

Identidad europea y mercado interior: un modelo constituyente

Blanca Vilá Costa ()*

Catedrática de Derecho Internacional Privado
y titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho comunitario europeo
Universidad Autónoma de Barcelona

Of a strange nature is the suit you follow;
Yet in such rule that the Venetian law
Cannot impugn you as you do proceed.
You stand within his danger, do you not?
(Portia, en el Acto IV, Escena I de *El mercader de Venecia* de Sir W. SHAKESPEARE)

Sumario: *I. Introducción. II. Los postulados: 1. ¿Un valor identitario en un proceso constituyente?; 2. ¿Qué paradigma para la armonización legislativa en la UE (Harmonization through Law)?; 3. ¿Un modelo propio de protección del interés general? III. Diálogo y desafío: la historia «proactiva» de la libre circulación de mercancías: 1. El referente histórico: A. Primera fase: 1958-1970; B. Segunda fase: 1970-1985; C. Tercera fase: el Libro Blanco para la consecución del Mercado Interior; 2. Los Actores: ciudadanos y operadores, Tribunal de Justicia y Comisión «versus» Estados miembros; 3. Evolución de la jurisprudencia sobre MEE: A. Primer momento: la jurisprudencia Dassonville (1974) y las MDA; B. Segundo momento: la jurisprudencia Cassis de Dijon (1979) y las MIA(P); C. Tercer momento: la jurisprudencia Keck-Mithouard (1993) y las MIA(V).*

I. INTRODUCCIÓN

Parece en estos momentos obligado «revisitar», en una reflexión libre de formas, los llamados *aspectos estructurales* de la constitucionalización de la Unión Europea, entendidos como aquéllos que, a la vez proceso y resultado, se han ido conformando a través del fenómeno de constitucionalización *material* que ha ido acogiendo a lo largo de sus cincuenta años de vida, aquí en particular mediante el ejercicio activo de libertades y la transformación estructural de sus mercados, y que ha sido fruto de una jurisprudencia *de proximidad* del Tribunal de Luxemburgo y una praxis administrativa de la Comisión hoy inmerecidamente olvidadas o denostadas.

(*) Estas reflexiones son el resultado informal de lecciones, comentarios y discusiones con estudiantes y compañeros a lo largo de doce años de impartición del curso sobre Derecho del Mercado Interior en el Collège d'Europe de Brujas (1990-1999) y Natolin (1997-2002) y quieren trascender toda rigidez formal de citas.

En efecto, y a pesar de las aportaciones de la última década en este terreno –en su mayor parte realizadas desde la doctrina anglosajona no sólo en el campo del derecho sino desde la ciencia política e, incluso desde la sociología del Derecho– parece que en el momento actual del debate se contempla como «constitucional» únicamente el fenómeno de fundamentación y autodotación de *Institutions & Competences* que se da en una determinada sociedad civil y política¹. Se olvida entonces el dato de que precisamente, y en el caso de la autoestructuración histórica de la Comunidad Europea es aún más patente, «se ha hecho camino al andar». En efecto, a través de principios, de técnicas o de procedimientos, a través de interpretaciones cómplices de las instituciones para con los ciudadanos, el *buen* derecho comunitario ha sido el de las pequeñas cosas: ése que ha sido radicalmente revolucionario en su formato, y netamente constituyente en muchos de sus postulados.

Y existen riesgos en esa empresa. Se habla hoy de una Constitución europea de nueva planta, y se habla de ella sin calcular el riesgo de que nazca como pura creación superestructural inmediata, y posiblemente amnésica de quiénes han sido sus actores institucionales y privados, políticos y civiles. En otras palabras, haciendo omisa reflexión acerca del valor constituyente de un camino recorrido reconocido en la eufemística, aunque trascendental, fórmula del «acquis» comunitario.

II. LOS POSTULADOS

1. ¿UN VALOR IDENTITARIO EN UN PROCESO CONSTITUYENTE?

Debemos partir de que la experiencia europea de consolidación del Mercado Interior ha tenido y tiene, a un mismo tiempo, un valor «per se» y un valor «praeter Europa», más allá del continente, precisamente como paradigma. ¿Es ello cierto?

Un valor «per se», en primer lugar. El método de los «pequeños pasos» nos lleva a reflexionar acerca del posible valor *identitario* de la noción de mercado como factor constituyente. En efecto, desde el mundo del derecho la noción de *mercado* puede ser semánticamente abordada desde posiciones

¹ Por todos, vid. DEHOUSSE, R. (Ed.): *Une Constitution pour l'Europe*, París, Presses de Sciences Po., 2002 («Un nouveau constitutionnalisme?», pgs. 19-38), que cuenta con contribuciones notables de: WEILER, J. H. H.: *Fédéralisme et Constitutionnalisme: le Sonderweg de l'Europe*, pgs. 151-176; CONSTANTINESCO, VI.: *Europe fédérale ou Fédération d'Etats Nations?*, pgs. 115-149; y DIEZ-PICAZO, L.: *Les pièges de la souveraineté*, pgs. 39-67, entre otros, y la bibliografía allí citada.

Vid. como referentes iniciales y permanentes, CAPPELLETTI, M., SECCOMBE, M. y WEILER, J. H. H. (Eds.): *Integration through Law-Europe and the American Federal Experience*, Walter De Gruyter. Berlín-New York, 1986 y años ss., y LENAERTS, K. (Ed.): *Two Hundred Years of US Constitution and Thirty Years of EEC Treaty*. Kluwer, 1988. Además, por su interés reciente, FARELL, M., y FELLA, S. (Eds.): *European Integration in the 21st. Century*, SAGE Publishers. London-California-Nueva Delhi, 2002.

reduccionistas (como *puro* mercado dirigido a la obtención de beneficios por y para sus actores; sin concernir ni implicar en absoluto a la ciudadanía como tal) o desde una perspectiva instrumental, diferenciadora, caracterizadora de un *sistema de derechos y libertades* (y entonces sí implicará claramente a la ciudadanía, *sublimando* la noción el propio paradigma de «mercado» por el que se opte). En cualquier caso la noción de mercado es forzosamente polisémica: ¿significa, ha significado más, acaso mucho más de lo que implica su contenido estricto para la construcción europea?

La noción de *mercado* y, más allá, la noción de *mercado común*, o de *mercado interior*, han significado para Europa la construcción de un discurso. La elaboración paulatina, legítima, de un *discurso interpretativo* sobre regla de derecho y límites a la misma entre todos los actores del momento. Nada ha ocurrido por casualidad y se ha incorporado desde un principio el factor tiempo en la elaboración –o «descubrimiento»– de la regla de derecho, o de la excepción a la misma. Un *discurso metodológico* único para el ámbito material del Mercado interior –las libertades constituyentes, en particular la libre circulación de mercancías y de servicios, que son *puro* Mercado Interior–. Ha supuesto, en tercer lugar, el descubrimiento paulatino de un *paradigma*, a caballo entre la unidad y una diversidad jurídica compleja pero profundamente respetada en el modelo. Y, por último, en cuanto al significado y alcance de tal paradigma «diverso», un modelo de alto contenido de lo que podrían denominarse los *valores públicos*, del núcleo duro social del Estado del bienestar, configurador de los límites a las libertades: del «interés general».

Porque el Tribunal de Justicia optó, ya desde 1963, por una jurisprudencia que podríamos denominar *de proximidad*, haciéndose cómplice de ciudadanos y operadores económicos frente a las resistencias legales y administrativas de sus Estados miembros (mediante el reconocimiento de los *efectos directos* de sus normas)², y ha ido invocando a la *judicialización interna* del derecho comunitario hasta sus consecuencias más avanzadas (hasta el reconocimiento de una *tutela judicial efectiva*, incluso provisional, ofrecida por el sistema comunitario al juez interno)³. Porque, junto al anterior dato, la gestión por la Comisión de los aspectos de relevancia comunitaria en los sectores concretos del mercado cuya vigilancia le había sido encargada (como los distintos sectores industriales o comerciales), unido a su capacidad de iniciativa legislativa y a su capacidad de reacción ante el impacto de determinadas decisiones del Tribunal de Justicia, la erigieron en coprotagonista de esta historia, imponiendo una «lectura» *dialéctica* de ese régimen, enormemente vivo gracias a aquella jurisprudencia a veces insospechada, tantas veces discutible y en cualquier caso *reactiva* ante los nuevos fenómenos comerciales o las distintas experiencias jurídicas de los actuales quince países miembros. Esa lectura dialéctica interinstitucional, por un lado, y reactiva entre instituciones y países miembros, por otro configura de manera completa e históri-

² Sentencia *Van Gend en Loos*, As. 26/1962, *Rec.* pgs. 687 y ss.

³ Sentencia *Factortame-I*, As. C-221/1989, *Rec.* pgs. I-3905 y ss.)

camente correcta la construcción de un discurso auténticamente constituyente en la construcción del Mercado Interior.

Por último: una noción así comprendida de *mercado* posee un valor «praeter» Europa. En efecto, la Comunidad ha sido un vivero de prácticas comerciales que han arrancado de esa notable disparidad jurídica que está conviviendo bajo un mismo techo normativo, y debe ser un semillero de experiencias regulatorias y de técnicas de reglamentación con un incontestable valor «ad extram», de enorme interés para un desarrollo *racional* del comercio mundial. Buena prueba de ello ha sido la influencia ejercida por el Derecho y la jurisprudencia comunitarias en la liberalización del comercio de los servicios en el marco de la OMC o mediante el acuerdo del GATS, entre otras experiencias⁴.

2. ¿QUÉ PARADIGMA PARA LA ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN LA UE (HARMONIZATION THROUGH LAW)?

Reflexionar sobre el complejo devenir de la armonización jurídica en la UE desde sus primeras épocas hasta este principio del siglo XXI significa partir de dos preguntas que podrían parecer excesivamente generales, y en las que sin embargo se halla la explicación profunda de muchas de sus incidencias a lo largo de los cincuenta años transcurridos:

1ª ¿Cómo se enfrenta la UE al fenómeno de la *disparidad jurídica* entre los distintos ordenamientos de sus Estados miembros, reflejando muchos de ellos a su vez un fenómeno de pluralidad legislativa?

2ª ¿Existe un modelo, un *paradigma* que actúe como referente, o la Comunidad Europea ha ido paulatinamente reinventando su propio paradigma a partir de su propia experiencia?

En este breve repaso cabe entender la armonización de las legislaciones de los Estados miembros como un *conjunto de técnicas de intervención normativa general o específica previsto por el Tratado CE*, técnicas que son muy variadas y que han sido permanentemente objeto de una reflexión general de instituciones comunitarias y de Estados miembros. Junto a ellas (técnicas de armonización, de aproximación, de coordinación) hallamos otras técnicas jurídicas *que asisten, en mayor o menor medida en función del método general empleado, al fenómeno de la armonización jurídica en general*: (a) por una parte, la actuación «ex ante», con anticipación a la necesidad de armonización, eliminando los obstáculos a la misma con carácter previo a través, eso sí, de una intervención normativa (las normas de *prevención* de obstáculos); (b) al lado, junto a la armonización de legislaciones y muchas veces incorporándola en su base legal, la *regla del reconocimiento mutuo*, que recoge a la vez el principio de origen y los efectos de la libre circulación «de facto», implícita en el

⁴ BOURGEOIS, J. H. J., BERROD, FR. y GIPPINI, E. (Eds.): *The Uruguay Round Results: an European Lawyers' Perspective*. Bruselas, 1995; y EECKHOUT, P., *The European Internal Market and International Trade: a Legal Analysis*. Oxford U.P., 1995.

umbral del modelo comunitario; de nacimiento «espontáneo», declarada por la jurisprudencia comunitaria desde la Sentencia *Cassis de Dijon*⁵; en fin, (c) en el escenario propio de un Mercado Interior, la función de la denominada *competencia regulatoria* o *competencia entre los distintos sistemas jurídicos* ha llevado a algunos a considerar a ésta como una técnica jurídica alternativa, espontáneamente armonizadora: sin llegar a tal extremo, es considerada aquí como una importante técnica de *soporte* de la armonización jurídica, aunque no una verdadera alternativa a una *intervención reguladora* de la UE.

