

LA NUEVA INTERPRETACION DEL ARTICULO 30 DEL TCE: LIMITACION DE COMPETENCIAS POR LA PUERTA DE ATRAS

JOSE M. DE AREILZA CARVAJAL (*)
BELEN BECERRIL ATIENZA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INTERPRETACIÓN EXPANSIVA DEL ARTÍCULO 30 COMO MOTOR DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS.—III. LA NUEVA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 30 Y SU INFLUENCIA SOBRE LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS DE LA CE.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

La nueva jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el alcance del artículo 30 del Tratado CE, que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y las medidas de efecto equivalente, ha provocado numerosos debates académicos. Acerca de este giro jurisprudencial se ha dicho casi todo y, sin embargo, quizá no se ha discutido suficientemente algo que, desde un punto de vista constitucional, es lo más importante. Y es que la nueva jurisprudencia debe ser entendida antes de nada como una toma de partido del Tribunal en una cuestión típicamente federal, la de establecer límites jurídicos a la acción del poder central.

La Comunidad comparte bastantes rasgos con los sistemas federales de gobierno y, entre ellos, el más esencial: hay una división vertical del poder político y una tensión permanente entre centro y periferia, que forma parte de un mecanismo democrático de limitación de poder a través de pesos y contrapesos. Una experiencia común a los sistemas federales contemporáneos es que,

(*) Quisiera agradecer de modo especial a Joseph H. H. Weiler su magisterio sobre el artículo 30 del Tratado CE y su generosa ayuda en la concepción original y en la elaboración de este artículo; los errores de hecho y las afirmaciones poco fundadas son atribuibles sólo a los autores.

de hecho, el proceso político se encarga de decidir qué límites existen a la acción de la federación. La negociación entre representantes del centro y de las unidades de la periferia va determinando quién hace qué, a qué nivel, y con qué financiación. Los límites jurídicos son sobre todo orientativos y, por lo general, sólo si el proceso político falla, es decir, si hay una descompensación de fuerzas a favor del centro o de la periferia, los tribunales supremos deciden interpretar como una regla clara la norma básica que sugiere límites jurídicos.

Estas pautas han sido seguidas por la Comunidad. De hecho, el Tribunal de Justicia hasta hace poco ha alentado el crecimiento competencial comunitario y por eso no interpretaba las disposiciones del Tratado para limitar jurídicamente el crecimiento de poderes europeos. Pero desde hace unos años, y a la vista de un nuevo contexto político, el Tribunal ha empezado, muy poco a poco, a encontrar ciertos límites a la acción comunitaria.

Este artículo intenta explicar desde esta perspectiva la nueva jurisprudencia del artículo 30 y situarla en el actual debate de la limitación de competencias de la UE. Para ello, analizamos primero la interpretación estricta que el Tribunal hizo en los años setenta de la prohibición del artículo 30, que sirvió en buena medida para establecer la libre circulación de mercancías en el Mercado Común, pero también llevó a definir de modo expansivo la competencia legislativa comunitaria sobre dicho mercado. A continuación, describimos los problemas con los que se enfrentó el Tribunal a la hora de permitir derogaciones de esta prohibición y cómo solucionó algunos de ellos, para después tratar de entender las resistencias del Tribunal a modificar su interpretación estricta del artículo 30 en los años de desarrollo del programa legislativo del Acta Única Europea. Por último, nos referimos a la nueva jurisprudencia sobre medidas de efecto equivalente que inaugura el asunto Keck, en 1993, y valoramos la limitación de las competencias comunitarias que en nuestra opinión produce la nueva definición de medida de efecto equivalente, al reducir automáticamente el ámbito en el que pueden legislar las instituciones europeas.

II. LA INTERPRETACION EXPANSIVA DEL ARTÍCULO 30 COMO MOTOR DE LA LIBRE CIRCULACION DE MERCANCIAS

La Comunidad Europea ha conocido en sus cuarenta años de historia una expansión lenta pero continuada de sus competencias (1). A lo largo de la dé-

(1) La mejor narración y explicación de este proceso de expansión de competencias de la UE sigue siendo, a nuestro entender, la que hace J. H. H. WEILER: «The Transformation of Europe», *Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, págs. 2.403-2.483

cada de los setenta y hasta mediados de los ochenta, las instituciones comunitarias, y en su seno, los gobiernos de los Estados miembros, hicieron una interpretación expansiva del ámbito competencial comunitario. A cambio, cada gobierno nacional tuvo en esta época capacidad de vetar en el Consejo cualquier medida comunitaria y, por tanto, impedir cualquier expansión de las competencias de la Comunidad (2). Esta expansión, controlada por todos los gobiernos de los Estados miembros, se desarrolló de modo gradual y silencioso, y sin necesidad de reformar los Tratados.

Sin embargo, hasta el Acta Única Europea en 1986, el crecimiento competencial comunitario no se tradujo en gran número de leyes de armonización. El clima político mencionado, centrado en mantener el consenso entre los Estados miembros, permitió extender la competencia a muchos campos pero no legislar de manera detallada y completa en el plano europeo (3). Es decir, en estos años se erosionó el supuesto límite jurídico a la definición de competencias comunitarias, mas no se produjo una «integración positiva», que eliminase las barreras a la libre circulación provocadas por las diferencias entre las distintas regulaciones nacionales, mediante su sustitución por regulaciones europeas. Ante esta ausencia, se convirtió en un asunto muy importante la interpretación y aplicación de las normas del Tratado de «integración negativa», orientadas a eliminar barreras a la libre circulación, pero sólo con su prohibición y no permitiendo una regulación sustitutiva a nivel europeo (4).

Entre las prohibiciones del Tratado de barreras a la libre circulación de mercancías, o preceptos de integración negativa en el ámbito de lo comercial, destaca por su potencial amplitud la del artículo 30. Este artículo intenta evitar las barreras no arancelarias y no fiscales y para ello prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación, o cuotas, y las medidas de efecto equivalente a una cuota.

