# CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. SIEGBERT ALBER

presentadas el 9 de julio de 1998 *

## A. Introducción

1. Mediante el presente recurso, la Comisión pretende que se declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario al adoptar y mantener una normativa incompatible con la Directiva 90/396/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los aparatos de gas [1] (en lo sucesivo, «Directiva»).

2. La Comisión considera que la República Italiana prohíbe de forma implícita la instalación en espacios interiores de generadores de calor no aislados —autorizados con arreglo a la referida Directiva— al exigir que dichos aparatos se instalen en el exterior o en locales técnicamente acondicionados al efecto.

3. La principal disposición que debe considerarse en el presente caso es el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva. En él se dispone lo siguiente: «Los Estados miembros no podrán prohibir, limitar ni obstaculizar la puesta en el mercado ni la puesta en funcionamiento de los aparatos que cumplan las exigencias esenciales contempladas en la presente Directiva». Dichas exigencias esenciales son las «prescripciones necesarias para cumplir las exigencias imperativas y esenciales de seguridad, sanidad y economía de energía relativas a los aparatos de gas». [2] Tales exigencias figuran en el Anexo 1 de la Directiva.

4. A juicio de la Comisión, las exigencias vigentes en Italia para la utilización de determinados aparatos de gas son incompatibles con la Directiva. A este respecto, se refiere al apartado 10 del artículo 5 del Decreto nº 412/93 del Presidente della Repubblica italiana de 26 de agosto de 1993 (en lo sucesivo, «Decreto»). Dicho Decreto exige la instalación de generadores de calor aislados en los casos de nueva instalación o de reforma de las instalaciones de calefacción que impliquen la instalación de generadores de calor individuales, salvo cuando se trate de su simple sustitución. Cuando se trate de aparatos de otro tipo (se entiende que de aparatos no aislados), los mismos deberán instalarse en el exterior de los espacios habitados o en locales técnicamente acondicionados al efecto. [3]

* Lengua original: alemán.

1 — DO L 196, p. 15.

2 — Quinto considerando de la Directiva.

3 — El texto original tiene el siguiente tenor: «In tutti i casi [...] è prescritto l'impiego di generatori isolati rispetto all'ambiente abitato, [...] apparecchi di qualsiasi tipo se installati all'esterno o in locali tecnici adeguati [...]».

5. En opinión de la Comisión, esta normativa prohíbe de forma implícita la instalación y utilización en espacios habitados de generadores de calor *no aislados,* es decir, de generadores de calor de tipo abierto. Según la Comisión, dado que este tipo de generadores están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, con arreglo al artículo 4 de la Directiva los Estados miembros no pueden prohibir, limitar ni obstaculizar su puesta en el mercado ni su puesta en funcionamiento, siempre que dichos aparatos cumplan las exigencias contempladas en la Directiva. En consecuencia, la Comisión afirma que el apartado 10 del artículo 5 del Decreto es incompatible con el artículo 4 de la Directiva.

6. Por ello, en octubre de 1994 la Comisión inició un procedimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado CE. En dicho procedimiento administrativo previo, la República Italiana alegó que, a su juicio, en determinadas condiciones los generadores de calor de tipo abierto instalados en espacios habitados podían constituir un peligro. En efecto, a su entender podía producirse una concentración peligrosa de productos de combustión que provocara una reducción de la cantidad de oxígeno en los espacios habitados.

7. La República Italiana contestó fuera de plazo al dictamen motivado de la Comisión de noviembre de 1995, limitándose a presentar un proyecto de modificación de la normativa controvertida.

8. La Comisión, al no haber recibido entretanto ninguna información relativa a la adopción de dicha modificación y considerar insuficientes las alegaciones formuladas por la República Italiana en el marco del procedimiento administrativo previo, interpuso finalmente un recurso ante el Tribunal de Justicia en el que solicitaba a éste que:

«Desestime todas las pretensiones, excepciones y alegaciones en contra del presente recurso y

— Declare que, al haber adoptado y mantenido una normativa que obliga a instalar en los espacios habitados exclusivamente generadores de calor de tipo "estanco", prohibiendo con ello de forma implícita la instalación de generadores de calor de otros tipos conformes con la Directiva 90/396/CEE, [4] la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario.

— Condene en costas a la República Italiana.»

4 — DO L 196, de 26.7.1990, p. 15.

9. La República Italiana solicitó al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la Comisión.

**B. Definición de postura**

10. A juicio de la Comisión, el apartado 10 del artículo 5 del Decreto es incompatible con el artículo 4 de la Directiva por el hecho de que prohíbe de forma implícita la instalación de generadores de calor no aislados en espacios habitados; según sus alegaciones, éstos sólo pueden instalarse en el exterior o en locales técnicamente acondicionados al efecto. Según la Comisión, se trata de exigencias especiales que no coinciden con las contempladas en la Directiva.

11. Según la Comisión, las exigencias establecidas en el Anexo de la Directiva son taxativas y sustituyen a las disposiciones nacionales en la materia. En consecuencia, cualquier otra exigencia nacional relativa a la seguridad de los aparatos de gas debe considerarse *a priori* incompatible con el Derecho comunitario. La Comisión se remite a este respecto al quinto considerando de la Directiva, en cuya última frase se establece lo siguiente: «dichas exigencias deben sustituir las prescripciones nacionales en la materia puesto que son esenciales». En opinión de la Comisión, la incompatibilidad de las exigencias nacionales de seguridad con el Derecho comunitario se deduce de la lógica interna de los artículos 3 [5] y 4 de la Directiva.

