INFORME PARA LA VISTA
presentado en el asunto C-351/88 *

I. Marco jurídico

1. *Disposiciones nacionales*

1. Los hechos que dan origen al litigio principal se refieren esencialmente a la normativa italiana que reserva a las empresas implantadas en las regiones del Mezzogiorno un porcentaje de los contratos públicos de suministro.

2. El principio de la «reserva» aparece ya en el Decreto-Ley CPdS nº 40 de 18 de febrero de 1947, que autorizaba a la Administración nacional a adquirir hasta una sexta parte de sus suministros a empresas situadas en determinadas regiones meridionales de Italia. A continuación, la Ley nº 835 de 6 de octubre de 1950 transformó esta facultad en obligación.

3. La parte reservada quedó confirmada y se mantuvo en vigor mediante las distintas Leyes que regularon las intervenciones a favor de Mezzogiorno; la última promulgada con este propósito fue la Ley nº 64 de 1 de marzo de 1986 (Disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno; en lo sucesivo, «Ley nº 64/86»).

4. El artículo 17 de esta Ley dispone, en sus apartados 16 y 17, lo que sigue:

«16. La obligación de reservar una parte de los suministros y de los servicios contemplada en el apartado 1 del artículo 113 del texto único citado se extenderá a todas las Administraciones públicas, regiones, provincias, municipios, unidades sanitarias locales, "communità montane" [asociaciones de municipios de zonas montañosas], sociedades y organismos con participación estatal, universidades, establecimientos hospitalarios autónomos.

17. Estos organismos, empresas y Administraciones tendrán la obligación de aprovisionarse en una parte equivalente al 30 % al menos del material necesario, de empresas industriales, agrícolas y artesanas que tengan establecimientos e instalaciones fijas situadas en las zonas contempladas en el artículo 1 del texto único citado, en las que deben haberse fabricado, aunque sea parcialmente, los productos requeridos.»

5. El texto único al que hace referencia el artículo 17 es el Decreto nº 218 del Presidente de la República, de 6 de marzo de 1978 (texto único de las leyes sobre el Mezzogiorno), cuyo artículo 113 obligaba en su apartado 1 a determinadas Administraciones a reservar en cada ejercicio presupuestario un 30 % de la contratación de suministros y de prestaciones de servicios, con excepción de aquellos que no sean técnicamente fraccionables, a las empresas que tengan su domicilio social o, en cualquier caso, establecimientos en el Mezzogiorno y que dispongan de la capacidad técnica necesaria.

* Lengua de procedimiento: italiano.

6. La Ley nº 64/86 amplió claramente el alcance del apartado 1 del artículo 113 citado, por un lado, extendiendo la obligación de reservar una parte de la contratación pública a una serie de organismos no previstos al principio, entre ellos las unidades sanitarias locales (USL), y, por otro, imponiendo esta obligación (no más del 30 %, pero al menos el 30 %) no solamente a favor de las empresas industriales, sino también de las empresas agrícolas y artesanas, y poniendo como condición mínima que dispusieran de establecimientos implantados en las zonas afectadas, en las cuales debe producirse la transformación, aunque sea parcial, de los productos considerados.

2. *Disposiciones comunitarias*

7. El Consejo adoptó a este respecto la Directiva 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, «de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro» (DO L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29; en lo sucesivo, «Directiva 77/62»), que tiene por objeto eliminar las restricciones a la libre circulación de mercancías contrarias al artículo 30 del Tratado de Roma, en el ámbito de los contratos públicos de suministro.

Su artículo 26 dispone:

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

8. A tenor del artículo 16 de la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, por la que se modifica la Directiva 77/62/CEE y por la que se derogan determinadas disposiciones de la Directiva 80/76/CEE (DO L 127, p. 1), el texto del artículo 26 citado se sustituyó por el texto siguiente:

«*Artículo 26*

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 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.

2. [...]»

II. Hechos y procedimiento del asunto principal

1. Laboratori Bruneau Srl recibió el 25 de febrero de 1987 una carta enviada por la Unità Sanitaria Locale RM/24 di Monterotondo, Roma (en lo sucesivo, «USL»), en la que se le «invitaba a participar en un procedimiento de contratación directa. Reserva del 30 %. Ley nº 64/86».

