

EXCEPCIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS DEBIDAS A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE¹

IÑIGO SANZ ALTAMIRA
Diplomado en Derecho Comunitario Europeo.
Universidad de Lieja (Bélgica).
Abogado.

I. EL DERECHO MEDIOAMBIENTAL EN LA COMUNIDAD EUROPEA

I.A) Nacimiento y Evolución

Ni la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en 1951, ni la Comunidad Europea de la Energía Atómica en 1957, también conocida por Euratom, trataron de forma específica aspectos medioambientales. Todo lo más, en alguno de sus artículos desarrollaron asuntos relacionados con la seguridad y protección sanitaria de la población en general y de los trabajadores del sector en especial, por la contaminación originada por la industria del carbón y del acero, así como por los residuos radioactivos². Por otra parte, el Tratado de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma en 1957 junto al de la Euratom, tampoco contenía disposiciones explícitas relativas al medio ambiente.

Es fácil imaginar el motivo de la ausencia de aspectos medioambientales en los Tratados fundacionales; evidentemente, esa ausencia es la lógica consecuencia de una Europa preocupada por su recuperación económica tras los desastres de la Guerra. Había que producir comida y bienes industriales. En definitiva, hace 50 años, ni existía la presión social actual en relación al medio ambiente, ni los gobiernos europeos lo tenían entre sus prioridades.

1. Este trabajo es fruto de la ponencia presentada en la Universidad de Huelva el día 26 de noviembre de 1999 en el marco del programa Robert Schumman de la Unión Europea.

2. Artículo 55 Comunidad Europea del Carbón y del Acero (C.E.C.A.); y artículos 2 b), 30, 31 y 37 de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (C.E.E.A. o Euratom).

Sin embargo, antes de la modificación de los Tratados en los ochenta y los noventa, la presión política llevó a una interpretación de los Tratados fundacionales en la que se incluía la protección del medio ambiente como uno de sus objetivos importantes. Así los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en París en 1972, señalaron que «la expansión económica» a que se refería el art. 2 y el Preámbulo del Tratado de Roma no debía considerarse como un fin en sí misma, sino como una mejora tanto de la calidad como del nivel de vida. Ya mucho más tarde, pero siempre antes de las grandes modificaciones de los Tratados, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 7 de febrero de 1985 confirmó que, ante el silencio de las disposiciones del Tratado, la protección del medio ambiente podía justificar ciertas restricciones a la libre circulación de mercancías³.

Como consecuencia de estos cambios en la interpretación, los artículos 100 y 235 del Tratado de Roma adquirieron un contenido jurídico susceptible de fundamentar la adopción de derecho derivado en materia medioambiental.

En concreto, el art. 100 es la base de directivas que aproximan legislaciones nacionales cuando las divergencias entre las mismas constituyen obstáculos técnicos a los intercambios o distorsiones a la competencia. Teniendo en cuenta, por ejemplo, la existencia de regulaciones muy diferentes en materia de gestión de residuos, la puerta quedaba abierta para la adopción de directivas, como lo fue, y cito una muy temprana, la directiva de fecha de 16 de junio de 1975 (75/442) del Consejo relativa a la eliminación de los aceites usados.

Por otro lado, el artículo 235 estipula que, y cito textualmente, «*cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes*». Como se puede adivinar, esta disposición permite justificar directivas que tengan objetivos medioambientales.

Posteriormente, el Acta Unica Europea, en vigor desde el 19 de julio de 1987, oficializó la competencia comunitaria en materia de Medio Ambiente (artículo 130 R. S. T.), y consagró, dentro del ámbito de la realización del mercado interior, un objetivo de protección elevada del medio ambiente (art. 100 A). Este art. 100 A será la base jurídica, más aún que el 130, de la normativa sobre medio ambiente, pues es difícil escapar a las connotaciones sobre el mercado interior que tiene la regulación sobre el medio ambiente.

Finalmente, el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 completa esta evolución, no modificada por el Tratado de Amsterdam, introduciendo nuevos procedimientos y reforzando aún más las disposiciones básicas en materia de medio ambiente (arts. 2, 3 y 130 R. S. T.).

3. STJCE de 7 de febrero de 1985, Asunto 240/83, Procurador de la República c/ADBHU.

I.B) La normativa medioambiental actual

El artículo 2 del Tratado de Maastricht establece que una de las misiones de la Comunidad es el *«crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente»*.

El artículo 3 precisa, por su parte que, la acción de la Comunidad incluye *«una política en el ámbito del medio ambiente»*.

Finalmente, el art. 130, puntos R, S y T desarrolla la política que la Comunidad llevará. Escogeremos las partes de este largo artículo que nos interesan para este trabajo.

El art. 130 R párrafo 1 establece que *«La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:*

- la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente;*
- la protección de la salud de las personas;*
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales;*
- ...»*

El segundo párrafo de esa misma letra dice que *«La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará:*

- en los principios de: cautela y de acción preventiva;*
- en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma;*
- y en el principio de quien contamina paga;*
- además, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas...».*

El tercer párrafo establece, entre otros principios que *«En la elaboración de su acción en relación con el medio ambiente, la Comunidad tendrá en cuenta ...– las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción;...».*

I.C) Los programas de acción

Paralelamente a la evolución jurídica que hemos visto hacia una interpretación del Tratado favorable a la inclusión de la competencia en materia medioambiental y a la modificación de los Tratados, la voluntad comunitaria de actuar políticamente en materia de medio ambiente se concretó, el 22 de noviembre de 1973, mediante una

Declaración del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, por la que se aprobaba un Programa de Acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente⁴. Esta Declaración ha dado lugar hasta, por ahora, cinco Programas de Acción, llegando el último hasta el año 2000.

