CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ presentadas el 28 de noviembre de 1989 *

Índice

Página

A. Hechos ... 902

B. Definición de postura ... 903

1. Sobre la situación de concurso del artículo 30 y del artículo 92 del Tratado CEE ... 903

2. Sobre la compatibilidad del sistema de reserva con el artículo 30 del Tratado CEE ... 903

3. Sobre la compatibilidad del sistema de reserva con la 11 Directiva 70/50/CEE ... 909

4. Sobre las posibles excepciones a la prohibición de medidas de efecto equivalente con arreglo al artículo 30 del Tratado CEE ... 910

5. Apreciación del régimen de reserva en el contexto de las Directivas 77/62/CEE y 70/32/CEE ... 911

6. Sobre el carácter de ayuda y las consecuencias de ello resultantes para el régimen ... 913

C. Conclusión ... 915

Señor Presidente,
Señores Jueces,

A. Hechos

1. En el asunto en el que hoy defino mi postura se trata de juzgar desde el punto de vista del Derecho comunitario el sistema italiano de preferencias en favor del Mezzogiorno. El asunto que aquí se trata de enjuiciar sólo es una de las múltiples peticiones de decisión prejudicial [1] del mismo tipo que están pendientes ante este Tribunal. Fue presentada por el Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana ante este Tribunal de Justicia y se refiere a la interpretación de los artículos 30, 92 y 93 del Tratado CEE.

2. La demandante en el asunto principal, Du Pont de Nemours SpA (en lo sucesivo, «la demandante») impugna por medio de dos demandas separadas que han sido acumuladas por el Tribunal remitente las resoluciones de la Unità Sanitaria Locale nº 2 di Carrara (en lo sucesivo, «la demandada»).

* Lengua original: alemán.

1 — Asunto 310/88, Instituto Behring/USSL N; Asunto 311/88, Hoechst Italia/USSL N 56; Asunto 351/88, Laboratori Bruneau/USSL R.

3. A la demandante se la admitió a participar en un concurso restringido de la demandada, publicado mediante anuncio de 15 de febrero de 1986.

4. El 1 de marzo de 1986 entró en vigor la Ley 64/86, que extendió el régimen de preferencias existente en favor de las regiones meridionales de Italia, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo. De acuerdo con esta Ley, la demandada, como unidad local de Sanidad, estaba también obligada a adquirir al menos un 30 % del material necesario a empresas que disponían de fábricas o instalaciones fijas dentro del territorio objeto de la preferencia, donde —al menos en parte— debían fabricarse los productos.

5. A consecuencia de ello, la demandada, por resolución de 3 de junio de 1986, estableció las cláusulas particulares para la adjudicación de contratos para el suministro de películas y líquidos de radiología, acompañando dicha resolución de un pliego de cláusulas donde dividía los suministros en dos partes, reservando una de ellas, que se elevaba al 30 % del volumen total de compras, a empresas establecidas en el Mezzogiorno (sur de Italia). Dicha resolución constituye el objeto del procedimiento principal, así como una resolución de la demandada de 15 de junio de 1986, por la que se decidió la adjudicación del 70 % del volumen de compras. La demandante fue excluida del concurso para el suministro del 30 % restante por no poseer ningún establecimiento en el Mezzogiorno.

6. El Tribunal remitente ha planteado algunas cuestiones sobre la intepretación del Derecho comunitario que tratan de juzgar de la compatibilidad de la Ley 64/86 con dicho Derecho.

7. La primera pregunta se refiere a si el artículo 30 del Tratado CEE, que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y las medidas de efecto equivalente, se opone al régimen controvertido del Estado miembro. Además, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se aclare si se puede calificar el régimen citado de «ayuda» en el sentido del artículo 92 del Tratado CEE y, en su caso, si sólo la Comisión o también un órgano jurisdiccional nacional puede juzgar de la compatibilidad de la ayuda con el mercado común.

8. En apoyo de la demandante interviene como parte coadyuvante la Sociedad Du Pont de Nemours Deutschland GmbH; en apoyo de la demandada interviene la Sociedad 3M italiana SpA. Las partes coadyuvantes también han expuesto sus puntos de vista ante este Tribunal.

9. Para una más amplia exposición de los hechos y de los fundamentos de derecho, así como de las observaciones de las partes nos remitimos al informe para la vista.

B. Definición de postura

1. *Sobre la situación de concurso del artículo 30 y del artículo 92 del Tratado CEE*

10. Se exponen algunas consideraciones sobre la situación de concurso de los artículos 30 y 92 del Tratado CEE porque, en determinadas circunstancias, la aplicación de uno de estos preceptos excluye la del otro. Se plantea la cuestión de si una medida de un Estado miembro, que se puede considerar

como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, puede ser al mismo tiempo una ayuda con arreglo al artículo 92. También puede ser oportuno el planteamiento opuesto, en el sentido de si una medida que se debe considerar como ayuda estatal puede, además, ser apreciada con arreglo a los preceptos relativos a la libre circulación de mercancías, en particular, el artículo 30 del Tratado CEE.

