionada en relación con el coste efectivo de las prestaciones y aplicar tarifas que sean resultado de prácticas colusorias y/o del ejercicio de una facultad discrecional por parte de la Administración y de condiciones tarifarias que varían según los puertos mientras que las prestaciones son equivalentes?»

15 — Cita, a título de ejemplo, el Decreto n° 1074 del Presidente del CAP, de 12 de agosto de 1991.

III. Observaciones

11. Presentaron observaciones escritas y orales, Corsica Ferries, los grupos de amarre, la República Italiana y la Comisión.

IV. Admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

12. En sus observaciones escritas, los grupos de amarre y la República Italiana formularon reservas acerca de la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial en el presente caso. Básicamente, sostienen que la información aportada sobre las circunstancias fácticas, en especial en lo referente a los servicios prestados por los grupos de amarre y a las disposiciones de la ley nacional, no bastan para que el Tribunal de Justicia pueda proporcionar una respuesta útil. La República Italiana, citando la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Banchero*,¹⁶ destaca la especial importancia que tiene la exposición detallada de los hechos y del marco normativo cuando las cuestiones planteadas afectan a cuestiones complejas, como es, en el presente caso, la aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia. Los grupos de amarre alegan asimismo que, como consecuencia de la utilización por parte de Corsica Ferries, en el marco del procedimiento principal, del procedimiento sumario o monitorio previsto en el artículo 633 del Código, el órgano jurisdiccional nacional presentó al Tribunal de Justicia una

imagen parcial y artificial de la situación fáctica y normativa. Los grupos de amarre sostienen que en el presente caso ni siquiera se cumplen los requisitos del Derecho nacional, en particular los relativos a la exigencia de que la cuantía reclamada sea cierta, puesto que, al margen de la postura que se adopte en relación con las tarifas percibidas, en todo caso se prestaron determinados servicios a Corsica Ferries. En consecuencia, ni siquiera un pronunciamiento de este Tribunal favorable a Corsica Ferries bastaría para que el órgano jurisdiccional nacional ordenase el reembolso de las tarifas pagadas. Por tanto, los grupos de amarre mantienen que la utilidad de la petición de decisión prejudicial en el marco del procedimiento que se sigue ante el órgano jurisdiccional nacional es discutible, especialmente por lo que respecta al Ministero dei Trasporti e della Navigazione, al cual a su entender, aunque se estimasen los motivos de fondo relativos al Derecho comunitario aducidos por Corsica Ferries, no podría obligársele sin más, basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad de los Estados miembros, a reembolsar a Corsica Ferries la totalidad de las tarifas exigidas.¹⁷

13. La Comisión, por el contrario, considera que procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial. En su opinión, el Tribunal de Justicia ya reconoció, en el apartado 12 de su sentencia *Corsica Ferries*, la admisibilidad de principio de una cuestión prejudicial planteada en el marco de un procedimiento sumario como el previsto en el artículo 633 del Código. La Comisión defendió en la vista que, en cualquier caso, las observaciones presentadas al Tribunal de

16 — Auto de 19 de marzo de 1993, *Banchero* (C-157/92, Rec. p. I-1085).

17 — Véase la nota 9 *supra*.

Justicia le proporcionaron información suficiente para permitirle dar una respuesta útil a las cuestiones planteadas. Por su parte, Corsica Ferries mantuvo en la vista que la sinopsis contenida en la resolución de remisión describe suficientemente el contexto fáctico y normativo del litigio.

14. En las circunstancias del presente caso, estoy de acuerdo con la Comisión en que del principio declarado por el Tribunal de Justicia en el apartado 12 de su sentencia Corsica Ferries se desprende que procede admitir una cuestión prejudicial planteada en el marco de un procedimiento sumario como el previsto en el artículo 633 del Código. Me adhiero a la opinión expresada por el Abogado General Sr. Van Gerven en sus conclusiones en el asunto Corsica Ferries según la cual «la filosofía que fundamenta el proceso de remisión prejudicial»¹⁸ consiste, tal como en reiteradas ocasiones ha declarado este Tribunal, en que se trata de «un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, gracias al cual el primero proporciona a los segundos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que les son necesarios para la solución de los litigios que deben resolver».¹⁹

15. Ya en 1971, el Tribunal de Justicia reconoció en su sentencia Politi²⁰ lo que tres años después confirmaría en su sentencia Birra Dreher,²¹ a saber, que cabe plantear

cuestiones prejudiciales incluso en procedimientos monitorios. Estas sentencias se dictaron en una época en la que el Tribunal de Justicia había adoptado una actitud más liberal y flexible en relación con las cuestiones planteadas con arreglo al artículo 177 del Tratado. La competencia para remitir cuestiones prejudiciales en la fase no contradictoria suscita, sin embargo, una cuestión de principio, aunque el Tribunal de Justicia nunca ha dado a entender que hubiera de modificarse su postura. A partir de su sentencia Simmenthal, el Tribunal aceptó que «en aras de la buena administración de la justicia» podría convenir que la cuestión prejudicial sólo se plantease «como consecuencia de un debate contradictorio».²² No obstante, el Tribunal de Justicia siempre ha declarado que «corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar dicha necesidad».²³ Por el contrario, en el apartado 12 de su sentencia Corsica Ferries, relativa a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunale di Genova en un procedimiento iniciado por Corsica Ferries con arreglo al artículo 633 del Código, el Tribunal de Justicia volvió a afirmar que el artículo 177:

«no subordina el sometimiento del asunto al Tribunal de Justicia al carácter contradictorio del procedimiento durante el cual el Juez nacional formule las cuestiones prejudiciales, aun cuando dicho procedimiento pueda resultar de interés para una buena administración de la justicia».

18 — Véase el punto 9 de sus conclusiones.

19 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 18 de octubre de 1990, Dzodzi (asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, Rec. p. I-3763), apartado 33.

20 — Sentencia de 14 de diciembre de 1971, Politi (43/71, Rec. p. 1039), apartados 3 y 4.

21 — Sentencia de 21 de febrero de 1974, Birra Dreher (162/73, Rec. p. 201), apartados 2 y 3.

22 — Sentencia de 28 de junio de 1978, Simmenthal (70/77, Rec. p. 1453), apartado 10. Véase, también, el asunto Ligur Carni, citado en la nota 7 *supra*, apartados 15 y 16 de la sentencia y puntos 12 a 14 de las conclusiones del Abogado General Sr. Darmon.

23 — Véanse las sentencias Simmenthal y Ligur Carni, antes citadas, apartado 11 y apartado 16, respectivamente.

Esta reiteración de su postura no deja lugar a dudas sobre la competencia de principio para conocer de peticiones de decisión prejudicial planteadas en la fase no contradictoria del procedimiento nacional.

16. Sin embargo, ello no implica necesariamente que siempre proceda declarar la admisibilidad de una cuestión prejudicial planteada en el marco de un procedimiento monitorio. El Tribunal de Justicia, en respuesta a problemas concretos planteados en determinados casos, ha señalado una serie de supuestos en los que considera que no es competente. Más relevante para el presente caso resulta el que en estos últimos años el Tribunal de Justicia, según las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto *Leur-Bloem*, ha «atribuido más importancia a la necesidad de proporcionar una decisión en el contexto de la situación fáctica del asunto y, en consecuencia, ha sido más estricto a la hora de exigir que los órganos jurisdiccionales nacionales definan claramente el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantean». ²⁴

17. En mi opinión, a la hora de estudiar si debe plantear una petición de decisión prejudicial en el marco de un procedimiento sumario, el órgano jurisdiccional nacional debe tener presente que, a menudo, el contexto fáctico y normativo preciso sólo pueden determinarse después de oída la otra

parte. Además, en las peticiones planteadas en procedimientos monitorios, la primera ocasión que tendrá la parte demandada de exponer su versión del litigio será ante este Tribunal, lo que genera un notable riesgo de que se susciten aspectos tanto de hecho como de Derecho nacional no invocados previamente en el procedimiento nacional, creando así graves problemas al Tribunal de Justicia. En su sentencia *Union laitière normande* de 1979, el Tribunal de Justicia destacó que «no obstante, la necesidad de llevar a cabo una interpretación útil del Derecho comunitario exige delimitar el marco normativo en el que debe insertarse la interpretación solicitada» ²⁵. El Tribunal de Justicia reiteró este pronunciamiento dos años después cuando, en el asunto *Irish Creamery Milk Suppliers Association* y otros, la High Court of Ireland le solicitó expresamente que se pronunciase sobre si era correcto ejercer la facultad de plantear cuestiones de interpretación antes de haber examinado los hechos. ²⁶ Reiterando la observación que hizo en la sentencia *Union laitière normande*, sugirió que: ²⁷

«Desde esta perspectiva, cabe que sea conveniente, en función de las circunstancias, que se hayan determinado los hechos y resuelto los problemas de estricto Derecho nacional en el momento de la remisión al Tribunal de Justicia, de manera que este último esté en condiciones de conocer todos los elementos de hecho y de Derecho que puedan revestir importancia para la interpretación del Derecho comunitario que se le solicita.»

24 — Véanse las conclusiones conjuntas que presentó el 17 de septiembre de 1996 en los asuntos *Leur-Bloem* (C-28/95) y *Giloy* (C-130/95); el Tribunal de Justicia dictó dos sentencias distintas el 17 de julio de 1997 (Rec. p. I-4161 y p. I-4291 respectivamente).

25 — Sentencia de 12 de julio de 1979, *Union laitière normande* (244/78, Rec. p. 2663), apartado 5.