2. El contrato se refería, en concreto, al suministro del 30 % del total de la cantidad anual estimada de material de sutura a la USL.

3. La referencia expresa al artículo 17 de la Ley nº 64/86 así como la especificación de que la oferta afectaba al 30 % del suministro anual estimado, ponían claramente de manifiesto que la oferta a la que se refería la invitación estaba reservada a las empresas que cumplieran los requisitos establecidos en el apartado 17 del artículo 17 de la Ley nº 64/86, o sea, a las «empresas [...] que tengan establecimientos e instalaciones fijas situados en las zonas contempladas en el artículo 1 del texto único citado, en las que deben haberse fabricado, aunque sea parcialmente, los productos requeridos».

4. A pesar de no tener establecimientos ni instalaciones fijas en las zonas previstas por el apartado 17 del artículo 17 de la Ley nº 64/86, la citada sociedad envió una proposición. Además, solicitó al órgano de contratación que quedara constancia en acta de una declaración mediante la cual Laboratori Bruneau Srl denunciaba la ilegitimidad del sistema de contratación debido a la incompatibilidad entre las disposiciones nacionales aplicables en la materia y el Derecho comunitario.

5. Tras la citada declaración, el Presidente del órgano de contratación suspendió la licitación. Pero, al no haber decidido a continuación la Administración que había realizado el pedido revocar ni modificar sus decisiones en el sentido de excluir la aplicación de los apartados 16 y 17 del artículo 17de la Ley nº 64/86, la sociedad Laboratori Bruneau interpuso, el 8 de abril de 1987, un recurso ante el Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con el objeto de que se declarara la ilegitimidad del sistema de contratación, al oponerse las disposiciones nacionales aplicables en la materia al Derecho comunitario.

En el marco del examen de dicho recurso, el órgano jurisdiccional nacional decidió plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Deben interpretarse los artículos 30 y 92 del Tratado CEE en el sentido de que una normativa nacional que reserva a las empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional un porcentaje de los contratos públicos de suministro constituye una "medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas" o una "ayuda"? ¿Se oponen dichos artículos a la citada normativa?»

6. La resolución de remisión se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 6 de diciembre de 1988.

7. Conforme al artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE, presentaron observaciones escritas, el 14 de febrero de 1989, la demandante en el litigio principal, representada por los Sres. E. Baretta y A. Bozzi, Abogados de Milán, por el Sr. G. Bozzi, Abogado de Roma, y por el Sr. A. May, Abogado de Luxemburgo; el 14 de marzo de 1989, el Gobierno de la República Italiana, representado por el Sr. P. G. Ferry, en calidad de Agente, y, el 15 de marzo de 1989, la Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. G. Berardis, en calidad de Agente.

8. Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba.

9. Mediante decisión de 24 de abril de 1991, el Tribunal de Justicia, con arreglo a los apartados 1 y 2 del artículo 95 del Reglamento de Procedimiento, acordó atribuir el asunto a la Sala Cuarta.

III. Observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia

1. La *parte demandante en el litigio principal* comienza exponiendo la evolución histórica de las relaciones entre la normativa nacional y la comunitaria en materia de contratos públicos de suministro. Examina las diferentes etapas de dicha evolución para determinar la compatibilidad o incompatibilidad del régimen italiano de suministros públicos con las disposiciones del Tratado CEE.

Por lo que se refiere a la compatibilidad del sistema de reserva de los contratos públicos de suministro, tal y como fue contemplado por las disposiciones de los apartados 16 y 17 del artículo 17 de la Ley nº 64/86, con el artículo 30 del Tratado, la sociedad Laboratori Bruneau señala, en primer lugar, que dicho sistema creó en Italia un mercado restringido y reservado a las empresas del Mezzogiorno, mercado que es completamente exterior y ajeno al mercado común europeo.

La parte demandante afirma a continuación que el citado sistema, que anteriormente se imponía sólo a las Administraciones del Estado y de ciertas colectividades, fue elevado mediante la Ley nº 64/86 al rango de norma general en el ámbito de los suministros públicos. En efecto, dicha Ley extendió, por una parte, la obligación de la reserva a todas las Administraciones públicas y a las sociedades y colectividades con participación estatal. Por otra parte, autorizó la reserva de incluso el 100 % de los suministros públicos, legalizando de esta forma la exclusión total de cualquier empresa no meridional del conjunto de los contratos públicos en Italia.