11. En primer lugar hay que partir por principio de que tanto la prohibición de las restricciones cuantitativas a la importación como de las medidas de efecto equivalente y asimismo la prohibición, con arreglo al artículo 92, de las ayudas otorgadas por el Estado o con fondos del mismo persiguen un fin común, consistente en asegurar la libre circulación de mercancías entre Estados miembros en condiciones normales de competencia. [2]

12. Tanto la prohibición de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación, con arreglo al artículo 30, como la prohibición de ayudas que falseen o amenacen falsear la competencia en la medida en que afectan a los intercambios comerciales entre Estados miembros, con arreglo al apartado 1 del artículo 92, llevan a que se considere ilegal desde el punto de vista del Derecho comunitario toda medida estatal comprendida en dichas prohibiciones. Por ello, el concurso de estos dos preceptos llevaría al mismo resultado de Derecho material, pues la consecuencia jurídica de ambas prohibiciones es la incompatibilidad de las medidas estatales discutidas con el Derecho comunitario.

13. Sin embargo, por motivos de procedimiento, es conveniente hacer una distinción, pues es indudable que el artículo 30 es de efecto directo y que cualquier ciudadano de la Comunidad puede invocar la norma ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro. Por el contrario, el apartado 1 del artículo 92 no posee la característica del efecto directo, pues la prohibición que expresa no es ni absoluta ni incondicional, [3] como muestran los apartados 1 y 2 del artículo 92 y el artículo 93. Por lo demás, el enjuiciar si una ayuda está prohibida con arreglo al apartado 1 del artículo 92 o está permitida con arreglo al apartado 2 o si puede declararse compatible con el mercado común, con arreglo al apartado 3, entra en el marco del examen de las ayudas con arreglo al artículo 93, dentro del ámbito de competencia de la Comisión.

14. Salvo lo dispuesto en la última frase del apartado 3 del artículo 93, los artículos 92 y 93 pueden ser invocados ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sólo «cuando se concreten por medio de los actos jurídicos de alcance general previstos en el artículo 94 o de las decisiones individuales que se contemplan en el apartado 2 del artículo 93». [4]

15. Estas diferentes consecuencias procedimentales ya indican que estos preceptos, por principio, abarcan distintos ámbitos de aplicación. Con relación a la problemática de la delimitación, el Tribunal de Justicia señaló en el asunto 74/76: [5]

2 — Así ya en la sentencia de 22 de marzo de 1977 (Iannelli & Volpi/Firma Paolo Meroni, 74/76, Rec. 1977, p. 557); sentencia de 10 de julio de 1985 (Comisión/Irlanda, 17/84, Rec. 1985,. p. 2375), y sentencia de 5 de junio de 1986 (Comisión/Italia, 103/84, Rec. 1986, p. 1759).

3 — Asunto 74/76, citado en la nota 2, apartados 11 y 12.

4 — Véase sentencia de 19 de junio de 1973 (Capolongo, 77/72, Rec. 1973, p. 611, apartado 6).

5 — Asunto 74/76, citado en la nota 2, apartados 9 y 10.

«Por muy amplio que pueda ser el ámbito de aplicación del artículo 30, no comprende, desde luego, los obstáculos regulados por disposiciones específicas del Tratado.»

«Aunque un sistema de ayudas estatales o que se nutren de fondos estatales pueda, a consecuencia de la protección de determinadas empresas nacionales, obstaculizar, indirectamente al menos, la importación de productos similares o competitivos procedentes de los demás Estados miembros, esta circunstancia por sí sola no basta tampoco para equiparar una ayuda como tal a una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa en el sentido del artículo 30» *(traducción provisional).*

A continuación el Tribunal de Justicia señala:

«Si se quisiera interpretar el artículo 30 de un modo tan amplio que se pudiera considerar que una ayuda en el sentido del artículo 92, como tal, se asimila a una restricción cuantitativa con arreglo al artículo 30, ello modificaría el alcance de los artículos 92 y 93 del Tratado y afectaría a la distribución de competencias [...]» [3] *(traducción provisional).*

16. Conforme con esta argumentación, existen motivos en favor de la especialidad de los artículos 92 y 93 con respecto al artículo 30 del Tratado CEE, de manera que habrá que tener en cuenta su formulación, en la medida en que el Tribunal de Justicia parte de la calificación de una ayuda «como tal». Por lo demás, según señala el Tribunal de Justicia, se han de distinguir los ámbitos de aplicación de una y otras disposiciones «a no ser que se presente un caso en el que haya que tomar en consideración al mismo tiempo dos o más preceptos de Derecho comunitario» [5] *(traducción provisional).*

17. En la misma sentencia el Tribunal de Justicia admite que, en el análisis de un régimen de ayudas, se pueden extraer elementos que no son imprescindibles para la puesta en práctica de aquél.