Una vez pasada la primera etapa de integración económica, en la que los Estados miembros debían eliminar las barreras arancelarias y suprimir las cuotas en un plazo establecido en el Tratado, en 1970 los Estados miembros apro-

(2) Sobre la evolución de las reglas de toma de decisiones en el Consejo, véase J. M. DE AREÍLZA CARVAJAL: «Vetos y Votos en la Unión Europea», *Política Exterior*, núm. 48, diciembre-enero 1995-1996, págs. 87-103

(3) Véase la descripción sobre las «carencias institucionales» para armonizar en la Comunidad Europea de los setenta que hace F. CAPELLI: «Les malentendus provoqués par l'arrêt Cassis de Dijon, vingt ans après», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 402, noviembre 1996, pág. 680.

(4) Véase la explicación sobre los fundamentos económicos de los procesos de integración y las distinciones entre integración negativa y positiva en el capítulo 2 de la obra de W. MOLLE: «The Economics of European Integration», Aldershot, ed. Dartmouth, 1990.

baron una directiva que trataba de suprimir las medidas de efecto equivalente a una cuota que aún existían (5). La directiva, sin embargo, estaba redactada en términos muy generales y no fue realmente operativa. Tal vez por ello, el Tribunal de Justicia decidió a principios de los setenta no sólo que el artículo 30 tenía efecto directo, sino también que convenía hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación de la prohibición de medidas de efecto equivalente.

El texto escueto del 30 permite tanto esta interpretación (toda medida que pudiera suponer un obstáculo queda prohibida) como otra más restrictiva (sólo las medidas discriminatorias o proteccionistas). Al elegir la interpretación expansiva el Tribunal demostró así su compromiso con la integración económica, ya que en un momento en el que el desarrollo pleno de medidas integración positiva era muy lento, interpretó el artículo 30 para eliminar barreras y ayudar a la creación de un mercado común de bienes.

El Tribunal definió en 1974 este concepto expansivo de medida de efecto equivalente en el caso *Dassonville* (6). Según *Dassonville*, el artículo 30 prohíbe toda norma nacional que de modo directo o indirecto y actual o potencialmente afecte a la importación de bienes. Esta afirmación se convirtió en casos sucesivos en una fórmula canónica, que con gran facilidad permitía la aplicación del artículo 30 a todo tipo de normas nacionales. Tal automatismo fomentó numerosos litigios y permitió avanzar en la eliminación de barreras a la libre circulación. Con el tiempo, como veremos, *Dassonville* se volvió contra su dueño.

El propio Tratado, no obstante, contempla en el artículo 36 posibles derogaciones de esta prohibición del artículo 30. Ciertas normas nacionales que obstaculizan la libre circulación de mercancías pueden prevalecer sobre la prohibición del artículo 30, siempre que obedezcan a una serie de exigencias públicas tasadas (defensa de la moralidad, seguridad pública o del orden público, protección de la salud y vida de seres humanos, animales y plantas, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico o de la propiedad intelectual e industrial). Pero esta lista del artículo 36 fue y sigue siendo cerrada y su propio texto pide una interpretación restrictiva de las posibles causas de derogación del artículo 30, algo que, como ha explicado Steiner, se hace de todos modos en Derecho Comunitario con cualquier derogación de las libertades económicas básicas (7).

(5) Sobre la Directiva 70/50 [*Official Journal*, Sp. Ed., 1970 (i), pág. 17] véase el comentario de F. CAPELLI: *op. cit.*, pág. 680

(6) Véase la sentencia de *Procureur du Roi v. Dassonville*, asunto 8/74, (1974) ECR 837, Sentencia de 11 de julio 1974.

(7) Véase J. STEINER: «Drawing the line: Uses and Abuses of Article 30 EEC», *Common Market Law Review* 1992, pág. 752.

Al estar redactada dicha lista en 1956-1957, no autorizaba derogaciones del artículo 30 por normas nacionales basadas en objetivos de política nacional que cobraron importancia tras la puesta en marcha de los Tratados (por ejemplo, defensa del medio ambiente, protección del consumidor o razones culturales). De hecho, los Estados miembros en los sesenta y setenta fueron muy intervencionistas en muchas áreas económicas y sociales y sus normas reguladoras, en las que trataban por igual a productos domésticos e importados, podían caer fácilmente en el ámbito de la extensa prohibición del artículo 30. Era difícil predecir qué normas quedarían típicamente excluidas de la aplicación del artículo 30, puesto que las normas prohibidas por el artículo 30 no tenían que ser obligatorias, ni intencionadamente restrictivas o ni siquiera tener efectos proteccionistas. Muchas normas nacionales justificadas en la política de cada Estado miembro y sin un impacto adverso serio sobre el mercado común quedaban prohibidas por el artículo 30. Una vez prohibidas, si no se lograba la aplicación de una de las derogaciones de la lista cerrada del artículo 36 (con el tiempo insuficiente y anticuada), se producía una situación de desregulación de ese sector, al no haber régimen legal comunitario que sustituyese a la norma nacional prohibida.

Por eso, en 1979 el Tribunal decidió en el famoso asunto *Cassis de Dijon* (8) que en el caso de las medidas nacionales indistintas, es decir, aplicables por igual a productos importados y domésticos, y en ámbitos en los que la Comunidad no había legislado, se podían permitir más excepciones a la prohibición del artículo 30 que las del artículo 36, siempre que se diesen ciertos requisitos. El objetivo de la medida nacional debía prevalecer sobre el objetivo del artículo 30, la libre circulación de mercancías. Las llamadas «exigencias imperativas» nacionales eran evaluadas por el Tribunal a la luz del Derecho Comunitario, por lo que no cabía justificar con argumentos de eficacia económica la creación de una nueva derogación del artículo 30. Además, la medida nacional debía respetar el principio de proporcionalidad y no ser una restricción encubierta a la importación (9).

De este modo, el Tribunal, en una serie de casos a partir de 1980, suavizó los resultados de la aplicación casi automática del artículo 30, exigida por la fórmula *Dassonville*, creando poco a poco más excepciones que las permitidas por el artículo 36. Pero los Estados miembros tenían que acudir al Tribunal una y otra vez a justificar sus medidas nacionales como proporcionales y compatibles con el Mercado Común, explicando los fines que perseguían y buscando excepciones

(8) Véase *Rewe-Zentrale (Cassis de Dijon)*, asunto 120/78, (1979) ECR 649, Sentencia de 20 de febrero de 1978.