El Primer Programa de Acción, adoptado en la fecha antes mencionada (el 22 de noviembre de 1973) dotó a la Comunidad Europea de una política medioambiental basada en una serie de principios, alguno de los cuales han permanecido como fundamentales hasta la actualidad. Nos referimos al principio de la «prevención», al de «quien contamina paga», y al del «nivel de acción más apropiado».

El Segundo Programa de Acción se llevó a cabo entre 1977 y 1981, desarrollándose toda la política global de prevención, recuperación y eliminación de residuos.

El Tercer y Cuarto Programas de Acción de las Comunidades Europeas, adoptados para los periodos 1982-1986, y 1987-1992 respectivamente, confirmaron todos los principios y acciones anteriores, reteniendo, sin embargo, nuevas orientaciones: en primer lugar, la necesidad de acciones reforzadas tanto para las «tecnologías limpias» como para los «productos limpios»; y en segundo lugar, la oportunidad de una acción que se situara más en el plano de los incentivos económicos y en la información, que en el plano legislativo.

Por último, el 30 de marzo de 1992, la Comisión presentó el Quinto Programa de Acción⁵, con el título «Hacia un desarrollo sostenible»⁶. Este nuevo Programa, que se inscribe en el contexto del Tratado de la Unión Europea, se centra, por un lado, en la integración de exigencias medioambientales en la definición y la puesta en práctica de las otras políticas, y por otro, en la implicación de todos los sujetos (empresas, sociedad civil, administración) y sectores, a través del reconocimiento de la responsabilidad compartida.

Sirva de anécdota el hecho de que el punto de partida de este Quinto Programa es relativamente pesimista, constatando que, a pesar de las medidas que habían sido adoptadas en los últimos 20 años, continuaba la degradación lenta, pero constante, del medio ambiente.

II. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

II.A) Las libertades de circulación en general

El artículo 3.a) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea señala que para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según los ritmos previstos en el Tratado:

4. DOCE nº C 112, de 20 de diciembre de 1973.

5. Aprobado por el Consejo mediante Resolución de 1 de febrero de 1993. DOCE nº C 138/I, de 17 de mayo de 1993.

6. COM (92) 23 final.

«a) la supresión, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas a la entrada y salida de las mercancías, así como de cualesquiera otras medidas de efecto equivalente»

Este punto a) es la base de creación del Mercado Común caracterizado por la progresiva supresión de los derechos arancelarios; pero una vez cumplido este objetivo era necesario seguir profundizando en la construcción europea, y para ello entra en juego el apartado c) del mismo artículo, que dispone que el mercado interior será:

«c) un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales».

Del objetivo del Mercado común se pasa al objetivo del Mercado único, donde la libertad de circulación no alcanzará solamente a las mercancías y la supresión de sus derechos arancelarios, sino además a las personas, a los servicios y a los capitales. Este objetivo del Mercado interior tenía una fecha para su consecución, el 31 de diciembre de 1992, y es consagrado en el párrafo 2 del artículo 7.A del Tratado de la Comunidad Europea, según la redacción dada por el Acta Unica Europea:

«El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado».

Aparecen así las libertades de circulación, no como un fin, sino como un instrumento que ha sido preciso ir elaborando pacientemente para la consecución de los objetivos esenciales del Tratado. Sin la unión aduanera y sin los progresivos avances de las demás libertades no habría sido posible llegar al Mercado único, ni será posible completar la fase de la Unión Económica y Monetaria en la que nos encontramos.

II.B) La libertad de circulación de mercancías

El Tratado de la Comunidad Europea parece dar una cierta preferencia a la libre circulación de mercancías; y no sólo porque fue la primera que el Tratado se proponía conseguir, sino porque en cierto sentido las demás libertades están en conexión con aquella, Y si bien es verdad que posteriormente se observó una progresiva expansión de las otras libertades gracias a que el objetivo de la abolición de las aduanas se consiguió muy rápido y al continuado impulso del Tribunal de Luxemburgo, sin embargo en la libre circulación de mercancías sigue radicando el grueso del Mercado interior.

El Tratado regula las libertades de circulación dentro de la Tercera Parte dedicada a las «Políticas de la Comunidad», y el Título I de esta Tercera Parte se refiere a la libre circulación de mercancías (artículos 9 a 37), estructurándose en dos Capítulos, el primero referido a la Unión Aduanera (que comporta la supresión de los derechos de aduanas de los países miembros, y el establecimiento de un arancel común frente

al exterior); y el segundo a la supresión de las restricciones cuantitativas (es decir, cuotas, cupos o contingentes de importación o exportación) y las medidas de efecto equivalente. Ambos Capítulos van precedidos de unos principios comunes o generales en los artículos 9, 10 y 11. Finalmente, la libre circulación de mercancías también podría ser falseada por los países miembros por las ayudas de estado, ayudas reguladas en los artículos 92 y 93 del Tratado, y que aunque suele abordarse su estudio junto a la libre competencia entre empresas, sin embargo nos parece bien por lo menos mencionar su importancia.