26 — Sentencia de 10 de marzo de 1981, *Irish Creamery Milk Suppliers Association* y otros (asuntos acumulados 36/80 y 71/80, Rec. p. 735), apartados 6 y 7.

27 — *Ibidem*, apartado 6.

18. Sin embargo, acto seguido el Tribunal de Justicia subrayó lo siguiente:

«[E]stas consideraciones no limitan en modo alguno la facultad de apreciación del órgano jurisdiccional nacional, único que tiene conocimiento directo de los hechos y alegaciones de las partes, que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse y que está, por tanto, mejor situado para apreciar en qué fase del procedimiento necesita una decisión prejudicial del Tribunal de Justicia.»

19. Es comúnmente aceptado que el cambio de orientación del Tribunal de Justicia hacia un criterio más estricto consistente en exigir una exposición exhaustiva del contexto fáctico y normativo, advertido por el Abogado General Sr. Lenz en el asunto *Bosman*,²⁸ se encuentra en su sentencia *Telemarsicabruzzo* y otros.²⁹ En este último caso, el Tribunal de Justicia aceptó, aparentemente, la propuesta del Abogado General Sr. Gulmann de adoptar una «actitud un poco más restrictiva».³⁰

Así, no se contentó con reiterar simplemente la necesidad de precisar el «contexto fáctico y normativo»; dio un paso más, declarando que no procedía responder a la cuestión planteada. En los cerca de cinco años transcurridos desde esa sentencia, el Tribunal de Justicia, a menudo mediante auto, ha declarado la inadmisibilidad de una serie de peticiones de decisión prejudicial planteadas por órganos jurisdiccionales nacionales.³¹ En su auto *Banchero*, invocado por la República Italiana, el Tribunal reiteró su pronunciamiento, hoy bien conocido, según el cual «la necesidad de llegar a una interpretación del Derecho comunitario eficaz para el Juez nacional exige que éste defina el contexto fáctico y el régimen normativo en que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los presupuestos sobre los que se basan tales cuestiones».³²

20. En definitiva, la admisibilidad en principio de una determinada petición de decisión prejudicial no significa que el Tribunal de Justicia esté siempre en condiciones de responder a las cuestiones planteadas. Sin embargo, habida cuenta del objetivo que persigue el artículo 177, debo en todo caso señalar que han de concurrir circunstancias excepcionales para que el Tribunal de Justicia

28 — Sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman* (C-415/93, Rec. p. I-4921), punto 73 de las conclusiones.

29 — Sentencia de 26 de enero de 1993, *Telemarsicabruzzo* y otros (asuntos acumulados C-320/90, C-321/90 y C-322/90, Rec. p. I-393). Sin embargo, Bernard y Sharpston, en un reciente e importante artículo titulado «The Changing Face of Article 177 References» (1977) 34, *Common Market Law Review*, pp. 1113 a 1171, señalaron el auto de 26 de febrero de 1990, *Falciola* (C-286/88, Rec. I-191) como auténtico origen de la evolución reciente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con algunos aspectos de su anterior postura referente a su competencia derivada del artículo 177.

30 — *Ibidem*, punto 20 de las conclusiones.

31 — Véanse también, por ejemplo, los autos de 26 de abril de 1993, *Monin Automobiles* (C-386/92, Rec. p. I-2049); de 9 de agosto de 1994, *La Pyramide* (C-378/93, Rec. p. I-3999); de 23 de marzo de 1995, *Saddik* (C-458/93, Rec. p. I-511); de 2 de febrero de 1996, *Bresle* (C-257/95, Rec. p. I-233); de 21 de diciembre de 1995, *Max Mara* (C-307/95, Rec. p. I-5083); de 13 de marzo de 1996, *Banco de Fomento e Exterior* (C-326/95, Rec. p. I-1385); de 20 de marzo de 1996, *Sunino y Data* (C-2/96, Rec. p. I-1543); de 25 de junio de 1996, *Italia Testa* (C-101/96, Rec. p. I-3081); de 19 de julio de 1996, *Modesti* (C-191/96, Rec. p. I-3937); de 19 de julio de 1996, *Lahlou* (C-196/96, Rec. p. I-3945), y de 30 de junio de 1997, *Banco de Fomento e Exterior* (C-66/97, Rec. p. I-3757).

32 — Apartado 4 del auto citado en la nota 16 *supra*.

deniegue la respuesta a las cuestiones planteadas.³³ El Tribunal de Justicia reformula a menudo las cuestiones planteadas para circunscribir sus respuestas a los interrogantes de Derecho comunitario suscitados que realmente sean pertinentes, e intenta completar la información facilitada por el órgano jurisdiccional nacional remitiéndose a las observaciones de las partes y de la Comisión (y, ocasionalmente, de otras Instituciones comunitarias) o a las intervenciones de los Estados miembros.³⁴

21. En el asunto Corsica Ferries el Tribunal de Justicia aceptó que la «exposición de los hechos» pudiera completarse con la información contenida en «las observaciones escritas y orales presentadas ante [él]». ³⁵ El Abogado General Sr. Van Gerven ³⁶ opinaba, sin embargo, que, vista la insuficiencia de la descripción del marco normativo nacional y considerando que una demanda basada en el artículo 633 del Código debía referirse a un importe cierto, sólo debía declararse la admisibilidad de las cuestiones relativas a la presunta discriminación en las tarifas aplicadas en el puerto de Génova. El Tribunal de Justicia se atuvo, básicamente, a sus recomendaciones. ³⁷ En el presente caso, las voluminosas observaciones escritas presentadas, en

particular por los demandados, han proporcionado al Tribunal de Justicia información detallada acerca de la naturaleza de los servicios de amarre y sobre la normativa italiana aplicable. Cuesta trabajo excluir la posibilidad de que la decisión de remitir la petición de decisión prejudicial en la fase no contradictoria haya contribuido a las incertidumbres de hecho y de Derecho a las que, por tanto, se enfrenta este Tribunal.

22. Cuando, en particular, las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia ponen de manifiesto que una petición de decisión prejudicial podría contener una exposición incompleta, o incluso errónea, de las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, el Tribunal se encuentra en una situación muy difícil, ya que en principio está vinculado por la exposición realizada por el órgano jurisdiccional nacional. ³⁸ En consecuencia, si dicha exposición adolece de deficiencias en aspectos pertinentes, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a responder a las cuestiones planteadas sobre una base prácticamente hipotética o académica. No obstante, con bastante acierto, el Tribunal siempre se ha negado a responder a cuestiones puramente hipotéticas. ³⁹

23. En el presente caso, es evidente que las dos primeras cuestiones planteadas versan, efectivamente, sobre la compatibilidad de las

33 — Véase, en apoyo de esta tesis, la reciente sentencia de 5 de junio de 1997, Celestini (C-105/94, Rec. p. I-2971), apartado 22. En mis conclusiones en ese asunto, expresé mi punto de vista según el cual el Tribunal debería «[...] negarse a responder a las cuestiones planteadas únicamente en los casos en que esté muy claro que no puede, razonablemente, darse una respuesta realmente útil a las mismas» (punto 29).

34 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de julio de 1997, Krüger (C-334/95, Rec. p. I-4517), apartado 23.

35 — *Ibidem*, apartado 13.

36 — Véanse el punto 11 de sus conclusiones y el primer punto de la conclusión formal (punto 36).

37 — Se adhirió al punto de vista de la Comisión acerca de la naturaleza limitada del recurso ante el órgano jurisdiccional nacional y, en consecuencia, decidió que sólo era necesario responder a las cuestiones relativas a la presunta discriminación en las tarifas.

38 — Véase, en este sentido, la sentencia de 20 de marzo de 1997, Phylteron International (C-352/95, Rec. p. I-1729), apartados 11 a 14.

39 — Véanse, por ejemplo, la sentencia de 16 de junio de 1981, Salonia (126/80, Rec. p. 1563), apartado 6, y Bosman, citada en la nota 28 *supra*, apartado 59.

tarifas con los artículos 30 y 59 del Tratado. Esto es lo que cabe inferir de la pretensión de la demandante en el procedimiento principal tendente a que le sean devueltas en su totalidad las cantidades pagadas a los grupos de amarre. Los demandados sostienen, a mi juicio no sin razón, que dado que prestaron sus servicios a la demandante, tienen derecho, a todas luces, a percibir alguna retribución y que, en consecuencia, la pretensión de la demandante no cumple los requisitos previstos en el artículo 633 del Código. Sin embargo, de la resolución de remisión parece desprenderse que el órgano jurisdiccional nacional puede, en efecto, estimar dicha pretensión si se aprecia que el criterio empleado en la fijación de las tarifas es contrario al Derecho comunitario. Las consecuencias de un pronunciamiento de ese tipo, entre ellas su posible incompatibilidad con las exigencias del Derecho procesal italiano, pertenecen al ámbito del Derecho sustantivo y procesal de dicho Estado miembro.

24. Opino, pues, que debe declararse la admisibilidad de todas las cuestiones planteadas en el presente caso por el órgano jurisdiccional nacional y responderse a ellas, salvo, tal como indiqué anteriormente, en la medida en que considero que la información proporcionada en la resolución de remisión, apreciada a la luz de las observaciones contradictorias presentadas ante el Tribunal de Justicia, no es suficiente. También recomendaría que, al responder a las cuestiones planteadas, el Tribunal llame la atención en su sentencia sobre las dificultades concretas que suscitan las peticiones de decisión prejudicial planteadas en procedimientos sumarios o no contradictorios, en el contexto de la salvaguardia de la utilidad del procedimiento del artículo 177 como instrumento eficaz de colaboración entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales.