Según la demandante, la citada interpretación se desprende de la expresión «en una parte equivalente al 30 % al menos», utilizada en el apartado 17 del artículo 17 de la citada Ley. Esta expresión fija una parte mínima de la cual se prohíbe bajar, pero que también implica que es legal reservar partes superiores, que supongan hasta el 100 % de los suministros, ya que no se prevé un tope máximo a partir del cual no se autorice la reserva.

La parte demandante examina además la normativa nacional de que se trata a la luz del artículo 92 del Tratado. En relación con este tema, considera, basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que el concepto de ayuda comprende no sólo los pagos pecuniarios, sino también las intervenciones que supongan exenciones de los mismos y que disminuyan las cargas presupuestarias de las empresas. Por tanto, según ella, debe tratarse de ventajas concedidas por medio de recursos públicos.

Ahora bien, en el presente caso, la intervención se limita a excluir a las empresas no meridionales del ámbito de los contratos públicos de suministro, al obligar al sector público a aprovisionarse con productos de las empresas inscritas en las listas especiales creadas a favor de las empresas meridionales.

Por lo tanto, según la demandante, la intervención no consiste en entregar fondos a las citadas empresas, sino simplemente en orientar la demanda de productos a su favor. La ventaja comercial no se deriva de la entrega de fondos públicos, ni de la exención de cargas fiscales o contributivas, ni de fiscalizaciones o deducciones concretas de costes, sino de la garantía acerca de la obtención de pedidos públicos, es decir, de la

posibilidad de acceder a licitaciones en las que la competencia se limita a las empresas meridionales.

El resultado económico de toda esta política proteccionista es, en su opinión, un aumento de la venta de productos, en relación con los cuales el dinero pagado por la entidad que hace el pedido no constituye una «ayuda» sino una mera contraprestación del suministro de mercancías y de la prestación de servicios.

Sin embargo, según la demandante, no existe ninguna razón para aceptar la idea de que la creación de un mercado de empresas beneficiarias de la reserva sea un caso de ayuda pública, en el sentido expresado por el artículo 92, y no constituya por el contrario un caso típico de práctica discriminatoria y proteccionista, objeto de una prohibición tajante en los artículos 30 y siguientes del Tratado, y no comprendido en ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 36 del Tratado.

Por último, la sociedad Laboratori Bruneau señala que las relaciones entre los artículos 30 y 92 del Tratado se rigen por el principio de que no se puede crear, modificar o autorizar ninguna ayuda en forma de discriminación comercial o de obstáculo (directo o indirecto, real o potencial) basado en el origen de las mercancías. En su opinión, la vía abierta para el otorgamiento de ayudas compatibles, en virtud del apartado 3 del artículo 92, no puede, en ningún caso, pasar por una violación del artículo 30.

Como conclusión, la demandante afirma que la reserva de una parte del mercado a favor de determinados productos nacionales constituye el más claro ejemplo de ilegalidad prevista y prohibida por el artículo 30, y que semejante ilegalidad no puede estar justificada por el mero hecho de que haya sido aprobada con motivo de intervenciones extraordinarias a favor del Mezzogiorno, a cuyo sistema no está ni vinculada ni sujeta desde el punto de vista funcional.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la sociedad Laboratori Bruneau solicita al Tribunal de Justicia que declare:

1) El artículo 92 del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido de que las reservas, aunque sean parciales, de los contratos públicos de suministro a empresas nacionales que tengan su domicilio social o sus establecimientos en territorios de menor desarrollo, no constituyen «ayudas» en el sentido de dicho artículo.

2) El artículo 30 del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido de que las citadas reservas de los contratos públicos de suministro, aunque sean parciales, constituyen medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, prohibidas por dicho artículo.

2. Desde el punto de vista del *Gobierno italiano*, la parte reservada de contratos públicos de suministro prevista en el artículo 17 de la Ley nº 64/86 tiene las características de una ayuda conforme al artículo 92 del Tratado, en la medida en que se trata de una disposición adoptada por el Estado, mediante la cual se concede una ventaja, a cargo de las Administraciones públicas, a una categoría de productores delimitada por la localización de su actividad.

