

SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA ARMONIZACION DE LEGISLACIONES EN LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA

por Nuria BOUZA VIDAL (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCION.—II. LA NOCION DE «APROXIMACION» DE LEGISLACIONES.—III. EL ARTICULO 100 EN LA ECONOMIA DEL TCEE. 1. Relación entre las disposiciones específicas de armonización y el artículo 100. 2. Relación entre el artículo 100 y los artículos 220 y 235.—IV. DELIMITACION DEL ARTICULO 100: AMBITO DE APLICACION Y EFECTOS. 1. Límites del artículo 100 por razón del instrumento utilizado. A) Carácter minucioso y detallado de ciertas directivas. B) Efecto directo de ciertas disposiciones de las directivas. 2. Límites del artículo 100 «ratione materiae». A) Carácter funcional, progresivo y complementario de la armonización. B) Incidencia de la sentencia «Cassis de Dijon» en el ámbito de aplicación del artículo 100.—V. CONCLUSIONES.

I INTRODUCCION

La conveniencia de unificar o armonizar las legislaciones estatales se puso de relieve principalmente una vez culminada la tarea de codificación nacional que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX. El optimismo característico de la época tuvo su reflejo a nivel jurídico en la creencia de que la **unificación** era un progreso en sí misma al que debía tenderse en un esfuerzo común de racionalización del derecho, mientras que la **armonización** sólo ofrecía un grado menor de perfección, útil en tanto en cuanto la unificación no fuera posible (1). Sin embargo, los débiles resultados y las dificultades surgidas después de considerables esfuerzos condujeron a posturas más realistas y pragmáticas y a un abandono de plantea-

(*) Profesor adjunto Interino de Derecho internacional público y privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

(1) La **unificación** tiende a conseguir un contenido idéntico entre las normas que en los distintos ordenamientos jurídicos regulan un mismo tipo de relaciones, mientras que la **armonización** se limita a buscar la equivalencia y afinidad de contenido, función o ámbito de aplicación de aquellas normas que en cada ordenamiento jurídico regulan un mismo tipo de relaciones.

mientos excesivamente dogmáticos y abstractos. Piénsese en la escasa resonancia que han tenido los Convenios de Ginebra de 1930 y 1931 sobre la letra de cambio y cheque, no sólo en países del «Common law», sino también en países de tradición jurídica romanista, como ha sido en el caso de España (2).

En la actualidad, la armonización y la unificación han dejado de ser consideradas un fin en sí mismas para pasar a ser un instrumento mediante el cual se pretende eliminar los obstáculos que para el desarrollo, fomento y eficacia del tráfico jurídico externo supone la diversidad legislativa de los Estados (3). Este cambio de perspectiva se refleja principalmente en dos sentidos. Por una parte, los objetivos a alcanzar son mucho más modestos, ya que no se trata tanto de lograr la unificación «total» dentro de una rama del derecho, como de elaborar normas o incluso sólo principios comunes destinados a regular exclusivamente las relaciones privadas de carácter internacional. Por la otra, se abandona la relación jerárquica entre unificación y armonización, de tal modo que la preferencia por uno u otro procedimiento sólo tiene lugar después de un minucioso examen de las diferencias que existen entre las legislaciones y después de valorar las posibilidades de éxito y eficacia de la opción en favor de una u otra vía (4).

Los especialistas en Derecho comparado suelen distinguir entre unificación espontánea y unificación formal o voluntaria. La **unificación espontánea** suele producirse, entre otras razones, a raíz de acontecimientos políticos tales como la situación post-colonial al originar un fenómeno de mimetismo e imitación de los nuevos Estados respecto al derecho de la ex-metrópoli (5), o bien como consecuencia de la utilización por parte de las asociaciones profesionales de compradores y vendedores de contratos tipo y condiciones generales de venta, en el ámbito del comercio internacional (6). En general, puede decirse que la unificación tiene lugar espontáneamente siempre que los Estados de «motu proprio», unilateralmente, y sin una previa institucionalización de la cooperación jurídica a nivel gubernamental, adoptan medidas que de hecho dan lugar a una progresiva homologación de sus respectivas legislaciones. Por el contrato, la **unificación voluntaria o formal**, se enmarca dentro de la cooperación jurídica internacional y tiene lugar a través de una serie de técnicas jurídicas distintas tales como los convenios internacionales, las leyes modelo, o la codificación de los usos y prácticas del comercio internacional (7).

(2) Frente a las pretensiones de unificación «total» del Convenio de Ginebra de 1930, la UNICITRAL está examinando en la actualidad la posibilidad de adoptar un instrumento cambiario utilizable exclusivamente para pagos internacionales (Doc.: A/CN9/181, de 13 de marzo de 1980).

(3) BLAGOJEVIC, B.: «La signification sociale contemporaine de l'unification du droit sur le plan international», *Miscellanea W. J. Ganshoff van der Meersch*, t. II, 1972, p. 717.

(4) Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, sobre «Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional», Doc.: A/6396.

(5) ANCGEL, M.: «Les aspects nouveaux de l'unification des droits», *Miscellanea W. J. Ganshoff van der Meersch*, t. II, p. 695.

(6) SCHMITTHOF: «The unification or Harmonization of Law by Means of Standard contracts and General Conditions», *The International and Comparative Law Quarterly*, 1968, p. 557.

(7) DAVID, R.: «The International Unification of Private Law», XX ch. 5, vol. II, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1971.

En el campo de la cooperación jurídica, y al igual que sucede en otros ámbitos de las relaciones internacionales, los mecanismos tradicionales de unificación y armonización han sufrido el impacto del fenómeno de la organización internacional. Su incidencia no se ha limitado únicamente a facilitar los contactos y la coordinación de la actividad legislativa de los Estados miembros, si no que en ocasiones ha supuesto un notable grado de control sobre su libertad, para adoptar o no, los textos normativos elaborados en su seno (8). Grado de control, que alcanza sus cotas más elevadas en el caso de las Comunidades europeas, porque, si bien la cooperación jurídica ha sido tradicionalmente considerada como un complemento necesario para alcanzar los objetivos de diversa índole —económicos, políticos, sociales o técnicos— perseguidos por los Estados en sus relaciones mutuas, es impensable la integración económica sin que la cooperación jurídica entre Estados quede asegurada. La coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos dentro de un esquema de integración, y no de mera cooperación económica, implica exigencias distintas y la puesta en práctica de mecanismos de unificación y armonización específicos y diferentes de los comúnmente utilizados (9).

En un plano muy genérico puede señalarse que la principal diferencia entre los mecanismos de integración jurídica en la CEE y los procedimientos de unificación y armonización del derecho en el seno de otras organizaciones internacionales, reside en las posibilidades que abre la transferencia de competencias legislativas de los Estados miembros a los órganos comunitarios; en la posibilidad de aplicación directa de ciertas disposiciones del derecho comunitario a los particulares; en el control que ejerce la Comisión y el Tribunal de Justicia de las Comunidades en la aplicación e interpretación del derecho comunitario por parte de los Estados miembros; y en la originalidad del artículo 100 del TCEE, donde por primera vez, como indica MALINTOPPI, una norma internacional tiene por objeto directo e inmediato, la actividad legislativa de los Estados (10).

Desde el punto de vista del procedimiento utilizado, la especificidad de la CEE reside en que los autores del TCEE eligieron la *directiva* como el mecanismo idóneo para lograr la armonización de la legislación de los Estados miembros. La *directiva* es un instrumento flexible que permite la colaboración de la Comunidad

(8) En el seno de los organismos especializados de las Naciones Unidas —OACI, OMS, OIT— se suele fijar un plazo máximo de 18 meses, dentro del cual los Estados se comprometen a incorporar el texto del convenio en su ordenamiento interno, debiendo informar a la organización en caso de no poder hacerlo, de los motivos que se lo impiden. Además, a fin de que los convenios continúen siendo respetados una vez ratificados, se prevén una serie de mecanismos de control.

(9) MONACO, R.: «Comparaison et rapprochement des législations dans le marché commun européen», *Revue internationale de droit comparé*, 1960, pp. 72-73, y PESCATORE, P.: *Le droit de l'intégration*, Leiden, 1972, pp. 55-57.

(10) Señala MALINTOPPI, en su artículo «Il ravvicinamento delle legislazioni come problema di diritto internazionale», en la *Rivista di diritto internazionale*, 1959, p. 239, que junto a la existencia de normas internacionales que tienen por objeto actividades estatales no legislativas, pero para cuyo cumplimiento el Estado se ve obligado a realizar una determinada actividad normativa, existen otras normas internacionales que tienen por objeto directo la actividad legislativa del Estado. Aunque ambos tipos de normas pueden producir, de hecho, una armonización de legislaciones, ésta sólo puede ser considerada como un problema de derecho internacional, en el segundo supuesto.

y de los Estados miembros en la actividad normativa. En virtud del artículo 189, párrafo 3, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, los Estados sólo están obligados a conseguir el resultado previsto en la directiva, conservando la libertad de elegir los medios y la forma de alcanzarlo (11).

Por razón de la **materia**, el examen comparativo con la labor de unificación y armonización de otras organizaciones internacionales en el ámbito mundial o regional, pone de relieve la atención prestada por la Comunidad a aquellos sectores donde la diversidad legislativa de los Estados es susceptible de obstaculizar el establecimiento y funcionamiento del Mercado Común, frente a los ámbitos tradicionales de unificación y armonización del derecho, tales como el derecho de familia, sucesiones, compraventa, títulos negociables... (12).

Sólo la toma en consideración de estas notas características permite poner de relieve la singularidad de la CEE en este campo, siendo peligroso establecer fáciles analogías entre el mecanismo comunitario y el tradicional, v. gr., entre las directivas y las leyes modelo, como hacen algunos autores (13), o incluso entre los convenios internacionales de tipo clásico y los adoptados en base el artículo 220 del TCEE, como se verá más adelante (14).

II. LA NOCIÓN DE «APROXIMACIÓN» DE LEGISLACIONES

El TCEE utiliza para designar los distintos niveles de integración jurídica a alcanzar por los Estados miembros, una terminología variada que puede llevar a confusión y crear algunas dificultades a la hora de precisar su significado y alcance.

En primer lugar, llama la atención la ausencia de referencia en el TCEE a un concepto ampliamente utilizado en otros contextos jurídicos internacionales, cual es el de unificación, y, en segundo lugar, la introducción de un nuevo vocablo inusual hasta el momento, cual es el de «aproximación».

Los términos que emplea el TCEE son los siguientes: coordinación —artículos 54, 3 g); 56, párrafos 2 y 57, párrafo 2—, armonización —artículos 99 y 112, párrafo 1— y aproximación —artículos 3 h), 27 y 100—. Al existir una abundante literatura preocupada por profundizar en el significado etimológico de estas nociones (15), nos limitaremos a hacer algunas precisiones.

(11) Acerca de la opinión sobre el carácter idóneo o no de la directiva como instrumento de armonización, vid.: *Infra* pp. 415 y ss.

(12) LIMPENS, A.: «Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun», *Revue internationale du droit comparé*, 1967, pp. 650-652, y LELEUX: «Le rapprochement des législations dans la CEE», *Cahiers du droit européen*, 1968, pp. 130-132.

(13) Entre otros, LIMPENS, A.: *Ob. cit.*, *Revue internationale du droit comparé*, 1967, pp. 650-652, y van HECKE: «Integration économique et unification du droit privé», *Revue Neerlandaise du droit international*, 1962.

(14) Vid. *Infra*, pp. 409-410, nota 45.

(15) CEREXHNE, E.: *Le droit européen. Les Institutions*, Leuven, 1979, p. 340; GOLDMANN, B.: «Le rapprochement des législations», en *Droit des Communautés européennes* (bajo la dirección de Ganshoff van der Meersch), Bruselas, 1969; LELEUX: *Ob. cit.*, *Cahiers de droit européen*, 1968, página 134; MALINTOPPI: «Les relations entre l'unification et l'harmonisation par voie d'accords internationaux», *UNIDROIT Annuaire*, 1967-1968, t. II, Roma, 1969, pp. 54-59; MONACO, R.: «Le

Una vez señalado al comienzo de estas páginas el significado de los términos unificación y armonización (16), queda por indicar qué se entiende por coordinación y aproximación.

La **coordinación** se considera, por parte de la doctrina internacionalista, como uno de los objetivos generales del Derecho internacional privado, entendiendo por la misma la ordenación de la articulación de los distintos sistemas jurídicos en vistas a la regulación de las relaciones privadas internacionales (17). Descendiendo al modo cómo esta coordinación puede ser llevada a cabo, MALINTOPPI indica que puede tener lugar tanto a través de la unificación como de la armonización de los derechos internos (18). Pero si pasamos del plano general al comunitario, se advierte que MONACO atribuye a la «coordinación» un contenido jurídico más preciso y lo sitúa a un mismo nivel de comparación que la unificación y la armonización. Para este autor, la diferencia entre estas figuras reside en que mientras la unificación y la armonización requieren una modificación sustantiva de las leyes en presencia, la coordinación se limita a eliminar los contrastes sustanciales o lógicos que existen entre las normas, sin que ello implique modificación alguna de su contenido (19).

