

LAS SECUELAS DEL CASO «CASSIS DE DIJON». LIBRE CIRCULACION DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y REGLAMENTACIONES NACIONALES

(Comentario a las sentencias del TJCE de 12 de marzo de 1987 sobre las Leyes griega y alemana de la Cerveza, asuntos 176/84 y 178/84, y a la de 14 de julio de 1988 sobre la Ley italiana de la Pasta, asunto 407/85)

Por JOSE LUIS BUENDIA SIERRA (*)

I. INTRODUCCIÓN

La articulación de la libre circulación de mercancías con exigencias en principio tan respetables como la protección de los consumidores o de la salud pública, es decir, el juego del principio general establecido en el artículo 30 del Tratado de Roma con las excepciones previstas en el art. 36 del mismo, constituye uno de los puntos más conflictivos de cara al proceso de construcción europea. La necesidad de atender a estos intereses está fuera de toda duda; el problema es que dichas exigencias se emplean a menudo como escudo legitimador de medidas proteccionistas nacionales, lo cual resulta inadmisibile y plantea serios conflictos, cuya resolución corresponde al Tribunal de Justicia.

El presente comentario pretende examinar el enfoque empleado por el Tribunal en algunas de sus más recientes sentencias sobre esta materia.

(*) Profesor Ayudante de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.

1. *La Libre Circulación de Mercancías en el Tratado CEE*

La libre circulación de mercancías es una pieza fundamental en el proceso de construcción europea (1). Aparece mencionada en el apartado (a) del art. 3 del TCEE, así como en el art. 8. La misma sistemática del Tratado revela la importancia otorgada a esta libertad: en el Título I de la Segunda Parte, inmediatamente después de los «Principios». Para su consecución resulta imprescindible la Unión Aduanera, que supone la supresión de los derechos de aduana entre los Estados miembros y el establecimiento de un Arancel Aduanero Común frente a las importaciones procedentes de terceros Estados (2). La Unión Aduanera no basta, sin embargo, para garantizar la efectividad de la libre circulación de mercancías en la Comunidad. Suprimidos los derechos de aduana, subsisten otros obstáculos al tráfico comercial, como los contingentes limitativos de las importaciones. Es por ello que el Tratado, en los arts. 30 y sigs., exige la supresión de las Restricciones cuantitativas a las exportaciones e importaciones, así como de las «medidas de efecto equivalente» (MEE).

Estas últimas revisten una gran importancia en la práctica, como síntoma habitual de intentos neoproteccionistas. Los Estados, en efecto, recurren con frecuencia a medidas que, invocando exigencias tan legítimas como la protección de la salud, lo que realmente pretenden es crear obstáculos al tráfico de mercancías procedentes de otros países comunitarios (3).

El art. 30 TCEE prohíbe las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a las importaciones (o exportaciones, aunque este supuesto es mucho más raro), pero no define la noción de MEE. La delimitación de este concepto resulta muy problemática, dada la gran variedad de medidas y conductas estatales susceptibles de ser incluidas en él.

(1) La declaración de Robert Schuman de 9 de mayo de 1950 contiene la filosofía que sirve de base al proceso de integración supranacional, centrado en la idea de fortalecer los lazos económicos como paso previo a una unión política, que es el objetivo final.

(2) Regulada en el capítulo primero del título I.

(3) Un catálogo de las medidas más habituales puede verse en MATTERA: «Les nouvelles formes du protectionisme économique et les articles 30 et suivants du TCEE», *RMC*, 1983, págs. 256 y sigs. Vid. también DRUESNE: *Droit matériel et politiques de la Communauté Européenne*, París, PUF, 1986, págs. 43 y sigs.

Las interpretaciones posibles en un momento inicial podían reducirse fundamentalmente a dos: noción amplia de MEE y noción estricta (4). La noción estricta reducía las MEE a las medidas estatales que se aplican únicamente a los productos importados, o medidas «formalmente discriminatorias»; considerando que las medidas «indistintamente aplicables» a los productos nacionales y a los importados respondían a la legítima potestad que los Estados retenían de regular el comercio. La noción amplia, por el contrario, sostenía que cualesquiera medidas estatales susceptibles de producir restricciones en el comercio intracomunitario debían ser consideradas MEE, aunque su aplicación no supusiese una discriminación, al extenderse por igual a los productos nacionales y a los importados. Las diversas posiciones doctrinales fueron sufriendo variaciones con los diversos pronunciamientos del TJCE sobre la cuestión, y en especial con los recaídos en los casos «Dassonville» y «Cassis de Dijón», que obligaron a una reconsideración de las posturas inicialmente mantenidas por los autores partidarios de la noción estricta.

La Comisión ofreció una definición de MEE en la Directiva 70/50/CEE (5). El valor jurídico de dicha definición es más que relativo; la base jurídica invocada por la Comisión era el art. 33-7.º del TCEE, que la autorizaba a determinar «el procedimiento y el ritmo de supresión» de las MEE existentes a la entrada en vigor del Tratado, pero no a definir la noción de MEE del art. 30, norma de efecto directo cuyo alcance ha de ser fijado jurisprudencialmente (6). La Comisión, no lo olvidemos, es quien inicia los procedimientos del art. 169 TCEE. Su criterio merece, por ello, un examen detenido.

En el concepto de «medida» se incluyen «las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, las prácticas administrativas, así como todo acto dimanante de una autoridad pública, incluidas las incitaciones

(4) BOCCIO y DELGADO: *Manual práctico de la Comunidad Europea*, vol. 1.º, Libre comercio, Madrid, Tecnos, 1986, pág. 86.

(5) Directiva de la Comisión 70/50/CEE, de 22 de diciembre de 1969 (JOCE, núm. L13, de 19 de enero de 1970), relativa a la supresión de MEE a restricciones cuantitativas a la importación no contempladas por otras disposiciones del Tratado CEE.

(6) Vid. MARTÍNEZ LAGE: «La libre circulación de mercancías: las medidas de efecto equivalentes a restricciones cuantitativas», en la obra colectiva, dir. por GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, Cívitas, 1986, pág. 58.

nes» (7). Estas serían MEE si produjesen efectos restrictivos sobre las importaciones (8). En este punto, la Comisión hace una precisión llamada a tener gran operatividad en la jurisprudencia y en la doctrina: hay que distinguir entre medidas «formalmente discriminatorias» (9), por ser de aplicación únicamente a los productos importados, las cuales son siempre MEE y están prohibidas en principio por el art. 30, y «medidas indistintamente aplicables a los productos nacionales e importados» (10), cuya compatibilidad con el art. 30 se presume, en tanto en cuanto sus efectos restrictivos sobre las importaciones no sobrepasen «el cuadro de los efectos propios de una reglamentación de comercio» (11).

La noción de MEE de la Comisión no exige expresamente la concurrencia de una efectiva discriminación material de los productos importados, aunque ésta parece subyacer en la exigencia de no superar los efectos propios de las reglamentaciones comerciales (12). El concepto de MEE propuesto por la Comisión está muy cerca del que hemos llamado concepto doctrinal «estricto», aunque incluye algunas medidas indistintamente aplicables.

Un nuevo hito en la evolución de esta noción fue la sentencia «Dassonville» (13), de 11 de julio de 1974. En ella el Tribunal de Justicia optó claramente por la noción amplia de MEE:

«Toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de entorpecer, directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario» (14).

(7) Considerando 1.º; vid. también el 2.º.

(8) Vid. art. 2, apdos. 1.º y 2.º.

(9) La Directiva no emplea esta denominación, sino un complicado circunloquio: «les mesures autres que celles applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés» (art. 2-1.º y cdo. 4.º).

(10) Art. 3, así como cdos. 8.º y sigs.

(11) La distinción entre ambas categorías es más que relativa. Las más de las veces será perfectamente posible que una misma medida pueda adoptar una u otro ropaje produciendo idénticos efectos en la práctica. Véase OLIVER: «A review of the Case Law of the Court of Justice on art. 30 to 36 in 1984», *CMLR*, 22, 1985, pág. 315, que se refiere a la STJCE de 13 de marzo de 1984 (As. 16/83), «Prantl», *Rec.*, página 1299.

(12) Vid. DEFALQUE: «Le concept de discrimination en matière de Libre circulation de marchandises», *CDE*, núms. 4-5, 1987, págs. 474 y 475.

(13) STJCE de 11 de julio de 1974 (As. 8/74), «Dassonville», *Rec.*, pág. 837.

(14) Considerando 5.º.

Se rechazaba así la distinción que la Comisión hacía entre «medidas formalmente discriminatorias» y «medidas indistintamente aplicables». Las medidas indistintamente aplicables son MEE, y por lo tanto están, en principio, prohibidas por el art. 30, si son susceptibles de entorpecer el comercio intracomunitario, independientemente de que este efecto restrictivo sea inherente a una reglamentación comercial normal.

Ahora bien, con esta ampliación del ámbito de aplicación del concepto de MEE la práctica totalidad de las regulaciones nacionales dictadas para proteger la Salud Pública, los intereses de los consumidores, etc., caían bajo la prohibición del art. 30 (15), lo cual resultaba claramente inaceptable, dado lo fragmentario de la regulación comunitaria en esos terrenos. Para evitar esta amplitud desmesurada del art. 30, el Tribunal buscó una solución de compromiso en la sentencia «Cassis de Dijon», en la que, manteniendo el concepto de MEE tal como se había definido en «Dassonville», procedió a ampliar el elenco de excepciones posibles a la prohibición del art. 30, como veremos más adelante.

En todo caso, examinemos con cierto detenimiento los rasgos de la noción de MEE consagrada en la «fórmula Dassonville» (16). El TJCE exigía la concurrencia de los siguientes elementos en ella para que pudiera hablarse de la existencia de una MEE:

- a) La medida debe proceder de una Autoridad pública (17).
- b) El concepto «medida» incluye las regulaciones legales y reglamentarias, sean éstas permanentes o temporales (18), relativas a la producción, distribución y consumo de los productos (19), así como las meras prácticas

(15) Sólo serían salvables las que pudiesen ampararse en el art. 36, como veremos más adelante.

(16) El TJCE continúa empleando dicha fórmula en sus sentencias más actuales. Pueden verse, por ejemplo, las sentencias objeto del presente comentario (vid. *infra*).

(17) Así, MARTÍNEZ LAGE: *op. cit.*, pág. 59, en sentido contrario a lo que sostiene OLIVER en su obra *Free movement of goods in the EEC*, London, European Law Center, 1981, págs. 4, 16 y sigs., y en «A review of...», *op. cit.* Un análisis interesante de las consecuencias prácticas de esta última postura puede encontrarse en QUINN y MAC GOWAN: «Could art. 30 impose obligations on individuals?», *ELR*, vol. 12, núm. 3, junio 1987, págs. 163 a 178.