(9) Véase J. STEINER: *Op. cit.*

a la tajante prohibición del artículo 30. Esto ponía en peligro la legitimidad del Tribunal, que sólo contaba con el apoyo de los agentes económicos beneficiados por esta liberalización a golpe de sentencias. Los gobiernos de los Estados miembros no apreciaban de igual manera esta actividad cuasi-legislativa del Tribunal primero prohibiendo muchas medidas nacionales y luego, caso por caso, examinando si convenía crear excepciones a partir de una «regla de razón» inevitablemente subjetiva. En muchas ocasiones el juez comunitario entraba en cuestiones de hecho al definir la proporcionalidad o valoraba políticamente la actividad legislativa de cada Estado miembro en ámbitos, *a priori*, domésticos.

Desde el punto de vista de la construcción de un mercado común de mercancías, al aumentar vía Cassis el número de excepciones a la libre circulación, persistieron muchas ocasiones de fragmentación del mercado. Y en no pocos casos en los que no cabía derogación del artículo 30, la Comisión y los importadores experimentaron la gran capacidad de las administraciones nacionales de volver a regular las áreas en las que las medidas nacionales quedaban prohibidas y, por lo tanto, a poner obstáculos al día siguiente de perder el caso.

La estrategia Dassonville-Cassis del Tribunal, con todas sus limitaciones, supuso una utilización inteligente de las medidas de integración negativa. Pero el establecimiento de un mercado común de bienes exige además de eliminar barreras a la libre circulación, armonizar normas nacionales en numerosas áreas. Hasta el Acta Única Europea, el obstáculo era tanto el artículo 100 que requiere unanimidad para aprobar legislación armonizadora, como el propio clima político dominado por el consenso entre los Estados miembros.

Lo interesante de esta saga a nuestros efectos es que cada vez que el Tribunal aplicaba el artículo 30, quedase o no luego convalidada la medida nacional vía artículo 36 o por la regla de Cassis, se ampliaba el campo de aplicación de futuras medidas de armonización del mercado interior a esa área. En cuanto la legislación nacional caía bajo el ámbito de aplicación del artículo 30 y por lo tanto constituía una barrera, legal o no según el Derecho Comunitario, estaba perfectamente justificado que la Comisión hiciese una propuesta de legislación comunitaria para armonizar las distintas normas nacionales en ese ámbito.

Por supuesto, en los años de Dassonville y de Cassis tales propuestas no prosperaban fácilmente, ya que debían ser aprobadas por unanimidad en el Consejo de Ministros, pero sí iban permitiendo una interpretación cada vez más amplia de las materias susceptibles de armonización, con vistas a establecer un Mercado Común. Como Weiler explica en su magistral descripción de este período histórico de la integración europea (10), incluso es legítimo pensar que la

(10) Véase WEILER: *Op.cit.*

expansión de competencias se producía porque la Comunidad no era capaz de regular con eficacia suficiente, al estar sujeta en la práctica a la consecución del consenso: el progresivo abandono de los límites jurídicos estaba compensado por los férreos controles políticos en manos de cada Estado miembro.

Tras la entrada en vigor del Acta Única Europea en 1987 paulatinamente las decisiones en el Consejo empezaron a tomarse por mayoría, siempre que lo permitiese el Tratado. Se abandonó la cultura de consenso y quedó muy debilitada la vigencia del Compromiso de Luxemburgo.

El Acta Única había incorporado un nuevo artículo, el 100A, que permite que en cuestiones de mercado interior las medidas de armonización se aprueben por mayoría, y no sólo sean directivas, sino también reglamentos. Este artículo se utilizó como base jurídica en la adopción de la mayor parte del llamado Programa 1992, anexo al Acta Única, compuesto por casi trescientas medidas legislativas necesarias para que el mercado interior fuese una realidad.

Es decir, en la segunda mitad de los ochenta la integración positiva por fin tuvo lugar en muchas áreas del mercado interior en las que antes las normas comunitarias eran mínimas o inexistentes y las barreras a la libre circulación sólo podían ser atacadas mediante prohibiciones o medidas de integración negativa como la del artículo 30. A pesar de que en la práctica consistió en una verdadera sustitución de diversas regulaciones nacionales por una sola norma europea, el programa legislativo 1992 fue presentado, de acuerdo con el espíritu de los tiempos, como un gran intento de desregulación y liberalización de las economías nacionales ordenado desde el plano europeo (11). Según la ideología al uso, la regulación europea en el importante ámbito de las mercancías debía por lo general consistir en regulación de mínimos, para permitir la competencia entre legislaciones nacionales.

Esta mentalidad de regulación de mínimos, cuyo origen intelectual está en una sugerencia al margen que hizo el Tribunal en el caso de Cassis (12), no fue de hecho dominante en la puesta en práctica del Programa 1992 y muchos que apoyaron la aprobación y el desarrollo del Acta Única lo hicieron sin advertir el fenómeno de intervencionismo selectivo y excesos reguladores que tuvo lugar en esos años (13).

(11) Estos excesos están bien explicados en R. DEHOUSSE: «Integration versus Regulation? On the Dynamics of Regulation in the European Community», *Journal of Common Market Studies*, vol. 30, núm. 4, diciembre 1992, págs. 383-400.

(12) Véase además de la Sentencia Cassis, la Opinión del Abogado General van Themaat en el caso *Comisión v. Francia (Máquinas de Cortar Madera)*, asunto 188/84, (1986) ECR 419.

(13) De hecho la interpretación del caso Cassis como una invitación al reconocimiento mutuo de standards nacionales automático y sin regulación europea no tiene apoyatura en la Senten-

Algo que sorprende a primera vista y que conviene analizar es que en esta época en la que la integración positiva tuvo lugar de forma destacada, el Tribunal siguió aplicando el artículo 30 a muchas medidas nacionales, aunque luego fueran justificadas vía *Cassis*.