12. Puesto que los generadores de calor de tipo abierto están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, también en su caso debe garantizarse, a partir de la fecha de aplicación de la Directiva, [6] la libre puesta en el mercado y la libre puesta en funcionamiento, siempre que cumplan las exigencias contempladas en la Directiva. Según la Comisión, si bien el apartado 10 del artículo 5 del Decreto no establece ninguna prohibición de comercializar o instalar estos generadores de calor de tipo abierto, lo cierto es que prohíbe —aunque sea de forma implícita— la instalación de dichos aparatos en espacios habitados en los casos de nueva instalación o de reforma de instalaciones de calefacción. En la medida en que ello constituye un obstáculo para la puesta en funcionamiento de estos aparatos —aun en el caso de que cumplan las exigencias contempladas en la Directiva—, la Comisión sostiene que se infringe el artículo 4 de la Directiva 90/396.

13. El Gobierno italiano, en cambio, considera que no existe ninguna infracción directa del artículo 4 de la Directiva. A su juicio, la normativa italiana no prohíbe la instalación de generadores de calor de tipo abierto, limi-

5 — En el artículo 3 se establece que los aparatos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva deben cumplir las exigencias esenciales que figuran en el Anexo I.

6 — Con arreglo al apartado 1 del artículo 14 de la Directiva, dicha fecha es el 1 de enero de 1992.

tándose a contener disposiciones relativas a las modalidades de instalación. Según el Gobierno italiano, en dicha normativa tan sólo se establece que cualquier aparato, independientemente de qué tipo que sea, debe estar aislado con respecto al espacio habitado. Sobre esta base, el consumidor puede optar libremente entre instalar un generador de calor ya aislado o adoptar las medidas correspondientes para la instalación de un aparato de tipo abierto. En particular, la instalación fuera de los espacios habitados no tiene ningún coste adicional, por lo que no puede considerarse que existe un obstáculo para la comercialización de los aparatos de tipo abierto. Según el Gobierno italiano, semejante obstáculo sólo existiría si no fuera posible aislar de ningún modo los aparatos de tipo abierto o instalarlos en el exterior de los espacios habitados.

14. A este respecto, la Comisión alega que, en todo caso, el apartado 10 del artículo 5 del Decreto constituye un obstáculo en la medida en que se trata de la instalación de aparatos de tipo abierto en espacios habitados. A su entender, ello es suficiente para considerarlo incompatible con el artículo 4 de la Directiva, que prohíbe a los Estados miembros *en todos los casos* prohibir, limitar u obstaculizar la comercialización o instalación de los aparatos. En otros términos —prosigue la Comisión—, por lo que respecta a la adaptación del Derecho interno a las Directivas de armonización que tienen por objeto (como sucede en el presente caso) el establecimiento del mercado interior y a su aplicación no existe ninguna regla *de minimis* en virtud de la cual puedan considerarse compatibles con las Directivas los obstáculos que tengan un alcance limitado.

15. A este respecto, el Gobierno italiano no se refiere tampoco necesariamente a una regla *de minimis*, sino que alega que no existe ninguna infracción directa ni una restricción del mercado interno para los aparatos de tipo abierto. Semejante alegación no puede prosperar. Es cierto que la disposición italiana no prohíbe de manera absoluta la instalación de aparatos de tipo abierto; sin embargo, tal como señala el propio Gobierno italiano, para poder instalarlos en espacios interiores debe asegurarse su aislamiento de algún modo. Esto implica que los aparatos de tipo abierto son transformados *a posteriori* prácticamente en aparatos aislados. Esto no sólo entraña ciertos costes, sino que en última instancia excluye por completo —salvo en el caso excepcional de la simple sustitución del generador de calor— la existencia de aparatos de tipo abierto propiamente dichos en espacios habitados. Así pues, el hecho de que los aparatos de tipo abierto ya no puedan utilizarse como tales sin una ulterior intervención técnica —por pequeña que sea— constituye un obstáculo para su comercialización. ¿Por qué razón habría el consumidor de instalar y posteriormente aislar un aparato de tipo abierto en lugar de instalar desde un primer momento un aparato aislado?

16. Por lo demás, procede remitirse al segundo considerando de la Directiva, según el cual la existencia de disposiciones nacionales diferentes, si bien ciertamente pueden dar lugar a niveles de seguridad idénticos, debe considerarse un obstáculo para el comercio dentro de la Comunidad en razón únicamente de su disparidad.

17. Ciertamente, la conclusión según la cual se ha producido una infracción del artículo 4 de la Directiva presupone que dicha normativa es efectivamente aplicable. Podría haber dudas a este respecto si —como alega el Gobierno italiano— un aparato instalado en un espacio habitado que no esté aislado no puede cumplir por ello las exigencias esenciales contempladas en la Directiva.