V. Análisis

A. La primera cuestión

i) Introducción

25. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional desea, esencialmente, que se dilucide, en especial a la luz de la sentencia *Ligur Carni*, si es compatible con el artículo 30 del Tratado la exigencia, impuesta en disposiciones italianas con o sin rango de ley, a las empresas de transporte marítimo establecidas en otros Estados miembros que deseen atracar sus buques en puertos italianos, consistente en utilizar los servicios de las empresas de amarre locales. Aunque no se haya formulado expresamente con carácter subsidiario, esta cuestión presenta un segundo aspecto, a saber, determinar si el efecto conjunto del monopolio a favor de la empresa local y de la exigencia de «abonar [a dicha empresa] una remuneración desproporcionada en relación con el coste efectivo de los servicios prestados» («versando a detta impresa corrispettivi anche sproporzionati rispetto al costo effettivo dei servizi resi») sería compatible con el artículo 30.

ii) Observaciones

26. La demandante alega que, como consecuencia del monopolio concedido a los

grupos de amarre, se ve obligada a pagar cantidades sustanciales por la prestación de servicios cuyo valor o utilidad para ella es escaso o nulo. Invoca la sentencia *Ligur Carni* en apoyo de su tesis según la cual, considerando que también emplea sus transbordadores para transportar mercancías desde Córcega, en Francia, hasta Italia, las concesiones exclusivas otorgadas a los grupos de amarre locales hacen que las importaciones procedentes de otros Estado miembros sean «más costosas y difíciles»; en consecuencia, sostiene que las disposiciones nacionales impugnadas constituyen una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación contraria al artículo 30 del Tratado.⁴⁰

27. Los grupos de amarre alegan que la distinción que debe existir entre, por un lado, el ámbito de aplicación del artículo 30 y, por otro, el del artículo 59, resultaría desdibujada si el primero se considerase aplicable a disposiciones nacionales que no están destinadas a regular el comercio de mercancías ni tienen efectos salvo enteramente inciertos, indirectos o aleatorios, en la libre circulación de mercancías. Se remiten a las sentencias y a las conclusiones presentadas, respectivamente, por los Abogados Generales *Sr. Lenz* y *Sr. Léger* en los asuntos *Peralta* y *Centro Servizi Spediporto*, en apoyo de su punto de vista según el cual una normativa relativa a la prestación de servicios de transporte no puede considerarse incluida en el ámbito de aplicación del artículo 30 simplemente porque el objeto del servicio de transportes sean

mercancías.⁴¹ En este sentido, sostienen que la incidencia del coste de los servicios que prestan en el precio final de los productos importados no es superior al 0,05 %. Con carácter subsidiario, alegan que, aun cuando el artículo 30 pudiese en principio aplicarse, el Tribunal de Justicia debería aplicar su jurisprudencia *Keck* y *Mithouard*⁴² y considerar que las disposiciones impugnadas no tienen por objeto la regulación del comercio ni establecen distinción alguna, ni de hecho ni de Derecho, entre productos importados y nacionales.

28. La Comisión también entiende que el artículo 30 es inaplicable. En sus observaciones escritas cita, entre otros, los apartados 24 y 41 de las sentencias *Peralta* y *Centro Servizi Spediporto*, respectivamente, y, en particular, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia según el cual una legislación «que no hace ninguna distinción según el origen de las mercancías transportadas» no tiene por objeto «regular intercambios de mercancías con los demás Estados miembros y [...] los efectos restrictivos que podría producir sobre la libre circulación de mercancías son

40 — Podría mantenerse también, aunque *Corsica Ferries* no lo haya hecho en el presente caso, que son incompatibles con el artículo 34 del Tratado en tanto que equivalentes a una restricción cuantitativa a la exportación, ya que es de suponer que, durante el período pertinente, también transportaba en sus transbordadores de automóviles productos italianos exportados.

41 — Véanse, respectivamente, las sentencias de 14 de julio de 1994, *Peralta* (C-379/92, Rec. p. I-3453), y de 5 de octubre de 1995, *Centro Servizi Spediporto* (C-96/94, Rec. p. I-2883). Los grupos de amarre se remiten, en particular, al punto 40 de las conclusiones del Abogado General *Sr. Léger* en el asunto *Centro Servizi Spediporto*, en el que citó, suscribiéndola, la declaración realizada por el Abogado General *Sr. Lenz* en sus conclusiones en el asunto *Peralta* según la cual la delimitación debería basarse en el principio de que «todas las prestaciones (léase: "situaciones") en las que el obstáculo a la circulación de mercancías se presenta como un mero reflejo del obstáculo a la prestación de servicios (transfronterizos)» deben considerarse sometidas a las disposiciones del artículo 59 del Tratado.

42 — Sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Keck* y *Mithouard* (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097).

demasiado aleatorios e indirectos para que pueda considerarse que la obligación que impone puede obstaculizar el comercio entre los Estados miembros».

iii) Análisis

29. Estoy de acuerdo con la Comisión y con los grupos de amarre. La aplicabilidad del artículo 30 del Tratado a una medida nacional no depende, por supuesto, de la intensidad de sus efectos en el comercio. De la jurisprudencia de este Tribunal se desprende claramente que con respecto al artículo 30 no se aplica ninguna regla *de minimis*.⁴³ Sin embargo, el Tribunal de Justicia siempre ha exigido, tanto antes como después de su sentencia Keck y Mithouard, que, para considerar que unas normas que se aplican indistintamente a los productos nacionales y a los importados suponen un obstáculo a los intercambios a efectos del artículo 30, deben tener algún efecto proteccionista. Así lo ponen de manifiesto, por ejemplo, las sentencias Peralta y Centro Servizi Spediporto, que se referían a disposiciones que afectaban, respectivamente, a las empresas de transporte marítimo y por carretera, aunque su aplicación no dependía del origen de las mercancías transportadas. El Tribunal consideró que, a pesar de los efectos indirectos y secundarios de estas disposiciones en el coste del transporte de los productos importados, no podía en principio considerarse que tales disposiciones entrasen dentro del ámbito de aplicación del artículo 30. Creo que esos principios jurisprudenciales pueden aplicarse al presente caso. No cabe, en principio, considerar como medida de efecto equivalente a

una restricción cuantitativa a una obligación genérica de utilizar los servicios de un grupo de amarre local cuando un operador de transportes, con independencia del Estado miembro en que esté establecido, disponga que uno de sus buques haga escala en un puerto italiano.

30. Considero desacertada la analogía establecida en la sentencia Corsica Ferries en relación con las obligaciones impuestas a los transportistas de carne fresca en el asunto Ligur Carni. Si bien el objetivo de las disposiciones impugnadas en el presente caso, al igual que en el asunto Ligur Carni, consiste en reservar la prestación de un servicio a empresas que se dedican a su vez a prestar servicios, ahí se acaban las semejanzas. En el asunto Ligur Carni la normativa regional italiana impugnada tenía un ámbito de aplicación específico: el transporte municipal de carne desde el matadero municipal a su destino final era bien confiado a una empresa local de transportes, bien llevado a cabo por el transportista que se había encargado de hacer llegar la carne a ese municipio (desde otras partes de Italia o desde otros Estados miembros), mediante el abono de «una determinada cantidad a la empresa concesionaria [local]». ⁴⁴ El Tribunal de Justicia estimó que esta disposición constituía una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, «al hacer más costosas y difíciles las importaciones de mercancías procedentes de otros Estados miembros [...]». ⁴⁵ Por el contrario, las disposiciones ahora impugnadas

43 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 13 de marzo de 1984, Prantl (16/83, Rec. p. 1299), apartado 20, en la que el Tribunal de Justicia declaró que, a efectos del artículo 30, no era necesario que una medida impugnada afectase sensiblemente a los intercambios.

44 — Véase la sentencia Ligur Carni, citada en la nota 7 *supra*, apartado 36.

45 — *Ibidem*, apartado 38.

tienen alcance general y, tal como acertadamente puso de manifiesto en la vista el Agente de la Comisión, su aplicación no depende del transporte de ninguna mercancía determinada. Así, estas disposiciones se aplican *siempre que* un barco atraca en un puerto italiano, con independencia de las mercancías que, en su caso, transporte. El hecho que desencadena la aplicación de dichas normas es la utilización de puertos italianos por parte de los prestatarios de servicios de transporte marítimo, por lo que su efecto en el coste de las mercancías importadas es enteramente secundario. Por consiguiente, me siento inclinado a rechazar el argumento de Corsica Ferries según el cual la obligación de recurrir a los servicios del grupo de amarre local está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado.

Justicia disponga de información alguna sobre la que basar una respuesta acerca de este aspecto de la primera cuestión.

32. Por los motivos que anteceden, tengo la certeza de que unas disposiciones nacionales como las controvertidas en el presente caso no son incompatibles con el artículo 30 del Tratado.