Respecto a la **aproximación**, llama la atención el hecho de que el TCEE haya utilizado una noción más apropiada para designar la acción física de acercar o arrimar cosas distantes en el espacio que para referirse a la acción jurídica, de homologar o uniformar legislaciones distintas (20). Pero, al margen de la carencia de significación jurídica del término «aproximación», lo que parece más grave es el intento realizado por la doctrina de situar esta noción en el mismo plano que las nociones de unificación, armonización y coordinación. Para un sector doctrinal, los redactores del TCEE no atribuyeron a cada uno de estos términos un significado específico y distinto, de tal suerte que la diversidad terminológica del TCEE

de droit international, 1957, p. 568, y «Comparaison et rapprochement des législations dans le marché commun européen». *Revue internationale de droit comparé*, 1960, pp. 64 y 72-73. RODIERE, R.: «L'harmonisation des législations européenne dans le cadre de la CEE», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, pp. 350-351; ZWEIGERT: «Influencia del derecho comunitario europeo en los órdenes jurídicos de los Estados que integran la Comunidad europea», *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 1969, p. 639.

(16) Vid. Supra, p. 397, nota 1.

(17) BATIFFOL, H.: *Aspects philosophiques du Droit international privé*, París, 1956, pp. 16-19.

(18) MALINTOPPI: Ob. cit., *UNIDROIT*, 1967-1968, p. 52.

(19) MONACO, R.: Ob. cit., *Revue internationale du droit comparé*, 1960, p. 621.

(20) BEUVE-MARY, J.: «Le rapprochement des législations. L'article 100 du Traité CEE et ses applications», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1967, p. 848. Después de realizar un análisis comparativo de la traducción del término «aproximación» en los distintos idiomas oficiales de la Comunidad, indica que esta noción se expresa a través de cinco términos que corresponden a consideraciones distintas:

- «Rapprochement», «ravnícamento», «nader tot elkaar brengen», contienen una referencia espacial de reducción de distancia entre dos objetos.
- La «Angleichung» alemana posee un carácter más jurídico y evoca la idea de hacer parecidos dos objetos distintos.
- El término holandés «aanpassing» posee un carácter más bien funcional y dinámico al referirse a la idea de adaptación o ajuste.

no afecta a la naturaleza jurídica de estos procedimientos (21). Según estos autores, las nociones de unificación, armonización y coordinación significan en esencia lo mismo (22), careciendo de trascendencia práctica la diferente terminología empleada en el TCEE (23). Otro sector doctrinal se esfuerza por distinguir entre estas nociones y sostiene que la armonización toma en cuenta la función y campo de aplicación de las distintas normas nacionales y la aproximación persigue la afinidad en el contenido material de las normas estatales (24). Tampoco falta quien, atendiendo al grado de intensidad con que cada uno de estos fenómenos afecta a las legislaciones internas, opina que armonizar, coordinar y aproximar son menos profundos que unificar; a su vez, armonizar y coordinar son menos profundos que aproximar (25). Finalmente, también se ha dicho que coordinar es menos que armonizar, dado que la armonización afecta al contenido sustantivo de las normas, mientras que aproximar es algo más que armonizar, debido a que hace referencia a una operación específica prevista en el TCEE (26). Opinión esta última, especialmente criticable en la medida que utiliza criterios de comparación heterogéneos: el grado de alteración sufrido por el derecho interno en el caso de coordinación y armonización, y el mecanismo jurídico empleado en el caso de aproximación.

En definitiva, todos estos autores ven en la aproximación una categoría jurídica comparable a la armonización, unificación o coordinación, que para algunos viene a ocupar un lugar intermedio entre la armonización y la unificación. Sin embargo, creemos que por «legislaciones aproximadas» no puede entenderse un determinado nivel de afinidad o uniformidad de las disposiciones internas, al contrario de lo que sucede cuando se habla de legislaciones armonizadas o unificadas.

En nuestra opinión, la aproximación en el TCEE es sólo un **mecanismo concreto** que consiste en la adopción de directivas por el Consejo para lograr, no sólo la armonización sino incluso la unificación o la simple coordinación de las disposiciones internas, en la medida en que su diversidad obstaculice la realización y el funcionamiento del Mercado Común (27). En este sentido, la aproximación sólo puede

(21) POLACH: «Harmonization of Laws in Western Europe», *American Journal of Comparative Law*, 1959, p. 148.

(22) ZWEIGERT: Ob. cit., *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 1969, p. 639.

(23) LELEUX: Ob. cit., *Cahiers de droit européen*, 1968, p. 134.

(24) MALINTOPPI: Ob. cit., *UNIDROIT, 1967-1968*, p. 51.

(25) RODIERE: Ob. cit., *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, pp. 550-551.

(26) MONACO: Ob. cit., *Annuaire français de droit international*, 1957, pp. 563-568, y *Revue international du droit comparé*, 1960, p. 64.

(27) Afirma VANDER ELST, en «Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la CEE», *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruselas, 1976, p. 13, que la «aproximación» en la CEE es un término global que comprende las nociones de coordinación, armonización y unificación. También CEREXHE: Ob. cit., Leuven, 1979, p. 340, critica la jerarquía entre unificación, aproximación, armonización y coordinación, sobre la base del carácter instrumental de la aproximación, y de la necesidad de una interpretación pragmática y flexible de estos términos: a través de la aproximación se puede, no sólo coordinar el derecho o armonizarlo, sino incluso unificarlo según la materia y según el estado de las legislaciones a aproximar en un momento dado.

ser comparada con otros procedimientos clásicos de unificación o armonización del derecho, tales como los convenios internacionales o las leyes modelo, sin llegar a identificarse con ninguno de ellos. A título de ejemplo, vemos cómo las directivas de «aproximación», aunque en principio y de forma análoga a las leyes-modelo, dejan a los Estados considerable margen de libertad para elegir los medios y formas que consideren más apropiados para cumplir los objetivos en ellas indicados, les obliga en cambio a introducir sus disposiciones en el ordenamiento interno y a tomar las medidas de ejecución necesarias, dentro de un determinado plazo de tiempo, obligación que nunca hallamos en la ley modelo. En relación con los convenios internacionales, puede señalarse, por una parte, que las disposiciones constitucionales destinadas a regular en cada Estado miembro la incorporación del derecho convencional al derecho interno no son aplicables a las directivas, las cuales quedan sujetas a técnicas propias de adopción (28), y, por la otra, que la correcta aplicación del derecho interno dictado en ejecución de las directivas comunitarias, se ve reforzada por una serie de controles por parte de la Comisión y del Tribunal de Justicia de las Comunidades (29).

III. EL ARTICULO 100 EN LA ECONOMIA DEL TRATADO

Los autores del TCEE fueron conscientes de que la realización del Mercado Común implica la necesidad de una cierta unificación o armonización entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (30). De nada sirve decretar la libre circulación de mercancías, servicios, personas o capitales, si simultáneamente no se prevén los instrumentos jurídicos capaces de asegurar su cumplimiento. Se trata, sin embargo, de una exigencia que sólo puede ser colmada progresivamente a medida que la integración económica europea vaya avanzando. La realización del Mercado Común es un proyecto a largo plazo, para cuya consecución los autores del TCEE no podían hacer más que establecer los mecanismos jurídicos que consideraron más apropiados.

En el momento de la constitución de la CEE, se vio que la realización del Mercado Común sólo era posible si se aseguraba desde un principio o durante el período transitorio, la creación en determinados ámbitos de un derecho único

(28) FUIANO, N.: «L'execution des directives de la CEE en Italie», *Cahiers de droit européen*, 1971, pp. 662-675. KELLERMANN, A. E.: «Les directives de la CEE dans l'ordre juridique Neerlandais», *Cahiers de droit européen*, 1969, pp. 247-321; MISCHO, J.: «L'execution des directives de la CEE au Luxembourg», *Cahiers de droit européen*, 1974, pp. 39-77; RAMBOW, G.: «L'execution des directives de la CEE en Republique federale d'Allemagne», *Cahiers de droit européen*, 1970, pp. 379-411; DE RIPAINSEL-LANDY, D.: «L'Execution des directives en Belgique», *Cahiers de droit européen*, 1973, pp. 184-203; TALLON; KOVAR, R.; LAGARDE, P.: «L'Execution des directives de la CEE en France», *Cahiers de droit européen*, 1970, pp. 274-302.

(29) AYRAL, M.: «La transposition des directives dans les droit nationaux», *Revue du Marché commun*, 1977, p. 411.

(30) Indica CEREXHE, E. *Ob. cit.* Leuven, 1979, que toda integración económica implica, si se quiere garantizar la fluidez del mercado y la aplicación uniforme de las políticas comunes, de una cierta integración de los derechos. Integración que puede tener lugar, a través de la elaboración de normas comunes o de la armonización de reglas nacionales.

aplicable en todo el territorio de la Comunidad. A esta finalidad responden, por una parte, las **disposiciones del TCEE, directamente aplicables** —tales como los artículos 85 y 86—, y por la otra, aquellas disposiciones que prevén la creación por parte de los órganos comunitarios —la Comisión y el Consejo— por vía de **reglamento** de un derecho derivado, nuevo, único y directamente aplicable en todos los Estados miembros. Este derecho comunitario europeo puede sustituir al derecho interno, coexistir con él, o aplicarse a relaciones jurídicas nuevas, nacidas del desarrollo de la CEE (31).

Si bien el carácter riguroso e imperativo del derecho creado por vía de reglamento, constituye la mejor garantía de solidez y estabilidad de los pilares básicos sobre los que debe construirse y desarrollarse la CEE, son muchos los sectores donde la creación de un derecho único que se yuxtaponga al orden jurídico estatal, completándolo o sustituyéndolo, ni es posible, ni conveniente, ni necesario.

La introducción de un derecho comunitario europeo único que venga a sustituir o a completar el derecho nacional es particularmente difícil en aquellos sectores donde se refleja de forma más acusada e inmediata la existencia de niveles económicos, sociales o culturales distintos en los Estados miembros. Así, en materia de libertad de establecimiento, donde el acceso y ejercicio de ciertas profesiones liberales —medicina, banca, organismos de crédito...— están encuadradas dentro de instituciones oficiales o cuasi-oficiales, el artículo 57 del TCEE se limita a establecer la necesidad de «coordinar» las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros (32), o, respecto a la libre circulación de mercancías, donde los obstáculos técnicos al intercambio no son susceptibles de ser eliminados automáticamente a través de simples prohibiciones o normas imperativas de derecho comunitario, debido a su número, diversidad, carácter oculto e imbricación con los ordenamientos jurídicos que subsisten en los Estados miembros (33).

Pero, además, hay que tener en cuenta que el criterio general que debe presidir la actividad legislativa de los órganos comunitarios es la búsqueda de compa-

(31) La creación de derecho comunitario por vía de reglamento, se prevé de forma expresa en el propio TCEE en aquellos ámbitos donde la existencia de un derecho único constituye una exigencia ineludible para la realización y funcionamiento del Mercado común: unión aduanera: libre circulación de trabajadores; régimen de competencia comercial; establecimiento de una política agrícola común y de una política común de transportes.

(32) SAVATIER: «Le Marché commun au regard du droit international privé», *Revue critique*, 1959, p.247.

(33) SCHWARTZ, I.: «De la conception du rapprochement des législations dans la CEE», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1967, pp. 258-268.

El Comité económico y social de la CEE es su «Opinión respecto a los problemas que plantean los obstáculos a los intercambios y la armonización de legisladores en este ámbito» ha definido los **obstáculos técnicos a los intercambios**, como: «Aquellos obstáculos creados por la divergencia entre las especificaciones técnicas y las normas, procedimientos de control y reconocimiento, recomendadas, o incluso exigidas en los distintos Estados miembros; estas prescripciones que hacen referencia a la composición, estructura, nivel de seguridad, presentación de los productos, obligan a los productores a adaptar su fabricación a los mercados de los Estados miembros y obstaculizan la libre circulación de los productos de la Comunidad», JO, C 72/8, de 24 de marzo de 1980.

tibilidad y equilibrio entre el mantenimiento de la especificidad de cada derecho interno y las necesidades de integración económica (34). Por ello, en la medida en que la integración económica no se opone a la subsistencia de la diversidad normativa entre los Estados, la corrección de las disposiciones que obstaculizan su realización debe hacerse a través de la armonización de las legislaciones internas, acudiendo a directivas y convenios «complementarios», y no a la creación de un derecho comunitario único por vía de reglamento. Señala SCHWARTZ que, a través de la armonización de legislaciones, se trata de lograr que las mismas situaciones de hecho sean tratadas del mismo modo en todos los Estados miembros a fin de eliminar, en la mayor medida posible, los obstáculos de orden jurídico a la libertad de intercambio y competencia. Lo que importa no es la coincidencia en la letra, en el sistema, en la técnica jurídica, o en la forma, sino el efecto funcional de las normas armonizadas. Este modo de proceder, continúa en autor, es la **regla general** en el TCEE y sólo en la medida en que no se considere suficiente para el establecimiento y buen funcionamiento del Mercado Común, el TCEE prevé normas directamente aplicables o remite a la creación de derecho comunitario a través del reglamento (35).