La Comisión sin duda se beneficiaba del concepto extenso de medida de efecto equivalente definido por el Tribunal desde *Dassonville* a la hora de hacer, a su vez, una lectura amplia del ámbito de mercado interior en el que podía legislar la Comunidad. Es decir, la jurisdicción original de la Comunidad en asuntos de mercado interior estaba ya muy extendida antes del Acta Única por la lectura jurisprudencial del artículo 30, que con *Dassonville* en la mano convertía a numerosas normas nacionales en medidas de efecto equivalente, aunque luego quedasen justificadas vía *Cassis*. Pero la ventaja conseguida por la interpretación extensa del artículo 30 se multiplicó con el nuevo panorama político tras el Acta Única, al no tener la Comisión que lograr la unanimidad en el Consejo para que se aprobasen sus propuestas reguladoras. La Comisión pudo definir de modo amplio la jurisdicción original de la Comunidad en materias de mercado interior sabiendo que sus propuestas reguladoras tenían muchas más posibilidades de convertirse en normas vigentes.

Llama la atención que el Tribunal, una vez advertido del cambio de reglas del juego institucional, no valorase con rapidez los efectos negativos que para el conjunto de la Comunidad podía suponer una expansión acelerada de competencias en parte apoyada en su interpretación jurisprudencial amplia del concepto de medidas de efecto equivalente. La Comisión proponía legislación de mercado interior en muchas áreas con normas nacionales susceptibles de violar el artículo 30, que sumadas abarcaban grandes zonas de la actividad económica de los Estados miembros.

Los estudiosos del artículo 30 se preguntaban una y otra vez por qué el Tribunal no daba marcha atrás y modificaba la regla de *Dassonville* (14), a la vis-

cia *Cassis* ni en la práctica de la Comisión, ya que ambas instituciones favorecieron más bien a partir de *Cassis* el llamado «paralelismo funcional», que permite la competencia entre standards nacionales sólo cuando las especificaciones nacionales tengan una identidad de objetivos, como de hecho se presupone en el famoso caso del licor francés.

(14) En el sector doctrinal que reclamó una reducción del ámbito de aplicación del artículo 30 destacan los trabajos de E. WHITE: «In search of the Limits of Article 30 of the EEC Treaty», *Common Market Law Review*, 1989, págs. 235 y sigs.; K. MORTELMANS, «Article 30 of the EEC Treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition», *Common Market Law Review*, 1991, págs. 115 y sigs.; J. STEINER: *Op.cit.*; S. MARTÍNEZ LAGE: «La contribución de la jurisprudencia a la realización de la libre circulación de mercancías: la eliminación de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas», en

ta de los abusos de los comerciantes, que aprovechaban el artículo 30 para cuestionar cualquier reglamentación restrictiva, de la amenaza que esto suponía para la legitimidad del Tribunal, obligado a pronunciarse constantemente sobre las reglamentaciones comerciales de los Estados miembros, y también teniendo en cuenta las nuevas circunstancias institucionales, que permitían la integración positiva hasta un grado inesperado en los pasados años de euroesclerosis. Sobre todo, el déficit democrático comunitario crecía al mismo ritmo que se expandían sus competencias. Pero el Tribunal, fiel a su identidad pro-integracionista, prefirió asegurarse que el Acta Única se desarrollaba casi por completo y que las nuevas reglas institucionales quedaban bien asentadas, antes de revisar su interpretación del artículo 30 y establecer un contrapeso a la acelerada expansión de competencias comunitarias en ese lustro en el que en los dominios del mercado interior no se ponía el sol (15).

III. LA NUEVA JURISPRUDENCIA SOBRE EL AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 30 Y SU INFLUENCIA SOBRE LA DELIMITACION DE COMPETENCIAS DE LA CE

En 1990, en pleno desarrollo del Programa 1992, la desaparición del bloque soviético, la reunificación alemana, el comienzo de las transiciones en Europa Central y del Este y, en suma, el final de la guerra fría, alteraron las coordenadas geopolíticas sobre las que se asentaba la Comunidad Europea. Los gobiernos nacionales decidieron que la anunciada reforma de los Tratados, originalmente centrada en la creación de una Unión Económica y Monetaria, tendría también un capítulo de medidas para la Unión Política con el fin de responder a la nueva situación europea y mundial. La Conferencia Intergubernamental concluida en Maastricht en 1991 realizó una reforma sustancial de los Tratados. El proceso de Unión Económica y Monetaria atribuyó nuevas e im-

G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. J. LIÑÁN NOGUERAS (dirs.): *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 711 y sigs.

Véanse también las conclusiones de los abogados generales: Sir Gordon Slynn en la Sentencia *Cinéthèque*, 60-1/84 (1985) ECR 2605 y Van Gerven en *Torfaen*, C-145/88, (1989) ECR 3851.

(15) Algo que sí hizo el Tribunal en estos años fue establecer en el caso *CILFIT* un cierto control a la capacidad de jueces nacionales de plantear cuestiones prejudiciales, mediante la extensión de las circunstancias en las que se consideraba resuelto con anterioridad un caso y no cabía formular la pregunta por el juez nacional, lo que tuvo efectos sobre el número de litigios basados en el artículo 30, véase *CILFIT*, 283/81 (1982) ECR 3415.

portantes competencias a la Comunidad, cuyos poderes también crecieron en ámbitos que antes sólo habían sido indirectamente afectados por el proceso de integración (16).

No obstante, las negociaciones de Maastricht buscaron también establecer nuevos límites políticos y jurídicos al crecimiento de competencias comunitarias. Varios gobiernos nacionales sintieron que era el momento de establecer nuevas cautelas, para que el proceso de integración siguiera estando controlado desde los Ejecutivos y la vida propia que había adquirido la Comunidad con el Acta Única Europea, discurriera por cauces limitados. El crecimiento acelerado de competencias era además multiplicador del déficit democrático comunitario.

En este sentido, el Tratado dotó a la Comunidad de competencias en ámbitos como la educación o la salud, pero permitiendo solamente acciones de estímulo en vez de legislación (17). Hubo prudencia también al otorgar capacidad de acción a la Unión en política exterior y de seguridad, y en justicia y asuntos de interior, al hacerlo mediante los acuerdos llamados segundo y el tercer pilar, cercanos a la cooperación intergubernamental y en los que se exige unanimidad para la toma de decisiones. Y, sobre todo, el asunto de la limitación de competencias se intentó solucionar indirectamente a través de la introducción del principio de subsidiariedad, que trata de codificar una regla para interpretar no qué poderes tiene la Comunidad, sino cuándo existe la necesidad de actuar en el plano comunitario (18). Como demostró el debate interpretativo que siguió a la aparición del principio en el firmamento comunitario, su principal característica es la ambigüedad, o dicho de otro modo, su esencial carácter político, aunque muchos de sus partidarios lo han entendido y siguen entendiendo como freno a la centralización comunitaria y una presunción en favor de la intervención del Estado miembro frente a la de la Comunidad (19).

