

LAS CLÁUSULAS DE RECONOCIMIENTO MUTUO: LA PERSPECTIVA COMUNITARIA DEL DERECHO NACIONAL

José Antonio Gutiérrez Fons*

Sumario: I. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO: UNA BUENA SOLUCIÓN DE DIFÍCIL APLICACIÓN. II. CLAÚSULAS DE RECONOCIMIENTO MUTUO: DEFINICIÓN. III. ELEMENTOS DE LAS CLAÚSULAS DE RECONOCIMIENTO MUTUO. IV. LA PREVENCIÓN DE OBSTÁCULOS. V. CONCLUSIONES

Europa no pretende convertirse en “un *Etat Providence*”¹ que oprime a los Estados Miembros (EEMM). Es justamente al contrario, la Unión Europea se construye a partir de la diversidad de identidades nacionales, pues estas son patrimonio europeo. Sin embargo, en su voluntad de defender a ultranza su identidad nacional, un Estado Miembro (EM) puede llegar a negar la identidad del otro. El papel de la Unión consiste entonces en proteger la identidad de un Estado Miembro sin negar la identidad de los otros Estados. Es decir, la Unión debe poner fin a la desconfianza proteccionista que ha existido durante siglos en Europa para reemplazarla con la confianza mutua entre los EEMM.

Así pues, el principio de reconocimiento mutuo se convierte en el instrumento fundamental capaz de acabar con este antagonismo interestatal en la medida en que este principio permite asegurar la coexistencia armónica de las diferentes identidades nacionales. En efecto, el reconocimiento mutuo concilia las libertades fundamentales, símbolos del interés general, con los intereses legítimos de los Estados Miembros. Sin embargo, la correcta aplicación del principio de reconocimiento mutuo necesita no solamente de la intervención de las instituciones europeas sino también de la participación activa de los poderes públicos nacionales. En este sentido, el rol del legislador nacional es capital en la medida en que en la mayoría de los casos, es el propio legislador quien obstaculiza la libre circulación. Así pues la integración del principio de reconocimiento mutuo en la política legislativa nacional haría el derecho nacional compatible con el Derecho Comunitario.

* LLM College of Europe. Becario MAE-AECI 2004-05. El presente artículo se basa en “les clauses de reconnaissance mutuelle: la perspective communautaire du droit national” presentado en mayo 2005, Brugge, College of Europe. Agradecimientos por su valiosa ayuda: Carmen Martínez Capdevila, Lluís González Vaqué y Alfonso Mattera

© Jose Antonio Gutiérrez Fons. Todos los derechos reservados.

¹ MATTERA A., « L'Union Européenne assure le respect des identités nationales, régionales et locales, en particulier par l'application et la mise en oeuvre du principe de reconnaissance mutuelle », *Revue de Droit de l'Union Européenne* n°2/2002.

A tal efecto, la inserción de cláusulas de reconocimiento mutuo en las leyes de los EEMM daría una perspectiva comunitaria al derecho nacional, puesto que el legislador reconocería como equivalentes los productos fabricados o comercializados en los otros EEMM, siempre y cuando estos alcanzasen el nivel de protección exigido. Las cláusulas alinean por tanto las leyes nacionales con el respeto al mercado interior y, por consiguiente, permiten a los EEMM asegurar la libre circulación de mercancías dejando intacta su identidad nacional.

El objeto del presente artículo es realizar un análisis exhaustivo de las cláusulas de reconocimiento mutuo. Nuestro estudio se dividirá en dos partes, en la primera realizaremos un estudio descriptivo de las cláusulas mientras que en la segunda, nuestra atención se centrará sobre la existencia de una obligación general de integrar las cláusulas de reconocimiento mutuo en las leyes nacionales.

I. EL PRINCIPIO DE RECONCOMIENDO MUTUO: UNA BUENA SOLUCIÓN DE COMPLEJA APLICACIÓN.

El principio de reconocimiento mutuo, enunciado por el Tribunal en la mítica sentencia “Cassis de Dijon”² y reforzado por la Comunicación interpretativa de la Comisión del mismo nombre³, según los cuales:

“ The principles deduced by the Court imply that a Member State may not in principle prohibit the sale in its territory of a product lawfully produced and marketed in another Member State even if the product is produced according to technical or quality requirements which differ from those imposed on its domestic products. Where a product "suitably and satisfactorily" fulfils the legitimate objective of a Member State's own rules (public safety, protection of the consumer or the environment, etc.), the importing country cannot justify prohibiting its sale in its territory by claiming that the way it fulfils the objective is different from that imposed on domestic products. ”⁴

es sin duda alguna la clave de bóveda del mercado interior, en la medida en que no solamente ha permitido la realización del mercado interior sino también ha conciliado la libertad fundamental de la libre circulación de mercancías con el respeto de las identidades nacionales. Así pues, podemos decir que este principio presenta las siguientes ventajas⁵:

² STJCE 20 de febrero 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonnopolverwaltung für Branntwein*.-« *Cassis de Dijon* ». Asunto C-120/78. Rec. P. 649.

³ Comunicación de la Comisión sobre las consecuencias de la sentencia dictada por el TJCE el 20 de febrero de 1979, en el asunto C-120/78 (“Cassis de Dijon”). DOCE C 256 del 20 de octubre de 1980, p 2-3. Versión Española Oficial no disponible.

⁴ Ídem.

⁵ GONZÁLEZ VAQUÉ L., “Naturaleza y Efectos de las Cláusulas de Reconocimiento Mutuo incluidas en las normativas nacionales relativas al mercado interior”, *Gaceta Jurídica de Derecho Comunitario* 1997, D-27, p. 122-124.

- Este principio evita recurrir a la armonización. En efecto, la vida del mercado interior se revolucionó con la sentencia “Cassis”. Los obstáculos a la libre circulación de mercancías ya no serían eliminados por la vía de la armonización sino por la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Solamente en defecto del principio de reconocimiento mutuo, acudiríamos a la armonización. Se trata de la nueva visión del mercado que es más respetuosa con el principio de subsidiariedad.
- Este principio permite mantener en el mercado una amplia gama de productos nacionales. Se evita así la uniformidad⁶ del mercado causada por los “euro-productos”. Por lo tanto, los consumidores resultan beneficiados ya que tendrán más opciones para elegir.
- Este principio favorece también a las empresas ya que estas podrán elegir entre adaptar sus producciones a los diferentes mercados nacionales o lanzar una sola estrategia comercial para toda la Comunidad que, con base en economías de escala, reducirá los costes de producción y les permitirá ser más competitivas.

Por otra parte, debemos señalar que el principio de reconocimiento mutuo no es ni un principio absoluto ni un principio de aplicación automática.

El principio de reconocimiento mutuo no es absoluto⁷ ya que los EEMM pueden rechazar la comercialización de productos provenientes de otros EEMM, en tanto y cuanto el rechazo se base en la protección de un interés legítimo para el Derecho Comunitario (exigencias imperativas o las excepciones del Art. 30 TCE), y que este sea proporcional al objetivo protegido.

El principio de reconocimiento mutuo no es tampoco un principio automático⁸ en la medida en que atribuye a los EEMM un derecho de control. Los EEMM pueden verificar si el producto importado ofrece un grado de protección equivalente al exigido para los productos nacionales.

Además, el principio de reconocimiento mutuo se caracteriza por su flexibilidad a la hora de su aplicación. Así, el principio de reconocimiento mutuo, en tanto principio, es una “*norma jurídica de aplicación indeterminada*”, es decir que el resultado de su aplicación depende de las circunstancias presentes en cada caso. Es por eso que para aplicar correctamente el dicho principio es necesario realizar una ponderación entre por un lado, la libre circulación de mercancías y por otro, los intereses legítimos perseguidos por los EEMM.

Esta flexibilidad, que permite adaptar el principio de reconocimiento mutuo a una diversidad de casos, implica al mismo tiempo que los derechos y obligaciones que resultan de su aplicación son imprevisibles⁹. En este sentido, debemos señalar que los operadores económicos tienen el derecho de comercializar sus productos cuando estos tienen un nivel de protección equivalente al exigido por el EM importador.

⁶ BANGEMANN, “L’Europe contre la furie réglementaire”, RMUE n° 4/1992, p. 6-7.

⁷ *Cassis*, *supra* nota 2, Párr. 8.

⁸ Comunicación interpretativa de la Comisión — Simplificación del acceso de productos al mercado de otro Estado miembro: aplicación práctica del reconocimiento mutuo. DOCE C 265 de 04/11/2003 p. 5- 6.

⁹ GONZALEZ VAQUE, *supra* nota 5, p. 127-135.

Sin embargo, hay casos donde los operadores económicos no pueden saber si el nivel de protección exigido es proporcional al objetivo perseguido, asimismo también les es difícil saber si sus productos ofrecen un nivel de protección equivalente al exigido.

En consecuencia, estos se verán forzados a acudir a expertos juristas y no juristas para asegurarse que sus productos satisfacen el nivel de protección exigido, lo cual hace aumentar los costes de producción. Además, la retirada del mercado de sus productos puede tener un impacto muy negativo sobre la reputación del operador económico. Las empresas desean entonces tener la certeza absoluta de que sus productos son equivalentes a los nacionales antes de beneficiarse de las ventajas del principio de reconocimiento mutuo.

Así debido a la ausencia de transparencia y la falta de previsibilidad normativa, los operadores económicos se ven obligados a adaptar su producción a las reglas técnicas de cada EEMM, lo que al fin y al cabo, se traduce en un aumento de precios de los productos y, por consiguiente, en un inconveniente para los consumidores.

Además, la aplicación del principio de reconocimiento mutuo es una tarea que incumbe a los jueces y autoridades administrativas nacionales. La correcta aplicación del principio de reconocimiento mutuo depende entonces por una parte, de su nivel de conocimientos del Derecho Comunitario y por otra, de las normas procesales nacionales que deben garantizar un remedio eficaz contra las resoluciones nacionales que supongan una privación de un derecho reconocido por los Tratados.

Asimismo, debemos señalar que la aplicación del principio de reconocimiento mutuo supone que la autoridad administrativa o juez del EM importador deba aplicar el derecho del EM de origen. Así pues, el principio de reconocimiento mutuo supone la aplicación extraterritorial del derecho del EM de origen.

La flexibilidad, la descentralización y el elemento de extraterritorialidad del principio de reconocimiento mutuo hacen compleja su aplicación. Entonces es necesario ayudar a las autoridades y jueces nacionales en la aplicación de dicho principio, para reforzar su correcta aplicación sin que ello implique privarlo de sus rasgos esenciales.

Así la ayuda a las autoridades y jueces nacionales puede realizarse a dos niveles: Por un lado, las instituciones europeas, y especialmente la Comisión, han lanzado un programa destinado a facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo¹⁰. Por otro, el Estado Miembro importador puede igualmente guiar a sus autoridades en la correcta aplicación del principio de reconocimiento mutuo¹¹.

Por lo tanto, el legislador nacional puede ayudar a las autoridades y jueces nacionales mediante la inserción de cláusulas de reconocimiento mutuo en las leyes nacionales. Dichas cláusulas no solamente tendrían por objetivo prevenir eventuales obstáculos a la libre circulación de mercancías sino también aportarían más transparencia en la medida en que las autoridades y jueces nacionales así como los

¹⁰ GARDEÑES SANTIAGO, “la aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional”. Madrid, Eurolex, DL-1999, p. 309-312.

¹¹ Comunicación de la Comisión, *supra* 8 nota , p. 11-12

operadores económicos podrían prever la aplicación de dicho principio en el caso concreto.

II. CLÁUSULAS DE RECONOCIMIENTO MUTUO: DEFINICIÓN.

Según GONZALEZ VAQUÉ¹², podemos definir las cláusulas de reconocimiento mutuo como:

“Disposiciones que se incluyen en las normativas nacionales no armonizadas con el objetivo de explicitar el principio de reconocimiento mutuo, estableciendo, según diversas modalidades, una excepción a la aplicación de determinadas disposiciones relativas a especificaciones y/o controles nacionales y el reconocimiento de las normativas del Estado Miembro de origen, sus sistemas de control y/o los correspondientes expedidos y ensayos efectuados por organismos que ofrezcan las oportunas garantías”.

“Disposiciones que se incluyen en las normativas nacionales no armonizadas”.- Las cláusulas de reconocimiento mutuo son derecho nacional, no se trata por lo tanto de un instrumento del Derecho Comunitario sino de un instrumento del cual el legislador nacional debe servirse para proteger sus intereses nacionales y al mismo tiempo, respetar la libre circulación de mercancías. Además, las cláusulas de reconocimiento mutuo no operan más que en sectores no armonizados, es decir en sectores donde la competencia para legislar sigue siendo de los EEMM. Estos poseen, por consiguiente, un margen de maniobra enmarcado por el artículo 28 del TCE donde son libres para determinar el nivel de protección con el cual desean proteger sus intereses legítimos.

“con el objetivo de explicitar el principio de reconocimiento mutuo”.- Aunque el principio de reconocimiento mutuo ha sido, es y será de importancia capital para el mercado interior, este no ha sido codificado en los Tratados. Por lo tanto, sigue siendo una creación jurisprudencial reforzada por la práctica constante de la Comisión. De ahí que sea importante concretizar el principio de reconocimiento mutuo en cada caso para guiar a las autoridades y jueces nacionales a la hora de su aplicación.

“estableciendo, según diversas modalidades,”.- El éxito de las cláusulas de reconocimiento mutuo se funda en su capacidad de adaptación para cada caso, es decir que la contribución de las cláusulas de reconocimiento mutuo a la eliminación de obstáculos a la libre circulación se basa en la adaptación de dicho principio a las características fácticas, normativas, políticas...del caso concreto. Así pues, no existe una única cláusula de reconocimiento mutuo sino una infinidad.

“una excepción a la aplicación de determinadas disposiciones relativas a especificaciones y/o controles nacionales y el reconocimiento de las normativas del Estado Miembro de origen, sus sistemas de control y/o los correspondientes expedidos y ensayos efectuados por organismos que ofrezcan las oportunas garantías”.- Las cláusulas de reconocimiento mutuo presentan dos elementos indispensables: un

¹² GONZALEZ VAQUE, *supra* nota 5, p. 139.

elemento derogatorio y un elemento de reconocimiento, que analizaremos en el siguiente apartado.