(18) Ver MATHIJSEN: *Guía del Derecho de la CE*, Madrid, Banco Exterior de España, 1987, pág. 191, quien cita la STJCE de 24 de enero de 1978 (As. 82/77), «Tiggele», *Rec.*, págs. 25 a 40, cdo. 20.

(19) MARTÍNEZ LAGE, *op. cit.*, pág. 66, que invoca la STJCE de 26 de junio de 1980 (As. 788/79), Gilli, *Rec.*, pág. 2071.

administrativas y aun las simples incitaciones al consumo desprovistas de todo valor jurídico (20).

c) La restricción puede ser actual o potencial; no es preciso, en consecuencia, que se esté dando de hecho una restricción de las importaciones, sino que basta con que pueda llegar a producirse (21).

d) La restricción puede ser directa o indirecta, es decir, puede provenir tanto de medidas «formalmente discriminatorias» como de medidas «indistintamente aplicables» (22).

e) Las medidas sólo serán MEE si afectan, y en la medida en que afecten, al comercio intracomunitario (a las importaciones y exportaciones). Una regulación que sólo afecte a los productos nacionales es siempre compatible con el art. 30, ya que lo que este precepto pretende es evitar los obstáculos al tráfico comercial entre los Estados miembros. Se plantea así el problema de la posible coexistencia de un «doble standard», menos exigente para los productos importados que para los nacionales, que resulta perfectamente admisible a la luz del Derecho comunitario actual (23).

(20) El TJCE, en su sentencia de 24 de noviembre de 1982 (As. 249/81), *Rep.*, pág. 4005, condenó a Irlanda a causa de una campaña publicitaria de promoción de los productos irlandeses («Buy Irish»), entendiendo que el favorecer los productos nacionales en detrimento de los de otros países comunitarios era una MEE. Un supuesto prácticamente idéntico puede plantearse con la campaña «Alimentos de España», si bien las autoridades españolas han tenido la precaución de sustituir la incitación directa (el «compre» de la campaña irlandesa) por la expresión menos comprometedor de «¡disfrútelos!».

(21) STJCE de 20 de febrero de 1975 (As. 12/74), *Comisión vs. Alemania*, *Rec.*, pág. 181. Véase DRUESNE: *op. cit.*, pág. 42.

(22) *Vid. supra.*

(23) La licitud de la «discrimination a rébours» no ofrece la menor duda en la jurisprudencia actual; véanse las sentencias «Leclerc» de 10 de enero de 1985 (As. 229/83), 23 de octubre de 1986 (As. 355/85) y 9 de abril de 1987 (As. 160/86); «Edah» de 13 de noviembre de 1986 (Ass. 80 y 159/85) y «Mathot» de 18 de febrero de 1987 (As. 98/86). Así como las opiniones de DEFALQUE: *op. cit.*, págs. 488 a 490; KON: «Aspects of reverse discrimination in Community Law», *ELR*, 1981, vol. 6, págs. 75 a 101, y VÁZQUEZ ATKINSON: «Los supuestos de no sujeción al art. 30. Las medidas puramente nacionales», *GJCEE* (s. B), núm. 53, B-34, septiembre 1988, págs. 7 a 10. De todas ellas cabe concluir que la única solución posible para este problema es la adopción de medidas armonizadoras en un nivel comunitario, siempre que esas Directivas sean de las llamadas «totales», que obligan a los Estados a establecer una regulación aplicable tanto a los productos nacionales como a los importados, ya que las «optativas», por el contrario, permiten a los Estados mantener una regulación diferente para los productos nacionales.

La amplitud del concepto jurisprudencial de MEE es, pues, extraordinaria, por lo que ha sido preciso realizar una limitación de los supuestos prohibidos por el art. 30, a través de la llamada jurisprudencia «Cassis de Dijon» (24). Antes de analizarla, examinemos qué tipo de medidas nacionales son las que entran en conflicto con la libre circulación de mercancías.

2. Las regulaciones nacionales sobre productos alimenticios

Las regulaciones nacionales sobre productos susceptibles de entrar en conflicto con el art. 30 TCEE son muchas y de tipos muy diferentes. El campo de los alimentos presenta peculiaridades que lo hacen especialmente problemático, dada la tendencia históricamente ininterrumpida, de los poderes públicos a regular estos productos, a causa de su especial incidencia en la vida cotidiana de los pueblos (25).

La finalidad perseguida por estas normativas suele ser la garantía de un cierto nivel de calidad (la protección de los consumidores), o bien la defensa de la salud pública. Sin embargo, no resulta fácil en la práctica distinguir cuándo estamos ante una u otra de ambas finalidades. Resultará habitual que ambas se persigan simultáneamente mediante normas de calidad, resultando, por tanto, muy difícil la delimitación de una frontera precisa (26).

La tipología de estas regulaciones es muy amplia, pero nos fijaremos especialmente en las siguientes (27):

a) Normas que reservan una denominación determinada a los productos que hayan sido elaborados conforme a ciertas reglas o que contengan ciertos ingredientes. Sólo los productos que cumplan dichos requisitos pueden lícitamente emplear la denominación reservada (28).

(24) Un ejemplo de las dudas de la doctrina antes de la sentencia «Cassis de Dijon» puede verse en PAGE: «The Concept of Measures Having an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions», *ELR*, vol. 2, 1977, págs. 105 a 117.

(25) Ver KRÄMER: *EEC Consumer Law*, Centre de Droit de la Consommation, Louvain-la-Neuve, Bruxelles, Bruylant/Cabay, 1986, pág. 295.

(26) Ver BROUWER: «Free Movement of Foodstuffs and quality requirements: has the Commission got it wrong?», *CMLR*, 25, págs. 249 y 250, y KRÄMER: *op. cit.*, pág. 9.

(27) Ver BROUWER: *op. cit.*, págs. 238 y sigs.

(28) El Código alimentario español (D. 2484/67, de 21 de septiembre, *BOE* del 17 al 23 de octubre de 1967) en su art. 3.3.50, apdo. 6.º, define la «cerveza», y en el art. 3.20.47, la «pasta». La jurisprudencia del TJCE también ofrece abundantes ejemplos; véase la sentencia «Miro», de 26 de noviembre de 1985 (As. 182/84), *Rec.*, pág. 3761.

b) Normas que obligan a los productos alimenticios que tienen una cierta composición a adoptar una determinada denominación (29). Lo normal es que estas normas se combinen con las citadas anteriormente, de modo que dichos productos tienen que denominarse de cierta manera y, además, son los únicos que pueden denominarse así (30).

c) Normas que prohíben la producción o comercialización de productos alimenticios elaborados conforme a ciertos procedimientos o que contengan determinadas sustancias (v. gr., aditivos) (31). A veces esta prohibición va dirigida sólo a los productos destinados al mercado nacional, pero no a los destinados a la exportación (32).

Los problemas de estas regulaciones no han dejado de ser señalados (33): bloquean la aplicación de avances tecnológicos, cristalizan las representaciones mentales de los consumidores sobre los alimentos, etc. Por todo ello se ha señalado la conveniencia de reducir el descomunal volumen actual de estas normativas, aunque sin poner en cuestión la necesidad de que existan. En cualquier caso, la diversidad de estas normas en los diversos Estados miembros de la Comunidad supone un serio obstáculo a la libre circulación de mercancías, de ahí que se trate de poner remedio a esta situación.

3. *La articulación de la libre circulación de mercancías con exigencias como las derivadas de la salud pública y de la protección de los consumidores*

Dos son las soluciones posibles: (A) la aproximación o armonización de las legislaciones nacionales, de modo que no supongan, al ser similares sus contenidos, obstáculos a las importaciones, y (B) la eliminación de estos obstáculos (MEE) mediante la aplicación jurisprudencial del art. 30 TCEE (lo que se ha dado en llamar «armonización negativa»).

Aun cuando estas dos vías son compatibles, en un primer momento se prestó a la primera una mayor atención, como único medio de suprimir las

(29) Ver, por ejemplo, sentencia «Fietje», de 16 de diciembre de 1980 (As. 27/80), *Rec.*, pág. 3839.

(30) Un claro ejemplo aparece en la sentencia objeto de comentario sobre la «pasta» italiana, vid. *infra*.

(31) Ver las sentencias sobre la cerveza, *infra*.

(32) Vid. *infra*, el caso de la «pasta». Ver también BROUWER: *op. cit.*, págs. 251 y 252.

(33) BROUWER: *op. cit.*, pág. 245.

regulaciones restrictivas «indistintamente aplicables» a los productos nacionales e importados, que se consideraban no incluidas en la prohibición del art. 30 (34). Este enfoque, sin embargo, fue superado a raíz de la histórica sentencia «Cassis de Dijon», que supuso una ampliación del campo de acción de la «armonización negativa» (35).

A) *El art. 36 TCEE y la jurisprudencia «Cassis de Dijon»*

La aplicación a las importaciones de una regulación nacional restrictiva (una MEE) aunque prohibida, en principio, por el art. 30, se admite si entra dentro del campo de aplicación del art. 36. Este último precepto exceptúa de la prohibición a las MEE justificables en virtud de una serie de motivos tasados, siempre que éstas no supongan «ni un medio de discriminación arbitraria, ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros». Las razones invocables son: «orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la *salud* y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional (36) o protección de la propiedad industrial (37) y comercial».

El art. 36 es una excepción al principio básico de la libre circulación de mercancías y, como tal, ha de interpretarse restrictivamente. Ya se ha visto el amplísimo alcance que la jurisprudencia, sobre todo a partir de la sentencia «Dassonville», ha dado a la noción de MEE. Esto quiere decir que todas las regulaciones nacionales con efectos restrictivos sobre las importaciones estarían prohibidas por el art. 30, y sólo se exceptuarían de esta prohibición

(34) Vid. *supra*, Introducción, apdo. 1.º.

(35) Lo infundado del carácter «revolucionario» de esta sentencia ha sido puesto de relieve por casi toda la doctrina, que ha señalado cómo sus grandes afirmaciones tenían precedentes en casos anteriores y señaladamente en el «Dassonville». Lo que es innegable es que los efectos y las reacciones apasionadas en las instituciones y en los medios comunitarios se produjeron sólo a raíz del fallo «Cassis de Dijon»; de ahí el empleo del adjetivo «histórica».

(36) Esta razón será normalmente invocada para justificar MEE a restricciones a las importaciones.

(37) Vid. GALÁN CORONA: «La libre circulación de mercancías en la CEE y en el Acuerdo suscrito por España en materia de patentes», en la obra colectiva A. BERCOVITZ et al.: *Derecho de Patentes: España y la CEE*, Barcelona, Ariel, 1985, págs. 37 y sigs.

las que pudieran ampararse en uno de los supuestos del art. 36, que serían bastante pocas. La consecuencia práctica de esta interpretación sería el desmantelamiento, en lo que al tráfico intracomunitario se refiere, de casi todas las regulaciones nacionales sobre los productos.