En general, los resultados del esfuerzo de limitación de competencias realizado en Maastricht y en el posterior desarrollo del Tratado fueron modestos. La preocupación por mantener la capacidad de actuar de la Comunidad y la falta de consenso en cuanto a las medidas eficaces de contención de futuras ac-

(16) Véase, en general, el análisis jurídico y político sobre el nuevo Tratado del libro colectivo editado por R. DEHOUSSE: «After Maastricht: an Ever Closer Union», *LBE*, 1994.

(17) Véanse los artículos 126 y 129 TCE tras la reforma de Maastricht que otorgan nuevas competencias a la Comunidad en los ámbitos de educación y salud.

(18) Véase el artículo 3B del Tratado de Roma tras la reforma de Maastricht.

(19) Véase J. M. DE AREILZA CARVAJAL: «El Principio de Subsidiariedad en la Construcción de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, núm. 45, sept.-dic. 1995, págs. 53-93.

ciones comunitarias hicieron imposible una adecuada resolución del problema. El proceso político se mostró incapaz de limitar las competencias.

El clima político post-Maastricht, en el que se generalizó la crítica a los excesos reguladores de la Comisión y las dificultades en la ratificación del nuevo Tratado, condujeron a una cierta autolimitación de esta institución, que desde 1994 presenta anualmente muchas menos propuestas legislativas que antes y se muestra más receptiva que en el pasado a cuestiones competenciales que preocupan a distintos Estados miembros. También cabe argumentar que el mercado interior está bastante terminado y que el ritmo legislativo ha descendido por ello. Pero aún así muchos Estados miembros siguen experimentando una y otra vez en esta era post-Maastricht que no hay límites claros a la acción comunitaria (20).

En la etapa de ratificación del Tratado, el Tribunal de Justicia fue haciéndose consciente de que el clima político había cambiado con la generalización de la toma de decisiones por mayoría y advirtió la incapacidad del proceso político comunitario para establecer nuevos límites, bien en el nuevo Tratado o en el desarrollo del mismo. Además la Sentencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán sobre la ratificación de Maastricht por Alemania condicionó la *constitucionalidad* del nuevo Tratado a que la Unión efectivamente respetase el principio de subsidiariedad tal y como lo interpretaría el propio Tribunal nacional, es decir, pidió abiertamente que la UE limitase el ejercicio de sus competencias (21). Por ello, desde el principio de la era post-Maastricht, el Tribunal Europeo, tras tantos años de afán integracionista, tanteó vías de contención de la acción comunitaria.

Esta contención no ha llegado de la mano de un desarrollo político del principio de subsidiariedad, cuya utilización por las instituciones comunitarias no ha modificado un ápice su carácter ambivalente. En cuanto a su interpretación jurídica el Tribunal se ha resistido desde la entrada en vigor de Maastricht hasta nuestros días a aplicar el principio de subsidiariedad como límite a la acción comunitaria, dado su contenido eminentemente político y consciente del coste que tendría para su legitimidad como institución que formalmente actúa por encima de la política. Hoy son muchos los que sostienen que el principio es justiciable y que su utilización para establecer límites claros sería ventajosa pa-

(20) Esto explica los intentos de varios Estados miembros en la Conferencia Intergubernamental en curso de desarrollar el principio de subsidiariedad para hacer más difícil la justificación de nuevas acciones comunitarias.

(21) Sobre la Sentencia Maastricht del Tribunal Federal Constitucional Alemán de 12 de octubre de 1993, véase S. BOOM: «The European Union after the Maastricht Decision: Is Germany the "Virginia of Europe"», 5/95, *Jean Monnet Working Papers*, Harvard Law School, 1995.

ra la Comunidad, sobre todo porque su no aplicación estricta tendría aún más inconvenientes, empezando por la posibilidad de que un tribunal constitucional nacional decidiera encontrar él mismo límites a la acción comunitaria, interpretando la delegación de poderes hecha por su constitución nacional, algo que destrozaría el edificio jurídico-constitucional comunitario (22).

Sin embargo, el Tribunal ha encontrado maneras de iniciar una cierta limitación de la acción comunitaria en la interpretación de otras partes del Tratado. En nuestra opinión, la nueva interpretación del artículo 30 responde a este deseo del Tribunal de paliar la ausencia de límites políticos suficientes con el establecimiento de algunos límites jurídicos nuevos.

Como hemos visto, la interpretación expansiva del artículo 30 a través de la regla *Dassonville*, daba jurisdicción original a la Comunidad en muchísimas áreas. Por ello, recortar el concepto de medida de efecto equivalente suponía limitar de una forma importante las competencias de la Comunidad en lo referente al mercado interior.

Además, a finales de los ochenta las críticas a la abusiva interpretación del artículo 30 se multiplicaban. El abogado general Van Gerven había advertido de sus peligros en el caso *Torfaen* (23) en el que el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la compatibilidad con el Derecho Comunitario de una norma británica que prohibía en gran parte el comercio dominical. Parecía claro, que a pesar de ser susceptible de restringir el comercio, la norma no discriminaba a los productos extranjeros, y sólo tenía por objeto regular la comercialización de mercancías en Gran Bretaña, para proteger determinados intereses legítimos, como son el respeto al especial carácter dominical, o el reparto de horas de trabajo y descanso.

Pero el Tribunal, aferrándose a su jurisprudencia *Dassonville*, consideró que tal reglamentación restringía el comercio y por lo tanto era incompatible con la libre circulación de mercancías, aunque luego tratase de justificarla vía *Cassis*. Los denunciantes de la *abusiva* interpretación del artículo 30, mostraron su desacuerdo una vez más (24).