Por otra parte, la definición nos recuerda que el reconocimiento mutuo no se limita únicamente a las reglas técnicas, sino también se aplica a los controles¹³, certificados y ensayos¹⁴ realizados en otros EEMM, siempre y cuando estos se realicen con una serie de garantías suficientes y apropiadas.

III. ELEMENTOS DE LAS CLÁUSULAS DE RECONOCIMIENTO MUTUO.

En el apartado dedicado a la definición de las cláusulas de reconocimiento mutuo, hemos señalado que estas presentan dos elementos indispensables: un elemento derogatorio y un elemento de reconocimiento.

Además, la Comisión en su Comunicación sobre “la aplicación práctica del reconocimiento mutuo”¹⁵ propone la inclusión de un tercer elemento de naturaleza procedimental. Finalmente, la Comisión también sugiere la inclusión de un cuarto elemento relativo a la carga de la prueba.

1. Primer elemento: Derogación.

A través de este elemento, todos los productos conformes a la reglamentación o a los procedimientos de fabricación tradicionales de otros EEMM están excluidos del ámbito de aplicación de la ley nacional del país de importación en lo que concierne a las reglas técnicas.

Este elemento es constante y es el mismo para todo tipo de cláusula de reconocimiento mutuo, no obstante no actúa más que en conjunción con el elemento de reconocimiento.

2. Segundo Elemento: Reconocimiento.

El elemento de reconocimiento explicita las condiciones en las cuales el principio de reconocimiento mutuo se aplica en el caso concreto. Se trata de identificar las soluciones técnicas apropiadas que permitan garantizar la efectividad del principio de reconocimiento mutuo¹⁶. Se trata pues de un elemento que varía según las particularidades de cada reglamentación.

¹³ STJCE 8 de junio 1993, *Comisión c/ Bélgica*, As. C-373/92, Rec. P. 3107.

¹⁴ STJCE 17 de septiembre 1998, *proceso penal contra Jean Harpegnies*, As. C-400/96, Rec. 5121.

¹⁵ Comunicación de la Comisión, *supra* 8 nota, 11-12. V Anexo 1

¹⁶ MATTERA, « L'Arrêt « Foie Gras » du 22 octobre 1998: Porteur d'une nouvelle impulsion pour le perfectionnement du Marché unique européen », *Revue du Marché Unique Européen* n°4/1998, p. 123-124.

¿Cómo el legislador nacional establece el elemento de reconocimiento?

En primer lugar, sabemos que según una jurisprudencia constante del TJCE en sectores no armonizados, los EEMM son libres para determinar el nivel de protección que consideren apropiado para salvaguardar sus objetivos legítimos¹⁷. En segundo lugar, los objetivos protegidos deben estar reconocidos por el Derecho Comunitario¹⁸. Finalmente, el nivel de protección debe ser proporcional a los objetivos perseguidos¹⁹.

El elemento de reconocimiento va por tanto a determinar por un lado, el objetivo perseguido por la legislación nacional y por otro, el nivel de protección exigido por esta. Así en el momento en que los productos provenientes de otros EEMM garanticen el mismo nivel de protección – pese a que recurran a reglas técnicas distintas²⁰ –, el reconocimiento mutuo tendrá lugar. El interés de las cláusulas de reconocimiento mutuo reside sobre todo en concretizar el nivel de protección exigido que variara de un caso a otro según el objetivo perseguido por el legislador y la intensidad con la cual este último desea proteger dicho objetivo.

¿De qué forma el legislador nacional fija el nivel de protección?

Según la Comunicación sobre “la aplicación práctica del reconocimiento mutuo”²¹ a través de la evaluación de los riesgos. Según la Comisión, esta evaluación de los riesgos conlleva el análisis de dos elementos²²:

Por una parte, la determinación del nivel del riesgo: el umbral crítico de probabilidad de los efectos negativos para una de las razones obligatorias mencionadas en el artículo 30 del Tratado CE o reconocidas por el Tribunal de Justicia como exigencias obligatorias que pueden justificar una medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 28 del Tratado CE.

Por otra parte, a través de la realización de una evaluación científica de los riesgos.

3. Tercer Elemento: Elemento Procedimental.

La Comisión propone la inserción de un tercer elemento de naturaleza procedimental²³. Este elemento tiene por objetivo explicitar en las cláusulas de reconocimiento mutuo el procedimiento que el Estado de importación está obligado a seguir cuando este rechaza la comercialización de productos que no aseguran un nivel de protección equivalente al exigido por la legislación nacional. En efecto, la Comisión

¹⁷ *Cassis*, *supra* nota 2, Párr. 8

¹⁸ Comunicación de la Comisión “*Cassis*”, *supra* nota 3, p 2.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ STJCE 28 de Enero 1986, *Comisión c/ Francia*, As. C-188/88, “*Homologación de Máquinas para trabajar la madera*”. Rec. 419.

²¹ Comunicación de la Comisión, *supra* nota 8.

²² *Ídem.* V. Nota al pie de página número 53.

²³ *Ídem.*, p 9-11.

subraya la importancia de este elemento en los casos donde la legislación nacional no contiene las garantías exigidas por el Derecho Comunitario.

Este procedimiento se inspira en la Jurisprudencia del Tribunal²⁴. Este tercer elemento trata pues de sistematizar todos los principios jurisprudenciales en un mismo cuerpo jurídico para reforzar los derechos de las empresas a un recurso jurisdiccional efectivo contra las decisiones de autoridades nacionales que constituyen una amenaza a los derechos reconocidos por el Derecho Comunitario.

Este elemento es constante y es el mismo para todo tipo de cláusula.

4. Cuarto Elemento: Carga de la Prueba.

Según la jurisprudencia del Tribunal²⁵, corresponde a los EEMM probar que un producto no cumple el nivel de protección exigido.

Así el Estado Miembro tiene pues que probar que el producto no satisface un objetivo de interés general y que la restricción es proporcionada²⁶. Sin embargo, en ciertos casos esta jurisprudencia no es conocida ni por los jueces ni por las autoridades nacionales, de ahí que sea de sumo interés incluir este aspecto probatorio en las leyes nacionales.

Este elemento es constante y es el mismo para todo tipo de cláusula.

Por otra parte, debemos señalar que mientras que los dos primeros elementos (derogatorio y de reconocimiento) son responsabilidad del legislador nacional, los dos últimos van más bien dirigidos a las autoridades nacionales (procedimental y carga de la prueba). Por lo tanto, los dos primeros elementos tienen por objetivo la adecuación de la ley nacional al Derecho Comunitario mientras que los dos últimos tratan de asegurar la correcta aplicación del principio de reconocimiento mutuo.

Finalmente, creemos que una cláusula que reúna los cuatro elementos mencionados previamente es susceptible de eliminar los obstáculos a la libre circulación y al mismo tiempo, asegurar la correcta aplicación del principio de reconocimiento mutuo por los jueces y autoridades nacionales.

IV. LA PREVENCIÓN DE OBSTÁCULOS.

²⁴ STJCE 13 de diciembre 1990, *proceso penal contra Jean-Claude Bellon*, As. C-42/90. Recueil 4863. Párr. 16

STJCE 9 de mayo 1985, *Comisión c/ Francia*. As. C- 21/84 Rec. I 1355.

STJCE 19 de marzo 1991, *Comisión c/ Bélgica*, As. C-249/88. “Reglamentación sobre los precios de los productos farmacéuticos”. Rec. 1275.

²⁵ *Cassis*, *supra* nota 2, Párr.8 STJCE 8 de noviembre 1978 “*Denkavit vs Minister of Agriculture*”, As. C-251/78, Rec. 3369

²⁶ Comunicación de la Comisión, *supra* nota 8, p 9.

La eliminación de obstáculos a la libre circulación de mercancías puede realizarse en dos momentos:

1. Control “ex post”.

Si la Comisión (o en su caso un EM) constata que un EM a faltado a sus obligaciones que le incumben en virtud del Art. 28 TCE, entonces esta puede entablar el procedimiento por incumplimiento previsto en el Art. 226 TCE (o en su caso 227 si se trata de EEMM).

Asimismo, el Art. 234 TCE permite también eliminar los obstáculos a la libre circulación de mercancías en los casos de procesos ante las jurisdicciones nacionales. En efecto al interpretar el Derecho Comunitario el TJCE no puede declarar que la ley nacional es incompatible con el Derecho Comunitario ya que es una tarea que compete a las jurisdicciones nacionales de los EEMM, sin embargo el TJCE puede dar indicios muy claros sobre la incompatibilidad del derecho nacional con el Derecho Comunitario.

Así podemos decir que el control “ex post” puede realizarse a través de dos vías, de una forma directa mediante los artículos 226y 227 del TCE, y mediante una forma indirecta a través del Art. 234.

2. Control “ex ante”

En virtud de la Directiva 98/34²⁷, la Comisión y los EEMM son informados de todo proyecto nacional de regla técnica. Así si la Comisión o un EM constatan que el proyecto es contrario al Art. 28 TCE, entonces estos pueden recomendar al EM en cuestión que modifique su proyecto de regla técnica para hacerlo compatible con el mercado interior.

La Directiva 98/34 es pues un instrumento esencial para el buen funcionamiento del mercado interior en la medida en que no solamente evita la creación de obstáculos a la libre circulación de mercancías sino también establece un foro de discusión entre la Comunidad y los EEMM permitiendo de esta manera localizar aquellos sectores donde un acción común es necesaria.²⁸

Por otro lado, la cláusulas de reconocimiento mutuo están estrechamente vinculadas a la Directiva 34/98, ya que fue en el ámbito de esta última donde la Comisión empezó a exigir a los EEMM la inserción de dichas cláusulas en las leyes nacionales²⁹.

²⁷ Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas DOCE n° L 204 de 21/07/1998 p. 37 - 48

²⁸ GONZALEZ VAQUE, supra nota 5, p.117.

²⁹ V. “Informe de la Comisión sobre el funcionamiento de la Directiva 98/34/CE en 1992, 1993 y 1994”, COM (96) 286 final.

En la mayoría de los casos si la regla técnica supone una violación del principio de reconocimiento mutuo, la Comisión sugiere entonces al EM que incluya una cláusula de reconocimiento mutuo capaz de eliminar el obstáculo.

Podemos pues resumir en tres etapas la forma en que la Comisión actúa para sugerir al EM responsable del proyecto de regla técnica la inclusión de una cláusula de reconocimiento mutuo:

- En primer lugar, la Comisión analiza si el sector objeto del proyecto de regla técnica está o no en un ámbito que ha sido armonizado por legislación comunitaria. Esto no es una tarea fácil sobre todo en aquellos casos donde un mismo producto puede presentar a la vez aspectos armonizados y no-armonizados.
- En segundo lugar, si la medida se sitúa en un sector armonizado, entonces debemos determinar si la medida estatal satisface las condiciones exigidas por la legislación comunitaria.
Si al contrario, el sector no ha sido armonizado, entonces la Comisión analiza si el proyecto de regla técnica en cuestión es una medida de efecto equivalente que no se puede justificar ni por las exigencias imperativas ni por las derogaciones del Art. 30 TCE.
- Finalmente, si la Comisión constata que el proyecto de regla técnica es una violación injustificada del principio de reconocimiento mutuo, entonces sugiere al EM que modifique el proyecto incluyendo una cláusula de reconocimiento mutuo.

A) ¿ Cláusula de reconocimiento mutuo o eliminación de la regla técnica ?

Creemos que es interesante preguntarnos por qué, en el ámbito de la Directiva 98/34, la Comisión decidió acudir a las cláusulas de reconocimiento mutuo y no a otros medios tales como, por ejemplo, exigir a los EEMM la eliminación de la regla técnica responsable del obstáculo a la libre circulación de mercancías.

Exigir a los EEMM que eliminen las reglas técnicas causantes de una barrera a la libre circulación supone privar a estos de su capacidad para reglamentar su propia producción nacional.

Sin embargo, las cláusulas de reconocimiento mutuo permiten a los EEMM conservar su propia reglamentación nacional ya que las cláusulas únicamente derogan la aplicación de las reglas técnicas a los productos provenientes de otros EEMM, siempre y cuando dichos productos ofrezcan un nivel de protección equivalente al exigido por la legislación del EM importador. La aplicación de las reglas técnicas a la producción nacional no se ve alterada, así el EM puede someter a su propia producción a condiciones más estrictas³⁰ sin que ello interfiera con la correcta aplicación del principio de reconocimiento mutuo³¹.

³⁰ STJCE 18 de febrero 1987, *Minister Public c/ Arthur Mathot*, As. C 98/86. Rec. 809.

³¹ Comunicación de la Comisión, *supra* nota 8, p. 11.

Así pues, como señala MATTERA³², el principio de reconocimiento mutuo satisface un doble compromiso que asegura, por una parte el funcionamiento del mercado interior y por otra parte el respeto de las identidades nacionales.

En efecto según MATTERA³³, “*el Tratado no prohíbe a los Estados Miembros crear o mantener en vigor este tipo de leyes o reglamentaciones (leyes receta), pero únicamente de extenderlas a productos de otros Estados Miembros. La obligación que incumbe a los Estados Miembros, en virtud del artículo 30 (Art.28 TCE), no tiene por objetivo más que la aceptación de los productos fabricados en los otros Estados Miembros. Los países de la Comunidad permanecen libres para reglamentar como ellos crean oportuno su propia producción. La inserción de una cláusula de reconocimiento mutuo no constituye entonces más que la concretización de esta obligación*”

La eliminación de una regla técnica supone entonces una solución radical que no debe ser exigida más que en aquellos supuestos donde esta es obsoleta, es decir cuando ni siquiera puede alcanzar los objetivos perseguidos por la ley nacional.

En la hipótesis contraria, exigir a los EEMM la eliminación de la regla técnica puede suponer la violación del principio de proporcionalidad³⁴ establecido en el Art. 5.3 del Tratado ya que la Comisión no puede exigir a los EEMM de renunciar a sus competencias (regular su propia producción nacional) cuando esta dispone de otros mecanismos menos restrictivos (exigir la inserción de una cláusula de reconocimiento mutuo) para alcanzar el mismo objetivo (eliminación del obstáculo a la libre circulación de mercancías).