El TJCE fue sensible a este problema en su sentencia de 20 de febrero de 1979, «Cassis de Dijon» (38), que supuso un hito en la evolución jurisprudencial y, para muchos, en la construcción europea. En dicha sentencia, el Tribunal, por una parte, acepta la «fórmula Dassonville» de MEE y extrae las consecuencias pertinentes: si toda reglamentación nacional restrictiva de las importaciones es MEE y está, en principio, prohibida por el art. 30, todo producto legalmente producido o comercializado en uno de los Estados miembros puede, en principio, ser introducido en el mercado de otro Estado miembro sin que se le pueda oponer una de estas regulaciones nacionales (39).

Pero, y ésta es la parte más innovadora de la sentencia, el Tribunal hace una importante precisión:

«Los obstáculos a la circulación intracomunitaria que resultan de las disparidades de las legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos en cuestión, deben ser aceptados en la medida en que estas prescripciones puedan ser reconocidas como necesarias para satisfacer *exigencias imperativas* relativas, particularmente, a la eficacia de los controles fiscales, a la protección de la *salud pública*, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la *defensa de los consumidores*» (40).

Sin perjuicio de las precisiones que se harán más adelante, con esta doctrina el TJCE, al incluir en el catálogo de excepciones a la prohibición del art. 30, supuestos tan importantes como la protección de los consumidores, está compensando, en cierto modo, la amplitud dada al concepto de MEE (41). Es decir, que si bien se presume que toda reglamentación nacional restrictiva es MEE, el catálogo de excepciones a la prohibición de MEE se amplía, con lo cual la situación queda medianamente nivelada. Este efecto nivelador se aprecia más aún si se tiene en cuenta la utilización por el TCE de la expre-

(38) Asunto 120/78, *Rec.*, 1979, págs. 649 y sigs.

(39) Cdo. 14.º

(40) Cdo. 8.º

(41) Sobre la relación entre las «exigencias imperativas» y el art. 36, vid. *infra*.

sión «particularmente», que confiere carácter de «numerus apertus» a la enumeración de exigencias imperativas que aparece en la sentencia.

En segundo lugar, hay que entender que no basta a la mera invocación de estas motivaciones para que se produzca la excepción a la prohibición del art. 30. Será precisa la ausencia total o parcial de normas comunitarias para que se justifique la intervención estatal (42).

Por último, la medida en cuestión habrá de pasar un triple «test» (43).

1) Criterio de causalidad: que exista un nexo de causa-efecto entre la reglamentación y la exigencia imperativa invocada.

2) Criterio de proporcionalidad: que los daños que se causen a la libre circulación de mercancías estén justificados en los beneficios que se pretenden conseguir para la exigencia imperativa.

3) Criterio de sustitución que no puedan alcanzarse estos objetivos por medios menos perturbadores para el tráfico comercial intracomunitario.

Aparentemente, la sentencia «Cassis de Dijon» ha supuesto una ampliación de la lista de los motivos contemplados en el art. 36, como parece deducirse de la presencia de la salud en ambas listas, pero el Tribunal no lo dice expresamente (44).

Sin embargo, esta interpretación, conforme a la cual el TJCE en la sentencia «Cassis de Dijon» está llevando a cabo una ampliación del catálogo de excepciones del art. 36, es hoy rechazada por la doctrina dominante, basándose en que dicho precepto, dado su carácter excepcional, debe ser interpretado restrictivamente, por lo que la lista en él incluida no puede ser ampliada jurisprudencialmente (45). La solución propuesta, aceptada por propio Tribunal en posteriores fallos, es considerar que las exigencias imperativas no son propiamente excepciones a la prohibición del art. 30, sino circunstancias cuya concurrencia implica la exclusión de la medida en

(42) MASCLET: «Les arts. 30, 36 et 100 du TCEE a la lumiere de l'arrêt Cassis de Dijon», *RTDE*, 1980, núm. 4, X-XII, pág. 618.

(43) MATTERA, «L'arrêt Cassis de Dijon: une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur», *RMC*, núm. 241, noviembre 1980, pág. 509.

(44) Siguen esta interpretación: MATTERA: «L'arrêt...», pág. 507; CAPELLI (implícitamente) en «Les malentendus provoqués par l'arrêt Cassis de Dijon», *RMC*, número 250, octubre 1981, pág. 421, y OLIVER: *Free movement...*, cit., recensionado por GRAVELLS, *ELR*, 1983, vol. 8, pág. 79.

(45) MARTÍNEZ LAGE: *op. cit.*, pág. 83; MASCLET: *op. cit.*, pág. 625, y AURRECOECHEA: «El art. 36, las exigencias imperativas y los arts. 30 a 34 del TCEE», *GJCEE*, serie B, núm. 45, febrero 1988, págs. 3 a 9.

cuestión del ámbito de las MEE y, por lo tanto, del ámbito de la prohibición del art. 30 (46). En otras palabras, las exigencias imperativas del «Cassis de Dijon», no es que salven a una MEE de la prohibición, sino que suponen que a esa regulación nacional no se la considere incluida en el concepto de MEE ni, consecuentemente, en el ámbito de la prohibición.

Esta lectura tiene consecuencias prácticas: por una parte, así como las razones del art. 36 pueden invocarse para justificar tanto medidas «indistintamente aplicables» como medidas «formalmente discriminatorias», las exigencias imperativas sólo pueden justificar, en cambio, medidas «indistintamente aplicables» (47). Y, por otra, el «test» al que habría que someter a las medidas en uno y otro caso tampoco sería, al menos teóricamente, exactamente el mismo.

Esta línea de interpretación, no obstante ser la mayoritariamente defendida, provoca confusión conceptual y no aporta ningún beneficio práctico. Si se parte del dato —obvio por otra parte— de que el Tribunal tiene amplio arbitrio para definir la noción de MEE, ¿qué sentido tiene entonces que elabore complicadas construcciones teóricas para limitar el ámbito de un concepto que él mismo ha definido libremente? (48). Utilizando los propios argumentos manejados por la doctrina mayoritaria: si las medidas amparadas en la salud no son MEE (por ser la salud una exigencia imperativa del «Cassis de Dijon»), ¿por qué las exceptúa entonces el art. 36 de la prohibición del art. 30? (49).

En consecuencia, hay que concluir que esta construcción va contra el sentido común, por lo que ni siquiera el Tribunal la aplica en la práctica (50). Hubiera sido mucho más razonable incluir las «exigencias imperativas» en

(46) STCJE de 17 de junio de 1981 (As. 113/61), «souvenirs irlandeses», *Rec.*, pág. 1625.

(47) Con lo cual se retoma la distinción formulada por la Comisión en la Directiva 70/50/CEE, como señala MATTERA: «L'arrêt...», pág. 507.

(48) Este escrúpulo ante la interpretación extensiva llama poderosamente la atención, dada la acreditada fama de la jurisprudencia constructiva del Tribunal en otros ámbitos.

(49) DRUESNE: *op. cit.*, págs. 78 y 79, aborda las relaciones entre el art. 36 y las «exigencias imperativas» siguiendo el enfoque mayoritario, pero no deja de señalar agudamente este problema.

(50) Ante una medida nacional, el TJCE examina, primero, si es una MEE según la fórmula «Dassonville», y, sólo después, si es exceptuable de la prohibición ex art. 36 o ex. «Cassis de Dijon».

el concepto de orden público del art. 36 (51). La única ventaja que presenta la postura mayoritaria es que excluye la posibilidad de admitir medidas formalmente discriminatorias amparadas en exigencias imperativas (52).

Por otra parte, el carácter del art. 36 de excepción al art. 30 no se deduce necesariamente de su texto. Este sólo afirma que «las disposiciones de los artículos 30 a 34... *no serán obstáculo* para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tráfico justificadas por... (una serie de motivos)», pero no dice si ese efecto (la no obstaculización) se produce porque dichas restricciones no entran en el concepto de MEE o porque, entrando en él se las exceptúa de la prohibición. Si lo entendemos del primer modo, el art. 36 no sería una excepción (interpretable restrictivamente) al art. 30, sino una delimitación del concepto de MEE contenido en este artículo y, en consecuencia, nada impediría que el Tribunal contribuyese a esta delimitación añadiendo otros supuestos, como hizo en la sentencia «Cassis de Dijon». De seguirse esta construcción, quedarían identificados los ámbitos «noción de MEE» y «prohibición de MEE». sólo las MEE están prohibidas y todas las MEE están prohibidas.

En definitiva, y a modo de recapitulación, ¿cómo procede el Tribunal ante una medida nacional sospechosa de ser MEE?

1) Se comprueba que la medida es susceptible de restringir las importaciones y, en general, que reúne los rasgos de una MEE, tal y como se enunciaron en la sentencia «Dassonville».

2) Se constata la ausencia, total o parcial, de regulación comunitaria.

3) Se comprueba si la medida puede ampararse en uno de los motivos del art. 36 o en una de las «exigencias imperativas» reconocidas en la sentencia «Cassis de Dijon».

4) En caso de que la medida pueda ampararse bajo una de estas motivaciones, se la somete al «test» para comprobar que respeta el principio de proporcionalidad (53).

(51) El TJCE rechazó esta posibilidad en la sentencia, ya citada, «souvenirs irlandeses», cdos. 5.º a 8.º, y en la sentencia de 6 de noviembre de 1984 (As. 177/83), «Kohl», *Rec.*, 1984, pág. 3651. Se muestra partidario OLIVERS «A review...», *op. cit.*, pág. 319. MASCLLET: *op. cit.*, pág. 624, que menciona en su apoyo la sentencia de 20 de febrero de 1975, «Com. vs. Alemania», *cit. supra*.

(52) Ver DEFALQUE: *op. cit.*, págs. 487 y 488. Las autoridades nacionales tendrán, sin embargo, pocos problemas para camuflar la medida, presentándola formalmente como «indistintamente aplicable». Vid. OLIVER: «A review...», pág. 315, que comenta la sentencia «Prantl», *cit. supra*.

(53) El «test» de proporcionalidad, en la práctica, se realiza de forma similar para

B) *La armonización de las legislaciones nacionales sobre productos alimenticios*

Como ya se sabe, los conflictos planteados entre la libre circulación de mercancías y las reglamentaciones nacionales sobre productos tienen dos vías de resolución: la aplicación jurisprudencial de los arts. 30-36 TCEE y la aproximación o armonización de dichas legislaciones con base en el art. 100 TCEE. La extensión del campo de las disposiciones que la Comunidad ha considerado conveniente armonizar ha ido variando al compás de la evolución de la jurisprudencia sobre la represión de las MEE. Hito fundamental en dicho proceso ha sido también la Sentencia «Cassis de Dijon» de 1979 que decidió a la Comunidad a adoptar un «nuevo enfoque», el vigente en la actualidad, para la aproximación de legislaciones.

a) El enfoque tradicional.