El propio TCEE señala expresamente aquellas materias respecto de las que la diversidad normativa de los Estados puede subsistir, en tanto en cuanto el Consejo no adopte las oportunas directivas de armonización. Hallamos **disposiciones específicas** de este tipo, en los siguientes sectores: libre circulación de trabajadores —artículo 49 b)—, derecho de establecimiento —artículos 54, párrafo 3 g); 56, párrafo 2; y 57, párrafos 1 y 2—, libre circulación de servicios —artículo 63, párrafo 2—, liberalización de movimientos de capital —artículos 67 y 69— en materia fiscal —artículo 99— en el ámbito de la política comercial —artículo 112— y en el ámbito de la política social —artículos 117 y 119—. Fuera de estos sectores, el TCEE se refiere a la «aproximación» de legislaciones por vía de «recomendación de la Comisión» en el artículo 27, y aunque no hable de la armonización de legislaciones en el ámbito de las políticas comunes —agrícola y de transportes— nada impide considerar como tales, los «reglamentos» adoptados en virtud de los artículos 43 y 75 (36). También el artículo 101 del TCEE, puede considerarse una «disposición específica» de armonización, a pesar de su situación inmediatamente después del artículo 100, disposición genérica en la materia. La finalidad del artículo 101 consistente en evitar que la libre competencia comercial pueda ser falseada por motivos de índole jurídica, quedando su

(34) Van HECKE: Ob. cit., *Revue Neerlandaise de droit international*, 1962, y CATALANO: «La CEE et l'unification, le rapprochement et l'harmonisation des droits des Etats membres», *Revue internationale du droit comparé*, 1961, indica que para el buen funcionamiento del Mercado común es necesario, no que desaparezcan todas las divergencias entre las normas internas, sino que se atenúen gradualmente en la medida en que incidan sobre su funcionamiento.

(35) SCHWARTZ, I.: Ob. cit., *Revue trimestrielle de droit européen*, 1967, p. 267.

(36) Indica GOLDMAN, B.: «Le rapprochement des législations», en *Droit des Communautés européennes* (bajo la direcc. de W. J. Ganshoff van der Meersch), Bruselas, 1969, que, en general, puede afirmarse que el reglamento es un instrumento de armonización del derecho en la medida en que contribuye a la realización de los objetivos comunitarios, en vez de realizarlos directamente por sí mismo.

aplicación subordinada a que «...la Comisión compruebe que una disparidad existente entre las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas de los Estados falsea las condiciones de competencia en el Mercado Común y provoca, por tal motivo, una **distorsión** que se debe eliminar...» (37).

Sin embargo, el carácter progresivo y dinámico del proceso de integración europeo hacía imposible señalar «a priori» todas las materias que en el futuro podía ser conveniente armonizar, de ahí la adopción del artículo 100 que establece un **mecanismo general de armonización** de las legislaciones nacionales, a utilizar cada vez que la diversidad normativa interna «incida directamente» en el establecimiento y funcionamiento del Mercado Común, es decir, cada vez que por motivos de índole jurídica se obstaculice la acción comunitaria en la realización de la libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; en el establecimiento de un régimen de competencia comercial no falseada; y en la instauración de políticas comunes en el campo de los transportes, agricultura, comercio exterior y asuntos sociales. Piénsese en materias tales como la propiedad industrial, el derecho de seguros, la legislación sanitaria, la protección del consumidor, o los requisitos técnicos de fabricación o comercialización de productos industriales o agrícolas...

Ante esta pluralidad de técnicas jurídicas (38), susceptibles de crear un derecho comunitario nuevo o de ocasionar la unificación o armonización de los derechos internos de cada Estado miembro en sectores que son objeto de atención directa por el TCEE, o que sin serlo son necesarios para el buen funcionamiento del Mercado Común o susceptibles de incidir directamente en la realización de sus objetivos, la mayor dificultad que se plantea es delimitar su respectivo ámbito de aplicación y alcance.

1. RELACION ENTRE LAS DISPOSICIONES ESPECIFICAS DE ARMONIZACION Y EL ARTICULO 100 DEL TCEE

La pluralidad de disposiciones específicas y generales destinadas a armonizar la legislación de los Estados miembros, puede plantear dudas cuando se trate de elegir cuál de ellas es más apta para regular una materia concreta.

El interés por delimitar el ámbito de aplicación de las disposiciones específicas de armonización del de la disposición general del artículo 100, no es mera-

(37) Ante el silencio del TCEE, respecto de la noción de distorsión, debe acudirse al «Informe Spars», donde se distingue entre distorsiones globales y específicas. El artículo 101 se refiere a las **distorsiones específicas**, que son aquéllas que se producen cuando en un Estado determinado, una rama o sector de la actividad, recibe un trato más ventajoso o desventajoso en relación con el régimen económico general, y siempre que este trato distinto no se dé, en los demás Estados, respecto de la misma rama o sector. Vid. CATALANO: Ob. cit., *Revue internationale de droit comparé*, 1961, p. 14; LELEUX: Ob. cit., *Cahiers de droit européen*, 1968, p. 145; SCHWARTZ, I.: Ob. cit., *Revue trimestrielle de droit européen*, 1967, p. 250; CEREXHE: Ob. cit., Leuven, 1979, p. 338.

(38) El Suplemento 3/75, del Boletín de la CEE, parte de una concepción amplia de las medidas de «aproximación», al referirse no sólo a las directivas y convenios «complementarios», sino también a las **decisiones, recomendaciones y opiniones**, que los órganos comunitarios dirigen a los

mente teórico, ya que las condiciones de aplicación y adopción, en uno u otro caso, son distintas. En relación al **procedimiento**, las directivas específicas de armonización requieren, después de la primera etapa únicamente la mayoría cualificada de los votos del Consejo, mientras que las directivas adoptadas en virtud del artículo 100 deben serlo por unanimidad. Respecto de las **condiciones de aplicación**, cuando la materia a regular está expresamente prevista en el TCEE —v. gr. el artículo 56,2 prevé la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas internas que establecen un régimen especial para los súbditos extranjeros por razones de orden público, seguridad y sanidad pública—, la diversidad normativa debe ser superada sin necesidad de probar la incidencia directa de la misma sobre el buen funcionamiento del Mercado Común, mientras que cuando la materia a regular no está expresamente prevista en el TCEE —v. gr., los obstáculos técnicos al intercambio distintos de los derechos arancelarios y de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación—, la incidencia directa de la diversidad normativa sobre los objetivos comunitarios, debe ser apreciada constatada, y valorada en cada caso concreto. Como indica VIGNES, detectar las disparidades entre las legislaciones que tienen una incidencia directa en el establecimiento y funcionamiento del Mercado Común es una tarea prolongada, delicada y evolutiva, que sólo la práctica permite identificar (39).

Al margen de estas diferencias entre las disposiciones específicas y generales de armonización, las relaciones entre ambas pueden ser tanto **excluyentes** como **complementarias**.

A menudo se afirma que dado que tanto las disposiciones específicas de armonización como el artículo 100 persiguen el mismo objetivo, a saber, contribuir a asegurar la libre circulación de los factores de producción dentro de un régimen de competencia leal, la concurrencia entre dichas disposiciones debe ser resuelta en virtud de la regla de interpretación: «specialia generalibus derogant» (40). No obstante, la práctica comunitaria muestra con frecuencia que el Consejo y la Comisión, al adoptar directivas de armonización en un sector concreto, invocan simultáneamente, junto con la disposición específica en la que se basan jurídicamente, el artículo 100 del TCEE (41). La razón de ser de esta actitud, no es otra que la de querer dotar a la armonización, en un ámbito concreto, de un alcance mayor al previsto inicialmente por el TCEE. Así, en materia agrícola, es frecuente hallar directivas relativas a las cualidades de comercialización de los productos, donde se alude, junto con el artículo 43 —principal disposición operacional de la política agrícola— al artículo 100, con el fin de poder tomar en

Estados miembros, siempre que reúnan los siguientes requisitos: que tengan por finalidad que el derecho interno de cada uno de los Estados miembros contenga disposiciones cuyo contenido reglamentario sea conforme a las reglas comunes, y que no tengan por objetivo la eliminación de restricciones a la libre circulación de personas, servicios, mercancías o capitales.

(39) VIGNES, D.: «Le rapprochement des législations», en **Droit de la CEE**, vol. 5 (dirigido por Maigret), 1973, p. 193. En el mismo sentido, LELEUX: Ob. cit., **Cahiers de droit européen**, 1968, p. 137.

(40) GOLDMAN, B.: Ob. cit., **Droit des Communautés européennes**, 1969.

(41) Entre las más recientes pueden citarse: la Directiva del Consejo de 24 febrero 1981, relativa a la armonización de los productos de exportación de las mercancías comunitarias, adoptada sobre

consideración preocupaciones que van más allá de las puramente técnicas o económicas, tales como la salud pública, la protección del consumidor o del medio ambiente (42). En definitiva, creemos que esta actitud pone de relieve que para los órganos comunitarios, las relaciones entre las disposiciones específicas de armonización y el artículo 100 no se plantean tanto en términos de conflicto y mutua exclusión, como de complementariedad, lo cual les permite extender progresivamente a los diversos sectores previstos en el TCEE las «nuevas políticas» comunitarias en materia de energía, seguridad laboral, medio ambiente o protección del consumidor (43).

2. RELACION ENTRE EL ARTICULO 100 Y LOS ARTICULOS 220 y 235 DEL TCEE

La determinación de la competencia de la Comunidad tiene lugar, por regla general, en el Tratado de Roma de forma analítica, fijando en cada caso cuáles son las atribuciones de los órganos comunitarios y delimitando, de forma precisa, su campo de actuación. Sin embargo, algunas disposiciones recurren a fórmulas genéricas, tales como: «...incidencia directa en el establecimiento y funcionamiento del Mercado Común...» (art. 100); o «...los Estados miembros entablarán negociaciones entre sí, cuando sea necesario...» (art. 220); o «...acción necesaria para lograr, en el funcionamiento del Mercado Común, uno de los objetivos de la CEE...» (art. 235). La imprecisa redacción de estos artículos es susceptible de ocasionar solapamientos cuya eliminación requiere un esfuerzo de profundización de su respectivo ámbito de aplicación.

La preocupación por delimitar el campo de acción de los artículos 100, 220 y 235 del TCEE, no responde a un interés meramente teórico, sino que reviste una indudable trascendencia práctica. No se trata únicamente de poner de manifiesto que la directiva, el convenio y el reglamento son, respectivamente, instrumentos idóneos para armonizar, unificar o crear un derecho único, sino de algo mucho más profundo que afecta, por una parte, al mantenimiento del equilibrio entre la competencia comunitaria y la de los Estados miembros, y que repercute, por la otra, en la naturaleza de las normas adoptadas en virtud de cada uno de estos artículos. Hay que tener presente que la adopción de directivas y reglamentos es obra del Consejo y de la Comisión, mientras que la conclusión de convenios corresponde a los Estados miembros, y que el derecho armonizado o unificado por vía de directiva o de convenio es derecho interno, mientras que el derecho único creado por vía de reglamento es derecho comunitario. Esta distinta naturaleza del derecho armonizado, del derecho convencional y del regla-

la base del artículo 27 y 100 del TCEE. JO, L 83 de 30 marzo 1981, y la Directiva del Consejo de 27 noviembre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos derivados de la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo, adoptada sobre la base del artículo 117 y 100 del TCEE. JO, L 327, de 3 diciembre 1980.

(42) Entre otras: Directiva núm. 72/97, JO, L 38/95, de 7 de febrero de 1972, o Directiva número 73/438, JO, L 356/79, de 11 de diciembre de 1973, o Directiva núm. 74/646, JO, L 352/41, de 9 de diciembre de 1974.

(43) Vid. infra, p. 424.

r.ento comunitario, repercute en el lugar que estas normas ocupan dentro de cada ordenamiento interno; en el papel que juegan los Parlamentos nacionales en su aprobación; en los mecanismos de recepción en el derecho interno; y en el grado de control del Tribunal de Justicia de las Comunidades sobre su aplicación e interpretación.

En un primer intento de delimitación del artículo 100, respecto de los artículos 220 y 235, cabe preguntarse cuáles son las materias que regulan cada uno de ellos y cuál es su ámbito de aplicación espacial.

El artículo 220 prevé la posibilidad de que los Estados miembros concluyan «cuando sea necesario» convenios «complementarios» para regular las siguientes materias: asimilación de extranjeros y nacionales respecto a la protección de su persona y al goce de sus derechos; doble imposición; reconocimiento mutuo, mantenimiento de la personalidad jurídica y fusión de sociedades; competencia judicial y ejecución de decisiones judiciales y sentencias arbitrales. No se trata, sin embargo, de un «*numerus clausus*» y los Estados continúan conservando su libertad para concluir otros convenios internacionales fuera del marco del artículo 220 (44). Este artículo no hace más que recoger uno de los procedimientos clásicos de unificación y armonización de las normas sustantivas y conflictuales, aunque el hecho de que los Estados parte en el convenio sean además miembros de la CEE, lo reviste de ciertas peculiaridades (45).

(44) Fuera del artículo 220, se han adoptado el Convenio de Luxemburgo de 15 de diciembre de 1975, relativo a la patente europea para el Mercado común y el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980.

