

LA PROHIBICION DE LAS MEDIDAS DE EFECTO EQUIVALENTE A LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA

Manfred A. DAUSES, Catedrático de Derecho Europeo en la Universidad de Bamberg

SUMARIO

- I. Introducción
- II. La noción de medida de efecto equivalente (arts. 30 y 34 del Tratado CE): *A.- La "fórmula Dassonville". B.- La "fórmula Cassis de Dijon". C.- Medidas sin relación con el cruce de una frontera. D.- Protección de la lealtad en las transacciones comerciales y protección de los consumidores*
- III. Las justificaciones del art. 36 del Tratado CE: *A.- El art. 36 del Tratado CE - Disposición derogatoria. B.- La protección de la salud. C.- Derecho de propiedad industrial. D.- Prohibición de toda discriminación arbitraria y de toda restricción encubierta del comercio*
- IV. Conclusión

pueden presentar aspectos jurídicos y fácticos variados. Así, por ejemplo, pueden presentar el carácter de disposiciones legislativas y reglamentarias o de prácticas de orden social o técnico, de orientación económica, o de política en materia de precios o de reglamentación administrativa.

Se debe en primer lugar a una jurisprudencia decidida y coherente del Tribunal de Justicia de las Comunidades, impulsora de la integración, el mérito de haber dotado de contornos precisos a la cambiante noción de medida de efecto equivalente y de haber contribuido así a convertir en racionales y eficaces las reglas de la libre circulación de mercancías. Ciertamente, la Comisión emprendió igualmente la labor de precisión y concreción de esta noción a lo largo del periodo comprendido entre 1964 y 1969, con la adopción de cinco directivas sucesivas, sobre la base del art. 33, párrafo 7, del Tratado CE, principalmente con la Directiva 70/50/CEE de 22 de diciembre de 1969 (2). Estas directivas no han tenido significación en la práctica. Es cierto, sin embargo, que la jurisprudencia del Tribunal las ha invocado en ocasiones como medios de orientación útiles con el fin de corroborar las conclusiones extraídas del derecho primario, pero no las ha reconocido carácter normativo obligatorio (3).

(2) Directiva 70/50/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1969, sobre supresión de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación no contempladas por otras disposiciones adoptadas en virtud del Tratado CEE, JO 1970, L 13, p. 29.

(3) Cf. Dausés, "The System of the Free Movement of Goods in the European Community", *American Journal of Comparative Law*, 1985, n° 2, pp. 209 y ss., en p. 224; del mismo autor, "Dogmatische des Freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft": *Recht der Internationalen Wirtschaft*, marzo 1984, pp. 197 y ss., en p. 203.

II. LA NOCIÓN DE MEDIDA DE EFECTO EQUIVALENTE (ARTS. 30 Y 34 DEL TRATADO CE)

A.- LA "FORMULA DASSONVILLE"

El punto de partida de la jurisprudencia que nos interesa aquí es la sentencia *Dassonville* de 11 de julio de 1974, que ha definido la noción de medida de efecto equivalente en la fórmula siguiente (4):

"Cualquier reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de entorpecer directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas".

Esta definición, clásica en la actualidad, que ha sido confirmada en numerosas decisiones posteriores y que forma parte de una reiterada jurisprudencia sobre la libre circulación de mercancías (5), es extremadamente amplia. En particular, la idea de entorpecer indirecta o potencialmente engloba la casi totalidad de las medidas nacionales de orden jurídico y práctico. Se pone de manifiesto pues, desde el principio, que esta definición abstracta no puede comprenderse en un caso concreto si no es en función

(4) St. de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, 8/74, *Rec.* 1974, p. 837. Esta decisión concernía una reglamentación nacional según la cual los importadores paralelos debían presentar un certificado de origen otorgado en el lugar de origen para las importaciones provenientes de otros Estados miembros. El importador paralelo tenía naturalmente más dificultades que el importador directo de procurarse este certificado. El Tribunal ha considerado dicha reglamentación como una medida de efecto equivalente.

(5) Cf. por ejemplo, la sentencia de 10 de noviembre de 1982, *Rau*, 261/81, *Rec.* 1982, p. 3961, en p. 3972; st. de 10 de julio de 1984, *Campus Oil*, 72/83, *Rec.* 1984, p. 2727, en p. 2746; st. de 10 de enero de 1985, *Leclerc*, 229/83, *Rec.* 1985, p. 1, en p. 34; st. de 12 de marzo de 1987, *Comisión/República Federal Alemana* ("ley de la pureza de la cerveza"), 178/84, *Rec.* 1987, p. 1227, en p. 1269.

de los hechos considerados. Pueden extraerse por tanto diferentes conclusiones de orden general.

Así, en primer lugar, se deduce que no es importante saber si el comercio intracomunitario es efectivamente y concretamente entorpecido, ni saber si la medida indiscriminada conduce a una restricción de los intercambios.

Por el contrario, es suficiente que la medida sea susceptible, de manera objetiva y general, de entorpecer la circulación intracomunitaria de mercancías y, en consecuencia, que un obstáculo a los intercambios sea simplemente posible (por ejemplo mediante la prohibición de la publicidad para ciertos productos (6), o la indicación obligatoria del origen extranjero de productos importados) (7). La prueba de una reducción efectiva de las importaciones no es necesaria (8).

Una prueba tal no podría ser aportada, teniendo en cuenta numerosos factores sobre los cuales reposa la evolución de los intercambios de mercancías entre Estados, más que en casos excepcionales -por ejemplo en el caso de introducción de nuevas medidas- (9). El criterio según el cual la

(6) St. de 10 de julio de 1980, *Comisión/Francia*, 152/78, *Rec.* 1980, p. 2299; st. de 15 de diciembre de 1982, *Oosthoek*, 266/81, *Rec.* 1982, p. 4575; st. de 13 de diciembre de 1983, *The Apple and Pear Development Council*, 222/82, *Rec.* 1983, p. 4083; st. de 7 de marzo de 1990, *GB-INNO-BM*, C-362/88, *Rec.* 1990, p. I-667, en p. 683; st. de 25 de julio de 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior y otros*, C-1/90 y C-176/90, aún no publicada en el *Recueil*.

(7) St. de 17 de junio de 1981, *Comisión/Irlanda* ("Recuerdos"), 113/80, *Rec.* 1981, p. 1625, en p. 1638; st. de 27 de marzo de 1984, *Comisión/Italia*, 50/83, *Rec.* 1984, p. 1633; st. de 25 de abril de 1985, *Comisión/Reino Unido*, 207/83, *Rec.* 1985, p. 1207.

(8) St. de 20 de febrero de 1975, *Comisión/República Federal de Alemania* ("Vinos espumosos y aguardientes"), 12/74, *Rec.* 1975, p. 181; st. de 17 de junio de 1981, *Comisión/Irlanda*, *loc. cit.*

(9) Cf. Dirk von der Heide, *loc. cit.*, p. 16.

medida debe ser susceptible de entorpecer los intercambios reside en una comparación hipotética, basada en la experiencia económica general, entre la situación efectivamente creada y aquélla que existiría en ausencia de la medida incriminada (10).

Por otra parte y a diferencia de aquello que es válido para el derecho comunitario de la competencia, el grado de importancia ("efecto sensible") del entorpecimiento a los intercambios -actual o potencial- importa poco. De tal modo, por ejemplo, que un régimen de licencias de importación y de exportación puede constituir una medida de efecto equivalente aun cuando las licencias sean sistemáticamente otorgadas. En efecto, incluso una simple formalidad administrativa puede equivaler a un obstáculo a los intercambios intracomunitarios por el retraso que comporta en el momento del pago de los derechos de aduana de las mercancías y por su efecto disuasorio para los operadores económicos (11).

La situación es similar respecto a un régimen nacional que exige a los importadores de mercancías que provienen de otros Estados miembros, en caso de pago anticipado, la prestación de una fianza o de una garantía bancaria que se eleva al 5% del valor de las mercancías (12). Incluso simples controles sistemáticos -excesivos- a la importación, pueden atentar al principio de la libre circulación de mercancías (13). El Tribunal no ha

(10) Heinrich Matthies, en Eberhard Grabitz, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, art. 30, punto 15.

(11) St. de 15 de diciembre de 1971, *International Fruit Company*, 51-54/71, *Rec.* 1971, p. 1107, en p. 1116; st. de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, *loc. cit.*; st. de 30 de noviembre de 1977, *Cayrol*, 52/77, *Rec.* 1977, p. 2261, en p. 2279; st. de 31 de enero de 1984, *Comisión/Reino Unido*, 40/82, *Rec.* 1984, p. 283; st. de 31 de enero de 1984, *Comisión/Irlanda*, 74/82, *Rec.* 1984, p. 317.

(12) St. de 9 de junio de 1982, *Orlandi*, 206, 207, 209 y 210/80, *Rec.* 1982, p. 2147, en p. 2161.

(13) St. de 22 de marzo de 1983, *Comisión/Francia*, 42/82, *Rec.* 1983, p. 1013.

considerado justificados en principio los controles en las fronteras interiores de la Comunidad más que en la medida necesaria para la aplicación de las excepciones a la libre circulación contempladas en el art. 36 del Tratado, para la percepción de las imposiciones interiores en el sentido del art. 95 del Tratado... o, por último, cuando resulten indispensables para la obtención de informaciones razonablemente completas y exactas sobre los movimientos intracomunitarios de mercancías (14). Asimismo, la exigencia de una declaración escrita previa al envío en aduana puede ser calificada como medida de efecto equivalente (15), del mismo modo que la existencia de sanciones desproporcionadas en caso de violación de las formalidades que se deben observar en el momento de la importación (16).

El Tribunal ha precisado además que la noción de medida de efecto equivalente no presupone en modo alguno la existencia de una regulación comercial en sentido formal. De forma que considera suficiente "cualquier reglamentación nacional" (17), "cualquier reglamentación o práctica nacional" (18), "una disposición nacional" (19) o simplemente, "una medida nacional" (20). El Tribunal mantuvo esta línea jurisprudencial cuando, con ocasión de un recurso de incumplimiento contra Irlanda respecto de

(14) St. de 25 de octubre de 1979, *Comisión/Italia*, 159/78, *Rec.* 1979, p. 3247.

(15) St. de 7 de abril de 1981, *United Foods*, 132/80, *Rec.* 1981, p. 995.

(16) St. de 15 de diciembre de 1976, *Donckerwolcke*, 41/76, *Rec.* 1976, p. 1921, en p. 1935; st. de 30 de noviembre de 1977, *Cayrol*, *loc. cit.*; st. de 24 de abril de 1980, *Chatain*, 65/79, *Rec.* 1980, p. 1345, en p. 1386.