«En este caso, de la distribución de competencias con arreglo a los artículos 92 y 93 no se puede deducir ningún argumento para concluir que, al producirse una infracción de otras disposiciones del Tratado con efecto directo, esté excluida la invocación de estos precentos ante los órganos jurisdiccionales de un Estado por el único motivo de que un elemento determinado de un régimen represente una modalidad de ayuda» [6] *(traducción provisional).*

18. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha confirmado y reforzado la tesis de que los artículos 92 y 93 del Tratado CEE no pueden representar obstáculo alguno para la aplicación del artículo 30 cuando se trate, en el caso de las medidas en litigio, de modalidades de una ayuda que no son necesarias para alcanzar el objetivo de la ayuda o su funcionamiento. [7]

19. Por consiguiente, siendo así que el Tribunal de Justicia considera posible invocar el artículo 30 y que parte de su aplicabilidad, aunque no se discuta la calificación jurídica de la medida como ayuda en su conjunto, ello debe ser válido tanto más para el caso en que un régimen establecido por un Estado miembro no pueda ser claramente incluido en una de las categorías.

20. En la sentencia sobre la campaña irlandesa de publicidad «Buy Irish», el Tribunal de Justicia no siguió el argumento esgrimido por el Gobierno irlandés sobre la especialidad de los artículos 92 y 93 frente al artículo 30. [8] El Tribunal de Justicia estimó, en

3 — Asunto 74/76, citado en la nota 2, apartados 11 y 12.

5 — Asunto 74/76, citado en la nota 2, apartados 9 y 10.

6 — Asunto 74/76, citado en la nota 2, apartado 14.

7 — Véase asunto 18/84, Rec. 1985, p. 1339, apartado 6 de los fundamentos de Derecho.

8 — Véase sentencia de 24 de noviembre de 1982 (Comisión/Irlanda, 249/81, Rec. 1982, p. 4005, apartado 16 de la exposición de motivos).

contra de aquél, que el hecho de que el Gobierno irlandés financiara una parte esencial de la campaña y de que se pudieran aplicar los artículos 92 y 93 del Tratado a este modo de financiación no significaba que la campaña, como tal, se sustrajera a la prohibición del artículo 30.[9]

21. Si ahora trasladamos esta argumentación al presente caso de sistemas de preferencias regionales, en los que el carácter de ayuda es problemático respecto a la financiación con fondos estatales y el cálculo de la cuantía de las ayudas, se comprueba que el régimen de reserva debe apreciarse de acuerdo con la norma del artículo 30, no pudiéndose prescindir *a priori* de este examen precisamente a causa del posible carácter de ayuda.

22. En este sentido el Tribunal de Justicia señaló, en otro contexto, que los artículos 92 y 94 de ningún modo pueden servir para enervar los efectos de los preceptos del Tratado CEE sobre la libre circulación de mercancías.[10]

«La circunstancia de que se pueda considerar como ayuda en el sentido del artículo 92 una medida aislada de un Estado no supone motivo suficiente para exceptuarla de la prohibición del artículo 30»[11] *(traducción provisional).*

23. Por consiguiente, la compatibilidad del régimen italiano de reserva debe examinarse con relación al principio de libre circulación de mercancías y, en particular, con el artículo 30 del Tratado CEE. La eficacia directa del artículo 30 indica también la prioridad de este examen, en atención a la amplitud de las posibles consecuencias.[12]

2. *Sobre la compatibilidad del sistema de reserva con el artículo 30 del Tratado CEE*

24. Como es sabido, el artículo 30 del Tratado CEE establece una prohibición absoluta de las restricciones cuantitativas a la importación entre los Estados miembros así como de las medidas de efecto equivalente. Desde la sentencia del asunto Dassonville,[13] confirmada por la reiterada jurisprudencia de este Tribunal, se considera que la definición de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación es «toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar de un modo real o potencial, directa o indirectamente, el comercio intracomunitario» *(traducción provisional).*

25. Incluso las disposiciones aplicables indistintamente a mercancías nacionales e importadas pueden ser medidas de efecto equivalente, en cuanto afecten específicamente a las mercancías importadas y dificulten su comercialización, cuando no la imposibiliten totalmente. Sin embargo, en el presente caso no se necesita en absoluto forzar esta definición para reconocer el carácter de medida de efecto equivalente del sistema de reserva,

9 — Asunto 249/81, citado en la nota 8, apartado 18 de los fundamentos de Derecho).

10 — Asunto 18/84, citado en la nota 7, apartado 13 de los fundamentos de Derecho, y asunto 103/84, citado en la nota 2, apartado 19, de los fundamentos de Derecho.

11 — Asunto 18/84, citado en la nota 7, apartado 13 de los fundamentos de Derecho, y asunto 103/84, citado en la nota 2.

12 — El Tribunal de Justicia ha aclarado que los particulares no sólo pueden invocar las disposiciones directamente aplicables ante los Tribunales, sino ante todas las autoridades administrativas, incluidas las autoridades locales, y éstas están obligadas a respetar dichas disposiciones. Sentencia de 22 de junio de 1989 (Costanzo, 103/88, Rec. 1989, p. 1839).