B. La segunda cuestión

31. La demandante sostiene además que las tarifas excesivas exigidas por los servicios de amarre afectan en mayor medida a las importaciones, habida cuenta de que cabe afirmar que a Italia se transportan por vía marítima más mercancías importadas que nacionales. Aunque, en teoría, tales efectos podrían ser suficientemente perjudiciales como para justificar la aplicación del artículo 30,⁴⁶ el órgano jurisdiccional nacional no formuló ninguna apreciación acerca de la cuantía de las tarifas percibidas por los grupos de amarre. Por tanto, no creo que el Tribunal de

33. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional nacional desea saber si la concesión exclusiva otorgada a los grupos de amarre locales, unida a la alegada fijación discrecional de las tarifas, constituye una restricción inaceptable de la libre prestación de servicios de transporte marítimo. Con independencia de la compatibilidad del otorgamiento de la concesión exclusiva en el área de los servicios de amarre con el artículo 59 del Tratado, no creo que la forma en que se fijan las tarifas pueda constituir una restricción a la libre prestación de servicios, aunque podría, sin duda, exacerbar los efectos de cualquier restricción que se aprecie en el otorgamiento de esas concesiones. Corsica Ferries, sin embargo, apunta asimismo la posibilidad de que el cobro de tarifas excesivas constituya un incumplimiento por parte de la República Italiana del artículo 90 en

46 — Si bien es cierto que dicha sentencia se dictó en el contexto de un asunto relacionado con los tributos internos, en su sentencia de 4 de abril de 1968, Stier (31/67, Rec. p. 348) el Tribunal de Justicia afirmó que estaba prohibido exigir impuestos «[...] tan elevados que la libre circulación de mercancías en el interior del mercado común pueda ser puesta en peligro, por lo que se refiere a dichos productos». En su sentencia de 11 de diciembre de 1990, Comisión/Dinamarca (C-47/88, Rec. p. I-4509), apartado 13, el Tribunal de Justicia declaró, remitiéndose a su sentencia Stier, que «semejante ataque a la libre circulación de mercancías sólo podría analizarse a la luz de las reglas generales contenidas en los artículos 30 y siguientes del Tratado».

relación con el artículo 59.⁴⁷ Dado que el órgano jurisdiccional nacional no suscitó este problema en su tercera cuestión, considero que no sería ni apropiado ni necesario que el Tribunal de Justicia lo abordase en su respuesta.

i) Aplicación *prima facie* de la libre prestación de servicios

34. Tal como señaló el Tribunal de Justicia en su sentencia *Corsica Ferries*, el Consejo, al adoptar el Reglamento n° 4055/86,⁴⁸ aplicó al transporte marítimo entre los Estados miembros el principio de la libre prestación de servicios previsto en el artículo 59 del Tratado.⁴⁹ Además, la demandante, por tratarse de una sociedad establecida en Francia, controlada por una sociedad luxemburguesa, que presta servicios en Italia, entra claramente en el ámbito de aplicación *ratione personae* del artículo 59 del Tratado y del artículo 1 del Reglamento n° 4055/86.⁵⁰

47 — La demandante, en sus observaciones escritas relativas a la segunda cuestión, planteó también la posibilidad de que la imposición de tarifas excesivas imputable a la Administración italiana constituyera un incumplimiento de los artículos 9 y 12 del Tratado. Habida cuenta de que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional determinar las cuestiones que deben ser planteadas al Tribunal de Justicia, el intento de la demandante de invocar los artículos 9 y 12 del Tratado es manifiestamente inadmisibile: véanse, por ejemplo, las sentencias de 9 de diciembre de 1965, *Singer* (44/65, Rec. p. 1191), y de 12 de noviembre de 1992, *Keramina-Keramische und Finanz-Holding y Viokimakiiti* (asuntos acumulados C-134/91 y C-135/91, Rec. p. I-5699), apartado 16, así como el punto 13 de las conclusiones del Abogado General Sr. Cosmías de 2 de octubre de 1997, *Annibaldi* (C-309/96, Rec. pp. I-7493 y ss., especialmente p. 7495).

48 — Citado en la nota 4 *supra*.

49 — Véase, en particular, el apartado 26.

50 — Con arreglo al apartado 4 del artículo 1, se considerarán «servicios de transporte marítimo», entre otros, los «servicios de transporte marítimo intracomunitario», es decir, «el transporte de pasajeros o productos por mar entre cualquier puerto de un Estado miembro y cualquier puerto o instalación situada sobre la plataforma continental de otro Estado miembro».

ii) Existencia de discriminación

35. A diferencia de lo que sucedía en el anterior asunto *Corsica Ferries*, las normas impugnadas en el presente caso no parecen contener ninguna discriminación manifiesta o encubierta contraria al artículo 59 del Tratado y al artículo 9 del Reglamento n° 4055/86. Por un lado, la obligación de usar en el puerto de Génova los servicios de amarre prestados por el grupo de amarre genovés se aplica de hecho a todas las empresas de transporte marítimo, mientras que por otro lado, en La Spezia, todos los operadores de buques cuyo peso bruto sea superior a quinientas toneladas deben utilizar los servicios del grupo de amarre de La Spezia. La demandante, no obstante, señaló el dato de que son más las empresas de transporte nacionales que las no nacionales que pueden emplear buques que eludan la obligación de utilizar los servicios de los grupos de amarre.⁵¹ Si bien, por tanto, cabe que las normas aplicables en el Puerto de La Spezia sean indirectamente discriminatorias, no creo que *Corsica Ferries* pueda invocar una eventual discriminación de ese tipo. Una empresa como la demandante, que explota grandes y modernos transbordadores de automóviles, no puede ser comparada con un hipotético grupo de empresas nacionales de transporte que le hagan la competencia empleando buques de peso bruto inferior a quinientas toneladas. A mi juicio, a falta de comprobaciones de hecho pertinentes del órgano jurisdiccional nacional sobre los competidores italianos de la demandante, dicha comparación no respondería a la cuestión planteada

51 — En sus observaciones orales, *Corsica Ferries* mantuvo, sin ser contradicha, que todos los buques que se benefician de la exención son explotados por empresas o nacionales italianos, bien para la prestación de servicios de cabotaje local o bien para la pesca.

en el presente caso. El umbral de las quinientas toneladas no puede compararse, sin más, con las medidas de protección de la pesca debatidas en el asunto Comisión/Irlanda, que no se aplicaban «apenas a ningún barco de la flota pesquera irlandesa». ⁵² El criterio de comparación apropiado con Corsica Ferries deben constituirlo las empresas de transporte italianas que empleen buques de tamaño similar al de sus transbordadores de automóviles. Dado que tales operadores italianos estarían sometidos a las mismas tarifas que la demandante, no cabe hablar de discriminación directa o indirecta.

iii) Existencia de una restricción de la libre prestación de servicios

36. A continuación, es necesario determinar si cabe, no obstante, considerar que las concesiones exclusivas constituyen una restricción no discriminatoria de la libertad de empresas de transporte como la demandante para prestar servicios de transporte marítimo tanto a puertos italianos como desde éstos.

a) La naturaleza de los servicios de amarre

37. Desgraciadamente, es en el aspecto de la naturaleza de los servicios de amarre donde más llamativo resulta el carácter parcial de la exposición realizada ante el órgano jurisdiccional nacional, que se refleja de forma meridiana en su resolución de remisión. Según Corsica Ferries, la operación de amarre consiste esencialmente en atar y desatar el buque mediante el uso de cabos y cables específicos (véase el punto 7 *supra*) y se reduce, lisa y llanamente, a la recepción de los cabos procedentes del barco y su fijación a los puntos de atraque en el muelle, y viceversa.

38. Sin embargo, las observaciones de los grupos de amarre reflejan un panorama completamente distinto. Rechazan contundentemente la descripción simplista facilitada por la demandante. Sostienen que el servicio es uno de los tres servicios técnico-navales esenciales para el mantenimiento de la seguridad en las aguas portuarias que se prestan en los puertos y que, además, reúne todas las características de un servicio de interés público. ⁵³ Refieren, en particular, los siguientes aspectos:

- i) El amarre correcto del barco al muelle, incluido el aseguramiento del barco en el punto de atraque;
- ii) asegurar que el buque amarrado permanece sujeto a su punto de atraque durante toda la duración de su estadía en

52 — Sentencia de 16 de febrero de 1978, Comisión/Irlanda (61/77, Rec. p. 417), apartado 70.

53 — Los otros dos servicios son, a su entender, los de pilotaje y remolque.

el puerto y, en particular, durante la realización de las maniobras de carga y descarga de pasajeros y de mercancías;

que presten otras labores de asistencia, especialmente si se dan en el puerto condiciones climáticas peligrosas.

iii) intervenir siempre que sea necesario para modificar o reforzar el amarre del buque, especialmente cuando una variación de las condiciones climáticas pueda hacer necesario su traslado a otro punto de atraque;

iv) comprobar, antes de que parta el buque, que la ruta prevista de salida del puerto está libre de obstáculos y, caso de que los haya, removerlos antes de levar anclas;

v) cooperar plenamente con la tripulación del buque durante su salida del puerto y hasta que alcance mar abierto.

