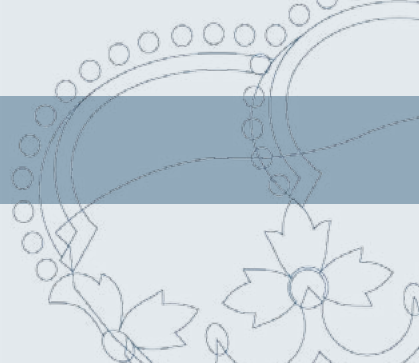


Colección

MONOGRAFÍAS



Libre mercado y protección ambiental

Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas

F. JAVIER SANZ LARRUGA

MARTA GARCÍA PÉREZ

J. JOSÉ PERNAS GARCÍA (DIRS.)



INAP

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**LIBRE MERCADO
Y PROTECCIÓN AMBIENTAL**
Intervención y orientación ambiental
de las actividades económicas

**LIBRE MERCADO
Y PROTECCIÓN AMBIENTAL**
Intervención y orientación ambiental
de las actividades económicas

Directores

F. Javier Sanz Larruga
Marta García Pérez
J. José Pernas García

Prólogo

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Autores

Isabel Caro-Patón Carmona	José María Rábade Blanco
Lucía Casado Casado	Mariola Rodríguez Font
César García Novoa	Ángel Ruiz de Apodaca Espinosa
Marta García Pérez	Nicolas de Sadeleer
José Carlos Laguna de Paz	F. Javier Sanz Larruga
Blanca Lozano Cutanda	Íñigo Sanz Rubiales
Manuela Mora Ruiz	Marc Tarrés Vives
José Manuel Pérez Fernández	Íñigo Urrutia Libarona
J. José Pernas García	

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MADRID, 2013

SUMARIO

Presentación	21
Prólogo	23

Primera Parte

EL MEDIO AMBIENTE COMO FACTOR DE LIMITACIÓN DEL MERCADO. MERCADO INTERIOR Y MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE ORDENACIÓN AMBIENTAL

AUTONOMÍA REGULADORA AMBIENTAL Y LIBRE CIRCULACIÓN DE BIENES, <i>Nicolas de Sadeleer</i>	37
I. Introducción	37
II. Barreras arancelarias a la libre circulación de bienes	40
1. Observaciones preliminares	40
2. Prohibición de derechos de aduana y de exacciones de efecto equivalente con arreglo a los artículos 28 y 30 TFUE	42
A. Ámbito de actuación	42
B. Gravámenes admisibles	43
3. Prohibición de tributos internos discriminatorios con arreglo al artículo 110 TFUE	46
A. Consideraciones generales	46
B. Análisis de las similitudes entre productos nacionales e importados	48
C. Sistema diferenciado de tributación	51
III. Prohibición de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación y exportación	54
1. Observaciones preliminares	54
2. Ámbito de aplicación personal de los artículos 34 y 35 TFUE .	55

3. Ámbito de aplicación material de los artículos 34 y 35 TFUE. .	56
A. MEE sobre importaciones.	57
a) De Dassonville a Keck.	57
b) <i>Remolques y Embarcaciones suecas</i> : un enfoque con tres vertientes del concepto de MEE.	59
c) Medidas reguladoras del uso de productos que se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE . .	63
d) Límites al ámbito de aplicación material del artículo 34 TFUE	65
B. MEE sobre exportaciones	66
4. Alcance territorial	68
5. Excepciones a la libre circulación de bienes.	68
A. Artículo 36 TFUE y las exigencias imperativas	69
B. Interpretación restrictiva del artículo 36 TFUE y las exigencias imperativas	71
C. Derechos fundamentales y valores constitucionales nacionales	72
6. La proporcionalidad de las medidas medioambientales contrarias a los artículos 34 y 35 TFUE	72
IV. Conclusiones	75
Bibliografía	76

LA COMPETENCIA ESTATAL PARA LA APROBACIÓN DE NORMAS ADICIONALES DE PROTECCIÓN AMBIENTAL EN ÁMBITOS ARMONIZADOS EN EL NIVEL COMUNITARIO: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LOS ARTÍCULOS 114 Y 193 TFUE, <i>Manuela Mora Ruiz</i>	79
---	----

I. Introducción: la posición del medio ambiente en los tratados y su relación con el funcionamiento del mercado interior como cuestión previa	79
II. El art. 114 TFUE y la armonización para la realización del mercado interior: el medio ambiente como elemento de <i>derogación</i> del régimen armonizado	82
1. Sentido y alcance del mercado interior: la armonización normativa como clave de su realización	82
2. El sistema de excepciones a la armonización del funcionamiento del mercado interior	85
III. El art. 193 TFUE y la armonización para la protección del medio ambiente: el elevado nivel de protección como justificación de la <i>suspensión</i> del régimen armonizado	91
1. El marco jurídico-positivo del artículo 193	91

2. El régimen de suspensión de la norma armonizadora en tanto que garantía de un nivel elevado de protección ambiental	96
IV. Consideraciones finales	103
Bibliografía	104
LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS ACTIVIDADES DE BAJA INCIDENCIA EN EL ENTORNO. COMPLEJIDAD Y EVOLUCIÓN DE LA TÉCNICA DE LA COMUNICACIÓN AMBIENTAL, <i>Mariola Rodríguez Font</i>	
I. Introducción	107
II. Las primeras regulaciones de la figura de la comunicación ambiental.	110
III. La comunicación ambiental en las leyes autonómicas de prevención y control de la contaminación	112
1. Objeto y ámbito de aplicación	112
2. Eficacia	116
3. Responsabilidad y control.	117
IV. La comunicación ambiental en las ordenanzas municipales	119
1. Ámbito de aplicación de la comunicación ambiental: las actividades poco contaminantes e inocuas y la funcionalidad de la declaración responsable	120
2. Los procedimientos simplificados de tramitación	123
3. Las «cautelos»: los certificados de compatibilidad urbanística y las consultas	127
4. El procedimiento	129
5. El silencio administrativo	134
V. Conclusiones	135
Bibliografía	140
INSPECCIÓN AMBIENTAL Y LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS, <i>Lucía Casado Casado</i>	
I. Introducción	143
II. Las transformaciones de la actividad de control e inspección ambiental derivadas de los procesos de liberalización de servicios y actividades económicas	144
1. La sustitución de autorizaciones y licencias ambientales por comunicaciones previas y declaraciones responsables. El avance de los regímenes de comunicación y declaración responsable en materia ambiental	144

2.	Las repercusiones de estos mecanismos de intervención administrativa sobre la actividad de control e inspección en materia ambiental.	147
A.	Los principales cambios desde la perspectiva del particular. .	148
B.	Los principales cambios desde la perspectiva de la Administración pública: la función de control <i>ex post</i> de la Administración en el marco de actividades sometidas a comunicación o declaración responsable.	152
3.	La colaboración privada en el ejercicio de funciones de control e inspección ambiental.	157
A.	Las entidades colaboradoras de la Administración (remisión).	157
B.	La colaboración de los propios titulares de las actividades: la proliferación de fórmulas de autocontrol privado.	159
4.	La apertura a otras formas de colaboración: el papel de los Colegios Profesionales.	160
III.	El marco jurídico de la actividad de control e inspección en materia ambiental en el nuevo contexto liberalizador: su regulación en la normativa de intervención ambiental sobre las actividades.	165
1.	La normativa estatal y autonómica reguladora del control y la inspección ambiental de actividades: aproximación general. .	165
A.	La normativa estatal: las escasas previsiones recogidas en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.	166
B.	La normativa autonómica: mayor regulación de la inspección ambiental pero insuficiencia del marco jurídico actual para dar respuesta a las necesidades de control de las comunicaciones y declaraciones responsables.	167
2.	La futura transposición de la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales y su impacto sobre el régimen de inspección ambiental.	174
IV.	El control e inspección de actividades por entidades colaboradoras de la administración: realidad y perspectivas.	177
V.	Reflexiones finales: las principales carencias de la normativa vigente y los retos de la regulación de la inspección ambiental en el actual contexto liberalizador.	184
	Bibliografía.	186