13 — Sentencia de 11 de julio de 1974 (Dassonville, 8/74, Rec. 1974, p. 837).

por sus efectos, en el sentido del artículo 30 del Tratado CEE.

26. La obligación de *todas* las Administraciones públicas, Regiones, Provincias, Municipios, unidades locales de sanidad, asociaciones de municipios de montaña, Sociedades y organismos con participación estatal, Universidades y hospitales independientes, de adquirir al menos un 30 % del material a empresas que disponen de fábricas o instalaciones fijas dentro de los territorios favorecidos hace disminuir de un modo considerable la demanda de bienes de importación. La normativa es tanto más trascendental cuanto que el 30 % de los suministros y prestaciones debe alcanzarse al final del ejercicio presupuestario, lo que produce como consecuencia que, a causa de la compensación por algunos materiales no producidos en los territorios favorecidos, la parte reservada pueda ascender claramente por encima del 30 % previsto en el caso de otros suministros. Incluso se prevé la transferencia al siguiente ejercicio presupuestario de las partes reservadas que no se han agotado. [14]

27. La dimensión económica del régimen de reserva se ha puesto de relieve a lo largo del procedimiento. Refiriéndose a la comunicación de la Comisión de 24 de julio de 1989 [15] sobre los aspectos regionales y sociales de la licitación pública, el representante de la demandante señaló en la vista que el volumen de suministros en licitación pública, incluido en el régimen de preferencias regionales, se estima en 16 o 17 millones de ecus anuales. En el sector de la radiografía se gastan cada año 210 000 millones de LIT, de los que el 85 % se adjudica en licitaciones públicas.

28. El representante del Gobierno francés señala que el territorio del Mezzogiorno abarca 140 000 km cuadrados y, por tanto, alrededor de la mitad del territorio del Estado italiano, en el que vive un 40 % de su población.

29. Los datos en que se basa el procedimiento principal ilustran que aquí no estamos juzgando en absoluto una normativa que sólo pone en peligro de modo abstracto el comercio intracomunitario: el volumen de los contratos, en contra de la primera comunicación, quedó posteriormente limitado en un 30 %. La demandante informó en un escrito no contradicho que la compañía asociada alemana, que interviene en el proceso como coadyuvante, produce material fotográfico para rayos X para la demandante. Se estima que emplea el 12 % de la capacidad de producción para las mercancías destinadas al mercado italiano. Éste es un mercado de mucha importancia, pues abarca un 18 % del mercado europeo de material radiográfico. Todos los materiales de este tipo, excepto los producidos por la sociedad 3M, son importados.

30. De estos datos económicos se deduce que el régimen de reserva establecido con arreglo al artículo 17 de la Ley 64/86 se ha traducido efectivamente en un obstáculo al comercio.

31. El hecho de que alrededor del 85 % del material radiográfico sea adquirido por

14 — A este respecto la Comunicación de la Comisión COM(89) 400 final, apartado 38.

15 — COM(89) 400.

parte de las unidades de la sanidad pública, para las que es obligatorio el régimen de reserva, explica el alcance de las restricciones comerciales.

32. El régimen de preferencias que hemos de enjuiciar posee además un carácter discriminatorio. La obligación de las empresas afectadas de cubrir en un 30 % sus necesidades de material por medio de proveedores que posean establecimientos en el Mezzogiorno excluye por completo a las mercancías de producción extranjera de los contratos de suministro. El efecto discriminador del régimen de reserva, dado su carácter obligatorio, tiene mayor alcance que las medidas de un Estado miembro que traten de favorecer la compra de mercancías nacionales, tanto si esto se realiza por medio de campañas publicitarias con apoyo estatal, [16] subvenciones, [17] ventajas fiscales, [18] ventajosas condiciones de crédito [19] o sencillamente la obligatoriedad de que determinadas mercancías «extranjeras» lleven un distintivo como tales. [20]

33. El régimen de preferencias va más allá que un incentivo financiero para abastecerse en el mercado nacional. Imposibilita que los agentes económicos se comporten de otro modo, lo que sería perfectamente posible en los ejemplos citados, si bien admitiendo desventajas económicas. Por tanto, lo problemático no es la cuestión de si existe una discriminación contra las mercancías extranjeras sino el hecho de que también son discriminados los fabricantes italianos que no poseen instalaciones en los territorios favorecidos, pues quedan excluidos de los contratos de suministros al igual que los fabricantes extranjeros. Además, la apreciación de esta situación es nueva para el Tribunal de Justicia.

34. Para juzgar, desde el punto de vista del Derecho comunitario, la normativa del Estado miembro, debería atenderse ante todo al efecto de la medida en el comercio intracomunitario. El hecho de que en determinadas circunstancias los empresarios italianos discriminados queden afectados indirectamente por una apreciación comunitaria de la medida sólo es un efecto concomitante.

