CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ

presentadas el 27 de junio de 1991 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El asunto sobre el cual presento hoy mis conclusiones versa sobre una petición de decisión prejudicial que se inscribe en el contexto de cuatro asuntos análogos.[1] Tiene por objeto una norma de la legislación italiana en cuya virtud al menos el 30 % de todos los contratos públicos de suministro debe reservarse a las empresas establecidas en el Mezzogiorno.

2. En el asunto C-21/88, era preciso pronunciarse sobre una situación jurídica idéntica a la del caso de autos. En particular, la forma en que esta situación afecta al comercio intracomunitario es análoga en el caso de autos al supuesto del asunto C-21/88. En aquel asunto, la demandante alegaba que importaba de Alemania el 80 % de su material de radiografía. En el caso de autos, la parte demandante en el asunto principal importa de Francia una parte considerable del material que distribuye.

3. Las conclusiones que presenté el 28 de noviembre de 1989 en el asunto C-21/88 fueron seguidas en líneas generales por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 20 de marzo de 1990.

4. Le ha sido señalada al órgano jurisdiccional remitente la similitud que ofrece esta petición de decisión prejudicial con la que fue objeto del asunto C-21/88. No obstante, esta petición de decisión prejudicial no ha sido retirada, probablemente por razones relativas a las normas nacionales de procedimiento. Esta es la razón por la cual es preciso llevar formalmente a término este asunto.

5. En orden a la respuesta que ha de darse a las cuestiones planteadas, me remito a las conclusiones que presenté el 28 de noviembre de 1989 y a la sentencia dictada el 20 de marzo de 1990 en el asunto C-21/88.

6. Aun cuando la problemática jurídica coincide con la del asunto C-21/88, como las propias partes del litigio reconocen, y, por consiguiente, la cuestión prejudicial deba considerarse zanjada por la sentencia, considerando las alegaciones expuestas por el representante de la parte demandante en la vista celebrada el 5 de junio de 1991, es preciso añadir algunas observaciones acerca de las obligaciones derivadas de una sentencia del Tribunal de Justicia.

7. El representante de la parte demandante ha insistido en que, más de un año después de haberse dictado sentencia en el asunto C-21/88, aún no se había adoptado ninguna medida para adaptar el ordenamiento jurídico italiano a las exigencias del Derecho comunitario. Alega que no se ha iniciado gestión alguna para extraer las debidas consecuencias de la sentencia, ni mediante medidas legislativas, ni mediante cir-

* Lengua original: alemán.

1 — Véanse la sentencia de 20 de marzo de 1990 (C-21/88, Du Pont de Nemours/Unità Sanitaria Locale nº 2 di Carrara, Rec. p. I-889); el asunto C-310/88, Instituto Behring/USSLN, y el asunto C-311/88, Hoechst Italia/USSL, aún pendientes.

culares administrativas ni aun mediante la última ley anual de adaptación al Derecho comunitario. No tuvieron éxito las gestiones realizadas para que la Comisión interpusiera un recurso por incumplimiento.

8. Es preciso afirmar en primer lugar que una sentencia dictada en el contexto de una decisión prejudicial constituye un fallo interpretativo que sólo vincula a las partes que intervienen en el procedimiento así como a los órganos jurisdiccionales encargados de pronunciarse en el litigio. No obstante, los Estados miembros están obligados a poner fin a una situación contraria al Derecho comunitario que exista en su ordenamiento interno cuando ello puede deducirse de una sentencia dictada en un procedimiento prejudicial. Si un Estado miembro no adopta las medidas necesarias manteniendo, de esta forma, una situación legal contraria al Tratado, incurre en un incumplimiento de éste, contra el cual incumbe en primer lugar a la Comisión iniciar los procedimientos oportunos.

9. Esta es la razón por la cual, en la práctica, la postura de la Comisión frente a las decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia es iniciar procedimientos por incumplimiento. Como ejemplos de esta forma de proceder, cabe citar un recurso por incumplimiento [2] contra la República Federal de Alemania en el asunto «cruceros de mantequillas» [3] o un recurso por incumplimiento [4] contra el Reino de Bélgica por la percepción indebida de unas tasas académicas conocidas con el nombre de «minerval». [5]

2 — Sentencia de 14 de febrero de 1984, Comisión/Alemania (325/82, Rec. p. 777).

3 — Sentencia de 7 de julio de 1981, Rewe/Hauptzollamt Kiel (158/80, Rec. p. 1805), y sentencia de 14 de febrero de 1984, Rewe/Hauptzollämter de Flensburg, Itzehoe y Lübeck-West (278/82, Rec. p. 721).

4 — Sentencia de 2 de febrero de 1988, Comisión/Bélgica (293/85, Rec. p. 305).

5 — Sentencia de 13 de febrero de 1985, Gravier/ciudad de Lieja (293/83, Rec. p. 593), y sentencia de 13 de julio de 1983, Forcheri/Bélgica (152/82, Rec. p. 2323).

10. Claro está que, para proteger jurídicamente a los particulares, no es indispensable adaptar el Derecho nacional, ya que aquéllos pueden alegar el Derecho comunitario ante los órganos jurisdiccionales, aun a falta de medidas nacionales de adaptación. De esta forma, el particular puede conseguir que el órgano jurisdiccional nacional aplique el Derecho comunitario, como ocurre en el litigio principal, lo cual es, por otra parte, el deber de todos los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro: hacer que se aplique el Derecho comunitario.

11. No obstante, la situación se hace especialmente crítica cuando —como ha afirmado el representante de la parte demandante en la vista, después de haberse dictado la sentencia en el asunto C-21/88— existen órganos jurisdiccionales nacionales que consideran lícita la situación jurídica contraria al Derecho comunitario, a pesar de una sentencia dictada en un sentido distinto por el Tribunal de Justicia, y no aplican el Derecho comunitario. Esta denegación de la protección jurídica constituye en sí misma un nuevo incumplimiento del Tratado.