(17) St. de 30 de octubre de 1974, *van Haaster*, 190/73, *Rec.* 1974, p. 1123, en p. 1134.

(18) St. de 20 de mayo de 1976, *De Peijper*, 104/75, *Rec.* 1976, p. 613, en p. 635.

(19) St. de 15 de diciembre de 1971, *International Fruit Company*, *loc. cit.*

(20) St. de 12 de octubre de 1978, *Eggers*, 13/78, *Rec.* 1978, p. 1935, en p. 1952.

una campaña publicitaria de promoción de venta de productos irlandeses "Compre Irlandés", rechazó el argumento del Estado miembro demandado según el cual no había adoptado un acto jurídico obligatorio, sino que se había limitado a prestar su apoyo moral así como una ayuda financiera a la industria irlandesa. El Tribunal consideró por el contrario que la acción publicitaria considerada producía efectos comparables a aquéllos que se derivan de actos gubernamentales con carácter vinculante (21).

Por otra parte, las medidas de efecto equivalente no se limitan a los actos que comportan un obstáculo generalizado a la importación o a la exportación de ciertos productos, sino que comprenden igualmente todos los actos que dificultan ciertas importaciones o exportaciones particulares, implicando así desplazamientos de flujos comerciales. En consecuencia, un régimen que canaliza las importaciones de tal modo que las importaciones paralelas están prácticamente excluidas, es contrario al art. 30 del Tratado (22). Este es por ejemplo el caso de una legislación nacional que exige, al realizar la importación de ciertas mercancías, la presentación de un certificado de origen, ya que el importador paralelo tiene más dificultades para procurarse ese certificado que el importador directo que importa el mismo producto directamente del país de origen (23). Poco importa igualmente que el obstáculo a los intercambios intracomunitario se produzca al cruzar la frontera o ulteriormente (24).

(21) St. de 24 de noviembre de 1982, *Comisión/Irlanda*, 249/81, *Rec.* 1982, p. 4005.

(22) St. de 20 de mayo de 1976, *De Peijper*, *loc. cit.*

(23) St. de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, *loc. cit.*; st. de 16 de mayo de 1979, *Comisión/Bélgica*, 2/78, *Rec.* 1979, p. 1761.

(24) Rolf Wägenbaur, en: Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, vol. 1, Baden-Baden 1983, art. 30, punto 22.

La noción de medida de efecto equivalente supone sin embargo que la reglamentación o la práctica litigiosa del Estado miembro considerado sea imputable a este último en el ejercicio de prerrogativas de poder público. El autor de la medida puede igualmente ser una colectividad territorial (región, distrito, municipio) o una persona moral de derecho público (25). Por el contrario, una restricción comercial resultante del comportamiento de los particulares no está contemplada por los arts. 30 y siguientes del Tratado CE, si bien podría, en su caso, ser juzgado en función de las reglas de la competencia (arts. 85-90 del Tratado CE).

El Tribunal, es cierto, no ha definido la línea divisoria entre las dos categorías de normas conforme a criterios jurídicos formales, pero la ha perfilado a la luz de los hechos. Así, en el procedimiento de incumplimiento dirigido contra Irlanda ("Compre Irlandés"), antes citado, las actividades incriminadas al *Irish Goods Council*, sociedad de derecho privado encargada de la promoción de venta de productos irlandeses, fueron imputadas al gobierno irlandés (26).

No se incluyen en la noción de medida de efecto equivalente las ayudas acordadas por los Estados o por medio de recursos estatales a empresas o producciones nacionales, para las cuales los arts. 92-94 del Tratado CE prevé un régimen particular. Incluso en la medida en que tales ayudas sean susceptibles de afectar a la importación de productos competidores procedentes de otros Estados miembros, el alcance de estas disposiciones no permite calificar las ayudas por sí mismas como medidas de efecto equivalente (27). Sin embargo, ciertas modalidades particulares de una

(25) St. de 3 de febrero de 1977, *Bouhelier*, 53/76, *Rec. 1977*, p. 197, en p. 203; st. de 13 de diciembre de 1983, *The Apple and Pear Development Council*, *loc. cit.*

(26) St. de 24 de noviembre de 1982, *loc. cit.*

(27) St. de 22 de marzo de 1977, *Iannelli/Meroni*, *loc. cit.*

ayuda que no resulten necesarias para la realización del objetivo de esta última, pueden violar la prohibición de los arts. 30 y siguientes del Tratado CE (28).

B.- LA "FORMULA CASSIS DE DIJON"

La doctrina se ha mantenido indecisa durante mucho tiempo sobre la cuestión de saber si la noción de medida de efecto equivalente presupone la existencia de una reglamentación o una práctica que perjudica a los productos importados en relación con los productos nacionales, o si, por el contrario, medidas indistintamente aplicables a los productos importados y a los productos nacionales (es decir, no discriminatorias) pueden asimismo incluirse en esta categoría.

En su antigua jurisprudencia, el Tribunal concedía a la existencia de una discriminación entre productos importados y productos nacionales una importancia decisiva. Ello aparece de un modo particularmente claro en la sentencia "Vinos espumosos y aguardientes" de 1975 (29). Según la ley alemana sobre los vinos, las denominaciones genéricas "Sekt" (vino espumoso) y "Weinbrand" (aguardiente), que gozan de reputación entre los consumidores, estaban reservadas exclusivamente a los productos nacionales así como a los productos que provenían de países que tuvieran el alemán como única lengua oficial (es decir, Austria y Liechtenstein), mientras que los otros productos debían conformarse con denominaciones desconocidas o dotadas de menor reputación. El Tribunal ha estimado que el régimen litigioso era susceptible de favorecer la venta de la producción nacional en el mercado alemán en detrimento de los productos de otros

(28) Alfred Falkenstein, *Freier Warenverkehr in der EG: Staatliche Handelsbehinderungen und Wettbewerbsverzerrungen - Erkennen und Abwehren*, Baden-Baden 1989, p. 148.

(29) St. de 20 de febrero de 1975, *Comisión/República Federal Alemana*, loc. cit.

Estados miembros, comportando por ello medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación (30).

En consecuencia, las reglamentaciones o prácticas formalmente discriminatorias que no someten más que los productos importados, con exclusión de los productos nacionales, a ciertas condiciones de comercialización o bien que condicionan la comercialización de mercancías importadas a otras condiciones, más difíciles de cumplir, que aquéllas que condicionan la comercialización de los productos nacionales son, siempre, susceptibles de entorpecer los intercambios intra-comunitarios y deben por ello ser consideradas, de manera general, medidas de efecto equivalente en el sentido del art. 30 del Tratado CE (31). Las discriminaciones no encubiertas fundadas en el origen de las mercancías son escasas hoy en día (32). Las medidas restrictivas a los intercambios indistintamente aplicables las han superado, sin duda, en número.

La siguiente etapa de la jurisprudencia ha consistido en atacar no solamente a las discriminaciones no encubiertas, sino también las discriminaciones encubiertas. Las reglamentaciones consideradas, si bien cubrían indistintamente, según criterios formales, los productos importados y los productos nacionales, perjudicaban de hecho, en razón de particularidades del mercado, a los productos importados. Este problema se ha evidenciado particularmente en litigios referidos a

(30) *Loc. cit.*, p. 198.

(31) St. de 20 de abril de 1983, "*Vermouth*", 59/82, *Rec.* 1983, p. 1217, en p. 1226; st. de 16 de noviembre de 1984, *Kohl/Ringelhan*, 177/83, *Rec.* 1984, p. 3651, en p. 3662; cf. *Dirk von der Heide*, *loc. cit.*, p. 13.

(32) Cf. por ejemplo st. de 12 de junio de 1986, *Scholth* ("control técnico de vehículos"), 50/85, *Rec.* 1986, p. 1855; st. de 10 de enero de 1985, *Leclerc* ("precio impuesto al libro"), *loc. cit.*; st. de 10 de julio de 1986, *Darras y otros*, 95/84, *Rec.* 1986, p. 2257; st. de 23 de octubre de 1986, *Cognet*, 355/85, *Rec.* 1986, p. 3211.

medidas estatales relativas a la estructura de precios, tales como la fijación de precios máximos y mínimos.

Un precio máximo indistintamente aplicable a los productos nacionales y a los productos importados no constituye por sí mismo una medida de efecto equivalente, pero puede sin embargo producir este efecto cuando es fijado a un nivel tal que la venta de productos importados se hace imposible o más difícil que la de los productos nacionales. Un precio máximo, por tanto, siempre que se aplique a los productos importados, constituye en todo caso una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, fundamentalmente cuando es fijado a un nivel tan bajo que -teniendo en cuenta la situación general de los productos importados comparada a la de los productos nacionales- los operadores que desearan importar el producto de que se trate en el Estado miembro considerado no podrían hacerlo más que a pérdida (33).

Lo mismo cabe decir de un precio mínimo fijado por el Estado que impide que el precio de coste inferior de los productos importados repercuta en el precio de venta. En este caso, un obstáculo a las importaciones puede resultar del hecho de que la ventaja competitiva derivada del precio de coste inferior sea neutralizada (34).

El régimen francés de precios mínimos de los carburantes -en vigor hasta comienzos de 1985- se encuentra por ejemplo en esta categoría. Comoquiera que el precio mínimo se fijaba exclusivamente en

(33) St. de 26 de febrero de 1976, *SADAM*, 88-90/75, *Rec.* 1976, p. 323, en p. 340; st. de 26 de febrero de 1976, *Tasca*, 65/75, *Rec.* 1976, p. 291, en p. 308.

(34) St. de 24 de enero de 1978, *van Tiggele*, 82/77, *Rec.* 1978, p. 25, en p. 39; st. de 6 de noviembre de 1979, *Danis*, 16-20/79, *Rec.* 1979, p. 3327; st. de 29 de noviembre de 1983, *Roussel Laboratoria*, 181/82, *Rec.* 1983, p. 3849, en p. 3869.

función del precio de coste para las refinerías nacionales, las refinerías de otros Estados miembros de la Comunidad no podían obtener ventaja de una situación competitiva más favorable derivada de un precio de coste inferior (35).

Por último, a lo largo de una tercera etapa, la noción de medida de efecto equivalente ha sido extendida igualmente a las reglas de comercialización que son indistintamente aplicables a los productos nacionales y a los productos importados.

Aunque tales medidas similares no tengan por objeto o por efecto discriminar de forma abierta o encubierta, pueden no obstante ser susceptibles de hacer más difícil o de impedir la importación o la comercialización de productos que han sido regularmente comercializados en otro Estado miembro.