Retomaremos las cuestiones iniciales con fines propedéuticos: ¿se enfrenta la UE, o se ha enfrentado en algún momento al fenómeno de la *diversidad jurídica* generadora de disparidades concretas de hecho y de derecho con un paradigma unificador o armonizador cierto, determinado, que ilustre su modelo de *comunidad jurídica*? La respuesta deberá ser forzosamente negativa: no había un claro referente, y ha ido reinventando su modelo propio progresivamente, en base, sobre todo, a su propia experiencia reguladora y jurisprudencial. La Comunidad Europea dispuso desde un principio de competencias de intervención normativa explicitadas en el artículo 3, letra h) del TCE, incluyendo entre los instrumentos al servicio de su acción, y con el fin de conseguir los objetivos del artículo 2, «la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común», lo que ocurre cuando las disposiciones nacionales *inciden directamente* en el establecimiento o el funcionamiento del mercado común (artículo 94), o cuando la creación de normas comunes o armonizadas en el plano comunitario *sea necesaria para garantizar el mejor funcionamiento del mercado común*. Todo es, pues, cuestión de ponderación de la *necesidad de intervenir*, si no hay más alternativa para la eliminación de un obstáculo y para la consecución de los objetivos marcados por el Tratado, en este caso los objetivos del mercado común. En este sentido el TJCE fijó, en un ejercicio teleológico y desde su más pronta jurisprudencia, los objetivos del TCE como base interpretativa del conjunto de sus disposiciones, garantizando además la aplicación *uniforme* del derecho comunitario, tanto originario como derivado, en toda la Comunidad.

Si desde el plano jurídico aquéllas eran las condiciones para legitimar una intervención normativa, en cuya decisión de oportunidad cabe incorporar el análisis de la *subsidiariedad*; y la deducción del efecto útil del Tratado y la aplicación uniforme del derecho comunitario constituían la tarea jurisprudencial básica, desde el plano fáctico la diversidad no ha cesado de ir en aumento. De los seis Estados miembros originarios se ha pasado a una UE «a quince», en la que un gran número de sistemas jurídicos se hallan representados y cuyas percepciones de los límites del Estado de Derecho y de la propia economía de mercado siguen modelos en ocasiones distantes, orientadores de las políticas legislativas nacionales («ad intram») y conformadoras, aunque sólo lo sea muy parcialmente, de sus comportamientos y alianzas

⁵ Sentencia *Rewe (Cassis de Dijon)*, As. 120/1978, *Rec.* pgs. 649 y ss., ampliamente citada en estas reflexiones.

en el Consejo de ministros («ad extram»). Esta disparidad no hará sino aumentar – con los extremos mencionados (democracia, Estado de Derecho, economía de mercado) teniendo una incidencia más radical, si cabe– en una Unión Europea a veintisiete miembros, horizonte visible a muy corto plazo.

¿Cómo, basándose en su propia experiencia, y tomando muy en consideración la ajena, se ha ido enfrentando la U.E. al fenómeno de la *disparidad* en sus aspectos más inmediatos y visibles: el derecho del Mercado Interior, la libre circulación de bienes y servicios, la movilidad de los factores de producción, unificados los medios de pago? A seis miembros, podía pensarse en un modelo *unificado, ampliamente intervencionista y reglamentador*. Hubo momentos en que la Comunidad ejerció una actividad –armonizadora– bulímica, capaz de obedecer más a un perfeccionismo técnico que al deseo de servir a los ciudadanos. Pero las necesidades de implantar rápidamente y mantener eficazmente un Mercado interior a doce forzaron, como veremos, allí donde fue posible el denominado *nuevo enfoque* para la armonización técnica, al que haremos referencia más adelante como resultado de la buena praxis comunitaria. Y casi inmediatamente –con el Espacio Económico Europeo (EEE) y la nueva ampliación a los países nórdicos– a quince, otras nuevas necesidades actuaron como revulsivo de aquella voracidad, reduciéndola y conteniéndola ante un posible intervencionismo exacerbado, bajo la presión adicional de los aires insuflados por un principio de *subsidiariedad* tantas veces mal comprendido. En cualquier caso, en el ámbito del Mercado Interior, se han debido dar tres variables para una acción comunitaria de *armonización legislativa*, calibrando:

- a) la *importancia y el alcance real de los obstáculos* a eliminar, que se opongan a la unidad, en sentido económico, de mercado pretendida;
- b) los *intereses económicos* –eventualmente de otro orden, si existen competencias– en juego, y su urgencia; y,
- c) el *interés comunitario* en emprender una acción normativa.

En vista a la implantación del Mercado Interior, e incluso antes de formalmente dirigirse a tal objetivo, la jurisprudencia *Cassis de Dijon* provocó un shock institucional y una fuerte reflexión metodológica (apostando por un ejercicio de *subsidiariedad* y de *proporcionalidad* notables, como veremos) y generó los elementos fundamentales para el cambio del discurso «armonizador» comunitario, replanteando la armonización de legislaciones en el Mercado Interior. ¿Qué consecuencia cabía extraer de la lección de la jurisprudencia sobre el plano normativo? ¿Qué objeto material, qué ámbito de aplicación material correspondía a la directivas comunitarias –más de doscientas propuestas, paralizadas por las exigencias de la unanimidad–? ¿Debía la armonización dirigirse hacia un *europroducto* o *euroservicio*? ¿O debía orientarse hacia una mayor libertad estatal, basándose en la idea de *diferencia* y de *equivalencia* de productos legalmente fabricados y comercializados en los Estados miembros?

O, incluso: ¿podía abordarse mediante un control «ex ante» los proyectos internos de normas o de reglamentaciones –más tarde, de especificaciones– técnicas, antes de que los Estados miembros las adoptaran en sus procedimientos internos, llevando a sus últimas consecuencias el deber de lealtad comunitaria nacida del entonces artículo 5 del Tratado?⁶

Nacía, entre el verano de 1984 y, ya en plena Comisión Delors, entre 31 enero y 7 mayo 1985, el llamado *Nuevo enfoque en materia de armonización técnica y normalización*, que «volvía patas arriba» la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, limitando la armonización comunitaria en este campo, siempre que fuera posible, a las «exigencias esenciales» de los productos. ¿Cuáles son tales exigencias esenciales, cara a su consumo en todo el mercado comunitario y en el mercado internacional? La *seguridad* de los productos, la *interoperabilidad* de los productos, en su caso la *compatibilidad* de los productos. Las condiciones técnicas no serían establecidas por la Comisión sino por los sectores industriales en las instancias de normalización internacional, comunitaria o interna, acreditándose la conformidad comunitaria. En cualquier caso, la regla de reconocimiento mutuo debía introducirse en las medidas internas de transposición.

Este fue el cambio de discurso metodológico que iba a posibilitar, junto con las nuevas bases jurídicas de los artículos 100 A), y con el resto de disposiciones del Acta Única Europea, entrada en vigor en 1987 –y con la excepción de los sectores sensibles (productos farmacéuticos, cosméticos) o de armonización sectorial tradicional de alta intensidad (vehículos automóviles), y con incidencia parcial en el sector agroalimentario (horizontalización de las directivas, ausencia de normalización, política de diferenciación por calidad)– una nueva armonización técnica basada en la idea de equivalencia de condiciones, lejana a una armonización basada en la idea de identidad de los productos o grupos de productos. Y, de hecho, ya había nacido en la trascendental *Directiva 83/189/CEE*⁷ sobre notificación de obstáculos técnicos un nuevo discurso metodológico, una nueva manera de abordar el mercado común, tan útil en la implantación del Mercado Interior de 1992. El cambio de método de armonización impactará también en el ámbito del derecho de establecimiento y de los servicios, en particular en los años 1989 y 1992 mediante las directivas sobre *Reconocimiento General de Títulos, Diplomas y otros Certificados*⁸ tras estudios de ciclo superior largo y de ciclo superior corto, por tomar ejemplos conocidos.

Podemos concluir que el discurso plural resultante de esta experiencia tratará, en suma, en materia de armonización, de proceder a los objetivos de

⁶ Vid., por todos, en materia de mutuo reconocimiento y nuevo enfoque en materia de armonización técnica, GARDEÑES SANTIAGO, M.: *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurole. Madrid, 1999.

⁷ Directiva 83/189/CEE (DOCE L de 26 abril 1983), actualmente derogada y sustituida por la Directiva 98/34/CE, de 22 de junio 1998 (DOCE L de 21 julio 1998).

⁸ Directiva 89/48/CEE (DOCE L de 24 enero 1989).

liberalización del mercado propios del mercado Interior en base a las competencias comunitarias mediante una *gestión en común suficientemente eficaz y legítima* –por la Comunidad y por los Estados miembros– *de la disparidad jurídica y legislativa*: cuando se haga necesario, mediante la creación de normas comunes o compatibles, dirigidas a los resultados propuestos, sean éstos de prevención de obstáculos o de normas «ex post»; mediante la extensión a mercancías y servicios de la regla del mutuo reconocimiento, y – cara a la seguridad jurídica– mediante su inserción en cláusulas legales; y, sobre todo, mediante la aplicación por los Estados del principio de *lealtad comunitaria*, cumpliendo en todo momento con sus obligaciones impuestas por el artículo 10 del TCE. ¿Cabe dudar de la naturaleza constituyente de estos postulados?

3. ¿UN MODELO PROPIO DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL?

Toda regla de derecho, pensada para una sociedad humana, política y civil, se identifica tanto por su contenido cuanto por su *límite*. Este postulado kantiano nos debe hacer reflexionar sobre el paradigma, una vez más, del mercado europeo en su sentido identitario. La libertad de circulación de un producto o de un servicio ¿dónde encuentran su límite? Más allá de un puro fundamento en el reparto competencial existente entre Comunidad Europea y Estados miembros, y más allá de una definición legal del denominado *interés económico general* de la Comunidad, la praxis comunitaria y la acción estructurante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han ido elaborando un discurso sobre los límites a las libertades que coincidían en un terreno común. En efecto, los mismos parámetros han servido para admitir la presencia de un *interés general* en el contenido esencial de una *norma comunitaria armonizadora* (podemos tomar el ejemplo de la seguridad de los juguetes, del acceso a la publicidad y a los contenidos televisivos por los menores, de la prohibición de publicidad televisiva de los productos del tabaco, o de los contenidos en materias grasas de un alimento, tomándose como claro referente la salud, la seguridad física o química en la manipulación, o la educación) que los que han servido para aceptar, en un ejercicio de *proximidad* y en ausencia de norma comunitaria, el *interés general de los Estados miembros* capaz de ser legítimamente invocado como límite a la libertad de circulación de mercancías o servicios: la salud, la protección de los consumidores, el modelo social defendido, el modelo cultural o de medios de comunicación, el medio ambiente, la deontología profesional. En suma: el *núcleo duro* de normas de rigurosa aplicación en un modelo social y económico comunitario. Con una lógica caución: su ejercicio no sólo necesario, sino adecuado, *proporcional*.

A mi modo de ver, no hay duda de que en la propia regla de derecho –el reconocimiento de una libertad– coexiste el límite, el interés general, que la define en su propio alcance y dimensiones. Y en el límite de la invocabilidad de un interés general subyace otra regla de derecho: un principio de proporcionalidad definible, cada vez más, *en proximidad*, por el juez, por el ciudadano, por el Estado en sus respectivos campos de actuación. Pocas

reglas esenciales, finalmente simples: ¿cabe dudar, una vez más, de la naturaleza constituyente de la regla –la libertad de circulación– y de su límite: llegado el caso, la invocación necesaria y proporcionada por un Estado de un *interés general* específico en uno de estos ámbitos?

Más allá de esta reflexión, una segunda reflexión se impone: este *interés general*, motor de integración y a la vez límite de libertades, ¿posee además un carácter *definitorio* del modelo europeo de mercado? Cuando hablamos de salud, de seguridad, de protección del medio ambiente, de deontología profesional, de modelo cultural o mediático, a la vez que hablamos de diversidad y que hacemos uso de tal diversidad, en buena competencia entre ordenamientos, a efectos de integración del mercado, ¿hablamos también de *mercado*? En efecto, hablamos de un modelo sociojurídico de mercado, abierto y liberalizado en sus sectores no tradicionalmente monopolísticos de mercancías y servicios, en procesos de liberalización en los restantes, activado en su eficiencia por la acción una diversidad jurídica tolerable, pero contenido dentro de sus límites imperativos: hablamos de un *mercado* con unos valores comunes imperativos de signo paradigmático perfectamente *identitario* en un contexto global.

III. DIÁLOGO Y DESAFÍO: LA HISTORIA «PROACTIVA» DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS⁹

En la segunda parte de estas reflexiones examinaremos de cerca la historia en tres décadas de la eliminación de los obstáculos técnicos. Y lo haremos examinando la dialéctica entre praxis comunitaria, jurisprudencia estructurante y reivindicaciones de ciudadanos y operadores en el mercado, como una historia común de *descubrimiento*, aplicación e interpretación de las reglas –la *libertad de circulación* de productos– y de su límite jurisprudencial –la exigencia imperativa de *interés general*: la aplicación de un principio de subsidiariedad y de proporcionalidad–.

I. EL REFERENTE HISTÓRICO

A. *Primera fase: 1958-1970.*

La realización de los objetivos del «mercado común» previstos en el Tratado de Roma, constitutivo de la CEE, requería un período de transición largo y complejo para los seis Estados miembros originarios, a lo largo de los cuales, al tiempo que se ejecutaban las previsiones del calendario de desmantelamiento arancelario y contingentario según los términos previstos en el propio Tratado, las administraciones nacionales y la Comisión entraban en con-

⁹ Como referentes, MATTERA, A.: *El Mercado Único Europeo: sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991; OLIVER, P.: *Free Movement of Goods in the European Community*, Sweet and Maxwell, 4th ed., 1999; y GORMLEY, L.: *Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC*. London, 1998.