18. A este respecto, la República Italiana se remite al punto 3.4.3 del Anexo I de la Directiva. En él se dispone lo siguiente: «Todos los aparatos que vayan unidos a un conducto de evacuación de los productos de combustión deberán estar construidos de modo que en caso de tiro defectuoso de dicho conducto no se produzca ningún escape de productos de combustión en cantidades peligrosas en el local en que se utilicen». Según el Gobierno italiano, dado que la Directiva no contiene ninguna explicación relativa al concepto de «tiro defectuoso», dicho concepto debe entenderse en el sentido de que *en ningún caso* puede producirse en el local un escape de productos de combustión en cantidades peligrosas. Ahora bien, según asegura, dicho peligro existe en el caso de todos los aparatos de tipo abierto, aun cuando estén provistos de un dispositivo de seguridad y se asegure una ventilación suficiente.

19. El Gobierno italiano basa su afirmación en ensayos llevados a cabo en el laboratorio de ensayos de la sociedad Italgas en la primavera de 1993. Según afirma, dichos ensayos demostraron efectivamente que los dispositivos de seguridad que interrumpen la combustión cuando se produce un escape de productos de combustión son sumamente útiles. Sin embargo, ni siquiera dichos dispositivos y una ventilación adecuada consiguieron evitar que, en determinadas condiciones, se produjera una elevada concentración de gases en el interior del local. En particular, las condiciones especiales del ensayo consistieron en un viento de una velocidad superior a los 0,5 m/s sobre el conducto de evacuación y un grado de obstrucción del intercambiador de calor del 88 %.

20. Por el contrario, los aparatos aislados son completamente seguros en condiciones como ésas, y —gracias a la separación entre la cámara de combustión y el espacio habitado— cumplen las exigencias contempladas en la Directiva.

21. Según el Gobierno italiano, los aparatos de tipo abierto tampoco pueden cumplir las exigencias establecidas en los puntos 3.1.9 y 3.2.1 del Anexo I de la Directiva. Con arreglo al punto 3.1.9, el aparato debe diseñarse y ser construido de manera que el fallo de uno de sus dispositivos de seguridad, de control o de regulación no constituya un peligro. El punto 3.2.1 exige que los aparatos se fabriquen de manera que la cantidad de gas liberado por fuga sea siempre una cantidad que no entrañe ningún riesgo. En opinión del Gobierno italiano, a estas exigencias se les aplican las mismas consideraciones que al punto 3.4.3, es decir, tampoco a este respecto cabe concluir, sobre la base de los referidos ensayos, que los aparatos de tipo abierto cumplen estas exigencias de la Directiva.

22. La Comisión replica, en primer lugar, que, en el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, no puede aceptarse en ningún caso que un Estado miembro se tome la justicia por su mano e infrinja de manera unilateral determinadas normas que considera

insuficientes, como en el presente caso el artículo 4 de la Directiva. Según la Comisión, en ese caso el ordenamiento jurídico comunitario contempla medios adecuados, en el caso de autos los artículos 6 y 7 de la Directiva.

23. No obstante, la infracción del artículo 4 alegada por la Comisión sólo podrá existir en el caso de que dicha disposición sea efectivamente pertinente en el presente caso. A este respecto, procede examinar, en primer lugar, cuál es la finalidad de la Directiva. De acuerdo con su denominación, la Directiva tiene por objeto la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los aparatos de gas. Con arreglo a su quinto considerando, dicha armonización legislativa debe limitarse a las prescripciones necesarias para cumplir las exigencias imperativas y esenciales de seguridad, sanidad y economía de energía. Esto supone que, para todos los aparatos que estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, las exigencias de seguridad se establecen en el Anexo de la Directiva. En el presente caso, ni siquiera el propio Gobierno italiano discute que los generadores de calor de tipo abierto —es decir, no aislados— están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, de conformidad con su artículo 1. Así pues, también en el caso de estos aparatos las únicas exigencias de seguridad vinculantes son las establecidas en el Anexo de la Directiva. Siempre que dichos aparatos cumplan dichas exigencias, con arreglo al artículo 4 no pueden prohibirse, limitarse ni obstaculizarse su puesta en el mercado ni su puesta en funcionamiento.

24. De este modo, el Consejo, como autor de la Directiva, parte de la base de que, en principio, es posible construir generadores de calor de tipo abierto que cumplan las exigencias contempladas en la Directiva. En consecuencia, la Directiva también tiene por objeto la armonización de las disposiciones relativas a los generadores de calor de tipo abierto que cumplen las exigencias contempladas en la Directiva.

25. El Gobierno italiano cuestiona este planteamiento. En su opinión, es imposible construir aparatos de tipo abierto que cumplan las exigencias contempladas en la Directiva. En cambio, la Comisión alega que, de ser así, tal hecho se hubiera tenido en cuenta en la Directiva. Y ello —prosigue la Comisión— porque, con arreglo al sexto considerando de la Directiva, uno de sus objetivos esenciales consiste en el mantenimiento o la mejora del nivel de seguridad alcanzado en los Estados miembros. Dado que en la Directiva no se establece ninguna prohibición de instalación de aparatos abiertos en espacios habitados ni se hace distinción alguna entre los aparatos de tipo abierto y los aparatos aislados, la Comisión concluye que no puede compartirse la afirmación del Gobierno italiano según la cual los aparatos de tipo abierto no pueden cumplir en ningún caso las exigencias de la Directiva.