La brecha que marca la aparición de una aproximación global a la noción de medida de efecto equivalente -en el sentido de una aceptación del principio del Estado de origen- data de la sentencia *Cassis de Dijon* de 20 de febrero de 1979 (36). El procedimiento prejudicial tenía por objeto la reglamentación alemana de las bebidas espirituosas, según la cual los licores de frutas debían tener, para poder ser comercializados, una graduación alcohólica de al menos 25%. Sobre la base de esta reglamentación, el licor de frutas "Cassis de Dijon", fabricado en Francia, cuyo contenido alcohólico se sitúa entre un 15% y un 20%, era excluido del mercado alemán. En la decisión del Tribunal, los obstáculos a la circulación intracomunitaria

(35) St. de 29 de enero de 1985, *Cullet*, 231/83, *Rec.* 1985, p. 315; st. de 25 de septiembre de 1985, *Gratiot*, 11/84, *Rec.* 1985, p. 2910; en un sentido similar, st. de 13 de noviembre de 1986, *Nederlandse Bakkerij Stichting y otros* ("reglamentación del precio del pan") 80 y 159/85, *Rec.* 1986, p. 3376; st. de 19 de marzo de 1991, *Comisión/Bélgica* ("precio de los productos farmacéuticos"), 249/88, *Rec.* 1991, p. I-1275.

(36) St. de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral*, 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.

La prohibición de las medidas de efecto equivalente...

resultantes de disparidades de las legislaciones nacionales relativas a la comercialización no fueron juzgadas lícitas más que "en la medida en que estas prescripciones puedan ser reconocidas como necesarias para satisfacer a exigencias imperativas concernientes, en particular, a la eficacia de los controles fiscales, a la protección de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores" (37).

En medios interesados, esta decisión ha sido considerada como verdaderamente revolucionaria. En efecto, según la tesis doctrinal que estaba en curso, los obstáculos a la libre circulación de mercancías resultantes de reglas nacionales de producción y de comercialización indistintamente aplicables debían ser aceptadas mientras el ámbito considerado no hubiera sido armonizado. Con la sentencia *Cassis de Dijon*, el Tribunal dio un paso importante en la vía de la libre circulación de mercancías, al declarar que las medidas nacionales indistintamente aplicables que producían el resultado final de excluir del mercado interior productos importados eran incompatibles con la prohibición de las medidas de efecto equivalente.

La doctrina ha analizado la jurisprudencia *Cassis de Dijon* en parte como una extensión de la definición dada en la sentencia *Dassonville* y en parte como una limitación de esta definición (38). Sería más correcto ha-

(37) *Loc. cit.*, p. 662. Jurisprudencia constante desde entonces: st. de 10 de noviembre de 1982, *Rau*, 261/81, *Rec.* 1982, p. 3961, en p. 3972; st. de 17 de marzo de 1983, de *Kikvorsch*, 94/82, *Rec.* 1983, p. 947, en p. 957; st. de 14 de julio de 1988, *Drei Glocken*, 407/85, *Rec.* 1988, p. 4275, en p. 4279.

(38) Sobre esta cuestión, nota de E. Millarg, *EuR* 1979, p. 420 y ss.; Ulrich Everling, "Die *Cassis de Dijon* - Rechtsprechung des EuGH und ihre Auswirkungen auf die Ernährungswirtschaft", en *Schriftenreihe des Bundes für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e.V.*, fasc. 110; Albert Bleckmann, "Zur Problematik der *Cassis de Dijon* - Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes", en *GRUR Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - International*, 1986, p. 172 y ss.; Hans-Jürgen Rabe, "Garantien und Sicherungen des freien Warenverkehrs im Lichte der neuesten Rechtsprechung des EuGH -

blar de un reforzamiento y de una concreción de las potencialidades contenidas en la fórmula de base de la sentencia *Dassonville*. El hecho de que decisiones recientes sobre los arts. 30 y ss. del Tratado CE comiencen frecuentemente por un recordatorio de las dos fórmulas parece militar en favor de esta tesis.

La sentencia "*Cassis de Dijon*" es innovadora en la medida en que las "exigencias imperativas" que en ella se citan deben ser tomadas en consideración como excluyentes, de entrada, del elemento constitutivo previsto en el marco de la prohibición del principio del art. 30 del Tratado CE. ¿No habría sido más simple considerarlas, por analogía con los casos enumerados en el art. 36 del Tratado, como justificaciones? Esta solución no era sin embargo posible en atención a una jurisprudencia constante el Tribunal según la cual las justificaciones contenidas en el art. 36 del Tratado CE constituyen una enumeración exhaustiva (39).

La cuestión de la relación entre las exigencias imperativas de la "fórmula *Cassis de Dijon*" y las causas justificativas del art. 36 del Tratado CE no ha sido todavía definitivamente resuelta. Así, las exigencias de pro-

Cassis de Dijon und die Folgerechtsprechung", en Jürgen Schwarze (editor), *Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung*, Baden-Baden 1983; Jochim Sedemund, "*Cassis de Dijon*" und das neue Harmonisierungskonzept der Kommission", en Jürgen Schwarze (editor), *Der Gemeinsame Markt, Bestand und Zukunft in wirtschaftlicher Perspektive*, Baden-Baden 1987; Fausto Capelli, "Les malentendus provoqués par l'arrêt "*Cassis de Dijon*", *Revue du Marché Commun*, 1981, p. 421 y ss.; Derrick Wyatt, "State Monopolies of a Commercial Character", *European Law Review*, 1981, p. 185 y ss.; Robert Kovar, en *Journal du Droit International*, 1981, p. 106 y ss.; A. Mattera, "L'arrêt "*Cassis de Dijon*": une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur", *Revue du Marché Commun*, 1980, p. 505 y ss.; René Barents, en *Sociaal - economische Wetgeving*, 1979, p. 750 y ss.; C.W.A. Timmermans, en *Sociaal - economische Wetgeving*, 1981, p. 381 y ss.

(39) Dirk von der Heide, *loc. cit.*, p. 18; cf. st. de 17 de junio de 1981, *Comisión/Irlanda* ("Recuerdos"), *loc. cit.*; st. de 22 de junio de 1982, *Robertson* ("Mercado de metales preciosos"), 220/81, *Rec.* 1982, p. 2349, en p. 2360; st. de 10 de noviembre de 1982, *Rau*, *loc. cit.*

tección de la salud, elaboradas de manera pretoriana en la sentencia *Cassis de Dijon* ya estaban expresamente consideradas por el art. 36 del Tratado CE. Consecuentemente, tales exigencias deben ser examinadas de dos formas distintas, por un lado considerándolas como un elemento constitutivo negativo en el marco del art. 30 del Tratado CE y por otro lado como justificación dentro del marco del art. 36 del Tratado CE (40). Sobre dicho punto la jurisprudencia posterior ha precisado que, a pesar de la redundancia de la "fórmula Cassis de Dijon", la protección de la salud no puede ser tomada en consideración, incluso respecto de las reglamentaciones o prácticas indistintamente aplicables, más que en el marco de las justificaciones del art. 36 del Tratado CE. Esto significa que las medidas restrictivas a los intercambios justificadas en interés de la protección de la salud deben siempre ser calificadas, desde el punto de vista de los elementos constitutivos, como medidas de efecto equivalente. Desde un punto de vista puramente dogmático, hubiera sido concebible conservar la distinción introducida por la sentencia *Cassis de Dijon* entre las medidas no discriminatorias y las medidas discriminatorias y, en consecuencia, apreciar la protección de la salud en el marco del art. 30 del Tratado CE en el caso de las primeras y en el marco del art. 36 en el caso de las segundas (41).

Es conveniente observar que las exigencias imperativas contempladas en la "fórmula Cassis de Dijon" no constituyen, a diferencia del catálogo del art. 36 del Tratado CE, una enumeración exhaustiva.

La jurisprudencia ulterior ha reconocido fundamentalmente la protección del medio ambiente como otra exigencia imperativa que excluye el

(40) Cf. por ejemplo st. de 12 de marzo de 1987, *Comisión/República Federal de Alemania* ("ley de la pureza de la cerveza"), *loc. cit.*

(41) Manfred A. Dausen, "Die neue Rechtsprechung des EuGH im Lebensmittelrecht unter besonderer Berücksichtigung des sogenannten Bier-Urteils", en *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, 1987/3, p. 243 y ss., en p. 247.

elemento constitutivo del art. 30 del Tratado CE (42). Por el contrario, las dificultades económicas no justifican en ningún caso las restricciones a los flujos comerciales; en efecto, la apertura de mercados debe justamente conllevar efectos económicos que no puedan ser neutralizados por cláusulas de salvaguardia generales (43).

Las exigencias imperativas, inspiradas por el interés general, no son por lo demás prioritarias respecto del principio de la libre circulación de mercancías salvo que la medida de que se trate sea apropiada y necesaria para la realización de un fin regularmente perseguido y que constituya una garantía esencial para éste (44). Desde este punto de vista, es conveniente proceder, en cada caso, a la realización de un balance, inspirado por el principio de proporcionalidad, entre las exigencias de la libre circulación de mercancías y el fin de protección perseguido por la medida nacional. La jurisprudencia ha determinado en este sentido que el principio de proporcionalidad exige fundamentalmente que un Estado miembro, ante la posibilidad de elegir entre diversas medidas adecuadas para obtener igual fin, debe elegir la que ocasione menos impedimentos a la libre circulación de mercancías (45).

La aplicación de la "fórmula Cassis de Dijon" puede crear dificultades por el hecho de que el art. 30 y ss. del Tratado CE no tiene en cuenta más que la eliminación de los obstáculos a los intercambios intracomunitarios de mercancías y no se opone, en consecuencia, a la aplicación de reglas de producción y de comercialización nacionales más que en la medida en que

(42) St. de 7 de febrero de 1985, "*Aceite usados*", 240/83, *Rec.* 1985, p. 531, en p. 549.

(43) St. de 10 de julio de 1984, *Campus Oil*, *loc. cit.*, p. 2752; st. de 7 de febrero de 1984, *Duphar*, 238/82, *Rec.* 1984, p. 523, en p. 542.

(44) Dirk von der Heide, *loc. cit.*, p. 18.

(45) St. de 10 de noviembre de 1982, *Rau*, *loc. cit.*

éstas afecten a los productos importados. Puede resultar que en un Estado miembro dado, sólo los productos importados se beneficien de la liberalización que deriva del derecho comunitario, mientras que los productos nacionales permanezcan sometidos a disposiciones más rigurosas del Estado de origen. Esta desventaja impuesta a la producción nacional (llamada discriminación a la inversa) debe ser aceptada en el marco del derecho comunitario. En efecto, tal desventaja no se ve afectada ni por la prohibición contenida en el art. 6 del Tratado CE de toda discriminación en razón de la nacionalidad (pues no se distingue según la nacionalidad de los productores) ni por el principio de igualdad, que constituye un principio general del derecho comunitario (pues éste no resulta de aplicación más que a las situaciones que entran en el ámbito de aplicación del Tratado CE) (46). Por otra parte, el principio comunitario de liberalización no alcanza -salvo existencia de una armonización a nivel comunitario- más que a las situaciones en que se produce el cruce de una frontera, mientras que las situaciones puramente internas continúan dependiendo de la jurisdicción exclusiva de cada Estado miembro.