II.B.1) Las medidas de efecto equivalente

La supresión de los aranceles y el Arancel Aduanero Común son insuficientes para lograr la libre circulación de mercancías, si no van acompañadas de otras medidas. En efecto, los países miembros buscan de manera permanente medios indirectos, incluso sofisticados, con fines de protección de la industria nacional, pero apoyados en fundamentos más o menos discutibles que permitan su defensa ante la Comisión o ante el Tribunal de Justicia.

Se trata de «barreras no arancelarias» con fines proteccionistas muy alejadas de los aranceles, amparadas en las «políticas nacionales», que no contienen elementos discriminatorios y que se amparan tras una fachada de legitimidad. Imaginad el juego que puede dar para prohibir importaciones, temas tan aparentemente bondadosos como la protección de la salud y de la vida, la protección del consumidor, la defensa del medio ambiente, la lealtad en las transacciones económicas, etc.

El Tratado de la Comunidad Europea prohíbe en su artículo 9.1 «*cualesquiera exacciones de efecto equivalente*» a los derechos de aduanas; el artículo 12 prohíbe las exacciones de efecto equivalente a los derechos de importación y exportación; el artículo 13.2 dispone que «*las exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana de importación, en vigor entre los Estados miembros, serán suprimidas progresivamente por éstos durante el periodo transitorio*»; y por último, el artículo 16 obliga a suprimir, a más tardar al final de la primera etapa, «*las exacciones de efecto equivalente*» a los derechos de exportación.

Pero no pareció suficiente al legislador comunitario tanta reiteración, y después de regular el procedimiento para lograr la Unión Aduanera en el Capítulo Primero del Título Primero (artículos 12 a 29), dedica el Capítulo Segundo (artículos 30 a 37) a la «*supresión de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros*», que en realidad no se refiere solamente a tales restricciones cuantitativas (o contingentes), sino además a las medidas de efecto equivalente. Así, el artículo 30 dispone, respecto a las importaciones que:

«Sin perjuicio de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente».

Y el artículo 34.1, en este caso respecto de las exportaciones dispone que:

«1. Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la exportación, así como las medidas de efecto equivalente».

Para lograr el objetivo de este estudio, vamos a estudiar con más detalle las *medidas de efecto equivalente* del art. 30 del Tratado.

La Directiva 70/50, de 22 de diciembre de 1969, define las medidas de efecto equivalente, como toda normativa comercial susceptible de restringir directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario. Puede afectar tanto a las exportaciones (artículo 34) como a las importaciones (artículo 30). Y su eliminación está prevista en el artículo 33.7.

Al amparo de la mencionada Directiva 70/50 podemos destacar que una medida de efecto equivalente:

- Debe tratarse de una medida estatal, dentro de la que se incluyen las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas; así como las prácticas administrativas, o los comportamientos y las presiones o incitaciones.
- Debe producir efectos restrictivos en las importaciones o exportaciones equivalentes a las restricciones cuantitativas o a los aranceles o derechos que gravan tales importaciones o exportaciones.

Pero el artículo 30 no prohíbe todas las trabas a los intercambios, sino sólo aquellas que producen efectos restrictivos, equivalentes a las restricciones cuantitativas, esto es, restringir las exportaciones que de otro modo podrían efectuarse. Así, las medidas directamente discriminatorias contra las importaciones (por ejemplo, exigir un representante) son contrarias al artículo 30; pero las medidas indistintamente aplicables a la importaciones y a la producción nacional (por ejemplo, unas reglamentaciones de venta), no son, en principio, contrarias al artículo 30, pues estos efectos restrictivos son normales consecuencias de las diferentes regulaciones nacionales; pero eso sí, siempre que los efectos restrictivos no sobrepasen el marco de los efectos propios de una reglamentación de comercio, que no sean desproporcionados con el fin perseguido, y que el fin no pueda alcanzarse por otro medio menos nocivo.

Las diferentes maneras que tienen los Estados miembros para proteger sus mercados nacionales alcanzan, hoy día, altas cotas de sofisticación. Descartadas las formas más evidentes de protección comercial (por ejemplo los derechos de aduana), desde hace algunos años se observa un incremento de medidas que, sin ser a primera vista restricciones cuantitativas, tienen idéntico efecto que éstas: limitar la entrada de productos de otros Estados miembros en el mercado nacional.

III. LA RELACIÓN ENTRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y EL MEDIO AMBIENTE

III.A) Las excepciones a la libre circulación de mercancías en general

El artículo 36 del Tratado de la Comunidad Europea dispone que:

«Las disposiciones de los artículos 30 a 34, ambos inclusive, no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha exigido que cuando se quiera utilizar alguna de las causas del artículo 36, como excepción a la libre circulación de mercancías, debe invocarse expresamente en la medida restrictiva que se adopte, justificándose los supuestos y aplicándose el principio de proporcionalidad; justificándose asimismo que no se trata de una medida arbitraria de discriminación, ni de una restricción encubierta.

Los supuestos más frecuentes que contempla la Jurisprudencia se refieren a las excepciones de orden público, moralidad y seguridad pública (importación de material pornográfico); a las excepciones de vida de personas y animales, de salud pública (publicidad de bebidas alcohólicas); a las excepciones en razón de la protección del Patrimonio artístico, histórico, arqueológico (restricción de exportación de obras de arte); y a los supuestos de protección de la propiedad industrial o comercial.