Según el Gobierno italiano, al tener las características de una ayuda, la reserva debe someterse al procedimiento previsto en el artículo 93 del Tratado, lo que significa que

la decisión de la Comisión no puede ser anticipada ni sustituida por una sentencia del Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 177 del Tratado.

Al tratarse, por otra parte, de ayudas cuya legitimidad comunitaria está basada en la letra a) del apartado 3 del artículo 92, el Gobierno italiano observa que esta disposición, a diferencia de la contenida en la letra c) siguiente, no supedita la legalidad de las ayudas al requisito de que «no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común». Para el Gobierno italiano esto significa que las ayudas de Estado destinadas a favorecer el desarrollo de las regiones subdesarrolladas asumen en el ámbito comunitario un papel positivo primordial, no subordinado a otros objetivos de la Comunidad.

Según el Gobierno italiano, aunque la parte reservada de los contratos públicos de suministro constituye una medida de Derecho interno que favorece a las empresas nacionales, no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado, puesto que sólo da preferencia a las empresas situadas en algunas regiones, determinadas de acuerdo con un criterio (subdesarrollo) objetivamente verificable y que tiene una importancia comunitaria.

Pone de manifiesto, además, que las medidas nacionales contempladas en el artículo 30 del Tratado son las que pueden crear una discriminación entre los productos nacionales y los productos de otros Estados miembros. Esta situación, según el Gobierno italiano, no se produce en el caso de autos, puesto que el sistema de la parte reservada concede una posición privilegiada exclusivamente a los operadores establecidos en el Mezzogiorno, mientras que la posición de desventaja se extiende a todas las empresas comunitarias, incluidas las establecidas en Italia fuera del Mezzogiorno.

En efecto, indica, según la letra k) del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 70/50/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1969, para que pueda estimarse una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, sería necesario que el obstáculo afecte a productos por su calidad de productos importados y que la preferencia favorezca a productos nacionales.

3. La *Comisión* recuerda, en primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las incitaciones a la compra de productos nacionales constituyen medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, prohibidas por el artículo 30 del Tratado, en la medida en que puedan obstaculizar directa o indirectamente, actual o potencialmente el comercio intracomunitario. Según la Comisión, puede hacerse el mismo análisis cuando una normativa nacional prevé que las autoridades públicas reserven determinados pedidos de suministros a productores nacionales.

La Comisión menciona a continuación su Directiva 70/32/CEE, de 17 de diciembre de 1969, relativa a los suministros de productos al Estado, a entidades territoriales y a entidades públicas con personalidad jurídica, que preveía, concretamente, la supresión de las disposiciones nacionales que reservan los suministros a los productos nacionales o bien les conceden una preferencia distinta de una ayuda en el sentido del artículo 92 del Tratado.

Por lo demás, la Comisión invoca la Directiva 77/62 que parte, según declara, del principio de que las restricciones a la libre circulación de mercancías aplicadas en el ámbito de los contratos públicos de suministro están prohibidas en virtud de los artículos 30 y siguientes del Tratado.

A la luz de lo anterior, la Comisión se pregunta si unas disposiciones nacionales que, en materia de contratos públicos de suministro, reservan una parte de éstos a las empresas implantadas en regiones determinadas son medidas que, debido a su carácter selectivo, constituyen, no medidas de efecto equivalente en el sentido del artículo 30, sino más bien ayudas en el sentido del artículo 92.

A este respecto, la Comisión considera, por una parte, que estas disposiciones tienen sobre las importaciones los mismos efectos que las que imponen una parte reservada en favor de todos los productores nacionales. Además, indica, la amplitud de estos efectos no depende del número de productos favorecidos, sino de la importancia de las necesidades de las autoridades públicas cuya satisfacción por productos importados queda excluida, limitada o dificultada.

Por otra parte, estima que, a los efectos de la calificación jurídica de las disposiciones de que se trata, no es pertinente tener en cuenta los objetivos perseguidos por los Estados miembros, por ejemplo, las políticas regionales o sociales, puesto que la libre circulación de mercancías es un principio fundamental del Tratado, cuya violación sólo puede tolerarse por los motivos indicados en el artículo 36, así como por ciertas razones «imperativas» definidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: según la Comisión, no parece que en el caso de autos puedan concurrir unos u otras.