COMUNICACIÓN PREVIA E INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: ACCESO A LA JUSTICIA DE TERCEROS AFECTADOS POR ACTIVIDADES CON INCIDENCIA AMBIENTAL EN EL ÁMBITO LOCAL, <i>Marta García Pérez</i>	193
I. Planteamiento	193
II. Comunicación previa y silencio administrativo	199
1. Comunicación previa y silencio positivo	199
2. Comunicación previa y silencio negativo	201
III. Comunicación previa y denuncia de tercero	203
IV. La vía civil contra el comunicante	205
V. Publicidad registral e impugnación de la comunicación	207
VI. La pretensión de condena en el proceso contencioso-administrativo ..	209
1. La pretensión del recurrente	210
2. Las dificultades que plantea la pretensión de condena en el marco de un proceso provocado por una actividad comunicada ilegal	210
3. La jurisprudencia superadora de las trabas procesales para el ejercicio de la pretensión de condena	215
A. La sentencia del TSJ de Valencia de 7 de abril de 2006 (RJCA 2006/808)	215
B. La sentencia del TSJ de Madrid de 26 de enero de 2012 (RJCA 2012\304)	218
4. Propuestas de <i>lege ferenda</i>	221
5. Aspectos procesales a tener en cuenta en relación con la preten- sión de condena	222
VII. A modo de conclusión	223
Bibliografía	224
 LA INTEGRACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LOS PROCESOS DE NORMALIZACIÓN Y LA PREVENCIÓN DE RESTRIC- CIONES AL MERCADO INTERIOR, <i>Marc Tarrés Vives</i>	227
I. Introducción	227
II. Las normas técnicas y la defensa de espacios jurídico-públicos en el marco de la globalización	229
III. La complejidad de las normas técnicas en su elaboración y aplica- ción	234

IV.	Una breve nota sobre el sistema europeo de normalización en materia de seguridad de los productos y la consideración de los aspectos medioambientales.	237
V.	Normalización y prevención de restricciones al mercado interior por razones medioambientales.	240
VI.	Un ejemplo: el papel de la normalización en el comercio y seguridad de los productos modificados genéticamente.	243
	1. Necesidad y dificultad en el establecimiento de normas técnicas sobre bioseguridad.	243
	2. Bioseguridad y comercio internacional.	245
VII.	A modo de conclusión.	248
	Bibliografía.	248

URBANISMO COMERCIAL Y MEDIO AMBIENTE: EL RETO DE UN MODELO URBANO SOSTENIBLE, *José Manuel Pérez Fernández*. 251

I.	Introducción.	251
II.	La Directiva de servicios y su incidencia en el nuevo marco legal del urbanismo comercial.	254
	1. La Directiva de Servicios: transposición y cuestión competencial.	254
	A. La transposición formal y material de la Directiva de Servicios en el sector del comercio.	255
	B. La cuestión competencial: la priorización de los títulos de ordenación económica frente a la ordenación del territorio y la tutela medioambiental.	259
	2. El control de la instalación de equipamientos comerciales: el problema de los grandes equipamientos comerciales o cuando la excepción se convierte en regla general.	261
III.	El medio ambiente como razón imperiosa de interés general en la nueva regulación del urbanismo comercial: la búsqueda de un modelo urbano sostenible.	264
	1. La tutela del medio ambiente y la ordenación territorial y urbanística como razones imperiosas de interés general que justifiquen el nuevo marco legal del urbanismo comercial.	265
	2. La tutela del medio ambiente en los criterios de otorgamiento de la autorización (o informe) comercial.	269
	3. La planificación territorial del equipamiento comercial: una vía idónea para garantizar la tutela del medio ambiente en el marco de un modelo urbano sostenible.	271
IV.	Conclusiones.	277
	Bibliografía.	278

COMERCIALIZACIÓN DE TRANSGÉNICOS Y MEDIO AMBIENTE, <i>Íñigo Urrutia Libarona</i>	281
I. Introducción	281
II. El marco jurídico: autorizaciones de comercialización de transgénicos	284
1. Fundamento jurídico de la intervención de la UE.	284
2. El marco jurídico.	286
A. Autorización de liberación voluntaria de OMG	287
B. Autorización de comercialización de productos que consistan o que contengan OMG	289
C. Autorización de comercialización de OMG cuyo destino es el alimento humano o los piensos animales	290
III. El control ambiental	292
1. Controles <i>ex ante</i>	292
2. Controles <i>ex post</i>	296
3. Controles ambientales en razón del lugar (áreas protegidas) ...	298
IV. Libre circulación de productos transgénicos autorizados	300
V. Procedimientos especiales para limitar la circulación y el cultivo .	303
VI. Instrumentos para limitar la presencia accidental de transgénicos en otros cultivos	304
VII. La propuesta de cláusula de excepción	308
VIII. Conclusiones	311
Bibliografía	314
 LA PROTECCIÓN AMBIENTAL NO DEBE DISTORSIONAR LA COMPETENCIA, <i>José Carlos Laguna de Paz</i>	 317
I. ¿Son compatibles las políticas ambiental y de defensa de la competencia?	317
II. Regulación y autorregulación	319
III. Principio de libre iniciativa y sus límites	321
IV. Adjudicación administrativa de derechos de uso	323
V. Criterios ambientales en la contratación pública	324
VI. La protección ambiental en la aplicación del Derecho de la Competencia	326
VII. Ayudas estatales para la protección del medio ambiente.	327
VIII. Conclusiones	329
Bibliografía	330

Segunda Parte

**MEDIO AMBIENTE COMO FACTOR DE ORIENTACIÓN
DEL MERCADO. LOS INSTRUMENTOS ECONÓMICOS Y
DE MERCADO PARA INCENTIVAR COMPORTAMIENTOS
SOCIALMENTE RESPONSABLES Y GESTIONAR DE MODO
EFICIENTE LOS RECURSOS NATURALES**

EL PAGO POR SERVICIOS AMBIENTALES PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL MEDIO RURAL: LOS CONTRATOS TERRI- TORIALES, <i>Blanca Lozano Cutanda, Jose María Rábade Blanco</i> . .	337
I. Introducción: ¿quién debería pagar por los servicios de los ecosis- temas? El nuevo principio <i>quien se beneficia paga</i>	337
II. Los sistemas de pagos por servicios ambientales (PSA)	339
III. Los compromisos agroambientales del segundo pilar de la política agrícola común	341
IV. Los contratos territoriales como sistema PSA para el desarrollo sostenible del medio rural	346
1. Definición y naturaleza jurídica	349
2. Finalidades del contrato territorial	353
3. Posibles beneficiarios	353
4. Compromisos del beneficiario	354
5. Procedimiento para la convocatoria de los contratos	355
6. Informe anual nacional del estado de aplicación del contrato te- rritorial	355
Bibliografía	355
 POSIBILIDADES Y LÍMITES PARA EL USO DE LAS ETIQUETAS AMBIENTALES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRA- TACIÓN PÚBLICA, <i>J. José Pernas García</i>	359
I. Introducción	359
II. El uso de los sistemas de ecoetiquetado en las distintas fases del procedimiento de contratación pública	361
1. El papel de las etiquetas ambientales en la determinación y com- probación del cumplimiento de las prescripciones técnicas	361
A. La etiquetas ambientales como elemento de apoyo para ela- borar las prescripciones técnicas	361
B. Las etiquetas ambientales como medio de prueba de cumpli- miento de las cláusulas o criterios ambientales	365
2. Sobre la posibilidad de utilizar las etiquetas ambientales como criterio de adjudicación de los contratos públicos	366