III.B) La protección medioambiental y los límites a la libre circulación de mercancías

Los principios de no discriminación y de libertad de comercio contenidos en los artículos 30 y siguientes del Tratado, introdujeron restricciones a la libertad de actuación de los Estados miembros en material de medio ambiente.

El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 10 de marzo de 1983⁷, estimó que la protección del medio ambiente puede garantizarse *«con el mismo rigor cuando los aceites usados son vendidos a un eliminador o regenerador autorizado de otro Estado miembro, que cuando son eliminados en el Estado de origen»*, de este modo, una legislación nacional relativa a la protección del medio ambiente no debe comportar este tipo de discriminación.

7. STJCE de 10 de marzo de 1983, Asunto 172/82, Inter-Huiles.

Si tengo preferencia en que nos centremos en los residuos dentro del medio ambiente, es, en primer lugar, por que es un aspecto prioritario en la materia, y en segundo, porque nos acerca al tema concreto al que quiero llegar.

En este sentido, el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 9 de julio de 1992⁸, resolvió afirmativamente la cuestión de si los residuos caben dentro del ámbito de libre circulación de mercancías. Y si dentro del proceso, el gobierno belga alegaba que los residuos no reciclables y no reutilizables no tenían ningún valor comercial intrínseco y no podían, por lo tanto, ser objeto de ninguna transacción, el Tribunal respondía que todos los residuos, reciclables o no, deben considerarse como *«productos cuya circulación, conforme al artículo 30 del Tratado, no debería, en principio, ser obstaculizada»*.

Por su parte, la Comisión precisó, en abril de 1989, respondiendo a una cuestión parlamentaria⁹, que *«los residuos están sujetos a las disposiciones del Tratado CEE relativas a la libre circulación de mercancías...»*, dicho esto, la Comisión continúa señalando que *«los problemas a los que los residuos dan lugar, desde el punto de vista de la conservación del medio ambiente, pueden justificar medidas específicas en este sentido, siempre que no sean discriminatorias ni desproporcionadas respecto al objetivo a alcanzar»*.

Pero, como ya hemos visto, en virtud del artículo 36 del Tratado de Roma, se admiten, por ciertas razones, algunas restricciones al principio de libre circulación de mercancías, entre los que *no* se encuentra como tal la protección del medio ambiente. Sin embargo, en alguno de los motivos enunciados pueden integrarse preocupaciones de carácter medioambiental, como son *«el orden público»*, la *«seguridad pública»*, y *«la protección de la salud y de la vida de las personas y de los animales»*.

Por su lado, en su famosa sentencia de 20 de febrero de 1979¹⁰, conocida por *«Cassis de Dijon»*, el Tribunal de Justicia consideró que las disposiciones nacionales que se apliquen indistintamente a los productos nacionales e importados y que tengan por efecto restringir la circulación intracomunitaria, son admisibles *«si parecen necesarias para satisfacer ciertas exigencias imperativas»*, dentro de las cuales cabría contemplar la protección del medio ambiente.

Más adelante, en la sentencia de 7 de febrero de 1985¹¹, el Tribunal de Justicia se refiere específicamente a la protección del medio ambiente en la Comunidad como un *«objetivo de interés general»*, que justifica restricciones a los principios fundamentales del derecho comunitario, como es la libre circulación de mercancías. Sin embargo, esta jurisprudencia no permite la existencia de una medida restrictiva nacional cuando ha sido realizada una armonización, salvo en los casos que haya una habilitación expresa.

8. STJCE de 9 de julio de 1992, Asunto C-2/90, Comisión c/ Reino de Bélgica.

9. Cuestión escrita nº 2212/88 de F. Roelants du Vivier, DOCE nº C 202/22, de 7 de agosto de 1989.

10. STJCE de 20 de febrero de 1979, Asunto 120/78, *«Cassis de Dijon»*.

11. STJCE de 7 de febrero de 1985, Asunto 240/83, Procurador de la República c/ ADBHU.

Resulta además necesario, como ya adelantábamos, que dichas medidas restrictivas a la libre circulación de mercancías, sean proporcionales al objeto perseguido, y no constituyan, ni un medio de discriminación arbitraria, ni una restricción encubierta al comercio entre Estados miembros.

El Tribunal de Justicia ha potenciado ese principio de proporcionalidad en varias de sus sentencias, siendo quizás, la más importante, la sentencia de 20 de septiembre de 1988, en el asunto Comisión contra Dinamarca a propósito de la legislación de los envases de bebidas, en la que afirmaba que «*si un Estado miembro dispone de la posibilidad de escoger entre diferentes medidas aptas para alcanzar el mismo objetivo, a él le concierne escoger el medio que suponga menos obstáculos a la libertad de comercio*».

De este modo, cabe resumir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la siguiente manera: Las medidas nacionales restrictivas con respecto al mercado europeo deben ser necesarias y proporcionadas respecto a un objetivo legítimo.

Para que la medida sea necesaria debe ser *pertinente o útil*, es decir, debe presentar un nexo causal con el objetivo perseguido, pero también debe ser *indispensable*, esto es, que no pueda ser reemplazada por otra medida que permitiría alcanzar el objetivo de forma igualmente eficaz pero con menos obstáculos a la libre circulación de mercancías. Por otro lado, que la medida sea *proporcionada* al fin perseguido significa que, incluso si es necesaria e indispensable, no es admisible cuando el perjuicio que supone para la libre circulación de mercancías es desproporcionada respecto del objetivo fijado o del resultado concreto que se pretende alcanzar.