Con anterioridad al «Cassis de Dijon», se entendía que la prohibición del art. 30 no comprendía las normales regulaciones estatales sobre los productos nacionales y a los importados. Estas regulaciones, sin embargo, restringían el comercio intracomunitario e impedían la consecución del mercado único. La única solución era armonizarlas mediante Directivas basadas en el art. 100. Este es el planteamiento del Programa aprobado en 1969 «para la eliminación de los obstáculos derivados de las disparidades entre

las exigencias imperativas y para las motivaciones del art. 36. Una interesante cuestión es si dicho examen ha de buscar la existencia de discriminaciones contra los productos importados (ver el inciso final del art. 36), en otras palabras, si la presencia de una discriminación excluye que la medida pueda exceptuarse de la prohibición. El Tribunal prefiere basarse en juicios objetivos, pero no resulta difícil adivinar, subyacente en el empleo que hace del «test de proporcionalidad», la idea de que, en resumidas cuentas, lo que se pretende es evitar las discriminaciones contra las importaciones (ver DEFALQUE: *op. cit.*, págs. 476 y sigs.).

Será la presencia de una discriminación material, que vaya más allá del carácter indistintamente aplicable o no de la medida, la que va a determinar si ésta pasa o no el test de la proporcionalidad. Se excluirán, no obstante, también las medidas que, sin ser discriminatorias, tengan unos efectos restrictivos claramente desproporcionados (CAPELLI: *op. cit.*, págs. 427 y sigs.).

las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros» (54) modificado en 1973 (55).

En lo que a los alimentos se refiere, se decidió la coexistencia de la llamada «armonización horizontal», que regula cuestiones generales que pueden afectar a todos los productos (etiquetado, aditivos...), con la «armonización vertical», que regula todos los aspectos relativos a un producto determinado (azúcar, chocolate...), concretando, en su caso, las especificaciones de las Directivas horizontales (56).

Entre las Directivas horizontales, unas atienden fundamentalmente a garantizar la información a los consumidores, como la de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (57), o la de indicación de precios (58), otras se centran en la protección de la salud, como la relativa a los objetos en contacto con los productos alimenticios (59), o las muy numerosas referentes a aditivos (agentes conservantes, antioxidantes, estabilizantes, aromatizantes, colorantes...) (60). La línea fronteriza entre ambas finalidades (protección de la salud y de los consumidores) resulta sumamente difusa en la práctica.

La Comunidad dictó también varias Directivas verticales, sobre productos concretos: chocolate, agua mineral, zumos de frutas, miel, azúcar, etcétera (61).

La habilitación normativa para esta labor armonizadora era el art. 100 del TCEE, que imponía el instrumento de la Directiva y la regla de la unanimidad. Estas últimas limitaciones supusieron, a la larga, el fracaso del pro-

(54) Adoptado el 28 de mayo de 1969, *JOCE*, núm. C 76, de 17 de junio de 1969, pág. 1.

(55) El 21 de mayo y el 17 de diciembre, *JOCE*, núm. C 38, de 5 de junio, y número C 117, de 31 de diciembre de 1973.

(56) MILLÁN: *La armonización de legislaciones en la CEE*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pág. 231.

(57) Directiva 79/112/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, *JOCE* núm. L 33, de 8 de febrero de 1979, pág. 1, modificada en 1986 por la Directiva 86/197/CEE del Consejo, de 26 de mayo, *DOCE*, núm. L 144, de 29 de mayo.

(58) Directiva 79/581/CEE del Consejo, de 19 de junio de 1978, *JOCE*, número L 158, de 26 de junio de 1979, pág. 3.

(59) Directiva 76/893/CEE del Consejo, de 23 de noviembre de 1976, modificada por la Directiva 80/1276/CEE.

(60) Las referencias a estas Directivas pueden encontrarse en GIDE-LOYRETTE-NOUËL: *Dictionnaire du Marché Commun*, tomo III, Sección Échanges Intérieurs-textes, edición permanentemente actualizada.

(61) Vid. nota precedente.

grama: las discusiones de los proyectos se hacían interminables, ante la cerrada defensa de los intereses nacionales por los Estados, que podían bloquear el proceso con su veto. Cuando finalmente se lograba aprobar una Directiva, ésta nacía, muy frecuentemente, desfasada con respecto a los avances de la técnica, y era necesario volver a iniciar el proceso legislativo para actualizarla (62).

b) El «nuevo enfoque».

La sentencia «Cassis de Dijon» de 1979 fue la gran ocasión, que la Comisión cogió al vuelo, para cambiar el enfoque de la política de aproximación de legislaciones. En ella se extendía el campo de aplicación del artículo 30 a las reglamentaciones nacionales indistintamente aplicables, invirtiendo la presunción hasta entonces vigente de que dichas reglamentaciones no eran MEE.

La Comisión realizó una Comunicación sobre las consecuencias de esta sentencia (63), en la que extraía sus conclusiones y esbozaba el «nuevo enfoque», cuyos puntos principales son:

— La consagración del principio de mutuo reconocimiento de las legislaciones nacionales.

— La ampliación del ámbito que se deja a la armonización «negativa» (aplicación jurisprudencial del art. 30 contra normativas nacionales que sean MEE).

— El abandono de los trabajos en curso relativos a varias Directivas de producto (verticales).

— Dar prioridad a la armonización de normativas que, por estar amparadas en exigencias imperativas o motivos del art. 36 (v.gr., la salud, la protección de los consumidores...), siguen siendo obstáculos lícitos a las importaciones.

En 1985 se dio un nuevo y definitivo impulso al «nuevo enfoque» con la aparición en el mes de junio del «Libro Blanco de la Comisión sobre el Mercado Interior» (64). Este documento y el llamado «Libro Blanco-bis»,

(62) Una idea de la situación puede darla la publicación *Principaux aspects de la construction européenne 1979-1980*, editada por el Parlamento Europeo, Luxembourg, núm. PE 65.560, pág. 39.

(63) *JOCE*, núm. 256, de 3 de octubre de 1980.

(64) Documento COM (85) 310.

relativo a la legislación comunitaria en materia de productos alimenticios (65), concretaron más aún el «nuevo enfoque».

— Se abandona la armonización vertical y se concentran los esfuerzos en la horizontal. Las nuevas «Directivas marco» sólo se ocuparían de las exigencias esenciales de protección de la salud, lucha contra el fraude e indicaciones engañosas.

— Se establece un calendario hasta 1992 para la aprobación de una serie de Directivas que se determinan concretamente.

— El Consejo se limita a trazar las grandes líneas y las exigencias generales de seguridad, delegando en la Comisión las regulaciones de detalle.

— Se propone la extensión de la Directiva 83/189/CEE, que prevé un procedimiento de información sobre normas y reglamentaciones técnicas, a los productos alimenticios, de modo que la Comisión está informada de las regulaciones nacionales y pueda iniciar un proceso armonizador de las mismas si lo estima necesario.

Simultáneo a la aparición del Libro Blanco es el inicio del proceso de reforma de los Tratados constitutivos de la Comunidad, que culminó en la aprobación del Acta Unica Europea. Una importante novedad es el cambio de base jurídica de las acciones armonizadoras relativas a la consecución del Mercado Interior (66), que pasa a ser el nuevo art. 100A del TCEE, creado por el Acta Unica Europea (67). Este precepto permite recurrir, si se estima preciso, al mecanismo del Reglamento en vez de la Directiva (68), y, lo que es más importante, establece la regla del voto por mayoría cualificada, eliminando así la posibilidad de veto que existía, y existe, bajo el sistema del art. 100 (69), lo cual agiliza notablemente la labor del Consejo.

El art. 100A-4.º prevé, como compensación a la eliminación de la regla de la unanimidad, la posibilidad excepcional de que un Estado aplique una reglamentación propia, basada en alguna de las exigencias del art. 36, aun en el caso de armonización comunitaria (70). Se está pensando en los Esta-

(65) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 8 de noviembre de 1985, Documento COM (85) 603.

(66) Definido en el nuevo art. 8A. apdo. 2.º, del TCEE, creado por el art. 3 del AUE.

(67) Art. 13 del AUE.

(68) Art. 100A, 1.º, TCEE. Véase, no obstante, la Declaración aneja al AUE sobre dicho precepto, sin valor jurídico, pero que sigue privilegiando la Directiva.

(69) Para un estudio en profundidad de las implicaciones del AUE para el mercado interior, EHLERMANN: «The Internal Market following the Single European Act», *CMLR*, 24, 1987, págs. 361 a 409.

(70) Además de las exigencias del art. 36, el artículo habla de «la protección de

dos cuyo nivel de protección es alto, para el caso de que la armonización comunitaria les suponga una reducción inaceptable del nivel de protección previsto por su legislación, y ello a pesar de la previsión del art. 100A-3º, que obliga a la Comisión a formular sus propuestas partiendo de un nivel de protección elevado (71).

En este contexto del «nuevo enfoque» y el Acta Unica hay que situar las sentencias objeto de comentario.

II. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE 12 DE MARZO DE 1987, SOBRE LAS REGULACIONES ALEMANA Y GRIEGA SOBRE LA CERVEZA Y DE 14 DE JUNIO DE 1988, SOBRE LA REGULACIÓN ITALIANA DE LA PASTA (72) (73)

1. *Supuesto de hecho*

En las sentencias objeto de comentario el TJCE analiza una serie de normativas nacionales sospechosas de caer bajo la prohibición del art. 30. No siempre es fácil hacer una presentación del material legislativo y reglamentario que es objeto de examen. Téngase en cuenta que lo que se juzga

medio de trabajo o del medio ambiente», pero no, significativamente, de la protección de los consumidores.

(71) Aunque la Comisión cumpla su compromiso y presente sus propuestas iniciales con alto nivel de protección, nada garantiza que el resultado final del complicado proceso legislativo comunitario (Parlamento, Consejo...) vaya a mantener ese nivel.

(72) Las referencias concretas son: STJCE de 12 de marzo de 1987 (As. 176/84), Comisión vs. Grecia; STJCE de la misma fecha (As. 178/84), Comisión vs. Alemania, y STJCE de 14 de julio de 1988 (As. 407/85), cuestión prejudicial en el asunto «Drei Glocken GmbH et Kritzinger vs. U. S. L. Centro-Sud et Provincia Autónoma de Bolzano». Ninguna de estas sentencias ha sido publicada en el Repertorio hasta la fecha.