Blanca Vilá Costa

tacto y empezaban, algo muy importante, a familiarizar sus estructuras, sus hábitos y sus talentos.

Si bien el período de transición fijado en el artículo 8 TCE, cuyo ritmo seguía el principio de progresividad, se previó de doce años –dividido en tres fases de cuatro años cada una, al término de las cuales iba consolidándose una nueva «etapa integratoria»–, y ese período llegaba a su fin el 31 de diciembre de 1969 con la realización total de las *libertades de circulación*, el éxito del desmantelamiento «formal» de los obstáculos aduaneros y contingentarios permitió, en fecha de 1 de julio de 1968 –es decir, dieciocho meses antes– mediante la introducción del Arancel Aduanero Común, llegar a la creación de una unión aduanera y al objetivo de la libre circulación de mercancías antes de las previsiones de calendario. Sin embargo, las dificultades subsistieron en cuanto a las medidas estatales no específicas a la importación-exportación, o no aparentemente discriminatorias, la mayoría de ellas posibles obstáculos técnicos, o en relación a los capítulos de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

En relación al período 1958-1970 recordaremos que la Comisión se hallaba habilitada por el antiguo artículo 33 para adoptar *Decisiones* encaminadas a la supresión de las restricciones cuantitativas y *Directivas* dirigidas a la supresión de las medidas de efecto equivalente del antiguo artículo 30 TCE.

B. *Segunda fase: 1970-1985.*

La situación cambia para la Comisión a partir de la finalización del período de transición careciendo ya de competencias provisionales de carácter normativo, específica. A partir del 31 de diciembre de 1969 podrá, con carácter definitivo, emitir *Comunicaciones* y *Dictámenes motivados*, estos últimos en el marco de los procedimientos de infracción que decida instar. Las Comunicaciones podrán tener carácter previo (por ejemplo, sobre los obstáculos más generalizados), o podrán tener carácter posterior, normalmente interpretativo, tras una decisión relevante o un caso concreto acerca del cual manifestará su postura y, en ocasiones, asumirá determinadas consecuencias de aquélla sobre su proceder normativo. Durante esta época la gestión de la Comisión se proyecta hacia los obstáculos, de carácter arancelario o técnico, más ocultos, al tiempo que va reforzando su presencia ante las administraciones nacionales. Dos datos marcan la década de los setenta a estos efectos: la primera ampliación comunitaria, con la adhesión de un «grande», el Reino Unido e Irlanda del Norte –y en consecuencia el enorme impacto estructural que ello supone– y dos «pequeños», Dinamarca e Irlanda, introduciendo dos nuevos perfiles jurídicos (*Common Law* y Derecho escandinavo) en la panoplia de los ordenamientos de los Estados miembros de la CE. El segundo dato lo constituye la crisis energética coincidente con el momento de la ampliación. La consiguiente reacción neoproteccionista –que se nutre de muchas otras fuentes, en particular desde 1970 ilustrará el comportamiento de los Estados miembros.

Frente a la incapacidad normativa de las instituciones comunitarias de ejecu-

tar su programa de armonización legislativa (para la que se requería, recuérdese, la *unanimidad* según el artículo 100 TCE, base general para la armonización de legislaciones) que quedó mucho más acá de sus previsiones, y al fervor hiperreglamentista de la mayoría de las propuestas de la Comisión, del que es exponente un método de armonización total, vertical y detallado, de una gran intensidad normativa, los Estados miembros cierran filas defendiendo sus particularidades normativas y sus competencias legislativas allí donde no existe reglamentación comunitaria. Ello les lleva a (a) sofisticar sus normas internas y proyectos de normas de modo que disimulen cualquier efecto discriminatorio o, en último término, restrictivo y (b) legislar ampliamente en reivindicación de sus competencias domésticas, en particular bajo el «paraguas» de las excepciones legales del antiguo artículo 36 del TCE: la salud y sanidad pública, el entorno o la propiedad industrial o comercial.

Es de reseñar, en este contexto, el papel ejercido por el TJCE que, con su jurisprudencia, reconoció el efecto directo de las disposiciones básicas sobre libertades de circulación, en particular de aquellas prohibitivas de todos los obstáculos a la misma (que imponían la remoción de los antiguos y la no adopción de nuevas trabas) a partir de la finalización del período de transición, con la excepción del artículo 67 relativo a la libre circulación de capitales. Con ello el ordenamiento jurídico comunitario, invocable ante las jurisdicciones internas por los particulares y las empresas, se erigía en el cómplice visible de los ciudadanos europeos ante la inercia, la pasividad o la resistencia de sus respectivos Estados en adecuarse a sus obligaciones comunitarias.

Las sensibilidades del vicepresidente de la Comisión, Etienne Davignon en su debate ante el PE de noviembre de 1979, la reacción inmediata de la Comisión para sacar todas las consecuencias de la jurisprudencia *Cassis de Dijon* sobre el plano normativo y operativo, la adopción por el Consejo de la Directiva 83/189 sobre «notificación previa de los obstáculos técnicos», la llegada de una personalidad como Jacques Delors a la presidencia de la Comisión, la aprobación por el Consejo de la Resolución de 7 mayo 1985, siguiendo la Comunicación de la Comisión de enero de 1985, sobre el *nuevo enfoque* en el ámbito de la armonización técnica y de la normalización, donde cristalizaban determinadas consecuencias en el plano de las técnicas normativas de la Sentencia *Cassis* forzaron, junto al momento político propicio, el lanzamiento por el nuevo colegio de comisarios del «Plan de acción para 1992», básicamente mediante el Libro Blanco sobre el Mercado Interior.

C. *Tercera fase: el Libro Blanco para la consecución del Mercado Interior.*

La ejecución de tal plan de acción fue posible gracias a la reforma institucional simultáneamente operada por el Acta Única Europea con su nueva disposición prevista en el artículo 100 A), que establecía por primera vez la base jurídica para la armonización legislativa en el ámbito del Mercado Interior (armonización técnica) mediante la *mayoría cualificada*. Además, el Acta

Única Europea introdujo en el TCE disposiciones que se fijaban como objetivo la consecución del Mercado Interior [artículo 8 A), artículo 100 A) y 100 B) y 100 C)] y, lo que es más importante –y fue hartamente discutido– fijaba una fecha para su implantación: el 31 de diciembre de 1992. El Libro Blanco sobre el Mercado Interior, mediante un texto programático pero pormenorizado, lograba (a) la identificación de las barreras físicas, técnicas y fiscales existentes, cara a su eliminación antes de la fecha-objetivo de 1992, para lo que (b) se acompañaba de un programa legislativo que incluía 282 propuestas de normas, la mayoría directivas, de las que una buena parte debían conformarse a la estrategia del que se vino a denominar *nuevo enfoque*, que examinaremos más adelante. Esta estrategia retomaba como base estructural la regla del *reconocimiento mutuo*, como garantía para hacer avanzar la máquina legislativa comunitaria – dotada a partir de este momento de una menor intensidad normativa–. Aparte del desarrollo del *nuevo enfoque* como método básico que aligeraría la tarea legislativa comunitaria y facilitaría tanto su adopción como su ejecución por los Estados miembros, la Comisión indicaba las necesidades legislativas particulares para ciertos sectores específicos: *tecnologías de la información y telecomunicaciones, sector de la construcción o productos alimenticios*. Los sectores *agroalimentario, farmacéutico o de fabricación de vehículos automóviles* no se presentaban como sectores propicios a la plena aplicación de la nueva estrategia, con lo que el nuevo enfoque, como sabemos, no les alcanzó.

En cualquier caso, el programa legislativo se puso en marcha con éxito gracias a disponerse, por fin, de los medios políticos y técnicos adecuados, y gracias a dos datos fundamentales para el conocimiento generalizado por los ciudadanos y la divulgación del mismo: por una parte, la fecha de 1992 como referente, generador de ilusiones, cuyo acercamiento permitía una periódica evaluación de unos avances ciertos. Por otra, la amplia repercusión del estudio dirigido por Paolo CECCHINI, el denominado *Informe Cecchini* sobre «el coste de la no-Europa», estudio pleno de ilustraciones y comprobaciones convincentes para los ciudadanos medios acerca del necesario carácter irreversible de la integración europea y de sus enormes beneficios concretos. Con esa fecha por delante y con un «animus» político y ciudadano del que hoy se carece en este terreno se fue, paulatinamente, cumpliendo el programa.

2. LOS ACTORES: CIUDADANOS Y OPERADORES, TRIBUNAL DE JUSTICIA Y COMISIÓN «VERSUS» ESTADOS MIEMBROS

Los obstáculos no arancelarios pueden producir efectos de naturaleza tan restrictiva para el comercio intracomunitario al igual que los derechos de aduana. Los clásicos obstáculos no arancelarios son las restricciones cuantitativas, es decir las *prohibiciones de exportación, o las limitaciones de la exportación o de la importación*: las cuotas, los contingentes. Su eliminación fue desde un principio un objetivo de la libre circulación de mercancías de particular relevancia para garantizar la liberalización de los productos entre Estados miembros. Ahora bien: los obstáculos técnicos como una prohibición estatal

de determinada publicidad, o una medida estatal realizada adoptada en base a *parámetros técnicos exclusivamente nacionales* que puede suponer unos costes relevantes de adaptación a un mercado específico (acordémonos de la propuesta de exigencia de la letra ñ en los ordenadores españoles para su comercialización) conllevan un efecto restrictivo incontestable, sin guardar apariencia alguna de restricción a la libre circulación. ¿Cómo deberían ser tratadas en el marco de la integración del mercado europeo?

De hecho, el «lenguaje» restrictivo de los Estados en el comercio internacional no ha sido un lenguaje fácil de comprender, ni de detectar en orden a la supresión de todo obstáculo. Una vez eliminados los derechos de aduana, mantenidos indirectamente mediante figuras más heterogéneas (las exacciones de efecto equivalente), lindantes o superpuestas a figuras tributarias que los Estados seguían manteniendo, dado que la fiscalidad seguía siendo aún competencia de los Estados miembros y ante las que la Comunidad había exigido únicamente su neutralización (como los tributos internos discriminatorios), toda *percepción pecuniaria* por el Estado, directamente o indirectamente impuesta, percibida y/o administrada por él se hacía imposible o enormemente difícil.

Por ello la batalla neoproteccionista, en el contexto histórico que ya conocemos, va a librarse en otro terreno más difícil de interceptar, en el de las barreras de naturaleza no pecuniaria, barreras técnicas, de apariencia más legítima que aquellas que operan en el terreno propiamente aduanero, principalmente porque plantean la cuestión inacabada de las competencias estatales en la organización de su propio comercio: sus tradiciones alimenticias o sus hábitos comerciales, fruto tantas veces de un diálogo social muy diverso en el mundo doméstico de los Estados miembros, junto a otros aspectos particularmente sensibles como son la salud pública, el medio ambiente o la protección de un consumidor más –o menos– avisado. ¿Puede, en potencia, afectar cualquier normativa interna relativa a la producción o a la comercialización de un producto el comercio entre Estados miembros? ¿Puede restringirla, aunque no distinga en su ámbito de aplicación entre productos nacionales y productos importados? Porque las restricciones propias del comercio internacional no provienen necesariamente de las medidas directamente limitativas a la importación de productos, lógicamente detectables, ni referidas directamente a los intercambios comerciales «*stricto sensu*», sino que pueden provenir de cualquier medida legislativa, reglamentaria o administrativa legítimamente adoptada, en ausencia de normas comunitarias, por cualquier Estado miembro. ¿Es posible, y legítimo además, «*poner puertas al campo*» y que el conjunto de la actividad normativa interna directa o indirectamente relacionada con la producción y la organización del comercio de mercancías quede bajo sospecha ante la vigilancia y la injerencia de la Comisión Europea? Pero, por otra parte, ¿es aceptable en el marco de los objetivos del Mercado Interior que los Estados miembros recurran calculadamente a sus parámetros nacionales para, «*de facto*» que no «*de iure*», impedir o desincentivar la importación de productos procedentes de otros Estados miembros? Nos hallamos ante el problema de los obstáculos

los técnicos, multiformes, de carácter industrial o comercial, de cualquier naturaleza, expresados, como veremos, en un lenguaje de aparente legitimidad por los Estados miembros a la caída de los obstáculos arancelarios y contingentarios más aparentes.