III.C) La libre circulación de mercancías y la legislación española en materia de envases y residuos de envases

Vamos a analizar ahora una adaptación nacional a una Directiva comunitaria. La adaptación nacional que estudiaremos es la realizada por España, pero, esa misma adaptación ha sido realizada de forma muy similar en el resto de la Comunidad. Las adaptaciones pecan más de torpeza y herencia de viejas normas, que de mala intención, lesionando claramente los principios que acabamos de destacar (útiles, indispensables o proporcionales), en la delicada balanza entre el medio ambiente y la libre circulación de mercancías.

La Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 1994, basada en anteriores normativas alemanas y francesas, y relativa a los envases y residuos de envases, sirve de marco jurídico en el que se desarrolla la legislación española sobre la misma materia. En concreto, esta Directiva se presenta, esencialmente como una Directiva de armonización de las disposiciones nacionales en la materia. Como tal acción de armonización, la Directiva se basa en el artículo 100 A del Tratado, siendo su objetivo, por un lado, garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, y por otro, proporcionar un nivel elevado de protección del medio ambiente.

Recordemos que una Directiva es una norma característica de la Comunidad Europea que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba con-

seguir, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

De esta manera, la Directiva 94/62/CE no establece los medios que deben emplear los Estados miembros para alcanzar los objetivos que pretende conseguir, y estos quedan definidos en el artículo 1.1 cuando establece que *«La presente Directiva tiene por objeto armonizar las medidas nacionales sobre gestión de envases y residuos de envases para prevenir o reducir su impacto sobre el medio ambiente de todos los Estados miembros así como de países terceros, y asegurar de esta forma un alto nivel de protección del medio ambiente, por una parte, y por otra, garantizar el funcionamiento del mercado interior y evitar los obstáculos comerciales, así como su falseamiento y restricciones de la competencia dentro de la Comunidad»*.

Además, desde el Preámbulo de la Directiva se manifiesta en tres ocasiones el hecho de que, aunque haya que alcanzar un alto nivel de protección medioambiental, éste no debe hacerse a costa de la distorsión del mercado interior y la discriminación de los productos comunitarios (Considerandos Primero, Dieciseis y Dieciocho).

Pero aún más revelador es el artículo 7.1 de la Directiva cuando dice en referencia a los sistemas de devolución, recogida y recuperación, y cito textualmente, que *«Estos sistemas ... deberán estar diseñados para evitar obstáculos al comercio y distorsiones de competencia de conformidad con el Tratado»*.

En definitiva, la consecución de los fines medioambientales por parte de España se debería haber realizado garantizando el mercado interior comunitario y evitando todo tipo de obstáculos comerciales; y si hubiese habido la más mínima compartimentación legislativa del mercado único, esa norma debería haber invocado expresamente la justificación de cada supuesto y siempre aplicándose el principio de proporcionalidad; justificándose asimismo que no se trataba de una medida arbitraria de discriminación, ni de una restricción encubierta.

Pues bien, muy al contrario, la transposición de la Directiva 94/62/CE se hace en España mediante la Ley 11/97 de 24 de abril, de envases y residuos de envases, y el Real Decreto 782/1998 de 30 de abril que aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley. Y, tanto en sus respectivas Exposiciones de Motivos como en los articulados no hay ninguna referencia a ese principio máximo del Tratado de la Comunidad Europea que es el mercado único y el comercio sin obstáculos. Por supuesto, al ignorar este principio se deja sin ningún tipo de justificación todas las medidas que dificultan la libre circulación de mercancías en el espacio comunitario.

Las medidas legislativas que entorpecen el mercado único comunitario se derivan de la constatación por parte del legislador español de la enorme complejidad (o tal vez imposibilidad) para los operadores económicos de adaptarse al sistema de devolución, recogida y recuperación de los envases y residuos de envases previsto en la Directiva (sistema inviable en el que, por ejemplo, el fabricante debe cobrar una cantidad al comerciante por el envase del producto –para la gestión de su reciclado–; y a su vez, el comerciante lo repercutirá sobre el consumidor. Una vez consumido el producto, el consumidor devuelve el envase al comerciante, recuperando el precio pagado por el mismo, y este último hace lo propio con el fabricante); lo que lleva a crear un sistema alternativo basado en la creación de los Sistemas Integrados de Gestión.

Pero, la Directiva Comunitaria y la complejidad del sistema de devolución, recogida y recuperación han servido de base para la creación, no sólo en España, sino en el resto de los Estados miembros, de los diferentes Sistemas Integrados de Gestión (indistintamente y en adelante SIG) existentes.

Estos Sistemas Integrados de Gestión se encargan de la recogida periódica de envases usados y residuos de envases en el domicilio del consumidor o en sus proximidades, eximiendo a los fabricantes, envasadores o comerciantes de sus obligaciones de reciclado y revalorización. Para estos actores económicos deben adherirse al Sistema Integrado de Gestión pagando una cantidad por cada producto envasado puesto por primera vez en el mercado nacional. La adhesión permite a los operadores el marcado identificativo sobre el envase del Sistema en cuestión, que corresponde al marcado del punto verde que podemos observar ya en todos los artículos que circulan por Europa, y que se trata de un marcado que, desde su propiedad por una sociedad alemana, concede derechos de uso a los distintos sistemas de gestión integrados europeos.