(45) Siguiendo a HAUSCHILD, W. M.: «L'importance des Conventions communautaires pour la creation d'un droit communautaire», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1975, p. 4, puede señalarse que en la fase de elaboración del texto del Convenio, la Intervención de las instituciones comunitarias suele limitarse a la participación de la Comisión en los trabajos preparatorios, pudiendo hacer valer de este modo los intereses comunitarios, junto o frente a los intereses exclusivamente estatales. En la fase de adopción del texto cabe señalar que ésta tiene lugar por los representantes de los Estados reunidos en el seno del Consejo. No obstante, la presencia de las Instituciones comunitarias no va más allá, ya que los mecanismos de incorporación del Convenio al derecho interno de cada Estado miembro, son los mismos que los previstos en sus respectivos sistemas constitucionales para los demás convenios internacionales. En la fase de aplicación del Convenio, el impacto de la CEE se hace sentir tanto en la interpretación de sus disposiciones como en la obligación de los nuevos Estados miembros a adherirse a ellos (art. 3, párr. 2 del Acta de adhesión a la CEE de Dinamarca, Irlanda y Gran Bretaña, JO, L 73, 1972, y artículo 3, párr. 2 del Acta de adhesión de Grecia a las Comunidades, JO, L 291, 1979). Una de las mayores ventajas que ofrecen estos convenios «complementarios» es que permiten superar una de las mayores limitaciones con las que se enfrenta la unificación y armonización convencional, consistente en que el nivel de identidad o analogía alcanzado puede verse desvirtuado por la diversa interpretación que de sus disposiciones hagan los respectivos tribunales internos. Aunque el artículo 220 no establece la obligación de acudir al recurso prejudicial previsto en el artículo 177 del TCEE, la mayoría de convenios y proyectos de convenio, suelen prever dicha posibilidad, las modalidades utilizadas han sido diversas y han oscilado desde incluir las disposiciones adecuadas en el propio texto del Tratado —proyectos de convenio en materia penal, fusión de sociedades y patente europea— hasta recoger dicha posibilidad en un protocolo anexo al convenio —convenio sobre competencia judicial; convenio sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas morales; y convenio en materia de quiebra—. Es de resaltar que en el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, firmado en Roma el 19 de junio de 1980, va acompañado de una Declaración común de los Gobiernos,

Por su parte, el artículo 235 prevé un mecanismo general de atribución de competencias destinado a colmar las «lagunas operacionales» que puedan surgir cada vez que los órganos comunitarios carecen de poderes de acción necesarios para lograr los objetivos de la Comunidad. No obstante, como indica PESCATORE, este artículo no tiene por única función colmar las lagunas del TCEE, sino que se trata más bien de un medio, entre otros, que permite dar respuesta a las exigencias de flexibilidad, adaptación y extensión del sistema comunitario (46).

Los esfuerzos por precisar qué tipos de materias caen bajo la órbita de los artículos 100, 220 y 235, con el fin de delimitar su respectivo ámbito de aplicación material son de escasa utilidad, y el examen de la práctica nos demuestra que un mismo tipo de relación o situación ha sido objeto de atención por más de uno de estos artículos.

La posibilidad de acudir al convenio o al reglamento para regular una misma materia, ha sido puesto de relieve en múltiples ocasiones, principalmente a raíz de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en París en octubre de 1972, donde se declaró que «...con vistas a la realización de las tareas definidas en los distintos programas de acción era indicado utilizar, lo más ampliamente posible, todas las disposiciones del TCEE, comprendido el artículo 235...» (47). A partir de esta fecha, proyectos de convenio, tales como el de «Asistencia mutua entre administraciones aduaneras» iniciado en 1963; el relativo a una «marca comunitaria» de 1964; o el referente al estatuto de una «Sociedad anónima europea», cuyos trabajos datan de 1964, han sido abandonados a favor de reglamentos basados en el artículo 235. También la duda entre la conveniencia de elegir entre el convenio o la directiva comunitaria ha estado presente en los trabajos de la Comunidad, de tal modo que la labor emprendida por los gobiernos en septiembre de 1970, relativa a la conclusión de un Convenio sobre «asistencia mutua en la percepción de derechos arancelarios y tasas sobre la cifra de negocios», fue abandonada en 1974 en favor de una directiva adoptada en virtud de los artículos 43 y 100 del TCEE (48). Del mismo modo en noviembre de 1976, la Comisión propuso dos directivas basadas en el artículo 100 para reemplazar parcialmente el proyecto de Convenio sobre doble imposición de 1964 (49). Por último, la delimitación entre 100 y 235 fue objeto de atención en la sesión del Parlamento europeo de 10 de octubre de 1978, por parte del Presidente de la Comisión, Mr. JENKINS, cuando en respuesta a la cuestión oral que le planteó el portavoz del «grupo conservador» acerca de la «política de la Comisión en

manifestando su deseo de examinar la posibilidad de atribuir ciertas competencias al Tribunal de Justicia de las CE y a negociar, llegado el caso, un acuerdo a fin de evitar que las divergencias en la interpretación del convenio destruyan su carácter unitario. JO, L 266, de 9 octubre 1980.

(46) PESCATORE, P.: *Ob. cit.*, Leiden, 1972, p. 41.

(47) *Bulletin de la CE*, Suppl. 10/1972.

(48) JO, L 73, de 19 de marzo de 1976, p. 181.

(49) Directivas del Consejo, relativas a la asistencia mutua de autoridades competentes de los Estados miembros en materia de impuestos directos (JO, L 336, de 27 de diciembre de 1977, p. 15, y propuesta de directiva del Consejo, relativa a la eliminación de la doble imposición en caso de corrección de beneficios entre empresas asociadas. JO, C 301, de 21 de diciembre de 1976. En este sentido es interesante consultar el cuadro final adjunto al artículo de SCHWARTZ, I. E.: «Voies

materia de aproximación de disposiciones legislativas de los Estados miembros», afirmó que mientras el artículo 235 tiene por función dotar al Consejo de los poderes de acción necesarios para actuar en sectores no previstos en el TCEE, pero necesarios para alcanzar los objetivos comunitarios, el artículo 100, por el contrario, faculta al Consejo para actuar en **sectores que están explícitamente mencionados** en el TCEE (50). Sin embargo, las relaciones entre ambos artículos pueden complicarse, si se admite, como hace J. V. LOUIS, entre otros (51), que para que pueda actuar el artículo 235, la inexistencia de poderes de acción no tiene que ser total, bastando con que los poderes que se atribuyen a los órganos comunitarios, entre ellos los del artículo 100, sean inadecuados. Opinión compartida por el Tribunal de las Comunidades en el asunto «Massey Fergusson» (52).

En definitiva, lo único que puede afirmarse «ratione materiae» es que, si bien todas las cuestiones susceptibles de ser reguladas por el artículo 100 pueden también serlo por los artículos 220 y 235 siempre que la simple armonización de las disposiciones internas sea insuficiente para asegurar la realización y el buen funcionamiento del Mercado Común, por el contrario, no todas las materias susceptibles de ser reguladas por los artículos 220 y 235 pueden serlo por el artículo 100, ya que éste circunscribe la acción comunitaria a sectores expresamente previstos en el TCEE.

Respecto de las materias susceptibles de ser reguladas tanto por el artículo 100 como por los artículos 220 y 235, sólo el análisis de su respectivo **ámbito de aplicación espacial** puede contribuir a precisar algo más su alcance y mutua relación.

La subsistencia de diversidad normativa en los Estados miembros de la CEE, una vez proclamada en el artículo 7 del TCEE la prohibición de toda discriminación entre nacional y extranjero, y una vez abiertas las fronteras nacionales a la libre circulación de los factores de producción, fomenta los abusos y desviaciones del tráfico intracomunitario en cuanto facilita que los particulares puedan acogerse a la legislación más favorable a sus intereses.

Las directivas de armonización disminuyen estos riesgos de abuso y desviación del tráfico recurriendo a una técnica específica que consiste en que una vez

d'unification du droit dans la Communauté européenne: réglemens de la Communauté ou Conventions entre Etats membres?. *Clunet*, 1978, núm. 4, pp. 793-804, donde pone de relieve los trabajos emprendidos sobre la base del artículo 220 y abandonados en favor de otras bases jurídicas.

(50) *JO*, 177, p. 120.

(51) LOUIS, J. V.: **El Ordenamiento jurídico comunitario**, Comisión de la CEE, Bruselas, 1980. En el mismo sentido, LEGUILLONS, H.: «L'extension des competences de la CEE par l'article 235 du Traité de Rome», *Annuaire français de droit international*, 1974, pp. 899-900 y GANSHOF van der MEERSCH, W.: «L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international», *Recueil de Cours*, vol. 148 (1975-V), pp. 59-60. Igualmente el «Informe Weinhamm» señaló expresamente que el artículo 235 puede constituir una fuente de aproximación de legislaciones cuando posibilita que el Consejo, por unanimidad, previa propuesta de la Comisión, y después de consultar al Parlamento, adopte las disposiciones que juzgue oportunas, cuando una acción no prevista en el TCEE sea necesaria para realizar uno de los objetivos de la CEE. **Parlamento europeo, Doc. de seances, número 54, de 8 de junio de 1965.**

(52) Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 12 julio 1973. Aff. 8/73. Asunto «Massey Fergusson». *Recueil*, 1973, 6, pp. 912-913.

homologadas las disposiciones internas en un determinado sector, cada Estado, dentro de los límites de su territorio, continúa aplicando a las relaciones o situaciones intracomunitarias su propio derecho. Así, v. gr., un Estado admite en su mercado un producto fabricado o comercializado conforme al derecho de otro Estado, porque gracias a la armonización de las disposiciones que en ambos países regulan su composición, características o embalaje... el citado producto reúne los requisitos exigidos en el Estado importador para sus productos nacionales análogos (53).

Sin embargo, no puede olvidarse que la fluidez del tráfico comunitario, sin riesgos de abusos y desviaciones, sólo queda totalmente garantizada si las directivas de armonización, además de homologar las disposiciones internas, se preocupan por delimitar su respectivo ámbito de aplicación. Si no es así, puede ocurrir que la subsistencia de criterios distintos para resolver los problemas propios del derecho internacional privado —conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones— obstaculice, una vez más, la realización y el funcionamiento del Mercado Común.

Desde una concepción restrictiva de los efectos de las directivas de armonización, se ha sostenido que sólo son susceptibles de provocar una modificación sustantiva de los derechos nacionales (54), y que en ningún caso son aptas para garantizar que las normas o las decisiones de un Estado miembro produzcan efectos en el territorio de otro Estado miembro. El alcance exclusivamente territorial del derecho interno armonizado exige, si se quieren resolver armoniosamente los conflictos de leyes y de jurisdicciones en el seno de la Comunidad, acudir a otros mecanismos previstos en el TCEE tales como el convenio internacional o el reglamento comunitario. Afirmación que no puede ser compartida en su totalidad y que debe ser matizada a la vista del propio Tratado de Roma y de la práctica comunitaria.

Por una parte, el artículo 57,1 del TCEE establece que: «Con el fin de facilitar el acceso a actividades no asalariadas y a su ejercicio, el Consejo... establecerá directivas encaminadas al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos». Disposición que pone de relieve que las directivas no tienen por único y exclusivo efecto ocasionar una modificación sustantiva de las normas internas, sino que pueden limitarse a «coordinar» la actividad administrativa de los órganos estatales sin alterar su contenido material. Por la otra, son frecuentes en la

(53) La armonización comunitaria puede ser total u opcional. La **armonización total** sólo permite a los Estados miembros admitir en su mercado productos conformes a las especificaciones de la correspondiente directiva y suele tener lugar en aquellos supuestos en que entra en juego la protección de la salud o del medio ambiente. Mientras que la **armonización opcional** obliga a los Estados a admitir los productos conformes a otras especificaciones. Este tipo de armonización ofrece la ventaja de permitir mantener las especialidades de la fabricación local durante todo el tiempo necesario para que las empresas hagan un esfuerzo de reconversión. Vid. FAURE, J. L.: «L'Élimination des entraves techniques aux échanges dans la Communauté», *Revue du Marché commun*, 1980, p. 447 y ZACHMANN, Kh.: «Élimination des entraves techniques aux échanges des produits industriels: signification, problèmes, et objectifs», *Revue du Marché commun*, 1977, p. 253.

(54) Vid. supra, p. 402, en particular LELEUX: ob. cit. *Cahiers de droit européen*, 1963, pp. 139 y 157-158.

práctica, directivas cuyas disposiciones se limitan a **reconocer efectos** en un Estado miembro, a la legislación y decisiones de otro Estado miembro (55). Se trata de una modalidad de armonización que se utiliza frecuentemente para evitar que la multiplicación de controles, exigidos para que ciertas mercancías puedan tener acceso al mercado —piezas de vehículo de motor, productos farmacéuticos...— aumente inútilmente su precio de distribución y obstaculice su libre circulación (56).

A la vista de este tipo de directivas, que facilitan que las normas y decisiones de un Estado miembro, produzcan efectos en todo el territorio de la Comunidad, cabe preguntarse si las directivas, al igual que los convenios y los reglamentos son susceptibles de resolver toda clase de conflictos de leyes y de jurisdicciones, de tal modo que la opción en favor de uno u otro procedimiento obedezca exclusivamente a razones de oportunidad, o si por el contrario, existen límites objetivos a su utilización en determinados supuestos.

Señala SCHWARTZ que la directiva es impracticable para regular ciertas cuestiones específicamente transnacionales que requieren la creación de un derecho europeo o el establecimiento de órganos comunes en lugar de, o además, del derecho nacional (57).

Son conocidas las dificultades con que se enfrentan los Estados para regular de forma satisfactoria, a partir de los instrumentos tradicionales de reglamentación del tráfico externo, la actividad de las empresas multinacionales o los problemas relacionados con el medio ambiente (58). Qué duda cabe que la posibilidad de eliminar la diversidad entre los distintos ordenamientos internos, gracias a la creación a través del reglamento comunitario de un derecho único y directamente aplicable en toda la CEE, ofrece indudables ventajas. Pero también, en otros ámbitos regulados por normas internas que aseguran exclusivamente su protección territorial, las ventajas del convenio internacional o del reglamento comunitario son múltiples. En materia de propiedad industrial, la Comisión

(55) El reconocimiento mutuo de controles puede ser **condicional** cuando se prorrogan los efectos de la legislación de un Estado en otro, a condición de que en el primero se tomen en consideración las exigencias de la legislación del segundo, o **recíproco**, si la prórroga tiene lugar incluso cuando las exigencias de la legislación del Estado de origen son las únicas que se han observado. Vid. CEREXHE: *Ob. cit.*, Leuven, 1979, p. 342 y VIGNES: *Ob. cit.*, *Le droit de la CEE*, vol. 5, 1973, páginas 180-182.