La fórmula utilizada en la sentencia *Cassis de Dijon*, según la cual sólo las mercancías "legalmente producidas y comercializadas en otro Estado miembro" se benefician -bajo reserva de las "exigencias imperativas" mencionadas- de la libre circulación de mercancías ha dado igualmente lugar a discusiones. Se ha deducido de esta fórmula que la jurisprudencia *Cassis de Dijon* no se aplica a las mercancías de países terceros. Esta interpretación estricta, que sería contraria a la idea de base de la Unión Aduanera (art. 9, segundo apartado del Tratado CE) (47) no parece

(46) Cf. Manfred A. Dausen, "Grundlagen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes - Auswirkungen auf Bund und Länder", en *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1989, p. 609 y ss., en p. 612; Heinrich Matthies, *loc. cit.*, art. 30, punto 48; cf. st. de 23 de octubre de 1986, *Cognet*, *loc. cit.*

(47) Cf. st. de 15 de diciembre de 1976, *Donckerwolcke*, 41/76, *Rec.* 1976, p. 1921, en p. 1933.

aceptable. Como subraya a justo título Matthies, la calificación "legalmente producidos y comercializados en otro Estado miembro" no constituye una condición suplementaria para la comercialización de un producto, sino que se refería, en el contexto de la motivación de la sentencia, a la situación considerada, en la que se daban estas condiciones (48).

Queda entonces por resolver la cuestión de saber si los principios de la sentencia *Cassis de Dijon* son válidos igualmente para las mercancías que, habiendo sido legalmente producidas en otro Estado miembro, no son aptas para su comercialización en el Estado miembro considerado; dicho de otro modo, que no pueden ser producidas más que para la exportación. Por las razones derivadas de la Unidad del Mercado Común, fundamento de la jurisprudencia pertinente, parece que es preciso responder a esta cuestión de modo negativo (49).

C.- MEDIDAS SIN RELACION CON EL CRUCE DE UNA FRONTERA

Diversas sentencias recientes del Tribunal destacan por su tendencia a poner freno a una extensión ilimitada de la noción de medida de efecto equivalente. Las limitaciones se imponen en la medida en que las situaciones de naturaleza puramente interna sin relación alguna con el cruce de una frontera no entran en el ámbito de los principios -en el campo de aplicación de los Tratados comunitarios- y no se ven pues afectadas por los arts. 30 y ss. del Tratado CE.

Esta orientación ya fue esbozada en la sentencia *Carne de caballo* de finales de 1979 (50). Esta sentencia introdujo, aunque no fuera más que en

(48) Heinrich Matthies, *loc. cit.*, art. 30, punto 23.

(49) La cuestión ha sido planteada en el asunto "*Vermouth*", pero pudo entonces ser dejada sin resolver: st. de 20 de abril de 1983, *loc. cit.*

(50) St. de 8 de noviembre de 1979, *Groenveld*, 15/79, *Rec.* 1979, p. 3409.

relación con las restricciones a la exportación, el criterio de "restricción específica a los flujos de exportación" como criterio de definición suplementario. El Tribunal estimó que una reglamentación (neerlandesa) que prohibía de forma general en los Países Bajos el almacenamiento y la transformación de la carne de caballo no respondía a este criterio. Desde un planteamiento crítico, cabe plantearse, a la luz de esta sentencia (dictada por una sala), si el principio de proporcionalidad no impone la necesidad de establecer una distinción entre, por una parte, la prohibición de almacenamiento y de transformación para el consumo interno -prohibición que no resulta objetable en derecho comunitario- y, por otra parte, la prohibición de exportación -que si puede, en cambio, ser objetable (51).

El razonamiento seguido en la sentencia *Carne de caballo* ha sido retomado tres años más tarde, sin modificaciones notables, en la decisión relativa a la reglamentación (alemana) que prohibía el trabajo de noche en las panificadoras y pastelerías (52). Una reglamentación tal del tiempo de trabajo elaborada por el legislador nacional constituye sin ninguna duda una decisión de política económica y social, legítima por su propia finalidad. No obstante puede restringir, al menos indirectamente, las exportaciones, especialmente las de productos frescos que deben ser fabricados y distribuidos a tiempo para el desayuno. El Tribunal sin embargo negó en su decisión la existencia de una medida de efecto equivalente a una restricción a la exportación, basándose en que la legislación litigiosa no tenía por finalidad o por efecto una restricción específica de las exportaciones y no creaba condiciones diferentes para el comercio exterior y el comercio interior.

(51) Manfred A. Dausen, "Dogmatik des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft", *loc. cit.*, p. 203; del mismo autor, "The System of the Free Movement of Goods in the European Community", *loc. cit.*, p. 223.

(52) St. de 14 de julio de 1981, *Oebel*, 155/79, *Rec.* 1981, p. 1993; en un sentido similar, st. de 1 abril de 1982, *Holdijk*, 141-143/81, *Rec.* 1982, p. 1299, en p. 1313; st. de 18 de febrero de 1986, *Bulk Oil*, 174/84, *Rec.* 1986, p. 576.

El asunto *Blesgen* (53) debía servir de *test* para saber si el criterio de la especificidad de las restricciones de los flujos a la exportación, elaborado en la sentencia *Carne de caballo*, era igualmente aplicable, por analogía, a las restricciones a la importación. El asunto principal, origen de este procedimiento prejudicial, se refería a una ley (belga) de lucha contra el alcoholismo que prohibía la consumición y la conservación de ciertas bebidas espirituosas en todos los lugares abiertos al público, fundamentalmente en los restaurantes. La reglamentación incriminada estaba exenta de toda finalidad o componente transfronterizo aún cuando manifiestamente podía tener repercusiones sobre el volumen de las importaciones, siquiera de forma marginal. Sorprendentemente, el Tribunal rehusó aplicar el criterio de "restricciones específicas a los flujos a la importación". El Tribunal evitó una declaración abiertamente dogmática, buscando la motivación en el ámbito de los hechos: al no afectar la prohibición más que a la venta para el consumo inmediato en lugares públicos y no a la venta en tiendas, no presentaba en realidad ninguna relación con las importaciones y, en consecuencia, no incidía en los intercambios entre los Estados miembros.

Con esta motivación, se estaba negando implícitamente la simetría respecto de la noción de medida de efecto equivalente, entre las restricciones a la importación y las restricciones a la exportación (54). Es cierto que las condiciones tipo de las disposiciones que regulan, respectivamente, las

(53) St. de 31 de marzo de 1982, *Blesgen*, 75/81, *Rec.* 1982, p. 1211. Sobre esta cuestión: Anthony M. Arnall, en *European Law Review* 1982, p. 393 y ss.; D. Waelbroeck, en *Cahiers de Droit Européen* 1983, p. 241 y ss.

(54) En un sentido similar, st. de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque* ("Videos"), 60 y 61/84, *Rec.* 1985, p. 2605. Esta decisión es parcialmente citada como ejemplo de una tendencia del Tribunal a no criticar, normalmente, las restricciones de utilización exentas de discriminación aplicables a idénticas mercancías nacionales e importadas: Ulrich Everling, "Die Cassis de Dijon - Rechtsprechung des EuGH und ihre Auswirkungen auf die Ernährungswirtschaft", *loc. cit.*, p. 12.

importaciones y las exportaciones son diferentes. Las disposiciones aplicables a las importaciones afectan tanto a los productos nacionales como a los productos importados pudiendo ser concebidas de modo que procuren a los primeros una ventaja económica en relación con los segundos. Por el contrario, las disposiciones aplicables a las exportaciones no afectan más que a las mercancías de producción nacional, cuya salida al mercado doméstico se ve favorecida en relación con la exportación (55).

Recientemente, el Tribunal ha procedido a una modificación importante de su jurisprudencia en la materia. En la sentencia *Keck y Mithouard* de 24 de noviembre de 1993 (55 a) y en la sentencia *Hunermund* de 15 de diciembre de 1993 (55 b) ha sido limitado por primera vez el alcance de la "fórmula Cassis de Dijon" mediante una aproximación dogmática.

Tal y como acabamos de señalar, el Tribunal se opone firmemente desde hace algún tiempo a las extensiones exorbitantes de la prohibición de medidas de efecto equivalente. Este cambio tiene en cuenta el hecho de que un número creciente de asuntos que habían sido sometidos, fundamentalmente por la vía de las demandas prejudiciales, no presentan ninguna relación razonable con la circulación transfronteriza de mercancías sino que estaban más bien motivadas por el deseo de hacer caer legislaciones nacionales a través de la jurisprudencia comunitaria. Ahora bien, esta evolución vendría a transformar la esencia misma de la sentencia *Cassis de*

(55) Heinrich Matthies, *loc. cit.*, art. 34, punto 7.

(55 a) St. de 24 de noviembre de 1993, C-267/91 y C-268/91, no publicada todavía en el *Recueil*; ver al respecto Georg Ress, "Abschied von Cassis de Dijon und Dassonville?", en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1993, p. 745; Jürgen Basedow, "Keck on the facts", en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1994, p. 225.

(55 b) St. de 15 de diciembre de 1993, C- 292/92, no publicada todavía en el *Recueil*; ver al respecto Matthias Petschke, "Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH", en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1994, p. 107 y ss.

Dijon que reconoció al legislador nacional, en los ámbitos en que no existe armonización, la competencia para dictar reglas unilaterales en la medida en que esas prescripciones pudieran ser reconocidas como necesarias para satisfacer las exigencias imperativas (55 c).

El Tribunal ha asumido las consecuencias, apartándose *expressis verbis* de su jurisprudencia anterior un poco vacilante.

La nueva doctrina *Keck y Mithouard* distingue ahora claramente entre los obstáculos a la libre circulación de mercancías que se refieren a los productos mismos y aquéllos que conciernen a las puras modalidades de venta. Sólo los primeros entran en el campo de aplicación de los arts. 30 y ss. del Tratado CE, mientras que los últimos están generalmente excluidos siempre que no sean discriminatorios y no conduzcan a una división de los mercados.