En la práctica, los Sistemas Integrados de Gestión que han obtenido la licencia del «Punto Verde», son los que se han impuesto en cada Estado miembro. ECOEMBALAJES ESPAÑA S.A. posee una licencia de uso exclusiva e indefinida para el uso de la marca en España para todos los productos excepto para el vidrio.

El obstáculo a la libre circulación de la legislación española nace por dos motivos:

1. En la forma de financiarse el SIG

El artículo 10 de la Ley 11/97 establece que serán los envasadores los que deben financiar el Sistema, pagando una cantidad por cada producto envasado puesto por primera vez en el mercado nacional, encontrándose la definición de «los envasadores» en el artículo 2.12: *«los agentes económicos dedicados tanto al envasado de los productos como a la importación o adquisición de otros Estados miembros de la Unión Europea de productos envasados, para su puesta en el mercado».*

Por su parte, los artículos 10 (Financiación de los Sistemas Integrados de Gestión) y 2.12 (definición de envasador) del Real Decreto 782/1998, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 11/1997, especifican y confirman, los también, casualmente, artículos 10 y 2.12 de la Ley 11/1997, en el sentido antes descrito.

Es decir, según la legislación española, los agentes económicos que deben realizar la financiación al SIG son: a) los fabricantes de productos envasados, b) los importadores de productos envasados, y, c) *los adquirentes en los demás Estados miembros de la Comunidad Europea de productos envasados.*

El obstáculo a la libre circulación de mercancías nace en la forma de financiarse el Sistema Integrado de Gestión, este obstáculo se concreta en el momento en que un producto envasado por una empresa de un Estado miembro, producto que ha pagado

su correspondiente cuota en un SIG de dicho Estado miembro y figura dicha identificación sobre el envase, es finalmente adquirido por una empresa de otro Estado miembro (en nuestro caso, en España).

La empresa de ese otro Estado miembro (España), según la normativa española, debe volver a pagar su cuota a su correspondiente Sistema Integrado de Gestión, con lo que el producto adquirido en otro Estado de la Unión Europea sufre las consecuencias de un doble pago, incrementándose su precio y siendo menos competitivo que el producto adquirido a una empresa del mismo Estado. Es una clara manera de obstaculizar el mercado interior, puesto que la tendencia será la compra de un producto similar fabricado o distribuido ya en el interior del Estado miembro (en nuestro caso en España).

Esta duplicidad de costes, evidentemente penaliza las adquisiciones intracomunitarias de envases y productos envasados, pudiendo considerarse medida de efecto equivalente a los efectos de los artículos 30 y siguientes del Tratado CE, sin contar con el respaldo legal del artículo 36, ni de la Directiva 94/62/CE (de Envases y residuos de envases).

Las diferentes legislaciones nacionales de la Comunidad Europea (incluida la española) han intentado evitar ese doble pago eximiendo a los agentes económicos sujetos del pago por los productos envasados colocados fuera de su mercado nacional. De esta manera, opina el legislador, el adquirente en un Estado miembro recibirá el producto envasado con un precio que no ha sufrido el incremento de la cuota a su SIG, por lo que no se produce ningún obstáculo en el Mercado Unico. El problema radica en que, en la práctica, la única manera de que el producto envasado no tenga añadido esa cuota del SIG en el momento de su puesta en otro mercado, es cuando esa adquisición se hace directamente entre el fabricante del producto envasado de un Estado miembro y un agente económico de otro.

La legislación española en la materia no ha previsto un hecho tan habitual como el que un fabricante de un producto envasado venda su mercancía a un agente económico de su mismo país (por lo que ya ha pagado la cuota a su SIG) y que, a su vez, el producto ya en poder de éste último, sea adquirido por una empresa de otro Estado miembro. Aquí la puesta en el otro mercado no es directa; ¿cómo va a poder realizar el seguimiento el fabricante del producto envasado?, ¿qué posibilidades tiene de realizar ese seguimiento cuando, en lugar de un agente económico, hay varios agentes intermediarios antes de llegar al mercado del otro Estado miembro?, ¿cómo va a tener conocimiento de dónde va a acabar su producto?, ¿cómo va a descontar lo previamente pagado a su Sistema Integrado de Gestión?, ¿cómo va a ser posible entonces evitar el doble pago por el adquirente del producto del otro Estado miembro?

Basta con poner un ejemplo muy clarificador: un pequeño comerciante de una tienda de ultramarinos de Ayamonte compra sus productos en una gran superficie de Vila Real de Santo Antonio. A partir de la entrada en vigor de la normativa española sobre envases y residuos de envases, la compra de esos productos en Portugal para su distribución en España le sale más caro. Los productos de la gran superficie portuguesa habrán pagado la cuota a su SIG correspondiente (cuota pagada por el fabricante de esos productos y que habrá repercutido sobre la gran superficie) y el

comerciante español al volver a comprar esos productos para su puesta en el mercado español deberá volver a pagar la cuota a su SIG correspondiente. En definitiva, es fácil imaginar que esa gran superficie portuguesa será para él algo menos competitiva y pensará en comprar a un distribuidor español, y así no tener que pagar la cuota por esos productos. En el supuesto descrito, es claro el efecto discriminatorio de producto comunitario no nacional, respecto del nacional, constituyendo una distorsión de la libre competencia y del libre mercado.