Señalan que estos servicios deben prestarse durante veinticuatro horas al día los trescientos sesenta y cinco días al año, bajo la supervisión de las autoridades marítimas competentes, en especial del Comandante del puerto. A este respecto, el Comandante del puerto puede solicitar a los grupos de amarre

39. Habida cuenta de la opinión que en las presentes conclusiones voy a formular en relación con la posible restricción de la prestación de servicios, puedo prescindir de expresar mi parecer acerca de las divergentes descripciones que hacen las partes. Además, sería inapropiado hacerlo, ya que es asunto que compete al órgano jurisdiccional nacional. Obviamente, la protección contra los peligros que tanto para la salud y la vida de las personas como para el medio ambiente plantean el amarre y desamarre imprudentes o negligentes de los barcos, en particular en puertos tan importantes y activos como los de Génova y La Spezia, constituye un legítimo objetivo de la labor reguladora de los Estados miembros a falta de medidas comunitarias de armonización apropiadas.⁵⁴ Corresponde, por supuesto, al órgano jurisdiccional nacional determinar si dicho objetivo se alcanza, o se alcanza mejor, mediante la concesión en exclusiva de los servicios de amarre.

b) Observaciones relativas a la existencia de una restricción

40. La demandante sostiene básicamente que, por ser una sociedad francesa que presta

54 — La Comisión dio el primer paso hacia la elaboración de una política a escala comunitaria mediante la publicación, el 24 de febrero de 1993, de una comunicación titulada «Por una política común de seguridad marítima» [COM(93) 66 final].

servicios de transporte marítimo entre Córcega e Italia, la obligación de utilizar los servicios prestados por los grupos de amarre locales constituye una restricción de su libertad de prestación de servicios transfronterizos, mientras que en los puertos franceses esos mismos servicios son opcionales. Los grupos de amarre invocan, en particular, la opinión expresada por el Abogado General Sr. Elmer en el asunto Job Center, según la cual la jurisprudencia Keck y Mithouard elaborada por el Tribunal de Justicia en relación con el artículo 30 del Tratado podría aplicarse igualmente al artículo 59 del Tratado.⁵⁵ Así pues, dado que las normas impugnadas no están destinadas a regular los intercambios de servicios y que sus efectos sobre dichos intercambios se producen íntegramente en Italia y afectan por igual a todos los prestadores de servicios de transporte marítimo, dichas normas no entrañan una restricción a la prestación de tales servicios y, por ende, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 59. La Comisión comparte en general esta postura.⁵⁶

c) Análisis

41. En primer lugar, debe observarse que en el presente caso la supuesta restricción no guarda relación con la prestación de servicios de amarre. Corsica Ferries, al invocar su derecho a utilizar sus propias tripulaciones, debidamente capacitadas, y los modernos equipos de que están dotados sus transbordadores de automóviles para atracar por sus

propios medios, no afirmó que el otorgamiento de concesiones exclusivas en Italia a los grupos de amarre locales constituyera, *per se*, una restricción de la libre prestación de servicios transfronterizos de amarre en los puertos italianos. La restricción que alega está relacionada, más bien, con la prestación de servicios de transporte marítimo y comprende, esencialmente, la prohibición *de iure* o *de facto* a los operadores de transporte marítimo de hacerse cargo por sí mismos del amarre de sus barcos y, en particular, los costes adicionales que puede conllevar la utilización obligatoria de los grupos de amarre locales.

42. El Tribunal de Justicia ha declarado de manera reiterada que «el artículo 59 del Tratado no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio de quien presta servicios por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando puede prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legítimamente servicios análogos».⁵⁷ No resulta sencillo dar una definición objetiva de los tipos de medidas nacionales que pueden constituir esas «restricciones». En su reciente sentencia *Reisebüro Broede*,⁵⁸ el Tribunal de Justicia las describió como aquellas que, aunque se

55 — Sentencia de 19 de octubre de 1995, Job Centre (C-111/94, Rec. p. I-3361), punto 27.

56 — Según su parecer, el incremento de los costes que podría derivarse de la normativa impugnada no afecta de manera más desfavorable al coste de los servicios prestados por empresas no italianas que al de los prestados por las empresas de transporte marítimo nacionales.

57 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 25 de julio de 1991, *Säger* (C-76/90, Rec. p. I-4221), apartado 12, y de 5 de junio de 1997, *SETTG* (C-398/95, Rec. p. I-3091), apartado 16.

58 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 12 de diciembre de 1996, *Reisebüro Broede* (C-3/95, Rec. p. I-6511), apartado 25.

apliquen indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y no nacionales, puedan «[...] prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos».

43. En asuntos como *Säger* y *Reisebüro Broede*, la normativa nacional suponía que un Estado miembro, en cuyo territorio el prestador deseaba prestar un determinado servicio, prohibía la prestación de dicho servicio a no ser que el prestador reuniese determinadas cualificaciones que no le eran exigidas por el Estado miembro donde estaba establecido. Se comprende fácilmente que una normativa de esas características, pese a no ser discriminatoria, puede constituir una restricción a la libre prestación de servicios transfronterizos. Por un lado, tal como señaló el Tribunal de Justicia en su sentencia *Reisebüro Broede*, puede impedir la realización de las prestaciones en el Estado destinatario, aunque las actividades que ejerce el prestador en este Estado revistan un carácter meramente ocasional.⁵⁹ Por otro lado, en asuntos como *Säger*, la obligación impuesta al prestador del servicio, que permanece en su propio Estado miembro, de obtener del Estado miembro destinatario del servicio una licencia, que depende a su vez de la posesión de una determinada titulación (nacional) en ese Estado, puede igualmente obstaculizar el acceso al mercado de que se trate. Es probable que los prestadores de servicios nacionales estén mejor situados para adaptar sus actividades a las exigencias planteadas por una medida de ese tipo. Así, eran indudables los efectos perjudiciales de una norma como la debatida en el asunto *SETTG*, en el que una Ley griega imponía una forma jurídica

obligatoria de relación laboral a los guías turísticos extranjeros que desearan prestar ocasionalmente de manera autónoma sus servicios en Grecia, eran indudables.⁶⁰ En los términos empleados por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Alpine Investments*, una normativa de ese tipo «condiciona directamente el acceso al mercado de los servicios en los demás Estados miembros. Por lo tanto, puede obstaculizar el comercio intracomunitario de servicios.»⁶¹

44. Considero que las medidas a las que se refiere el presente caso se asemejan mucho más a las debatidas en el asunto *Peralta*. Sus efectos sobre la libre prestación de servicios son demasiado remotos e indirectos como para que puedan afectar directamente al acceso al mercado de la prestación de servicios de transporte marítimo. La obligación de utilizar los servicios de los grupos de amarre locales no somete la prestación de los servicios de que se trata, a saber, los servicios de transporte marítimo, a condición alguna excepto la de utilizar obligatoriamente un servicio accesorio. Teniendo en cuenta que el órgano jurisdiccional nacional no ha realizado comprobaciones de hecho pertinentes en este sentido, no estoy convencido de que en el presente caso exista una «restricción» a efectos del artículo 59 del Tratado.⁶²

60 — Citado en la nota 57 *supra*; véanse, en particular, los apartados 17 y 18 de la sentencia y el punto 27 de las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz.

61 — Sentencia de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments* (C-384/93, Rec. p. I-1141), apartado 38.

62 — En efecto, aun cuando el órgano jurisdiccional nacional concluyese finalmente que los grupos de amarre prestan un servicio meramente rutinario, no hay razón alguna para suponer que los efectos de las tarifas que en tal caso habría que calificar de excesivas recaerían en mayor medida sobre los operadores de transporte marítimo extranjeros que sobre los nacionales.

59 — *Ibidem*, apartado 27.

45. Habida cuenta de la conclusión alcanzada, considero que no es necesario examinar si la presunta restricción puede justificarse.

C. La tercera cuestión

i) Introducción

46. La tercera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional se refiere a la posible aplicación, por un lado, del artículo 85, en relación con el artículo 5 y, por otro, del artículo 86, en relación con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado. En primer lugar, el órgano jurisdiccional nacional desea dilucidar si el artículo 85, en relación con el artículo 5, del Tratado se opone a una legislación nacional que obliga a los usuarios de los puertos a pagar por los servicios de amarre unas tarifas acordadas por todos los miembros de una asociación nacional de prestadores de servicios de amarre. En segundo lugar, desea saber si es compatible con el artículo 86, en relación con el apartado 1 del artículo 90, una normativa nacional que no sólo confiere *de iure* o *de facto*, un monopolio relativo a la prestación de servicios de amarre en los puertos, sino que también permite a los beneficiarios de dichas concesiones, en puertos de tal dimensión e importancia para los intercambios intracomunitarios como Génova y La Spezia, percibir de manera efectiva tarifas que son desproporcionadas en relación con el coste real de la prestación de los servicios de amarre de que se trata y que, además, varían de un puerto a otro. Habida cuenta de la afirmación del órgano jurisdiccional nacional según la cual «la legislación [italiana] no determina a qué criterios debe

atenerse» la administración competente «a fijar las tarifas», así como la imputación principal según la cual dichas tarifas son consecuencia de un acuerdo anticompetitivo entre los diferentes prestadores de servicios de amarre en Italia, debo comenzar por resumir las exposiciones diametralmente opuestas relativas al procedimiento de fijación de las tarifas, que en realidad, sólo constan en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia.

ii) La normativa reguladora de la fijación de las tarifas de amarre

47. Según el punto de vista expresado por el órgano jurisdiccional nacional (véase el punto 9 *supra*), las autoridades administrativas competentes a veces adoptan y, posteriormente, dan fuerza vinculante a las tarifas de amarre establecidas en virtud de «acuerdos celebrados por las empresas del sector [...]». La demandante suscribe plenamente esta apreciación. A su juicio, el acuerdo de que se trata fue celebrado el 26 de julio de 1990 por la ANGOPI (la asociación de grupos de amarre) y por los Comitato Utenza Portuale (representantes de algunas asociaciones de empresas que utilizan servicios portuarios).⁶³ Según Corsica Ferries, las partes de dicho acuerdo solicitaron el 20 de septiembre de 1990 al Ministro della Marina Mercantile

63 — Corsica Ferries declara en sus observaciones escritas que entre los usuarios de puertos que son partes en este acuerdo se encuentran agentes marítimos, expedidores y representantes de armadores. En su opinión, las tarifas excesivas acordadas casi no afectan a esos usuarios ya que, en realidad, afectan sobre todo a los prestadores de servicios de transporte marítimo.