26. Ahora bien, del hecho de que la Directiva no contenga ninguna norma especial para los aparatos de tipo abierto no se puede colegir que sólo por ello dichos aparatos cumplan las exigencias generales de seguridad contempladas en la Directiva. Lo único que cabe deducir de ello es que, en opinión del Consejo, en principio es posible que este tipo de aparatos cumplan las exigencias generales de seguridad. Ahora bien, cuando el Gobierno italiano cuestiona este extremo, no se refiere tanto a la cuestión del modo en que los Estados miembros deben aplicar la Directiva

o adaptar su Derecho interno a la misma como a la cuestión de fondo de cuáles son las exigencias de seguridad que deben imponerse a los aparatos y de cuándo se cumplen las mismas. Si, en este ámbito de las cuestiones de fondo, la República Italiana va más allá de las exigencias establecidas por la Directiva, debe hacerlo en el marco del procedimiento previsto en el artículo 7 de la propia Directiva.

27. En él se regula el procedimiento que debe seguirse cuando, en condiciones normales de funcionamiento, determinados aparatos provistos de la marca CE entrañan riesgos para la seguridad de las personas, de los animales domésticos o de los bienes. En tal caso, el Estado miembro debe adoptar todas las medidas necesarias para retirar tales aparatos del mercado o prohibir o restringir su puesta en el mercado, e informar inmediatamente a la Comisión sobre dichas medidas, indicando además las razones de su decisión. Acto seguido, la Comisión celebrará consultas con las partes interesadas y, en determinadas circunstancias —cuando se hayan alegado deficiencias de las normas— someterá el asunto al Comité permanente. En este caso se ponen en marcha los procedimientos contemplados en el artículo 6 de la Directiva, que regula el supuesto en que un Estado miembro o la Comisión estime que determinadas normas no satisfacen las exigencias esenciales contempladas en la Directiva.

28. Durante el procedimiento con arreglo al artículo 7, la Comisión debería haber informado también a los demás Estados miembros del desarrollo y el resultado de su tramitación. [7] No obstante, de los autos no se desprende que la República Italiana sometiera el asunto a la Comisión siguiendo este procedimiento.

29. Además, la Comisión alega que, en el procedimiento administrativo previo, la República Italiana no invocó expresamente el artículo 7 de la Directiva, sino que se limitó a reservarse la posibilidad de iniciar posteriormente dicho procedimiento. La República Italiana no discute expresamente este extremo. No obstante, tampoco sería suficiente que un Estado miembro se limitara a invocar el artículo 7 de la Directiva sin iniciar el procedimiento previsto en el mismo. La Comisión señala correctamente que, en el marco del artículo 7, no se puede renunciar a informar a la Comisión para que ésta pueda adoptar las medidas necesarias para consultar a las partes interesadas.

30. A este respecto, procede remitirse asimismo a la sentencia en el asunto Tedeschi. [8] La Directiva relativa a la fijación de contenidos máximos para las substancias y productos indeseables en la alimentación animal, [9] controvertida en aquel asunto, contenía una disposición comparable al artículo 7. En el artículo 5 de la Directiva 74/63 se disponía que cuando un Estado miembro considerara que un contenido máximo establecido en el Anexo de la Directiva o una sustancia o un

7 — Apartado 4 del artículo 7 de la Directiva.

8 — Sentencia de 5 de octubre de 1977, Tedeschi (5/77, Rec. p. 1555).

9 — Directiva 74/63/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1973, relativa a la fijación de contenidos máximos para las substancias y productos indeseables en la alimentación animal (DO 1974, L 38, p. 31; EE 03/07, p. 151).

producto no mencionado en dicho Anexo como indeseable representaba un peligro para la salud, podía reducir provisionalmente dicho contenido, fijar un contenido máximo para la sustancia no mencionada o prohibir la presencia de dicha sustancia. Las medidas adoptadas debían comunicarse sin demora a la Comisión y a los otros Estados miembros. En este contexto, el Tribunal de Justicia declaró que, en el marco de dicha disposición (el artículo 5 de la Directiva 74/63), los Estados miembros podían adoptar las medidas contempladas en la misma «en las condiciones de forma y de fondo previstas en ella», reiterando de nuevo que se trataba únicamente de medidas provisionales. [10]

31. La Comisión señala asimismo que el artículo 7 sólo permite a los Estados miembros adoptar normativas propias en casos excepcionales. Normalmente, en el ámbito de la Directiva las disposiciones comunitarias deben sustituir a las disposiciones nacionales. [11] En tal caso, el Estado miembro sólo podrá invocar una norma como la del artículo 7 en el caso de que cumpla todos los requisitos para la aplicación del procedimiento previsto en él. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado, en el marco del apartado 4 del artículo 100 A del Tratado, que también dicho procedimiento sólo puede aplicarse si se cumplen todos los requisitos establecidos al efecto. [12] Dicha sentencia puede trasladarse al caso de autos, de modo que también en el presente caso se exija que la República Italiana respete todos los requisitos del procedimiento con arreglo al artículo 7. Como queda indicado, esto es algo que la República Italiana no hizo.