(73) Una reseña de la sentencia alemana de la cerveza apareció en *GJCEE* (s. B), núm. 33, mayo 1987, págs. 21 y 22, y de la italiana de la pasta en el núm. 55, octubre 1988, págs. 31 a 36. Existen también varios comentarios a estas sentencias: VAN RIJN: «A review of the case law of the Court of Justice on articles 30 to 36 in 1986 and 1987», *CMLR*, 25, 1988, págs. 594 a 598 y 609 a 611; GARCÍA LÓPEZ: «La configuración de la categoría de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas en la jurisprudencia del TJCE» (comentario a la sentencia griega), *Revista La Ley*, 30 de junio de 1988, págs. 5 a 10, y ZAPICO LANDROVE: «El principio de libre circulación de mercancías: los arts. 30 a 36 del TCEE» (comentario a las sentencias griega y alemana de la cerveza), *Noticias CEE*, núm. 40, mayo 1988, págs. 145 a 151.

es, no una norma concreta, sino el efecto sobre las importaciones de un conjunto de regulaciones nacionales de origen y alcance muy diverso (normas de composición de productos, de denominación, de índole fiscal...). Muy a menudo, va a ser el efecto combinado de estas regulaciones lo que constituirá una MEE, no cada una de ellas aislada. La presentación que sigue pretende exponer, con racionalidad y claridad, qué medidas son objeto de análisis en cada una de las sentencias.

En la legislación alemana se contenían dos normas diferentes susceptibles de ser consideradas MEE: la reserva de la denominación genérica «cerveza» a las elaboradas con base en las materias primas enumeradas en su legislación y la prohibición absoluta de comercializar cervezas que contuviesen aditivos. El motivo invocado era, en el primer caso, la protección de los consumidores y, en el segundo, la defensa de la salud pública.

El supuesto del caso griego era muy similar: se prohibía, por una parte, la comercialización de cervezas que no hubiesen sido elaboradas con las materias primas establecidas en su legislación (74), y, por otra, la comercialización de cervezas que contuviesen aditivos o enzimas. El motivo invocado para la primera de estas prohibiciones era fundamentalmente la protección de los consumidores, si bien también se aducían razones de eficacia de los controles fiscales y de protección de la salud pública. Para justificar la prohibición de aditivos y enzimas se alegaba la defensa de la salud pública.

Ante estas normativas, la Comisión decidió iniciar sendos procedimientos del art. 169 del TCEE contra Grecia y Alemania, que son los que han dado lugar a estas sentencias.

En Italia existía una prohibición absoluta de comercializar en el mercado nacional pastas secas elaboradas con trigo blando o con mezcla de trigo blando y duro (75). Sólo se admitían las elaboradas exclusivamente a base de trigo duro, a las que se imponía el uso de la denominación genérica «pasta». Según el Gobierno italiano, las motivaciones de esa regulación eran: la protección de los consumidores, la lealtad en las transacciones comerciales, la protección de la salud y exigencias relacionadas con la política agrícola. La sentencia que analizamos resuelve un recurso prejudicial planteado por

(74) Así lo dice claramente, entre otros, el cdo. 6.º de la sentencia. El Abogado General Slynn, sin embargo, de forma sorprendente, parece indicar que no existiría tal prohibición absoluta, sino una reserva de denominación similar a la de la legislación alemana (ver sus Conclusiones, pág. 4).

(75) Conviene señalar que sí se admitía el uso de trigo blando en las pastas destinadas a la exportación.

el Pretore de Bolzano. La cuestión surgió al recurrir un importador italiano contra una sanción que se le había impuesto por haber introducido en Italia pastas procedentes de Alemania que no respondían a las exigencias de la legislación nacional.

Los efectos de estas regulaciones sobre el tráfico intracomunitario son fácilmente imaginables. La gran mayoría de las pastas procedentes de otros Estados, donde se admite normalmente su elaboración con trigo blando, no podían venderse en Italia; lo mismo ocurría con las cervezas en Alemania y Grecia, dado que prácticamente todas las cervezas de allende sus fronteras incorporan aditivos y se elaboran a partir de sustancias diferentes de las exigidas en sus normativas. Situaciones como éstas no pueden tolerarse en un «mercado único»; hay que tener en cuenta, no obstante, que estas normativas pueden responder a exigencias, no solamente dignas de respeto, sino totalmente ineludibles, como la defensa de la salud pública. ¿Cuál es la solución del Tribunal?

2. *Doctrina de las sentencias*

El concepto de MEE es, por supuesto, el de la ya consagrada «fórmula Dassonville»: «toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario» (76).

Las tres sentencias mencionan también los principios derivados de la sentencia «Cassis de Dijon»:

«En ausencia de una reglamentación común sobre la comercialización de los productos de que se trate, los obstáculos a la libre circulación intracomunitaria resultantes de disparidades de las reglamentaciones nacionales deben ser aceptados en la medida en que tal reglamentación, indistintamente aplicable a los productos nacionales y a los productos importados, pueda justificarse como necesaria para satisfacer exigencias imperativas, como la defensa de los consumidores o la eficacia del control fiscal, entre otras. Es preciso, además, que tal reglamentación sea proporcionada al fin perseguido. Si un Estado puede elegir entre diferentes medidas

(76) Cdo. 24.º de la sentencia griega, 27.º de la alemana y 7.º de la italiana.

aptas para alcanzar el mismo fin, habrá de optar por la que cause menos obstáculos a la libertad de intercambios» (77).

Con estos criterios, el TJC examina la posible licitud de la reserva de la denominación «cerveza» que hacía la ley alemana, con base en la protección de los consumidores. A este respecto afirma:

«Las representaciones de los consumidores, que pueden variar de un Estado miembro a otro, son también susceptibles de evolucionar al cabo del tiempo en el interior de un mismo Estado miembro. La institución del Mercado común es, por otra parte, uno de los factores esenciales que pueden contribuir a esa evolución» (78).

La medida alemana de reservar una denominación *genérica* impide que esta evolución se produzca, lo cual es visto críticamente por el Tribunal:

«La legislación de un Estado miembro no ha de servir para cristalizar unos hábitos de consumo dados ni para estabilizar una ventaja adquirida por las empresas nacionales que se hayan adaptado a satisfacerlos» (79).

La necesidad de informar adecuadamente a los consumidores, a fin de que éstos puedan elegir con conocimiento de causa qué productos prefieren, es reconocida en las tres sentencias, pero...

«esa posibilidad puede ser asegurada por medios que no obstaculicen la importación de productos legalmente fabricados y comercializados en otros Estados miembros, y especialmente mediante la colocación obligatoria de un etiquetado adecuado a la naturaleza del producto vendido» (80).

Aparte del etiquetado, que no debe comportar apreciaciones negativas para los productos no elaborados conforme a la normativa nacional (81),

(77) Cdo. 25.º de la sentencia griega, 28.º de la alemana y 10.º de la italiana.

(78) Cdo. 32.º de la sentencia alemana.

(79) Cdo. 32.º de la sentencia alemana.

(80) Cdo. 35.º de la sentencia alemana y 16.º de la italiana.

(81) Cdo. 35.º de la sentencia alemana.

otro posible medio de informar al consumidor puede ser la reserva de una denominación *no genérica*, como apunta el Tribunal en la sentencia italiana:

«Nada le impide (al Estado italiano) reservar la denominación "pasta de sémola de trigo duro" a las pastas obtenidas exclusivamente a partir de trigo duro» (82).

El TJCE, por todo ello, no admite que puedan ampararse en la exigencia imperativa de protección de los consumidores ni la reserva de denominación genérica prevista por la ley alemana, ni menos aún las prohibiciones griega e italiana de comercializar productos no elaborados conforme a su legislación (83).

En el análisis de las prohibiciones griega y alemana de la cerveza, que pretenden escudarse en la protección de la salud pública del art. 36, el Tribunal confirma y completa la línea jurisprudencial de la sentencia «Sandoz» (84):

«En la medida en que subsistan incertidumbres en el estado del conocimiento científico, corresponde a los Estados miembros, en defecto de armonización, decidir el nivel de protección que desean para la salud y la vida de las personas, teniendo en cuenta siempre las exigencias de la libre circulación de mercancías en el interior de la Comunidad» (85).

«El Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros establezcan una legislación que someta la utilización de aditivos a una autorización acordada por un acto de alcance general...» (86).

Ahora bien, la extensión a los productos importados de esta prohibición sólo es admisible si se respeta el principio de proporcionalidad, que limita esta aplicación a «lo que sea efectivamente necesario para salvaguardar la

(82) Cdo. 17.º de la sentencia italiana. Ver también el 22.º.

(83) De las demás exigencias imperativas alegadas para exceptuar estas medidas hablaremos en el juicio crítico.

(84) Sentencia de 14 de julio de 1983 (As. 174/82), «Sandoz», *Rec.*, pág. 2445, perfilada por las sentencias «Muller» y «Motte» (vid. *infra*; juicio crítico).

(85) Cdo. 41.º de la sentencia alemana y 35.º de la griega.

(86) Cdo. 42.º de la sentencia alemana y 36.º de la griega.

salud» (87). Los criterios para realizar esta evaluación son apuntados por el TJCE. Así, para evaluar el peligro para la salud se habrá de tomar en consideración:

«por una parte, los resultados de la investigación científica internacional y especialmente los trabajos del comité científico comunitario de la alimentación humana y de la Comisión del Codex Alimentarius de la FAO y de la Organización Mundial de la Salud y, de otra parte, los hábitos alimentarios del Estado miembro de importación» (88).

Además de la peligrosidad, habrá que evaluar la necesidad del empleo del aditivo. A este respecto, el TJCE afirma:

«No basta, para excluir que ciertos aditivos puedan responder a una necesidad tecnológica, alegar el hecho de que la cerveza pueda ser fabricada sin aditivos si se emplean las materias primas prescritas (...). Semejante interpretación de la noción de necesidad tecnológica, que conduce a privilegiar los métodos de producción nacionales, constituye un modo de restringir de manera oculta el comercio entre los Estados miembros.

La noción de necesidad tecnológica debe apreciarse en función de las materias primas empleadas y teniendo en cuenta la apreciación que haya sido hecha por las autoridades del Estado miembro donde el producto ha sido legalmente fabricado y comercializado» (89).

Otra exigencia del principio de proporcionalidad es

«que los operadores económicos tengan la posibilidad de solicitar, por medio de un procedimiento que les sea fácilmente accesible y que pueda ser llevado a término en plazos razonables, que se autorice el empleo de determinados aditivos por un acto de alcance general» (90).

(87) Cdos. 43.º y 44.º de la sentencia alemana y 37.º y 38.º de la griega.

(88) Cdo. 44.º de la sentencia alemana y 38.º de la griega.

(89) Cdos. 51.º y 52.º de la sentencia alemana y 44.º y 45.º de la griega.

(90) Cdo. 45.º de la sentencia alemana y 39.º de la griega.

Contra la denegación de la autorización ha de poder entablarse un recurso jurisdiccional, como es lógico (91).

El Tribunal entendió que las medidas griega y alemana no respondían a estas exigencias, por lo que no entraban dentro del ámbito del art. 36 y estaban prohibidas por el art. 30.