Tanto las restricciones cuantitativas (prohibiciones, cuotas a la importación y a la exportación) como las *medidas de efecto equivalente* a una restricción cuantitativa (principales medidas constitutivas de obstáculos técnicos) en el comercio intracomunitario se hallan prohibidas por el TCE: si son medidas cuyos efectos restrictivos se producen *frente a los productos importados*, por el artículo 28 TCE («ex» artículo 30). Si los efectos restrictivos se producen para limitar la *exportación de productos nacionales*, con el consiguiente efecto restrictivo para la importación de los mismos en otros Estados miembros, por el artículo 29 TCE («ex» artículo 34). Como elemento de flexibilidad, el artículo 30 TCE («ex» artículo 36) contempla las excepciones legales, contemplando la posibilidad de los Estados miembros adopten medidas nacionales contrarias a los artículos 28 y 29 para la protección de sus intereses fundamentales en materia de orden público y moralidad pública, de salud pública o de propiedad industrial o comercial. Por supuesto, ante medidas de armonización legislativa comunitaria en estos ámbitos, las competencias de los Estados miembros desaparecen, y la medida protección del *interés general* de cada Estado queda sustituida por una medida de protección del *interés general de la Comunidad*.

Debe señalarse que la jurisprudencia del TJCE había reconocido a los artículos 28 y 29 TCE («ex» artículos 30 y 34) el carácter de normas *claras, precisas e incondicionales*, reconociéndoles el efecto directo y, en consecuencia, dotándoles de invocabilidad ante las jurisdicciones internas, que garantizarán su plena aplicación «normalizada».

Las *medidas de efecto equivalente* (MEE) prohibidas en el artículo 28 concurrían con el tipo jurídico principal, las *restricciones cuantitativas* precisamente por la equivalencia de sus efectos, es decir por ser *restrictivas* para el comercio intracomunitario. Por ello, a pesar del carácter amplísimo de la definición dada por el TJCE desde su Sentencia *Dassonville* debido a la heterogeneidad de su base real, un sinnúmero de medidas posibles que no consistían precisamente ni en prohibiciones de exportación o importación, ni cuotas o contingentes; ni en propiamente cargas pecuniarias o tributos, prohibidas en otras disposiciones del Tratado CE venían prohibidas por este concepto «cesto». Su carácter formalmente residual en el texto fue pronto más virtual que real, puesto que las MEE constituirían, al menos desde el fin del período de transición, el centro del propio artículo 28 del Tratado.

En el momento en que aparece la Sentencia *Dassonville*¹⁰, una definición amplia de MEE entendida como aquélla que podía ser susceptible de suponer un obstáculo al comercio intracomunitario lograba, vinculando una acertada definición amplia de *ayuda* con una noción amplia de *restricción*,

¹⁰ Sentencia de 11 julio 1974, As. 8/1974, *Rec.* pgs. 837 y ss.

real o posible, un altísimo grado de intervencionismo comunitario en la capacidad normativa de los Estados miembros en su tarea reglamentaria, o gestora, de su propio comercio, al tiempo que atajaba de base cualquier medida normativa o administrativa de aquéllos de signo proteccionista de su mercado nacional. Pero, si bien frente a los Estados miembros esta jurisprudencia permitió actuar radicalmente a la administración comunitaria en un momento en que se hacía necesario debido a los reflejos neoproteccionistas de los Estados, los particulares y las empresas empezaron a cuestionar ante sus propias jurisdicciones, que en muchas ocasiones remitían sus cuestiones prejudiciales al TJCE, cualquier reglamentación comercial de sus propios países como sospechosa de tener una posible incidencia restrictiva en el comercio intracomunitario. Ello ocurría, además y paradójicamente, a instancias de la propia jurisprudencia general del Tribunal de Luxemburgo en materia de invocabilidad de las disposiciones comunitarias como primera consecuencia del efecto directo del artículo 28 («ex» artículo 30), y en general, de la «complicidad» con los operadores económicos generada por el propio Tribunal para garantizar el pleno efecto del ordenamiento jurídico comunitario, precisamente ante la resistencia de los Estados miembros en su quehacer cotidiano.

Por ello, creo que cabe, atemporalmente, reordenar los componentes de la noción de MEE, en particular en relación a este segundo requisito calificatorio, a saber: la necesidad del *carácter restrictivo* de la medida estatal. Procederemos, en primer lugar, al examen de un texto que debe considerarse fundamental por su procedencia, su naturaleza y su significado posterior: la *Directiva 70/50 de la Comisión sobre la supresión de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas* de 22 de diciembre de 1969¹¹.

Esta Directiva, cuya base legal la hallamos en el párrafo 7 del antiguo artículo 33 del Tratado CE y en las competencias provisionales especiales de que dispuso la Comisión durante el período de transición, podría ser calificada de *directiva póstuma*. Es el legado de su experiencia en el ámbito del control de las posibles MEE que ha ido paulatinamente detectando como más comunes entre Estados miembros y que, ya en el último mes de la fase transitoria –a partir de cuya finalización ya no dispondrá de un medio de expresión y de ordenación como las directivas– se dispone a reordenar en atención a criterios por ella establecidos, criterios que tendrán unas consecuencias importantes en el lenguaje jurídico futuro (jurisprudencial, normativo, doctrinal) en torno a la interpretación del artículo 28.

El texto de la Directiva 70/50 de la Comisión tuvo la enorme utilidad de recoger un sinfín de modalidades de MEE que, en su parecer, son las más comunes o peligrosas entre Estados miembros, fruto de su labor a lo largo de doce años de *roce* con las administraciones de éstos, al tiempo que inició un discurso interpretativo y metodológico fundamental para el paradigma del Mercado común, después Mercado Interior. Tras una exposición de mo-

¹¹ Directiva 70/50/CEE (DOCE L de 19 enero 1970).

tivos particularmente explícita, la Comisión aborda en tres artículos las MEE que son el centro de su atención y que deben ser eliminadas por sus efectos restrictivos, artículos que reproducimos sustancialmente por su interés:

a) En el apartado primero del artículo 2 manifiesta que constituyen el objeto de la directiva *las medidas que, diferentes de aquellas indistintamente aplicables a productos nacionales y a productos importados, obstaculizan las importaciones que podrían haber tenido lugar si tales medidas no hubieran existido*, comprendidas aquellas que hacen las importaciones más difíciles u onerosas que el comercio de los productos nacionales;

b) En el apartado segundo, se especifica que constituyen, en particular, objeto de la directiva las medidas que *subordinan la importación y el comercio de productos importados*, en cualquier estadio de comercialización, a una *condición requerida a los solos productos importados, o a una condición distinta y más difícil* respecto a las exigidas a los productos nacionales. Del mismo modo, son objeto de la directiva las medidas que *favorecen los productos nacionales o les conceden una preferencia*, distinta de una ayuda...;

c) En el apartado tercero la Comisión ejemplifica las MEE que entran en el campo de aplicación del artículo 2 (distintamente aplicables a productos importados) y que son más comunes. Estas eran: La imposición de precios mínimos o máximos a la importación, la imposición de precios desfavorables para los productos importados, la fijación diversa de los precios de productos nacionales e importados, o de los distintos elementos del precio de los productos, o lo hacen para estos últimos en función del precio del coste o calidad de los productos nacionales, de tal manera que obstaculizan su importación, la subordinación del acceso de los productos importados a la condición de la existencia de una representación territorial, la imposición de condiciones de pago específicas para los productos importados, la subordinación de la importación al depósito de una caución o garantía, la imposición de *condiciones sobre la forma, la dimensión, el peso, la composición, la presentación, la identificación, el acondicionamiento* de los solos productos importados o de condiciones más difíciles de responder, en relación a los productos nacionales, la obstaculización de la adquisición de productos importados, la incitación a la sola adquisición de productos nacionales, la imposición de la misma o la preferencia, la prohibición de la utilización de instalaciones o infraestructuras del país a los productos importados, o la reservan a los solo productos nacionales, la prohibición o la limitación de la publicidad, o del almacenamiento, de los productos importados o la subordinación de éste a condiciones más difíciles para los productos importados, la subordinación de la importación a la existencia de condiciones de reciprocidad, la prescripción de que los productos importados sean, total o parcialmente, conformes a una reglamentación distinta de la propia del país importador, la fijación para los productos importados de plazos o términos insuficientes o excesivos en relación al desarrollo normal de las operaciones previstas, la prescripción para los productos importados de *controles* a los que no se halla obligada la producción nacional, aunque no sean necesarios para asegurar

una protección equivalente, o la concesión a los solos productos nacionales denominaciones que no constituyen ni denominaciones de origen ni indicaciones de procedencia geográfica.; y,

d) En el artículo 3 la Directiva 70/50 se pronunciaba negativamente –considerándoles MEE prohibidas– sobre *las otras medidas*, aquéllas relativas a la *comercialización de los productos*, que conciernen, en particular, *la forma, la dimensión, el peso, la composición, la presentación, la identificación y el acondicionamiento* de los productos que, aunque son indistintamente *aplicables a los productos nacionales y a los productos importados*, sus efectos sobre la libre circulación de mercancías *exceden el contexto de los efectos propios* de una reglamentación comercial. Ello ocurre, en particular, cuando *sus efectos restrictivos sobre la libre circulación son desproporcionados* respecto al resultado que se persigue; y cuando *el mismo objetivo puede ser alcanzado a través de una medida menos restrictiva* para el comercio. He aquí la formulación del principio de proporcionalidad, más allá de la noción de discriminación.

En efecto: si analizamos este texto que es heredero de una realidad muy concreta, la vivida durante el período de transición, la Comisión se dirigía a la supresión de aquellas MEE que, tras el desmantelamiento contingentario formal, aparecen frecuentemente como obstáculos técnicos a la libre circulación. Y estructuraba su definición y su ejemplificación mediante una triple distinción: (a) el primer criterio es el relativo al ámbito de aplicación básico de la directiva: las medidas estatales *distintamente aplicables a los productos importados* (MDA), frente a las *indistintamente aplicables a los productos nacionales e importados* (MIA); las primeras, al suponer un trato específico, suelen tener un contenido y alcance discriminatorio, lo que no ocurre con las segundas; (b) el segundo criterio es el del examen *material* de la medida mediante el análisis de su *proporcionalidad*: en efecto, incluso si una medida es *indistintamente aplicable a todos los productos* (y por tanto no es discriminatoria en cuando a su ámbito de aplicación o alcance) también puede ser *restrictiva* si sus efectos sobre el comercio intracomunitario *exceden de los efectos propios de una reglamentación comercial*, siendo desproporcionados al resultado perseguido, existiendo medidas menos restrictivas; y (c) el tercer criterio consiste en la distinción, entre las medidas relativas a la *forma, peso, composición, presentación, identificación o acondicionamiento* del producto, y el resto de medidas de comercialización.

La definición que cuatro años más tarde recoge el TJCE en su Sentencia *Dassonville* nada precisará en torno a esta tipología previamente señalada, utilizando el concepto amplio de «reglamentación comercial». La jurisprudencia tardará años en asumir en su lenguaje interpretativo una terminología económico-administrativa de la Comisión de una enorme utilidad, que se centraba en el análisis de las *restricciones* al comercio intracomunitario (acceso al mercado) y no de las discriminaciones entre productos (funcionamiento del mercado), insuficientes desde la óptica del Tratado. De la amplísima experiencia del Tribunal entre 1974 y 1979 (fecha de la Sentencia *Rewe-Cassis de Dijon*), y entre 1979 y 1993 (fecha de la sentencia *Keck-Mit-*

*houard*¹²) que más abajo examinaremos, podríamos proceder, con los ingredientes anteriores, junto a una buena parte de la doctrina, a la siguiente tipificación de las MEE como:

- a) *Medidas distintamente aplicables* (MDA) a productos nacionales y a productos importados de otros Estados miembros. Beneficiando normalmente la producción nacional, el TJCE las considera MEE, únicamente justificables acogiendo a una de las excepciones legales del artículo 30;
- b) *Medidas indistintamente aplicables* (MIA-P) a productos nacionales o productos importados *relativas al producto en sí* y a sus características técnicas: su composición, elaboración, presentación y acondicionamiento. Pueden ser consideradas MEE, según la jurisprudencia *Cassis de Dijon* si no quedan justificadas por una *exigencia imperativa de interés general* de un Estado Miembro, y son proporcionadas (en cuyo caso no llega a constituir una MEE), pudiendo acogerse también una justificación legal con arreglo al artículo 36. En cualquier caso, si sus efectos restrictivos son desproporcionados en relación a su objetivo, constituirán, según el TJCE, MEE; y
- c) *Medidas indistintamente aplicables* (MIA-V) a productos nacionales y a productos importados *relativas al sistema o a la modalidad de comercialización del producto*, las denominadas en Europa *modalidades de venta*, «externalidades» concretas de la circulación comercial en cada país. En esta categoría entran las reglamentaciones nacionales, incluso regionales o locales, sobre promoción comercial, sobre libertad comercial y sus limitaciones, sobre horarios comerciales; fruto en tantas ocasiones de delicados pactos sociales y reivindicaciones corporativas, junto a antiguas tradiciones de cada país relativas a circuitos comerciales o exigencias profesionales: *quién, cuándo, dónde, cómo* se comercializará un producto. Quién se hallará habilitado para vender en una farmacia, cuándo se podrá vender determinados productos en un establecimiento (venta nocturna o en domingo), dónde se podrá vender la leche para bebés, cómo y bajo qué apelación se deberán vender los cosméticos... Desde mitades de la década de los ochenta el TJCE examina estas medidas comerciales como posible MEE, teniendo cabida también en la categoría de «reglamentaciones comerciales» de la Sentencia *Dassonville*, y la situación de inseguridad jurídica perdura hasta 1993, aclarándose sustancialmente con la jurisprudencia *Keck-Mithouard*, que excluye las modalidades de venta del centro de atención del artículo 28, y de su campo de aplicación, salvo que se compruebe su naturaleza protectora, «de iure o de facto», de la producción interna.