(Ministro de Marina Mercante) que adoptase «sin dilación las medidas necesarias para garantizar la aplicación del acuerdo». El 15 de mayo de 1991, el Ministro respondió indicando que correspondía a los prestadores de servicios de amarre acordar la fijación de las tarifas.⁶⁴ Por todo ello, Corsica Ferries alega que de hecho las autoridades italianas hicieron dejación, al menos durante el período pertinente, de las facultades que ostentaban en virtud del artículo 212 del Reglamento nacional y se limitaron a aprobar y dar fuerza vinculante a unas tarifas elaboradas mediante un acuerdo privado.

48. En las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, los grupos de amarre, la República Italiana y la Comisión refutan esta apreciación. Los grupos de amarre afirman que las tarifas las adopta el Ministero dei Trasporti e della Navigazione tanto de forma directa como a través de sus diferentes organismos descentralizados. Este ministerio adopta, mediante decisión, un marco (il modello organizzativo) para la fijación de las tarifas en cada puerto italiano, tomando en consideración tanto el número de empresas de amarre como los equipos que deben adquirir para prestar estos servicios, así como la naturaleza universal y de servicio público de dichos servicios. Dado que tanto los grupos de amarre como todos los grupos representativos de los usuarios de los puertos participan en las conversaciones previas a la fijación de las tarifas, sostienen que el procedimiento es totalmente transparente y objetivo. La Ley n° 160/89, de 5 de mayo de 1989 (en lo sucesivo, «Ley de 1989»), establece algunas disposiciones relativas al transporte

marítimo y a las concesiones.⁶⁵ Los grupos de amarre sostienen que, con arreglo al artículo 9 de la Ley de 1989, se estableció un sistema objetivo de «coste más tanto fijo» (cost-plus) para la fijación de las tarifas; en concreto, un sistema en el que las tarifas se determinaban esencialmente en función del tonelaje bruto del buque, permitiéndose posibles descuentos para los usuarios frecuentes de las instalaciones del puerto, tales como los operadores de trasbordadores de automóviles como Corsica Ferries. El objetivo del sistema de coste más tanto fijo es distribuir de forma proporcional entre los diferentes usuarios del puerto los costes que conlleva la prestación de un servicio universal de amarre.⁶⁶ Los principios en los que se basa este sistema se definieron, durante el período pertinente, en varias circulares ministeriales.⁶⁷ Al parecer, el Decreto n° 1453, de 20 de octubre de 1994, del CAP de Génova y la Ordenanza n° 231, de 27 de septiembre de 1994, del Jefe del Compartimento Marittimo di La Spezia, se ajustan a las disposiciones previstas en las circulares y, en consecuencia, establecen un sistema de tarifas por tramos.⁶⁸

49. A la luz de la clara divergencia entre las observaciones de, por un lado, Corsica

65 — GURI n° 103, de 5 de mayo de 1989.

66 — Se afirma que la fórmula matemática empleada tiene en cuenta todos los gastos realizados para prestar los servicios de amarre, incluidos los salarios basados en el salario mínimo legal nacional, así como diversos factores correctores supuestamente objetivos.

67 — A saber, las Circulares n° 95/1990 y n° 98/1991 del Ministero della Marina Mercantile, finalmente derogadas por la Circular n° 8/1994, de 29 de septiembre de 1994.

68 — Así, según las observaciones escritas de la Comisión, con arreglo al Decreto n° 1453 en el puerto de Génova se aplicaba la tasa mínima de 30.000 LIT a los buques con un arqueo bruto de entre 0 y 250 toneladas, mientras que la tasa máxima de 2.631.000 LIT se aplicaba a aquellos cuyo arqueo se encontraba entre 80.001 y 90.000 toneladas.

64 — Véase el telegrama n° 5201974 (en lo sucesivo, «telegrama»), del cual la demandante adjuntó una copia como anexo de sus observaciones escritas.

Ferries y, por otro, las otras partes y la Comisión en relación con el procedimiento de elaboración de las tarifas, el Tribunal de Justicia preguntó a la demandante, por medio de una pregunta escrita, si su apreciación acerca de la Ley de 1989 podía conciliarse con la de las otras partes. En su respuesta, Corsica Ferries alega básicamente que la disposición pertinente (el apartado 7 del artículo 9 de la Ley de 1989) se refiere sólo a los servicios de cabotaje y que, en cualquier caso, no otorga al Ministro della Marina Mercantile potestad alguna para adoptar normas que unifiquen las tarifas a escala nacional. Además, señala que no se han adoptado medidas legales para ejecutar la Ley de 1989 en relación con el transporte marítimo, ya que las circulares ministeriales carecen de efecto jurídico vinculante en el Derecho italiano.⁶⁹ Sostiene que los criterios generales para la fijación de las tarifas contenidos en las circulares controvertidas son tan sólo fruto bien de decisiones administrativas arbitrarias o bien de acuerdos prohibidos que fueron aprobados y dotados de fuerza vinculante por la Administración.

50. El agente que representó a la República Italiana en la vista se opuso expresamente a la descripción del alcance de las circulares realizada por Corsica Ferries en su respuesta escrita a la pregunta del Tribunal de Justicia. Sostuvo que, a pesar de las críticas expuestas por Corsica Ferries, la Ley de 1989 y las circulares seguían siendo pertinentes en la presente petición de decisión prejudicial. Alegó que las circulares de que se trata ampliaron al

transporte marítimo la restructuración de las tarifas de amarre aplicables al cabotaje; en otras palabras, las circulares se aplicaban como si fuesen jurídicamente vinculantes.

iii) Competencia del Tribunal de Justicia

51. El Tribunal de Justicia carece de facultades, en el marco del procedimiento del artículo 177, para resolver este lamentable conflicto acerca de la normativa reguladora del procedimiento de fijación de las tarifas. En mi opinión, no puede, por tanto, dar una respuesta categórica a la tercera cuestión. Sin embargo, el vínculo entre esa cuestión y el litigio ante el órgano jurisdiccional nacional es patente: si la apreciación del procedimiento de fijación de las tarifas que efectúa la demandante es correcta, la responsabilidad de la República Italiana por cualquier infracción de las normas sobre la competencia resultante de dicho procedimiento estaría fuera de duda, sin perjuicio de una posible defensa basada en el apartado 2 del artículo 90 del Tratado. El órgano jurisdiccional nacional podría, pues, estimar la solicitud del demandante en el procedimiento principal y ordenar el reembolso de las tarifas percibidas. Sin embargo, resulta cuando menos inquietante que el Tribunal de Justicia no pueda servirse del parecer del órgano jurisdiccional nacional en relación con un conjunto de disposiciones legales y administrativas nacionales que aparentemente podrían ser pertinentes. No obstante, procede examinar brevemente los principios de Derecho comunitario que tendrían pertinencia en la apreciación por el órgano jurisdiccional nacional de la pretensión de reembolso formulada por Corsica Ferries basándose en el Derecho comunitario de la competencia.

69 — En apoyo de esta afirmación, cita la sentencia de la Corte Costituzionale italiana de 1 de junio de 1995 (GURI de 1 de junio de 1995). Si bien la demandante acepta que el apartado 7 del artículo 9 permite al Ministro della Marina Mercantile fijar las tarifas a falta de acuerdo entre los operadores económicos afectados, señala que esto sólo es posible previa consulta a las comisiones parlamentarias competentes, que, según la demandante, no se efectuó en el presente caso.

iv) Análisis

a) Aplicación *prima facie* de las normas sobre competencia

52. El órgano jurisdiccional nacional expuso en su resolución de remisión una serie de comprobaciones de hecho pertinentes. En primer lugar, declaró que Corsica Ferries ofrece servicios que «de por sí tienen carácter transfronterizo», lo que parece incuestionable. Los grupos de amarre alegan que los efectos de las tarifas en los costes de prestación de los servicios marítimos transfronterizos no pueden afectar a los intercambios entre los Estados miembros. Si la República Italiana es responsable de haber intensificado, a escala nacional, los efectos de unos acuerdos locales anticompetitivos, estimo que el efecto potencial de dicho acto no puede ser considerado *de minimis* por el mero hecho de que el coste adicional para cada empresa de transporte marítimo considerada individualmente pueda ser, no obstante, relativamente reducido.⁷⁰ En todo caso, la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado no depende de que se demuestre un efecto real en la competencia. Basta con un efecto potencial, que parece difícil de excluir en el presente caso.⁷¹

70 — Las cantidades cuyo reembolso solicita la demandante en el procedimiento principal (véase el punto 3 *supra*) difícilmente pueden considerarse exiguas.

71 — Véanse, por ejemplo, la sentencia de 30 de junio de 1966, Société Technique Minière (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359) y, recientemente, la sentencia de 11 de diciembre de 1997, Job Centre (C-55/96, Rec. I-1119; en lo sucesivo, «Job Centre II»), apartado 36.