3. *Juicio crítico*

Las sentencias objeto del presente comentario están lejos de suponer una innovación radical de la jurisprudencia del Tribunal sobre las MEE. Aportan, sin embargo, algo de luz sobre ciertas cuestiones y matizan algunas de las afirmaciones del Tribunal en casos anteriores. El análisis de estas «novedades» puede organizarse en torno a dos núcleos: la sistemática con la que el Tribunal procede a examinar la licitud de una MEE, y los criterios de fondo sobre la admisibilidad o no de las mismas.

A) *El método empleado por el TJCE para examinar la compatibilidad de una regulación nacional con el art. 30*

El método empleado en las tres sentencias es similar y nos permitirá extraer algunas consecuencias sobre puntos dudosos de la jurisprudencia anterior (92).

Hay que comenzar recordando que lo que se enjuicia no es la regulación en sí misma, sino su aplicación a las importaciones. Es la extensión de una norma nacional a los productos importados la que produce efectos restrictivos, la que es una MEE, no la norma en sí misma, que puede ser perfecta-

(91) Cdo. 46.º de la sentencia alemana y 40.º de la griega.

(92) Ninguno de los gobiernos aduce la aplicabilidad indistinta de su legislación a los productos nacionales e importados para fundamentar una simple no aplicación del art. 30. Esta tesis, que respondía a la noción estricta de MEE, había sido condenada por el Tribunal a raíz de las sentencias «Dassonville» y «Cassis de Dijon», y ya nadie la mantiene. La relevancia del carácter «indistintamente» aplicable de una medida radica en que su concurrencia con una de las «exigencias imperativas» del «Cassis de Dijon» supone la licitud de la medida. Una medida que no sea indistintamente aplicable, sino formalmente discriminatoria, sólo puede ser declarada ilícita si se ampara en el art. 36, no si se ampara en las «exigencias imperativas».

mente legítima si limita su campo de aplicación a los productos nacionales (93) (94).

Presupuesto esencial de la actuación del Tribunal es la ausencia, total o parcial, de Directivas comunitarias. Si existe esta regulación, no cabe plantearse siquiera la posible licitud de una normativa nacional restrictiva (95). En los casos que vamos a ver se cumple este presupuesto, ya que no existe legislación «vertical» comunitaria que defina los conceptos de «cerveza» y de «pasta», ni las Directivas «horizontales» existentes sobre aditivos excluyen la intervención de los Estados en la determinación de los admitidos para cada producto (96).

La comprobación de los efectos restrictivos de la medida ofrece pocos problemas: nadie discutía las evidentes consecuencias restrictivas para las importaciones de las regulaciones alemana, griega e italiana. La jurisprudencia exigía solamente que la medida fuera susceptible de restringir el tráfico intracomunitario, no exigía la prueba de una efectiva reducción de dicho tráfico, que en este caso hubiera resultado muy fácil.

El Tribunal va analizando, en suma, la concurrencia de los diversos elementos de la noción de MEE de la fórmula «Dassonville», e incluso cita esta sentencia (97), pero lo hace de modo que esquivo definirse sobre una de las cuestiones no resueltas de su jurisprudencia: la concurrencia de una exigencia imperativa del «Cassis de Dijon», ¿supone que la medida en cuestión no sea considerada MEE (y, por lo tanto, no esté prohibida), o simplemente que esa MEE está exceptuada de la prohibición? Estas sentencias arrojan

(93) Es muy claro, a este respecto, el cdo. 24.º de la sentencia alemana: «il y a lieu de souligner d'abord que la règle de fabrication contenue dans l'article 9 du Biersteuergesetz n'est en cause ici que dans la mesure ou l'article 10 du Biersteuergesetz, qui vise quant à lui aussi bien les produits importés d'autres États membres que les produits fabriqués sur le territoire national, s'y réfère pour déterminer les boissons pour la commercialisation desquelles la denomination "Bier" (biere) peut être utilisé». La misma regla se desprende del cdo. 25.º de la sentencia italiana.

(94) La consecuencia puede ser un trato discriminatorio de los propios productos nacionales. Véase, al respecto, lo dicho en la introducción y las consideraciones que se expondrán en el apartado de Conclusiones.

(95) Una excepción al principio es el nuevo art. 100A-4.º del TCEE, creado por el AUE.

(96) La propuesta de Directiva sobre pastas, de 7 de noviembre de 1968, la retiró la Comisión en 1979, a raíz del «Cassis de Dijon». Igual había hecho, ya en 1976, con la armonización de la cerveza (Proposición de Directiva de 26 de junio de 1970). Sobre aditivos, ver *infra*.

(97) Cdo. 24.º de la sentencia griega, 9.º de la italiana y 27.º de la alemana.

poca luz al respecto, quizá para no añadir más leña al fuego de una polémica que bien pocos efectos prácticos tiene (98). Lo que cuenta es si la medida es o no lícita; que lo sea porque se la exceptúe de la aplicación del art. 30 o porque no se la considere incluida en él tiene bastante poca importancia (99).

El Tribunal elude pronunciarse al respecto con suma elegancia: tras citar la jurisprudencia «Dassónville» y «Cassis de Dijon», declara el carácter restrictivo de la medida, no se pronuncia sobre si ello conlleva o no la naturaleza de MEE de la misma, y pasa directamente, sin plantearse cuestiones teóricas, a ver si puede ampararse en las «exigencias imperativas» (100). Este examen lo realiza mediante el llamado «test de proporcionalidad», aplicando los mismos criterios para las «exigencias imperativas» que para las del art. 36. Los criterios de fondo los analizaremos en el siguiente punto.

El TJCE sí que reconoce expresamente, por el contrario, que una medida justificada por el art. 36 es una MEE, y que estaría prohibida por el art. 30 si no entrase en el ámbito de aquel precepto (101).

Si el Tribunal encuentra que las medidas nacionales no guardan la debida «proporcionalidad», como de hecho ocurrió en estos tres casos, procede; bien a declarar directamente que éstas suponen una infracción del art. 30 (si se trata de un procedimiento del art. 169 TCEE, como los casos griego y alemán), bien a declarar que una medida semejante a ésa es incompatible con los arts. 30 y 36 (si se trata de un recurso prejudicial, como en el caso italiano).

B) *Los criterios de fondo que emplea el Tribunal al enjuiciar la proporcionalidad de las medidas nacionales*

El art. 36 condiciona la excepción a la prohibición a que la medida no constituya «un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros». La aplicación de una «exigencia imperativa» para exceptuar del art. 30 una medida nacional está

(98) La indefinición puede reflejar también la existencia de una diversidad de opiniones en el seno del Tribunal.

(99) Ver lo señalado al respecto en la Introducción.

(100) Sentencia alemana, cdos. 27.º a 30.º; griega, cdos. 24.º a 26.º, e italiana, cdos. 9.º a 11.º.

(101) Cdo. 40.º de la sentencia alemana y 34.º de la griega.

asimismo condicionada a que se guarde la debida proporcionalidad entre la exigencia imperativa y el principio de libre circulación de mercancías (102). El examen que el TJCE realiza de las regulaciones nacionales es similar, en la práctica, en uno y otro caso, y se concreta en el «principio de proporcionalidad» (103).

La doctrina ha perfilado las líneas del razonamiento que el Tribunal se plantea ante cada medida (104). Esta ha de pasar, como ya sabemos, un triple «test»: ¿es adecuada la medida para satisfacer la exigencia invocada? (105), ¿es proporcional el beneficio que produce a dicha exigencia con la restricción causada a la libre circulación de mercancías? y ¿no existe otro medio para alcanzar la exigencia que cause menos perjuicio a la libre circulación de mercancías?

Los criterios son, en principio, objetivos: se busca la eliminación de las restricciones al comercio intracomunitario que, aun amparadas en los supuestos del art. 36 o en «exigencias imperativas», no respetan el principio de proporcionalidad. ¿No tiene, pues, sentido hablar de la «ausencia de discriminación» como criterio para enjuiciar la exclusión o no de una MEE de la prohibición del art. 30? La cuestión no es tan clara. La pretendida objetividad del examen parece enmascarar una loable preocupación del Tribunal por localizar medidas de ánimo discriminador contra las importaciones. Puede pensarse que la declaración de que una medida es proporcionada, y, por lo tanto, admisible, estará vinculada muy a menudo con el convencimiento al que el Tribunal haya llegado sobre el ánimo proteccionista o no del legislador nacional en cuestión. Lo que ocurre es que resultará casi imposible demostrar que tal intención ha existido, de ahí el interés del TJCE en basar sus fallos sobre criterios objetivos, como la proporcionalidad.

Corresponde a los Estados la carga de probar la proporcionalidad de una

(102) Véase el cdo. 25.º de la sentencia alemana: «Encore faut-il qu'une telle réglementation soit *proportionnée* a l'objet visé». Igualmente: cdo. 28.º de la sentencia griega y 11.º de la italiana. Idéntica exigencia exigía ya el Tribunal en la sentencia «Cassis de Dijon», cdos. 13.º y 14.º.

(103) Véase el cdo. 38.º de la sentencia italiana, que afirma que el principio de proporcionalidad «est a la base de la dernière phrase de l'article 36 du Traité».

(104). Vid. la Introducción.

(105) Rara vez esta pregunta se formula expresamente. En estas sentencias, por ejemplo, el Tribunal da por supuesto que existe una relación de causalidad entre la prohibición de cervezas con aditivos y el motivo invocado de proteger la salud pública. Las más de las veces, este examen será simultáneo al de proporcionalidad «strictu sensu».

medida restrictiva, ya que la presunción obra en su contra y a favor de la libre circulación de mercancías (106).

Veamos ahora en retalle el empleo que se ha hecho de este «test» en las sentencias comentadas. Realizaremos para ello un recorrido por cada una de las medidas nacionales.

1) La reserva exclusiva de la denominación genérica «cerveza» que la ley alemana realiza en favor de las elaboradas a partir de ciertos ingredientes, ¿es justificable por la exigencia imperativa de la protección de los consumidores? (107). El Gobierno alemán sostenía que sus consumidores asociaban el término cerveza con un producto elaborado a partir de esos ingredientes, ya que desde siempre se había venido haciendo así. Si se admitía esa denominación para otros productos, se estaría defraudando a los consumidores, en opinión del Gobierno alemán.

El Tribunal, sin negar la importancia de las representaciones que los consumidores se hacen de los productos, afirma que éstas tienen un carácter dinámico, que son susceptibles de evolucionar y que el establecimiento de un mercado común supondrá un factor en esa evolución, por lo que no es admisible, no es proporcional, que las legislaciones nacionales pretendan detenerla cristalizando los hábitos de sus consumidores (108). Igual objetivo puede alcanzarse mediante la indicación en el etiquetado (materia regulada comunitariamente) (109) de la exacta naturaleza del producto (criterio de sustituibilidad), con lo cual se dejaría al consumidor la oportunidad de elegir con conocimiento de causa (110). Esta última afirmación no es rebatible con el «argumento del restaurante»: la existencia de situaciones en las que el etiquetado no sirve para este fin, como el consumo en un restaurante o en un bar de una «caña», que no lleva etiqueta. El Tribunal estima que sería posible en tales casos establecer otro sistema de información, como

(106) Véanse las Conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn en el caso griego: pág. 7 de la edición mecanografiada.