Por lo demás, continúa, la calificación de medida de efecto equivalente de la que aquí se trata no puede ponerse en duda por el único motivo de que las reservas selectivas perjudican, no sólo a los productos de los demás Estados miembros, sino también a otros productos nacionales no beneficiados por ellas. De hecho, el elemento esencial de esta calificación es el efecto restrictivo verificado sobre los intercambios.

En lo que se refiere al concepto de ayuda a efectos del artículo 92 del Tratado, la Comisión afirma que resulta del propio texto de este artículo, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, que el concepto de ayuda no sólo incluye prestaciones positivas que se concreten en pagos pecuniarios, sino también intervenciones que alivien las cargas que pesan normalmente sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el estricto sentido de la palabra, son de la misma naturaleza y tienen idénticos efectos. Estas intervenciones se realizan gracias al empleo de los recursos financieros del Estado.

La Comisión añade que no puede concebirse que el artículo 92 prohíba medidas que ya están prohibidas por otras disposiciones del Tratado. Llega a la conclusión de que, cuando el artículo 92 prohíbe las ayudas, debe necesariamente tratarse de medidas distintas de los derechos de aduana y de las exacciones o medidas de efecto equivalente. Por consiguiente, el ámbito de aplicación del artículo 92 se limita exclusivamente a las intervenciones de los poderes públicos que implican la utilización de los recursos financieros del Estado en favor de las empresas beneficiarias.

Resulta pues de ello, según la Comisión, que las disposiciones italianas no pueden considerarse «ayudas» en el sentido del artículo 92, puesto que no suponen directa ni indirectamente el empleo de recursos financieros del Estado, al no hacer otra cosa éste que imponer al sector público la obligación de adquirir sus suministros de determinadas empresas, limitando así la posibilidad de obtener estos suministros de otras empresas. Además, señala la Comisión, el dinero desembolsado por el Estado en casos de este tipo sólo representa el precio pagado por la mercancía adquirida en las condiciones del mercado. No se trata pues de un acto gratuito, sino de una contraprestación.

Por consiguiente, la Comisión estima que las citadas medidas italianas constituyen un obstáculo directo para la importación de los productos competitivos, y no «ayudas» en el sentido del artículo 92 del Tratado.

Para el caso de que las medidas pudieran ser consideradas como una ayuda en el sentido del artículo 92, la Comisión sostiene que dicha hipótesis no obligaría necesariamente a considerarlas compatibles con el artículo 30. A este respecto, se apoya en la jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia, que va desde la sentencia de 22 de marzo de 1977, Iannelli & Volpi (74/76, Rec. p. 557) a la de 5 de junio de 1986, Comisión/Italia (103/84, Rec. p. 1759), según la cual los artículos 92 y siguientes del Tratado no pueden servir en ningún caso para desvirtuar las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías.

La Comisión llama finalmente la atención sobre el hecho de que los regímenes preferenciales como el régimen en cuestión son igualmente incompatibles con las disposiciones de la Directiva 77/62. Es exacto, reconoce, que el artículo 26 de la citada Directiva prevé que ésta «no impedirá la aplicación de las disposiciones en vigor en el momento de su adopción [...] que figuran en la ley italiana nº 835 de 6 de octubre de 1950 [...] y en sus modificaciones sucesivas».

No es menos cierto, añade, que, por una parte, el contenido de la legislación nacional a la que se refiere el Juez *a quo* (Ley nº 64/86) es parcialmente diferente del que tenía en el momento de la adopción de la Directiva y más amplio y, por otra, que ésta se aplica en todo caso «sin perjuicio de la compatibilidad de esas disposiciones con el Tratado».

La Comisión solicita que el Tribunal de Justicia responda lo siguiente:

«1) El artículo 92 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que las reservas, incluso parciales, de pedidos de suministros públicos a empresas nacionales determinadas no constituyen "ayudas" en el sentido de dicho artículo.

2) El artículo 30 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que las reservas constituyen medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, prohibidas por dicho artículo.»

M. Díez de Velasco
Juez Ponente