ECOEMBALAJES ESPAÑA S.A. y los Sistemas Integrados de Gestión de los demás Estados miembros han seguido sus legislaciones respectivas y han considerado la posibilidad de evitar el doble pago por las adquisiciones directas entre el fabricante del producto envasado de un Estado miembro al agente económico de otro. Sin embargo, y aunque les hubiese resultado muy fácil hacerlo (el punto verde está extendido en toda la Comunidad Europea y el sistema de gestión de envases y residuos de envases nace a partir de una Directiva Europea) vuelven a no contemplar la manera de evitar los dobles pagos en las transacciones intracomunitarias indirectas, limitándose a la adopción, en sus contratos de adhesión, de sus respectivas legislaciones nacionales, en nuestro caso, de la ley española, ley que les permite una financiación suplementaria y a la que no renuncian aunque sea contraria al derecho comunitario.

2. Coste administrativo en la gestión de declaración

El segundo motivo por el que se crea un impedimento a la libre circulación de mercancías es por el coste administrativo de la gestión de la declaración; este coste es en muchas ocasiones superior al pago a ECOEMBALAJES ESPAÑA por los envases y residuos de envases. La declaración del peso y los materiales componente del envase de cada producto vendido, significa la creación de herramientas informática sofisticadas, así como la intervención de muchos departamentos de una empresa. El significado final de esta declaración es el deber de creación, en muchas sociedades de puestos de trabajo dedicados en exclusiva a la formalización y seguimiento de la misma, por lo que, más aún de lo que ocurre a causa del doble pago, una sociedad de distribución, por ejemplo, puede tener tendencia a comprar a un fabricante o proveedor nacional, lo que supone de nuevo, un impedimento a la libre circulación de mercancías.

IV. MEDIOS LEGALES QUE SE NOS PRESENTAN PARA DEFENDER NUESTROS INTERESES ANTE EL IMPEDIMENTO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS CONTENIDO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE ENVASES Y RESIDUOS DE ENVASES

Como ya hemos adelantado, el Sistema Integrado de Gestión Español (ECOEMBALAJES) posee en exclusiva el punto verde a nivel nacional, y es el único que se ha impuesto (con la salvedad del mercado del vidrio).

ECOEMBALAJES ha aprovechado su posición de fuerza para redactar un contrato de adhesión claramente abusivo. El contrato, entre otras cosas, ha previsto un conjunto de indemnizaciones y penalizaciones en caso de incumplimiento contractual. Aunque esto no es lo más grave en nuestro caso, pues dispone del mayor medio disuasorio: ante el incumplimiento contractual, ECOEMBALAJES puede resolver el contrato y dejar fuera del sistema (único y sin alternativa en España) al incumplidor.

A esto hay que añadir, las sanciones administrativas que se pueden sumar al incumplimiento de la Ley y Reglamento de Envases y Residuos de Envases. Sirva de ejemplo que las sanciones pueden alcanzar los 100.000.000 ptas.

Pues bien, al margen del Derecho nacional que puede invocarse para conseguir la nulidad de determinadas cláusulas del contrato de adhesión con ECOEMBALAJES, y puesto que el contrato se basa en la legislación española, se podría, conforme al efecto directo que posee el artículo 30 del Tratado de Roma (es decir, que las trabas a la libre circulación de mercancías pueden ser invocadas ante el juez, no sólo frente al Estado miembro, sino frente a otros particulares a fin de que prevalezca la norma comunitaria frente a la nacional contraria), se podría, como digo, iniciar un Juicio Declarativo de Menor Cuantía, en el que cuestionaríamos la adecuación de determinadas disposiciones normativas y contractuales, enfrentándolas a la norma comunitaria, haciendo valer el artículo 177 del Tratado que faculta al Juez nacional (de oficio o a instancia de parte) a elevar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, para que éste interprete la norma comunitaria con relación a la pregunta del juez nacional, y éste último, debe emitir su sentencia de acuerdo a la respuesta del Tribunal de Luxemburgo, pues es vinculante.

Por otro lado, y con respecto a una posible sanción administrativa por incumplimiento de la norma española, podemos luchar y perder (ya que la administración es juez y parte) durante el procedimiento administrativo, pero, llegado el contencioso-administrativo, en el que las partes compiten con las mismas armas, invocaremos el artículo 177 del Tratado de Roma –cuestión prejudicial–, pediremos la suspensión mientras el Tribunal de Luxemburgo emite su respuesta, y nos prepararemos a vender cara nuestra piel.

Pero, imaginad el riesgo que corre la empresa durante la larga tramitación del expediente. Desde que la empresa se enfrenta a la administración y a ECOEMBALAJES hasta que, teóricamente gana, pasan años. Durante esos años, la situación de la empresa es precaria, y se ha enemistado con la administración y con el único sistema que existe de gestión de envases y residuos de envases. Además, si, por presiones políticas o, al tratarse de un asunto donde el equilibrio medio ambiente-mercado único, es muy delicado, el Tribunal de Luxemburgo no responde a la cuestión prejudicial como esperamos, las sanciones e indemnizaciones serán verdaderamente dañinas para la empresa.

Lo que yo aconsejaría, para no dejar a mi cliente en una situación inestable, es que cumpliera la normativa española, y que preparase las gestiones para presentar una queja por infracción en la Comisión. Evidentemente, con la respuesta de la Comisión ya podríamos comenzar nuestra estrategia nacional, sabiendo que la Comisión se ocupará de, si la legislación nacional no cumple la normativa europea, exigir su cumpli-

miento o llevar el asunto ante el Tribunal del Luxemburgo, y si decide que la normativa nacional se adapta a la legislación europea, aconsejaríamos a nuestro cliente seguir cumpliendo la legislación nacional, y todo ello mientras no encontremos ninguna otra excusa jurídica.