35. La intensidad del régimen de reserva, si bien limitado a la región, tiene unas consecuencias económicas, especialmente en el comercio intracomunitario de mercancías, que van claramente más allá de otras medidas distintas de efecto equivalente según el artículo 30, vigentes en todo el territorio nacional de un Estado miembro (por ejemplo, la obligación de indicar que determinados objetos de recuerdo han sido fabricados en el extranjero, [21] o el caso de las ayudas para la adquisición de vehículos eléctricos por empresas de transporte estatales, caso en el que, en el momento de la vista, estaban pendientes dos solicitudes de ayuda [22]). Aunque no todos los fabricantes italianos se aprove-

16 — Asunto 249/81, citado en la nota 8.

17 — Sentencia de 22 de marzo de 1977 (Firma Steinike y Weilnlig/República Federal de Alemania, 78/76, Rec. 1977, p. 595) y asunto 103/84, citado en la nota 2.

18 — Sentencia de 10 de julio de 1985 (Comisión/Irlanda, 17/84, Rec. 1985, p. 2375).

19 — Sentencia de 11 de diciembre de 1985 (Comisión/República Helénica, 192/84, Rec. 1985, p. 3973).

20 — Sentencia de 17 de junio de 1981 (Comisión/Irlanda, 113/80, Rec. 1981, p. 1627).

21 — Asunto 113/80, citado en la nota 2.

22 — Asunto 103/84, citado en la nota 2.

chen del régimen de reserva, casi siempre las empresas favorecidas son las del propio país.

36. La extensión de los obstáculos al comercio provocados por el régimen de reserva permite, por tanto, calificarlo de medida de efecto equivalente con arreglo al artículo 30. Para esta apreciación son determinantes, por un lado, el tamaño del territorio favorecido y, por otro, la abundancia de organismos obligados por dicho régimen.[23] Por último, hay que tener también en cuenta la parte del volumen potencial de contratos celebrados por los agentes económicos obligados.

3. *Sobre la compatibilidad del sistema de reserva con la Directiva 70/50/CEE* [24]

37. En la fase escrita del procedimiento se informó que el régimen legal en litigio se debe considerar también como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación y, por ello, prohibida, porque se puede incluir en la letra k) del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 70/50.

38. A este respecto debemos señalar, en primer lugar, que no es preciso acudir a la Directiva cuando el régimen impugnado se califica como medida de efecto equivalente con arreglo al artículo 30, conforme con los criterios elaborados por la jurisprudencia. La Directiva, basada en el apartado 7 del artículo 33 del Tratado CEE, comprende solamente una enumeración de los ejemplos particularmente relevantes de las medidas comprendidas en el artículo 30 y no está concebida como una regulación exhaustiva.[25]

39. El tema de si en el presente caso se puede deducir una prohibición específica por las disposiciones de la Directiva, además de la prohibición del artículo 30, plantea problemas en dos sentidos. En primer lugar, la Directiva se dirige, por su propia naturaleza jurídica, a los Estados miembros, de modo que no se pueden derivar de ella, sin más, efectos directos. Por lo demás, también se deriva directamente del Tratado la prohibición general de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación. En segundo lugar, en los considerandos de la Directiva se expresa que ésta no es aplicable a las denominadas ayudas del artículo 92,[26] de manera que existe un obstáculo a su aplicación en la medida en que el precepto jurídico discutido —aunque sea sólo parcialmente— tenga carácter de ayuda.

40. Sin embargo, de las disposiciones de la Directiva se pueden inferir elementos de interpretación que ayudan a considerar la medida del Estado miembro como medida de efecto equivalente. Con arreglo al apartado 2 del artículo 2 de la Directiva, ésta afecta en particular a aquellas medidas que favorecen a las mercancías nacionales o les otorgan una preferencia. Para concretar esta disposición, el apartado 3 contiene una relación de ejemplos. Con arreglo a la letra k) del apartado 3 del artículo 2, por tanto, se deben incluir, entre otras, en las medidas citadas «las que obstaculizan sólo la adquisición de mercancías importadas por los parti-

23 — Véase apartado 26 *supra*.

24 — De 22 de diciembre de 1969 (DO L 13 de 19.1.1970, p. 29).

25 — Véanse mis conclusiones en el asunto 103/84, Rec. 1986, p. 1764.

26 — Véase el penúltimo considerando (15) de la Directiva (DO L 13, de 19.1.1979, p. 30).

culares, *o* incentivan sólo la compra de mercancías nacionales, *u* otorgan preferencia a éstas *u* obligan a su adquisición».[27] Se presentan, por tanto cuatro alternativas al mismo tiempo, siendo oportunas las dos últimas. El régimen de preferencias otorga preferencia a una parte considerable de mercancías nacionales, obligando al mismo tiempo a su adquisición.