(22) Weiler sugiere que la interpretación de subsidiariedad tendrá en todo caso un coste político elevado para el Tribunal. Si éste afirma una medida será acusado de no respetar los límites competenciales, si la anula se le acusará de actuar de modo político o ideológico, véase J. H. H. WEILER: «Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration», 31 *Journal of Common Market Studies*, 4, diciembre 1993, pág. 417.

(23) Conclusiones del abogado general Van Gerven presentadas en la Sentencia del TJCE en el caso *Torfaen*, op. cit.

(24) Véase el análisis del asunto *Torfaen* que hace L. W. GORMLEY: «Commentary on *Torfaen BC v. B&Q*» *Common Market Law Review*, vol. 27, pág. 141

Fue en 1993 cuando por fin el Tribunal se decidió a poner fin a su interpretación expansiva del artículo 30, basándose en la opinión de Van Gerven. El giro jurisprudencial mezcla el radicalismo y la prudencia.

La Sentencia Keck y Mithouard (25) planteaba la compatibilidad de la libre circulación de mercancías con una norma francesa que prohibía la reventa a pérdida. En lugar de aplicar directamente Dassonville —la medida es susceptible de restringir el comercio— y luego tratar de justificarla por Cassis, el Tribunal rechaza abiertamente su jurisprudencia anterior señalando en su considerando número 16 que:

«Procede declarar, en contra de lo que hasta ahora se ha venido juzgando, que la aplicación a productos provenientes 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.»

Así pues, la nueva jurisprudencia recorta el ámbito de aplicación de la prohibición. Ya no se considerarán contrarias al artículo 30 las normas que regulen ciertas modalidades de venta si son indistintamente aplicables y producen efectos formales y sustanciales idénticos.

Antes, aplicando Dassonville, la restricción potencial o indirecta al comercio era suficiente para contravenir el artículo 30, aunque luego pudiese justificarse por Cassis. Ahora, una reglamentación que pueda restringir el comercio puede quedar dentro o fuera del ámbito de la prohibición; depende de un primer análisis sobre su impacto adverso en el mercado interior, distinto a Dassonville, para ver si estamos ante medidas de efecto equivalente —otra cosa es su eventual justificación por el artículo 36 o por el test de Cassis, que sigue vigente.

No es este el lugar para hacer un análisis pormenorizado de los problemas que presentan Keck y otros asuntos similares posteriores (26). Las críticas que

(25) *Keck y Mithouard*, Sentencia del TJCE de 24 de noviembre de 1993, asuntos C-267/91 y C-268/91, Rec. 6097

(26) El asunto Keck ha iniciado una saga que conserva sus vacilaciones y gradualismo véanse, entre otros, los asuntos *Hünermund*, C-292/92 (1993) ECR I-6787, *Tankstation 't Heukske*, C-401/92 & C-402/92 (1994) ECR I 2199, *Edouard Leclerc*, C-412/9 (1995) ECR I- 0179, *Comisión v. Grecia*, C-391/92 (1995) ECR I-1621, *Punto*, C-69/93 y C-258/93 (1994), ECR I-2355, *Mars*, C-470-93 (1995) ECR I-1923, y *Semenaro Casa Uno*, C-418/93, Sentencia de 20 de junio de 1996.

ha suscitado son conocidas (27), y la aplicación del artículo 30 a varios asuntos decididos recientemente por el Tribunal, ha ido desvelando los puntos débiles de la nueva interpretación, como son la falta de precisión en la delimitación del nuevo ámbito de aplicación, «excepto *ciertas* modalidades de venta» (28), o la posibilidad de permitir la convalidación de medidas nacionales que sí restringen el mercado interior (29).

En nuestra opinión, si bien es cierto que la sentencia Keck no es la fórmula mágica que haya solucionado definitivamente la cuestión, ésta debe tenerse en cuenta más bien como un primer intento o un tanteo para encontrar una nueva fórmula general, hacia la que el Tribunal tendrá que ir avanzando. El problema es cómo lograr una nueva regla, que sea tan clara como lo fue Dassonville, pero en ningún modo aplicable a tantas normas nacionales sólo remotamente relacionadas con el comercio intracomunitario. Una hipotética distinción entre normas de uso (permitidas por el artículo 30) y normas sobre especificaciones en un producto (prohibidas) no sería válida, porque a través de normas de uso se pueden establecer barreras muy notables. Lo mismo ocurriría si utilizásemos la distinción normas generales—normas específicas.

Otra alternativa para la nueva aplicación del artículo 30, apuntada por varios Abogados Generales, son los *tests* de efecto. Estos tienen que establecerse con cuidado, pues el impacto adverso sobre el mercado interior o bien es cuantificable o bien entramos en un terreno de incertidumbre y subjetividad. Igualmente ocurre con los requisitos de intención proteccionista, difíciles de probar. En definitiva, una interpretación clara y adecuada del ámbito de aplicación del artículo 30 sólo se conseguirá tras el ejercicio de error y prueba del Tribunal hoy en marcha, junto con las aportaciones doctrinales y sin dejar de lado la propia experiencia del juez comunitario al haber sabido entender en otros casos de integración negativa (por ejemplo, al aplicar el artículo 95) las barreras a la libre circulación como normas nacionales que causen discriminación y no simplemente pongan obstáculos potenciales e indirectos (30).

(27) Dos críticas bien fundadas son las de A. MATTERA: «De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck: l'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions», *Revue du Marché Unique Européen*, 1/1994, págs. 117 y sigs., y de N. REICH: «The November Revolution...», *op.cit.*

(28) Véanse los comentarios a la Sentencia Estée Lauder de 2 de febrero de 1994, asunto C-315/92, de J. STUYCK: «L'arrêt Keck et Mithouard et ses conséquences sur la libre circulation des marchandises», *Cahiers de Droit Européen*, núm. 3-4, 1994, págs. 431 y sigs.