32. Independientemente de si las objeciones formuladas por la República Italiana están justificadas o no, hay que señalar que la República Italiana no respetó el procedimiento previsto. Además, en el presente caso se trata de cuestiones técnicas, por lo que debe darse la razón a la Comisión cuando afirma que el procedimiento por incumplimiento del Tratado ante el Tribunal de Justicia no es el procedimiento más adecuado para dilucidar este tipo de cuestiones.

33. Por último, la Comisión cuestiona la argumentación de la República Italiana también desde el punto de vista técnico. En su opinión, la Directiva ya contiene normas adecuadas para hacer frente a todos los riesgos y peligros evocados por la República Italiana.

34. Por lo que respecta a la preocupación expresada por el Gobierno italiano en el sentido de que el escape de productos de combustión de los aparatos de tipo abierto instalados en espacios habitados constituye un peligro, la Comisión se remite a los puntos 1.2.1, 1.2.3 y 3.4.1 a 3.4.3 del Anexo I de la Directiva. Así, con arreglo al punto 1.2.1 el manual de información técnica destinado al instalador debe contener, en particular, las condiciones de evacuación de los gases de combustión. El punto 1.2.3 se refiere a las advertencias que figuran en el aparato y en su embalaje, estableciendo que las mismas deben indicar, en particular, que el aparato sólo debe instalarse en locales suficientemente ventilados.

10 — Sentencia Tedeschi, citada en la nota 8 *supra*, apartados 37 a 40.

11 — Quinto considerando de la Directiva.

12 — Sentencia de 17 de mayo de 1994, Francia/Comisión (C-41/93, Rec. p. I-1829).

35. Los puntos 3.4.1, 3.4.2 y 3.4.3 se refieren a la combustión que tiene lugar dentro del aparato. En virtud de las dos primeras normas, el aparato debe fabricarse, entre otras especificaciones, de manera que, en condiciones normales de utilización, los productos de combustión no contengan concentraciones inaceptables de sustancias nocivas para la salud y no se pueda producir un escape imprevisto de productos de combustión. Por último, en el punto 3.4.3 se dispone que todos los aparatos que vayan unidos a un conducto de evacuación de los productos de combustión deberán estar construidos de modo que en caso de tiro defectuoso de dicho conducto no se produzca ningún escape de productos de combustión en cantidades peligrosas en el local en que se utilicen.

36. En el marco del examen de las alegaciones de la Comisión, debe tenerse en cuenta, no obstante, el hecho de que ésta parte de la base de que los aparatos de tipo abierto pueden fabricarse de manera que cumplan las exigencias de la Directiva y que —en este supuesto— debe considerárselos seguros, algo que la República Italiana discute en principio. De este modo, en virtud de las exigencias a que se refiere la Comisión, debe garantizarse que la evacuación de los productos de combustión se produce de un modo determinado. También debe asegurarse que los locales en los que se instalan estos aparatos están suficientemente ventilados. Ahora bien, en opinión del Gobierno italiano, en el caso de los aparatos de tipo abierto el hecho de que los locales estén suficientemente ventilados no basta, en determinadas circunstancias, para evitar una intoxicación si, pese a la existencia de un dispositivo de seguridad, se produce un escape de productos de combustión hacia los espacios habitados.

37. Ahora bien, por otro lado, las exigencias contempladas en la Directiva garantizan que, en el caso de los aparatos que cumplen dichas exigencias, los productos de combustión no contienen una concentración inaceptable de sustancias nocivas para la salud. No obstante, en la medida en que no se precisa el concepto de «inaceptable» no puede considerarse que no puedan producirse *en ningún caso* daños para la salud. Tampoco la norma contenida en el punto 3.4.2 que invoca la Comisión puede reducir este riesgo, en menor medida aún por cuanto la República Italiana cuestiona precisamente que, en el caso de los aparatos de tipo abierto, puedan evitarse totalmente los escapes de productos de combustión. Sin embargo, lo cierto es que, en sus alegaciones, el Gobierno italiano se refiere al punto 3.4.3, que contempla el caso de tiro *defectuoso*. Por tanto, éstas no afectan al punto 3.4.2, relativo a la utilización de los aparatos *en condiciones normales*.

38. Por lo que se refiere, en cambio, al escape de productos de combustión en caso de tiro defectuoso, la Comisión se remite a la norma armonizada EN 297. Esta norma se refiere fundamentalmente a las calderas de tipo abierto. En ella se establece que las calderas deben ir provistas de un dispositivo de seguridad que bloquee el funcionamiento del aparato cuando la evacuación de los productos de combustión no se efectúe con normalidad durante un período determinado. Por consiguiente, la Comisión considera que —salvo prueba en contrario— los Estados miembros deben partir de la base de que los aparatos de tipo abierto que están provistos de un dispositivo de seguridad conforme con la norma EN 297 cumplen las exigencias esenciales establecidas en el punto 3.4.3 del Anexo I de la Directiva. Así se desprende, según la Comisión, del artículo 5 de la Directiva.

39. El apartado 1 del artículo 5 tiene el siguiente tenor: «Los Estados miembros presumirán conformes a las exigencias esenciales pertinentes a que se refiere el artículo 3 los aparatos y equipos que cumplan:

a) las normas nacionales pertinentes que transpongan las normas armonizadas y cuyos números de referencia se hayan publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* [...]»