Junto a esta triple calificación de las posibles MEE, el TJCE, a la insistencia de algunos de sus Abogados Generales, acogió desde los primeros años noventa en algunos casos determinados un criterio de análisis «ad hoc» de los distintos tipos muy heterogéneos de reglamentaciones comerciales, comunes a todos los productos, nacionales e importados, y en particular de las

¹² Sentencia de 24 noviembre 1993, Asuntos acumulados C-267 y C-268/1991, *Rec.* pgs. I-6017 y ss.

relativas a las modalidades de venta, criterio basado simplemente en determinar el *grado de lejanía o de improbabilidad de incidencia de la medida en el comercio intracomunitario*: se tratará de comprobar si la medida estatal sospechosa tiene una *incidencia demasiado aleatoria e indirecta* en el comercio entre Estados miembros (Sentencias en el Asunto *Yamaha Motorradcenter* de 13 octubre 1993 –As. C-93/1992–, en el Asunto *Peralta*, de 14 julio 1994 –As. C-379/1992–, entre otras), test casi siempre aplicado a efectos negativos, de exclusión de tales reglamentaciones de la noción de MEE.

Recordaremos en este punto que el TCE, en su artículo 33, había otorgado a la Comisión unas competencias provisionales específicas para el desmantelamiento aduanero y contingentario que comprendían la posibilidad de adopción («ex» artículo 33.7) de directivas en el ámbito de la libre circulación de mercancías dirigidas, en particular, a la desaparición de medidas estatales contrarias al Tratado y que ésta ejerció con severidad y rigor. La Comisión estaba pues habilitada para manifestarse por medio de *directivas*, al tiempo que controlaba los obstáculos a los flujos del comercio intracomunitario y se habituaba al trato directo con las administraciones nacionales de los seis Estados originarios y estos últimos *trataban* a su vez con la administración comunitaria, con sus servicios aduaneros y técnicos (la antigua DG III de la Comisión, posteriormente DG XV). Como sabemos, la directiva más trascendente fue la adoptada, como se ha dicho más arriba, el último mes, el mes de diciembre antes de finalizar el período transitorio, y que hemos aquí calificado de *póstuma*: la Directiva 70/50 dirigida a la supresión de las MEE, a cuyo contenido nos remitimos, en la que la Comisión ofrece muchas claves de determinados desarrollos interpretativos posteriores.

A partir de 1970 la Comisión prosiguió la detección y persecución de las MEE más flagrantes, aunque disponía de menos medios de actuación: disponía únicamente de sus competencias generales basadas en el artículo 211 («ex» artículo 155) como *guardiana* de los Tratados, y en particular de la capacidad de instar, en base al artículo 226 («ex» artículo 169), un procedimiento de *incumplimiento* ante el TJCE, cuya fase precontenciosa permitía, en cualquier caso, resolver muchos obstáculos mediante la negociación previa, dando una salida positiva a los expedientes de infracción. La Comisión no bajó la guardia, y prosiguió una labor enérgica aunque mucho más difícil, debido fundamentalmente a la desaparición de los obstáculos más aparentes, consistentes normalmente en MDA para las mercancías importadas. A pesar de ello subsistieron no pocas de estas últimas, bajo un criterio de aparente legitimidad y necesidad: las formalidades aduaneras y aquellas vinculadas al intercambio de productos (licencias, autorizaciones, etc.) y los controles sanitarios y fitosanitarios, que acarreaban un coste económico importante para los operadores económicos, que examinaremos a continuación en el marco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Son de particular importancia, si examinamos el *soft law*, las precisiones que la Comisión ofrece en sus *Comunicaciones* cuando manifiesta su actitud sobre casos concretos en los que el TJCE no se ha pronunciado (transparencia «ex ante») o una vez el Tribunal ha pronunciado una sentencia relevante (transparen-

cia «ex post»), analizándola y deduciendo a su vez determinadas consecuencias en su posición y en el plano de sus futuras proposiciones normativas para la consecución del mercado interior.

En cualquier caso, el «ex» artículo 169 se utilizó de manera sistemática y hasta sus últimas consecuencias, lo que no impidió que los operadores económicos siguieran prefiriendo acudir ante sus jurisdicciones nacionales para cuestionar, «atormentando» al TJCE con sus cuestiones prejudiciales, cualquier reglamentación comercial nacional eventualmente contraria al artículo 28 del Tratado, con las consecuencias de una más que copiosa jurisprudencia en interpretación de este concepto.

Durante las dos primeras décadas de aplicación del Tratado se sobreentendió, tanto por la Comisión como por las administraciones nacionales, que la liberalización del comercio entre Estados miembros suponía, directa y fundamentalmente, la abolición de los obstáculos a las importaciones y exportaciones, es decir, de las llamadas MDA, medidas distintamente aplicables a las mercancías importadas, cuyo estatuto comercial en un mercado sin fronteras debía ser común a las mercancías nacionales. Aparte de los contingentes y cuotas por productos, la práctica interestatal recogía múltiples muestras de medidas administrativas específicas, de las que el Asunto *Dassonville* (As. 8/1974), resuelto mediante la harto conocida Sentencia de 11 julio 1974 es un claro paradigma. Esta fase está marcada, por un lado, por un contexto aún favorecedor de este tipo de prácticas: exigencias específicas, formalidades y controles; y por otro, por la interpretación amplia del Tribunal de 1974, en línea con su jurisprudencia teleológica en otros sectores como en el del derecho de la competencia, de conducción *estructural* de los comportamientos de los Estados miembros y de los operadores económicos hacia un fin *integrador del mercado*. Para ello había que actuar *antes* de que un obstáculo nazca, la simple *posibilidad de alteración* del comercio interestatal suscita la competencia comunitaria, invirtiéndose la demostración de que no existe ni tan solo posibilidad de restricción comercial hacia los propios Estados, que deberán encontrar justificación – y no les será nada fácil– en las excepciones legales del artículo 30.

Una segunda fase, siempre bajo el «palio» interpretativo de la Sentencia *Dassonville*, se iniciará a finales de los años 70 –ya había sido detectada por la Comisión a lo largo del período transitorio, aunque no con carácter prioritario– con el planteamiento ante el Tribunal de la posible contrariedad al artículo 28 de las normas sobre especificaciones de los productos (MIA-P). Esta segunda fase, que se condensará en la fórmula de la Sentencia *Cassis de Dijon*, se proyectará con su nuevo lenguaje interpretativo hasta la actualidad, pautando claramente un método interpretativo muy útil para las normas técnicas relativas a productos, en un contexto mucho más tranquilizador como el propio de la segunda mitad de los años ochenta, tras el desbloqueo legislativo comunitario producido por la reforma del AUE y la ejecución del Programa legislativo del Mercado Interior.

La jurisprudencia *Dassonville*, sin embargo, siempre viva aunque enorme-

mente precisada por la jurisprudencia *Cassis de Dijon* para los obstáculos relativos a la definición y especificaciones de los productos, se iba mostrando insuficiente para solucionar coherentemente los numerosos asuntos que llegaban al Tribunal procedentes de quejas de operadores económicos relativas a normativas estatales sobre horarios y sobre otras limitaciones comerciales o publicitarias o prohibiciones de determinados tipos de venta, entre tantas otras medidas heterogéneas: las «modalidades de venta». Por ejemplo ¿era la jurisprudencia *Dassonville*, relativa a una MDA a la importación, o la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, relativa a la composición de un producto para su comercialización interna, MIA-P, aplicable a estos supuestos? El TJCE, a lo largo de los años 80 y principios de los 90, iba dando signos de desconcierto y de un cierto cansancio en el tratamiento de su propia jurisprudencia a tales MIA-V, cuando en noviembre de 1993 apareció la esperada Sentencia *Keck-Mithouard* tranquilizando muchos espíritus aunque haciendo aparecer de nuevo algunos fantasmas de épocas anteriores.

Lo que se intentará a continuación es, en una combinación ahistórica y tipológica de los distintos *ingredientes* de un concepto jurídico-económico como el de MEE, una breve revisión de la jurisprudencia del TJCE en sus momentos decisivos tomando como punto de partida el final del período de transición y la Directiva 70/50. El paso jurisprudencial que suponga cada uno de estos momentos será aplicado a los tipos concretos de MEE que hemos clasificado más arriba. Así, partiremos de un primer momento (1974) con la aparición de la jurisprudencia *Dassonville*, de lucha particular para las MDA; de un segundo momento (1979), con la aparición –acumulada al escenario anterior– de la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, de solución directa de las MIA-P, junto con un importante cambio de escenario normativo tras el AUE; y de un tercer momento (1993), con la jurisprudencia *Keck-Mithouard* relativa a las MIA-V, que expulsa a las modalidades de venta –en principio– del ámbito material, prohibido, de las MEE. En suma, un patrón jurisprudencial, el de 1974, con dos precisiones que matizan su aplicación a los dos tipos genéricos de «reglamentaciones comerciales» estatales: sobre *productos en sí* (1979) y sobre *modalidades de venta* de los mismos (1993).

3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE MEE

A. *Primer momento: la jurisprudencia Dassonville (1974) y las MDA.*

En su Sentencia en el Asunto *Dassonville* de 11 julio 1974, antes citada, el Tribunal confirmó una definición muy amplia de MEE definiéndola, recordémoslo, como *toda reglamentación comercial susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario*. Esta confirmación jurisprudencial de una fórmula amplia ya aplicada por la Comisión significó que por *reglamentación comercial* se entendían no sólo las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros, sino también, como hemos visto, las *prácticas administrativas* de éstos. Pero, en cuanto al segundo requisito, el elemento restrictivo de los intercambios, la nueva jurisprudencia impuso una noción muy amplia de *restricción*, inclu-

Blanca Vilá Costa

yéndose el efecto potencial: así no hacía falta de la prueba del *efecto real* de carácter restrictivo de una medida concreta, sino que *el propio obstáculo o traba potencial al comercio* era suficiente, bajo un cálculo de posibilidades de desarrollo de los intercambios con y sin la medida estatal incriminada, considerándose suficiente que tal medida *hiciera más difícil o desincentivara* los flujos comerciales entre Estados miembros.

Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento del TJCE concernían tanto la libre circulación de mercancías como el derecho de la competencia, y en concreto el régimen aplicable bajo el Tratado a los llamados «importadores paralelos». Los *Hermanos Dassonville* importaban whisky escocés en Bélgica desde Francia, haciéndose imposible la presentación de un *certificado de autenticidad* del whisky importado por la autoridad de origen competente, exigencia impuesta por una *práctica administrativa* belga: «Un certificado de autenticidad que es más difícilmente accesible a los importadores de un producto auténtico introducido regularmente a la libre práctica en otro Estado miembro, que a los importadores del mismo producto con procedencia directa desde el país de origen *constituye una medida de efecto equivalente* a una restricción cuantitativa».

Esta amplia definición se mostró suficientemente amplia para atajar cualquier medida restrictiva, de las más flagrantes –como la del caso, MDA– a las más sutiles, aquéllas que los propios Estados reivindicaban dentro del campo de sus competencias, que deberían en adelante justificar, más que nunca, en las *excepciones legales del artículo 30* («ex» artículo 36) o en una *medida de salvaguarda comercial* del artículo 134 («ex» artículo 115) TCE. Quedaba una gran cuestión abierta: ¿cuál era el real ámbito material de aplicación del artículo 28, tras la Sentencia *Dassonville*? ¿cubriría también, sin distinciones, cualquier posible reglamentación comercial que apareciera en el futuro fruto de la actividad normativa – industrial o comercial– de los Estados miembros, cubriendo ambas categorías de MIA (P y V)? De hecho, esa fue la interpretación, a nuestro juicio posiblemente «desbocada», que se le dio –y se le ha venido dando hasta época reciente– a la jurisprudencia de 1974, y que los dos *momentos* posteriores jurisprudenciales aquí señalados contribuyeron a precisar.