Por lo tanto, según nuestra opinión y la de la Comisión, en el ámbito de la Directiva 98/34 el recurso a las cláusulas de reconocimiento mutuo debe ser la exigencia típica, mientras que la eliminación de la regla técnica no debe constituir más que un remedio excepcional.

3. Tipología de las Cláusulas de Reconocimiento Mutuo.

A) Cláusula de Reconocimiento Mutuo “Estándar”.

La idea de establecer una cláusula de reconocimiento mutuo “estándar”, es decir una cláusula que sea reproducida *mutatis mutandis* en todas las leyes nacionales, debe ser rechazada. Si bien es cierto que de los cuatro elementos que componen las cláusulas de reconocimiento mutuo, solamente hay uno –el elemento de reconocimiento- que varía de un caso a otro, la importancia del elemento de reconocimiento es capital ya que permite al principio de reconocimiento mutuo adaptarse a las particularidades de cada caso, y esto es así ya que permite la fijación del nivel de protección exigido así como los medios para alcanzarlo.

³² MATTERA, *supra* nota 1, p. 229-231.

³³ MATTERA, *supra* nota 16, p. 123-124.

³⁴ TAKIS TRIDIMAS, “*General Principles of EC Law*”, Oxford University Press 1999, p. 119-121.

En consecuencia, podemos afirmar que en ámbitos no armonizados por la legislación comunitaria, los EEMM son libres para fijar el nivel de protección que estimen oportuno. De ahí que una cláusula “estándar” sea inadecuada para fijar el nivel de protección exigido en cada caso concreto. Este tipo de cláusula, como señala MATTERA, no sería más que una “cláusula de estilo” que reproduciría miméticamente el principio de reconocimiento mutuo sin adaptarlo al caso concreto, no obstante este no es el objetivo de las cláusulas de reconocimiento mutuo³⁵.

B) Cláusula de Reconocimiento Mutuo “General”.

Asimismo, la adopción de una cláusula de reconocimiento mutuo “general” presenta los mismos inconvenientes. Por cláusula de reconocimiento mutuo “general”, hacemos alusión a una ley nacional de carácter horizontal que enuncia el principio de reconocimiento mutuo por las autoridades nacionales, indicando que este principio es aplicable a toda legislación sectorial conteniendo reglas técnicas.

Este tipo de cláusula presenta los mismo inconvenientes que la inserción de una cláusula estándar en las legislaciones nacionales, es decir la ausencia de adaptabilidad del principio de reconocimiento mutuo a cada caso en concreto.

Podemos por lo tanto afirmar que la adopción de una cláusula estándar, así como la adopción de una cláusula general, no tienen interés alguno. Dicho de otra forma, en ambos casos el rol de las cláusulas de reconocimiento mutuo, es decir la adaptación del principio de reconocimiento mutuo a cada caso, no se cumple³⁶.

C) Tipología de Cláusulas.

Hemos afirmado que la característica esencial de las cláusulas de reconocimiento es su capacidad de adaptación para cada caso. Así pues intentar establecer una tipología exhaustiva de las cláusulas de reconocimiento mutuo carece de sentido ya que su número es infinito.

(a) Relación entre el nivel de protección y las reglas técnicas.

Sin embargo, una tipología capaz de poner en relación el nivel de protección exigido y el número de reglas técnicas capaces de alcanzar dicho nivel, es posible. Podemos, por consiguiente, deducir tres hipótesis :

Primera Hipótesis: *El nivel de protección exigido únicamente puede ser alcanzado a través de una única regla técnica.*

³⁵ V. Anexo 2.

³⁶ V Anexo 3

En este caso, carece de interés incluir una cláusula de reconocimiento mutuo ya que la regla técnica exigida está justificada y puede exigirse para todo tipo de productos. Se trata por lo tanto de una medida de efecto equivalente justificada.

Por ejemplo, en el Estado Miembro “I” para proteger a los consumidores, un nivel de protección “7” es exigido para la fabricación de los productos “Y”. La única forma de alcanzar dicho nivel de protección es mediante la regla técnica “RT Alfa”. En este caso, carece de interés incluir una cláusula de reconocimiento mutuo ya que para todo producto “Y”, ya sea nacional o importado, la regla técnica “RT Alfa” debe respetarse. Se trata, por consiguiente, de una medida de efecto equivalente justificada.

Segunda Hipótesis: *El nivel de protección puede ser alcanzado a través de un número determinado de reglas técnicas (numerus clausus).*

Si la legislación nacional no admite todas las reglas técnicas capaces de alcanzar el nivel de protección exigido, entonces en este caso la cláusula de reconocimiento mutuo debe indicar la posibilidad para los productos provenientes de otros EEMM de acudir a otras reglas técnicas, indicando que cada una de ellas es equivalente a las incluidas en la legislación nacional.

Por ejemplo, el Estado Miembro “F” por razones de salud pública exige un nivel de protección “8” para todos los productos “X”. Para alcanzar dicho nivel de protección, únicamente podemos acudir a siete reglas técnicas: RT1, RT2, RT3, RT4, RT5, RT6 Y RT7. Sin embargo el EM “F” exige la conformidad con las reglas técnicas RT 3, RT5 o RT7. En este caso, la cláusula de reconocimiento mutuo debe reconocer como equivalentes las otras reglas técnicas, es decir: RT1, RT2, RT4 Y RT6.

Tercera Hipótesis: *El nivel de protección puede ser alcanzado a través de un número indeterminado de reglas técnicas (numerus apertus).*

En este caso, la cláusula de reconocimiento debe únicamente hacer referencia al nivel de protección exigido, es decir, no debe hacer referencia a ninguna regla técnica ya que, en el caso contrario, el obstáculo a la libre circulación de mercancías persistiría.

Por ejemplo, en el Estado Miembro “E” por razones de protección al medioambiente, un nivel de protección “6” es exigido para los productos “Z”. Las innovaciones en el mercado del producto “Z” hacen imposible determinar las reglas técnicas capaces de alcanzar un nivel de protección “6”. Sin embargo, el Estado Miembro “E” exige para los productos “Z” la conformidad con la regla técnica “RT Beta”. En este caso, la cláusula de reconocimiento mutuo debe limitarse a indicar el nivel de protección, es decir el nivel de “6”, sin hacer alusión a ninguna regla técnica ya que resulta imposible poder determinar, además de la “RT Beta”, aquellas reglas técnicas capaces de alcanzar el nivel de protección “6”.

Podemos por lo tanto concluir diciendo que en los casos donde el nivel de protección puede ser alcanzado con un número determinado de reglas técnicas, la cláusula de reconocimiento mutuo debe hacer referencia a las otras reglas técnicas que ofrecen un nivel de protección equivalente. Esto presenta la ventaja de ofrecer una mayor previsibilidad a las empresas acerca de las reglas técnicas que les serán exigidas. Sin embargo, y al mismo tiempo, la inclusión de reglas técnicas equivalentes en las

cláusulas de reconocimiento mutuo presenta el inconveniente de tener que revisar de manera constante las legislaciones nacionales ya que cuando una nueva regla técnica sea inventada, será necesario modificar la cláusula para incluir esta nueva regla técnica equivalente. Es pertinente pues tomar en cuenta las innovaciones del mercado del producto en cuestión, si estas son importantes, el legislador nacional debe hacer únicamente al nivel de protección exigido. En el caso contrario, es decir en aquellos mercados donde las innovaciones son escasas, en aras de dar una mayor previsibilidad a las empresas acerca de las reglas técnicas que les serán exigidas, el legislador nacional puede incluir las reglas técnicas equivalentes en la cláusula³⁷.

(b) Cláusulas y normas jurídicas en las cuales se integran.

Una tipología alternativa es aquella defendida por GARDEÑES SANTIAGO³⁸. El criterio elegido por el autor es aquel de clasificar las cláusulas de reconocimiento mutuo según la norma jurídica en la cual se integran. Así distingue entre leyes, normas de ejecución normativa y normas internas a la administración.

Cláusulas incluidas en las Leyes.

El autor expone tres argumentos a favor de este tipo de cláusulas: En primer lugar, hacen inútil la inclusión de cláusulas de reconocimiento mutuo en cada legislación “*ad hoc*”. En segundo lugar, las leyes aseguran la aplicación homogénea de las cláusulas. Finalmente, las leyes tramiten su transparencia y publicidad a las cláusulas³⁹.

Cláusulas incluidas en las Normas de Ejecución Legislativa (*Secundum Legem*)

El autor afirma que este tipo cláusulas presentan el inconveniente de dispersar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo dando lugar a una aplicación heterogénea del principio. No obstante, y simultáneamente, el autor modula su crítica al afirmar que este tipo de cláusula presenta también la ventaja de tomar en cuenta las particularidades de cada producto en función de los riesgos que presentan y de su empleo previsible⁴⁰.

Por otra parte, debemos añadir que las normas de ejecución legislativa son por lo general más fáciles de modificar que las leyes. Así pues, este tipo de norma puede ser más precisa que las leyes sin tener que hacer frente al temor de quedarse obsoletas. Este tipo de normas pueden por tanto hacer frente a las innovaciones del mercado.

Cláusulas incluidas en las Normas Internas a la Administración.

Estamos de acuerdo con el rechazo del autor a este tipo de cláusulas ya que no ofrecen ninguna transparencia ni publicidad para los operadores económicos. En efecto, este tipo de cláusulas se dirige exclusivamente a la Administración, mientras que los operadores económicos se ven atrapados en la inseguridad jurídica⁴¹.

³⁷ V Anexo 4.

³⁸ GARDEÑES SANTIAGO, *supra* nota 10, p. 287-292.

³⁹ Ídem., p. 287-290.

⁴⁰ Ídem., p 290-291.

⁴¹ Ídem., p. 291-292.

Finalmente el autor concluye señalando que la mejor solución sería incluir una cláusula de carácter general en la ley de base, y al mismo tiempo, incluir cláusulas “*ad hoc*” en cada reglamentación sectorial que permitiesen modular la aplicación del principio de reconocimiento mutuo según las características propias de cada producto⁴².

Creemos que la tipología defendida por GARDEÑES SANTIAGO es aceptable, siempre y cuando las cláusulas incluidas en las leyes no se limiten a reformular la Jurisprudencia “Cassis”. No cabe duda de que no podemos exigir al legislador nacional una precisión exhaustiva similar a la de las reglamentaciones sectoriales, ahora bien el legislador no debe limitarse a reformular una y otra vez la misma cláusula de reconocimiento mutuo. A nuestro parecer, el legislador debe por un lado, definir los objetivos perseguidos por la ley y, por otro, especificar los criterios apropiados y adecuados capaces de determinar el nivel de protección exigido.

Además, consideramos que el autor debería de haber insistido más sobre la importancia de las cláusulas “*ad hoc*”, puesto que es a través de estas que la aplicación del principio de reconocimiento mutuo se vuelve más clara y transparente tanto para las autoridades y jueces nacionales como para los operadores económicos.

4. El “Valor Añadido” de las Cláusulas de Reconocimiento Mutuo.

En los apartados anteriores hemos realizado un análisis descriptivo de las cláusulas de reconocimiento mutuo, creemos que ahora es pertinente darles una justificación.

Trataremos pues de determinar si las cláusulas de reconocimiento mutuo dan un “valor añadido” al principio de reconocimiento mutuo o si por el contrario, la inserción de dichas cláusulas en las leyes nacionales no es más que una exigencia infundada de la Comisión.

A) Efecto Directo de los Artículos 28 y 30 del Tratado.

Según Jurisprudencia constante del TJCE, los artículos 28 y 30 del TCE tienen efecto directo⁴³. Es decir que los operadores económicos puede acudir directamente a la jurisdicciones nacionales para pedir el respeto al principio de reconocimiento mutuo. Esto ha conducido a un sector de la doctrina a afirmar que la inserción de las cláusulas de reconocimiento mutuo no es más que una exigencia superflua de la Comisión.

⁴² Ídem., p. 291.

⁴³ STJCE 19 de diciembre de 1968, *Salgoil c/ Ministerio de Comercio Exterior de la República Italiana*, As. C-13/1968, Párr. 675.

STJCE 13 de marzo de 1997, *Tommaso Morellato c/ Unita Sanitaria Locale (USL) n. 11 di Pordenone*, As. C-358/95, Rec. P. 1431, Párr. 18.

Así según la Opinión del AG MISCHO en el caso Comisión c/ Francia⁴⁴, las cláusulas de reconocimiento mutuo no son necesarias en la medida en que el efecto directo de los artículos 28 y 30 del TCE así como la jurisprudencia “*Cassis*” “*se bastan por si mismos*”.

No obstante, este argumento según el cual el efecto directo de los artículos 28 y 30 excluye todo tipo de posibilidad de imponer obligaciones adicionales a los EEMM debe ser rechazada puesto que tal y como ha señalado el TJCE, el efecto directo de las disposiciones comunitaria no excluye que el Derecho Comunitario pueda imponer obligaciones adicionales a los EEMM con el fin de asegurar su aplicación más eficaz y completa.

En efecto, en la sentencia “*Brasserie du Pêcheur*”⁴⁵, el Tribunal señaló que:

“En efecto, es jurisprudencia reiterada que la facultad que tienen los justiciables de invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales las disposiciones directamente aplicables del Tratado sólo constituye una garantía mínima y no basta para asegurar por sí sola la aplicación plena y completa del Tratado (véanse, en particular, las sentencias de 15 de octubre de 1986, Comisión/Italia, 168/85, Rec. p. 2945, apartado 11; de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia, C-120/88, Rec. p. I-621, apartado 10, y de 26 de febrero de 1991, Comisión/España, C-119/89, Rec. p. I-641, apartado 9). Destinada a hacer prevalecer la aplicación de disposiciones de Derecho comunitario frente a disposiciones nacionales, esta facultad no puede, en todos los casos, garantizar al particular el disfrute de los derechos que le confiere el Derecho comunitario y, en especial, evitar que sufra un perjuicio por una violación de este Derecho imputable a un Estado miembro.”

Así pues parece que el argumento del AG MISCHO debe ser rechazado, el efecto directo de las disposiciones comunitarios no es más que un umbral mínimo de protección que no excluye *inter alia* la existencia de otras obligaciones por parte de los EEMM que aseguren la plena y eficaz aplicación del Derecho Comunitario.