Por el contrario, las restricciones relativas a los productos mismos permanecen sometidas a la prohibición de los arts. 30 y ss. del Tratado CE incluso si se aplican indistintamente a las mercancías nacionales e importadas. En este sentido, el Tribunal ha confirmado la línea de su jurisprudencia tradicional en una decisión de fecha posterior al "leading case" *Keck y Mithouard*: en la sentencia *Clinique* (55 d) el Tribunal admite la existencia de una relación con el comercio transfronterizo en un caso en el que se impedía a un productor comercializar su producto bajo igual denominación y con igual embalaje que en otros Estados miembros, en virtud de una regla de derecho nacional (alemán). El Tribunal calificó tal prohibición como un atentado contra los intercambios intracomunitarios, no justificado por exigencias imperativas.

(55 c) St. de 20 de febrero de 1979, *REWE-Zentral*, 120/78, *Rec.* 1979, p. 649, 662.

(55 d) St. de 2 de febrero de 1994, *Laboratorios Clinique y Estée Lauder*, C-315/92, no publicado todavía en el *Recueil*; ver al respecto *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1994, p. 148 y ss.

La sentencia *Keck y Mithouard* parece haber iniciado una evolución pretoriana de envergadura. En ella el Tribunal ha sentado las bases para poner coto a la avalancha de asuntos sometidos a su consideración bajo el pretexto de la libre circulación de mercancías y que, en realidad, tienen un carácter puramente interno. Corresponde a la futura jurisprudencia concretar los principios así jalonados y especialmente en este marco, trazar más claramente la línea divisoria entre la filosofía clásica de "Cassis de Dijon" y la nueva concepción.

D.- PROTECCION DE LA LEALTAD EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES Y PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES

Las exigencias de lealtad en las transacciones comerciales y de la protección de los consumidores en el sentido de los principios establecidos por la sentencia *Cassis de Dijon* han dado lugar a una jurisprudencia abundante. Conforme a un principio concedido en la jurisprudencia del Tribunal, la transparencia de las ofertas dirigidas a los consumidores puede ser normalmente garantizada mediante la obligación de marcar los productos adecuadamente (mediante etiqueta por ejemplo), siendo en estas condiciones desproporcionada la prohibición de comercialización. Las bases de este principio han sido establecidas a partir de la sentencia *Cassis de Dijon*; una información adecuada a los consumidores puede ser fácilmente asegurada obligando a indicar el origen y el grado alcohólico en el embalaje del producto (56).

El Tribunal ha reconocido en reiterada jurisprudencia que las reglas de etiquetado de ciertos productos podrían asegurar la protección de los consumidores, puesto que permiten al comprador reconocer la naturaleza del producto y distinguirlo de otros productos susceptibles de llevar a confu-

(56) St. de 20 de febrero de 1979, *REWE-Zentral*, loc. cit.; en un sentido similar, st. de 26 de noviembre de 1985, *Miro* ("Contenido alcohólico mínimo de la ginebra"), 182/84, *Rec.* 1985, p. 3731.

sión. La necesidad de semejante protección no existe sin embargo más que en la medida en que las indicaciones que están en la etiqueta originaria no tienen ya un contenido informativo equivalente para el consumidor del Estado importador (57). Al respecto, es conveniente basarse en los usos que están en vigor. Esta consideración aparece de manera particularmente clara en la sentencia *Kikvorsh* (58):

"El art. 30 del Tratado no se opone en modo alguno a que un Estado miembro proteja a sus consumidores contra un etiquetado de tal naturaleza que induzca al comprador a error. Esta protección de los consumidores puede igualmente comportar una prohibición de dar ciertas informaciones sobre el producto, fundamentalmente si estas informaciones pueden ser confundidas por el consumidor con otras informaciones exigidas por la reglamentación nacional.

Si una prohibición tal es aplicada a los productos provenientes de otro Estado miembro, de forma que imponga la modificación de las etiquetas originarias de esos productos, es necesario además que esas etiquetas sean efectivamente de tal naturaleza que creen la confusión que la reglamentación trata de excluir".

En ningún caso se debe impedir al consumidor nacional poder conocer un producto fabricado según una tradición diferente (por ejemplo la cerve-

(57) St. de 16 de diciembre de 1980, *Fietje* ("denominación obligatoria de las bebidas espirituosas como licor"), 27/80, *Rec.* 1980, p. 3839. Sobre esta cuestión: Gert Meier en *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht* 1981, p. 142 y ss.; Derrick Wyatt, en *European Law Review*, 1981, p. 185 y ss.; en un sentido similar, st. de 22 de junio de 1982, *Robertson* ("Marcado de los metales preciosos"), *loc. cit.*

(58) St. de 17 de marzo de 1983, *de Kikvorsch*, *loc. cit.*, p. 958; cf. Directiva 79/112/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1978, sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativa al etiquetado y la presentación de los productos alimenticios destinados al consumidor final así como a la publicidad hecha al respecto, JO 1979, L 33, p. 1.

za) en otro Estado miembro y cuya etiqueta acredita su origen de otro Estado de la Comunidad (59). Una disposición o una práctica contraria sería susceptible de cristalizar los hábitos de consumo existentes y de conservar así la ventaja adquirida por la industria nacional (60). Esto equivaldría al mantenimiento del status quo, lo que sería contrario al objetivo de la interpenetración de los mercados nacionales y haría imposible la evolución de los hábitos de consumo propia de un verdadero mercado común.

El principio de proporcionalidad se opone, por otra parte, a una disposición nacional que prescribe para un producto determinado (por ejemplo la margarina), un determinado tipo de embalaje (por ejemplo, la forma cúbica), con exclusión de cualquier otro tipo de condición. En efecto, la protección de los consumidores puede ser asegurada de manera igualmente eficaz con medidas menos rigurosas, tales como las prescripciones relativas al etiquetado que crean menos obstáculos a la libre circulación (61).

Una prohibición nacional de importar y de comercializar productos cárnicos procedentes de otros Estados miembros que contengan ciertos ingredientes distintos a la carne, no estará más justificada, por el hecho de haberse creado entre los consumidores nacionales, como consecuencia de sus hábitos alimenticios tradicionales, una imagen precisa de lo que esperan de los productos cárnicos. En efecto, incluso desde este punto de vista, el riesgo de confusión puede ser contrarrestado por medio de una información adecuada a los consumidores bajo la forma de una obligación de etiquetado basada en la naturaleza de los productos

(59) St. de 17 de marzo de 1983, *de Kikvorsch*, *loc. cit.*

(60) St. de 12 de marzo de 1987, *Comisión/República Federal de Alemania* ("ley de la pureza de la cerveza"), *loc. cit.*; en un sentido similar, st. de 27 de febrero de 1980, *Comisión/Reino Unido* ("Impuesto sobre el vino"), 170/78, *Rec.* 1980, p. 417, en p. 434.

(61) St. de 10 de noviembre de 1982, *Rau*, *loc. cit.*, p. 3973. Sobre esta cuestión: Hans-Jürgen Rabe, *Europarecht* 1983, p. 171 y ss.

vendidos (62). Ello es igualmente aplicable para una prohibición nacional sobre la importación y venta de sustitutivos de productos lácteos que puedan prestarse a confusión con productos lácteos (63).

Las denominaciones y las indicaciones de origen (64) no pueden ser reservadas a los productos nacionales más que a condición de que éstos provengan de una región geográfica determinada y presenten efectivamente propiedades y características atribuibles a su origen geográfico (65). Su protección debe además conciliarse con el principio del respeto mutuo de los usos leal y tradicionalmente practicados en los diferentes Estados miembros. Esto significa en definitiva, que por ejemplo, el vino tinto del Sur del Tirol, tradicionalmente envasado en botellas panzudas, llamadas "Bocksbeutel", y a pesar del riesgo de confusión con las botellas "Bocksbeutel" de Franconie y de Franconie de Bade (que constituye una indicación indirecta de origen geográfico), debe poder ser comercializado en la República Federal de Alemania bajo esta presentación (66).

(62) St. de 2 de febrero de 1989, *Comisión/República Federal de Alemania* ("productos a base de carne"), 247/87, *Rec.* 1989, p. 250; en un sentido similar, st. de 19 de febrero de 1981, *Keldermann*, 130/80, *Rec.* 1981, p. 527.

(63) St. de 23 de febrero de 1988, *Comisión/Francia*, 216/84, *Rec.* 1988, p. 809.

(64) Cf. art. 2, párrafo 3, s), de la Directiva 70/50/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1969, *loc. cit.*

(65) Dirk von der Heide, *loc. cit.*, p. 37. Sobre esta cuestión, en general: Martin Seidel, "Die sogenannte Cassis de Dijon - Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und der Schutz von Herkunftsangaben in der Europäischen Gemeinschaft", *GRUR International* 1984, p. 80 y ss.

(66) St. de 13 de marzo de 1984, *Prantl*, 16/83, *Rec.* 1984, p. 1299. Sobre esta cuestión: Jackie Minor, "New Wine in Old Bottles", *European Law Review* 1984, p. 275 y ss.; Peter Oliver, "Distinctive Signs and Features", *Common Market Law Review* 1985, p. 314 y ss.; en un sentido similar, st. de 4 de diciembre de 1986, *Comisión/República Federal de Alemania* ("Comercialización de "petillant" de uvas en botellas de espumoso"), 179/85, *Rec.* 1986, p. 3894.

La protección de denominaciones genéricas en el mercado común ha suscitado problemas igualmente, puesto que determinados términos, idénticos o parecidos pueden revestir, en los diferentes Estados miembros, significados totalmente diferentes.

Al respecto, el Tribunal estima que la comercialización de un producto (en particular de un producto alimenticio) con la denominación genérica (por ejemplo Edam) bajo la cual puede ser comercializado en el Estado de fabricación, no puede ser prohibida en la medida en que el producto importado no se diferencia de forma significativa en cuanto a su composición del producto que puede ser comercializado bajo dicha denominación en el Estado importador. La situación no sería distinta más que si el producto importado difiere del nacional hasta tal punto que no puede ser incluido dentro del mismo género de mercancías (67). Los términos genéricos no pueden pues ser reservados a un tipo de producto nacional en detrimento de los productos fabricados en otros Estados miembros.