3. La determinación de condiciones de ejecución del contrato por referencia a etiquetas ambientales.	368
4. Límite al uso de etiquetas ambientales derivado de los principios de igualdad y de transparencia	372
A. Los criterios o cláusulas derivadas de etiquetas ambientales deben estar vinculadas al objeto del contrato. No es posible recurrir a especificaciones detalladas para la concesión de una etiqueta que hagan referencia a condiciones subjetivas, es decir, que aludan al comportamiento ambiental o ético del operador económico y no a las características del producto ..	372
B. El órgano de contratación no puede exigir una etiqueta determinada como especificación técnica, o establecer un criterio de adjudicación por referencia exclusiva a un concreto sistema de etiquetado	374
C. Sobre la posibilidad de determinar cláusulas o criterios ambientales (o sociales) por referencia global y expresa a una concreta etiqueta ecológica en los documentos contractuales. .	378
5. El fomento de la contratación pública verde a través de las normas comunitarias reguladoras de sistemas públicos de etiquetado ...	383
III. Conclusiones	385
Bibliografía	386
TRANSPARENCIA EMPRESARIAL E INFORMACIÓN AMBIENTAL, <i>Ángel Ruiz de Apodaca Espinosa</i>	387
I. Introducción	387
II. El derecho a la información ambiental.	389
III. Las obligaciones legales de los sujetos en relación con la información ambiental	391
1. Instalaciones obligadas a suministrar la información al PRTR .	393
2. Auténtica obligación legal de transparencia que exige la correspondiente veracidad de los datos suministrados	394
IV. Los sistemas voluntarios de gestión ambiental y la difusión de la información ambiental	394
1. El Reglamento EMAS y la declaración ambiental	396
A. La declaración ambiental	397
B. Contenido de la declaración ambiental en el sistema EMAS y su verificación	398
2. La ISO 14001 y la inexistencia de declaración ambiental	400
3. El sistema de ecoetiquetado	401
V. La responsabilidad social corporativa y la transparencia ambiental de las organizaciones	402

1. La transparencia ambiental en las cuentas anuales de las empresas	406
2. La Recomendación 2001/43/CE, relativa al reconocimiento, medición y la publicación de cuestiones ambientales en las cuentas anuales	407
3. El <i>Global Reporting Initiative</i> (GRI). Criterios para la elaboración de una memoria de sostenibilidad pública	409
4. Otros índices relativos a la transparencia ambiental de determinadas organizaciones y empresas	413
A. <i>Carbon Disclosure Project</i>	413
B. <i>Newsweek Green Ranking</i>	414
C. Informe Reporta	415
VI. Conclusiones	415
Bibliografía	417

ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE LA ECO-INNOVACIÓN Y EL DISEÑO ECOLÓGICO, *Francisco Javier Sanz Larruga*

I. Introducción	421
II. La decidida apuesta por la eco-innovación en la Unión Europea ..	422
1. El concepto de la eco-innovación	422
2. Los hitos fundamentales en la implantación de la eco-innovación en la Unión Europea	424
A. El «Plan de acción para las tecnologías ambientales» de 2004.	424
B. El «Programa Marco para la Innovación y la Competitividad (2007-2013)»	427
C. El Plan de Acción sobre Consumo y Producción Sostenibles y una Política Industrial Sostenible de 2008	428
D. La «Estrategia Europa 2020» y el fomento del crecimiento sostenible	429
E. Iniciativa emblemática de Europa 2020. «Unión por la innovación»	430
F. Una política industrial integrada para la era de la globalización: poner la competitividad y la sostenibilidad en el punto de mira	431
G. Una Europa que utilice eficazmente los recursos. Iniciativa emblemática con arreglo a la Estrategia Europa 2020	433
H. Plan de Acción sobre Eco-innovación (Eco-AP)	436
3. Breve referencia al régimen jurídico de la eco-innovación en España	439

III.	El diseño ecológico como aplicación primordial de la eco-innovación. Aproximación a su régimen jurídico.	440
1.	Concepto y antecedentes del diseño ecológico o «eco-diseño» .	440
2.	La «política integrada de productos» de la Unión Europea como base fundamental del diseño ecológico.	442
A.	El Libro Verde sobre la política de productos integrada. ...	442
B.	El desarrollo del concepto de ciclo de vida medioambiental	445
3.	El grupo normativo que incorpora la metodología del diseño ecológico de productos	448
A.	Precedentes	448
B.	La regulación sobre el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a productos relacionados con la energía.	448
a)	Base normativa: las Directivas 2005/32/CE y 2009/125/CE. Ámbito de aplicación	448
b)	Fines y objetivos principales	450
c)	Fundamento y enfoque normativo. El análisis del ciclo de vida	450
d)	Las medidas de ejecución y los requisitos de diseño ecológico. La solución alternativa de la autorregulación . . .	451
e)	Libertad de circulación de los productos y su previa declaración de conformidad.	453
f)	Actividad de control de los productos por parte de los Estados miembros	455
g)	Responsabilidad del importador y régimen sancionador . .	457
4.	Las normas técnicas y el certificado ambiental «eco-diseño» . .	458
IV.	Algunas conclusiones.	459
	Bibliografía	461
LOS MERCADOS ARTIFICIALES DE RECURSOS NATURALES, <i>Íñigo Sanz Rubiales, Isabel Caro-Patón Carmona</i>		463
I.	Introducción: las razones de la creación de mercados para proteger el medio ambiente	463
1.	Mercado y policía	464
2.	Mercados e impuestos.	465
3.	Los mercados afrontan tanto problemas cuantitativos (escasez del propio recurso natural) como cualitativos (límites máximos de contaminación). Enfoque adoptado	466
II.	Requisitos para crear un mercado de derechos de uso de recursos naturales	466
1.	Requisitos jurídicos.	467
A.	No tiene por objeto bienes <i>extra commercium</i> (aunque sí derechos sobre esos bienes)	467

B. Conveniencia de inexistencia previa de derechos privados .	468
C. Una adecuada regulación, que incluya instrumentos de control	468
2. Requisitos económicos	469
A. Escasez del recurso	469
B. Inducción de la demanda	470
3. Requisitos físicos	471
A. Homogeneidad y mensurabilidad del recurso	471
B. ¿Renovabilidad del recurso?	473
III. El uso del mercado para la protección cuantitativa: ¿sirve el caso del Alto Guadiana como paradigma?	473
1. Antecedentes del Plan Especial del Alto Guadiana	475
2. El Plan Especial	477
A. Medidas destinadas a convertir a todos los usuarios en concesionarios	477
B. El mercado del agua	478
C. La última reforma de la Ley 11/2012	479
3. Qué ingredientes ha de tener el mercado para que funcione. . .	480
A. Requisitos jurídicos	480
B. Requisitos económicos: escasez y demanda	481
C. Requisitos físicos	482
IV. Algunos mercados de protección cualitativa de recursos naturales	483
1. Atmósfera: mercado europeo de emisiones de gases de efecto invernadero	483
2. ¿Un mercado para la prevención de la contaminación difusa de las aguas?	486
V. Conclusión	487
Bibliografía	487

FISCALIDAD DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN. UN PUNTO DE ENCUENTRO ENTRE LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE Y EL REGIMEN DE PROTECCION DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS, <i>César García Novoa</i>	489
I. Introducción	489
II. La protección del medio ambiente es un principio asumido en el Derecho de la Unión, que se superpone y coexiste con las libertades comunitarias	490
III. La protección del medio ambiente en materia de protección contra emisiones atmosféricas.	491
IV. La naturaleza jurídica de los derechos de emisión.	494

V.	Métodos de asignación y transmisión de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y libertades europeas.....	497
VI.	Cuestiones fiscales relativas a los derechos de emisión en el ordenamiento interno español	501
1.	La tributación de las transmisiones y adquisiciones de derechos de emisión con ámbito exclusivamente interno	502
A.	Impuesto sobre Sociedades	502
B.	Impuesto sobre el Valor Añadido	508
VII.	La tributación internacional de los derechos de emisión	510
	Bibliografía	512

AUTONOMÍA REGULADORA AMBIENTAL Y LIBRE CIRCULACIÓN DE BIENES

Nicolas de Sadeleer

Saint Louis University (Bruselas)

Cátedra *Jean Monnet*

Profesor invitado UCL

I. INTRODUCCIÓN

Si bien desde principios de la década de 1970 las políticas medioambientales, tanto nacionales como internacionales, se centraban en la regulación de «fuentes puntuales» de contaminación –instalaciones clasificadas, vertidos en aguas, vertederos, terrenos industriales abandonados, etc.–, a lo largo de la década de 1990 fueron progresando gradualmente hacia el control de la contaminación difusa. A pesar del hecho de que la producción industrial y energética sigue constituyendo una importante fuente de emisiones contaminantes, el crecimiento de las emisiones tiene que ver con el consumo. De hecho, el aumento del consumo de productos y servicios agrava la presión ejercida sobre el medio ambiente. El enfoque tradicional de los procesos de producción ya no resultaba adecuado para salvaguardar el medio ambiente. Ante esta situación, tanto la UE como sus Estados miembros han ido estableciendo una serie de normas sobre productos orientadas a la mejora de la protección medioambiental.