Por otra parte, RIGAUX y DENNIS⁴⁶ afirman que la inserción de cláusulas de reconocimiento mutuo “*no tendría en todo caso más que un efecto declaratorio*”. Coincidimos con la opinión de ambos autores en tanto y cuanto el efecto directo de los artículos 28 y 30 TCE hacen inútil el recurso a las cláusulas de reconocimiento mutuo para asegurar el respeto al principio. El principio no necesita de las cláusulas para poder aplicarse. Sin embargo, creemos que los autores se equivocan en cuanto al objetivo perseguido por las cláusulas de reconocimiento mutuo. En efecto, el objetivo de las cláusulas no es el pretendido por estos autores, en realidad, la razón de ser de las cláusulas de reconocimiento mutuo es reforzar la seguridad jurídica, asegurar la

⁴⁴ Conclusiones del AG Mischo del 26 junio 2001, *Comisión c/ Francia*, As. C-24/00, Párr. 54.

⁴⁵ STJCE 5 marzo de 1996. *Brasserie du pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland*, Aff. C-46/93 et *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte*, Aff. C-48/93. Recueil 0001-2, Párr. 20.

⁴⁶ RIGAUX y SIMON, « La guerre du foie-gras aura-t-elle lieu? », Europe. Jurisclasseur. Fascicule 550. Diciembre 1998, p 14.

transparencia y adaptar el principio de reconocimiento mutuo al contexto fáctico en el cual se sitúa.

B) La Seguridad Jurídica.

La seguridad jurídica es un principio general del Derecho Comunitario. De acuerdo con este principio, “toda persona antes de quedar vinculada por sus actos, debería de ante mano saber las consecuencias jurídicas de los mismos”⁴⁷. Así TRIDIMAS⁴⁸ subraya la importancia de este principio para los operadores económicos en la medida en que las actividades económicas y comerciales necesitan de una planificación previa que sería imposible de llevar a cabo sin normas jurídicas claras y precisas.

El principio de seguridad jurídica implica, por consiguiente, que tanto el legislador nacional⁴⁹ como el legislador comunitario⁵⁰ deben ser claros y precisos cuando otorgan derechos o imponen obligaciones a los operadores económicos, de tal forma que estos puedan conocer de antemano las consecuencias jurídicas de sus actos.

En lo que concierne al legislador nacional, el TJCE a exigido claridad y precisión a la hora de transponer las Directivas comunitarias para permitir asegurar a jueces y autoridades nacionales el respecto de los derechos y obligaciones que derivan del Derecho Comunitario. En efecto en el caso Comisión c/ Italia del 26 de febrero de 1991, el TJCE señaló que⁵¹:

“Furthermore, the principles of legal certainty and the protection of individuals require that, in areas covered by Community law, the Member States' legal rules should be worded unequivocally so as to give the persons concerned a clear and precise understanding of their rights and obligations and to enable national courts to ensure that those rights and obligations are observed (see the judgment in Case 257/86 Commission v Italy [1988] ECR 3249).”

(a) ¿Podemos aplicar esta jurisprudencia al principio de reconocimiento mutuo?

En primer lugar, debemos señalar que esta jurisprudencia hace alusión a “ámbitos cubiertos por el Derecho Comunitario”. Según nuestra opinión, el TJCE no se está refiriendo a sectores cubiertos por Derecho Comunitario derivado. En realidad, el TJCE se interesa por el origen de los derechos y obligaciones. Es decir desde el

⁴⁷ Conclusions de l'AG LORD DIPLOCK, *Black Clawson Ltd c/ Papierwerke*. [1975] AC 591 à 638.

⁴⁸ TRIDIMAS, supra nota 34, p. 164-185.

⁴⁹ STJCE 23 de mayo 1981, *Comisión c/ Alemania*, As. C- 29/1984, Recueil p. 1661.

STJCE 26 de febrero 1991, *Comisión c/ Italia*, As. C-120/88. Recueil p. 00621

⁵⁰ STJCE 15 de febrero 1996, *Duff, y otros c/ Minister for Agriculture and Food et Attorney General*, Aff. C-63/93. Recueil p. 0569. Párr. 20

STJCE 9 de julio 1981, *Administration des douanes c/ Société anonyme Gondrand Frères et Société anonyme Garancini*, Aff.169/80. Rec. p. 01931

⁵¹ STJCE 26 de febrero 1991, *Comisión c/ Italia*, As. C-120/1988. Rec. P. 612, Párr. 11. Versión Oficial en español no disponible.

momento en que estos tienen como origen el Derecho Comunitario, la seguridad jurídica, en tanto principio general, exige claridad y precisión para hacer posible su eficacia.

Podemos pues decir que el principio de reconocimiento mutuo, que tiene como base jurídica el Art. 28 TCE, otorga a los importadores de otros EEMM el derecho a comercializar sus productos en el EM importador, en tanto y cuanto estos ofrezcan un nivel de protección equivalente.

Cuando el legislador del EM importador introduce reglas técnicas para la comercialización de ciertos productos, este último tiene la obligación impuesta por el principio de seguridad jurídica de precisar y esclarecer las condiciones según las cuales la equivalencia interviene. En otras palabras, los EEMM están obligados a indicar que su reglamentación no es de aplicación a productos de otros EEMM si ofrecen un nivel de protección equivalente.

Es más podemos añadir que nuestra opinión es coherente con la Jurisprudencia del TJCE⁵² según la cual si una ley de un EEMM impone reglas técnicas y no excluye de manera expresa de su campo de aplicación a los productos legalmente fabricados o comercializados en otros EEMM, entonces la medida nacional será considerada como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa.

Así pues podemos decir que el principio de seguridad jurídica exige a los legisladores de los EEMM que precisen y esclarezcan los derechos otorgados y obligaciones impuestas a los operadores económicos por el principio de reconocimiento mutuo. De ahí que el interés de las cláusulas de reconocimiento mutuo que son el instrumento óptimo para asegurar simultáneamente el respeto al principio de reconocimiento mutuo y al principio de seguridad jurídica.

C) La Transparencia.

La transparencia hace referencia a la difusión del Derecho Comunitario⁵³. Se trata de hacer accesible a todas las informaciones necesarias para conocer los derechos de los particulares y las obligaciones impuestas a los EEMM por el Derecho Comunitario.

En cuanto al principio de reconocimiento mutuo, hemos señalado que su naturaleza flexible hace compleja su aplicación ya que los derechos resultantes dependen de las circunstancias fácticas de cada caso. Necesitamos pues de un instrumento capaz de conciliar transparencia y flexibilidad.

⁵² STJCE 7 de mayo 1997. *Proceso penal contra Jacques Pistre (C-321/94), Michèle Barthes (C-322/94), Yves Milhau (C-323/94) et Didier Oberti (C-324/94)*, Asuntos C-321/94, C-322/94, C-323/94 y C-324/94. Rec. p. 02343. Párr. 45 à 54.

⁵³ MATTERA, « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence "Cassis" et la reconnaissance mutuelle », *RMUE* n° 4/1992. p 65.

A tal respecto, hemos afirmado que las cláusulas de reconocimiento mutuo son capaces de adaptarse a las circunstancias de cada caso. En efecto, a la hora de redactarlas, el legislador debe fijar el nivel de protección exigido en función de los riesgos que ponen en peligro la realización de los objetivos legítimamente perseguidos.

Por otra parte, las cláusulas de reconocimiento mutuo se benefician de la publicidad de las leyes. Los operadores económicos, los jueces y autoridades nacionales pueden pues conocer las condiciones exigidas por el legislador nacional para reconocer como equivalentes ciertos productos.

Esta publicidad es aun más importante si la cláusula y las reglas técnicas se integran en el mismo texto jurídico ya que esto evita el mecanismo del reenvío a otras normas jurídicas que siempre genera confusión entre los jueces y autoridades nacionales.

Asimismo, la inserción de la cláusula de reconocimiento mutuo en el mismo texto legal impide a los jueces y a las autoridades nacionales afirmar que una norma que no incluya la cláusula es “*lex specialis*” en relación a otra que si la incluye.

Finalmente, las cláusulas de reconocimiento mutuo eliminan la oposición entre la ley nacional y el Derecho Comunitario, esto permite, por una lado, salvar la ley nacional⁵⁴ y por otro, facilitar la tarea de los jueces y autoridades nacionales.

En efecto, aunque según una jurisprudencia constante, estos tengan el poder de inaplicar el derecho nacional si este es incompatible con el Derecho Comunitario⁵⁵, esto no es una tarea fácil ya que los jueces y autoridades nacionales quieren estar seguros de la incompatibilidad de la ley con el Derecho Comunitario antes de recurrir a este poder⁵⁶. Es más, en caso de duda, tienden en la mayoría de los casos a fallar a favor de la legislación nacional o interponen una cuestión prejudicial⁵⁷.

Así pues, las cláusulas ponen fin a esta oposición. Estas alinean las leyes y el Derecho Comunitario. Al incluir estas cláusulas, el legislador nacional adopta una perspectiva comunitaria que será conocida por los jueces, las autoridades nacionales y los operadores económicos.

Todos estos argumentos nos conducen, por consiguiente, a concluir que las cláusulas de reconocimiento mutuo son el instrumento óptimo para garantizar la transparencia del principio de reconocimiento mutuo.

⁵⁴ STJCE 15 julio 1964., *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, As. 6/64. Rec. p. 01141

⁵⁵ STJCE 9 marzo 1978. *Administración de Finanzas del Estado contra sociedad anónima Simmenthal*. As. C- 106/77. Recueil p. 00629

⁵⁶ JARVIS, *The Application of EC Law by National Courts. Free Movement of Goods*, Oxford. 1998, p 439-457

⁵⁷ Ídem.

D) Capacidad de Adaptación.

La característica más importante de las cláusulas de reconocimiento mutuo es, sin duda alguna, su capacidad de adaptación. Sería pues interesante establecer por una parte, las variables que hacen diferentes unas cláusulas de otras y por otra, hacen que cada cláusula sea específica al contexto en el cual se sitúa.

(a) Primera Variable: El objetivo legítimo perseguido por el EM.

Los EEMM pueden limitar la libre circulación de mercancías si y solamente si respetan una doble condición:

- Es necesario que la limitación a la libre circulación de mercancías encuentre su justificación en la necesidad de proteger intereses reconocidos como legítimos por el Derecho Comunitario.
- Es necesario que la limitación sea proporcional.

Los objetivos legítimos están establecidos ya sea por las excepciones del Art. 30 TCE o por las exigencias imperativas. Según la jurisprudencia del TJCE, podemos decir que la naturaleza de los objetivos legítimos es muy heterogénea ya que estos pueden ir desde la salud pública⁵⁸ pasando por el respeto de las transacciones comerciales⁵⁹ hasta la protección de los derechos fundamentales⁶⁰.

Además, la jurisprudencia del TJCE demuestra que estos objetivos no se encuentran en pie de igualdad. Así por ejemplo, podemos decir que el TJCE es muy respetuoso con los argumentos esgrimidos por los EEMM cuando esto invocan la protección de la salud pública, mientras que cuando se invoca por los EEMM la protección de los consumidores, el TJCE es más estricto en su análisis⁶¹. Así pues el objetivo perseguido por los EEMM condiciona la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en la medida en que este determinará el margen de maniobra dejado al Estado importador para fijar el nivel de protección exigido.

(b) Segunda Variable: el nivel de protección.

El nivel de protección es el factor clave que determina si el producto importado es reconocido como equivalente. Sin embargo el nivel de protección exigido para un mismo tipo de producto no es el mismo en toda la Unión.

En efecto, el nivel de protección depende de dos circunstancias:

- Por una parte, es el EM quien fija para cada producto el nivel de protección exigido. Si bien es cierto que el nivel de protección debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetando este límite, el EM es libre de exigir el nivel de

⁵⁸ *Cassis*, *supra* nota 2.

⁵⁹ STJCE 22 de enero 1981, *Dansk Supermarked A/S contre A/S Imerco*, As. C- 58/80. Rec. p. 0181

⁶⁰ STJCE 12 de junio 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich.*, As. C-112/00. Rec. p.-05659

⁶¹ BARNARD. C., *The Substantive Law of the EU*, Oxford. 2004.p. 109-110

protección que estime apropiado⁶². Son pues razones de política nacional que determinan el nivel de protección exigido⁶³.

- Por otra parte, la incidencia de los riesgos capaces de impedir la realización de los objetivos legítimos. Los riesgos dependen sobretodo del contexto fáctico.

Por lo tanto, el nivel de protección depende de razones de política nacional y del nivel de riesgo existente.

(c) Tercera Variable: los diferentes aspectos del reconocimiento mutuo.

Hemos señalado que el reconocimiento mutuo no se limita a las reglas técnicas sino que además se aplica también a los controles, ensayos y a los organismos de acreditación. Podemos pues decir que son tres los aspectos sobre los cuales se aplica el reconocimiento mutuo:

- Las medidas nacionales relativas a la fabricación, la comercialización y la destrucción del producto.- (composición, designación, presentación...) Se trata de medidas que rigen todos los aspectos de la vida de un producto, desde su nacimiento hasta su muerte.
- Las condiciones de ensayo y de control.- El reconocimiento se realizará sobre dos áreas: por un lado, la calidad del control, y por otro, la intensidad del control. Se trata de evitar una duplicación de controles que supongan una doble carga para los importadores.
- La acreditación de los organismos de control.- Se trata de determinar si los organismos de control poseen un nivel equivalente de garantías técnicas, profesionales y de independencia⁶⁴.

Así el legislador nacional debe decidir sobre cual o cuales de los tres aspectos va exigir la equivalencia. Esta elección debe realizarse según en primer lugar, la existencia o ausencia de homogeneidad de los productos, en segundo lugar la relevancia de las reglas técnicas y en último lugar, el origen del riesgo.

A tal efecto, podemos decir que si para un determinado producto las reglas técnicas son substancialmente las mismas en toda la Unión o bien el producto no es sometido a ningún proceso industrial, entonces el legislador nacional no tiene ningún interés en exigir la equivalencia de las reglas técnicas. Al contrario, tendrá más bien interés en exigir controles similares a los exigidos para sus productos nacionales⁶⁵.

⁶² OLIVER P., *Free Movement of Goods in the European Community*, Oxford.2003. p. 227-228.

⁶³ V. Anexo 5.