Así pues, cuando —como en el presente caso— existe una norma de este tipo, deberá considerarse que un aparato —aunque sea de tipo abierto— que contiene el dispositivo de seguridad indicado en la norma cumple las exigencias de seguridad contempladas en la Directiva por lo que respecta a los peligros derivados de un tiro defectuoso. Esto quiere decir que debe presumirse que también los generadores de calor de tipo abierto cumplen o pueden cumplir, al menos en principio, las exigencias contempladas en la Directiva a este respecto.

40. Cuando un Estado miembro estime que las normas contempladas en el apartado 1 del artículo 5 no satisfacen plenamente las exigencias esenciales, se le remite de nuevo al procedimiento del artículo 6 de la Directiva, en virtud del cual debe someter el asunto, exponiendo sus razones, al Comité permanente, el cual se pronunciará sin demora.

41. El Gobierno italiano ha expresado asimismo sus dudas acerca de si los aparatos de tipo abierto pueden construirse y diseñarse de manera que el fallo de uno de sus dispositivos de seguridad, de control o de regulación no constituya un peligro [13] y que la cantidad de gas liberado por fuga no entrañe ningún riesgo. [14] Según afirma, en las condiciones en que se llevaron a cabo los ensayos anteriormente mencionados, dichas exigencias sólo pudieron cumplirse cuando los aparatos estaban aislados (con respecto al espacio habitado).

42. Por lo que respecta al fallo de un mecanismo de seguridad, es decir, al punto 3.1.9, el Gobierno italiano no hace ninguna otra consideración que permita determinar por qué razón precisamente los aparatos de tipo abierto no pueden cumplir dicha exigencia. Es posible que se refiera al dispositivo de seguridad que tiene por objeto evitar que se produzca un escape de productos de combustión. Ahora bien, dado que cabe presumir —como ya se ha indicado— que este tipo de dispositivo puede evitar los escapes de productos de combustión tanto en el caso de aparatos aislados como en el caso de aparatos abiertos, no se aprecia a este respecto ninguna diferencia entre ambos tipos de aparatos. En consecuencia, no se aprecia tampoco ninguna diferencia por lo que respecta a la norma contenida en el punto 3.1.9, dado que en relación con ambos aparatos debe presumirse que, en caso de funcionamiento anormal, sin el dispositivo de seguridad pueden producirse escapes de productos de combustión.

13 — Punto 3.1.9 del Anexo I de la Directiva.
14 — Punto 3.2.1 del Anexo I de la Directiva.

43. Aún menos se aprecia por qué motivo, en opinión del Gobierno italiano, no pueden fabricarse aparatos de tipo abierto —y sí aparatos aislados— que cumplan las exigencias establecidas en el punto 3.2.1, relativas a la cantidad de gas liberado por fuga. Tampoco a este respecto formula el Gobierno italiano ninguna otra observación. En consecuencia, procede declarar que las preocupaciones y riesgos evocados por la República Italiana están cubiertos por las exigencias contempladas en la Directiva.

44. Por último, la Comisión señala que la normativa italiana establece que las calderas de tipo abierto deben ir provistas de un dispositivo de seguridad, [15] sin que la Ley acepte ninguna otra solución técnica. Además, dicho Decreto cita otra norma [16] en la que se establecen los requisitos para la instalación, en particular, de aparatos de gas de tipo abierto. En ella se dispone que los aparatos de tipo abierto no pueden ser instalados en dormitorios ni, en determinadas circunstancias, en baños o duchas. La Comisión deduce de ello, con razón, que la referida norma permite la instalación de aparatos de tipo abierto en otros espacios habitados y, en determinados casos, en baños y duchas. Ahora bien, esto no es más que un indicio de que las reservas en materia de seguridad a este respecto expresadas por el Gobierno con ocasión de la adopción de la norma UNI-CIG 7129 no tuvieron en todo caso el mismo alcance que las reservas expresadas en el presente caso. Lo mismo se deriva del hecho de que se siga permitiendo la instalación en espacios habitados de aparatos de tipo abierto en casos excepcionales (en caso de simple sustitución del generador de calor).

45. Para el caso de que el Tribunal declare la existencia de una infracción de la Directiva, el Gobierno italiano alega que la normativa adoptada mediante el Decreto tiene su justificación en el artículo 7 de la propia Directiva. Como queda indicado, en dicho artículo se establece que los Estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para retirar del mercado o prohibir o restringir la puesta en el mercado de los aparatos provistos de la marca CE que estimen que entrañan riesgos para la seguridad de las personas, de los animales domésticos o de los bienes. Estas medidas sólo pueden contemplarse en el marco del procedimiento con arreglo al artículo 7 en su conjunto —que la República Italiana no inició—; además, la Comisión debe verificar si están justificadas.

46. La Comisión señala asimismo, correctamente, que la República Italiana no puede invocar el artículo 7 por primera vez en el procedimiento ante este Tribunal de Justicia. Esto es algo que debería haber hecho durante el procedimiento administrativo previo o en el marco de su correspondencia con la Comisión. Lo que es más importante, el procedimiento previsto en el artículo 7 no puede desarrollarse en el marco del procedimiento ante el Tribunal de Justicia.