41. Por tanto, el examen de los preceptos de la Directiva refuerza la apreciación del régimen estatal discutido como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. Para ello, por los motivos que ya hemos mencionado, el hecho de que no se favorezca a todas las mercancías nacionales de una determinada especie no se opone a esta calificación. El único objeto del régimen de preferencias son las mercancías que, al menos en parte, son de origen nacional.

4. *Sobre las posibles excepciones a la prohibición de medidas de efecto equivalente con arreglo al artículo 30 del Tratado CEE*

42. a) El artículo 36 relaciona expresamente los intereses protegidos, que justifican la excepción a las reglas de prohibición de las restricciones cuantitativas a la importación o exportación dispuestas en los artículos 30 y 34. Dado que se trata de una disposición de carácter excepcional, es preciso darle una interpretación restrictiva tanto por lo que respecta a cada una de las causas de excepción como también con respecto a la aplicabilidad del artículo 36 a posibles excepciones «no mencionadas». Las causas de excepción enumeradas en el artículo 36 no son aplicables al contenido y objetivos del régimen de reserva. Por lo demás, el Tribunal de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha resuelto que, con arreglo al artículo 36, no se pueden autorizar medidas con objetivos económicos.[28]

43. b) Sin embargo, el régimen de preferencias podría ser admitido como «exigencia imperativa».[29] Exigencias imperativas pueden ser, por ejemplo, un control fiscal eficaz, la lealtad en el tráfico mercantil o la protección de los consumidores o del medio ambiente.

44. El régimen de reserva no se puede incluir en ninguna de estas exigencias. La cuestión de si puede ser considerado como justificado por alguna otra exigencia imperativa depende de su objetivo y de su propósito. En la medida en que no se pueda deducir del régimen de preferencia discutido que persigue exclusivamente fines proteccionistas, se debe considerar como una medida de fomento regional. Este desarrollo regional es un objetivo plenamente reconocido por el Tratado, como se deduce de la letra a) del apartado 3 del artículo 92 y de la letra a) del artículo 130 A del mismo.

45. Sin embargo, el fundamento jurídico para la realización de objetivos autorizados por el Tratado o fijados por él debe desprenderse de las disposiciones del Tratado, en la medida en que existan en él preceptos expresos. Por tanto, la referencia a funda-

27 — La cursiva es mia.

28 — Véase, por ejemplo, sentencia de 7 de febrero de 1984, (Duphar BV y otros/Estado neerlandés, 238/82, Rec. 1984, p. 523).

29 — Sentencia de 20 de febrero de 1979 (Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, «Cassis de Dijon», 120/78, Rec. 1979, p. 649).

mentos jurídicos no escritos está excluida en tanto en cuanto los instrumentos previstos por el Tratado presenten una garantía suficiente para la realización de los objetivos perseguidos. Por consiguiente, no se puede reconocer el carácter de exigencia imperativa a las medidas de fomento regional. Además, está establecido un principio conforme al cual un Estado miembro no puede ampararse en exigencias imperativas para proteger su economía nacional.

5. *Apreciación del régimen de preferencias con referencia a la Directiva 77/62/CEE* [30] *y 70/32/CEE* [31]

46. La demandante considera que el régimen de reserva también es contrario al Derecho comunitario porque infringe la Directiva 77/62 del Consejo de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros. Aquélla es de la opinión de que la Directiva aplica los principios del Tratado CEE y por ello prohíbe toda discriminación, independientemente de que ésta se funde en el origen de los productos que se deben suministrar o se base en el lugar donde esté establecido el posible proveedor.

47. Es cierto que el artículo 30 del Tratado CEE prohíbe también las restricciones a la libre circulación de mercancías cuando tengan lugar al efectuar suministros de mercancías al Estado y a las entidades de Derecho público, así como en los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos de suministros. Por tanto, los órganos legislativos de la Comunidad han adoptado Directivas para la coordinación, con el fin de garantizar la libre circulación de mercancías también en los contratos públicos de suministro. La Directiva 70/32 de la Comisión sobre suministro de mercancías al Estado, a las entidades territoriales y a otras personas jurídicas de Derecho público, expresa en sus considerandos:

«Las disposiciones que reservan los mercados a los productos nacionales obstaculizan las importaciones que podrían realizarse si no existieran dichas disposiciones y tienen, por tanto, el mismo efecto que las restricciones cuantitativas a la importación.»

En la letra b) del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva se indica que el ámbito de aplicación de la misma abarca las disposiciones «que reservan el suministro, total o parcialmente, a las mercancías nacionales o les otorgan una ventaja distinta de la ayuda en el sentido del artículo 92 del Tratado CEE, independientemente de que ésta esté vinculada a determinadas condiciones».

48. La Directiva 77/62 sobre el procedimiento de adjudicación de contratos públicos de suministro persigue el mismo fin. Como se desprende de los considerandos, persigue también la transparencia de la adjudicación de contratos públicos para posibilitar el control del cumplimiento de la prohibición de las restricciones a la libre circulación de mercancías.