En cualquier caso, tomando como referente la jurisprudencia *Dassonville*, el TJCE fue paulatinamente dando respuesta a la interpretación de las MDA, aplicándola a dos tipos de medidas estatales, distintamente aplicables, frecuentes.

Una primera categoría de MDA estaba constituida por todo un conjunto de *formalidades* vinculadas a los intercambios comunitarios: obligación de solicitar *autorizaciones, licencias, visados administrativos o certificados de origen*. Salvo la aplicación de una medida de salvaguarda comercial («ex» artículo 115), el TJCE las consideró siempre contrarias a los artículos 28 y 29 («ex» artículos 30 y 34) TCE en tanto que MEE (Sentencia en el Asunto *International Fruit Co.* de 15 diciembre 1971 –Asuntos acumulados 51-54/1971–, sobre *licencias de importación*). En la Sentencia *Donckerwolcke*, de 15 diciembre 1976

(As. 41/1976) el TJCE manifiesta que «las disposiciones del artículo 30 se oponen, en los intercambios intracomunitarios, a la aplicación de una legislación nacional que mantiene la *exigencia de un título de importación*; quedan condenadas toda clase de licencias, aunque se concedan de manera automática...», jurisprudencia confirmada en otros asuntos posteriores y hasta recientes (Sentencias de 26 octubre 1989 en el Asunto *Levy* –As. C-221/1988–, de 5 julio 1990 en el Asunto *Comisión c. Bélgica* –As. C-304/1988– o de 19 marzo 1991 en el Asunto *Comisión c. Grecia* –As. C-205/1989–, sobre exigencia de *certificados sanitarios*).

Una segunda categoría concierne la práctica administrativa de los *controles sanitarios o fitosanitarios* exigidos por los Estados miembros en el tráfico intracomunitario. Por una parte hallamos aquellos autorizados en aplicación de las normas de derecho comunitario derivado, y por lo tanto lícitos, aunque pueden contener *restricciones ocultas*. Como principio general, los controles deben ser efectuados en el país de origen de las mercancías y el Estado destinatario debe únicamente comprobar las formalidades realizadas con ocasión de tales controles. Por ello, el hecho de la *práctica sistemática de los controles* más allá del puro control documental constituye una MEE (Sentencia de 15 diciembre 1976 en el Asunto *Simmenthal* –As. 35/1976–). El TJCE ha dejado bien claro desde su jurisprudencia en el Asunto *Biologische Produkten B.V.* (Sentencia de 17 diciembre 1981, As. 272/1980), que las autoridades del Estado importador no disponen del derecho de exigir *sin necesidad* análisis técnicos o químicos *cuando tales análisis han sido ya efectuados en otro Estado miembro y sus resultados se hallan a la disposición de estas autoridades o pueden suministrárseles si lo solicitan*. Por otra parte, las operaciones de control pueden constituir MEE si, aunque necesarios por no haberse efectuado antes, tienen *un coste económico* o exigen el *transcurso de un período de tiempo* desproporcionado, de carácter claramente antieconómico para los operadores. Y pueden además constituir (vid. supra) una EEE a un derecho de aduana.

Las medidas estatales relativas a fijaciones de precios *máximos y mínimos*, en principio considerables como MEE han supuesto enormes dificultades de tratamiento e interpretación para la Comisión y para el Tribunal de Justicia. Sin embargo aparece claro que las MDA sobre precios de los productos importados quedan prohibidas por su contrariedad con el artículo 28 TCE, apareciendo claramente su naturaleza proteccionista y discriminatoria y, en consecuencia, su *alcance restrictivo*. Hallamos aquí la jurisprudencia *Et. Leclerc-precio fijo de los carburantes* (As. *Cullet-Leclerc*, Sentencia de 29 enero 1985, As. 231/1983) y *Et. Leclerc precio fijo del libro importado* (Sentencias de 10 enero y 11 julio 1985, As. 229/1983 y 299/1983) y, en el ámbito alimentario, la jurisprudencia *Nederlandse Bakkerij*, sobre el precio de venta al detall del pan (Sentencia de 13 noviembre 1986 –Asuntos acumulados 80 y 159/1985–) o *Lefebvre* (Sentencia de 2 julio 1987 –As. 188/1987–), relativa a una reglamentación nacional de control de los precios al detall del vacuno, que imponía a los minoristas la obligación de no vender sus productos por encima de un precio prefijado.

B. Segundo momento: La jurisprudencia *Cassis de Dijon* (1979) y las MIA(P).

Llegamos a fines de la década de los años setenta sin una respuesta clara a la siguiente cuestión: ¿constituyen MEE las reglamentaciones nacionales –indistintamente aplicables a productos nacionales e importados– que definen estrictamente las *condiciones técnicas* o *cualitativas* de un producto, en la medida en que son susceptibles de *desincentivar* la importación de productos extranjeros debido a los *costes de adaptación* a un mercado del país importador? Porque, cada vez que un Estado miembro no encuentra una justificación en las excepciones legales del artículo 30 (orden público y moralidad pública, salud pública, patrimonio histórico o artístico, protección de la propiedad industrial y comercial) ¿constituye tal reglamentación, en calidad de obstáculo técnico, una MEE?

Como la historia comunitaria nos recuerda, a finales de esa década, en el momento en que se plantea el asunto que dará lugar a la Sentencia de 20 febrero 1979 en el Asunto *Cassis de Dijon* (As. 120/1978) tres factores son evidentes: (a) los obstáculos técnicos eran muy numerosos y procedían en su mayor parte de la disparidad natural entre legislaciones nacionales; (b) no era posible la armonización legislativa debido al bloqueo en el Consejo, por la exigencia de unanimidad para su aprobación, de más de un centenar de directivas reglamentistas *verticales*, por productos, de una *alta intensidad normativa*; y (c) los operadores económicos, y en particular los importadores o consumidores, no cesaban de impugnar sus propias legislaciones nacionales técnicas o comerciales ante sus jurisdicciones nacionales, invocando los efectos directos del artículo 28 TCE («ex» artículo 30).

Así, el tema de fondo a resolver era de un gran alcance: no alcanzaba solamente la definición de un concepto, el de MEE, por la jurisprudencia comunitaria. Debía alcanzarse una fórmula jurisprudencial equilibrada que resolviera, en tanto interpretaba el concepto de MEE, el *grado aceptable –y gestionable– de disparidad jurídica entre Estados miembros compatible con un mercado interior, en ausencia de normas comunitarias de armonización*, debida a la incapacidad legislativa comunitaria, incapacidad que no cabía atribuir a cada uno de los Estados miembros.

La disparidad jurídica es legítima, e incluso es la base del modelo comunitario en cuanto esa misma disparidad no produzca distorsiones u obstáculos, siendo entonces eliminable por vía de armonización. Pero, en sus reflejos neoproteccionistas permanentes, incrementados en épocas de crisis, los Estados miembros reinventaban requisitos definitorios de los productos, estándares de composición o procedimientos de elaboración acordes con las *tradiciones de su producción nacional o de sus consumidores* que sí «marcaban» su mercado interno en contra de los objetivos de creación de un mercado interior, creando exigencia adicionales.

Por tomar ejemplos suscitados por la práctica de distintas MIA(P), mencionaremos el sector alimentario. Todos los Estados miembros disponían de reglamentaciones nacionales *restrictivas de las grasas vegetales* para el choco-

late (con la excepción de RU, Irlanda, Dinamarca), varios de ellos para los helados (RFA, Francia, Grecia, Luxemburgo); o contenían las famosas *leyes de pureza* de determinados productos nacionales conforme a sus parámetros de composición y elaboración (así, de la *cerveza*, RFA, Grecia; de la *pasta*, Italia) o el contenido proteínico mínimo de la *carne*. En este sector, el mercado de las *bebidas alcohólicas* era –en ausencia de armonización comunitaria– particularmente complejo por las dificultades técnicas de determinación del grado máximo, y también mínimo, de alcohol, entre otras especificaciones.

El asunto que da lugar a la Sentencia *Cassis* trata de una reglamentación comercial alemana que exigía que las denominadas *bebidas espirituosas* tuvieran un *índice mínimo* de alcohol (en el caso concreto 32 grados, frente a los 18 grados de la bebida francesa *Cassis de Dijon*) invocando el gobierno alemán en su justificación la *protección de la salud pública* de determinadas categorías de personas, en particular de los jóvenes.

Es en el contexto ofrecido por los tres factores antes enumerados cuando aparece la respuesta del Tribunal a la cuestión prejudicial planeada por la jurisdicción alemana, cuya fórmula es harto conocida, sintetizándose en los postulados siguientes, ordenados según (a) el ámbito material de aplicación de la decisión del Tribunal, (b) la formulación positiva de la regla y (c) el límite a la regla de la libertad de circulación, y sus condiciones de apreciación. Veamos:

- a) en ausencia de armonización de legislaciones;
- b) todo producto legalmente *fabricado y comercializado en un Estado miembro debe poder circular libremente por cualquier otro Estado miembro*; y
- c) salvo si la *medida estatal indistintamente aplicable* (MIA), resultado de la disparidad de las legislaciones nacionales, se halla justificada, de manera *necesaria y proporcionada*, por una *exigencia imperativa* relativa a la lealtad de las transacciones comerciales, a la eficacia de los controles fiscales, a la salud pública o a la protección del consumidor.

Esta expresión delimita perfectamente el ámbito material de la decisión *Cassis de Dijon*, manteniéndose su razonamiento en la medida en que no se dé armonización comunitaria. En tales supuestos ¿cómo gestionar adecuadamente en un contexto de integración económica la *diversidad* y, sobre todo, la *disparidad jurídica* de los Estados miembros ante una medida legislativa o reglamentaria, de naturaleza técnica, legítima, pero diversa? La fórmula jurisprudencial intenta no hacer recaer en los Estados miembros, ante la incapacidad legislativa comunitaria, serios recortes de sus «alas» en el ámbito industrial y comercial interno (c) pero, como vemos en (b) les impone, a través de la regla del mutuo reconocimiento, la libre circulación «de facto».

La regla fundamental que se manifiesta en la Sentencia *Cassis de Dijon* es la regla del *mutuo reconocimiento*. ¿Cuál es su alcance? En principio parece claro su fundamento directo en la libertad de circulación de mercancías, como regla de derecho *espontáneo* o *semiespontáneo*, de carácter automático. Su

alcance es más difícil de precisar: en el contexto estudiado, el propio de esta jurisprudencia, actúa de regla garantía de la libre circulación al margen de los poderes normativos comunitarios o estatales, comportando en consecuencia una seria obligación para los Estados importadores de reconocer las *condiciones legales de producción y de comercialización del país de origen*.

El tercer postulado enuncia la excepción jurisprudencial y, a la vez, las condiciones de aplicación de la misma, habiendo sido el postulado *identificador* de la doctrina del Tribunal en este caso. En realidad, es aquél que se refiere a *la figura* en cuestión, la medida estatal susceptible de ser considerada como MEE, y a su excepcional legítima *invocabilidad* en un caso concreto, en cuyo caso *no debería ser considerada MEE*, no entrando en la prohibición del artículo 28 TCE: en cuanto a la figura acogible a la excepción, deberá tratarse de una MIA. En el caso concreto, queda claro que se trataba de una normativa de comercialización de bebidas de bajo índice alcohólico, es decir de una MIA(P). En cuanto a la excepción que enuncia de nueva planta el Tribunal, dos son las condiciones que exige:

- a) Que se dé un *título de invocabilidad*, las denominadas *exigencias imperativas* de *interés general* de un Estado miembro, citando explícitamente a título ilustrativo, más allá de las bases para una excepción legal del artículo 30: la lealtad de las transacciones comerciales, la eficacia de los controles fiscales, la salud pública, la protección del consumidor. Todos estos títulos de invocabilidad corresponden, como puede observarse, al «núcleo duro» definidor del *interés general*, como hemos visto, a nivel estatal, normalmente regulado mediante *normas materiales imperativas* en el orden interno; y,
- b) Que la medida que goce de tal título de invocabilidad sea *necesaria y proporcionada*: es decir, que no venga garantizada por ninguna otra medida del país de origen de la mercancía, pues se daría un *doble empleo*, siendo por tanto necesaria; y que no sobrepase el objetivo a conseguir, no pudiéndose dar una medida menos restrictiva, es decir: que sea el resultado de un juicio de proporcionalidad¹³.