Teniendo en cuenta los distintos enfoques sobre normativa de productos que se desarrollan por toda la UE, surge el temor de que se levanten nuevas barreras al libre comercio. Para algunos, bajo las medidas nacionales que regulan los productos y servicios para la protección del medio ambiente subyace una política neoproteccionista. De hecho, una mejor protección del medio ambiente a través de la limitación de la salida al mercado o del uso de productos y sustancias peligrosas podría constituir un pretexto plausible para reforzar la competitividad de las empresas nacionales.

Es más, tal estrategia puede resultar más insidiosa mediante el uso de medidas que se aplican sin distinción a los bienes tanto domésticos como importados. ¿Deberían dejarse a un lado estas normas domésticas en favor de la libre circulación de bienes, considerada por el Tribunal de Justicia como «uno de los

principios fundamentales del Tratado»³ y por la mayoría de los autores como un componente esencial del proceso de integración europea? Puesto que lo establecido en el Tratado acerca de la libre circulación ha de ser entendido en términos generales, ¿corresponde a los tribunales interpretar restrictivamente las medidas medioambientales previstas en el TFUE respecto de la libre circulación de mercancías?

Existen dos modos de determinar la compatibilidad de las medidas ambientales tomadas por los Estados miembros con las libertades económicas fundamentales como la libre circulación de bienes: la armonización positiva y la negativa. O bien la medida se evaluará desde la perspectiva del derecho derivado como en el caso de la armonización completa, o bien se observará que la medida va más allá del alcance de las directivas y normas existentes, en cuyo caso su legalidad se evaluará directamente desde la perspectiva del derecho de los Tratados. Eso requiere una pequeña explicación.

En primer lugar, a falta de armonización a través de directivas o reglamentos, o si la armonización mediante medidas de la UE adoptadas habitualmente con arreglo a los artículos 192 a 114 TFUE no se considera completa, se aplica lo dispuesto en el TFUE sobre libre circulación de mercancías (arts. 28, 30, 34, 35 y 110 TFUE). Estas disposiciones prohíben a los Estados miembros restringir la libre circulación (*armonización negativa*). El alcance de estas normas tiende a variar en función de la categoría legal a la que pertenezcan: a cada obstáculo a la libre circulación de mercancías le corresponde una prohibición regulada por normas específicas. Además, estas disposiciones son mutuamente excluyentes.

En segundo lugar, la regulación de productos y servicios que dañan el medio ambiente con frecuencia se rige por normas adoptadas por las instituciones de la UE (*armonización positiva*) en el marco previsto por el TFUE⁴. En tal caso, la libre discreción de las autoridades nacionales para regular el comercio de bienes se limita a medida que se intensifica la armonización. Por ejemplo, la armonización con arreglo al artículo 114 TFUE sobre normas relativas a la comercialización de numerosos productos, como sustancias peligrosas, fertilizantes, insecticidas, biocidas, OGM, turismos, camiones, aeronaves, embarcaciones o equipos eléctricos y electrónicos, crea un marco legal preciso que limita la capacidad de los Estados miembros para establecer sus propias normas sobre productos. La ventaja de dicha armonización es innegable para los productores

³ Véase, p. ej., asunto 265/65 *Comisión/Francia* [1997] Rec. p. I-6959.

⁴ El punto de partida de la política medioambiental de la UE está vinculado a la necesidad de adoptar criterios medioambientales de selección de productos armonizados con vistas a prevenir el riesgo de fragmentación del mercado, resultante de una regulación nacional dispar. Desde finales de la década de 1960, se ha desarrollado un considerable cuerpo de normas europeas que van desde los OGM hasta los vehículos de motor. Ver L. KRÄMER, *EC Environmental Law*, 6th ed., Thomson, 2007, pp. 224-270; N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruselas, ULB, 2010, pp. 207-247.

y distribuidores, ya que permite la fijación de unas normas medioambientales en el ámbito del mercado interno que posteriormente rigen la comercialización de productos y su libre circulación dentro de ese mercado. Dado que esa armonización positiva determina el margen de maniobra del que disponen los Estados miembros con mayor precisión que el cambiante enfoque contencioso, se ha preferido a la armonización negativa.

Por principio, la armonización del mercado interior se opone a la autonomía reguladora del Estado miembro. A modo de ejemplo, muchas directivas y reglamentos con base legal en el artículo 114 TFUE tienen como objetivo facilitar el libre comercio, además de proteger los intereses no comerciales. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas. Por un lado, los apartados 4 a 10 del artículo 114 TFUE autorizan a los Estados miembros para establecer una protección reforzada; por otro, sectores completos del derecho medioambiental derivado priorizan la armonización mínima sobre la plena. Tal es el caso de las normas aprobadas con arreglo al artículo 192 TFUE⁵, que innegablemente reflejan un cierto grado de flexibilidad normativa para la adopción de este tipo de medidas nacionales que regulan los productos en detrimento de la armonización plena.

Así, a pesar del impulso del derecho derivado, el nivel de protección ambiental varía de forma significativa hasta la fecha de un Estado miembro a otro. No obstante, si la legislación del Estado receptor es menos permisiva que la del Estado exportador, el primero dificultará la libre circulación de mercancías, incluso si no establece diferencia alguna de tratamiento entre productos domésticos e importados. Por tanto, se hace necesario examinar permanentemente la justificación y proporcionalidad de la medida doméstica que difiere de las demás⁶.

Este capítulo no tiene como objetivo revisar las controversias surgidas de la interpretación de distintas disposiciones del TFUE sobre la libre circulación de bienes, sino más bien explorar los modos en que estas se aplican a un amplio rango de medidas medioambientales que se inspiran en el derecho administrativo, fiscal e incluso penal.

Ha de trazarse una línea divisoria entre las barreras fiscales y no fiscales a la libre circulación de mercancías. De hecho, frente a una medida que obstaculiza el comercio interestatal, el profesional tendrá que distinguir entre la prohibición

⁵ Por ejemplo, varias directivas sobre gestión de residuos basadas en el artículo 192 TFUE establecen requisitos sobre productos.

⁶ El que un Estado miembro establezca normas menos restrictivas que las que rigen en otro Estado miembro no implica en sí mismo que las normas más restrictivas sean desproporcionadas o, por tanto, incompatibles con el Derecho europeo (asunto C-294/00 *Gräbner* [2002] Rec. p. I-6515, ap. 46; Asunto C-277/02 *EU-Wood-Trading* [2004] Rec. p. I-11957, ap. 47). De hecho, la elección por parte de un Estado miembro de un sistema de protección diferente al de otro Estado miembro no tiene por qué influir en la evaluación de la necesidad y proporcionalidad de las disposiciones discutidas (asunto C-67/98 *Zenatti* [1999] Rec. p. I-7289, ap. 34 y *Gräbner*, ap. 47).

de exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana y de tributos internos discriminatorios (artículos 28 y 30 TFUE, o artículo 110 TFUE) y las restricciones cuantitativas sobre importaciones y exportaciones o cualquier otra medida de efecto equivalente (artículos 34 y 35 TFUE). Por consiguiente, los obstáculos arancelarios y no arancelarios al comercio de bienes se analizan en dos apartados diferentes.