(29) Véanse los comentarios a la Sentencia Comisión/Grecia de 29 de junio de 1995, asunto C-391/92, de F. CAPELLI: *Op. cit.*

(30) Para un análisis detallado y sugerente de las dificultades conceptuales del Tribunal para abandonar Dassonville y las distintas posibilidades que tiene ante sí, Véase la monografía de

En todo caso no dudamos que el golpe de timón al que se ha aventurado el Tribunal era necesario, incluso que tendría que haberse dado años antes. Algunos autores han afirmado que Keck no tendrá consecuencias revolucionarias en la práctica, pues la mayoría de las medidas que queden excluidas del artículo 30, hubieran sido anteriormente convalidadas por Cassis (31). Sin embargo, a partir de Keck la litigiosidad basada en el artículo 30 se verá reducida y los Estados no sentirán que su reglamentación comercial es constantemente cuestionada por un Tribunal Europeo que se ve obligado a calibrar el interés nacional en defender un objetivo legítimo y la restricción a la libre circulación de mercancías (proporcionalidad). Esto sin duda contribuirá a acallar los crispados ánimos de algunos gobiernos y tribunales de los Estados miembros ante la carrera competencial comunitaria.

Pero además, al excluir todo un paquete de medidas del ámbito del artículo 30, el Tribunal reduce también la jurisdicción original de la Comunidad. La Comisión no podrá a partir de ahora proponer medidas de armonización basándose en el 100A en los distintos campos en los que el artículo 30 ya no se aplica, al menos no sin muchas incertidumbres sobre la legalidad de estas propuestas en lo que se refiere a la competencia de la Comunidad. Desde un punto de vista práctico, tal limitación es evidente. Basta con preguntarse si la Comisión sería capaz de proponer normas europeas sobre cierre dominical de comercios o sobre reventa a pérdida después, respectivamente, de los casos de Torfaen y Keck (32). La respuesta no puede ser más que negativa (33).

B. SCHIMA: «Equivalent Effect Revisited: the European Court of Justice and Article 30 EEC», LL. M. Thesis, Red Set, Harvard Law Library, 1994.

(31) Véase M. LÓPEZ ESCUDERO: «La jurisprudencia Keck y Mithouard: Una revisión del concepto de medida de efecto equivalente», *Revista de Instituciones Europeas*, 1994, pág. 414.

(32) Agradecemos a JOSEPH H. H. WEILER esta observación sobre cuál sería el «test case» con el que comprobar en la práctica armonizadora la limitación de competencias producida por la nueva interpretación del artículo 30.

(33) Uno de los escasos autores que han escrito sobre la nueva interpretación del artículo 30 desde el punto de vista de la legitimidad y sus consecuencias constitucionales, T. J. FRIEDBACHER discrepa en este punto y afirma que la Comisión puede continuar haciendo una interpretación amplia del concepto de mercado interior, a pesar del nuevo ámbito de aplicación del artículo 30, ya que el criterio para armonizar es la distorsión del mercado interior. Esta opinión está poco fundada: la Comisión es consciente de que puede ver impugnadas nuevas medidas que no respeten la delimitación indirecta de competencias sobre el mercado interior hecha por las nuevas lecturas de los ámbitos de aplicación del artículo 30, y esto lo confirma su prudencia actual en la propuesta de normas sobre mercado interior, motivada sin duda también por otras razones políticas. Véase, en todo caso, T. J. FRIEDBACHER: «Motive Unmasked: The European Court of Justice, The Free Movement of Goods and the Search for Legitimacy», *European Law Journal*, núm. 3, noviembre 1996 págs. 226-250. Véase también el enfoque constitucional y de análisis económico del Dere-

Este recorte de competencias funciona como si fuese subsidiariedad, pero no lo es. La nueva lectura del artículo 30 supone una limitación en la atribución de competencias armonizadoras a la Comunidad, que ve recortada su jurisdicción original. Sin embargo la subsidiariedad que el Tribunal se resiste a aplicar no es un principio de atribución de competencias sino una limitación del ejercicio de las ya existentes. Aunque tradicionalmente la atribución de competencias ha coincidido con su ejercicio, en la práctica los efectos de limitar las competencias legislativas comunitarias del artículo 100A vía artículo 30 son más duraderas que una decisión con el mismo contenido basada en el ambiguo principio de subsidiariedad.

Ciertamente, Keck pretende desincentivar muchos litigios basados en el artículo 30, que tantas críticas a la legitimidad del Tribunal suscitaban por parte de los Estados miembros. Pero por encima de esto, Keck nos muestra al Tribunal recortando las competencias comunitarias para afrontar el problema de fondo de encontrar límites a la acción comunitaria, sin tener que interpretar el principio de subsidiariedad. Esta intervención del Tribunal pone de manifiesto que el proceso político que debía establecer límites a la acción comunitaria no ha funcionado plenamente, y que el Tribunal ha encontrado ya al menos un camino para establecer límites jurídicos a través de una nueva interpretación del concepto de medida de efecto equivalente del artículo 30 del Tratado.

IV. CONCLUSIONES

Con esta reflexión no hemos pretendido realizar un estudio exhaustivo de la sentencia Keck, ni tampoco vaticinar el futuro de esta nueva lectura del artículo 30. Tan sólo hemos tratado de explicar esta conocida sentencia, y la saga en la que se inserta, a la luz del proceso general de integración, y de lo que es hoy la clave del debate constitucional sobre la polis europea: la limitación de las competencias.

El proceso político europeo hasta ahora no ha sido capaz de frenar la carrera competencial comunitaria, a pesar de que tal moderación fortalecería la legitimidad de la Unión Europea. En distintos sistemas federales, si el proceso político es incapaz de limitar el ámbito de actuación del Poder Central, el Tribunal Supremo se plantea tratar de establecer límites jurídicos. Siguiendo estas pautas, el Tribunal de Luxemburgo, cuya labor integracionista ha contri-