(107) No se ponía en tela de juicio el efecto restrictivo de dicha medida sobre las importaciones (cdo. 29.º). ¿Pueden imaginarse a un bávaro dejando de pedir en una taberna su «bier» de toda la vida para pedir un vaso de «preparado de cereales fermentados», o algo así? Téngase en cuenta que no sólo se excluía la denominación alemana «bier», sino cualquier otra equivalente en otro idioma (cdo. 34.º).

(108) Cdo. 32.º, que cita un precedente jurisprudencial: STJCE de 27 de febrero de 1980 (As. 170/78), Comisión vs. Reino Unido, *Rec.*, pág. 417.

(109) Directiva 79/112/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1974, *DOCE*, núm. L 33, de 8 de febrero de 1979, pág. 1.

(110) Cdo. 35.º.

carteles indicativos en el mostrador o en el sifón, que cumplierse la misma función (111).

El TJCE ha rastreado la posible existencia de ánimo discriminador, y parece haberlo encontrado en el hecho de que la denominación genérica «cerveza» hubiese sido utilizada anteriormente por el propio legislador alemán para designar a esos mismos productos a los que ahora se les negaba el derecho a emplearla. Es muy significativa la afirmación que hace, citando una sentencia suya anterior: «la legislación de un Estado no ha de servir para cristalizar unos hábitos de consumo dados y para estabilizar una *ventaja adquirida por las industrias nacionales* que se ajusten a satisfacerlos» (112). Pocas dudas pueden quedar, tras leer esto, sobre si el Tribunal considerará o no desproporcionada la medida.

Esta sentencia reafirma la idea del Tribunal de que la protección a los consumidores en el campo de los productos alimenticios se asegura suficientemente proporcionándoles una información adecuada mediante el etiquetado. Cualquier otra medida más restrictiva que se ampare en la protección de los consumidores no será admitida. Así, por ejemplo, es ya jurisprudencia consolidada que no cabe la reserva de una denominación genérica como «cerveza», «vinagre» o «ginebra» a productos que reúnan ciertos requisitos específicos que restringen el campo de lo que normalmente se entiende comprendidos bajo tales denominaciones (v.gr., restringir el término «vinagre» a los elaborados a partir de la uva) (113) (114).

2) La prohibición de comercializar en Grecia cervezas elaboradas a partir de ingredientes distintos de los enumerados en la regulación nacional pretende ampararse básicamente en la protección de los consumidores, pero

(111) Cdo. 36.º.

(112) Cdo. 32.º, y la sentencia citada anteriormente.

(113) Véase la misma sentencia «Cassis de Dijon», la sentencia de 16 de diciembre de 1980 (As. 27/80), «Fitjé», *Rec.*, 3839; la de 9 de diciembre de 1981 (As. 193/80), «Comisión vs. Italia», *Rec.*, pág. 3019, y la de 26 de noviembre de 1985 (As. 182/84), «Miro».

(114) Está por verse todavía un supuesto en el que el TJCE se enfrente a un producto de ínfima calidad que haya sido producido (legalmente) en un Estado que no exija un parámetro de calidad a los productos destinados a la exportación. ¿Debería aceptarse un producto así? Decir que no, supone restringir la libre circulación de mercancías a los productos «tradicionales» de los Estados miembros, lo cual no ha dejado de ser sugerido incluso por la Comisión. Ver BROWER: *op. cit.*, páginas 257 y sigs.

se invoca también una exigencia imperativa del «Cassis de Dijon», la eficacia de los controles fiscales (115).

Si el Tribunal no admite una reserva de denominación del término «cerveza» amparada en la protección de los consumidores, mucho menos va a admitir una prohibición absoluta de comercializar las cervezas no conformes a la norma nacional. La medida es completamente desproporcionada (considerando 29) (116).

Igual suerte corre el argumento de que la prohibición es necesaria para asegurar la eficacia de las disposiciones fiscales. La ley griega de imposición sobre la cerveza establecía el cálculo de la base imponible sobre las cantidades de malta de cebada empleadas. Si no se empleara esta sustancia, se alegaba, se defraudaría esta legislación. La inconsistencia de la argumentación resultaba obvia, y así lo entendió el Tribunal, que la rechazó, señalando que el objetivo era alcanzable por medios que no restringiesen el libre tráfico de mercancías. En sus Conclusiones, el Abogado General señala algún ejemplo de legislación fiscal alternativa no restrictiva del comercio comunitario (117).

3) La prohibición absoluta de comercializar en Italia pastas alimenticias elaboradas con trigo blando o con mezcla de trigo blando y duro era defendida por el Gobierno italiano recurriendo a casi todas las exigencias imaginables.

El argumento más sólido era, una vez más, la protección de los consumidores, que asocian mentalmente, según el Gobierno italiano, el concepto de «pasta» con un producto elaborado exclusivamente a partir de trigo duro. El Tribunal rechaza este argumento con su clásica réplica, citando incluso la doctrina de la sentencia alemana: puede lograrse el objetivo con una medida menos restrictiva, como la exigencia de la composición en la etiqueta (118). Se sugiere, además, la posibilidad de reservar una denomi-

(115) Se invoca también la protección de la salud pública, pero el examen de este argumento se remite al análisis de la prohibición de cervezas con aditivos (cdo. 30.º).

(116) Existe un interesante precedente en la jurisprudencia del TJCE: la STJCE de 17 de marzo de 1983 (As. 94/82), «de Kikvorsch», *Rec.*, pág. 947, donde se examina una prohibición holandesa de producir cerveza de cierto grado de acidez sin seguir los procedimientos de fabricación empleados tradicionalmente en Holanda.

(117) Conclusiones del Abogado General Slynn, citadas anteriormente.

(118) Se repite aquí de forma abreviada el análisis y rechazo del «argumento del restaurante» (cdo. 18.º), que ya aparecía en la sentencia alemana.

nación no genérica —«pasta de sémola de trigo duro»— para los productos elaborados conforme a la normativa (119).

Idéntica sugerencia hace el TJCE con respecto a otra «exigencia imperativa» alegada, la lealtad de las transacciones comerciales. La argumentación italiana era que no resultaba posible realizar análisis fiables sobre la exactitud de la proporción de trigo blando y duro (120). Dada la diferencia de precio entre ambos, admitir pastas elaboradas a base de mezclas suponía que los fabricantes podrían hacer constar en su etiquetado una proporción de trigo duro mayor de la real y hacer pagar así a los consumidores un precio mayor. Esto podría evitarse creando la mencionada reserva de denominación —«pasta de sémola de trigo duro»—, que permitiría a los consumidores optar por productos cuya calidad esté garantizada.

El Gobierno italiano invoca también en defensa de su legislación el hecho de que ésta pretende ofrecer una salida a la producción de trigo duro de las regiones del sur del país, lo cual supondría de una parte un apoyo a la Política Agrícola de la Comunidad y de otra el modo de evitar el abandono de los cultivos y la despoblación de esas regiones.

Lo primero es rechazado reiterando la doctrina de una reciente sentencia: «desde el momento en que la Comunidad ha establecido una organización común de mercado en un sector determinado, los Estados miembros han de abstenerse de toda medida unilateral, incluso aunque ésta pretendiese servir de apoyo a la política común de la Comunidad» (121).

En cuanto al argumento de que la medida pretendería evitar la despoblación de una parte del territorio, hay que señalar que tal «exigencia» no aparece como tal ni en la sentencia «Cassis de Dijon», ni en el art. 36, pero el Tribunal parece admitirla implícitamente, al proceder a examinar la proporcionalidad de la medida. Quizá pueda considerarse que estamos ante un supuesto de exigencia de orden público (que supera lo puramente económico) del art. 36, similar al que se admitió en la sentencia «Campus Oil» (122).

(119) Ver cdo. 17.º. No sería, en cambio, admisible la reserva de una denominación genérica («pasta»), conforme a la doctrina establecida en la sentencia alemana y en sus precedentes.

(120) Ver la STJCE de 21 de febrero de 1984 (As. 202/82), Comisión vs. Francia, *Rec.*, pág. 933.

(121) STJCE de 23 de enero de 1988 (As. 216/84), Comisión vs. Francia (sucedáneos de leche), no publicada aún en el Repertorio.

(122) STJCE de 10 de julio de 1984 (As. 72/83), *Rec.*, 2727. En este caso se planteaba una medida que pretendía salvaguardar la existencia de la única empresa irlandesa de petróleos, basándose en el carácter vital para la seguridad pública de

El análisis de la proporcionalidad lleva, sin embargo, al Tribunal a descartar la licitud de la medida, ya que la realidad muestra que en los otros países de la Comunidad la superior calidad de las pastas de trigo duro les hace avanzar en el mercado. Además, el Derecho comunitario no se opone a que se obligue a los fabricantes italianos a emplear trigo duro (sólo a que dicha prohibición se extienda a las importaciones), con lo que una buena parte de la producción nacional de este cereal puede encontrar salida.

El Gobierno italiano, por último, pretendía que su legislación podía excusarse también por motivos de protección de la salud pública del art. 36, afirmando que el empleo de trigo blando suele ir acompañado de aditivos para darle consistencia y apariencia similar a la del trigo duro, y que éstos son perjudiciales para la salud. El Tribunal, considerando que el Gobierno italiano no había probado, como le correspondía hacer, la necesidad de ese empleo de aditivos, rechazó la medida como absolutamente desproporcionada. En esta consideración no habrá dejado de influir poderosamente el hecho de que en Italia se admita normalmente la producción de pastas de trigo blando destinadas a la exportación. El fantasma de la discriminación aparece de nuevo.

4) Las prohibiciones alemana y griega de comercializar cervezas con aditivos se justifican por la protección de la salud pública (123). La invocación de este motivo se hace ex art. 36, a pesar de figurar también entre las «exigencias imperativas» mencionadas en la sentencia «Cassis de Dijon».

Las Directivas comunitarias sobre aditivos (Directivas horizontales) no establecen una regulación completa del tema. Suelen contener listas de aditivos cuyo ámbito es todo el sector alimenticio. Para la concreción de qué aditivos y en qué cantidad se admiten para un determinado producto, hay que acudir a las Directivas «verticales», cuando éstas existan. Cuando no existen, como ocurre con la cerveza, son los Estados miembros los encargados de realizar esa concreción (124).

contar con abastecimientos nacionales de dicha materia. Esta exigencia va más allá de consideraciones puramente económicas, que están excluidas del ámbito del art. 36. Puede verse un interesante análisis de esta sentencia en OLIVER: «A review... 1984», *op. cit.*, págs. 307 a 312.