V. ¿CÓMO SE PRESENTA UNA QUEJA EN BRUSELAS?

¿Qué interés puede tener una empresa o un ciudadano en presentar una queja en Bruselas por violación del artículo 30 del Tratado? ¿Cómo nosotros, abogados y futuros abogados, podemos defender los intereses de nuestros clientes? Cuando el importador ve cómo sus partidas se eternizan en la frontera sin poder atender a sus clientes y sin recibir un argumento convincente o recibéndolo sobre la base de una dudosa reglamentación; o cuando el exportador encuentra dificultades para colocar un producto o ganar un concurso público en otro país de la Unión Europea, tanto uno como otro tienen intereses legítimos que hacer valer. Una queja por infracción del derecho comunitario puede ser la salida a sus problemas.

La presentación de una queja formal ante los servicios de la Dirección General XV (Mercado Interior) de la Comisión Europea, que es la Dirección General (en adelante e indistintamente, DG o Dege) competente para los asuntos relacionados con el artículo 30, constituye uno de los medios fundamentales que tiene la Comisión Europea para abrir un eventual procedimiento de infracción contra algún Estado, con arreglo al artículo 169 del Tratado de Roma.

El recurso por infracción del artículo 169 del Tratado establece:

«Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia».

Es decir, la Comisión puede actuar de oficio sobre las informaciones que posee, o en base a la queja de una empresa o un ciudadano.

El profesor Mattera, que ha sido muchos años el responsable en la materia dentro de la Comisión Europea, define la queja como «La denuncia ante la Comisión por parte de una persona física o jurídica, de un acto o de un comportamiento de los poderes públicos presumiblemente contrario al derecho comunitario».

Para que una queja ante la Comisión sea admitida deben cumplirse dos tipos de requisitos: de fondo y de forma.

Requisitos de fondo:

La queja debe referirse a un acto o comportamiento que tenga dos características: en primer lugar que emane de los poderes públicos en cualquiera de sus manifestaciones, y en segundo que el acto o comportamiento sea susceptible de constituir una medida de efecto equivalente, restringiendo, dificultando o impidiendo el comercio intracomunitario.

En contra de lo que puede parecer, las condiciones de admisibilidad de una queja son de una flexibilidad total. La empresa o el ciudadano que decide dar el paso no debe demostrar en ningún caso que se den los dos requisitos de fondo que acabamos de mencionar.

Corresponderá a la Dege XV de la Comisión Europea el estudio del expediente y la realización de las gestiones oportunas tendentes a la solución del problema durante la vía precontenciosa o, si fuera preciso, a abrir un procedimiento de constatación de una infracción del derecho comunitario con arreglo al artículo 169 del Tratado.

Tampoco se debe demostrar la existencia de un interés legítimo en el asunto conflictivo. Incluso alguien absolutamente ajeno al problema está legitimado para presentar una queja.

A su vez y en teoría, pues la Comisión suele encontrarse desbordada, la empresa o el ciudadano denunciante recibirá un acuse de recibo de su queja en el plazo de veinte días desde su presentación. La queja llevará un número de registro.

El denunciante será asimismo informado puntualmente del desarrollo del expediente incluida la apertura de un procedimiento de infracción del artículo 169, y además podrá tomar contacto en cualquier momento con los servicios de la Dege XV que instruyen el asunto. La presentación de la queja es gratis.

Además, la empresa que tema la posibilidad de represalias por parte de la administración pública puesta «en tela de juicio» con una queja, puede exigir el tratamiento confidencial del expediente o solicitar a un organismo como una asociación patronal, o mejor aún, a un abogado, para que presente, en su representación, la queja.

Requisitos de forma:

La Comisión Europea ha elaborado un formulario de queja que puede servir de guía para que pueda ser utilizada por los denunciantes; este formulario no es de uso obligado.

En todo caso, y desde el punto de vista formal la queja debe cumplir dos requisitos; el primero es que ha de ser presentado de forma escrita debido a la necesidad de salvaguardar las más mínimas exigencias de seguridad jurídica; y el segundo es que el denunciante debe solicitar expresamente a la Dege XV que actúe, y no solicitar, sin más, una opinión o dictamen sobre el asunto.

La queja puede dirigirse por correo o entregarse en mano a la Dege XV en Bruselas o en las oficinas de representación de la Unión Europea. En España hay una en Madrid y otra en Barcelona.

Las áreas principales dentro del gran capítulo de libre circulación de mercancías en las que abundan las quejas presentadas ante la Dege XV son: supresión de barreras técnicas, supresión de barreras aduaneras, liberalización de mercados públicos, reglas de fijación de precios, denominaciones de genéricas, de origen, geográficas, etc. derechos de propiedad industrial, publicidad incitando a «comprar nacional», importaciones paralelas, obligación de utilizar la lengua del país de exportación, etc.

La queja ante la Comisión por infracción del Derecho comunitario puede hacerse extensiva a la lesión por una Administración Pública en cualquiera de las áreas donde tiene competencia la Comisión, y no sólo dentro de la libre circulación de mercancías. Así, si una Administración actúa contra normas comunitarias de medio ambiente la queja será remitida y estudiada por la Dege XI y si es en el área de Transportes por la Dege VII.