49. Sin embargo, es problemático que el artículo 26, que forma parte de las disposiciones finales, prevea una excepción para el régimen de preferencias discutido. Dice así:

«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 (GURI nº 245 del

30 — DO L 13 de 15.1.1976, p. 1.
31 — DO L 13 de 19.1.1970, p. 1.

24.10.1950) y en sus modificaciones sucesivas, sin perjuicio de la compatibilidad de esas disposiciones con el Tratado.»

50. En favor de que este precepto constituye una excepción a los principios de libre circulación de mercancías se puede aducir, en primer lugar, que se señala que las normas precedentes al sistema de reserva no están afectadas por la Directiva. También podría ser un argumento a favor del carácter de excepción de la disposición la modificación introducida en ella por la Directiva 88/295/CEE, de 22 de marzo de 1988,[32] que, dada su fecha de publicación, no puede influir en el procedimiento principal. La nueva versión del apartado 1 del artículo 26 es la siguiente:

«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 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.»

51. Cierto que el régimen de preferencias italiano no se menciona ya expresamente, pero puede ser considerado como una disposición nacional cuyo objeto es la reducción de las diferencias entre las distintas regiones.

32 — DO L 27 de 20.5.1988, p. 1.

52. Ahora bien, para mí es decisivo en este caso el que en la versión original se consagrara la expresión «sin perjuicio de la compatibilidad de estas disposiciones con el Tratado», que ha sido recogida en la nueva versión con el mismo contenido. Estas formulaciones ilustran que, a pesar de las posibles excepciones previstas por la *Directiva*, los principios fundamentales del *Tratado* y entre ellos especialmente los relativos a la libre circulación de mercancías, deben tener plena eficacia. Por tanto, por medio de las disposiciones de excepción de la Directiva no se puede sanar la incompatibilidad con el artículo 30 del Tratado CEE del régimen de reserva establecido con arreglo al artículo 17 de la Ley 64/86.

53. Por lo demás, en los asuntos 216/84[33] y 76/86[34] el Tribunal de Justicia tuvo que resolver cuestiones jurídicas que se plantearon de modo parecido. Los Estados miembros demandados se amparaban en una disposición de excepción prevista en una Directiva para justificar una normativa estatal que producía un efecto restrictivo del comercio intracomunitario. Ya en estos casos el Tribunal de Justicia rechazó la argumentación presentada. Señaló que una norma de excepción sólo justifica el mantenimiento de una normativa nacional a condición de que se respeten las normas generales del Tratado CEE.

54. Aunque, por ello, el régimen de preferencia tampoco pueda justificarse según las normas de excepción de la Directiva 77/62, de acuerdo con el Derecho comunitario, aún queda por examinar qué influencia podría tener sobre su validez el posible carácter de ayuda del régimen citado.

33 — Sentencia de 23 de febrero de 1988 (Comisión/Francia, 216/88, Rec. 1988, p. 793, apartado 22, de los fundamentos de Derecho.

34 — Sentencia de 11 de mayo de 1989 (Comisión/República Federal de Alemania, 76/86, Rec. 1989, p. 1021, apartado 23, de los fundamentos de Derecho).

55. Como ya se desprende de la discusión sobre las relaciones de concurso de los artículos 30 y 92 del Tratado CEE, el hecho de que presente caracteres semejantes a una ayuda no puede subsanar la ilegalidad frente al Derecho comunitario de una medida estatal, nacida de su incompatibilidad con el artículo 30 del Tratado CEE.

6. *Sobre el carácter de ayuda y las consecuencias de ello resultantes para el régimen de reserva*

56. En contra del carácter de ayuda de la normativa en litigio se expresan las siguientes consideraciones:

Una característica esencial de una ayuda es que se trata de un apoyo concedido por el Estado o mediante fondos estatales. Cierto que el Gobierno italiano ha expuesto que en los contratos de suministro concluidos según el sistema de reserva en general se paga un precio más elevado que en un procedimiento de licitación no restringida. El exceso de precio recae sobre el Estado, ya que quienes otorgan los contratos son entidades estatales o, por lo menos, entidades con participación estatal.

57. Ahora bien, el representante de la demandante ha explicado en la fase oral que las unidades locales de sanidad son organismos autónomos, que no dependen del Estado para el desarrollo de sus tareas. Tampoco se puede partir de la base del pago de los costes por el Estado en el caso de Sociedades que actúan de acuerdo con principios económicos en las que el Estado sólo tiene una participación de capital.

58. Para poder hablar de una ayuda en el sentido del artículo 92 del Tratado CEE debe poderse determinar, además, el importe de la correspondiente ayuda. También a este respecto se encuentran múltiples deficiencias, pues la determinación del importe del exceso de precio sólo puede basarse en la comparación hipotética de un contrato otorgado en condiciones de libre competencia y los contratos de suministro comprendidos en el sistema de reserva. Por lo demás, no es necesario que en realidad se tenga que pagar un exceso de precio. El pago de un importe adicional tampoco es el único fin del régimen de reserva, pues éste se propone también el mantenimiento de las unidades de producción y, con ello, de los puestos de trabajo, mediante la obligación de abastecerse de mercancías que al menos se producen en parte en los territorios favorecidos. Además, un régimen de preferencias válido durante décadas también podía haberse propuesto y haber conseguido el establecimiento de nuevas industrias, lo que de ningún modo implica una actividad no rentable, de modo que las mercancías allí producidas podían salir sin duda al mercado a precios competitivos.