Dado que a cada obstáculo a la libre circulación de bienes y servicios le corresponde una prohibición regulada por normas específicas, la siguiente tabla reúne las disposiciones que se comentarán en este primer capítulo.

Tabla 1
Barreras arancelarias y no arancelarias a la libre circulación de bienes

1.1. *Barreras arancelarias a la libre circulación de bienes*

Derechos de aduana	Artículos 28-30 TFUE
Exacciones de efecto equivalente a los mismos	Artículos 28-30 TFUE
Tributos internos discriminatorios	Artículos 110 TFUE

1.2. *Barreras no arancelarias a la libre circulación de bienes*

Restricciones cuantitativas	Artículos 34-35 TFUE
Medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas	Artículos 34-35 TFUE
Excepciones a la prohibición de restricciones y medidas cuantitativas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas	Artículo 36 TFUE

El Tratado de Lisboa no modifica las disposiciones del TFUE analizadas en este capítulo, pero sí las reenumera por tercera vez. Por una cuestión de comodidad, utilizamos la nueva numeración.

II. BARRERAS ARANCELARIAS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE BIENES

1. Observaciones preliminares

A pesar de la extensión del procedimiento legislativo ordinario (PLO), la armonización fiscal, debido a su naturaleza sensible, sigue estando sujeta, en virtud del artículo 113 TFUE, a un proceso de toma de decisiones que no ha variado desde el Tratado de Roma. De hecho, no obstante lo dispuesto por el PLO, las disposiciones medioambientales «esencialmente de carácter fiscal» de acuerdo con el artículo 192(2), a) TFUE, así como «los impuestos sobre consu-

mos específicos y los otros impuestos indirectos» con arreglo al artículo 113 TFUE, tienen que ser aprobadas por el Consejo de forma unánime en virtud de un procedimiento legislativo especial (PLE) previa consulta al Parlamento Europeo. De hecho, el PLE ha impedido la adopción de un sistema europeo de impuestos medioambientales⁷. Por tanto, a diferencia de la armonización de las normas sobre productos con vistas a la mejora del mercado interno en virtud del artículo 114 TFUE, la armonización de los impuestos ecológicos no hizo ningún progreso.

De ello se desprende que los Estados miembros disponen de una considerable libertad para llevar a cabo su política fiscal con el objetivo de proteger el medio ambiente. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta el hecho de que los impuestos ecológicos recaudados ya sea para aumentar los ingresos o para influir en las empresas y en el comportamiento de los consumidores, pueden suponer una protección para los productos domésticos. Para garantizar que esa política fiscal no sirva a intereses proteccionistas, distintas disposiciones del TFUE pueden prohibir la adopción de instrumentos fiscales dirigidos a la protección del medio ambiente cuando estos instrumentos es probable que perjudiquen al comercio.

Los apartados 2 y 3 abordan dos categorías diferentes de disposiciones que limitan el uso de exacciones arancelarias, incluso aunque dichas exacciones persigan la protección del medio ambiente. La primera de estas dos categorías, que se encuentra en el título II sobre libre circulación de mercancías, contiene los artículos 28 y 30 TFUE, que prohíben a los Estados miembros aplicar derechos de aduana de importación y exportación, o exacciones de efecto equivalente a dichos derechos de aduana (en adelante, EEE). La segunda categoría establece sus bases en el artículo 110 TFUE y prohíbe los tributos internos de naturaleza discriminatoria.

Así, cuando se enfrenta a una medida fiscal, el profesional tendrá que distinguir entre la prohibición de EEE (artículos 28 y 30 TFUE) y los tributos internos discriminatorios (artículo 110 TFUE). El carácter financiero de la medida la incluye en el ámbito de las disposiciones antes mencionadas, y la excluye de la categoría aplicable a las «medidas de efecto equivalente» a las «restricciones cuantitativas» a la importación, con arreglo a los artículos 34 y siguientes del TFUE (en lo sucesivo, MEE).

Considerando que el Tribunal de Justicia ha resuelto a menudo casos relativos a MEE resultantes de medidas nacionales, regionales o locales relativas a la protección del medio ambiente, rara vez ha tenido que resolver cuestiones referentes a la compatibilidad de los impuestos medioambientales con obligaciones de Derecho primario. Sin embargo, tales cuestiones poseen una gran importancia práctica debido al riesgo de conflicto potencial entre los mecanismos fisca-

⁷ Por ejemplo, el Consejo desestimó en 1992 y 1995 los escasos intentos realizados por la Comisión de establecer un impuesto ecológico sobre la energía. Véase COM(97)30 Final, [1997] DO C 139/14.

les nacionales relativos a la protección del medio ambiente –a punto de generalizarse debido al ímpetu que ha conocido recientemente la lucha contra el cambio climático– y el derecho europeo primario, que garantiza la libre circulación de bienes entre los Estados. Es más, la defensa del principio de «quien contamina paga» en los ordenamientos jurídicos tanto europeos como nacionales⁸ debería alentar a los Estados miembros a emplear con mayor frecuencia instrumentos fiscales para reducir la emisión de gases de efecto invernadero, o influir en el comportamiento de productores y consumidores gravando los productos que causan daño o concediendo beneficios fiscales a los productos menos peligrosos⁹.

2. Prohibición de derechos de aduana y de exacciones de efecto equivalente con arreglo a los artículos 28 y 30 TFUE

A. *Ámbito de actuación*

Los artículos 28 y 30 TFUE prohíben a los Estados miembros gravar con derechos de aduana las importaciones y exportaciones interestatales, así como las exacciones de efecto equivalente (EEE), especialmente «derechos de aduana de carácter fiscal». A falta de una definición incluida en el Tratado, el Tribunal definió el concepto de EEE en términos generales para evitar la aparición de nuevas formas de derechos de aduana¹⁰. Según jurisprudencia reiterada, una EEE implica «una carga pecuniaria, por pequeña que sea, cualesquiera que sean su denominación y su técnica, que sea [...] impuesta unilateralmente y que grave las mercancías domésticas o exportadas por el hecho de cruzar la frontera de un Estado miembro, cuando no es un derecho de aduana propiamente dicho»¹¹.

Los derechos de aduana y las EEE son necesariamente proteccionistas y discriminatorios, ya que se aplican al cruzar las fronteras. Existe una prohibición absoluta de tales exacciones, en contraposición a las normas aplicables a los tributos internos recogidos en el artículo 110 TFUE, o a las MEE¹². Por

⁸ Aunque el Tribunal de Justicia debería garantizar el respeto a este principio en los casos de impuestos que llegan ante él, raramente lo invoca. En su condena a la prohibición de exportación de desechos de aceites por parte de Francia por no conformidad con el artículo 36 TFUE, refutó el argumento económico de las autoridades francesas basándose en que la directiva de la UE les otorgaba el poder de «d'octroyer à ces opérateurs des indemnités financées conformément au principe du pollueur-payeur» (asunto 172/82, *Inter-Huiles* [1983] Rec. p. I-555, ap. 13).

⁹ Véase Comunicación de 26 de marzo de 1997 sobre impuestos y gravámenes ambientales en el mercado único COM (97) 9 final. Véase también el Sexto Programa de Acción en materia de Medio Ambiente, art. 3.1, letra c).

¹⁰ Asunto 2/62 *Comisión/Luxemburgo* [1962] Rec. p. 425.

¹¹ Asunto C-90/94 *Haahr Petroleum* [1997] Rec. p. I-4085, ap. 20; asunto C-213/96 *Outokumpu* [1998] Rec. p. I-1777, ap. 20; Asunto C-387/01 *Weigel* [2004] Rec. p. I-4981, ap. 64, y asuntos acumulados C-393/04 y C-41/05 *Air Liquide Industries Belgium* [2006] Rec. p. I-5293, ap. 51.