(56) En el «Programa General» de 1969 (vid. infra, p. 424, nota 87), se incluyó una Resolución del Consejo, relativa al reconocimiento recíproco de controles. En aplicación de esta Resolución se han adoptado diversas directivas, v. gr., la Directiva núm. 70/1956, de 6 de febrero de 1970, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de recepción de vehículos de motor y sus remolques, *JO, L 42*, de 23 de febrero de 1970, p. 1.

(57) SCHWARTZ, I. E.: *Ob. cit.* (*Clunet*, 1978), p. 763. y LIMPENS-MEINERTHAGEN, A.: «La coordination ou l'unification de droit par voie de Convention entre Etats membres», en *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, 1976, pp. 168-183, examina con detenimiento las ventajas del convenio sobre la directiva.

(58) LOUSSOUARN, Y.: «La proposition d'un statut de sociétés anonymes européennes en droit International du commerce», *Revue trimestrielle du droit commercial*, 1971, y TOUSCOZ, J.: «L'action des Communautés européennes en matière d'environnement», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1973, núm. 1, pp. 3-45, y BERAUD, Ch.: «Fondements juridiques du droit de l'environnement dans le Traite de Rome», *Revue du Marché commun*, 1979, núm. 223, pp. 35-38.

de la CEE ha señalado en el «Memorándum sobre la creación de una marca comunitaria» de 6 de julio de 1976 (59), que el actual sistema de la territorialidad que rige esta materia impide que el titular de una marca obtenga una protección unitaria y eficaz en todos los Estados miembros. La libre circulación de las marcas, al igual que sucede con las patentes, no puede garantizarse a través exclusivamente de la armonización de las legislaciones nacionales, porque aunque se llegara a una homologación y equivalencia en el fondo y en la forma de las distintas disposiciones internas, es impensable que el Encargado de un Registro nacional sea capaz de averiguar ante cada solicitud de inscripción, la existencia o no de marcas anteriores en los demás Estados miembros. Sólo la creación de un organismo común —Oficina comunitaria de marcas— permite resolver los conflictos que plantea la coexistencia de marcas idénticas o similares pertenecientes a empresas vinculadas a distintos Estados miembros y que no se hallan unidas entre sí por ningún lazo económico. Es evidente que la creación de un órgano común no puede tener lugar a través de legislaciones nacionales paralelas, aunque estén armonizadas, y sí sólo a través de un convenio entre Estados miembros o un reglamento comunitario (60).

En definitiva, respecto de aquellas materias que por estar conectadas a sectores expresamente previstos en el TCEE pueden ser objeto de regulación tanto por una directiva como por un convenio o un reglamento, puede suceder que por su carácter eminentemente comunitario precisen de una reglamentación capaz de superar la diversidad entre legislaciones nacionales y los obstáculos derivados de la protección exclusivamente territorial de ciertos derechos. El establecimiento de relaciones jurídicas a nivel comunitario pone de manifiesto que en ocasiones la adopción de medidas nacionales paralelas y análogas es insuficiente, siendo necesario proceder a la creación de un derecho único y a la centralización de la protección jurídica, a través del convenio internacional o del reglamento comunitario.

IV. DELIMITACION DEL ARTICULO 100: AMBITO DE APLICACION Y EFECTOS

Una vez señalado el lugar que ocupan las directivas de armonización en el contexto general del TCEE, conviene precisar algo más el alcance de la armonización a partir del análisis del contenido del artículo 100 y de su utilización en la práctica comunitaria.

(59) *Bulletin des Communautés européennes*, Supp. 8/79, pp. 7-16.

(60) Cuestión distinta y que no trataremos por exceder del presente artículo es la de la concurrencia entre el convenio y el reglamento y que ha sido objeto de atención por parte de la doctrina. Vid. SCHWARTZ, J. E.: Ob. cit. *Clunet*, 1978, pp. 551-804, y del mismo autor: «L'Article 235 and Law-Making Powers in the European Community», *The International and Comparative Law Quarterly*, 1978, pp. 614-628, donde se muestra resueltamente partidario del reglamento comunitario frente al convenio entre los Estados miembros, alegando, entre otras ventajas, la rapidez en su adopción y la posibilidad de garantizar en mayor medida su legitimidad democrática. También VOGELLAR, Th. W.: «The approximation of Laws of Member State under the Treaty of Rome», *Common Market Law Review*, 1975, afirma el carácter superfluo del convenio internacional en el

Conscientes de los peligros que entraña para la autonomía legislativa de los Estados miembros, un mecanismo jurídico susceptible de ocasionar no sólo la coordinación y armonización de las legislaciones, sino también su unificación (61), interesa valorar el uso que la práctica ha hecho del mismo desde la doble perspectiva formal y material.

Desde el punto de vista formal, se trata de averiguar la idoneidad y alcance de las directivas como instrumento de integración jurídica, y desde el punto de vista material de examinar su justificación por razón del contenido de las propuestas de directiva de la Comisión y de las directivas adoptadas por el Consejo hasta el momento presente.

1. LIMITES DEL ARTICULO 100 POR RAZON DEL INSTRUMENTO UTILIZADO

Con frecuencia se afirma que el límite a la integración jurídica de los Estados miembros, fuera de los sectores expresamente regulados en el TCEE, viene dado por qué el artículo 100 sólo faculta al Consejo a adoptar directivas por unanimidad y por qué las directivas, en la medida en que dejan en libertad a los Estados para elegir los medios y formas de ejecución más adecuados para realizar los resultados que en ellas se fijan, sólo permiten armonizar las legislaciones internas, impidiendo traspasar el umbral de la unificación.

Este tipo de razonamiento, exclusivamente técnico-formal, conduce a la afirmación de que, siendo el reglamento el único instrumento previsto en el TCEE susceptible de crear un derecho comunitario único, directamente aplicable en todo el territorio de la Comunidad, y siendo la directiva un mecanismo idóneo sólo para lograr la armonización legislativa, la unificación del derecho queda reducida, en el contexto comunitario, a la adopción de convenios entre los Estados miembros.

Dicho razonamiento, si bien refleja la legítima preocupación por preservar la singularidad, particularidad y especificidad de los derechos internos, desconoce, sin embargo, las modalidades y efectos que la práctica comunitaria viene atribuyendo a la directiva, concretamente, a través de la **redacción minuciosa y detallada** de ciertas directivas y del reconocimiento de **efectos directos** de alguna de sus disposiciones.

A) **Carácter minucioso y detallado de ciertas directivas.**

El artículo 189,3 del TCEE, parte de la colaboración entre los órganos comunitarios y los órganos nacionales en el proceso de adopción y ejecución de las directivas. A los primeros les corresponde fijar los resultados a alcanzar, dejando a los segundos, la facultad de elegir los medios y la forma necesaria para su

contexto del TCEE como instrumento de integración jurídica. El Tribunal de justicia de las Comunidades tuvo ocasión de tratar este tema en la sentencia que enfrentó a la Comisión y al Consejo, de 31 de marzo de 1971, en el asunto «AETR» Aff. 22/70 *Recueil*, 1971/3, pp. 263 y ss.

(61) Vid. Supra, p. 405. ...

cumplimiento. Los **medios** internos pueden consistir en la introducción de una normativa nueva, en sectores que hasta el momento carecían de reglamentación; modificar o completar la legislación existente; u optar en favor de alguna de las distintas propuestas insertas en el texto de la directiva. La **forma** hace referencia a la posibilidad de que las medidas internas de ejecución de la directiva revistan el carácter de ley, reglamento o acto administrativo..., según sea el alcance que en cada una de las Constituciones de los Estados miembros se reconoce a la «delegación legislativa» en favor del ejecutivo.

En la práctica, no siempre es posible mantener este equilibrio entre la intervención de la Comunidad y la actividad legislativa o reglamentaria reservada a los Estados miembros. Desde el punto de vista de la **técnica jurídica** utilizada en la elaboración de normas, ZWEIGER pone en duda la idoneidad de la directiva como instrumento de armonización del derecho exclusivamente, ya que a menudo su utilización conduce necesariamente a una auténtica unificación. Con frecuencia es imposible disociar la cuestión de la búsqueda concreta de normativa, de la elección de la forma y medios de resolver esta cuestión (62). Desde el punto de vista **económico**, LIMPENS indica que en determinadas materias, dado su carácter **técnico** o **administrativo**, las diferencias de detalle pueden constituir un obstáculo a los intercambios comunitarios, de tal modo que el resultado previsto en la directiva sólo puede alcanzarse a través de instrucciones muy precisas que excluyan todo margen de apreciación por parte de los Estados (63).

Un breve análisis de las directivas adoptadas en virtud del artículo 100 con el fin de eliminar los **obstáculos técnicos a los intercambios** (64) y garantizar la libre circulación de los productos, generalmente industriales, una vez eliminadas las barreras arancelarias —derechos de aduana, tasas de efecto equivalente— y no arancelarias —restricciones cuantitativas, medidas de efecto equivalente— pone de relieve que a menudo la definición precisa del «resultado a alcanzar» comprende, de hecho, los medios susceptibles de ser utilizados, quedando reducida, en la práctica, la libertad de los Estados a la elección de la forma que pueden revestir las medidas nacionales de ejecución (65).

En estos sectores, predominantemente técnicos o comerciales, una interpretación rígida del artículo 189.3, en el sentido de que debe respetarse, en todo caso, la libertad de los órganos estatales para elegir no sólo la forma, sino también los medios más adecuados para alcanzar el resultado previsto en la directiva, podría convertir este acto en un instrumento inadecuado para llevar a cabo la

(62) ZWEIGERT, R.: Ob. cit., *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 1969, pp. 641-642, señala que «la formulación redactada en el artículo 189, III del TCEE, en forma tan elegante, como parece a primera vista, desconoce que la armonización del derecho exige en muchas situaciones, de forma imperativa, una concepción uniforme integrada por el objeto, por los medios de realización y por la forma de enunciación normativa».

(63) LIMPENS: Ob. cit. *Revue internationale et du droit comparé*, 1967, p. 680.

(64) Para la definición de obstáculos técnicos al intercambio», vid. Supra, p. 404, nota 33.

(65) Son numerosos los ejemplos de directivas de este tipo que podrían citarse, por ello nos remitimos a la lista de «Medidas de aproximación» que periódicamente publica la Comisión en el *Boletín de la CE*, y, en particular, a las comprendidas bajo el epígrafe «Droit relatif aux méthodes de production et aux caractéristiques des produits commercialisés et utilisés».

acción que el artículo 3 h) del TCEE, encomienda a la Comunidad en orden a «armonizar las legislaciones nacionales en la **medida necesaria** para el funcionamiento del Mercado Común». Por el contrario, una interpretación del artículo 189,3, en base al principio del «efecto útil», reiteradamente proclamado por la jurisprudencia (66), permite defender la adopción de directivas detalladas y minuciosas, en donde al desaparecer toda distinción entre resultado y medio, ocasionan una auténtica unificación del derecho estatal, cada vez que por razón de la naturaleza de la materia a regular éste es el único camino eficaz para evitar que la disparidad legislativa de los ordenamientos internos obstaculice el funcionamiento del Mercado Común.

La necesidad de tener en cuenta, caso por caso, las características de la materia a regular a la hora de valorar las restricciones a la autonomía que el artículo 189,3 reconoce a los Estados ha sido afirmada por el Presidente de la Comisión en el debate oral que tuvo lugar en la sesión del Parlamento europeo de 10 de octubre de 1978 (67). Mr. JENKINS se pronunció textualmente en los siguientes términos: «Nosotros preferimos fijar los objetivos esenciales a alcanzar y dejar que sean los Estados quienes cuiden de ejecutarlos. No obstante, nosotros debemos proceder, caso por caso, ya que el volumen de datos necesarios en una directiva dada, varía según sea el tema tratado y depende del grado de armonización necesario...».

Esta interpretación amplia de la directiva, en cuanto susceptible de ocasionar no sólo la armonización, sino también la unificación de las disposiciones internas en la medida necesaria para el funcionamiento del Mercado Común (art. 3 h), estuvo también presente en la «Propuesta de mejora del procedimiento de aproximación» que el «Comité de los tres sabios» presentó al Consejo europeo en la reunión celebrada en Dublín del 29 al 30 de noviembre de 1979 (68). Respecto a la forma de las directivas de armonización, se indica que si bien en ocasiones es posible alcanzar un resultado satisfactorio a través de una armonización facultativa o de directivas de carácter general que conceden al Estado suficiente margen de maniobra y tiempo para adecuar gradualmente su práctica, así como a través de medidas menores de carácter específico que toman en consideración el problema concreto que se plantea en un sector particular, en otros supuestos, sólo una armonización completa y vinculante es el único sistema posible.