59. Hagamos una última consideración sobre el carácter de ayuda del régimen de reserva y su relación con el artículo 30. Como ya hemos señalado, de acuerdo con la jurisprudencia, determinados aspectos de una ayuda pueden ser totalmente inadmisibles por su incompatibilidad con el artículo 30, si el objeto de las ayudas se puede alcanzar por otros métodos menos restrictivos. Seguramente existía la posibilidad de adoptar medidas para el fomento regional menos perjudiciales para el comercio comunita-

rio.[35] Pues el desarrollo regional como tal está permitido en la medida y con las limitaciones marcadas por el Tratado CEE. Así, con arreglo a la letra a) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CEE, determinadas ayudas pueden considerarse compatibles con el mercado común. Ahora bien, las medidas de fomento adoptadas de acuerdo con estos preceptos deben insertarse en el marco del Derecho comunitario y no pueden ir en contra de los fines y propósitos de la Comunidad. Para posibilitar la coordinación de los regímenes de ayuda de finalidad regional, la Comisión ha elaborado los principios que deben orientar la apreciación sobre la admisibilidad de una ayuda regional. Estos principios fueron publicados por medio de una Comunicación de aquélla.[36]

60. Además, las medidas de desarrollo regional están previstas en el artículo 130 A del Tratado CEE. Pero en él se trata expresamente de la realización de un fin de la Comunidad, de manera que únicamente entran en consideración programas de fomento aprobados por la misma.

61. Para el resultado de la apreciación de la ilegalidad del régimen de reserva frente al Derecho comunitario, y especialmente para las consecuencias que debe extraer el órgano jurisdiccional remitente, es indiferente que esa medida tenga carácter de ayuda o no. Pues el precepto discutido debería considerarse, en todo caso, como ayuda no autorizada. De acuerdo con el contenido y propósito de la normativa se podría tratar sólo de una ayuda susceptible de autorización con arreglo a la letra a) del apartado 3 del artículo 92.

62. No entra en la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apreciar la compatibilidad de una medida de fomento estatal con el mercado común. La Comisión, como autoridad competente para el control de las ayudas,[37] tampoco ha autorizado el régimen citado como ayuda. Aunque el Gobierno italiano ha notificado a su debido tiempo el proyecto de Ley 64/81, la Comisión, según sus propias afirmaciones, no ha iniciado el procedimiento de examen de las ayudas con respecto al régimen de preferencias. Por ello, limitándose a estos hechos, no era aplicable la disposición de la última frase del apartado 3 del artículo 93 del Tratado CEE, que prohíbe a los Estados miembros ejecutar las medidas proyectadas antes de que haya recaído resolución definitiva de la Comisión. La consiguiente invalidez de una medida adoptada, no obstante, con inobservancia de este precepto, que debe ser reconocida por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, así como por sus autoridades administrativas, no afecta al régimen de reserva, en el marco que aquí nos interesa exclusivamente.

Costas

63. Los gastos efectuados por el Gobierno italiano y por la Comisión no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

35 — Véase, por ejemplo, las medidas de apoyo establecidas por la Ley nº 64/86, que la Comisión declaró compatibles con las normas de Derecho comunitario; Decisión de la Comisión, de 2 de marzo de 1988 (DO L 143 de 10.6.1988, p. 37).

36 — Comunicación de la Comisión sobre regímenes de ayuda regional (DO C 31 de 3.2.1979, p. 9).

37 — Véase la Decisión de la Comisión, de 2 de marzo de 1988 (DO L 143 de 10.6.1988, p. 37, apartado II.3), así como la reserva expresada anteriormente por la Comisión en sus observaciones relativas a la Ley nº 64/86 (DO C 259 de 29.9.1987, p. 2).

C. Conclusión

64. De acuerdo con las anteriores consideraciones propongo que se dé la siguiente respuesta a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente:

«1) El régimen de reserva fundado en la Ley nº 64/86 debe considerarse como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas con arreglo al artículo 30 del Tratado CEE. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros así como las Administraciones nacionales deben tener en cuenta la consiguiente ilegalidad que de ello se deriva frente al Derecho comunitario.

2) La disposición de excepción que prevé el artículo 26 de la Directiva 77/62/CEE no produce como consecuencia la compatibilidad del régimen de reserva con el Derecho comunitario.

3) El régimen de reserva no tiene carácter de ayuda. Aunque quisiéramos considerarla como ayuda, ello no tendría ninguna consecuencia directa para el litigio principal.»