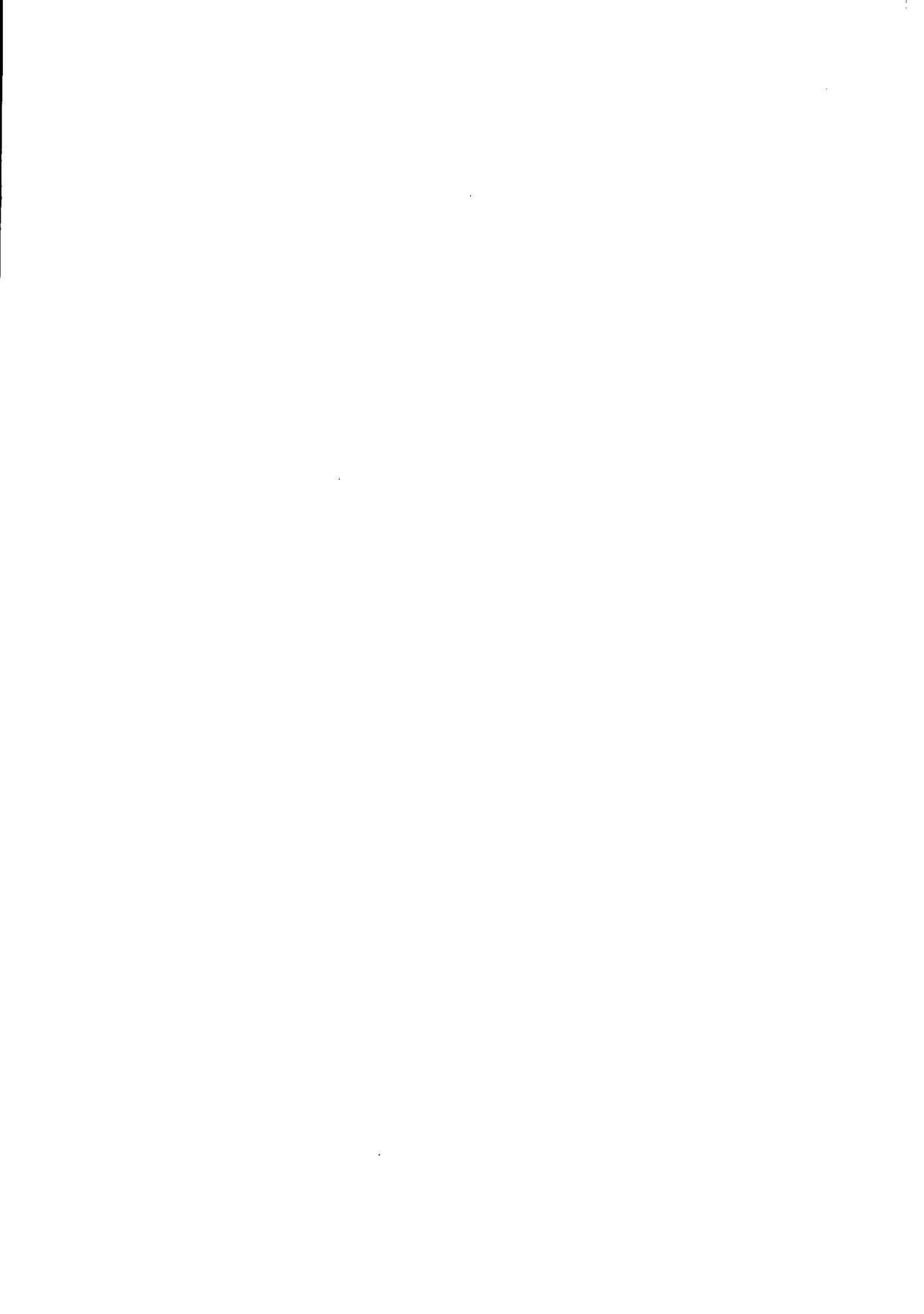
cho de MIGUEL POIARES MADURO en su artículo «Reforming the Market of the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights», *European Law Journal*, núm. 1, marzo 1997, págs. 55-82.

buido de forma decisiva a la expansión de poderes comunitarios, comienza a tantear vías de contención para frenarla. Esto no significa que el Tribunal haya perdido la fe en el proyecto de integración europea, sino que es consciente del momento crítico que atraviesa la legitimidad de la Unión Europea y la suya propia. El Tribunal reconoce que sólo limitando los poderes comunitarios, podrá contribuir a conservarlos y, de paso, fortalecer su posición.

Pero la limitación jurídica de competencias no llega por la aplicación del ambiguo principio de subsidiariedad introducido por el Tratado de la Unión Europea. Dicha limitación legal está por ahora escondida en las nuevas tendencias restrictivas de la jurisprudencia del Tribunal sobre barreras a la libre circulación de mercancías. En efecto, en la sentencia Keck y en las posteriores que desarrollan el nuevo concepto de medida de efecto equivalente, al limitar el ámbito de aplicación del artículo 30, el Tribunal está haciendo mucho más que evitar la excesiva litigiosidad o los abusos de los agentes económicos guiados por sus ímpetus desreguladores. Está recortando la jurisdicción original de la Comunidad, que ve dificultado cualquier intento de proponer medidas de armonización para el establecimiento del mercado interior en ámbitos regulados por normas nacionales que ya no vulneren, de entrada, el artículo 30. Se trata de una limitación de competencias por la puerta de atrás.

En nuestra opinión, es una limitación saludable pero insuficiente. Tal vez podría verse acompañada en el futuro de otras actuaciones de el Tribunal en este sentido, por ejemplo en su control de legalidad sobre la elección de bases jurídicas podría favorecer las que exigen unanimidad en el Consejo para actuar o podría hacer una lectura de la subsidiariedad como límite estricto. En todo caso, la labor del Tribunal intentando establecer límites jurídicos es, sobre todo un estímulo para que el proceso político europeo resuelva los problemas de legitimidad que arrastra la Unión, los cuales se perciben una y otra vez desde el prisma de su capacidad de afectar a demasiados sectores de la vida de los europeos. Así, debe ser la próxima reforma institucional, previa a la ampliación y después de los decepcionantes resultados de Amsterdam, la que resuelva de forma más completa el problema de encontrar límites jurídicos y políticos a la acción comunitaria.

Mientras tanto, la jurisprudencia Keck ha de comprenderse como un intento de establecer límites jurídicos al poder central, constatada ya la poca habilidad del proceso político actual para hacerlo satisfactoriamente. Se trata de una cuestión típicamente federal. Y es que las vicisitudes hermenéuticas por las que ha pasado y está pasando el artículo 30 hay que verlas desde la perspectiva general de construcción de la polis europea, que es la que el Tribunal de Justicia tradicionalmente ha utilizado para entenderse a sí mismo.



JURISPRUDENCIA