53. En segundo lugar, se afirma que la mayoría de los titulares de concesiones de servicios de amarre en los puertos italianos, cuando menos, coordinaron sus posturas en relación con las tarifas que aplicarían, aparentemente a través de su asociación representativa, la ANGOPI. Sobre este particular, los grupos de amarre básicamente discuten el punto de vista del órgano jurisdiccional nacional según el cual las tarifas efectivamente aplicadas son fruto de acuerdos entre los grupos de amarre, aprobados por las autoridades marítimas. En su opinión, las actividades conjuntas de los prestadores de servicios de amarre se limitan a su participación en un procedimiento administrativo de fijación de tarifas, básicamente transparente y objetivo, que se desarrolla bajo la supervisión del ministro competente. Corresponde, por supuesto, al órgano jurisdiccional nacional realizar las averiguaciones pertinentes para determinar si existe en los puertos de Génova y de La Spezia, a efectos del artículo 85 del Tratado, un acuerdo entre empresas anticompetitivo⁷² o una decisión de asociaciones de empresas (por ejemplo, ANGOPI

72 — Dado que el órgano jurisdiccional nacional declaró expresamente que los grupos de amarre tanto de Génova como de La Spezia son empresas a efectos del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, creo que también deberían ser considerados como empresas a efectos de los artículos 85 y 86 del Tratado ya que, aunque el artículo 90 se refiere a «empresas a las que los Estados miembros concedan derechos especiales o exclusivos», el concepto subyacente no difiere del empleado en los artículos 85 y 86. La declaración del órgano jurisdiccional nacional se limita a reconocer el hecho de que las autoridades marítimas de los puertos de Génova y La Spezia concedieron, sin lugar a dudas, ciertos derechos exclusivos a los grupos de amarre. Opino al respecto que la referencia que hicieron en la vista los grupos de amarre a la sentencia de 18 de marzo de 1997, Diego Cali (C-343/95, Rec. p. I-1547) no es acertada. En aquel asunto, el Tribunal de Justicia consideró que un servicio de vigilancia anticontaminación prestado con carácter obligatorio en el puerto petrolero de Génova-Mulredo no tenía un carácter económico que justificase la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado, ya que constituía «una misión de interés general que forma parte de las funciones esenciales del Estado en materia de protección del medio ambiente en el dominio marítimo» (véanse los apartados 22 y 23). Si bien se alega que en el presente caso el servicio de amarre prestado por los grupos de amarre es de interés económico general, no creo que su supuesta finalidad de servicio público baste para privarle de su carácter mercantil intrínseco.

y Comitato Utenza Portuale). Sólo si se comprueba este hecho procederá plantearse si la República Italiana es responsable de los efectos anticompetitivos de dicho acuerdo o decisión.⁷³

54. Por último, por lo que respecta a la posible aplicación del artículo 86, el órgano jurisdiccional nacional concluyó que el efecto del otorgamiento de derechos exclusivos a los grupos de amarre ha consistido en proporcionarles a ambos una posición dominante en una parte sustancial del mercado común. A este respecto, estimo suficiente señalar que en los asuntos Porto di Genova y Corsica Ferries el Tribunal de Justicia ya declaró, en relación con los monopolios legales relativos a las operaciones portuarias y a la prestación de servicios de amarre, respectivamente, que, «teniendo en cuenta, especialmente, el volumen de tráfico en dicho puerto y la importancia de éste en lo que se refiere a todas las actividades de importación y exportación marítimas en el Estado miembro de

que se trata, puede considerarse que dicho mercado constituye una parte sustancial del mercado común». ⁷⁴ Supongo, sin embargo, que un procedimiento jurisdiccional italiano permite a las partes contendientes impugnar esta apreciación en el marco de un procedimiento contradictorio. No obstante, si los grupos de amarre han abusado de sus respectivas posiciones dominantes, podría responder la República Italiana, que es responsable de haberles concedido sus monopolios legales.

b) Artículo 85

55. En la actualidad, los principios que regulan la posible responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del artículo 85 del Tratado están claramente establecidos. El Tribunal de Justicia ha confirmado recientemente, en su sentencia Sodemare y otros, ⁷⁵ que es «jurisprudencia reiterada que los artículos 85 y 86, considerados en relación con el artículo 5 del Tratado, obligan a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, ni siquiera legales o reglamentarias, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas». ⁷⁶ En términos generales, son

73 — La tercera cuestión planteada en el presente caso se refiere a la responsabilidad de la República Italiana por posibles actividades anticompetitivas y, por tanto, no plantea la posible corresponsabilidad de los propios grupos de amarre por tales actividades, si todavía continuasen participando en acuerdos de ese tipo por su propia iniciativa. Dicha responsabilidad, por supuesto, no se daría si los grupos de amarre estuviesen realmente obligados por la normativa italiana a aplicar tarifas anticompetitivas a las que las autoridades italianas competentes hubiesen dotado de efecto obligatorio. Véase, por ejemplo, la reciente sentencia de 11 de noviembre de 1997, Comisión y Francia/Ladbroke Racing (asuntos acumulados C-359/95-P y C-379/95-P, Rec. p. I-6265), apartado 33, en la que este Tribunal sostuvo que «si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia o si crea un marco jurídico que limita por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplican los artículos 85 y 86» (el subrayado es mío); así como la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1996, Asia Motor France y otros/Comisión (T-387/94, Rec. p. II-961), apartados 60 y 61. Es de destacar que el Abogado General Sr. Tesauro, en sus conclusiones de 18 de diciembre de 1997, recomendó al Tribunal de Justicia que desestimase el recurso de casación interpuesto por una de las demandantes (Somaco) en el asunto Asia Motor France y otros/Comisión; véase el asunto Somaco/Comisión (C-401/96 P, aún no publicado en la Recopilación).

74 — En mis conclusiones de 9 de octubre de 1997 en el asunto C-163/96, Proceso penal contra Silvano Raso y otros, expresé mi opinión (véase el punto 55) según la cual un monopolio sobre la prestación de mano de obra temporal en el puerto de La Spezia podía constituir, tal como afirmaba el órgano jurisdiccional nacional en su petición de decisión prejudicial en aquel asunto, una posición dominante en una parte sustancial del mercado común.

75 — Sentencia de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros (C-70/95, Rec. p. I-3395).

76 — *Ibidem*, apartado 41.

básicamente dos las formas en que los Estados miembros pueden incumplir las obligaciones que les incumben en virtud del artículo 85 en relación con el artículo 5. En primer lugar, pueden imponer o favorecer la adopción de prácticas anticompetitivas por parte de dos o más empresas o asociaciones de empresas, o reforzar los efectos de tales prácticas. En segundo lugar, pueden privar a sus propias normas de su carácter legislativo, delegando la potestad reglamentaria en agentes económicos privados.

56. En el presente caso, no se discute que las tarifas impugnadas fueron, al menos formalmente, adoptadas por las autoridades marítimas competentes de los puertos de Génova y La Spezia. La tesis principal de la demandante estriba en que esas autoridades se limitaban a dar el visto bueno a los tramos tarifarios elaborados de forma colusoria bien por los miembros de la ANGOPI, o bien por esta asociación en connivencia con representantes o asociaciones representativas de otros usuarios de puertos. Ya he mencionado la falta de consenso en torno a esta tesis. En particular, se ha señalado al Tribunal de Justicia la existencia de varias circulares ministeriales que, cualquiera que sea su valor jurídico en el Derecho público italiano, no pueden por menos que haber influido en las autoridades portuarias a la hora de fijar las tarifas de amarre. Es, por supuesto, posible que las decisiones de tales autoridades pueden, a pesar de esas circulares, aprobar aún de forma automática o suscribir en gran medida tarifas predeterminadas mediante acuerdos anticompetitivos. Sin embargo, en ausencia de apreciaciones del órgano jurisdiccional en relación con esas circulares —que, ha de subrayarse (no fueron mencionadas por la demandante en su demanda) y basándome en la información de que dispone el Tribunal de Justicia, no estoy seguro de

que la República Italiana, por lo que respecta a las tarifas aplicadas en sus puertos por la prestación de servicios de amarre, haya cometido, a través de sus autoridades portuarias o marítimas descentralizadas, infracción alguna del artículo 85 en relación con el artículo 5 del Tratado. Si esta conclusión parece algo deslucida, no puedo sino recordar el *leitmotiv* de estas conclusiones: la falta de un contexto fáctico y normativo suficiente para adoptar una decisión útil en relación con el presente asunto. La demandante optó por plantear cuestiones graves relativas a supuestos acuerdos anticompetitivos y a la posible existencia y abuso de una posición dominante en el restringido marco de un procedimiento nacional que no permite ni oír a la parte contraria ni que un órgano jurisdiccional nacional determine de forma meditada aspectos de hecho y de Derecho de importancia crucial. Cuando, en la vista, se le instó para que justificase esta opción, el Abogado de la demandante se refirió a los retrasos que entraña el procedimiento contradictorio en Italia, argumento difícilmente compatible con los principios fundamentales del Derecho relativos a la imparcialidad de los procedimientos. Más concretamente, el Abogado General Sr. Gulmann, en sus conclusiones en el asunto Telemarsicabruzzo, puso especial énfasis en la importancia de las comprobaciones de hecho en los asuntos en materia de competencia. En el presente caso, a diferencia de lo que ocurría en asuntos como Meng,⁷⁷ Reiff⁷⁸ y DIP y otros,⁷⁹ no se dan esos requisitos.

77 — Sentencia de 17 de noviembre de 1993, Meng (C-2/91, Rec. p. I-5751).

78 — Sentencia de 17 de noviembre de 1993, Reiff (C-185/91, Rec. p. I-5801).