De lo anterior resulta que, por ejemplo, la denominación "Bier" (cerveza) y las denominaciones correspondientes en los otros Estados miembros no pueden reservarse exclusivamente a las bebidas fabricadas según la ley de la pureza alemana. Deben, por el contrario, ser admitidas en tanto que denominaciones genéricas para toda bebida fermentada fabricada a base de malta de cebada, tanto si se emplea de forma exclusiva o conjuntamente con arroz, maíz u otras materias primas. Esto no influye sin embargo en la obligación de ofrecer una información adecuada sobre la naturaleza del producto vendido. Consecuentemente, el legislador nacional puede prescribir la indicación en las botellas, barriles o sifones, de las materias primas utilizadas en la fabricación de la cerveza, para asegurar la

(67) St. de 22 de septiembre de 1988, *Déserbais*, 286/86, *Rec.* 1988, p. 4921; cf. st. de 11 de octubre de 1990, *Comisión/Italia* ("Comercialización del queso que no es fabricado conforme a las prescripciones italianas relativas al contenido mínimo en materias grasas"), C-210/89, *Rec.* 1990, p. I-3697.

transparencia de las transacciones comerciales y de las ofertas a los consumidores. No obstante, un tal sistema de información obligatoria no debe comportar apreciaciones negativas para las cervezas "impuras" (68). Similares principios han sido establecidos respecto de las denominaciones italianas "aceto" (que estaban autorizadas únicamente para el vinagre de vino y no para el vinagre de frutas) (69) y "pasta" (reservada a las pastas fabricadas con trigo duro) (70).

En resumen, se puede concluir que la utilización de denominaciones genéricas no puede estar reservada a los siguientes productos (71):

- productos fabricados en el territorio de ciertos Estados miembros ("vino espumoso y aguardiente") (72);
- productos fabricados a partir de ciertas materias primas ("Bier", "aceto", "pasta") (73);
- productos que presentan un cierto contenido en ingredientes característicos ("ginebra", "Edam") (74);

(68) St. de 12 de marzo de 1987, *Comisión/República Federal de Alemania* ("ley de la pureza de la cerveza"), *loc. cit.*

(69) St. de 9 de diciembre de 1981, *Comisión/Italia*, 193/80, *Rec.* 1981, p. 3019, en p. 3035; st. de 15 de octubre de 1985, *Comisión/Italia*, 281/83, *Rec.* 1985, p. 3402.

(70) St. de 14 de julio de 1988, *Drei Glocken*, *loc. cit.*; st. de 14 de julio de 1988, *Zoni*, 90/86, *Rec.* 1988, p. 4300.

(71) Dirk van der Heide, *loc. cit.*, p. 31.

(72) St. de 20 de febrero de 1975, *Comisión/República Federal de Alemania*, *loc. cit.*

(73) St. de 12 de marzo de 1987, *Comisión/República Federal de Alemania*, *loc. cit.*; sts. de 9 de diciembre de 1981 y de 15 de octubre de 1985, *Comisión/Italia*, *loc. cit.*; sts. de 14 de julio de 1988, *Drei Glocken* y *Zoni*, *loc. cit.*

(74) St. de 26 de noviembre de 1985, *Miro* ("ginebra"), *loc. cit.*; st. de 22 de septiembre de 1988, *Déserbais* ("Edam"), *loc. cit.*

- productos frescos (por oposición a los productos que hayan sido sometidos a un tratamiento determinado), en la medida en que las propiedades de estos últimos no difieran en su esencia de las de los productos frescos ("yoghourt") (75).

III. LAS JUSTIFICACIONES DEL ART. 36 DEL TRATADO CE

A.- EL ART. 36 DEL TRATADO CEE - DISPOSICION DEROGATORIA

La prohibición de las restricciones cuantitativas y de las medidas de efecto equivalente establecida en los arts. 30 y 34 del Tratado CE se excluye por el art. 36 del Tratado CEE en la medida en que las restricciones estén "justificadas" por razones, entre otras, de moralidad pública, de orden público, de seguridad pública, de protección de la salud pública o de la propiedad industrial y comercial (art. 36, primera frase). El alcance de estas justificaciones está sin embargo limitado por la prohibición de las "discriminaciones arbitrarias" y de las "restricciones encubiertas" en el comercio entre los Estados miembros (art. 36, segunda frase).

Conforme a una jurisprudencia constante del Tribunal, el art. 36 del Tratado no constituye una reserva de soberanía según la cual ciertas situaciones se mantienen en el ámbito de la competencia exclusiva de los Estados miembros (76). Teniendo en cuenta los objetivos de la constitución comunitaria, esta disposición debe ser entendida como una excepción que debe ser objeto de una interpretación restrictiva y que no permite en ningún caso alterar la prohibición básica de impedir los in-

(75) St. de 14 de julio de 1988, *Smanor*, 298/87, *Rec.* 1988, p. 4489, en p. 4507.

(76) St. de 15 de diciembre de 1976, *Simmenthal*, 35/76, *Rec.* 1976, p. 1871, en p. 1886; st. de 5 de octubre de 1977, *Tedeschi*, 5/77, *Rec.* 1977, p. 1555, en p. 1576; st. de 12 de julio de 1979, *Comisión/República Federal de Alemania*, 153/78, *Rec.* 1979, p. 2555, en p. 2564.

tercambios (77). En particular, el art. 36 del Tratado no puede ser interpretado como una cláusula de salvaguardia contra las repercusiones económicas de la apertura de los mercados y menos aún, como una invitación a un proteccionismo oculto. Por el contrario, no contempla más que "hipótesis de naturaleza no económica que no son susceptibles de atentar contra los principios establecidos por los arts. 30 y 34" (78).

El principio de proporcionalidad juega aquí también un papel primordial. Los Estados miembros son ciertamente libres de adoptar ciertas medidas en función de sus propias concepciones políticas y partiendo de su propia escala de valores, para proteger los intereses enumerados en el art. 36 del Tratado. Pueden, en particular, determinar el nivel de protección y la severidad de los controles (79). Dicho poder, sin embargo, está delimitado por el Derecho comunitario. De este último se desprende que las únicas medidas justificadas son aquéllas que "satisfacen exigencias imperativas" (80) y que son absolutamente indispensables para alcanzar el fin perseguido (81). Ello significa que, entre distintas medidas intrínsecamente apropiadas, se debe escoger siempre la más inofensiva, es decir, aquélla que afecta menos a la circulación de las mercancías en la Comunidad (principio de la medida menos gravosa); por otra parte, la restricción ocasionada debe ser razonablemente proporcionada al fin perseguido (prohibición de adoptar medidas desproporcionadas) (82).

(77) St. de 19 de diciembre de 1968, *Salgoil, loc. cit.*, p. 694; st. de 15 de diciembre de 1976, *Simmenthal*, 35/76, *Rec.* 1976, p. 1871.

(78) St. de 19 de diciembre de 1961, *Comisión/Italia*, 7/61, *Rec.* 1961, p. 1871.

(79) St. de 20 de mayo de 1976, *de Peijper, loc. cit.*

(80) St. de 20 de febrero de 1979, *REWE-Zentral, loc. cit.*

(81) St. de 15 de diciembre de 1976, *Donckerwolcke, loc. cit.*

(82) Sobre la definición del principio de proporcionalidad, ver: st. de 11 de julio de 1989, *Schröder*, 265/87, *Rec.* 1989, p. 2263, en p. 2269.

El recurso al art. 36 del Tratado CE queda excluido cuando una directiva comunitaria de aproximación de legislaciones ha realizado una armonización completa del ámbito en cuestión y articula procedimientos comunitarios de control del respeto de las medidas armonizadas, ya que, en este caso, todas las condiciones de fondo derivan del acto de armonización (83). Los Estados miembros no están autorizados en este supuesto para alejarse de las prescripciones de las directivas, más que en la medida en que éstas prevean una posibilidad de derogación (por ejemplo una cláusula de salvaguardia) (84) o en la medida en que la aplicación de disposiciones nacionales derogatorias esté justificada por el art. 100 A, párrafo 4 del Tratado CE (85).

El Tribunal ha precisado además que el art. 36 del Tratado, que constituye una disposición de excepción, no puede extenderse por analogía a otras hipótesis distintas de aquéllas que se enumeran en él de forma exhaustiva. Esta es la razón por la cual no es posible fundamentar, sobre esta disposición, ni medidas de protección de los consumidores ni medidas dirigidas a la protección de la lealtad de las transacciones comerciales. Estos intereses no pueden ser tenidos en consideración más que en el marco de la "*fórmula Cassis de Dijon*", respecto de reglamentaciones o prácticas indistintamente aplicables. Las reglamentaciones o prácticas discriminatorias, en cambio, no pueden en ningún caso justifi-

(83) St. de 5 de octubre de 1977, *Tedeschi*, 5/77, *Rec.* 1977, p. 1555, en p. 1576; st. de 5 de abril de 1979, *Ratti*, 148/78, *Rec.* 1979, p. 1629, en p. 1644; st. de 8 de noviembre de 1979, *Denkavit*, 251/78, *Rec.* 1979, p. 3369, en p. 3388; st. de 30 de noviembre de 1983, *van Bennekom*, 277/82, *Rec.* 1983, p. 3883, en p. 3904; st. de 10 de diciembre de 1985, *Motte*, 247/84, *Rec.* 1985, p. 3898; st. de 14 de octubre de 1987, *Comisión/Dinamarca*, 278/85, *Rec.* 1987, p. 4084.

(84) St. de 5 de octubre de 1977, *Tedeschi*, *loc. cit.*; st. de 5 de abril de 1979, *Ratti*, *loc. cit.*; st. de 8 de noviembre de 1979, *Denkavit*, *loc. cit.*

(85) Sobre esta cuestión: Bernd Langeheine, en Eberhard Grabitz, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, art. 100 A, puntos 75-78.

carse sobre la base de la lealtad de las transacciones comerciales o de la protección de los consumidores (86).

Sobre este punto, conviene subrayar que el art. 36 del Tratado CE autoriza a los Estados miembros a introducir, bajo ciertas condiciones, restricciones a la importación, exportación o tránsito, pero no a percibir derechos de aduana o tasas de efecto equivalente. El Tratado no prevé para éstos ninguna excepción análoga. En el ámbito de los controles sanitarios, resulta de aplicación el principio siguiente: si bien la realización de estos controles puede justificarse sobre la base de la protección de la salud, no está sin embargo permitido percibir derechos para cubrir los gastos, debiendo en consecuencia el Estado concernido soportarlos él mismo (87).

Razones de moralidad pública pueden, en ciertos casos particulares - conforme a la escala de valores del Estado miembro considerado- justificar una prohibición de importación de artículos o de escritos indecentes o contrarios a las buenas costumbres (88). Por razones de orden público, una prohibición de exportación de piezas de plata fuera de curso legal puede estar justificada sobre la base del art. 36 del Tratado (89).

B.- PROTECCION DE LA SALUD

La protección de la salud y de la vida de las personas y de los animales y la preservación de los vegetales (art. 36, primera frase, del Tratado CE)

(86) St. de 17 de junio de 1981, *Comisión/Irlanda* ("Recuerdos"), *loc. cit.*; st. de 20 de abril de 1984, *Weinvertriebs-GmbH*, 59/82, *Rec.* 1983, p. 1217.