15 — De conformidad con la norma UNI-CIG 7271/FA.2, aprobada y publicada mediante Decreto ministeriale de 21 de abril de 1993.

16 — UNI-CIG 7129.

47. En opinión del Gobierno italiano, la normativa adoptada mediante el Decreto está justificada también con arreglo al artículo 36 del Tratado CE.

48. En contra de esta afirmación, la Comisión se remite, con razón, a una jurisprudencia reiterada de este Tribunal y, en particular, a las sentencias Tedeschi y Motte. [17] Así, en el asunto Tedeschi este Tribunal declaró lo siguiente: «No obstante, el artículo 36 no tiene por objeto reservar determinadas materias a la competencia exclusiva de los Estados miembros, sino que admite que las legislaciones nacionales establezcan excepciones al principio de la libre circulación en la medida en que ello esté y siga estando justificado para alcanzar los objetivos enunciados en dicho artículo; [...] cuando, en aplicación del artículo 100 del Tratado, determinadas Directivas comunitarias establecen la armonización de las medidas necesarias para garantizar la protección de la salud de los animales y las personas e introducen procedimientos comunitarios de control de su observancia, deja de estar justificado el recurso al artículo 36, y es en el marco establecido por la Directiva de armonización en el que deben efectuarse los controles apropiados y adoptarse las medidas de protección». [18]

49. En la sentencia Motte, el Tribunal enunció el criterio de la «armonización plena». En ella, declaró que «según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, [...] sólo cuando las normas comunitarias prevén la armonización plena de todas las medidas necesarias para garantizar la protección de la salud y establecen procedimientos comunitarios de control de su observancia dejará de estar justificado el recurso al artículo 36». [19]

50. También hay que dar la razón a la Comisión cuando afirma que, en el presente caso, se trata de una Directiva de armonización legislativa plena por lo que respecta a las exigencias imperativas y esenciales de seguridad, sanidad y economía de energía, y que regula asimismo los mecanismos de control de la observancia de dichas exigencias. A este respecto, procede remitirse al quinto considerando de la Directiva, según el cual en el caso presente la armonización legislativa se limita a las exigencias imperativas y esenciales antes citadas. En él se dispone asimismo que estas exigencias fundamentales deben sustituir a las prescripciones nacionales. Además, el Capítulo II de la Directiva contiene normas relativas a los medios de certificación de la conformidad, y el Capítulo III prevé la introducción de una marca de conformidad CE. En consecuencia, procede declarar que en el caso de autos se trata de una Directiva de armonización legislativa plena y que, por tanto, los Estados miembros ya no pueden invocar el artículo 36 en esta materia.

51. No obstante, el Gobierno italiano sostiene la tesis según la cual los Estados miembros deben seguir pudiendo invocar el artículo 36 del Tratado CE, dado que la propia Directiva, por una parte, impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la seguridad y salud de las personas frente a los

17 — Sentencias Tedeschi, citada en la nota 8 *supra*, y de 10 de diciembre de 1985, Motte (247/84, Rec. p. 3887).

18 — Sentencia Tedeschi, citada en la nota 8 *supra*, apartados 34 y 35.

19 — Sentencia Motte, citada en la nota 17 *supra*, apartado 16.

riesgos derivados de la utilización de aparatos de gas [20] y, por otra, establece, en su artículo 7, que los Estados miembros están facultados para adoptar todas las medidas necesarias para retirar del mercado o prohibir o restringir la puesta en el mercado de los aparatos que, en su opinión, entrañen riesgos para la seguridad de las personas o de los bienes. Sin embargo, no cabe acoger esta tesis. También en el asunto Tedeschi había una disposición comparable al artículo 7 en la Directiva de que se trataba, pese a lo cual el Tribunal excluyó el recurso al artículo 36. El Tribunal se limitó a señalar que, en el marco de dicha disposición de la Directiva, los Estados miembros podían adoptar determinadas medidas *provisionales* «en las condiciones de forma y de fondo previstas en ella». [21] Ahora bien, las medidas contempladas por la República Italiana no fueron comunicadas a la Comisión, de modo que ésta no pudo verificar —el marco del artículo 7— si estaban justificadas o no.

52. Por último, el Gobierno italiano funda la eventual aplicabilidad del artículo 36 en el hecho de que no puede excluirse el recurso al artículo 36 en los casos en que las medidas comunitarias no salvaguardan de manera suficiente sus intereses particulares y dichos intereses se refieren a situaciones concretas no contempladas en la Directiva. A este respecto, se remite a la sentencia Campus Oil. [22] El Gobierno italiano afirma que, en casos como el que aquí nos ocupa, en el que cabe considerar, sobre la base de la serie de ensayos llevados a cabo por Italgas, que la utilización de aparatos de tipo abierto en espacios habitados puede entrañar un grave peligro, el Estado miembro debe estar facultado para adoptar, basándose en el artículo 36, medidas de protección de la seguridad y la salud, aun cuando dichas medidas restrinjan la libre circulación de mercancías.