⁶⁴ Comunicación de la Comisión, *supra* nota 8, p. 7. Según la misma, “La Comisión considera que los organismos de certificación acreditados sobre la base de criterios retomados de la serie de normas EN 45000 ofrecen garantías técnicas, profesionales y de independencia convenientes y satisfactorias”. Así pues los organismos de certificación acreditados que reúnan las condiciones EN 45000 deberán ser reconocidos como equivalentes.

⁶⁵ V. Anexo 6.

Además, la armonización puede hacer que los aspectos sobre los cuales se exija la equivalencia varíen. En efecto, si la armonización se aplica a las reglas técnicas entonces el reconocimiento mutuo no será exigible más que en relación a los controles, ensayos y organismos de acreditación. A la inversa, si la armonización versa sobre los controles, ensayos y organismos de acreditación, entonces el reconocimiento mutuo tendrá lugar en relación a las reglas técnicas⁶⁶.

Podemos pues decir que la armonización determina el aspecto sobre el cual el EM va a exigir el reconocimiento mutuo.

Finalmente, el origen del riesgo determina también el aspecto sobre el cual aplicaremos el reconocimiento mutuo.

Así si las reglas técnicas son suficientes para asegurar un objetivo legítimo entonces la equivalencia se realizará sobre este aspecto. Si por el contrario, es además necesario para reducir los riesgos que el EM exija la certificación de haber superado los controles apropiados antes de la entrada en el mercado del producto, entonces el legislador también tendrá interés en exigir la equivalencia sobre este aspecto⁶⁷.

Todas estas variables son (o deberían ser) tomadas en cuenta por el legislador nacional cuando redacta las cláusulas de reconocimiento mutuo. De ahí que podamos decir que las cláusulas de reconocimiento mutuo respondan a las necesidades del contexto y se adaptan a las circunstancias de cada caso, lo que las hace el instrumento ideal para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo.

Podemos entonces decir que el “valor añadido” de las cláusulas de reconocimiento mutuo consiste en primer lugar, en reforzar el principio de reconocimiento mutuo al hacer previsible el resultado de su aplicación. En segundo lugar, las cláusulas dotan al principio de una mayor transparencia ya que por una parte, se benefician de la publicidad de las leyes y por otra, facilitan la aplicación del principio por jueces y autoridades nacionales. Finalmente, su capacidad de adaptación permite conciliar los intereses nacionales que varían según las circunstancias fácticas de cada caso con la libre circulación de mercancías.

Además, este valor añadido hace más eficaz el Derecho Comunitario. En efecto, en la medida en que la seguridad jurídica y la transparencia obligan a los EEMM a definir con precisión los derechos otorgados por el Derecho Comunitario a los particulares (operadores económicos), la inclusión de estas cláusulas puede ser el medio apropiado para asegurar que los EEMM satisfagan esta obligación.

En consecuencia, esto ha conducido a la Comisión a exigir la inserción de las cláusulas en las leyes nacionales ya que considera que existe una obligación general de integrar dichas cláusulas. En el próximo apartado trataremos de dar una respuesta a esta pregunta.

⁶⁶ V. Anexo 7.

⁶⁷ V Anexo 8.

5. ¿Existe una obligación general de insertar cláusulas de reconocimiento mutuo en las leyes nacionales?

Por “obligación general” queremos decir que cuando el EM importador legisla estableciendo reglas técnicas o controles que son indistintamente aplicables a los productos nacionales y a los productos de otros EEMM, entonces el EM importador está obligado a incluir una cláusula de reconocimiento mutuo con el fin de evitar que el texto legislativo se convierta en una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa.

El objetivo de este apartado es pues determinar si la ausencia de una cláusula de reconocimiento mutuo en una “ley receta” es *per se* una violación del Art. 28 del TCE. Así pues en aras a dar respuesta a esta interrogante es ineludiblemente necesario hacer referencia a la jurisprudencia del TJCE y en especial a cuatro sentencias: Por una parte, a la sentencia “Foie-Gras”⁶⁸ y por otro, a las sentencias Comisión c/ Francia⁶⁹, “Green Ham & Abel”⁷⁰ y Comisión c/ Italia⁷¹.

A) La Sentencia “Foie-Gras”

La importancia de la sentencia “Foie-Gras” puede resumirse en dos puntos:

- Por un lado, en esta sentencia el TJCE consolida la línea jurisprudencial “*Cassis*” al afirmar el respeto al principio de reconocimiento mutuo.
- Por otro, el aspecto innovador de esta sentencia versa sobre la obligación por parte de los EEMM de integrar una cláusula de reconocimiento mutuo en sus legislaciones nacionales.

(a) Los Hechos.

Después de una serie de negociaciones fallidas en las cuales Francia había rechazado la inserción de una cláusula de reconocimiento mutuo en el Decret Ministeriel 93-1999 (Decreto), que establecía una serie de exigencias en materia de composición (contenido mínimo de foie-gras) y de calidad (productos autorizados) para todos los productos nacionales o importados deseosos de emplear la denominación “foie-gras”; la Comisión decidió interponer un recurso por incumplimiento contra Francia por violación del Art. 28 del TCE.

La Comisión basó su recurso en dos argumentos:

- Las exigencias de calidad y de composición esgrimidas por Francia a las cuales está subordinada el empleo de la denominación “Foie-Gras,” son susceptibles de constituir un obstáculo a la libre circulación de mercancías⁷² ya que se trata

⁶⁸ STJCE 22 de octubre 1998, *Comisión c/ Francia*, « Foie Gras ». As. C-184/96. Rec. p. 6197

⁶⁹ STJCE 5 febrero 2004, *Comisión c/ Francia*, As. C-24/00.

⁷⁰ STJCE 5 febrero 2004, *Proceso Penal c/ John Greenham et Léonard Abel*, As. C-95/01

⁷¹ STJCE 5 de febrero 2004, *Comisión c/ Italia*, As. C- 270/02

⁷² *Foie-Gras*, *supra* note 68 , Párr.12 y Conclusiones del AG La Pergola presentadas el 16 de octubre 1997. *Comisión c/ Francia*, As. C-184/96. Rec. p.06197. Párr. 6 à 9

de una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa que si bien pretende estar justificada por la protección de los consumidores, en realidad no lo está puesto que es desproporcionada al ser posible otras medidas menos restrictivas.

- La ausencia de cláusula de reconocimiento mutuo en el Decreto objeto de recurso impide la comercialización en el territorio francés de productos a base de foie-gras que hayan sido legalmente fabricados o comercializados en otros EEMM⁷³.

Sin embargo, el gobierno francés trató de defender su Decreto mediante los siguientes argumentos:

- El carácter teórico e hipotético del incumplimiento en razón de la baja producción de foie-gras en otros EEMM⁷⁴.
- La justificación del Decreto en la protección de los consumidores, ya que este permite a los consumidores conocer la naturaleza real de los productos⁷⁵.
- Finalmente la necesidad de reprimir los fraudes.⁷⁶

(b) Conclusiones del AG La Pégola.

El AG La Pégola dio la razón al gobierno francés⁷⁷. Según el Abogado General, el Decreto francés no es un obstáculo “potencial” al comercio entre los EEMM, sino un “obstáculo futuro”⁷⁸ que no entraría dentro de la definición de MEE más que en el supuesto de un cambio de la situación jurídica o contexto económico. Estaríamos pues fuera del campo de aplicación del Art. 28 TCE.

(c) La opinión del TJCE.

En lo que concierne el carácter hipotético del incumplimiento, el TJCE señaló, recordando la jurisprudencia “*Pistre*”⁷⁹, que el artículo 28 TCE no solamente prohíbe los obstáculos actuales sino también los potenciales. Así al considerar que en otros EEMM existía una producción de foie-gras, el TJCE rechazó el argumento defendido tanto por Francia como por el Abogado General⁸⁰.

A continuación el TJCE reconoció que la protección de los consumidores era una exigencia imperativa protegida por el derecho comunitario⁸¹, sin embargo concluyó que existía otros medios menos restrictivos (etiquetaje) capaces de conseguir el mismo resultado, es decir el TJCE concluyó que el Decreto francés era desproporcionado⁸².

⁷³ Ídem. Párr. 13 y Conclusiones del AG La Pergola. Párr. 12

⁷⁴ Ídem. Párr. 14 y Conclusiones del AG La Pergola. Párr. 22-23

⁷⁵ Ídem. Párr. 20 y Conclusiones del AG La Pergola. Párr. 13-15

⁷⁶ Ídem. Párr. 19 y Conclusiones del AG La Pergola. Párr. 16-20

⁷⁷ Conclusiones del AG La Pergola, *supra* nota 72, Párr. 40.

⁷⁸ Ídem Párr. 34-39.

⁷⁹ *Pistre*, *supra* nota 52.

⁸⁰ Foie-Gras, *supra* nota 68, Párr. 15-18.

⁸¹ Ídem. Párr. 21.

⁸² Ídem. Párr. 22

Con relación a la represión de los fraudes, el TJCE concluyó que los EEMM no pueden prohibir el empleo de una determinada denominación más que en los casos donde el producto *“es tan distinto, desde el punto de vista de su composición o de su fabricación, de las mercancías generalmente conocidas bajo esta misma denominación en el seno de la Comunidad, que no se le puede considerar como perteneciente a la misma categoría”*⁸³. Es decir que EM no puede prohibir el empleo de una cierta denominación cuando *“no se ajuste totalmente a los requisitos establecidos por una legislación nacional que regula la composición de ciertos productos alimenticios”*⁸⁴.

En el fallo de la sentencia, el TJCE afirma que *“la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30(28) del Tratado, al haber aprobado el Decreto sin incluir en él una cláusula de reconocimiento mutuo para los productos procedentes de un Estado miembro y que se ajusten a las normas establecidas por éste”*⁸⁵.

Finalmente, debemos señalar que tras la Sentencia del TJCE, Francia modificó el Decreto impugnado mediante la inclusión de una cláusula de reconocimiento mutuo que se limitó a copiar el párrafo de 23 de dicha sentencia⁸⁶.

(d) Comentarios.

Nuestro interés sobre la sentencia “Foie-Gras” versa sobretodo en su fallo donde el Tribunal señaló la obligación por parte de los EEMM de incluir una cláusula de reconocimiento mutuo en las legislaciones comerciales nacionales.

En primer lugar, debemos señalar que el TJCE no señala la existencia de dicha obligación sino hasta el final de la sentencia, es decir que el TJCE no afirma de forma explícita los razones por las cuales dicha obligación existe.

Esta situación ha llevado a un sector de la doctrina a poner en duda la existencia de dicha obligación. Así según JARVIS⁸⁷, la sentencia “Foie-Gras” no aporta nada nuevo ya que el Tribunal se limita a repetir su jurisprudencia sobre legislaciones comerciales que prohíben el empleo de ciertas denominaciones. El autor sostiene que el Tribunal hizo referencia a la obligación de incluir una cláusula de reconocimiento mutuo porque así lo pidió la Comisión en su escrito de demanda, pero en ningún caso porque fuese una exigencia derivada de los artículos 28 o 30 TCE.

Asimismo, RIGAUX y SIMON⁸⁸ sostienen que *“el Tribunal se abstiene curiosamente de examinar el objeto mismo del litigio”*, de ahí que según esto autores *“el fundamento jurídico de dicha obligación no sea del todo evidente”*.

⁸³ Ídem. Párr. 23

⁸⁴ Ídem. Párr. 24.

⁸⁵ Ídem. Párr. 28

⁸⁶ V Anexo 9

⁸⁷ JARVIS, «Cases C-24/00, Commission v France, C-95/01 Greenham and Abel and C-270/02 Commission v Italy, judgments of the Court of Justice of 5 February 2004. Sixth and Third Chamber », CMLR n° 41 2004, p.1404

⁸⁸ RIGAUX y SIMON, *supra* nota 46, p. 14

Sin embargo, según MATTERA⁸⁹ el Tribunal no motivo el fundamento de la obligación de incluir una cláusula de reconocimiento mutuo puesto que dicho fundamento deriva con tal evidencia de la jurisprudencia en la materia que ello no era necesario. Dicho de otra forma, según MATTERA dicha obligación deriva de forma directa de las implicaciones de la jurisprudencia “Cassis”.

Si bien es cierto que la falta de motivación de la obligación de incluir una cláusula de reconocimiento mutuo en las legislaciones nacionales es un inconveniente de la sentencia “Foie-Gras”, lo cierto es que tampoco podemos negar que la existencia de dicha obligación no formaba parte del litigio. En efecto, sería absurdo pensarlo así máxime cuando por una parte, dicha obligación dio lugar al origen mismo del litigio y por otra, era una práctica constante de la Comisión cuando esta aplicaba la Directiva 98/34.

Por otra parte, RIGAUX y SIMON señalan que *“el alcance de la cláusulas de reconocimiento mutuo es difícil de evaluar en las hipótesis en las cuales las legislaciones nacionales no han todavía reglamentado la comercialización y la producción de productos a base de foie-gras”*. Así pues según estos autores, esto implicaría *“que los EEMM firmasen un cheque en blanco a favor de los productos que pudiesen ser elaborados por un procedimiento cualquiera y empleando esa denominación (foie-gras) en los demás EEMM. Finalmente, los autores añaden que “no puede existir reconocimiento del vacío jurídico entre los EEMM, salvo que admitamos que Francia sea obligado a aceptar la comercialización de un producto cualquiera”*⁹⁰.

Sin embargo, debemos discrepar con la opinión de dichos autores. Aunque el principio de reconocimiento se base en la confianza mutua existente entre los EEMM que conduce a los mismos a un nivel similar de protección de la salud pública, de la protección de los consumidores, del orden público, etc.. Ello no implica que desde el momento en que un EEMM no haya reglamentado la comercialización o fabricación de un determinado producto, el principio de reconocimiento mutuo deje de ser aplicable.

En efecto, como hemos señalado en el primer apartado de este artículo, el principio de reconocimiento mutuo no es ni automático ni absoluto. Con base en esto, debemos señalar que un EEMM que incluye en su legislación una cláusula de reconocimiento mutuo, se vea obligado a aceptar cualquier tipo de producto. Así, el Estado Miembro tiene un derecho de control que le permite determinar si el producto importado alcanza el nivel de protección exigido.