¹² Asunto 7/68 *Comisión/Italia* [1968] Rec. p. 423. Véase GORMLEY, L., *EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union*, Oxford, OUP, 2009, pp. 384-386.

tanto, están prohibidos los aranceles proteccionistas encubiertos disfrazados de cargas pecuniarias legítimas. La protección del medio ambiente no puede justificar estas exacciones¹³. Además, no existe regla de mínimos: ni el carácter mínimo de la obligación¹⁴ ni la ausencia de efectos discriminatorios o proteccionistas¹⁵ inciden en esta prohibición. Lo mismo se aplica a la ausencia de competencia entre el producto importado y los productos domésticos¹⁶. Finalmente, ninguno de los siguientes elementos puede alterar la clasificación de EEE¹⁷: la forma de tributo, su propósito, su descripción, el método de recaudación y el uso de los ingresos. Por lo tanto, en el caso de un impuesto medioambiental, el uso de los ingresos para financiar políticas medioambientales no incide en la clasificación respecto del artículo 28 TFUE.

En lo referente a las exacciones medioambientales, el Tribunal ha estipulado que las siguientes medidas nacionales son EEE: una cuota interna destinada a financiar un organismo público que promueva el ahorro de energía¹⁸, la obligación de que los exportadores de residuos contribuyan a un fondo para la reintroducción de los residuos exportados ilegalmente¹⁹, un impuesto local sobre el mármol excavado en el territorio de un municipio²⁰, y un impuesto medioambiental sobre el uso de ductos²¹, con independencia del propósito medioambiental de estos gravámenes.

B. *Gravámenes admisibles*

El Tribunal de Justicia afirma que un gravamen escapa a la clasificación de EEE en tres supuestos: «si forma parte de un sistema general de cánones internos aplicables sistemáticamente, con los mismos criterios, a los productos nacionales y a los productos importados y exportados [...], si constituye la contrapartida de un servicio efectiva e individualmente prestado al operador económico, y su importe es proporcional a dicho servicio [...], o también, sujeto a determinados requisitos, si corresponde a controles efectuados en cumplimiento de obligaciones impuestas por el Derecho comunitario»²². Debería pres-

¹³ Véase por analogía, asunto C-7/68 *Comisión/Italia* [1968] Rec. p. 423; asunto C-29/72 *Mari-mex* [1972] Rec. p. 1309; asunto C-78/76 *Steinike* [1977] Rec. p. 595; y asunto C-158/82 *Comisión/Dinamarca* [1983] Rec. p. 3573.

¹⁴ Asunto 24/68, *Comisión/Italia* [1969] Rec. p. 193, ap. 14.

¹⁵ Asunto 24/68 *Comisión/Italia* [1969] Rec. p. 193, en p. 201; asuntos acumulados 2 y 3/69 *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders* [1969] Rec. p. I-211, en p. 222.

¹⁶ Asuntos acumulados 2 y 3/69 *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders* [1969] Rec. p. I-211; y asunto T-115/94 *Opel Austria* [1997] Rec. p. II-39, ap. 121.

¹⁷ Asunto C-45/94 *Ayuntamiento de Ceuta* [1995] Rec. p. I-4385, ap. 28.

¹⁸ Asuntos acumulados C-79–83/90 *Compagnie commerciale de l'Ouest* [1992] Rec. p. I-1873.

¹⁹ Asunto C-221/06 *Stadtgemeinde Frohnleiten* [2007] Rec. p. I-9643.

²⁰ Asunto C-72/03 *Carbonati Apuani v. Carrara* [2004] Rec. p. I-8027.

²¹ Asunto C-173/05 *Comisión/Italia* [2007] Rec. p. I-4917, ap. 42.

²² Asunto 18/87 *Comisión/Alemania* [1988] Rec. p. 5427, ap. 6.

tarse atención al hecho de que estas tres situaciones no entran en absoluto dentro de la definición de un derecho de aduana o una EEE²³. Puesto que deberemos abordar la primera exención –los gravámenes se incluyen en el ámbito de un régimen de exención general–, en el apartado 3 tomaremos en consideración las otras dos excepciones.

En primer lugar, cuando se requiere una carga pecuniaria como contrapartida a un servicio a favor del importador o exportador, es un tributo interno, no una EEE. Conviene recordar que la legislación nacional distingue impuestos o gravámenes (*tax* en inglés, *steuer* en alemán, *skat* en danés, *impôt* en francés, *imposto* en portugués o *belasting* en holandés) de una prestación pecuniaria requerida como contrapartida por un servicio (*gebühren* en alemán, *gebyr* en danés, *redevance* en francés, «tasa» en español, *taxa* en portugués o *heffing* en holandés). Mientras los ingresos de los impuestos van a los presupuestos generales, las tasas, por el contrario, son un pago a cambio de un servicio o coste claramente identificado. En consecuencia, los ingresos de las tasas requeridas como contrapartida por un servicio no afectan a los presupuestos generales. Por otra parte, con arreglo al derecho constitucional, una tasa requerida como contrapartida a un servicio puede ser aprobada por el gobierno, mientras que al legislador le corresponde aprobar un gravamen.

En circunstancias verdaderamente excepcionales²⁴, han de cumplirse tres condiciones para que el tributo escape al alcance de los artículos 28 y 30 TFUE. Debido a la severidad de estas restricciones, el Tribunal rara vez califica una carga pecuniaria como pago por un verdadero servicio administrativo prestado al importador o exportador.

La primera condición es que no debe existir obligación de recurrir al servicio sujeto al tributo²⁵. En otras palabras, no debe imponerse la realización del servicio, que rara vez es el caso de los servicios prestados por empresas públicas en una situación de monopolio o cuasi monopolio.

En segundo lugar, ha de proporcionar no solo un beneficio, en la práctica y de forma individual, al operador económico, sino que ha de suponerle un beneficio real. Como se desprende de la siguiente sentencia, cuando el servicio proporcionado tiene relación con el cumplimiento de una formalidad obligatoria, no existe beneficio real. El Tribunal de Justicia fue capaz de aplicar este requisito a un esquema de gestión de residuos. A pesar de que el derecho derivado obliga a los Estados miembros a reimportar a su territorio los residuos exportados ilegalmente²⁶, la tasa adeudada por los exportadores alemanes a un fondo

²³ BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU*, 3.^a ed., Oxford, OUP, 2007, pp. 67-68.

²⁴ Conclusiones del abogado general AG. W. VAN GERVEN en asunto 340/87 *Comisión contra Italia* [1989] Rec. p. 1483, ap. 10.

²⁵ Asunto 266/81 *SIOT* [1983] Rec. p. I-731.

²⁶ Véase el artículo 26.2, letra a, del Reglamento 259/93 de 1 de febrero de 1993 que ha sido sustituido por los artículos 22 a 24 del Reglamento (CE) n.º 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativo a los traslados de residuos, [2006] DO L 190, 1.

solidario, que se calculó basándose en la cantidad y naturaleza de los residuos exportados, se consideró contraria al artículo 30 TFUE, ya que «el cumplimiento por la República Federal de Alemania de una obligación que el Derecho comunitario impone a todos los Estados miembros, con una finalidad de interés general, a saber la protección de la salud y del medio ambiente, no procura a los exportadores de residuos establecidos en su territorio ninguna ventaja específica o cierta»²⁷. Como resultado, los costes derivados de las inspecciones medioambientales de mercancías al cruzar una frontera han de ser asumidos por las agencias reguladoras.