¹³ Recordaremos lo visto supra, al hablar del nuevo enfoque en materia de armonización técnica: si bien, en un primer momento, fue patente la incidencia en el método de análisis del Tribunal de los elementos contenidos en la Directiva 70/50 de la Comisión (la distinción entre MDA y MIA; la distinción tipológica de las medidas relativas al producto en sí [peso, dimensiones, elaboración composición, presentación...], el principio de proporcionalidad de una medida estatal, que si es indistintamente aplicable no atrae su atención por no tener un impacto restrictivo, y el criterio del impacto restrictivo como configurador de la MEE), es aquí esta sentencia la que genera un nuevo discurso metodológico. En efecto, limitando la reglamentación comunitaria a las *exigencias esenciales* de seguridad, fundamentalmente, se reducen los riesgos normativos y aplicativos. Reenviando a las instancias de normalización la definición y la conformidad de las condiciones y de los parámetros técnicos, aparte de que se realiza un ejercicio de subsidiariedad vertical y horizontal, se propicia el acercamiento entre los modelos de los distintos Estados miembros; adoptando la regla del mutuo reconocimiento como *umbral mínimo*, el nuevo enfoque la generaliza cuando menos a título de garantía efectiva de la libre circulación.

Quedó por aclarar si, como había ocurrido con la Sentencia *Dassonville*, la jurisprudencia de nueva planta acogía también dentro de su noción de MEE susceptible de quedar justificada por una exigencia imperativa de interés general no sólo las MIA relativas a los productos *en sí*, sino a las MIA relativas a las *modalidades de venta*. En cualquier caso el Tribunal proyectó su jurisprudencia, con mayor o menor dificultad, sobre cualquier tipo de eventual MEE cuestionada bajo la óptica del artículo 28 del Tratado y por su contrariedad con el mismo; tratárase de una definición técnica del producto o de una medida de comercialización o modalidad de venta, cuya tipología no se hallaba aún seriamente elaborada como categoría susceptible de un tratamiento autónomo.

Por su parte, la Comisión reaccionó rápidamente ante la sentencia mediante su *Comunicación interpretativa de la Sentencia Cassis de Dijon*, y su reacción, que siguió al debate en el PE de su vicepresidente E. Davignon, fue determinante en el cambio de óptica en cuanto al método de armonización legislativa para la consecución del Mercado Interior que se operó desde principios de la década de los 80, y en especial, con el *nuevo enfoque* en materia de armonización, que asumía la regla del *reconocimiento mutuo* como mecanismo propulsor de la integración del mercado.

El TJCE utilizó a lo largo de la década de los 80 el *test Cassis de Dijon* para filtrar muy variadas medidas estatales indistintamente aplicables reglamentadoras de las características de los productos: así, en el caso de la ley alemana sobre la *pureza de la cerveza* (Sentencia de 12 marzo 1987 en el Asunto *Comisión c. Alemania* –As. 178/1984–) o de la ley italiana sobre la *comercialización de la pasta* (Sentencias de 14 julio 1988 en los Asuntos *Glocken GmbH* –As. 407/1985– y *Zoni* –As. 90/1986–), admitiendo muy restrictivamente la invocabilidad de las exigencias imperativas por parte de los Estados miembros (Sentencias de 19 febrero 1981 en el Asunto *Kelderman* – As. 130/1980– y de 5 febrero 1981 en el Asunto *KK. Kaasfabriek* –As. 53/1980–) y dejando muy claro que el razonamiento seguido para su postulado específico, la invocabilidad de las llamadas *exigencias imperativas*, no era posible frente a medidas estatales *distintamente* aplicables (MDA), como examinó en el caso *Souvenir de Irlanda* (Sentencia de 17 junio 1981 en el Asunto *Comisión c. Irlanda* –As. 11/1980–), cuya única posibilidad era pretender acogerse a las excepciones legales del artículo 30 del Tratado.

En fin: a lo largo de esta década, y bajo la proyección de la jurisprudencia *Dassonville* ya matizada por el *test Cassis de Dijon*, el TJCE empieza a aplicar a todo tipo de MIA un razonamiento paralelo, fuertemente anclado en el rigor a la hora de aceptar determinadas exigencias imperativas que no fueran justificables por la *salud pública* o la *protección del consumidor*, aunque fuera aumentando el «núcleo duro» de las mismas. Y el juicio de *proporcionalidad* a la hora de valorar la eventual MEE se convierte en la regla de oro, de no siempre fácil aplicación.

C. *Tercer momento: la jurisprudencia KeckMithouard (1993) y las MIA(V)*.

Si examinamos cuál es a fines de los 80 y principios de los 90 el régimen

jurídico de esa categoría heterogénea de reglamentaciones estatales reguladoras de los «parámetros comerciales» (las *modalidades de venta*, que aún no eran tratadas mediante un régimen autónomo), llegamos a la conclusión de que la noción de MEE es aplicada con una cierta intuición y con una buena voluntad política en cuanto a sus líneas generales, pero con una gran falta de coherencia interpretativa por el Tribunal. Por ejemplo, se utiliza una noción amplia en el ámbito de la *publicidad* y de los métodos de *promoción de ventas* (Sentencias *Osthoek*, *Aragonesa de Publicidad*, *GB-INNO*, *Yves Rocher*); se utiliza una noción más restringida en algunos asuntos relativos a los *horarios comerciales y venta en domingo*; y aún se hace recurso a una noción más estrecha en otros asuntos sobre *horarios comerciales de las panaderías* o sobre *prohibiciones de venta de artículos pornográficos* (Sentencias *Oebel*, *Quietlynn*, *A. Richards*).

Tomando un ejemplo clásico de aplicación, ya desde la importante Sentencia *Cinethèque*, de 11 julio 1985 (Asuntos acumulados 60-61/1984), el TJCE analiza si puede constituir una MEE (V) contraria al artículo 28 una normativa francesa que, con objeto de proteger a la industria cinematográfica, limitaba provisionalmente la difusión de los «films» de estreno mediante otros soportes, y en consecuencia prohibía la comercialización de los «films» mediante *vídeos* hasta transcurrido un año de su comercialización en salas. La normativa francesa era, a los ojos del Tribunal, restrictiva en la medida en que prohibía la comercialización de los vídeos importados desde los otros Estados miembros en que no existía tal prohibición durante ese período de tiempo: era una MIA (V), aplicable a todas las cintas de vídeo:

«[e]ste régimen, si bien se aplica indistintamente a los productos nacionales e importados, no *tiene por objeto regular las corrientes de intercambios*... no obstante, la aplicación de ese régimen *puede generar trabas en los intercambios intracomunitarios* como consecuencia de las disparidades entre los regímenes aplicables en los distintos Estados miembros... en estas circunstancias sólo es compatible con el principio de libre circulación de mercancías... si las posibles trabas que ocasiona en los intercambios comunitarios no van más allá de lo necesario para garantizar el objetivo perseguido y si este objetivo está justificado a la luz del Derecho comunitario...».

Veamos, sin embargo, cómo analiza el objetivo de *protección de valores culturales*:

«No puede negarse esa justificación (a título de *exigencia imperativa*) a un régimen nacional que, con objeto de fomentar la creación de obras cinematográficas sin distinción de origen, pretende reservar la difusión de estas obras, prioritariamente y durante un período nacional limitado, a la explotación en salas de cine».

Se hace difícil, sin embargo, una aplicación sin limitaciones *tipológicas* de la jurisprudencia *Cassis*. ¿Por qué se da tal situación? Entre otros factores, por las siguientes dos razones:

Primero, porque el *test* impuesto por la jurisprudencia *Cassis de Dijon* presentaba, precisamente en este ámbito y ante ciertas situaciones, claros inconvenientes: con el fin de calificar una normativa estatal como MEE exigía, como se ha visto, (a) el reconocimiento de una *exigencia imperativa* legítima como

objetivo de la misma, y (b) el análisis de su *proporcionalidad*. Las dificultades técnicas de aplicar ambos análisis al ámbito de las modalidades de venta, cuya regulación se encuentra en las principales legislaciones comerciales de los Estados miembros (competencia desleal, protección del consumidor, publicidad) o en difíciles fórmulas producto del diálogo social (aunque tantas veces sean de competencia regional o municipal: horarios del comercio, puntos de distribución), y que en cualquier caso son muy heterogéneas, llevaron al TJCE a examinar indirectamente los *criterios de oportunidad* de las normativas comerciales nacionales, plenos de *consideraciones de orden material*. En otras palabras: si la invocabilidad del «interés general» sí era legítima, ¿eran propicios los sectores a un análisis de la proporcionalidad de las medidas sin llevar al Tribunal a una injerencia en los ámbitos de competencia interna?

Segundo, porque los operadores económicos y las jurisdicciones nacionales seguían planteando numerosas cuestiones prejudiciales sobre reglamentaciones nacionales con escasa incidencia en el comercio intracomunitario, que no era claramente *su objeto*. Estas cuestiones prejudiciales venían ahora «derivadas» hacia la posible no conformidad con el derecho comunitario, por ser contrarios al artículo 28 y constituir una MEE, de disposiciones muchas veces fundamentales de legislaciones nacionales comerciales, retando –a través de sus intereses particulares– la propia *disparidad jurídica* de los Estados miembros en sus aspectos no necesariamente restrictivos.

De hecho el TJCE, al analizar el test de la proporcionalidad, procedía él mismo a analizar si las medidas comerciales estatales relativas a modalidades de venta (MIA [V]) podrían justificarse porque *los efectos restrictivos que producían no eran excesivos en relación al objetivo propuesto*, partiendo de que siempre los Estados miembros invocaban alguna exigencia imperativa (por ejemplo, en los casos relativos al *cierre de establecimientos comerciales en domingo*, es interesante el análisis y su evolución desde sus primeras Sentencias: *Torfaen Borough Council*, de 23 noviembre 1989 –As. C-145/1988–, y *Conforama*, de 28 enero 1991 –As. C-319/1989–). Ante los dos factores mencionados, optó en un primer momento por *reenviar a las jurisdicciones nacionales el análisis de la proporcionalidad de la medida*, con lo cual limitaba su intervención al tiempo que intentaba frenar algo el flujo de cuestiones interpretativas sobre la noción de MEE; pero como éstas seguían llegando, algunos de sus Abogados Generales (en particular los A. G. Van Gerven, Tesauro y Jacobs) fueron proponiendo al Tribunal una toma en consideración, a efectos de su *expulsión de la noción de MEE* y por lo tanto del campo de aplicación del artículo 28, de un criterio negativo: de los vínculos entre la modalidad de venta de flujos de importación-exportación y de la incidencia *demasiado aleatoria o demasiado indirecta* de la legislación nacional con el principio de libre circulación intracomunitaria (utilizada años antes en las Sentencias de 25 noviembre 1986 en el Asunto *Forrest* –As. 148/1985–, de 7 marzo 1990 en el Asunto *Krantz* –As. C-69/1988–, sobre el sistema holandés de cobro de la deuda fiscal que permite el embargo de bienes –no considerado MEE–, y de 13 octubre 1993 en el Asunto *Yamaha Motorradcenter* –As. C-93/1992–, en la

que la norma alemana de protección del consumidor obliga al importador paralelo a *informar al consumidor de las limitaciones de la garantía* frente a los concesionarios de la marca), criterio que llegado el momento supuso la fórmula jurisprudencial adoptada por el Tribunal en el Asunto *Keck-Mithouard* a fines de 1993.

En fin, la Sentencia *Keck-Mithouard*, de 24 noviembre 1993, responde a la cuestión prejudicial remitida por el Tribunal de Gran Instancia de Estrasburgo en el marco del desarrollo de dos procedimientos penales contra ambos ciudadanos por haber infringido, en concreto, la prohibición de *venta a pérdida* que contenía el artículo 1 de la ley francesa sobre derecho de la competencia y competencia desleal de 1 de diciembre de 1986, es decir por debajo de su precio de coste, disposición que los inculpados consideraban contraria al artículo 28, una MEE incompatible con el Tratado. Como ocurre en numerosas ocasiones, los casos en que se suscita la aplicación del derecho comunitario son asuntos «fronterizos»; Estrasburgo se halla en la frontera francesa con territorio alemán, y la disparidad jurídica se hace en tal contexto más patente y las soluciones más urgentes, puesto que son lugares en que operadores y consumidores pueden optar para vender o adquirir productos entre aquéllos sometidos no sólo a precios sino a las condiciones de dos, o más, ordenamientos jurídicos. El lenguaje utilizado por el TJCE en su Sentencia *Keck* pretende en primer lugar *recentrar* el tema arrancando de su tradicional fórmula *Dassonville*, y manifestando «ab initio» (punto 12) que:

«[h]ay que constatar que una legislación nacional que prohíbe de manera general la reventa a pérdida *no tiene por objeto* regular los intercambios de mercancías entre los Estados miembros».

En segundo lugar pretende insertar algunas de las cuestiones *coyunturales* antes mencionadas: el Tribunal quería acabar, de una vez por todas, con la práctica excesiva de los operadores económicos, y también de algunos consumidores, de recurrir abusivamente ante los tribunales internos cuestionando las legislaciones comerciales de sus propios países o de países vecinos que prohibían modalidades de venta contrarias a sus intereses particulares, legislaciones muchas veces neutras que nada o muy poco tenían que ver con los circuitos comerciales comunitarios. Y, de un plumazo, opta por dejar constancia de tal situación en el propio texto de la sentencia, punto 14:

«Dado que los operadores económicos invocan cada vez más el artículo 30 del Tratado para impugnar cualquier clase de reglamentación que produzca el efecto de limitar su libertad comercial, aunque no vaya dirigida a los productos provenientes de otros Estados miembros, el Tribunal estima necesario reexaminar y precisar su jurisprudencia en la materia».