(87) St. de 25 de enero de 1977, *Bauhuis*, 46/76, *Rec.* 1977, p. 5, en p. 15; st. de 22 de marzo de 1983, *Leonelli*, 88/82, *Rec.* 1983, p. 1061.

(88) St. de 14 de diciembre de 1979, *Henn y Darby*, 34/79, *Rec.* 1979, p. 3795, en p. 3813; st. de 11 de marzo de 1986, *Conegate*, 121/85, *Rec.* 1986, p. 1007.

(89) St. de 23 de noviembre de 1978, *Thompson*, 7/78, *Rec.* 1978, p. 2247, en p. 2257.

son objeto de una jurisprudencia compleja y matizada del Tribunal. Este ha afirmado siempre que la noción de protección de la salud es susceptible de control jurisdiccional admitiendo, no obstante, la relatividad de esta noción que -al igual que la de moralidad pública y la de orden público- puede variar según los países y el paso del tiempo. Así, parte del principio de que, hasta tanto no haya habido armonización a nivel comunitario, los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación y de acción para establecer, bajo su propia responsabilidad, el necesario nivel de protección de la salud, siempre y cuando respeten el principio de proporcionalidad (90).

La jurisprudencia en la materia permite distinguir esencialmente tres grupos de casos:

1) Los controles sanitarios en las fronteras -en particular los controles epizooticos o los controles de los productos alimenticios- son autorizados por sí mismos, pero deben evitarse en lo posible los dobles controles.

Así, pues, los análisis o ensayos de laboratorio efectuados en el Estado miembro exportador -al menos cuando el importador los invoque y aporte los correspondientes justificantes- deben ser obligatoriamente tomados en consideración por el Estado miembro importador (91). Claro está que éste seguirá siendo libre, siempre que respete el principio de proporcionalidad, para prescribir controles suplementarios relativos, por ejemplo, en el caso de productos perecederos, a un eventual deterioro sufrido durante el transporte. Por el contrario, no prosperará su causa si, para justificarlos, argu-

(90) Cf. por ejemplo st. de 20 de mayo de 1976, *de Peijper, loc. cit.*; st. de 14 de julio de 1983, *Sandoz*, 174/82, *Rec.* 1983, p. 2445; st. de 30 de noviembre de 1983, *van Bennekom, loc. cit.*

(91) St. de 8 de noviembre de 1979, *Denkavit, loc. cit.*; st. de 7 de abril de 1981, *United Foods*, 132/80, *Rec.* 1981, p. 995; st. de 17 de diciembre de 1981, *Biologische ProduKten*, 272/80, *Rec.* 1981, p. 3277.

menta que los análisis efectuados por el Estado miembro exportador no son fiables, a menos que ciertos elementos precisos avalen esta hipótesis (sospecha legítima de manipulaciones, por ejemplo).

2) Los residuos de pesticidas en las frutas y legumbres pueden entrañar riesgos considerables para la salud de las personas y de los animales. El Estado miembro importador puede por ello fijar un contenido máximo admisible para los diversos productos alimenticios en función de sus condiciones climáticas, de la composición de la alimentación habitual de su población y del estado de salud de esta última. Debe no obstante establecer dicho contenido máximo en función del avance de la ciencia y de la investigación en el momento considerado y revisarlo si aparecen nuevos descubrimientos (92).

3) La cuestión de los aditivos en los productos alimenticios es particularmente delicada. En el marco de una política de salud preventiva, es en principio posible establecer una prohibición, siempre que resulte, claro está, estrictamente necesaria.

La sentencia *Eyssen* (93) se ocupaba de la adición de nisine en el queso; la sentencia *Sandoz* (94), por su parte, de la adición de vitaminas a bastones de muesli, al powerpack y a bebidas isotónicas. Las vitaminas no son, ciertamente, nocivas por sí mismas, pero pueden comportar riesgos

(92) St. de 19 de septiembre de 1984, *Heijn*, 94/83, *Rec.* 1984, p. 3263. Sobre esta cuestión: Oscar Fiumara, "Dell'uso di alcune sostanze antiparassitarie sugli ortofrutticoli: limiti nazionali alla commercializzazione del prodotto", *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 1985, nº 1, parte I, sección II, p. 38; Laurence Gormley, "Health and Life of Humans, Animals and Plants", *European Law Review*, 1985, p. 432 y ss.; st. de 13 de marzo de 1986, *Mirepoix*, 54/85, *Rec.* 1986, p. 1074.

(93) St. de 5 de febrero de 1981, *Eyssen*, 53/80, *Rec.* 1981, p. 409.

(94) St. de 14 de julio de 1983, *Sandoz*, *loc. cit.*

para la salud si se realiza un consumo excesivo en el conjunto total de nuestra alimentación, cuya composición es imprevisible e incontrolable. Las sentencias *Motte* (95) y *Muller-Kampfmeyer* (96) versaban, respectivamente, sobre la utilización de los colorantes en las conservas de pescado y de los emulsionantes en la pastelería. Las "sentencias de la cerveza" (97) se referían a una prohibición absoluta de aditivos en la cerveza adoptada, respectivamente, por la República Federal de Alemania y la República helénica. Los argumentos de estas sentencias son en buena medida idénticos. Pueden resumirse como sigue:

- en el estado actual de la investigación científica, subsisten algunas incertidumbres en cuanto a la inocuidad de los aditivos y fundamentalmente en cuanto a los límites de absorción;

- en defecto de reglamentación comunitaria, los Estados miembros determinan por sí mismos el nivel de protección de la salud de su población, pudiendo tener en cuenta a tal efecto los hábitos alimenticios de ésta así como las condiciones climáticas;

- una prohibición de comercializar productos alimenticios con aditivos sólo es legítima si se acompaña de la posibilidad de otorgar una autorización y si la autorización en cuestión puede ser acordada por un acto de al-

(95) St. de 10 de diciembre de 1985, *Motte*, *loc. cit.*

(96) St. de 6 de mayo de 1986, *Muller-Kampfmeyer*, 304/84, *Rec.* 1986, p. 1521.

(97) St. de 12 de marzo de 1987, *Comisión/República Federal de Alemania*, *loc. cit.*; st. de 12 de marzo de 1987, *Comisión/Grecia*, 176/84, *Rec.* 1987, p. 1213. Sobre esta cuestión: Manfred A. Dausen, "Die neuere Rechtsprechung des EuGH im Lebensmittelrecht unter besonderer Berücksichtigung des sogenannten Bier-Urteils", *Zeitschrift für des gesamte Lebensmittelrecht*, 1987/3, p. 243 y ss.; Christian Moench, "Reinheitsgebot für Bier", *NJW-Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, p. 1109; Hans-Jürgen Rabe, "Freier Warenverkehr für Lebensmittel nach dem Bier-Urteil des EuGH", *EuR*, 1987, p. 253 y ss.; Zipfel, "Zu den Gründen und rechtlichen Folgen des Bier-Urteils des EuGH", *NJW*, 1987, p. 2113 y ss.

cance general para determinados aditivos. A tal efecto, es necesario prever un procedimiento rápido y fácilmente accesible, así como la posibilidad de recursos jurisdiccionales para el caso en el que se deniegue la autorización;

- la comercialización debe ser autorizada si el producto alimenticio considerado no presenta ningún riesgo para la salud humana y si, además, la agregación de los aditivos responde a una necesidad real, en particular de orden tecnológico. Se trata de una interpretación muy amplia del criterio de la protección de la salud, a través de la cual el Tribunal sostiene el principio minimalista, internacionalmente reconocido en el derecho alimentario.

Conforme a la misma, para apreciar tanto la existencia de un riesgo para la salud (examen de la inocuidad) como la necesidad, es preciso tener en cuenta los resultados de la investigación científica internacional y especialmente los trabajos del comité científico comunitario de la alimentación humana y de la comisión del Codex-Alimentarius de la FAO y de la OMS. Los hábitos alimenticios de la población del Estado miembro importador pueden ser también tomados en consideración.

La carga de probar que una prohibición de comercialización está justificada conforme al Derecho comunitario incumbe a los Estados miembros. Los operadores económicos interesados pueden sin embargo verse obligados a presentar todos los documentos en su poder que puedan resultar útiles para la apreciación de los hechos.

C.- DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

Un caso importante de aplicación del art. 36, primera frase, del Tratado CE, lo constituyen los derechos de propiedad industrial ("propiedad industrial y comercial") que pueden provocar una división de los mercados nacionales en razón de la fragmentación de sus efectos territoriales. Es ésta una fuente de frecuentes conflictos entre el principio de la libre circulación de mercancías y los intereses, dignos de protección, del titular del derecho.

La noción de "propiedad industrial y comercial" en el sentido del art. 36 del Tratado debe ser objeto de una amplia interpretación. Engloba, además del derecho de patentes (98), el derecho de marcas (99), el derecho de obtención (100) y la protección de los diseños y modelos (101), los derechos de autor (102) y la protección contra la imitación servil (103).

Según una jurisprudencia consolidada, el Tratado CE no afecta a la existencia, es decir a la esencia de los derechos de propiedad industrial y comercial acordados por la legislación nacional, pero sí puede afectar a su ejercicio (104). El art. 36 del Tratado CE no admite derogaciones a la li-

(98) Cf. por ejemplo st. de 31 de octubre de 1974, *Sterling Drug*, 15/74, *Rec.* 1974, p. 1147; st. de 9 de julio de 1985, *Pharmon/Hoechst*, 19/84, *Rec.* 1985, p. 2291; st. de 3 de marzo de 1988, *Allen and Hanburys*, 434/85, *Rec.* 1988, p. 1268.

(99) St. de 31 de octubre de 1974, *Centrafarm*, 16/74, *Rec.* 1974, p. 1183; st. de 22 de junio de 1976, *Terrapin/Terranova*, 119/75, *Rec.* 1976, p. 1039; st. de 23 de mayo de 1978, *Hoffmann-La Roche/Centrafarm*, 102/77, *Rec.* 1978, p. 1139; st. de 10 de octubre de 1978, *American Home Products*, 3/78, *Rec.* 1978, p. 1823; st. de 3 de julio de 1974, *Hag I*, 192/73, *Rec.* 1974, p. 731; st. de 17 de octubre de 1990, *Hag II*, C-10/89, *Rec.* 1990, p. I-3752.

(100) St. de 8 de junio de 1982, *Nungesser*, 258/78, *Rec.* 1982, p. 2015.

(101) St. de 14 de septiembre de 1982, *Keurkoop*, 144/81, *Rec.* 1982, p. 2853.

(102) St. de 18 de marzo de 1980, *Coditel I*, 62/79, *Rec.* 1980, p. 881; st. de 20 de enero de 1981, *GEMA*, 55 y 57/80, *Rec.* 1981, p. 147; st. de 6 de octubre de 1982, *Coditel II*, 262/81, *Rec.* 1982, p. 3381.