(123) Analizaremos conjuntamente ambas medidas, dada la prácticamente absoluta identidad entre las mismas.

(124) Vid. KRÄMER: *op. cit.*, págs. 227 y sigs.

Los estudios científicos sobre los aditivos no han llegado a conclusiones absolutamente claras sobre la peligrosidad de su empleo en la alimentación humana. Está claro, sin embargo, que la acumulación de dichas sustancias en el organismo resulta perjudicial para la salud. Una prohibición absoluta de los aditivos en los productos alimenticios tampoco parece posible, pues en muchos casos su empleo responde a necesidades tecnológicas. La resolución del dilema queda en manos de los Estados miembros, si bien la jurisprudencia ha limitado bastante su margen de maniobra.

La exposición del estado de la cuestión ha de partir de la sentencia «Sandoz», de 14 de julio de 1983, que reconoció que, en la medida en que subsistan incertidumbres en el estado del conocimiento científico, corresponderá a los Estados miembros, en defecto de armonización, la decisión del nivel de protección que desean para la salud y la vida de sus ciudadanos, teniendo en cuenta siempre las exigencias de la libre circulación de mercancías (125).

La fijación de ese umbral de protección es competencia estatal, pero el Estado no puede ejercerla con absoluta discrecionalidad, está limitado, una vez más, por el principio de proporcionalidad, que hace que se tomen en consideración las exigencias de la libre circulación de mercancías. Estas exigencias se fueron perfilando en las sentencias «Motte» y «Muller», y han quedado consolidadas en las dos sentencias de la cerveza (126).

Los Estados miembros pueden prohibir el empleo de ciertos aditivos para los productos fabricados en su país, ahora bien, el principio general es que un producto procedente de otro Estado comunitario que contenga aditivos autorizados por la legislación de ese Estado ha de ser admitido en el mercado del país de importación. El Estado de importación puede, sin embargo, condicionar dicha admisión a una autorización previa de alcance general del aditivo, emitida por la Administración, tras un procedimiento que habrá de ser fácilmente accesible a fabricantes e importadores (127). El juicio de la Administración habrá de comprobar dos extremos: (a) el peligro que el empleo del aditivo pueda suponer para la salud pública, y (b) la necesidad, en especial la tecnológica, de dicho empleo (128).

(125) STJCE de 14 de julio de 1983 (As. 174/82), «Sandoz», *Rec.*, pág. 2445.

(126) STJCE de 10 de diciembre de 1985 (As. 247/84), «Motte», *Rec.*, pág. 3887, y de 6 de mayo de 1986 (As. 304/84), «Muller».

(127) Cdos. 41.º a 45.º de la sentencia alemana y 35.º a 39.º de la griega.

(128) También puede admitirse una necesidad económica o incluso psicológica (para el caso de los colorantes). Ver la sentencia «Motte», antes citada, cdo. 21.º.

Las sentencias objeto de comentario nos aclaran los criterios que deben emplearse en esas comprobaciones (129). El peligro para la salud pública se juzgará a la luz del estado del conocimiento científico internacional y especialmente del Comité Científico Comunitario de la Alimentación Humana, de la Comisión del Codex Alimentarius de la FAO y de la Organización Mundial de la Salud. El otro criterio que habrá de tomarse en consideración al enjuiciar el peligro para la salud pública será el conjunto de los hábitos alimenticios de la población del Estado importador.

El juicio sobre la necesidad tecnológica del empleo de aditivos se realizará teniendo en cuenta las materias primas empleadas en el Estado en el que se elaboró o comercializó inicialmente el producto (130). Otra interpretación, como la propuesta por los Gobiernos griego y alemán, que señalaban la innecesidad del empleo de aditivos si se elaboraba la cerveza con los ingredientes exigidos en sus legislaciones, conduciría a privilegiar unos métodos de fabricación nacionales y sería una discriminación o «restricción encubierta». Se tendrán en cuenta también para valorar la necesidad los trabajos de los organismos anteriormente citados. Puede afirmarse que, si el Estado donde se produjo el producto consideró necesario el empleo de un aditivo, el Estado de importación habrá de admitirlo, a no ser que la falta de necesidad se desprenda de los datos facilitados por esos organismos (131).

Si la Administración nacional deniega la autorización del aditivo, los interesados podrán entablar un recurso jurisdiccional ante los Tribunales nacionales (132). La Administración tendrá la carga de probar que su empleo es perjudicial para la salud o innecesario, ya que se presume que si otro Estado miembro lo autorizó, bien autorizado está (133).

La «discrecionalidad» de la Administración para fijar el nivel de protección de la salud es bastante relativa en lo que a las importaciones se refiere. La sentencia alemana señala cómo «las prohibiciones de comercializar productos con aditivos autorizados en el Estado miembro de producción pero prohibidos en el de importación deben limitarse a *lo efectivamente necesario para salvaguardar la salud pública*» (134). Los Tribunales nacionales

(129) Cdo. 44.º de la sentencia alemana y 38.º de la griega.

(130) Cdos. 50.º a 52.º de la sentencia alemana y 43.º a 45.º de la griega.

(131) Así lo sostiene VAN RIJN: *op. cit.*, pág. 597.

(132) Cdo. 46.º de la sentencia alemana y 40.º de la griega.

(133) Así se establece en los considerandos citados en la nota precedente. Véanse también las Conclusiones del Abogado General Slynn en el caso griego, págs. 10 y 11.

(134) Cdo. 44.º.

no tendrán usualmente medios suficientes para contradecir con informes técnicos las opiniones de sus Gobiernos, pero tienen la posibilidad de hacerlo, como la tiene el TJCE, en el marco del recurso prejudicial.

Las legislaciones alemana y griega contenían sendas prohibiciones absolutas de emplear aditivos en la elaboración de cervezas, sin que existiese un procedimiento previsto para poder lograr el reconocimiento general de un aditivo. Se trataba, pues, de prohibiciones excesivas y desproporcionadas.

No podía ampararse la legislación alemana en el hecho de que la cerveza fuese un producto ampliamente consumido en ese país, ya que dicha legislación admite sin problemas la presencia de muchos de esos aditivos en otros productos de amplio consumo (135).

En resumen, se trataba de dos MEE prohibidas por el art. 30 y no justificadas en la necesidad de protección de la salud pública del art. 36.

5) En Grecia regía, además, una prohibición absoluta de comercializar cervezas elaboradas con ayuda de enzimas, que pretendía justificarse también en consideraciones de salud pública. El Tribunal rechaza esta pretensión por no haberse probado que las enzimas sean peligrosas para la salud y porque, además, desaparecen casi totalmente a lo largo del proceso de elaboración (136).

Hay que señalar, por último, que, en la misma fecha que la sentencia italiana comentada, el 14 de julio de 1988, el Tribunal dictó otras dos sentencias de interés. Una de ellas versa también sobre pasta italiana, y es un supuesto casi idéntico al comentado. El otro, sobre una regulación francesa del yoghurt congelado, mantiene también una doctrina similar a la analizada en el presente comentario (137).

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las sentencias examinadas confirman las grandes líneas definidas en el «Cassis de Dijon» y perfiladas en la jurisprudencia de los últimos años. La

(135) Cdos. 48.º y 49.º de la sentencia alemana.

(136) Cdo. 47.º de la sentencia griega y Conclusiones del Abogado General, págs. 11 y 12.

(137) Las referencias son: STJCE de 14 de julio de 1988 (As. 90/86), «Ministerio fiscal vs. Zoni», y STJCE de la misma fecha (As. 298/87), «Société Smanor, S. A. vs. Saint Martin d'Ecublei». Una reseña de estas sentencias, aún no publicadas en el Repertorio, puede encontrarse en GJCEE (s. B), núm. 55, octubre 1988, páginas 31 a 36.

libre circulación de mercancías es el principio del que hay que partir: la presunción es que un producto alimenticio legalmente comercializado en un Estado miembro puede circular libremente por toda la Comunidad. Las excepciones a este principio sólo han de admitirse cuando estemos ante exigencias imperativas especialmente dignas de protección, y siempre causando el menor daño posible al tráfico intracomunitario.

Las reglamentaciones nacionales sólo podrán oponerse a la importación de productos de otros países comunitarios en contados supuestos. Así, para el Tribunal, la protección de los consumidores queda suficientemente garantizada con una información adecuada sobre la naturaleza y composición de los productos, que se proporcionará normalmente a través del etiquetado. La defensa de la salud pública permite a los Estados, en defecto de armonización, prohibir el empleo de ciertas sustancias, pero dicha prohibición se encontrará en difícil posición cada vez que pretenda aplicarse a un producto procedente de otro país comunitario.

En el conflicto de intereses entre la libre circulación de mercancías y exigencias como la salud pública o la protección de los consumidores el Tribunal se inclina ostensiblemente por la primera. No puede ser de otro modo; el TJCE se limita a cumplir su función. El problema no es el desmantelamiento de las regulaciones nacionales, que es inevitable en un mercado común, sino la no sustitución de estas regulaciones nacionales por normativas comunitarias. Este premeditado vacío normativo, consagrado en el «nuevo enfoque» para la aproximación de legislaciones, no ha sido causado por la actividad del TJCE, sino por la inactividad del poder legislativo de la Comunidad.

Para nadie es un secreto que los Estados del sur de Europa tienen legislaciones bastante menos sensibles a las demandas de protección de los consumidores que las de sus socios del Norte. La creación de un mercado único conlleva la aparición de una doble quiebra en los ordenamientos jurídicos nacionales (138). En defecto de armonización, se impone de hecho la regla dictada por el Estado menos protector, cuyos productos pueden circular libremente, y además surge el problema de la discriminación «a la inversa», contra los propios productos nacionales, a los que sí se aplican las regulaciones nacionales más restrictivas. Si se armoniza a la baja, aparecen tensiones en los países con legislaciones muy sensibles a la protección del con-

(138) Así lo ha señalado BOURGOIGNIE: *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, Centre de Droit de la Consommation, Louvain-la-Neuve, Bruxelles, Bruylant/Cabay, 1988, págs. 108 y sigs.

sumo; si se armoniza al alza, las dificultades vendrían en los Estados del Sur. Conseguir la unanimidad es prácticamente imposible, conseguir una mayoría cualificada, muy difícil. La aproximación de legislaciones es, por ello, un camino plagado de dificultades que la Comunidad no se atreve a recorrer, pero que es imprescindible recorrer. Un mercado común necesita un Derecho común, y éste una visión común de los problemas sociales. La reforma institucional de la Comunidad está en la base del problema: sólo la aparición de una autoridad política, responsable ante una opinión pública europea, permitirá afrontar y resolver con coherencia estas cuestiones. Por desgracia, no parece que esto vaya a ocurrir mañana.