53. En la citada sentencia, este Tribunal declaró que, aun cuando existan disposiciones comunitarias en la materia, no puede excluirse que un Estado miembro se acoja al artículo 36 para justificar las medidas complementarias pertinentes a escala nacional si dicho Estado no posee, en virtud de la normativa comunitaria, la absoluta certeza del mantenimiento, en cualesquiera circunstancias, de los suministros de petróleo que necesita al menos en el nivel mínimo de sus necesidades. [23]

54. En contra de estas alegaciones, la Comisión señala que, en el asunto Campus Oil, la legislación comunitaria no tenía por objeto la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, sino la política de coyuntura. Las Directivas y Decisiones del Consejo a las que se refería la sentencia estaban basadas en el artículo 103 del Tratado CE, con arreglo al cual los Estados miembros deben considerar sus políticas económicas como cuestión de interés común y

20 — Primer considerando de la Directiva.

21 — Sentencia Tedeschi, citada en la nota 8 *supra*, apartados 37 a 40.

22 — Sentencia de 10 de julio de 1984, Campus Oil (72/83, Rec. p. 2727).

23 — Sentencia Campus Oil, citada en la nota 22 *supra*, apartado 31.

coordinarlas en el seno del Consejo. Por consiguiente, la Comisión considera que está muy claro que la actividad legislativa de la Comunidad en este ámbito reviste un carácter completamente diferente de la actividad emprendida con objeto de proceder a la aproximación de las legislaciones con arreglo al artículo 100 A del Tratado CE, en el que se basa la Directiva controvertida en el presente caso.

55. Según la Comisión, la política de coyuntura sigue siendo una política nacional, dirigida a proteger los intereses nacionales. Algunas medidas concretas deben coordinarse a escala comunitaria. En cambio, la Directiva 90/396 se adoptó sobre la base del artículo 100 A del Tratado CE, que pretende alcanzar los objetivos fundamentales y exclusivos de la Comunidad, a saber, el establecimiento del mercado interior, que garantiza la libre circulación de mercancías y no otorga a los Estados miembros ninguna posibilidad de adoptar normas nacionales complementarias. Dado que se trata además de una Directiva de armonización *plena* de las legislaciones, no es posible, según la Comisión, invocar el artículo 36.

56. Procede adherirse a la opinión de la Comisión a este respecto. Tal como se desprende claramente de la jurisprudencia de este Tribunal, en los casos de armonización legislativa plena ya no es posible el recurso al artículo 36. En el asunto Campus Oil, la finalidad de las normas pertinentes no era la aproximación de las legislaciones, y menos aún su plena armonización. Por consiguiente, no puede deducirse de dicha sentencia que no sea aplicable en el presente caso la reiterada jurisprudencia desarrollada en materia de armonización legislativa plena.

57. En apoyo de la aplicabilidad del artículo 36, el Gobierno italiano se refiere, por último, al apartado 4 del artículo 100 A del Tratado CE.

58. En este contexto, la Comisión se remite, con razón, a la sentencia Francia/Comisión de 1994. [24] En ella, el Tribunal señaló que el procedimiento previsto en el apartado 4 del artículo 100 A pretende asegurar que ningún Estado miembro pueda aplicar una normativa nacional que establezca una excepción a las normas armonizadas sin haber obtenido la confirmación de la Comisión. Si los Estados miembros conservaran la facultad de aplicar unilateralmente una normativa nacional que establece una excepción a las mismas, las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros quedarían vacías de contenido. En consecuencia, el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente: «Por tanto, un Estado miembro sólo estará autorizado a aplicar las disposiciones nacionales notificadas después de haber obtenido de la Comisión una Decisión que las confirme». [25] La Comisión observa que las autoridades italianas nunca le comunicaron el Decreto con el fin de aplicar una excepción al amparo del apartado 4 del artículo 100 A. Tampoco el Gobierno italiano afirma haberlo hecho. Este se limita a invocar el apartado 4 del artículo 100 A para motivar de este modo la aplicabilidad del artículo 36 y poder justificar así la normativa en la que establece una excepción.

24 — Sentencia Francia/Comisión, citada en la nota 12 *supra*.

25 — Sentencia Francia/Comisión, citada en la nota 12 *supra*, apartados 28 a 30.

59. En este contexto, procede señalar igualmente que la Directiva no priva a la República Italiana de toda posibilidad de intervención. En el caso de que estime que una norma o un aparato autorizado no satisface las exigencias de seguridad contempladas en la Directiva, en virtud de los artículos 6 y 7 de la misma tiene la posibilidad de adoptar las medidas correspondientes. No obstante, para ello debe respetar el procedimiento establecido en dichos artículos. Como ya se ha indicado, la República Italiana no inició dicho procedimiento. En consecuencia, la normativa adoptada por la República Italiana en su lugar infringe el artículo 4 de la Directiva 90/396, de modo que procede declarar la existencia de un incumplimiento del Tratado por parte de la República Italiana.

### Costas

60. A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas si así se hubiere solicitado.

## C. Conclusión

61. Propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Declare que, al haber establecido en el apartado 10 del artículo 5 del Decreto n° 412/93 del Presidente della Repubblica italiana de 26 de agosto de 1993 que en los espacios habitados deben instalarse exclusivamente generadores de calor de tipo «estanco», prohibiendo con ello de forma implícita la instalación de generadores de calor de otros tipos conformes con la Directiva 90/396/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los aparatos de gas, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario.

2) Condene en costas a la República Italiana.