En efecto, el principio de reconocimiento mutuo se aplica a *“los productos legalmente fabricados o comercializados en un Estado Miembro”*, es decir que el dicho principio analiza la equivalencia entre los productos y no entre las normas jurídicas que los regulan. De hecho la Comisión señala en su Comunicación sobre la aplicación práctica del reconocimiento mutuo que⁹¹:

⁸⁹ MATTERA, *supra* nota 16, p. 123.

⁹⁰ RIGAUX y SIMON, *supra* nota 46, p. 14

⁹¹ Comunicación de la Comisión, *supra* nota 8, p. 7

“Pese a que el nivel de protección de la legislación de un Estado de procedencia puede contribuir a evaluar la conformidad del producto EEE/Turquía con las normas del Estado miembro de destino, sin duda no es el elemento determinante para sacar conclusiones sobre el nivel de protección que ofrece el producto, puesto que es posible que el fabricante del producto haya optado por una calidad superior a la que se exige en un Estado de procedencia”

Así la ausencia de reglamentación en un EM implica que un producto procedente de dicho EM será controlado sin necesidad de verificar si es conforme a su legislación, ya que esta última es inexistente. Esta situación no quiere decir que el producto no ofrezca ninguna garantía, ni que alcance *ipso facto* el nivel de protección exigido por el EM importador. El Estado Miembro importador debe analizar si el producto cumple o no con el nivel de protección exigido.

Además pretender sostener la tesis de los autores, nos conduciría a impedir el desarrollo de nuevas técnicas de fabricación o comercialización en los demás EEMM ya que no solamente los operadores económicos tendrían que esperar a que sus gobiernos reglamentaran dichos productos sino que también estos últimos tendrían que legislar copiando la legislación vigente en el EM importador. Dicho de otra manera, la tesis mantenida por los autores no tiene cabida en el mercado interior.

B) Las sentencias del 5 de febrero del 2004.

Las Sentencias Comisión c/ Francia, Greenham & Abel y Comisión c/ Italia fueron dictadas por el TJCE el mismo día, de ahí que podamos decir, citando a JARVIS⁹², que “cada una es el espejo de la otra”. Parece pues lógico que realicemos un análisis conjunto de las tres sentencias.

(a) Los Hechos.

En primer lugar en el Caso Comisión c/ Francia, la Comisión interpuso un recurso por incumplimiento contra Francia, ya que esta había condicionado la comercialización de productos alimentarios enriquecidos con sustancias nutritivas a estar incluidas en una lista publicada por el Ministerio o a una autorización previa.

Asimismo en el Caso Greenham & Abel, la misma legislación francesa fue puesta en duda, sin embargo se trataba de una cuestión prejudicial interpuesta por un juez francés en marco de un proceso penal contra dos comerciantes que habían vendido alimentos enriquecidos con sustancias nutritivas sin ser estas autorizadas previamente por el Ministerio.

Finalmente en el Caso Comisión c/ Italia, la Comisión interpuso un recurso por incumplimiento contra Italia ya que el gobierno italiano había condicionado la

⁹² JARVIS, *supra* nota 87, p. 1397.

comercialización de todo producto destinado para los deportistas a la obtención de la autorización previa del Ministerio de Sanidad Italiano.

En los dos casos donde intervino, la Comisión expuso los siguientes argumentos:

- La reglamentación francesa no contiene una cláusula de reconocimiento mutuo y, por consiguiente, esta impide la libre circulación de mercancías que hayan sido legalmente fabricadas o comercializadas en otros EEMM que no hayan sido autorizadas por Francia pero que ofrezcan un nivel de protección equivalente al exigido para los productos franceses⁹³. La ausencia de dicha cláusula supone pues la violación del Art. 28 del TCE.
- La ausencia de un procedimiento simplificado de inscripción de sustancias nutritivas en la lista nacional de sustancias nutritivas autorizadas⁹⁴.
- El rechazo injustificado de la inscripción de sustancias nutritivas en dicha lista por razones de salud pública⁹⁵.

No obstante, el gobierno francés e italiano intentaron defender su respectiva legislación esgrimiendo los siguientes argumentos:

- Según el gobierno francés, la jurisprudencia sobre las cláusulas de reconocimiento mutuo no es aplicable a las normas que intentan proteger la salud pública⁹⁶. Asimismo, el gobierno francés reconoce que su legislación puede ser un obstáculo para la libre circulación de mercancías pero considera que dicho obstáculo está justificado en aras de salvaguardar la salud pública y la protección de los consumidores⁹⁷.
- El gobierno francés sostiene además que existe un procedimiento simplificado para las sustancias nutritivas no incluidas en las listas del Ministerio, y que la Comisión no ha probado con base en hechos concretos sus argumentos⁹⁸.
- Finalmente, el gobierno francés alega que el rechazo de autorización esta basado en una opinión emitida por autoridades científicas⁹⁹.
- Por otro lado, el gobierno italiano se limitó a afirmar que el procedimiento de autorización previa sería remplazado por un sistema de notificación previa¹⁰⁰.

(b) Las Conclusiones del AG Mischo.

⁹³ *Comisión c/ Francia, supra* nota 69, Párr. 16-17.

⁹⁴ *Ídem*. Párr. 30.

⁹⁵ *Ídem*. Párr. 43

⁹⁶ *Ídem*. Párr. 48

⁹⁷ *Ídem*. Párr. 19

⁹⁸ *Ídem*. Párr. 34

⁹⁹ *Ídem*. Párr. 46-48

¹⁰⁰ *Comisión c/ Italia, supra* nota 71 , Párr.16.

El AG Mischo fue muy crítico con las cláusulas de reconocimiento mutuo. Así expuso cuatro argumentos en contra de la existencia de una obligación general de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo en las legislaciones comerciales nacionales:

- En primer lugar, el AG Mischo distingue los casos del 5 de febrero de 2004 de la sentencia “Foie-Gras” ya que en este último no estaba en juego la salud pública¹⁰¹.
- En segundo lugar, en el caso “Foie-Gras” el decreto francés estaba destinado a una categoría clara y precisa de productos mientras que en las sentencias del 5 de febrero de 2004, las medidas nacionales hacían referencia a una categoría general de productos¹⁰².
- En tercer lugar, es peor el remedio que la enfermedad. Es decir la inserción de las cláusulas generan más problemas de los que resuelven puesto que estas son incapaces de establecer “un punto de referencia” a partir del cual se establece la equivalencia entre los productos¹⁰³.
- Los artículos 28 y 30 TCE al tener efecto directo se bastan solos¹⁰⁴.

Sin embargo, AG Mischo concluye diciendo que la reglamentación francesa establecía un procedimiento de una duración excesiva y de imposible acceso para los particulares deseosos de incluir sus productos en las listas del Ministerio. A tal efecto, consideró que Francia había incumplido a las obligaciones impuestas por el Art. 28 TCE¹⁰⁵.

(c) La Opinión del TJCE.

En primer lugar, el TJCE señaló que la reglamentación francesa era una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa ya que el requisito de la inscripción previa en “una lista positiva” hacía su comercialización más costosa y difícil¹⁰⁶.

Sin embargo, el TJCE señaló que el sistema de autorización previa no es en sí mismo contrario al Tratado siempre y cuando reúna de forma cumulativa los dos siguientes requisitos¹⁰⁷:

- Por un lado, el sistema de autorización previa debe ser accesible a los particulares y una respuesta negativa por parte de las autoridades nacionales debe ser recurrible.
- Por otra parte, la respuesta negativa solamente estará justificada si y solamente si los productos suponen un verdadero peligro para la salud pública.

¹⁰¹ Conclusiones del AG Mischo, *supra* nota 44, Párr. 46.

¹⁰² Ídem. Párr. 47-48.

¹⁰³ Ídem. Párr. 49-53.

¹⁰⁴ Ídem. Párr. 54-56.

¹⁰⁵ Ídem. Párr. 65-88

¹⁰⁶ Comisión *c/ Francia*, *supra* nota 69, Párr. 23

¹⁰⁷ Ídem Párr. 25-27 y *Greenham & Abel*, *supra* nota 70, Párr. 34-36

En lo que concierne la obligación de incluir una cláusula de reconocimiento mutuo en las legislaciones comerciales nacionales, el TJCE afirmó que:

“Dado que el Estado miembro de que se trata optó por una normativa nacional que supedita a autorización previa la comercialización de un producto alimenticio al que se ha añadido una sustancia nutritiva, debe desestimarse el primer motivo.”¹⁰⁸

Finalmente, el TJCE dio la razón al AG Mischo en cuanto a que el sistema de autorización previa no reunía ninguna de los requisitos exigidos. En efecto, el procedimiento establecido por la legislación francesa era de una duración excesiva y además inaccesible para los particulares¹⁰⁹. Además, El TJCE consideró en virtud del principio de precaución que Francia no había demostrado para ciertos aditivos la existencia de un verdadero riesgo para la salud pública¹¹⁰.

Por otra parte, en el caso Comisión c/ Italia, el TJCE se limitó a afirmar que Italia no había demostrado la existencia de un riesgo para la salud pública¹¹¹.

Así pues, en los tres casos el TJCE consideró que las normas nacionales impugnadas eran contrarias al artículo 28 TCE y, en consecuencia, tanto Francia como Italia había incumplido las obligaciones impuestas por el Tratado en virtud de dicho artículo.

(d) Comentario.

El análisis de las sentencias del 5 de febrero de 2004 nos interesan en la medida en que según un sector de la doctrina, se ha producido el abandono de la jurisprudencia “Foie-Gras”.

En este sentido, JARVIS sostiene que el principio de reconocimiento mutuo no impone la obligación general de incluir una cláusula de reconocimiento mutuo en las legislaciones nacionales comerciales. Con base en el párrafo 28 de la sentencia Comisión c/ Francia, sostiene que si el TJCE ha admitido el sistema autorización previa, entonces simultáneamente ha renunciado a exigir la inclusión de cláusulas de reconocimiento mutuo¹¹².

De hecho, JARVIS afirma que en los últimos años, la Comisión ha modulado su discurso en cuanto a dicha obligación. Así si después de la sentencia “Foie-Gras”, la Comisión sostenía la existencia de *“la obligación de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo en las legislaciones nacionales”*¹¹³, en la Comunicación sobre la

¹⁰⁸ Ídem. Párr. 28

¹⁰⁹ Ídem. Párr. 37-41

¹¹⁰ Ídem. 67-73

¹¹¹ *Comisión c/ Italia, supra* nota 71 ,Párr.24

¹¹² JARVIS, *supra* note 87, p. 1403.

¹¹³ Comunicación de la Comisión del 16 de junio 1999- El reconocimiento mutuo en el marco del plan de acción para el mercado interior - COM(1999) 299 Final

aplicación práctica del reconocimiento mutuo, la Comisión emplea los términos “*consejos*” y “*opciones*”¹¹⁴. Además la Resolución del Consejo sobre el principio de reconocimiento mutuo invita a los EEMM para que estos adopten las medidas necesarias que aseguren la correcta aplicación de dicho principio, como “*por ejemplo*” la inserción de cláusulas de reconocimiento mutuo¹¹⁵.

Por otra parte, GONZÁLEZ VAQUÉ¹¹⁶ sostiene que las sentencias del 5 de febrero de 2004 vienen a demostrar que los EEMM pueden “optar” en distintos medios para asegurar la libre circulación de mercancías y al mismo tiempo, garantizar a los consumidores que los productos importados no suponen ningún peligro. El autor nos propone tres alternativas: el sistema de autorización previa, el sistema de notificación previa y las cláusulas de reconocimiento mutuo.

El sistema de autorización previa en la medida en que supone un obstáculo para la libre circulación de mercancías¹¹⁷, no puede ser empleado más que reuniendo las condiciones materiales expuestas por el TJCE en el caso “Canal Satélite Digital”¹¹⁸, así como las condiciones procedimentales del caso Comisión c/ Francia¹¹⁹.

El sistema de notificación previa supone un sistema menos restrictivo para la libre circulación de mercancías que la autorización previa, sin embargo también es capaz de asegurar un control efectivo de las mercancías. No obstante, el autor considera que su aplicación es residual¹²⁰.

Finalmente, en lo que concierna a las cláusulas de reconocimiento mutuo, el autor considera que dichas cláusulas aportan transparencia al principio de reconocimiento mutuo, pero rechaza que su ausencia suponga *per se* una violación del Art. 28 TCE. En efecto, son los obstáculos injustificados o desproporcionados los únicos capaces de violar dicho artículo¹²¹.

C) Síntesis de la STJCE “Foie-Gras” y de las SSTJCE del 5 de febrero del 2004.

En primer lugar, debemos recordar que hemos venido afirmando que el principio de seguridad jurídica impone a los EEMM la obligación de legislar con claridad y precisión los derechos concedidos por el Derecho Comunitario a los particulares. A tal

¹¹⁴ Comunicación de la Comisión, *supra* nota 8, p. 10

¹¹⁵ Resolución del Consejo del 28 de octubre 1999 sobre el reconocimiento mutuo. DOCE n° C 141 del 19/05/2000 p. 0005 – 0006. Párr. 14 (a)

¹¹⁶ GONZALEZ VAQUE, « la libre circulación de productos alimenticios en la Unión Europea : tres opciones para asegurar la protección de la salud de los consumidores », *REDU* n° 11 Julio-Septiembre 2004. P. 393 à 415.

¹¹⁷ *Comisión c/ Francia*, *supra* nota 69 , Párr.23

¹¹⁸ STJCE 22 de enero 2002, *Canal Satélite Digital SL contre Administración General del Estado*, As. C-390/99. Recueil p. –00607. Párr. 43.

¹¹⁹ *Comisión c/ Francia*, *supra* nota 69 , Párr.26

¹²⁰ GONZALEZ VAQUE, *supra* note 116,p. 410.

¹²¹ *Ídem*. P. 411

efecto, en lo que concierne el principio de reconocimiento mutuo, desde el momento en que un Estado Miembro impone una serie de reglas técnicas o controles para la comercialización de un producto, entonces dicho Estado Miembro tiene la obligación de precisar y esclarecer las circunstancias en las cuales la equivalencia interviene.

Asimismo, estamos de acuerdo con JARVIS y GONZALEZ VAQUE en lo que respecta la posibilidad para los EEMM de optar entre distintas vías capaces de asegurar, por un lado, la libre circulación de mercancías y, por otro, los intereses legítimos de los EEMM.