A partir de ambas afirmaciones que aclaran su estrategia de clarificación en bloque del concepto de MEE, arranca su *definición material* de las MEE (V), confirmando de nuevo el concepto propio de su jurisprudencia *Dassonville* de 1974, y procediendo a una distinción fundamental entre los supuestos propios de obstáculos técnicos a través de medidas de efecto equivalente

referidas al *producto en sí* (MEE [P]), y las *modalidades de venta* (MEE[V]). Retomando las palabras textuales de la definición de la Comisión en su antigua Directiva 70/50, a las que les es de aplicación su jurisprudencia *Cassis de Dijon* (punto 15), se trata en el primer caso, como ya se ha dicho, de:

«[l]as reglas relativas a las condiciones a las que deben responder las mercancías... su denominación, su forma sus dimensiones, su peso, su composición, su presentación, su etiquetaje, su acondicionamiento... incluso cuando son indistintamente aplicables a todos los productos, siempre que su aplicación no pueda justificarse en un objetivo de *interés general* susceptible de imponerse sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías».

En cuanto a las *modalidades de venta* (MEE [V]), que como se ha visto carecían hasta ese momento de un régimen interpretativo autónomo y para las que se precisa una situación *de nueva planta, quedan desplazadas del ámbito material de la noción de medida contraria al artículo 28*; eso sí, bajo un régimen de condiciones:

«Procede declarar, en contra de lo que hasta ahora se ha venido juzgando, que la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia *Dassonville*... siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros» (punto 16).

En fin, la conclusión a la que llega el Tribunal es que una legislación nacional que prohíbe de manera general la reventa a pérdida no constituye una MEE (V) prohibida por el artículo 28 del Tratado: la aplicación de tal reglamentación a los productos procedentes de otros Estados miembros, conformes a sus normas de comercialización menos restrictivas, no es susceptible de impedir o dificultar el acceso de los mismos más que su aplicación a los productos nacionales, y a pesar de la disparidad de márgenes prohibitivos, más estrictos en el Estado miembro de importación, no merece su proyección sobre los productos importados ninguna particularidad de tratamiento. El *centro* de la reglamentación francesa es otro. Aplicándose sin distinciones de origen de productos y de trato entre operadores, tal *modalidad de venta* escapa a la noción de MEE (V).

La doctrina ha generado nutridos comentarios a esta sentencia, casi tantos como en su día hizo, ciertamente con mayor satisfacción en su acogida, a la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, y no es nuestro objeto aquí proceder a un análisis doctrinal de esta evolución jurisprudencial tan amplísimamente, en su momento, comentada. Aunque recordaremos que las críticas, que reconocían la necesidad de una urgente aclaración «tranquilizadora» de su propia jurisprudencia sobre la noción de MEE del artículo 28 en materia de obstáculos técnicos –con una inmensa presunción de duda de legalidad sobre todas las legislaciones comerciales de los Estados miembros, dándose

incoherencias en su aplicación de la doctrina *Cassis* abundaron en dos aspectos:

a) El primero recogía la inoportunidad de una «vuelta» –en el régimen de condiciones establecido– a la exigencia de una *prueba*, no de un título de invocabilidad de una *exigencia imperativa* de interés general que había sido bien recibido en su momento para las eventuales MEE (P), sino de *la inexistencia de discriminación entre operadores económicos o entre productos*. Personalmente entendemos que la fórmula utilizada se limita a exigir dos tipos de valoraciones: (i) que se trate de una MIA a operadores económicos y a productos (lo que significa una precisión *formal* de su ámbito de aplicación), como es lógico; y (ii) además exige que se realice una valoración *material* («afecten de la misma manera, *de hecho y de derecho* a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros») de la *ausencia de incidencia artificial* en los circuitos comerciales de la legislación nacional de que se trate.

b) El segundo punto débil a los ojos de cierta doctrina se refería a la *ambigüedad* de la noción de «modalidad de venta» y, más allá de ésta, de la confusión que podía crear una división tipológica excesivamente radical. En efecto, en la realidad del mercado las figuras de modalidades comerciales son infinitas, difícilmente subsumibles en una noción genérica de «modalidad de venta», de la que escapan muchos de los ingredientes de las legislaciones comerciales. Pensemos en el caso específico de la *publicidad* –una gran *zona gris*–, o en los problemas causados por los *precios u otras condiciones de venta*. Sin manifestar desacuerdo con estas serias argumentaciones, la «estrategia» del TJCE nos parece acertada, en la medida en que, como ya se ha dicho, se opta por un criterio de ausencia de incidencia económica apreciable en los intercambios comerciales –salvo prueba en contrario– de las «modalidades de venta»; se *recentra* el problema de *los límites de la diversidad jurídica* aceptables en un contexto integrado –en un mercado interior– y se *reordenan* los tipos principales de medidas estatales de eventual efecto restrictivo, y ello con criterios de una cierta claridad, dada la complejidad del contexto comercial plural «a quince» del que, de momento, disfruta la CE.

En cualquier caso, la jurisprudencia *Keck-Mithouard* se mostró inmediatamente aplicable a un gran número de supuestos de heterogénea condición relativos a las condiciones –externas– de comercialización de los productos en los distintos Estados miembros: a las llamadas, en adelante *modalidades de venta*. En la Sentencia de 9 febrero 1995 en el Asunto *Leclerc-SIPLEC* (As. C-412/1993) se trataba de la prohibición francesa de utilizar las ventajas de promoción de la publicidad televisiva para la distribución de carburantes en los supermercados Leclerc, según una normativa francesa prohibitiva de la publicidad televisiva en el sector de la *distribución*: según el TJCE el objeto de esta regulación no es el tráfico intracomunitario, aunque puede reducir las importaciones ya que priva a los importadores de una forma muy importante de promoción comercial cual es la publicidad. Sin embargo, en aplicación de la jurisprudencia *Keck*, se trata aquí de una norma que se refiere a

unas modalidades de venta por cuanto prohíbe una cierta forma de promoción (publicidad televisiva) de un cierto método de comercialización (distribución) de productos». Sin embargo, no parece aplicarse de manera distinta a operadores y a productos internos y extranjeros, por lo que no constituye una MEE, quedando fuera del ámbito del artículo 28. En la Sentencia de 29 junio 1995 en el Asunto *Comisión c. Grecia* (As. C391/1992), sobre la prohibición de venta en Grecia de productos de lactancia para bebés en establecimientos comerciales y grandes superficies, el Tribunal confirma que «una reglamentación que reserva la venta de la leche transformada para la primera edad a los establecimientos de farmacia escapa del ámbito material del artículo 30», aunque manifiesta que «sólo podría ser de otra manera si se confirmara que el régimen controvertido protegía una producción nacional similar...». De la misma época es la Sentencia *Banchero*, de 14 diciembre 1995 (As. C387/1993) referente a la venta de tabaco minorista en Italia.

A partir de 1997 el TJCE concede, si se observa, una particular importancia a los asuntos planteados por jurisdicciones de los nuevos Estados miembros. Una sentencia extraordinariamente interesante es la Sentencia *De Agostini*, de 9 julio 1997 (As. C-34/1995), en la que la medida estatal controvertida era una reglamentación sueca que prohibía la publicidad televisiva destinada a menores de 12 años, entre otros extremos: el TJCE la califica de «modalidad de venta» de carácter prohibitivo, aunque, en una aplicación de la jurisprudencia *Keck* –y tal como vino progresivamente haciendo con el principio de proporcionalidad– traslada esta vez al juez interno la posibilidad, abierta en el *test Keck*, de no excluirla del ámbito de aplicación del artículo 28 TCE, si comprueba que tal medida de prohibición general tiene mayor impacto sobre productos importados que sobre productos nacionales. En fin, la Sentencia *Laura-Familiapress*, de 26 junio 1997 (As. C-385/1995), es de una particular importancia porque el Tribunal se enfrenta con la propia distinción entre las condiciones técnicas relativas al «producto en sí» (MIA [P]) y las «modalidades de venta» (MIA [V]). Veamos: se trataba de una reglamentación austriaca, concretamente y de nuevo la ley de competencia desleal de 1992, que contenía una prohibición general de ofrecer premios a los consumidores en el marco de la venta de productos o de servicios. En este sentido, la prensa no podía, en virtud de tal ley, proponer a sus lectores participar en sorteos o juegos, algo que sí era posible al otro lado de la frontera, en Alemania. Un editor alemán de una revista, *Laura*, la difundió en Austria sorteándose los premios entre los lectores acertantes. Ante la posición del gobierno austriaco que consideraba la prohibición como una MIA (V) que quedaba fuera de la noción de MEE del artículo 28 TCE, el Tribunal consideró que la reglamentación austriaca no era una «modalidad de venta», sino que formaba parte del producto (relativa al producto en sí, MIA [P]), que sí entraba en la prohibición porque ponía trabas al acceso de las publicaciones de otros Estados miembros, aunque fueran invocables principios de interés general como el de *libertad de información* y otros derechos fundamentales. En cualquier caso, se hizo de aplicación el *test Cassis de Dijon*, porque el *interés general* era defendible, y el princi-

pio de *proporcionalidad* parecía, en efecto, el ángulo de análisis correcto para abordar una medida de esta naturaleza.

En fin, podemos concluir que, sobre el concepto inicial de la jurisprudencia *Dassonville*, cuya vigencia ha sido fundamentalmente confirmada por la jurisprudencia *Keck*, han sido formuladas por el TJCE, en dos momentos bien distintos y en contextos bien definidos, dos importantes precisiones, dando lugar a tres regímenes jurídicos diferenciados para las medidas estatales eventualmente contrarias al artículo 28, y en consecuencia a la libre circulación de mercancías:

a) El régimen aplicable a las denominadas MDA, es decir, medidas que se aplican distintamente a los productos importados. Por establecer un régimen específico para éstos, cualquiera que sea su naturaleza, serán consideradas MEE, hallando su única posible justificación en las excepciones legales del artículo 30 TCE, en cuyo ámbito está presente también el principio de proporcionalidad;

b) El régimen aplicable a las denominadas MIA (P), es decir, a aquellas medidas indistintamente aplicables a los productos nacionales y a los productos importados, relativas a las *características* de los productos, es decir al *producto en sí mismo considerado*. Estas normativas estatales, en aplicación de la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, podrán no ser consideradas MEE si, en ausencia de armonización, responden a una *exigencia imperativa de interés general*, acogiéndose a este límite, además de a las excepciones legales del artículo 36; y,

c) El régimen aplicable a las denominadas MIA (V), es decir, medidas indistintamente aplicables a los productos nacionales y a los productos importados relativas a las modalidades de venta, legislaciones comerciales nacionales, que en principio quedan excluidas de la prohibición del artículo 28 por no ser MEE al no centrarse el objeto de tales legislaciones en el comercio comunitario, al que dotarían, según el origen de la mercancía o del operador, de un trato diferenciado; con la salvedad de la posible afectación particular de estos circuitos comerciales. En suma, no constituyen MEE; aunque como es sabido si se acreditara su carácter no neutro seguirían el régimen de las MDA, acogiéndose eventualmente a las excepciones legales del artículo 30.

En cualquier caso, y a la luz de las simples reglas enunciadas, tres serían los principios reguladores de rango constitucional aplicables a todas las modalidades de medidas estatales presentes en el ámbito de la libertad de circulación de mercancías: (a) la *regla general de la libre circulación* de productos, en la que se fundamenta además el reconocimiento mutuo, (b) la *regla de proximidad*, que impone un ejercicio de subsidiariedad para el normal funcionamiento del Mercado Interior (la hallamos tanto en *Cassis de Dijon* como en *Keck-Mithouard*, en este caso con un alcance de subsidiariedad vertical como de subsidiariedad horizontal), y (c) el principio de *proporcionalidad* implícito en el ordenamiento comunitario (lo hallamos tanto en *Cassis de*

Dijon y jurisprudencia de la década de los años 90; una aplicación interesante vuelve en el Asunto Laura; aparece en cualquier criterio de adecuación entre objetivos y fines, más allá de este test específico), porque fundamenta *la regla* de la libertad de circulación junto con *sus límites*, tanto en las excepciones legales cuanto en la invocabilidad del denominado *interés general*, configurador del respeto a la diversidad jurídica y a un modelo socioeconómico de mercado, capaz de ser asumido como identitario por casi cuatrocientos millones de ciudadanos que viven y trabajan en la Unión Europea.