Por último, cabe señalar que esta interpretación extensiva del artículo 189,3 por parte de la Comunidad ha sido corroborada por la práctica interna de los Estados miembros. Por una parte, no hallamos ningún ejemplo en que los Estados

(66) El principio del «efecto útil» consiste en interpretar una disposición comunitaria del modo más adecuado para conseguir la realización efectiva de los objetivos del TCEE. A título de ejemplo, pueden citarse las siguientes sentencias. Sentencia de 17 de julio de 1960, asunto «República Italiana c. Alta Autoridad», Aff. 20/, Recueil 1960/2, p. 688. Sentencia de 19 de marzo de 1964. Asunto «Sorema», Aff. 67/63, Recueil 1964, pp. 299-317. Sentencia de 21 de junio de 1974. Asunto «Reyners c. Estado belga», Aff. 2/74, Recueil, 1974, p. 631. Sentencia de 3 de diciembre de 1974. Asunto «Van Binsbergen», Aff. 33/74, Recueil, 1974, p. 1299. Sentencia de 3 de febrero de 1976. Asunto «Flavia Manghera», Aff. 19/76, Recueil, 1976, p. 91.

(67) JO, núm. 177, p. 120.

(68) Vid. Rivista di diritto europeo, 1980, núm. 2, p. 215.

hayan interpuesto un recurso de anulación ante el Tribunal de justicia de las Comunidades, sobre la base del artículo 173, impugnando el carácter excesivamente detallado de las obligaciones que derivan de la directiva, aunque quizás esto se deba a que las directivas adoptadas sobre la base del artículo 100 se aprueban por unanimidad de los miembros del Consejo. Por la otra, los Estados no han opuesto resistencia alguna a la recepción de este tipo de directivas en el derecho interno, y con frecuencia, cuando el texto comunitario es jurídicamente completo, en el sentido de que no precisa de ninguna medida de ejecución «activa» por parte de las autoridades nacionales, éstas se han limitado a una simple «transposición por referencia» a las disposiciones de la directiva (69).

Las causas de este modo de proceder suelen obedecer a razones de economía y oportunidad. Con frecuencia nos hallamos ante la siguiente paradoja: cuanto menor es el margen de libertad que la directiva deja al Estado, mayor es la facilidad con que éste la aplica, ya que su transposición al derecho interno sólo le exige una actividad mecánica y formal. Por el contrario, cuanto mayor es la labor de complementariedad que la ejecución de la directiva requiere de los órganos nacionales —modificación de la legislación vigente, introducción de nuevas disposiciones, adopción de medidas de sanción o control...— más difícil y lenta es su aplicación (70). Además de esta tendencia al «menor esfuerzo», hay que tener presente, como indica J. V. LOUIS, que la desconfianza entre los Estados es la que engendra la minuciosidad de las directivas, ya que se teme, con razón o sin ella, que toda laguna en la reglamentación será aprovechada por otros para sacar ventajas competitivas (71).

En definitiva, la posibilidad de unificar la legislación de los Estados miembros depende, no tanto del instrumento-directiva, previsto en el artículo 100 del TCEE, como del peligro que entraña para el establecimiento y buen funcionamiento del mercado común, la subsistencia, en determinados sectores, y por mínima que sea, de diversidad normativa. Se trata, no obstante de una **posibilidad excepcional** derivada del carácter técnico o administrativo de la materia a armonizar, y que sólo puede aceptarse restrictivamente. En este sentido nos parecen plenamente justificadas las críticas dirigidas contra directivas excesivamente precisas, en ámbitos donde la discrecionalidad que el artículo 189,3 reconoce a los Estados miembros no pone en peligro la acción comunitaria. Así, la segunda directiva en materia de sociedades, adoptada sobre la base de los artículos 54, 3 g) y 100, ha sido objeto de numerosas críticas (72), en cuanto que impone un único medio para proteger a los accionistas originarios frente a las nuevas ampliaciones de capital, susceptibles de frustrar sus derechos a las reservas creadas con su esfuerzo. La opción de la directiva en favor del derecho del accionista originario

(69) Cuestión distinta es la que se plantea respecto de aquellas disposiciones de la directiva que por consistir en: obligaciones de no-hacer; obligaciones de «standstill»; u obligaciones «self-executing», no precisan de la adopción de medidas internas de transposición.

(70) KOVAR, R.; LAGARDE, P. y TALLON, D.: Ob. cit., *Cahiers de droit européen*, 1970, p. 299.

(71) LOUIS, J. V.: Ob. cit. Bruxelles, 1980, p. 55.

(72) JO, L 26, de 31 de enero de 1977, p. 1. Vid. comentarios en RODIERE, R.: Ob. cit., *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, pp. 352-356, y KELLERMANN: Ob. cit., *Cahiers de droit européen*, 1968, p. 259.

a una suscripción preferente de capital, excluyendo otros medios vigentes en los Estados miembros, que persiguen idéntica finalidad, tales como la transformación de las acciones originarias en acciones prioritarias en caso de distribución de reservas creadas con anterioridad a la ampliación del capital, o la obligación de los nuevos accionistas a abonar, además del valor nominal del título, una prima calculada sobre la base del enriquecimiento del que podrían beneficiarse en caso de una eventual distribución de reservas, carece de toda justificación.

B) Efecto directo de ciertas disposiciones de las directivas.

La unificación del derecho de los Estados miembros de la CEE, se ve favorecida no sólo por el carácter minucioso y detallado de ciertas directivas, sino también por el reconocimiento de efecto directo de alguna de sus disposiciones. Señala CEREXHE que el efecto directo que el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha reconocido en ciertos casos a las directivas y a las decisiones, ha ampliado el campo de instrumentos que permiten la creación de normas comunes (73).

Con la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades en el asunto «Sace», de 17 de diciembre de 1970 (74), se inicia una jurisprudencia que cada vez con mayor precisión reconoce la posibilidad de que las disposiciones de una directiva creen derechos subjetivos en favor de los particulares, derechos que deben ser protegidos por las jurisdicciones nacionales.

Cuando se procede al examen de los requisitos que, según el Tribunal de Justicia de las Comunidades, deben concurrir en una disposición comunitaria para que produzca efectos directos, a saber, que se trate de una obligación de hacer o no-hacer, «clara y precisa» tanto respecto al fondo como a la forma; que sea «jurídicamente completa» y que sea «incondicional», es decir, no acompañada de reserva, se pone en evidencia la íntima relación de causa-efecto que existe entre la tendencia del Consejo a adoptar directivas minuciosas y detalladas, que no dejan ningún margen de apreciación a los Estados miembros, y el reconocimiento de efectos directos a las citadas directivas por parte del Tribunal de Justicia (75).

La uniformidad legislativa que origina este tipo de directivas ve, además, aumentada su eficacia al quedar garantizada su interpretación homogénea en todos los Estados miembros de la CEE. Junto al control «normal» que de la aplicación del derecho comunitario ejerce la Comisión y el Tribunal de Justicia a

(73) CEREXHE: Ob. cit., Louven, 1979, p. 333.

(74) Sentencia de 17 de diciembre de 1970. Asunto «Sace» Aff. 33/70, *Recueil* 1970/9, pp. 1223-1224. Pueden citarse, además, a título de ejemplo: Sentencia de 4 de diciembre de 1974. Asunto «Van Duyn», Aff. 41/74, *Recueil*, 1974/8, p. 1337. Sentencia de 1 de febrero de 1977. Asunto «Verbond van Nederlandse Onderhemingen», Aff. 51/76, *Recueil*, 1977/1, p. 126. Sentencia de 23 de noviembre de 1977. Asunto «Enka», Aff. 38/77, *Recueil*, 1977, pp. 2212-2213, y sentencia de 5 de abril de 1979. Asunto «Tullio Rett», Aff. 148/78. *Recueil*, 1979, p. 1654. Para un análisis más detallado de estas sentencias, vid. MILLAN, L.: «La directiva como acto de una comunidad de Estados con integración parcial», *Revista de Instituciones Europeas*, 1980, pp. 87-97.

(75) GANSHOFF van der MEERSCH: Ob. cit., *Recueil des Cours*, vol. 148 (1975-V), p. 259.

través del recurso «por infracción» cada vez que un Estado no cumple, o cumple parcial o defectuosamente, sus obligaciones derivadas de una directiva —artículos 169 y 171 del TCEE— aparece la posibilidad, gracias al efecto directo de alguna de sus disposiciones, de que los Tribunales internos hagan uso del recurso de «interpretación prejudicial» en base al artículo 177 del TCEE. Como indica AYRAL, a los Estados de nada les sirve oponerse a la sentencia condenatoria del Tribunal de Justicia de las Comunidades, en un procedimiento por infracción, si pueden quedar a merced de los particulares en una sentencia ante sus propios tribunales nacionales (76).

También aquí, la práctica comunitaria favorable al reconocimiento de efectos directos a ciertas disposiciones de las directivas se ha visto corroborada, una vez más, por la actitud de los órganos internos de los Estados miembros. Suele citarse, a título de ejemplo, la Decisión del Consejo de Estado belga de 7 de octubre de 1968, en el asunto «Corveleyn», en que anuló una Orden ministerial de expulsión de una francesa por considerarla contraria al artículo 3 de la directiva del Consejo de la CEE de 25 de febrero de 1964 (77).

Consecuencia de la interpretación que la práctica comunitaria ha dado a las directivas, tanto respecto del margen de discrecionalidad de que gozan los Estados como respecto a los efectos directos de alguna de sus disposiciones, ha sido la atenuación de la distinción que el artículo 189,3, hace entre reglamentos y directivas (78), y la consideración del artículo 100 como un instrumento, no sólo de armonización, sino también de unificación del derecho. Esta interpretación implica una alteración del equilibrio inicialmente previsto en el TCEE, entre aquellas materias que deben ser reguladas a través de un derecho único, directamente aplicable en todo el territorio de la Comunidad, y aquellas otras cuya regulación requiere una colaboración entre los órganos comunitarios y los Estados miembros. Situación susceptible de agravarse ante la imprecisión del campo de acción del artículo 100, «*ratione materiae*», como se verá en el siguiente apartado.

[76] AYRAL, M.: Ob. cit., *Revue du Marché commun*, 1977, núm. 210, p. 425.

[77] Decisión de 7 de octubre de 1968. Consejo de Estado belga (sala 3.ª). Asunto «Coverleyn», *Cahiers de droit européen*, 1969, núm. 3, pp. 343-357.

[78] No obstante, como indica RIPAINSEL-LANDY, en «Notes d'observations. L'application directe des décisions et des directives», *Cahiers de droit européen*, 1971, p. 453, sólo una concepción ambigua de la noción de aplicabilidad directa de las obligaciones dirigidas a los Estados miembros conduce a la confusión entre directiva y reglamento. Para evitar dicha confusión debe distinguirse entre aplicación directa «*sensu stricto*» o plena y completa, y aplicación directa «*sensu lato*» o limitada. La primera sólo se da en el caso del reglamento y de algunas disposiciones del TCEE y produce efectos no sólo en las relaciones entre los Estados miembros y sus nacionales, sino también en las relaciones entre particulares. La segunda, por el contrario, sólo crea derechos y obligaciones para los Estados destinatarios de la directiva, aunque también sea susceptible de producir efectos entre los Estados y sus súbditos, en cuanto se reconoce la posibilidad de que los individuos hagan valer sus derechos ante el juez nacional, pero carecen de toda influencia en las relaciones de los particulares entre sí. Con terminología algo distinta, pero refiriéndose sustancialmente a la misma distinción, otros autores hablan de «efecto vertical» y «efecto horizontal» de las normas comunitarias de aplicación directa. Vid., entre otros, LOUIS: Ob. cit., Bruselas, 1980, p. 65.

2. LIMITES DEL ARTICULO 100 «RATIONE MATERIAE»

La posibilidad de unificar y no sólo armonizar la legislación de los Estados miembros a través de directivas, no debería ser objeto de excesiva preocupación si no fuera por la generalidad con que el TCEE delimita el alcance material de la armonización. Esta falta de precisión deja un amplio margen de apreciación a los órganos comunitarios y facilita la ampliación de la competencia legislativa de la Comunidad más allá de los límites fijados por el TCEE. Una interpretación lata de la esfera material de armonización debe ser vista con recelo, debido al escaso control democrático con que cuenta el poder legislativo comunitario. Hasta el momento presente el Parlamento europeo sólo interviene en el proceso de elaboración de normas a título consultivo, de tal modo que cada vez que se produce un trasvase de competencia normativa de los Parlamentos nacionales a los órganos comunitarios, al estar éstos compuestos básicamente por representantes del poder ejecutivo, en particular el Consejo, se ve afectada la legitimidad democrática de las normas adoptadas (79).

A) Carácter funcional progresivo y complementario de la armonización.

El artículo 3 h), al indicar las distintas acciones que debe llevar a cabo la Comunidad para alcanzar los objetivos del TCEE, se refiere expresamente a la «aproximación» de legislaciones en la **medida necesaria** para el funcionamiento del Mercado Común». La generalidad de estos términos deja un amplio margen de apreciación a la Comisión y al Consejo para determinar si la diversidad legislativa de los Estados miembros puede subsistir sin grave peligro para el funcionamiento del Mercado Común o, por el contrario, debe ser eliminada o atenuada. Sin embargo, esta discrecionalidad disminuye notablemente al fijar el propio TCEE los supuestos concretos en que deberá procederse a la coordinación o armonización de las legislaciones. En todas estas disposiciones específicas (80), se delimita con claridad, o bien el alcance material de la armonización —el artículo 54 h), v. gr. se refiere a las «garantías que se exijan en los Estados miembros a las sociedades en el sentido del artículo 58, párrafo 2, para proteger los intereses de los socios y terceros—, o bien a la naturaleza del obstáculo a eliminar —el

(79) FOYER, J.: «Le contrôle des Parlements nationaux sur la fonction normative des institutions communautaires», *Revue du Marché commun*, 1979, núm. 226, p. 161. Ante la sexta directiva del Consejo, relativa a la «tasa sobre el valor añadido», señala que la cuestión general que se plantea es la de la expropiación legislativa que sufre el Parlamento francés con una aplicación abusiva del TCEE en provecho de una cuasi-legislación comunitaria, que no es más que una legislación de ministros. Para hacer frente a esta situación, el autor propone medidas de control previo a la actividad normativa de la Comunidad por parte de los Parlamentos nacionales.