Sin embargo, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico comunitario, las distintas alternativas de los EEMM no tienen la misma naturaleza jurídica.

En este sentido, el sistema de autorización previa es un obstáculo para la libre circulación de mercancías que, reuniendo las condiciones enunciadas por el TJCE, puede estar justificado. Es decir que se trata de una medida de efecto equivalente justificada en virtud de exigencias imperativas o del Art. 30 TCE.

Al contrario, las cláusulas de reconocimiento mutuo son un instrumento capaz de hacer validas legislaciones nacionales que en si mismas no pueden ser justificadas. Es decir que las cláusulas son capaces de hacer compatibles con el mercado interior obstáculos desproporcionados o injustificados.

En consecuencia, aunque ambos medios busquen el mismo objetivo- proteger los intereses nacionales respetando la libre circulación de mercancías-, estos no operan bajo las mismas hipótesis: el sistema de autorización previa es un obstáculo que debe estar justificado mientras que las cláusulas de reconocimiento mutuo hacen compatibles con el mercado interior medidas nacionales que en si mismas no podían serlo.

En lo que concierne al pretendido abandono de la jurisprudencia “Foie-Gras”, creemos que este no ha tenido lugar. En el caso “Foie-Gras”, el TJCE no pretendió decir que la ausencia de una cláusula de reconocimiento mutuo es *per se* una violación del Art. 28 TCE. En efecto, le falta una premisa a dicha afirmación: *desde el momento en que existe un obstáculo desproporcionado o injustificado*, la ausencia de una cláusula de reconocimiento mutuo supone una violación del Art. 28 TCE.

Dicho con otras palabras, si y solamente la inserción de un cláusula de reconocimiento mutuo hace compatible con el mercado interior una medida nacional hasta entonces prohibida.

Si bien es cierto como señala GONZALEZ VAQUE que únicamente los obstáculos desproporcionados o injustificados pueden violar el Art. 28 TCE, lo cierto es que esta afirmación puede ser reformulada de la manera siguiente: una medida nacional desproporcionada o injustificada deja de serlo si integra una cláusula de reconocimiento mutuo.

Así pues, en el caso “Foie-Gras”, el TJCE no hizo más que repetir la jurisprudencia “*Cassis*” pero en vez de afirmar que la medida nacional era desproporcionada o injustificada, enunció su corolario.

Podemos pues concluir diciendo que si bien es cierto que los EEMM disponen de varias vías para proteger sus intereses, no obstante desde una perspectiva comunitaria, dichas vías no tienen la misma naturaleza jurídica ni se emplean bajo las mismas hipótesis.

Así podemos afirmar que el principio de seguridad jurídica en conjunción con el principio de reconocimiento mutuo exigen a los EEMM que legislen de una manera clara y precisa para eliminar todos los obstáculos a los derechos otorgados por el Derecho Comunitario a los particulares. En consecuencia, la única vía de la cual dispone un EM para hacer una medida nacional desproporcionada o injustificada compatible con el mercado interior es mediante la inserción de una cláusula de reconocimiento mutuo.

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a concluir que existe una obligación por parte de los EEMM de incluir una cláusula de reconocimiento mutuo en todo texto normativo que suponga un obstáculo desproporcionado o injustificado a la libre circulación de mercancías.

V. CONCLUSIONES.

La flexibilidad, la descentralización y el elemento de extraterritorialidad del principio de reconocimiento mutuo hacen compleja su aplicación. Entonces es necesario ayudar a las autoridades y jueces nacionales en la aplicación de dicho principio, para reforzar su correcta aplicación sin que ello implique privarlo de sus rasgos esenciales.

Esta ayuda puede brindarse a dos niveles: Por una parte, a un nivel comunitario la Directiva 34/98 permite controlar ex ante la creación de obstáculos a la libre circulación de mercancías. Por otra parte, el EM importador puede guiar a sus propias autoridades nacionales en la correcta aplicación del principio.

En este sentido y siguiendo las recomendaciones de la Comisión en el ámbito de la Directiva 34/98, el legislador nacional ha empezado a guiar a los operadores, jueces y autoridades nacionales incluyendo cláusulas de reconocimiento mutuo en las legislaciones nacionales.

Las cláusulas de reconocimiento mutuo son disposiciones incluidas en textos normativos nacionales que excluyen del ámbito de aplicación de los mismos los productos legalmente fabricados o comercializados en la Unión Europea, o legalmente fabricados en el EEE o Turquía, en tanto y cuanto ofrezcan un nivel de protección equivalente al exigido para los productos nacionales. Es decir que las cláusulas tienen por objetivo establecer las condiciones bajo las cuales la equivalencia se lleva a cabo.

Para alcanzar dicho objetivo, las cláusulas de reconocimiento mutuo deben estar compuestas por cuatro elementos: un elemento de derogación, un elemento de reconocimiento, un elemento de naturaleza procedimental y un elemento relativo a la carga de la prueba. De estos cuatro elementos, únicamente el elemento de reconocimiento varía. Sin embargo, este es el elemento más característico de las cláusulas ya que es a través de este que el principio de reconocimiento mutuo se adapta a cada caso.

Por otra parte, las cláusulas estándar o generales no tienen ningún interés ya que son incapaces de adaptar el principio de reconocimiento mutuo a las circunstancias de cada caso.

Podemos afirmar que las cláusulas de reconocimiento mutuo poseen un “valor añadido” ya que refuerzan al principio de reconocimiento mutuo al hacer previsible su aplicación. Asimismo, dan más transparencia al principio ya que por un lado, se benefician de la publicidad de las leyes y por otro, facilitan su aplicación a jueces y autoridades nacionales. Además, la capacidad de adaptación de las cláusulas permite conciliar los intereses nacionales que varían según las circunstancias fácticas de cada caso con la libre circulación de mercancías.

Si bien es cierto que los artículos 28 y 30 del TCE tiene efecto directo, la jurisprudencia del TJCE ha señalado que el efecto directo no es más que un umbral mínimo de protección que no impide que el Derecho Comunitario pueda imponer otras obligaciones a los EEMM con el objetivo de hacer más eficaces los derechos de los particulares.

En este sentido en lo que respecta al principio de reconocimiento mutuo, los EEMM están obligados de indicar de manera explícita que su reglamentación no es aplicable a mercancías provenientes de otros EEMM que cumplan con el nivel de protección exigido.

Es evidente que todo obstáculo injustificado o desproporcionado a la libre circulación de mercancías supone una violación del Art. 28 TCE. En consecuencia, el EM incapaz de justificar sus tradiciones y características nacionales pero deseoso de mantenerlas para sus propios productos, está obligado de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo en sus legislaciones.

De ahí que afirmemos que las cláusulas de reconocimiento mutuo son el único instrumento al servicio de los EEMM capaz de volver una medida de efecto equivalente compatible con el mercado interior.

Finalmente, debemos concluir diciendo que las cláusulas de reconocimiento mutuo dan una perspectiva comunitaria al derecho nacional, y son pues “a *win/win solution*”¹²² que introduce una convergencia de intereses ahí donde existía una antagonismo proteccionista.

ANEXOS¹²³.

Anexo N° 1 : Ejemplo propuesto por la Comisión¹²⁴.

EJEMPLO DE CLÁUSULA DE RECONOCIMIENTO MUTUO DETALLADA:

¹²² JARVIS, *supra* nota 87, p 1405

¹²³ Los siguientes ejemplos de cláusulas de reconocimiento mutuo fueron obtenidas del sitio web de la Comisión Europea : <http://www.europa.eu.int/tris>

¹²⁴ Communication de la Commission, *supra* note 10 ,p.11

Los requisitos de la presente normativa no se aplican a los productos fabricados legalmente o comercializados en otro Estado miembro de la Unión Europea o en Turquía, o fabricados legalmente en otro Estado de la AELC, parte contratante del Acuerdo sobre el EEE.

Si las autoridades competentes disponen de la prueba de que un producto específico, fabricado legalmente o comercializado en otro Estado miembro de la Unión Europea o en Turquía, o fabricado legalmente en otro Estado de la AELC, parte contratante del Acuerdo sobre el EEE, no garantiza un nivel de protección equivalente al que persigue la presente normativa, pueden denegar la comercialización del producto o hacer que se retire del mercado, después de:

- haber indicado por escrito al fabricante o al distribuidor cuáles son los elementos de sus normas técnicas nacionales que impiden la comercialización del producto en cuestión;
- haber demostrado, a partir de todos los elementos científicos pertinentes, cuáles son las razones obligatorias de interés general por las que dichos elementos de la norma técnica deben imponerse al producto y cuáles son las razones por las que no se pueden aceptar medidas que obstaculicen menos los intercambios;
- haber invitado al operador económico a formular sus posibles observaciones en un plazo (mínimo de cuatro semanas o veinte días laborables), antes de que se tome en su contra una medida individual que restrinja la comercialización del producto;
- haber tenido en cuenta debidamente sus observaciones en la motivación de la decisión final

Anexo n 2 : Ejemplo de Cláusula Estándar.

PROYECTO DE REAL DECRETO RELATIVO A LOS HELADOS DE CONSUMO (BELGICA)¹²⁵

“Artículo 1. Las disposiciones del presente decreto no se aplican a los productos legalmente fabricados y/o comercializados en los demás Estados miembros de la Unión Europea o en los Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, sin perjuicio del artículo 30 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA LA REGLAMENTACIÓN TÉCNICO SANITARIA PARA LA ELABORACIÓN, CIRCULACIÓN Y VENTA DE LAS ACEITUNAS DE MESA. (ESPAÑA)¹²⁶

“Disposición adicional primera. Cláusula de reconocimiento mutuo.

Las exigencias de la presente Reglamentación, no se aplicarán a los productos legalmente elaborados o comercializados en los restantes Estados miembros de la Unión Europea ni a los productos originarios de los países miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio, de acuerdo con lo que se establece en el Protocolo 4, del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Los citados productos podrán ser comercializados en España, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 30 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea y en el artículo 13 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.”

Anexo n° 3 : Cláusula general.

125

http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&iYe ar=2003&inum=465&sNLang=EN&lang=es

126

http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&iYe ar=2001&inum=110&sNLang=EN&lang=es

LAW ON TECHNICAL REQUIREMENTS FOR PRODUCTS AND DETERMINATION OF CONFORMITY

« I. General provisions

Article 1

This law regulates the method of prescribing technical requirements for products and the procedures for determining conformity with the prescribed requirements. It also regulates the publication of the technical regulations used by the competent ministers to regulate more accurately, on the basis of this law, at least one of the following points relating to particular products or families of products:

- technical requirements which they have to satisfy,
- procedures for determining conformity to the prescribed requirements,
- designation of authorities or requirements of authorities which are involved in the procedures for determining conformity (hereafter: authorities for determining conformity),
- documents which must be enclosed when marketing or at the start of use,
- obligation to label and method of labelling.

This law also regulates the supervision of compliance with technical regulation requirements and the validity of documents and marks pertaining to conformity that are issued abroad.

This law is not used to prescribe technical requirements or the execution of procedures for determining conformity if a product is regulated by special laws.

Regardless of the previous paragraph, the stipulations of Articles 12 to 15 and 18, 18.a and 18.b of this law apply to products regulated by a special law if the special law does not regulate it explicitly in a different way.

Article 18

Documents and marks of conformity are valid in the Republic of Slovenia if they are issued in compliance with international agreements ratified by the Republic of Slovenia.

Article 18.a

The requirements of appropriate technical regulations do not apply to products made or marketed in other member countries of the European Union which are in accordance with the regulations of that country, but which do not conform to European Union legislation.

In the event that, on the basis of documents and other data collected, a competent State authority establishes that a product defined in the previous paragraph does not provide an equivalent level of protection of public interest required by a particular technical regulation, the authority may refuse a marketing permit or demand the withdrawal of the product from the market.

Under the following conditions, a competent State authority may implement the measures defined in the previous paragraph:

- if it has provided the supplier in writing with the stipulations defined in an appropriate technical regulation which forms the basis of a marketing ban or of a demand for withdrawal of a product from the market, and
- if, on the basis of the available scientific and technological data, the authority establishes that there are justified reasons, connected with the protection of public interest, for the implementation of requirements defined in an appropriate technical regulation, and that less stringent measures would not ensure a suitable level of public safety, and
- if, before approval of the measures, the supplier has been given the opportunity to respond to the competent State authority within at least 30 days, and
- if, before issuing the decision regarding the type of measure, the authority studies the remarks and gives a written explanation for its standpoint.

Technical regulations may be used to define the procedure for establishing the equivalent level of protection of public interest.

Article 18.b

Products which need to be tested prior to marketing may be marketed in the Republic of Slovenia if they have been tested by the authorities for establishing conformity in the member countries of the European Union and on condition that the results of such tests are made available to the competent State authority. The authority for establishing conformity is deemed to be trained in the procedures for establishing conformity if its training is verified according to rules of accreditation or rules equivalent to accreditation.»

Anexo 4. Reglas técnicas y nivel de protección.

- **Anexo 4.a) : Reglas técnicas equivalentes :**

PROPUESTA DE REAL DECRETO DE CARACTERISTICAS MINIMAS QUE DEBEN CUMPLIR LAS BOCAS DE HOMBRE E INSPECCION DE LAS CISTERNAS DE CARBURANTES (GASOLINAS, GASOLEOS Y FUEL-OILS LIGEROS) ASI COMO COMBUSTIBLES DE CALEFACCION DOMESTICA U OTROS COMBUSTIBLES DE USO INDUSTRIAL QUE ESTEN CLASIFICADOS EN EL ADR COMO MATERIAS DE LA CLASE 3, Y QUE ADEMAS TENGAN UNA PRESION DE CALCULO DE LA CISTERNA DE MENOS DE 0'75 KG/CM2 DE PRESION MANOMETRICA (ESPAÑA)¹²⁷.

“ ARTICULO 3.- RECONOCIMIENTO DE NORMAS TECNICAS EQUIVALENTES.-

Se considera que cumplen la reglamentación que les es exigible los vehículos cisternas y vagones-cisternas para el transporte de carburante de la clase 3, procedentes de los países miembros del Espacio Económico Europeo, construidos, en lo que afecta a sus equipos de servicio, de acuerdo a normas técnicas equivalentes a las de este Real Decreto.”