12. Tanto para aclarar la situación jurídica como para evitar ulteriores incumplimientos del Tratado, es necesaria una acción del Estado miembro afectado. En el supuesto de que el Estado miembro no actúe, la Comisión, a la cual incumbe velar por la aplicación del Tratado (artículo 155 del Tratado CEE), puede y debe normalmente recordar a este Estado las obligaciones que le incumben con arreglo al Derecho comunitario, utilizando el procedimiento del recurso por incumplimiento y exhortándole a adaptar su ordenamiento jurídico interno.

13. A este respecto, la Comisión está obligada a actuar por su propia iniciativa puesto

que los particulares no pueden obligarla a intervenir. Las personas físicas o jurídicas sólo pueden interponer el recurso de omisión previsto en el artículo 175 del Tratado CEE en el supuesto de que una Institución comunitaria no *les* haya dirigido un acto vinculante (párrafo tercero del artículo 175 del Tratado CEE). Las posibilidades de los particulares en cuanto a la interposición de un recurso por incumplimiento se limitan a la formulación de denuncias y observaciones informales.

14. Finalmente, con el fin de precisar la situación jurídica, hemos de insistir una vez más en el hecho que el artículo 30 del Tratado CEE se opone a la normativa controvertida que reserva una parte de los contratos públicos de suministro, y que esta normativa tampoco puede estar justificada por las disposiciones de la Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros.[6] Este extremo ya quedó expuesto en los apartados 49 y siguientes. de las conclusiones que presenté en el asunto C-21/88. La sentencia dictada en aquel asunto declara expresamente, en el apartado 17, que el artículo 26 de esta Directiva no puede impedir la aplicación del artículo 30 del Tratado CEE.

15. En su redacción inicial, el artículo 26 de la citada Directiva disponía lo siguiente:

«La presente Directiva no impedirá la aplicación de las disposiciones en vigor en el momento de su adopción. Esas normas que figuran en la ley italiana nº 835 de 6 de octubre de 1950 (*Diario Oficial de la República Italiana* nº 245 del 24.10.1950) y en sus modificaciones sucesivas, *sin perjuicio de la compatibilidad de esas disposiciones con el Tratado.*»[7]

16. Esta norma se puede comparar con la disposición de una Directiva que fue alegada en los dos asuntos de los sucedáneos de leche[8] con el fin de justificar normativas incompatibles con el artículo 30 del Tratado. En estas dos sentencias, el Tribunal de Justicia declaró:

«Sin que sea necesario pronunciarse sobre si la disposición de que se trata surte efecto retroactivo, baste con observar que la misma justifica el mantenimiento de un régimen nacional, tan sólo a condición de que respete las disposiciones generales del Tratado CEE. Ahora bien, como este Tribunal ya ha afirmado más arriba, la normativa objeto del caso de autos infringe el artículo 30 del Tratado CEE, sin, por consiguiente, respetar los requisitos exigidos por el artículo 5 del Reglamento nº 1898/87.»[9]

17. La modificación posterior del artículo 26 de la Directiva 77/62[10] tampoco puede justificar una normativa como la que aquí se cuestiona. En su nueva redacción, este texto dispone:

«1) La presente Directiva no será obstáculo, hasta el 31 de diciembre de 1992, para la aplicación de las disposiciones nacionales vigentes relativas a la adjudicación de contratos públicos de suministros y

6 — Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976 (DO 1977 L 13, p. 1), modificada en último lugar mediante la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990 (DO L 297, p. 1).

7 — El subrayado es mío.

8 — Sentencia de 23 de febrero de 1988, Comisión/Francia (216/84, Rec. p. 793), y sentencia de 11 de mayo de 1989, Comisión/Alemania (C-76/86, Rec. p. 1021).

9 — Asunto 216/84, apartado 22 de la sentencia, y asunto 76/86, apartado 23 de la sentencia.

10 — Mediante la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988 (DO L 127, p. 1).

que tengan como finalidad la reducción de las diferencias regionales y el fomento de la creación de empleo en regiones cuyo desarrollo esté muy atrasado y en las regiones industriales en declive, *siempre y cuando dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado* y con las responsabilidades internacionales de la Comunidad.» [11]

18. En particular, como ha quedado puntualizado en la vista, la versión modificada no puede justificar la inactividad de la Comisión en cuanto a la interposición de un recurso por incumplimiento. El plazo del 31 de diciembre de 1992 que prevé el artículo 26 para las excepciones no puede hacer desaparecer la incompatibilidad del sistema preferencial con el Tratado.

Costas

19. El procedimiento de una petición de decisión prejudicial tiene el carácter de un incidente procesal. Por consiguiente, incumbe al órgano jurisdiccional remitente resolver sobre las costas de las partes del litigio principal. Los gastos efectuados por el Gobierno italiano y por la Comisión no pueden ser objeto de reembolso.

20. Para responder a las cuestiones relativas a la compatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa nacional que reserva una parte de los suministros, considerando que no incumbe al Tribunal de Justicia controlar tal compatibilidad en el marco de una decisión prejudicial, propongo al Tribunal de Justicia que se pronuncie de la siguiente forma, que reitera la doctrina sentada en el asunto C-21/88:

«1) El artículo 30 del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que reserva a las empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional un porcentaje de los contratos públicos de suministros.

2) La posible calificación de una normativa nacional como ayuda en el sentido del artículo 92 del Tratado no puede exceptuar a esta normativa de la prohibición del artículo 30 del Tratado.»

11 — El subrayado es mío.