Esta conveniencia de reforzar el papel del Parlamento europeo ha sido puesta de relieve reiteradamente. Vid. Informe «Vedels», *Bulletin de CE, Suppl. 4/72*. Informe «Tindemans», sobre la Unión europea, en *Bulletin de CE, Suppl. 1/76*, e Informe «Weinkam» (*Doc. IX/65*, núm. 79).

(80) Vid. *Supra*, pp. 405 y 406.

artículo 101, v. gr., se refiere a las disparidades existentes entre las disposiciones legislativas reglamentarias o administrativas de los Estados miembros que falsean las condiciones de competencia en el Mercado Común y provocan, por tal motivo, una distorsión que se debe eliminar—. Por el contrario, el artículo 100, no ofrece ningún criterio preciso de delimitación de su ámbito de aplicación, ni por razón de la materia, ni por razón del obstáculo a eliminar. El artículo 100 se limita a señalar que «...el Consejo por unanimidad y a propuesta de la Comisión establecerá directivas para la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros que tengan una **incidencia directa en el establecimiento y funcionamiento del Mercado Común...**».

La delimitación del alcance del artículo 100 a través de la referencia genérica a las disposiciones internas que tengan una incidencia directa en el establecimiento y funcionamiento del Mercado Común sólo pone de relieve el carácter **funcional, contingente, progresivo y complementario** de la armonización en la CEE.

La subordinación de la acción comunitaria, tanto en el artículo 3 h) como en el artículo 100, a las exigencias del buen funcionamiento del Mercado Común, impiden considerar a la armonización comunitaria como un fin en sí misma, como una actividad que posea valor intrínseco o absoluto, o como una acción a través de la cual se persigue una mayor racionalización del derecho o una mejora de la legislación de los Estados miembros (81). La armonización no es más que un medio para hacer más efectiva la acción comunitaria en la consecución de las cuatro libertades fundamentales, en el establecimiento de un régimen de competencia leal, y en la instauración de las políticas comunes. La **función** de la armonización es asegurar un mejor funcionamiento del Mercado Común a través de la adecuación de las legislaciones nacionales a las nuevas estructuras que surgen de la creación de un mercado más amplio y único donde deben circular libremente los diversos factores de producción bajo un régimen de libre competencia comercial.

Otro de los rasgos generales que se deducen de los artículos 3 h), y 100, es el carácter **progresivo y complementario** de la armonización. La constatación de cuando se produce una «Incidencia directa» en el establecimiento y funcionamiento del Mercado Común requiere una valoración, caso por caso, de los efectos

(81) Editorial Comment. bajo el título «Harmonisation for harmonisation sake?», *Common Market Law Review*, 1978, pp. 4-8; SCHWARTZ, I. E.: Ob. cit., *Revue trimestrielle de droit européen*, 1967, p. 247, indica que la armonización no persigue finalidades tales como la seguridad jurídica, la claridad del derecho, la uniformidad o la racionalidad por sí mismas, sino sólo en la medida en que su realización es necesaria para el establecimiento y funcionamiento del Mercado Común. RODIERE, R.: Ob. cit., *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, p. 398, y LELEUX: Ob. cit., *Cahiers de droit européen*, 1968, pp. 139-140, ponen de relieve que las medidas de armonización no suponen un acuerdo sobre la media nacional ni una composición en base a las leyes más favorables o progresivas de los países miembros. En el mismo sentido se pronunció Van der GROEBEN en la sesión del Parlamento europeo, de 27 de noviembre de 1969, al señalar que la aproximación de legislaciones no tiene por finalidad hallar la media aritmética entre las disposiciones nacionales sino adaptarlas a las exigencias que plantea el buen funcionamiento del Mercado Común, y cuando el funcionamiento es posible sobre la base de las disposiciones existentes, éstas, con sólo ser retocadas, pueden subsistir, cuando, por el contrario, son necesarias nuevas soluciones, éstas deben adoptarse...»

que las disposiciones internas divergentes o simplemente yuxtapuestas (82), ocasionan sobre el Mercado Común. La apreciación del grado en que la pluralidad legislativa interna dificulta el establecimiento de las cuatro libertades fundamentales, obstaculizando los intercambios comunitarios y alterando el régimen de la libre competencia comercial, sólo puede hacerse a la luz del nivel real de integración alcanzado en cada sector del Mercado Común. Se trata de una apreciación subjetiva por parte de la Comisión y del Consejo basada en consideraciones más técnicas —económicas y políticas— que jurídicas, pero sin que ello signifique una absoluta discrecionalidad, ya que por una parte se exige la unanimidad de los votos del Consejo en la adopción de las directivas basadas en el artículo 100, y por la otra, la actividad de los órganos comunitarios está sujeta al control de legalidad por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades en virtud del artículo 175 del TCEE.

Un breve análisis de la acción comunitaria en el campo de la eliminación de los obstáculos técnicos a los intercambios que resulten de las disparidades legislativas, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros, permite ilustrar con claridad este carácter progresivo y complementario de la armonización.

Sólo una vez finalizado el período transitorio, y una vez eliminados los obstáculos a los intercambios de mercancías derivados de los derechos arancelarios y de las restricciones cuantitativas, se puso de manifiesto el efecto negativo que para la libre circulación de ciertos productos industriales o agrícolas suponía la subsistencia en el país de su fabricación de normas reguladoras de su composición, características, clasificación, medición, embalaje o conservación... que diferían de las del país al que el producto estaba destinado (83). En opinión de FAURE, las restricciones a la libre circulación de mercancías derivadas de la disparidad normativa interna quedaban, en la etapa inicial del Mercado Común, enmascaradas detrás de los obstáculos evidentes que ocasionaban los derechos arancelarios y los contingentes (84). Fue sólo después del período transitorio, y ante la imposibilidad de asegurar eficazmente la libre circulación de mercancías, en base únicamente a las obligaciones directamente derivadas del TCEE, en concreto de los artículos 30 a 34, cuando el Consejo decidió adoptar el «Programa general con el fin de eliminar los obstáculos técnicos a los intercambios que resultan de las disposiciones legislativas reglamentarias y administrativas de los Estados miembros de 28 de mayo de 1969 (85). A partir de esta fecha se incrementó notable-

(82) El artículo 100 nada nos dice a cerca de que las disposiciones internas deben ser divergentes para que puedan incidir en el funcionamiento del Mercado Común. A menudo nos encontramos con que disposiciones idénticas que establecen un sistema de control administrativo, dificultan los intercambios al no reconocerse como equivalentes o suficientes, a efectos de comercialización de ciertos productos, en un Estado, los controles efectuados en otro Estado miembro. Vid. Supra, pp. 412 y 413.

(83) Se trata, en general, de normas de policía y seguridad pública destinadas a proteger al consumidor, a la salud pública o al medio ambiente y que entran dentro del campo de restricciones a la libre circulación de mercancías, admitidas en el artículo 36 del TCEE.

(84) FAURE, J.: Ob. cit., *Revue du Marché commun*, 1980, núm. 240, p. 443.

(85) JO, C 76, de 17 de junio de 1969. Este «Programa general» está compuesto por tres resoluciones del Consejo, relativas al establecimiento de un calendario; reconocimiento recíproco

mente la actividad comunitaria en la materia. Frente a la decena escasa de directivas de armonización adoptadas en base al artículo 100, en los primeros años de vida de la CEE —de 1958 a 1969— nos encontramos con que a partir de 1969 y hasta 1979, las directivas adoptadas por el Consejo en ejecución del citado «Programa general» superan las 120, y ello sin contar con más de una veintena de directivas de adaptación al progreso técnico, adoptadas por la Comisión en uso de las facultades que le confiere el artículo 155 del TCEE (86).

El «Programa general» de 1969, fue ampliado en 1973 (87) como consecuencia de la adhesión de nuevos miembros y de la creciente preocupación, tanto en el ámbito interno como en el comunitario por los problemas que plantea la protección del consumidor, el medio ambiente, la explotación racional de las fuentes de energía y la mejora de las condiciones de seguridad en el trabajo. Esta ampliación de los sectores susceptibles de armonización, ha acarreado una modificación de la propia función de la armonización. En las recientes propuestas de directiva de la Comisión, se observa un desplazamiento del interés por cuestiones predominantemente técnicas —eliminación de los obstáculos al intercambio derivados de las normas internas que regulan la fabricación, transformación, comercialización y utilización de los productos industriales y agrícolas— hacia preocupaciones más amplias, que responden a las «nuevas políticas comunitarias» en materia de energía, medio ambiente, protección del consumidor o seguridad laboral (88). No obstante, esta tendencia a ampliar el campo de acción de la armonización comunitaria no ha sido acogida con excesivo entusiasmo por parte del Consejo, de tal modo que en 1979 más de las dos terceras partes de las propuestas de directiva que la Comisión le había transmitido en 1976, no se habían adoptado todavía. Esta lentitud y demora de la acción del Consejo, no puede explicarse únicamente en base al excesivo trabajo y a las dificultades de orden técnico, burocrático o financiero que aquejan a los órganos comunitarios, sino que obedece a razones más profundas.

de controles, y adaptación al progreso técnico de las directivas tendentes a eliminar los obstáculos técnicos al intercambio. Además de un «Acuerdo de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, relativo al 'statu quo' y a la información».

(86) Para el examen del contenido del «Programa general» y de las medidas de ejecución adoptadas, vid. LASNET, E.: «L'élimination des entravés techniques aux échanges dans le CEE», *Cahiers de droit européen*, 1976, núm. 1, pp. 15-29. BEUVE-MERY: Ob. cit., *Revue trimestrielle de droit européen*, 1968, p. 554; 1969, pp. 510-514; 1970, pp. 311-316; ZACHMANN, Kh.: Ob. cit., *Revue du marché commun*, 1977, núm. 207, pp. 250-252.

(87) JO, C 9, de 15 de marzo de 1973.

(88) El Comité Económico y Social de la CEE, señaló recientemente que la eliminación de los obstáculos técnicos a los intercambios debe beneficiar tanto a las empresas como a los consumidores. Para las empresas, la introducción de prescripciones comunes relativas a los productos que fabrican, tiende a aligerar las formalidades a seguir, evitar la multiplicación de producción, a facilitar el estocaje, la distribución y el servicio post-venta. Para los consumidores, la armonización de disposiciones susceptibles de constituir obstáculos técnicos a los intercambios, debería, al intensificar la competencia, contribuir al acceso al mercado de productos menos costosos, y debería igualmente contribuir a una mejor adaptación de los productos a las necesidades de quienes los utilizan y consumen. Además, es indispensable que la armonización tome en consideración la protección de los trabajadores y del medio ambiente. Siendo por esta razón una parte esencial de la política económica con fines sociales. JO, C 72/8, de 24 de marzo de 1980.

En épocas de crisis económica y social como la actual, los Estados se sienten constreñidos a defender con más fuerza sus intereses nacionales y se muestran poco propicios a facilitar el Intercambio. Si bien es cierto que en momentos de expansión económica la eliminación de los obstáculos técnicos favorece las exportaciones, en interés de los productores y de los consumidores, que ven de este modo ampliado el abanico de posibilidades de elección, también es cierto que en momentos de crisis, al producirse una involución industrial y un aumento del paro, los Gobiernos se sienten tentados a intervenir, frenando la liberalización del comercio y evitando la competencia extranjera en el mercado nacional (89).

La reacción comunitaria a estos impulsos proteccionistas de los Estados miembros no se ha hecho esperar y el Tribunal de Justicia de las Comunidades en las sentencias de 20 de febrero de 1979, en el asunto «Cassis de Dijon» (90), y de 26 de junio de 1980, en el asunto «Applevinegar» (91), ha abierto nuevos e interesantes cauces para combatir el proteccionismo económico, tanto oficial como «oculto» (92), así como para promover una liberalización más amplia y efectiva de los intercambios intracomunitarios en aquellos ámbitos donde la armonización no ha tenido todavía lugar.

B) Incidencia de la sentencia «Cassis de Dijon» en el ámbito de aplicación del artículo 100.

En el asunto «Cassis de Dijon», el Hessisches Finanzgericht (Tribunal de Finanzas del Land de Hess) solicitó al Tribunal de las Comunidades que se pronunciara acerca de la compatibilidad con el artículo 30 del TCEE de la legislación alemana que prohíbe importar y vender para el consumo licores con un contenido de alcohol inferior a los 35°, como era el caso del conocido licor de frutas francés «Cassis de Dijon».

El Tribunal de las Comunidades consideró la citada prohibición de la legislación alemana contraria al artículo 30, a través de una Interpretación amplia de la noción «medidas de efecto equivalente» a las restricciones cuantitativas a la Importación. Interpretación amplia que ya se encuentra en anteriores senten-

(89) VOGERAART, T. W.: Ob. cit., *Common Market Law Review*, 1975, núm. 2, resalta que mientras los postulados de la economía de mercado basados en la competencia no falseada fueron válidos, las posibilidades de aproximación fueron numerosas, pero en épocas de crisis como la actual, el fuerte intervencionismo estatal en amplios sectores dificulta enormemente los logros en este campo y cada vez los Estados están menos dispuestos a renunciar a los Intereses nacionales en favor de la acción comunitaria.