- **Anexo 4. b) : Cláusulas que únicamente indican el nivel de protección.**

PROPUESTA DE REGLAS DE LA DIRECCIÓN DE LA NAVEGACIÓN RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (2003:440) SOBRE LA SEGURIDAD A BORDO DE LOS BUQUES DE GUERRA (SUECIA)¹²⁸

“Equivalencias

§ 7 Un buque aprobado en virtud de la reglamentación de otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo o de Turquía se asimila a un buque que cumple los requisitos de las presentes reglas, siempre que esta reglamentación garantice un nivel de seguridad equivalente “

PROPUESTA DE DECRETO RELATIVO A LA SÉGURIDAD DES BARBACOAS QUE EMPLEAN COMBUSTIBLES SÓLIDOS (FRANCIA)¹²⁹.

¹²⁷

http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&iYe ar=2000&inum=152&sNLang=EN&lang=es

¹²⁸

http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&iYe ar=2005&inum=68&sNLang=EN&lang=es

“Art. 5.-. Sin embargo las disposiciones del presente decreto no serán obstáculos al principio de la libre circulación de barbaeos que emplean combustibles sólidos y que sean conformes a las normas o especificaciones técnicas o a los procedimientos de fabricación, de un Estado miembro de la Comunidad Europea, o Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o Turquía, siempre y cuando aseguren un nivel de seguridad equivalente al exigido por el presente decreto .”

Anexo 5. Política Nacional.

PROPUESTA “CARBURANTES PARA AUTOMÓVILES – GASOLINA SIN PLOMO — REQUISITOS Y MÉTODOS DE ENSAYO” (GRÈCIA)¹³⁰

«Artículo 6

Libre circulación y cláusula de reconocimiento mutuo

A partir de la entrada en vigor de la presente decisión, no se podrá prohibir, limitar o impedir la comercialización en el mercado griego de los carburantes que cumplan los requisitos de la presente, si se respetan las demás disposiciones de la legislación en vigor sobre la comercialización de los carburantes.

La gasolina sin plomo que se haya producido legalmente y/o se haya comercializado en otros países miembros de la Unión Europea o de la AELC, pertenecientes al acuerdo por el que se establece el Espacio Económico Europeo o en Turquía, podrá comercializarse en Grecia, siempre y cuando se haya producido de conformidad con las normas técnicas, las especificaciones y procedimientos de producción y de control válidos, cumpla debidamente y de forma satisfactoria los requisitos de funcionamiento de los motores de combustión interna diseñados para utilizar un carburante de este tipo y garantice mediante certificación un nivel de calidad y de seguridad equivalente para la salud humana y para el medio ambiente en las mismas condiciones climáticas.”

Anexo 6. Cláusula donde las reglas técnicas son irrelevantes.

REGLAS RELATIVAS A LA SEGURIDAD Y A LA CALIDAD DEL MATERIAL HUMANO DESTINADO A SER UTILIZADO EN INTERVENCIONES MÉDICAS (LEY RELATIVA A LA SEGURIDAD Y A LA CALIDAD DEL MATERIAL HUMANO) (HOLANDA)¹³¹.

“Artículo 6

1. Está prohibido entregar material humano, excepto sangre, a menos que se disponga de la aprobación de un servicio o de un organismo designado por Nuestro Ministro, de acuerdo con las reglas a establecer o en virtud de un reglamento de administración pública.
2. Se considera equivalente a la aprobación, en el sentido del párrafo primero, la aprobación por parte de un organismo de homologación reconocido en otro Estado miembro de la Unión Europea o bien de otro

129

http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&iYear=2005&inum=183&sNLang=EN&lang=es

130

http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&sNLang=FR&iyear=2005&inum=142&iBack=3&lang=es

131

http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&iYear=2001&inum=22&sNLang=EN&lang=es

Estado firmante del acuerdo relativo al Espacio Económico Europeo, siempre que dicha aprobación se haya concedido sobre la base de una investigación que responda a unos requisitos que sean al menos equivalentes.”

Anexo 7. Cláusulas haciendo referencia al ámbito armonizado y al principio de reconocimiento mutuo.

PROPUESTA DE DECRETO DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA LA REPÚBLICA ESLOVACA POR EL QUE SE ESTABLECEN LOS REQUISITOS DETALLADOS DE SEGURIDAD DE LAS FIBRAS E HILOS TEXTILES, LOS PRODUCTOS TEXTILES, EL CUERO Y LA CONFECCIÓN TEXTIL Y DE CUERO, DESTINADOS AL CONTACTO DIRECTO CON LA PIEL (ESLOVAQUÍA)¹³²

«§ 6

Los requisitos establecidos en el anexo, que no se deriven directamente de las normas correspondientes de las Comunidades Europeas de armonización, no se aplicarán a los productos fabricados o introducidos en el mercado en alguno de los países miembros de la Unión Europea o introducidos en el mercado de acuerdo con las normas de alguno de los países miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio, que son parte contratante del Espacio Económico Europeo. Lo mencionado será válido, siempre que este producto cumpla:

- a) las normas técnicas obligatorias, en caso de tratarse de la fabricación o introducción en el mercado o utilización de este producto en uno de estos estados,
- b) la normas técnicas o el código de buenas prácticas, publicado por el organismo nacional de normalización o una entidad equivalente, de conformidad con normativa y los requisitos del Estado que forme parte del Espacio Económico Europeo,
- c) las normas técnicas internacionales, que se utilicen justificadamente en alguno de estos países, o
- d) los procedimientos de fabricación tradicionales o innovadores, utilizados en alguno de estos Estados, de conformidad con su normativa, para las que exista una documentación técnica suficientemente detallada, que garanticen que este producto podrá evaluarse en caso necesario con dicho fin también basándose en las pruebas complementarias, sin embargo no finales, del producto, y suponiendo que estas normas, las normas técnicas, códigos de buenas prácticas o los procedimientos que garanticen la protección necesaria de los intereses protegidos, ofrezcan la misma protección que los de la República Eslovaca.”

Anexo 8. Equivalencia de controles

PROYECTO ORDEN GUBERNAMENTAL QUE MODIFICA LA ORDEN GUBERNAMENTAL N° 163/2002 DEL CÓDIGO, QUE ESTABLECE LOS REQUISITOS TÉCNICOS DE PRODUCTOS DE CONSTRUCCIÓN SELECCIONADOS (REBÚLICA CHECA)¹³³.

“Art. 13a

(1) Se considerará en cada caso que el producto fabricado en otro Estado miembro de la Unión Europea u otro Estado que forma parte del Espacio Económico Europeo, cumple los requisitos de la presente Orden

132

http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&iYe ar=2005&inum=74&lang=EN&sNLang=es

133

http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&iYe ar=2005&inum=46&sNLang=EN&lang=es

si supera los exámenes y las comprobaciones que, de conformidad con los métodos vigentes en la República Checa o reconocidos como equivalentes, haya realizado la entidad en el país del fabricante aprobado de acuerdo con el ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas⁴⁾.

(2) Esta Orden Gubernamental debe aplicarse a efectos de la comprobación de las cualidades del producto establecidas para su uso en la construcción por una norma jurídica específica⁵⁾.”.

⁴⁾ Artículo 16. 3 de la Directiva 89/106/CEE del Consejo.

⁵⁾ Ley n° 50/1976 del JO, relativa a la planificación catastral y a la reglamentación de la construcción (ley de la construcción) .

Anexo 9 : Cláusula resultante de la sentencia « Foie-Gras ».

« Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

Décret no 2000-1245 du 21 décembre 2000 modifiant le décret no 93-999 du 9 août 1993 relatif aux préparations à base de foie gras
NOR: ECOC9900152D

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du ministre de l'agriculture et de la pêche,

Vu la directive 98/34 du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques ;

Vu le code de la consommation, et notamment ses articles L. 214-1 et L. 214-2 ;

Vu le décret no 93-999 du 9 août 1993 relatif aux préparations à base de foie gras ;

Vu l'avis de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments ;

Vu l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 22 octobre 1998 ;

Vu la lettre parvenue le 18 janvier 1999 à la Commission des Communautés européennes par laquelle le Gouvernement français a saisi ladite Commission ;

Le Conseil d'Etat (section des finances) entendu,

Décrète : Art. 1er. - Il est ajouté, à la suite de l'article 13 du décret du 9 août 1993

susvisé, un article 13-1 ainsi rédigé :

« Art. 13-1. - Les préparations à base de foie gras légalement fabriquées ou commercialisées et conformes aux usages loyaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne et les pays signataires de l'accord sur l'Espace économique européen peuvent être commercialisées sur le territoire français.

Toutefois, pour ces préparations, il est interdit d'utiliser l'une des dénominations prévues à l'article 2 pour désigner une préparation qui s'écarte tellement, du point de vue de sa composition ou de sa fabrication, de la préparation telle que définie à l'article précité qu'elle ne saurait être considérée comme appartenant à la même catégorie de produits. »

Art. 2. - Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, la garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre de l'agriculture et de la pêche et le secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat et à la consommation sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 21 décembre 2000. »

Jurisprudencia.

1. STJCE del 15 julio 1964, Flaminio Costa contra E.N.E.L, As. 6/64. Rec. p 01141.
2. STJCE del 19 diciembre 1968, Salgoil c/ Ministerio del Comercio Exterior de la República Italiana..
3. STJCE del 8 noviembre 1978, « Denkavit vs Minister of Agriculture », As. C-251/78. Rec. 03369
4. STJCE 20 febrero 1979. - Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.-« Cassis de Dijon ». As. C-120/78. Rec. 649
5. STJCE del 22 enero 1981, Dansk Supermarked A/S contra A/S Imerco, As. C-58/80. Rec. 181
6. STJCE del 9 julio 1981, Administración de Aduanas c/ Sociedad Anónima Gondrand Frères y Sociedad Anónima Garancini, As.169/80. Rec.1931
7. STJCE del 9 mayo 1985, Comisión c/ Francia. As. C- 21/84. Rec. 1355
8. STJCE del 28 enero de 1986, Comisión c/ Francia, As. C- 188/84 “Homologación de máquinas para trabajar la madera”. Rec.419
9. STJCE del 18 febrero 1987, Ministerio Público contra Arthur Mathot, As. C-98/86. Rec. 809
10. STJCE del 13 diciembre de 1990, proceso penal contra Jean-Claude Bellon, As. C-42/90. Rec. 181
11. STJCE del 26 febrero 1991, Comisión c/ Italia, As. C-120/88. Rec.621
12. STJCE del 19 marzo 1991, Comisión c/ Bélgica, As. C-49/88. “Reglamentación sobre los precios de los productos farmacéuticos”. Rec. 3187
13. STJCE del 8 junio 1993, Comisión c/ Bélgica, As. C-373/92. Rec. 3107
14. STJCE del 15 febrero 1996, Delff, y otros c/ Minister for Agriculture and Food y Attorney General, As. C-63/93. Rec.569
15. STJCE del 5 marzo 1996 Asuntos: Brasserie del pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland, As. C-46/93 y The Queen contra Secryary of State for Transport, ex parte, As. C-48/93. Rec.1029
16. STJCE del 13 marzo 1997, Tommaso Morellato contra Unita Sanitaria Locale (USL) n. 11 di Pordenone, As. C-358/95. Rec.1431
17. STJCE del 7 mayo 1997. Proceso Penal contra Jacques Pistre (C-321/94), Michèle Barthes (C-322/94), Yves Milhau (C-323/94) y Didier Oberti (C-324/94), Asuntos C-321/94, C-322/94, C-323/94 y C-324/94. Rec. 2343.

18. STJCE del 17 septiembre 1998, proceso penal contra Jean Harpegnies, As. C-400/96. Rec.5121
19. STJCE del 22 octubre 1998, Comisión c/ Francia, « Foie Gras ». As. C-184/96. Rec. 6197
20. STJCE del 22 enero 2002, Canal Satélite Digital SL contra Administración General del Estado, As. C-390/99. Rec.607
21. STJCE del 12 junio 2003, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contra Republik Österreich., As. C-112/00 Rec.5659
22. STJCE del 5 febrero 2004, Comisión c/ Francia, As. C-24/00.
23. STJCE del 5 febrero 2004, Proceso penal contra John Greenham y Léonard Abel, As. C-95/01.
24. STJCE del 5 febrero 2004, Comisión c/ Italia, As. C- 270/02

BIBLIOGRAFÍA

BANGEMANN M., « L'Europe contra la « furie réglementaire » », *RMUE* n° 4 / 1992, p. 5 à 11.

BARNARD. C., « *The Substantive Law of the EU* », Oxford. 2004.

GARDEÑES SANTIAGO, « *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional* ».Madrid, Eurolex, DL 1999.

GONZÁLEZ VAQUÉ L, “Naturaleza y Efectos de las Cláusulas de Reconocimiento Mutuo incluidas en las normativas nacionales relativas al Mercado Interior”, *GJDC* 1997,D-27. p 117-151.

GONZALEZ VAQUE L, « la libre circulación de productos alimenticios en la Unión Europea : tres opciones para asegurar la protección de la salud de los consumidores », *REDEL* n° 11 Julio-Septiembre 2004. p. 393 - 415

JARVIS M, « *The Application of EC Law by National Courts. Free Movement of Goods* », Oxford. 1998.

JARVIS M, « Cases C-24/00, Commission v France, C-95/01 Greenham and Abel and C-270/02 Commission v Italy, judgments of the Court of Justice of 5 February 2004. Sixth and Third Chamber », *CMLR* n° 41 2004, p.1395-1408

MATTERA A., « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence “Cassis” y la reconnaissance mutuelle », *RMUE* n° 4/1992. p 12-70

MATTERA A., « L'Arrêt « Foie Gras » du 22 octobre 1998 : Porteur d'une nouvelle impulsion pour le perfectionnement du Marché unique européen », *RMUE*, n° 4 /1998, P. 113-124

MATTERA A., « L'union européenne assure le respect des identités nationales, régionales y locales, en particulier par l'application y la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle », *RDELE* n° 2 / 2002, p. 217-239.

OLIVER P., « *Free Movement of Goods in the European Community* », Oxford.2003.

RIGAUX y SIMON, « La guerre du foie gras aura-t-elle lieu ? », Europe, Jurisclasseur. Fascicule 550. Décembre 1998, p.13-14

TAKIS TRIDIMAS, « *General Principles of EC Law* », Oxford University Press 1999.