Por último, las tasas deben ascender a una suma proporcionada con el coste real del servicio²⁸. En este sentido, bastará con dos ejemplos. En su sentencia de 27 de febrero de 2003 sobre la validez de un fondo alemán para cubrir los costes de reimportación de los residuos exportados ilegalmente, el Tribunal de Justicia subrayaba la ausencia de una relación directa entre el importe de la contribución satisfecho por los transportistas de residuos y los costes reales del acto de reintroducir residuos en territorio nacional²⁹. Por citar otro ejemplo, el Tribunal fue más flexible respecto de la proporcionalidad de una tasa en *Escalier y Bonnarel*. Teniendo en cuenta que un pesticida que se presentó como importación paralela puede ser utilizado en circunstancias diferentes a las del producto de referencia, el procedimiento nacional simplificado de autorización de comercialización podría suponer para las autoridades competentes costes que varían de unos casos a otros. En consecuencia, las autoridades estatales podrían gravar los servicios relacionados con dichas importaciones paralelas prestados a los granjeros. No obstante, para respetar el principio de proporcionalidad, «el importe de la tasa impuesta [...] debe ser adecuado a los gastos ocasionados por el control o los trámites administrativos necesarios para el examen de la solicitud de autorización de comercialización»³⁰. Por el contrario, un tributo que no guarda relación con los costes derivados del control o de los pasos administrativos necesarios para el examen de la solicitud de autorización de comercialización es incompatible con el principio de proporcionalidad. Sin embargo, el Tribunal consideró que el principio de proporcionalidad no se oponía a «una evaluación a tanto alzado de dichos gastos»³¹.

Por otro lado, la tasa que grava un control impuesto por el derecho derivado no es una EEE en la medida en que atribuye a las inspecciones llevadas a cabo el cumplimiento de obligaciones impuestas por el derecho comunitario en aras del interés general de la Unión. En contraposición, las tasas por inspecciones requeridas por la legislación nacional constituyen una EEE. Por consiguiente,

²⁷ Asunto C-389/00 *Comisión/Alemania* [2003] Rec. p. I-2001, ap. 35.

²⁸ Asunto 170/88 *Ford España* [1989] Rec. p. I-2305; y asunto C-111/89 *Bakker Hillegom* [1990] Rec. p. I-1735, aps. 12 al 16.

²⁹ Asunto C-389/00 [2003], ap. 45.

³⁰ Asuntos acumulados C-260 y 261/06 *Escalier y Bonnarel* [2007] Rec. p. I-9717, ap. 49.

³¹ *Ibid.*

las autoridades del Estado miembro no pueden cobrar al importador un gravamen para cubrir la inspección, incluso aunque esta esté justificada en virtud del artículo 36 TFUE³².

3. Prohibición de tributos internos discriminatorios con arreglo al artículo 110 TFUE

A. Consideraciones generales

Los Estados miembros tienen considerable libertad para llevar a cabo su política fiscal, a menos que haya sido objeto de armonización a escala europea. Por lo tanto, las medidas fiscales adoptadas en el ámbito nacional se benefician de una presunción de legitimidad a la luz del Derecho comunitario. Sin embargo, si los Estados miembros conservan su soberanía en materia fiscal, no deben discriminar a los productos extranjeros. Así pues, incluso aunque una carga pecuniaria no sea una EEE de acuerdo con los artículos 28 y 30 TFUE, puede seguir siendo contraria al artículo 110 TFUE, que prohíbe a los Estados miembros gravar «directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos [...] superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares» o «que puedan proteger indirectamente otras producciones». El hecho de que el vertido de residuos no tenga valor de mercado no implica que no esté cubierto por el concepto de «productos» en el sentido que establece el artículo 110 TFUE. De hecho, los residuos destinados a la eliminación, si bien no poseen valor comercial intrínseco, pueden dar lugar a transacciones comerciales relacionadas con la eliminación o depósito de los mismos³³.

El alcance del artículo 110 TFUE es tremendamente amplio. Mientras el primer párrafo de esta disposición prohíbe la discriminación entre productos «similares», el segundo párrafo prohíbe gravar productos destinados a proporcionar protección a «otros» productos. Estos dos párrafos, juntos, abarcan un amplio rango de regímenes tributarios que van desde la imposición efectiva de productos idénticos a la imposición marginal de productos de sustitución³⁴.

El artículo 110 TFUE no se solapa con los artículos 28-30 TFUE, que prohíben cualquier carga pecuniaria que grave las mercancías por el hecho de cruzar la frontera³⁵. Tampoco el artículo 110 TFUE se solapa con el artículo 34

³² C. BARNARD, *vid. supra*, p. 44; A. G. TOTH, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law*, vol. II, Oxford, OUP, 2005, p. 7.

³³ Asunto C-221/06 *Stadtgemeinde Frohnleiten* [2007], aps. 36-38.

³⁴ A. G. TOTH, *vid. supra*, p. 712.

³⁵ Las disposiciones que prohíben las EEE en virtud de los artículos 28-30 TFUE no pueden aplicarse de manera acumulativa con la que versa sobre tributación interna discriminatoria y entra en el ámbito de aplicación del artículo 110 TFUE. El motivo de que estas disposiciones sean mutuamente excluyentes es que mientras que los Estados miembros pueden adoptar impuestos y gravámenes dentro

TFUE. Mientras que el artículo 110 TFUE tiene puramente un «propósito fiscal»³⁶, el artículo 34 TFUE se refiere a las barreras no fiscales. En otras palabras, para que la controvertida medida nacional caiga dentro del ámbito de aplicación del artículo 110 TFUE, su objetivo primordial ha de ser fiscal y, por tanto, redistributivo. Por el contrario, el artículo 34 TFUE se refiere a las barreras no fiscales.

A este respecto, cabría preguntarse si instrumentos económicos como los impuestos ecológicos podrían considerarse barreras técnicas³⁷. En otras palabras, si los impuestos ecológicos son más disuasorios que redistributivos, ¿deberían asimilarse a las normas sobre productos y, por tanto, incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE? Para responder a esta pregunta, ha de tenerse en cuenta que la línea que separa los artículos 110 y 34 TFUE es fina, especialmente en los casos en que las cargas domésticas son tan altas que pueden llegar a afectar de forma significativa al comercio interestatal.

En *Comisión/Dinamarca*, el Tribunal señaló que, en ausencia de una producción doméstica comparable, la prohibición que establece el artículo 110 TFUE no era aplicable. En consecuencia, la única posibilidad de evaluar el efecto adverso de la manifiesta tributación excesiva sobre los vehículos en la libre circulación de mercancías es «por referencia a las normas generales contenidas en el artículo [34 TFUE] y ss. del Tratado»³⁸. Sin embargo, parece que este fue el único asunto en el que el Tribunal aludió a la posibilidad de aplicar lo que ahora es el artículo 34 TFUE a una tributación interna excepcionalmente alta.

En sus conclusiones sobre *Danske Bilimportører*, el Abogado General *Jacobs* planteaba que «un impuesto manifiestamente excesivo» –impuesto danés sobre vehículos por valor del doscientos por cien del valor del coche, a pesar de que Dinamarca seguía sin contar con producción propia de automóviles– «puede analizarse excepcionalmente con arreglo al artículo 34»³⁹. El Abogado General concluía que es «totalmente incompatible con los objetivos del mercado

del sistema general de tributación interna en la medida en que no sean discriminatorios, los derechos de aduana y las EEE están categóricamente prohibidos. Respecto de los gravámenes medioambientales, la jurisprudencia ha arrojado algo de luz sobre la línea que se debe trazar entre los ámbitos de aplicación respectivos de los artículos 28-30 y 110 TFUE. Ver asunto C-213/96 *Outokumpu Oy* [1998] Rec. p. I-1777, ap. 23; y asunto C-221/06 *Stadtgemeinde Frohnleiten* [2007], Rec. p. I-9643, ap. 28.

³⁶ A. G. TOTH, *vid. supra*, p. 708.

³⁷ Los impuestos ecológicos han sido definidos por el Tribunal General como «una medida fiscal autónoma caracterizada por su finalidad medioambiental y su base imponible específica. Establece la tributación de determinados bienes o servicios para incluir los costes medioambientales en su precio y/o hacer que los productos reciclados sean más competitivos y orientar a los productores y los consumidores hacia actividades más respetuosas del medio ambiente». Ver asunto T-210/02, *British Aggregates Association* [2006] Rec. p. II- 2789, ap. 114.