79 — Sentencia de 17 de octubre de 1995, DIP y otros (asuntos acumulados C-140/94, C-141/94 y C-142/94, Rec. p. I-3257).

c) Artículo 86

57. Según la demandante, la República Italiana es responsable del abuso por parte de los grupos de amarre de las posiciones dominantes que ostentan en los puertos de Génova y La Spezia. Basándose, en especial, en la sentencia *Porto di Genova*, afirma que el alegado abuso abarca dos aspectos. En primer lugar, la imposición a Corsica Ferries de la obligación de utilizar servicios innecesarios y, en segundo lugar, la inexistencia de relación alguna entre las tarifas cobradas por esos servicios no deseados y el coste de su prestación, que se pone de manifiesto por el hecho de que dichas tarifas varían de manera injustificada de un puerto a otro. Por lo que se refiere al coste, la demandante sostiene que las tarifas no sólo se basan en los costes globales de la prestación de un servicio permanente de amarre, sino que también incluyen otros componentes «suplementarios», tales como un canon del 1 % por la asistencia técnica proporcionada por la ANGOPI a cada uno de los grupos de amarre y un canon del 1 % destinado a una especie de fondo de «seguro». La demandante alega asimismo que las tarifas no se aplican de manera enteramente objetiva debido a los efectos de una política de descuentos supuestamente desprovista de transparencia. Corsica Ferries afirma que los derechos que otorgan las normas italianas impugnadas a los grupos de amarre les conducen, inevitablemente, a cometer dichos abusos. Alega además que los grupos de amarre no están amparados por la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 90 del tratado, ya que un servicio de amarre no puede ser considerado como un «servicio de interés económico general».

58. No causa sorpresa que los grupos de amarre, apoyados por la República Italiana, nieguen la existencia de abuso alguno. Por lo que respecta a la percepción de tarifas que superan el coste real del servicio prestado, se basan en el apartado 2 del artículo 90 del Tratado y sostienen que tales tarifas son necesarias para que las empresas de amarre puedan prestar de forma eficaz un servicio universal. Las diferencias entre las tarifas impuestas en los distintos puertos reflejan cómo, al calcular las tarifas, la fórmula empleada toma en consideración, mediante factores de corrección, las circunstancias locales. En la vista se afirmó que Corsica Ferries no resultó perjudicada por abusos de posición dominante cometidos por los grupos de amarre, ya que ésta se beneficiaba de uno de los descuentos más elevados. La Comisión, pese a que en la vista se reservó expresamente su opinión acerca de la práctica de ofrecer descuentos sobre las tarifas publicadas, alega que la participación de los usuarios del puerto en el procedimiento de fijación de las tarifas parece garantizar el carácter razonable de éstas. Sin embargo, sostiene que, en última instancia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si son excesivas, habida cuenta no sólo de los costes inmediatos de la prestación de servicios de amarre a empresas como Corsica Ferries sino también de los costes de mantenimiento del servicio universal.

59. Es un principio consolidado que la mera creación por parte de un Estado miembro de una posición dominante mediante la concesión de un derecho exclusivo, como tal, no puede ser considerada incompatible con el

artículo 86 del Tratado,⁸⁰ y que «un Estado miembro sólo infringe las prohibiciones contenidas en [los artículos 86 y apartado 1 del artículo 90] si la empresa de que se trata, por el mero ejercicio del derecho exclusivo que se le ha conferido, explota su posición dominante de modo abusivo». ⁸¹ Dado que, a falta de normas comunitarias específicas los Estados miembros son, pues, libres para crear monopolios legales, el único interrogante que se plantea en este caso es si la adopción por parte de las autoridades portuarias de los tramos de tarifas que se aplicaron a Corsica Ferries constituye un abuso de las posiciones dominantes de dichos grupos *del que es responsable la República Italiana*.

60. Habida cuenta de que el Derecho comunitario no se opone, en la actualidad, a que la República Italiana otorgue derechos exclusivos referentes a la prestación de servicios de amarre en sus puertos, el alegado abuso que se discute concierne esencialmente a la imposición de tarifas que superan los costes de prestación del servicio, más un margen de beneficio razonable. A mi entender, cuesta trabajo imaginar cómo un simple exceso en el precio de un servicio, suficientemente demostrado ante el órgano jurisdiccional nacional, podría conducir, en el contexto de la demanda presentada por Corsica Ferries con arreglo al artículo 633 del Código, al reembolso del importe total de las tarifas abonadas. No obstante, en consonancia con la postura que adopté en la sección IV de estas conclusiones, partiré de la base de que el órgano jurisdiccional nacional puede con-

siderar que el cobro abusivo de cualesquiera importes excesivos justifica un reembolso total.⁸²

61. Se alega, en el presente caso, que la fórmula matemática empleada para el cálculo de las tarifas incluye un componente que se añade a los costes y al margen de beneficio y que está destinado a cubrir el coste de la prestación de unos servicios de amarre universales. En mi opinión, la compatibilidad de la inclusión de ese componente accesorio con el artículo 86 del Tratado depende de si el servicio de que se trata puede ser considerado un servicio «de interés económico general» a efectos del apartado 2 del artículo 90. Este Tribunal ha declarado de forma reiterada que, al tratarse de «una disposición que permite, en determinadas circunstancias, establecer una excepción a las normas del Tratado, la definición de las empresas que pueden invocarla debe ser de interpretación estricta». ⁸³ En la sentencia Porto di Genova, el Tribunal sostuvo que la realización de operaciones portuarias no tenía necesariamente un interés económico general ya que no poseía características específicas respecto a

80 — Véase, por ejemplo, la reciente sentencia Job Centre II, citada en la nota 71 *supra*, apartado 31.

81 — *Ibidem*.

82 — En su sentencia de 26 de junio de 1979, McCarren (177/78, Rec. p. 2161), apartado 25, el Tribunal de Justicia declaró que cuando una tasa ha sido ingresada en violación del Derecho comunitario, aunque exista en principio un derecho al reembolso, «corresponde [...] al órgano jurisdiccional nacional apreciar, según el Derecho nacional, y en cada caso particular, si la tasa ingresada puede ser recuperada y en qué medida [...]»; igualmente, en la sentencia de 13 de diciembre de 1983, Lewis y otros (222/82, Rec. p. 4083), apartado 41, el Tribunal de Justicia declaró que corresponde «al órgano jurisdiccional nacional determinar, según el Derecho nacional, si y hasta qué punto [un] derecho al reembolso resulta compensado por las ventajas directas que las actividades [que dieron lugar a la retribución de que se trata] han proporcionado al contribuyente interesado».

83 — Véanse las sentencias de 21 de marzo de 1974, BRT (127/73, Rec. p. 313), apartado 19, y de 17 de julio de 1997, GT-Link (C-242/95, Rec. p. I-4449), apartado 50.

las de otras actividades económicas,⁸⁴ mientras que en la sentencia GT-Link estimó que la explotación de un puerto comercial no constituye la gestión de un servicio de interés económico general.⁸⁵ Sin embargo, en el presente caso se sostiene que el objetivo de la normativa nacional es garantizar, en aras de la seguridad del puerto, que esté disponible un servicio universal de amarre. Tal como señaló el Tribunal de Justicia en su sentencia BRT, «incumbe, pues, al Juez nacional dilucidar si una empresa que invoca las disposiciones del apartado 2 del artículo 90 con el fin de acogerse a una excepción a las normas del Tratado ha sido efectivamente encargada por el Estado miembro de que se trate de la gestión de un servicio de interés económico

general»⁸⁶. Tengo, no obstante, la certeza de que, si el órgano jurisdiccional nacional concluyese que las autoridades marítimas italianas competentes encomendaron tal misión a los grupos de amarre, la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 86 al componente adicional de las tarifas que representa el coste adicional de la prestación, en todo momento y a todos los usuarios de los puertos de Génova y La Spezia, de un servicio universal, podría, a efectos del apartado 2 del artículo 90, impedir el cumplimiento de dicha misión. Por esta razón, la inclusión de un componente de ese tipo en los precios no sería incompatible con el artículo 86 en relación con el apartado 1 del artículo 90.

VI. Conclusión

62. A la luz de cuanto antecede, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Tribunale di Genova:

- «1) La normativa nacional o las prácticas administrativas de un Estado miembro que prohíben indistintamente tanto a las empresas de transporte marítimo nacionales como a las establecidas en otros Estados miembros amarrar o desamarrar sus buques a su llegada a los puertos del primer Estado miembro y al partir de ellos, salvo que utilicen los servicios de amarre prestados por empresas que gozan de derechos exclusivos legales para la prestación de tales servicios, y que exigen que tales empresas de transporte marítimo paguen a las referidas empresas una remuneración desproporcionada en relación con el coste

84 — Citada en la nota 8 *supra*, apartado 27. En efecto, el Abogado General Sr. Van Gerven señaló que «[s]i tales operaciones también entran en el concepto de servicios de interés general, dicho concepto puede abarcar prácticamente todas las actividades económicas».

85 — Citada en la nota 83 *supra*, véase, en particular, el apartado 52.

86 — Citada en la nota 83 *supra*, apartado 22.

real de los servicios prestados, no son incompatibles con el artículo 30 del Tratado.

- 2) El Reglamento (CEE) n° 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, en relación con el artículo 59 del Tratado no se opone a que un Estado miembro imponga a todas aquellas empresas de transporte marítimo, cualquiera que sea su Estado miembro de establecimiento, cuyos buques hagan escala en sus puertos, la obligación de utilizar los servicios de amarre prestados por los titulares de concesiones exclusivas en dichos puertos;
- 3) Un Estado miembro que confiere a una empresa un derecho exclusivo a prestar servicios de amarre en un mercado considerado parte sustancial del mercado común y a percibir tarifas obligatorias desproporcionadas en relación con el precio del coste real de la prestación del servicio no vulnera el artículo 86, en relación con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, de no concurrir un abuso específico y, en especial, no incurre en tal vulneración por el mero hecho de que las tarifas incluyan un componente destinado a sufragar los costes de un servicio de amarre disponible en todo el país con carácter universal.
- 4) Por falta de apreciaciones precisas realizadas por el órgano jurisdiccional nacional, es imposible responder a la tercera cuestión en la medida en la que se refiere a un incumplimiento del artículo 85, en relación con el artículo 5 del Tratado.»