(90) Sentencia de 20 de febrero de 1979, Aff. 120/78, *Recueil*, 1979/2, p. 649.

(91) Sentencia de 26 de junio de 1980, Aff. 788/79, *JO, C* 189/8, de 24 de julio de 1980. Todavía no ha sido publicado en el *Recueil*.

(92) FAURE, J.: Ob. cit., *Revue du Marché commun*, 1980, núm. 240, pp. 448-449. Los obstáculos ocultos al intercambio son aquellos cuyo origen no se encuentra en las prescripciones legislativas, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros, sino que proceden de la adopción por parte de organismos o Instituciones de normalización nacionales o europeos, de carácter privado, y como tales, ajenos al campo de acción de las directivas de armonización previstas en el artículo 100 del TCEE.

cias (93), pero que se explicita en los asuntos «Cassis de Dijon» y «Applevinegar», respecto de las «reglamentaciones técnicas y comerciales». Para el Tribunal, todo producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado miembro, debe en principio ser admitido en el mercado de los demás Estados miembros, aunque no cumpla los requisitos de producción, composición y embalaje... que en el país importador se exigen para las mercancías nacionales, y ello con la única excepción de que dichas disparidades obedezcan a exigencias imperativas.

De estas afirmaciones se desprende que a partir del momento en que la diversidad de disposiciones técnicas y comerciales ya no es susceptible de obstaculizar los intercambios intracomunitarios, la necesidad de acudir a la armonización pierde relevancia y que sólo en la medida en que continúa admitiéndose que los Estados pueden excepcionalmente prohibir la importación y venta de productos procedentes de otros Estados miembros, por razones imperativas, la necesidad de acudir a la armonización continúa vigente.

Por **exigencias imperativas** deben entenderse, tanto las **mencionadas en el artículo 36 del TCEE**: moralidad pública, orden público, seguridad pública, protección de la salud y la vida de las personas y animales, preservación de vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional, o protección de la propiedad industrial o comercial, como las **mencionadas por el propio Tribunal**: eficacia de los controles fiscales, lealtad en las transacciones comerciales y protección de los consumidores (94). Dichas exigencias imperativas, en cuanto se conciben como excepción al principio de libertad de los intercambios deben ser interpretadas restrictivamente y sólo se les reconocerán efectos obstaculizadores cuando reúnan las siguientes condiciones: **ser necesarias**, es decir, apropiadas y no excesivas para satisfacer exigencias imperativas; **perseguir una finalidad de interés general** cuyo carácter imperativo justifique las derogaciones a una norma fundamental del TCEE, como es la libre circulación de mercancías; y **constituir una garantía esencial** para alcanzar dicho fin, es decir, ser el medio más adecuado y menos perturbador para los intercambios (95).

La Comisión de la CE se ha mostrado muy receptiva a las repercusiones del asunto «Cassis de Dijon», sobre el ámbito de la armonización. En comunicación escrita de 12 de septiembre de 1980, dirigida al Consejo, al Parlamento europeo y a los Estados miembros (96), indica que su futura labor de armonización deberá **limitarse** al conjunto de reglamentaciones comerciales que establezcan condicio-

(93) En el Asunto «Dassonville», de 15 de julio de 1974, Aff. 8/74, *Recueil*, 1974/5, p. 837, se consideran «medidas de efecto equivalente», a toda reglamentación nacional susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, actual o potencialmente, los intercambios comunitarios. En el mismo sentido se pronunció la sentencia de 15 de diciembre de 1976, en el Asunto Donckerwolcke», Aff. 41/76, *Recueil*, 1976, p. 1921.

(94) Considerando 8, párr. 2 de la citada sentencia de 20 de febrero de 1979. Asunto «Cassis de Dijon», *Recueil*, 1979/2, p. 662.

(95) Acerca de la Jurisprudencia, relativa a estas condiciones, vid. MASCLÉ, J. C.: «Les articles 30, 36 et 100, du Traité CEE à la lumière de l'arrêt 'Cassis de Dijon'», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1980, núm. 4, pp. 619-622.

(96) *JO*, C 256/2, de 3 de octubre de 1980.

nes técnicas o cualitativas a cuyo respeto se subordina la admisión en el mercado nacional de los productos fabricados y comercializados en otros Estados miembros, y ello en **todos aquellos supuestos en que los obstáculos que resulten de dichas reglamentaciones no pueden ser aceptados, en el sentido de los criterios muy restrictivos enunciados por el Tribunal** (97).

En definitiva, creemos que esta jurisprudencia y su asunción por parte de la Comisión están llamadas a alterar profundamente la postura tradicional en materia de armonización de disposiciones técnicas y comerciales. Con relación al **ámbito material** de la armonización, y frente a la opinión tradicional de que los obstáculos a los intercambios que resultan de las disparidades técnicas o comerciales deben ser aceptados y sólo pueden ser eliminados a través de las directivas de armonización previstas en el artículo 100, debe puntualizarse que dicha afirmación sólo es válida respecto de aquellos supuestos en que la disparidad normativa obedece a exigencias imperativas de los Estados miembros, ya que en el resto de los supuestos la diversidad normativa interna deja de ser alegable como límite a la libre circulación de mercancías. Respecto a la **función** de la armonización, hay que señalar que la restricción de su campo de acción como consecuencia de la ampliación del ámbito del artículo 30 del TCEE, permite demostrar, con mayor claridad que en la etapa anterior, que el objetivo de la armonización es más económico que jurídico, y que la armonización en ningún caso supone un fin en sí misma. Cuando el buen funcionamiento del Mercado Común en el sector concreto de la libre circulación de mercancías es posible sin necesidad de eliminar la diversidad y singularidad de las legislaciones internas, resulta superfluo e injustificado todo esfuerzo de homogeneidad normativa. En este sentido, MATTERA considera que «una concepción de la Comunidad legalista y legisladora a ultranza, que tienda a reducir a un solo denominador común a nivel comunitario, todo el arsenal legislativo nacional pertenece, de hoy en adelante, al pasado» (98).

V. CONCLUSIONES

El TCEE prevé distintos mecanismos susceptibles de provocar la integración jurídica entre los Estados miembros —reglamentos, directivas, recomendaciones, decisiones y convenios—. En principio, cada uno de estos mecanismos produce efectos distintos —coordinación, armonización o unificación de las legislaciones internas o creación de un derecho comunitario único—, de ahí el interés por delimitar su respectivo ámbito de aplicación y alcance.

Por regla general, el TCEE procede de forma analítica fijando en cada caso cuáles son las atribuciones de los órganos comunitarios y delimitando de forma precisa su campo de actuación. Sin embargo, no siempre sucede así, y en oca-

(97) En este sentido, vid.: «New Roads for Harmonization of Legislation?», en *Common Market Law Review*, 1980, vol. 17, núm. 4, pp. 463-466.

(98) MATTERA, A.: «L'arrêt 'Cassis de Dijon': une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du Marché commun», *Revue du Marché commun*, 1980, núm. 241, p. 513.

siones recurre a fórmulas genéricas susceptibles de ocasionar dudas y solapamientos en su aplicación. Uno de estos supuestos es el artículo 100 del TCEE, donde con carácter general se establece que el Consejo adoptará las directivas necesarias para eliminar la diversidad normativa interna cuando ésta incida directamente en el establecimiento del Mercado Común.

La precisión del significado y alcance del artículo 100 debe hacerse desde dos perspectivas distintas. Primero, examinando el lugar que ocupa en el contexto general del Tratado, y segundo, analizando su contenido y la utilización del que ha sido objeto en la práctica.

El artículo 3 h) del TCEE, prevé con carácter general la «armonización de legislaciones» como medio auxiliar para evitar que obstáculos de índole jurídica —la diversidad normativa interna— entorpezcan el buen funcionamiento del Mercado Común. La llamada que el artículo 3 h) hace a la armonización, va dirigida tanto al artículo 100 como a una serie de disposiciones dispersas en el Tratado, cuya finalidad es armonizar y coordinar normas internas reguladoras de cuestiones concretas.

La existencia de disposiciones específicas de armonización contribuye a delimitar el ámbito de aplicación del artículo 100. En principio, de conformidad con la regla «specialia generalibus derogant» sólo deberá acudir al artículo 100 cuando la armonización, respecto de una materia concreta, no esté expresamente prevista en el Tratado. Sin embargo, en la práctica la existencia de una disposición específica de armonización no ha impedido basarse concurrentemente en el artículo 100 para atribuir a dicha armonización un alcance mayor al inicialmente previsto en las disposiciones específicas del Tratado. En este sentido las relaciones entre las disposiciones específicas de armonización y el artículo 100 pueden ser tanto excluyentes como complementarias.

El TCEE distribuye la esfera de aplicación del artículo 100 y la de las otras disposiciones genéricas, tales como los artículos 220 y 235, sobre la base de que las directivas de armonización del artículo 100 constituyen un medio auxiliar adecuado para hacer más eficaz la acción comunitaria en sectores expresamente previstos en el TCEE, mientras que los convenios previstos en el artículo 220 y otros que les son equiparables, y los actos comunitarios adoptados en virtud del artículo 235, prevén una acción a nivel gubernamental o a nivel comunitario, en sectores que no están expresamente previstos en el TCEE, pero que son necesarios para alcanzar los objetivos de la Comunidad. Desde este punto de vista es difícil concebir un conflicto entre el artículo 100, por un lado, y los artículos 220 y 235, por otro. No obstante, las nuevas realidades que surgen de la creación de un mercado más amplio y único donde deben circular libremente los diversos factores de producción bajo un régimen de competencia comercial no falseada, ponen de relieve la existencia de materias que, aunque en principio caen bajo la órbita del artículo 100, no pueden ser reguladas satisfactoriamente a través de directivas de armonización exclusivamente. Se trata de materias que al poseer una naturaleza claramente comunitaria, son reacias a ser reguladas a través de la adopción de medidas nacionales paralelas aunque concordantes, o

a través de sistemas de protección y control internos. Las directivas de armonización son útiles para atenuar o incluso eliminar la disparidad normativa interna, pero son incapaces, por sí solas, de superar las dificultades derivadas del fraccionamiento de la Comunidad en distintos ordenamientos estatales o la protección exclusivamente territorial de ciertos derechos. En estos supuestos, el cauce adecuado es, o bien el convenio internacional, o bien el reglamento comunitario, quedando relegadas las directivas de armonización a un papel complementario.

Circumscriba la aplicación principal del artículo 100 a aquellos sectores expresamente previstos en el TCEE y que no son objeto de ninguna disposición específica de armonización, y limitada su eficacia a materias que puedan ser satisfactoriamente reguladas a través de medidas internas paralelas y armonizadas sin necesidad de acudir a un derecho comunitario único o a la creación de órganos comunes de protección y control, interesa examinar la utilización que la práctica comunitaria ha hecho de este artículo.

Si bien en los primeros años de funcionamiento de la CEE, el recurso al artículo 100 fue más bien escaso, debido a que los obstáculos jurídicos al intercambio quedaban enmascarados tras los obstáculos más evidentes derivados de los derechos arancelarios y de los contingentes, su aplicación aumentó considerablemente una vez finalizado el período transitorio. A partir de 1969, y en cumplimiento concretamente del «Programa General» tendente a eliminar los obstáculos técnicos al intercambio que resultan de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados, han sido frecuentes las directivas de armonización adoptadas por el Consejo.

Respecto de estas directivas de carácter predominantemente técnico y administrativo, es interesante resaltar que la redacción detallada y minuciosa de muchas de sus disposiciones, de tal modo que se elimina el margen de libertad dejado a los Estados para elegir entre las formas y los medios de ejecutarlas en el ámbito interno, junto con el reconocimiento de efectos directos de algunas de sus disposiciones, ha hecho desaparecer la distinción establecida en el artículo 189 del TCEE, entre reglamento y directiva, y ha hecho posible que a partir del artículo 100 se alcanzara no sólo la armonización, sino también la unificación del derecho interno.

Sin embargo, esta evolución favorable a una amplia utilización del artículo 100, y que culmina con la revisión del «Programa general» en 1973, y esta interpretación extensiva de los efectos de las directivas de armonización se ha visto gravemente afectada por la actual crisis económica. La involución y proteccionismo estatal hacen que cada vez los gobiernos se muestren menos propensos a adoptar medidas que faciliten la libre circulación de los factores de producción y que eliminen las ventajas competitivas que se derivan de la diversidad normativa interna. Frente a ello los órganos comunitarios —en particular el Tribunal de Justicia a raíz del asunto «Cassis de Dijon» y la Comisión— parecen más inclinados a considerar que la diversidad legislativa entre los Estados no debe ser considerada, en principio, como un obstáculo al intercambio intracomunitario, que a buscar el acuerdo

unánime de los Estados en el seno del Consejo con el fin de atenuar o hacer *desaparecer dichas disparidades*. De proseguir esta tendencia, las *únicas medidas* susceptibles de restringir la libre circulación y, por consiguiente, susceptibles de ser armonizadas a través del artículo 100, serían aquellas de carácter imperativo que dentro de cada Estado miembro persiguen una finalidad de interés general.

NOTAS