(103) St. de 2 de marzo de 1982, *Beele*, 6/81, *Rec.* 1982, p. 707.

(104) St. de 29 de febrero de 1968, *Parke Davis*, 24/67, *Rec.* 1968, p. 85; st. de 8 de junio de 1971, *Deutsche Grammophon/Metro*, 78/70, *Rec.* 1971, p. 487; st. de 3 de julio de 1974, *Hag I*, *loc. cit.*; st. de 31 de octubre de 1974, *Centrafarm*, *loc. cit.*; st. de 22 de junio de 1976, *Terrapin/Terranova*, *loc. cit.*; st. de 2 de marzo de 1982, *Beele*, *loc. cit.*; st. de 5 de octubre de 1988, *Volvo*, 238/87, *Rec.* 1988, p. 6211. Sobre esta cuestión: Friedrich-Karl Beier, "Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten", *GRUR-International*, 1989, p. 603 y ss., en p. 609.

bre circulación de mercancías más que en la medida en que estas derogaciones estén justificadas por la salvaguardia de los derechos que constituyen el objeto específico de esta propiedad. Así, pues, un titular de derechos que disponga de derechos paralelos en varios Estados no puede oponerse a la comercialización, en un Estado miembro, de un producto así protegido que haya sido puesto en circulación de forma regular en el mercado de otro Estado miembro, bien por él mismo, bien con su consentimiento (teoría del agotamiento de los derechos) (105). Esta regla se aplica igualmente cuando el titular de los derechos se opone a la importación con vistas a obtener, por la comercialización en el Estado de importación, una remuneración suplementaria correspondiente a la diferencia entre la cantidad menos elevada obtenida por la licencia en el Estado de fabricación y la cantidad más elevada que obtendría por la licencia en el Estado de importación (106).

El art. 36 permite sin embargo la percepción en el Estado de importación de unos derechos suplementarios por la reproducción mecánica de una obra registrada sobre un medio auditivo además de los derechos de representación, y ello incluso en el caso en que tales derechos suplementarios no estuvieran previstos en el Estado de fabricación del medio auditivo (107). Lo mismo cabe decir de los derechos percibidos en el Estado miembro importador por el alquiler de vídeos (108).

(105) St. de 31 de octubre de 1974, *Centrafarm*, loc. cit.; st. de 22 de junio de 1976, *Terrapin/Terranova*, loc. cit.; st. de 20 de enero de 1981, *GEMA*, loc. cit.; st. de 14 de septiembre de 1982, *Keurkoop*, loc. cit. Distinto es sin embargo el caso en el que el producto ha sido fabricado y comercializado en el Estado miembro de origen, bajo una licencia obligatoria; en este caso, el titular de la patente puede oponerse a la puesta en circulación del producto en base a una patente paralela en el Estado importador: st. de 9 de julio de 1985, *Pharmon/Hoechst*, loc. cit.

(106) St. de 20 de enero de 1981, *GEMA*, loc. cit.

(107) St. de 9 de abril de 1987, *Basset/SACEM*, 402/85, *Rec.* 1987, p. 1763.

(108) St. de 17 de mayo de 1988, *Warner Brothers*, 158/86, *Rec.* 1988, p. 2605.

Estaríamos, por el contrario, en presencia de un ejercicio ilegítimo del derecho de propiedad industrial o comercial cuando tal ejercicio fuera el objeto, el medio o la consecuencia de un acuerdo prohibido por el Tratado CE (109) o en la hipótesis en que, teniendo en cuenta el sistema de comercialización aplicado, dicho ejercicio contribuya a dividir artificialmente los mercados entre los Estados miembros y comportase por ello una restricción encubierta a los intercambios intracomunitarios (110).

D.- PROHIBICION DE TODA DISCRIMINACION ARBITRARIA Y DE TODA RESTRICCIÓN ENCUBIERTA DEL COMERCIO

Como ya se ha dicho, si bien las restricciones en el comercio intracomunitario pueden estar justificadas en aplicación del art. 36, primera frase, del Tratado CE y no deben comportar ni una discriminación arbitraria ni una restricción encubierta en dicho comercio (art. 36, segunda frase, del Tratado CE).

La noción de "discriminación arbitraria" en el sentido del art. 36, segunda frase, del Tratado CE, debe ser interpretada como una desigualdad de trato patente y no justificada. El elemento constitutivo de la "restricción encubierta" es la expresión de la prohibición de abuso y deberá contemplar principalmente los casos de desviación de un derecho. En las "sentencias de la cerveza", el Tribunal ha apreciado la existencia de una restricción encubierta en el hecho de que los Estados miembros demandados negaban que la agregación de aditivos a la cerveza respondiera a una necesidad tecnológica, por cuanto la cerveza elaborada conforme a la ley

(109) St. de 13 de julio de 1966, *Consten/Grundig*, 56 y 58/64, *Rec.* 1966, p. 321, en p. 390; st. de 29 de febrero de 1968, *Parke Davis*, *loc. cit.*; st. de 18 de febrero de 1971, *Sirena*, 40/70, *Rec.* 1971, p. 69, en p. 83; st. de 1 de febrero de 1973, *Continental Can*, 6/72, *Rec.* 1973, p. 215; st. de 3 de julio de 1974, *Hag I*, *loc. cit.*; st. de 15 de junio de 1976, *EMI/CBS*, 51/75, *Rec.* 1976, p. 811; st. de 17 de octubre de 1990, *Hag II*, *loc. cit.*

(110) St. de 23 de mayo de 1978, *Hoffmann-La Roche/Centrafarm*, *loc. cit.*

de la pureza podía igualmente ser fabricada sin aditivos. Según el Tribunal, una interpretación tal de la noción de necesidad tecnológica conduce a privilegiar de manera inaceptable los métodos de producción nacionales (111).

Conforme a una interpretación amplia de los elementos constitutivos del art. 36, segunda frase, del Tratado CE -interpretación amplia que se impone- los Estados miembros no conservan más que un margen de maniobra mínimo en el ámbito de las medidas discriminatorias. Semejantes reglamentaciones o prácticas no deberán poder estar justificadas más que en casos excepcionales. El Tribunal no parece haber llegado a este resultado más que en un asunto ("importación de material pornográfico"). En una apreciación de conjunto, en este asunto se desprendía que la formulación de la prohibición de importación coincidía en buena medida con la prohibición de fabricación y de distribución en el mercado nacional. El Tribunal estimó que una prohibición tal, aún cuando pudiera resultar en algunos aspectos más rigurosa que las disposiciones en vigor en el interior de un Estado miembro, no podía ser considerada como una medida destinada a la protección indirecta de ciertos productos nacionales o como una discriminación arbitraria, al menos mientras las mercancías litigiosas no pudieran ser tampoco objeto de comercio lícito en el interior del país (112).

Por el contrario, en un asunto análogo posterior ("importación de artículos eróticos"), el Tribunal estimó que el art. 36 del Tratado CE no justificaba una prohibición de importación motivada por razones de moralidad pública ya que los mismos productos podían ser, en general, libremente fabricados y comercializados en el territorio del Estado miembro importador (113).

(111) Sts. de 12 de marzo de 1987, *Comisión/República Federal de Alemania y Comisión/Grecia*, loc. cit.

(112) St. de 14 de diciembre de 1979, *Henn y Darby*, loc. cit., p. 3815.

(113) St. de 11 de marzo de 1986, *Congate*, loc. cit., p. 1022.

Queda aún por calificar las medidas nacionales no aplicables indistintamente, pero exentas sin embargo de discriminación, que han sido adoptadas por razones de lealtad en las transacciones comerciales o de protección de los consumidores. Sabido es que la noción de "discriminación" es menos amplia que la de "trato desigual" en la medida en que la desigualdad de trato, según una jurisprudencia constante, no contempla más que situaciones similares sometidas a diferencias de trato sin justificación objetiva (114). La lógica jurídica parece militar en favor del desarrollo de la "fórmula *Cassis de Dijon*" en el sentido de una extensión a todas las categorías de medidas no discriminatorias, de modo que, a este respecto, el art. 36 del Tratado CE no entraría en juego (115). No obstante, son sin duda excepcionales los casos en que diferencias de trato objetivamente justificadas no comportan medidas que favorezcan indebidamente la producción nacional (116).

(114) Cf. por ejemplo st. de 19 de octubre de 1977 ("*Quellmeh*"), 117/76 y 16/77, *Rec.* 1977, p. 1753; st. de 19 de octubre de 1977 ("*Gritz de mais*") 124/76 y 20/77, *Rec.* 1977, p. 1795; st. de 29 de junio de 1988, *van Landschoot*, 300/86, *Rec.* 1988, p. 3456.

(115) Manfred A. Dausen, "Dogmatik des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft", *loc. cit.*, p. 205.

(116) Así, en distintas sentencias del Tribunal, de nada ha servido que los Estados miembros afectados hicieran valer que el trato diferenciado litigioso se imponía en interés de los consumidores: st. de 17 de junio de 1981, *Comisión/Irlanda* ("*Recuerdos*"), *loc. cit.*; st. de 29 de noviembre de 1983, *Roussel Laboratoria*, *loc. cit.*

IV. CONCLUSION

A través de una jurisprudencia matizada, el Tribunal ha extraído de la prohibición -de contornos en principio inciertos- de las medidas de efecto equivalente un conjunto de reglas muy precisas y densas. Resulta revelador del nivel de evolución alcanzado por el Derecho comunitario en los Estados miembros que el acento, en un principio puesto por la jurisprudencia sobre la prohibición "clásica" de las restricciones cuantitativas, se haya desplazado rápidamente sobre la prohibición complementaria de las medidas de efecto equivalente. El Tribunal no ha interpretado en modo alguno esta última como una simple disposición residual aplicable a aquellos supuestos en los que la prohibición principal es sorteada. Por el contrario, le ha otorgado el carácter de disposición general, apoyándose para ello en una visión amplia de las exigencias de la libre circulación de mercancías.

No pretendemos afirmar que la jurisprudencia del Tribunal parta de una cierta concepción del comercio o de la política económica. Pero no podemos sin embargo ignorar que la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal, ya antes de 1993, ha dado lugar a una liberalización en los intercambios que responde plenamente a los fines del mercado interior cuya consecución se persigue. Ello ha permitido a la Comunidad beneficiarse de las ventajas competitivas de la economía de mercado y, en particular, hacer un uso óptimo de los factores de producción en el conjunto de su territorio. El resultado ha sido un incremento de la racionalidad y de la eficacia de los principios de organización del Tratado, una mayor transparencia en el acceso a los mercados, así como un fortalecimiento de la seguridad jurídica y de la protección jurisdiccional de los particulares.