³⁸ Asunto C-47/88 *Comisión/Dinamarca* [1990] Rec. p. I-4509. Véase OLIVER, P., *Oliver on Free Movement of Goods*, *vid. supra*, pp. 101-102.

³⁹ Conclusiones del abogado general JACOBS en asunto C-383/01, *De Danske Bilimportører* [2003] Rec. p. I-6523, ap. 42.

interior que un Estado miembro pueda gravar con un impuesto determinadas mercancías importadas de modo que quede sensiblemente afectado el flujo del comercio entre Estados miembros»⁴⁰. No obstante, llegó a la conclusión de que el impuesto danés quedaba fuera del ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE. El Tribunal refrendó el razonamiento del abogado general.

También se podría invocar la sentencia sobre las botellas danesas para defender la aplicación del artículo 34 TFUE a las medidas pecuniarias que conforman una barrera a la importación. En este caso, se impuso un acuerdo de depósito para la comercialización de determinadas botellas –una medida pecuniaria por excelencia– y el Tribunal examinó su conformidad con el artículo 34 TFUE⁴¹. Sin embargo, este argumento no parece convincente, ya que el sistema impugnado era un sistema de depósitos, no un sistema de impuestos. La distinción entre los impuestos puramente reguladores y los redistributivos es más delicada de lo que podría parecer.

Por último, en este contexto es importante subrayar que los Estados miembros adoptan enfoques más bien sutiles respecto de la tributación ecológica. De hecho, el nivel al que se establecen los tipos impositivos resulta más incitador que prohibitorio. Estos impuestos alientan tanto a empresas como a consumidores a modificar su comportamiento. En consecuencia, los tipos impositivos no impiden al consumidor adquirir los productos más contaminantes, sino que los hacen menos atractivos que los productos respetuosos con el medio ambiente.

Para concluir, contrariamente a la jurisprudencia relativa a los artículos 34 y 36 TFUE, «a falta de efecto discriminatorio o protector», el artículo 110 TFUE no permite condenar el carácter excesivo del nivel de tributación que los Estados miembros pueden imponer a determinados bienes⁴². Así pues, nada prohíbe una mayor imposición de los productos que causan daño al medio ambiente, con el objetivo de alentar al consumidor a recurrir a productos menos contaminantes, siempre que dichos impuestos no discriminen a los productos foráneos.

B. *Análisis de las similitudes entre productos nacionales e importados*

Cualquier clase de discriminación hacia mercancías extranjeras está prohibida en virtud del párrafo 1 del artículo 110 TFUE, siempre que exista una similitud entre los productos nacionales e importados. De no existir dicha similitud, los tribunales deben valorar si el producto importado y el nacional compiten, en cuyo caso se aplica el segundo párrafo del artículo 110 TFUE.

⁴⁰ *Ibid.*, ap. 76.

⁴¹ Asunto 302/88 *Comisión/Dinamarca* [1988] Rec. p. I-46, ap. 13.

⁴² Asunto 140/79 *Chemical Farmaceutici* [1981] Rec. p. I-1; asunto C-132/88 [1990], ap. 17; asunto C-47/88 *Comisión/Dinamarca* [1990] Rec. p. I-4509, ap. 10; y asunto C-383/01 *De Danske Bilimportører* [2003] Rec. p. I-6523, ap. 38.

Existe una similitud (concepto clave) si los productos en cuestión entran dentro de la misma categoría de tributación, derechos de aduana o estadísticas, o bien si los consumidores consideran que se pueden utilizar de un modo similar⁴³. En este sentido, el criterio relevante es la intercambiabilidad de los productos. Es necesario determinar si los productos poseen suficientes propiedades en común para ser considerados una elección alternativa para el consumidor. La evaluación de la discriminación requiere, en principio, la existencia de un elemento comparativo entre la producción nacional y sus competidores. A falta de dicha producción, la medida en cuestión parece quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 110 TFUE –en cuyo caso hay que determinar si entra dentro del artículo 34 TFUE–, pero la posición del Tribunal de Justicia no se ha fijado a este respecto.

En determinados asuntos ambientales, apenas se produce debate respecto de la similitud entre productos con diferentes regímenes fiscales. Por ejemplo, poco importa el origen de la tierra contaminada: proceda de lugares contaminados identificados con precisión mediante estudios de campo con arreglo a la legislación austriaca, o proceda del territorio de otro Estado miembro que no posee la misma clase de legislación, la tierra contaminada es una categoría de «residuos destinados de igual modo a la eliminación mediante su depósito permanente en el vertedero» y, por tanto, los dos tipos de tierra contaminada son «productos similares»⁴⁴. Por otro lado, aunque el derecho primario establece el principio de que los daños medioambientales han de rectificarse preferentemente en el origen⁴⁵, lo cual va en consonancia con el principio de proximidad y el de autosuficiencia, es posible que no se diferencie la tierra contaminada identificada por medio de un registro nacional de la tierra contaminada con origen en el extranjero⁴⁶.

Sin embargo, es probable que esta comparación se haga mucho más difícil con respecto a otros casos. A ojos de los consumidores con sensibilidad ecológica, el consumo ecorresponsable que ha florecido en determinados Estados miembros incrementa las diferencias entre productos que cumplen una función similar. Asimismo puede obligar a los tribunales a evaluar el grado de similitud con un nuevo enfoque. Un automóvil equipado con un convertidor catalítico ¿es similar a productos competidores sin esta tecnología? ¿Puede una batería reciclable meterse en el mismo saco que una de usar y tirar? ¿Una botella desechable que no se puede reutilizar es diferente de una reutilizable que no se convertirá en residuos? ¿El pescado criado de forma sostenible se diferencia del resto del pescado? ¿Son todos estos productos sustitutos potenciales?

⁴³ Asunto C-45/75 *Rewe* [1976] Rec. p. 181; asunto C-106/84 *Comisión/Dinamarca* [1986] Rec. p. I-833, ap. 12; y asunto C-302/00 *Comisión/Francia* [2002] Rec. p. I-2055, ap. 24-28. Para un tratamiento detallado, C. BARNARD, *vid. supra*, 50; abogado general TOTH, *vid. supra*, p. 713.

⁴⁴ Asunto C-221/06 *Stadtgemeinde Frohnleiten* [2007], ap. 59.

⁴⁵ Art. 191.2 TFUE.

⁴⁶ Asunto C-221/06 *Stadtgemeinde Frohnleiten* [2007], aps. 60 a 69.

En términos generales, el Tribunal refrenda una amplia interpretación del término «similar» recogido en el párrafo 1⁴⁷. Si se aplica la jurisprudencia tradicional del Tribunal, una calidad respetuosa con el medio ambiente dentro de una misma gama de productos no bastaría para eliminar la similitud entre dichos productos. A modo de ejemplo, un sistema impositivo que exime a los vehículos de motor equipados con catalizador de un impuesto medioambiental y que grava los vehículos sin catalizador se consideraría contrario al artículo 110.1 TFUE si la industria nacional produce fundamentalmente coches limpios. De hecho, en ese caso el impuesto anticontaminación se aplicaría sobre todo a los vehículos extranjeros y probablemente reduciría el número de importaciones.

Hasta ahora, el Tribunal aún no ha resuelto la cuestión de si, en el marco de la tributación selectiva sobre el medio ambiente, los productos considerados por los consumidores como similares pero con distinto impacto medioambiental podrían gravarse de forma diferente de acuerdo a su contribución a la contaminación, pero sin entrar en el ámbito de aplicación del artículo 110.1 TFUE. Al analizar un sistema griego que grava con más dureza los vehículos importados de segunda mano que los adquiridos dentro de sus fronteras, el Tribunal de Justicia determina que los vehículos importados de segunda mano podían compararse con los vehículos de segunda mano adquiridos en Grecia sin especificar si esos vehículos debían considerarse como productos similares o competidores⁴⁸.

Dicho esto, conviene recordar que en la mayor parte de los Estados miembros las expectativas de los consumidores van cada vez más en función de la calidad ecológica de los productos disponibles. A este respecto, la iniciativa de la etiqueta ecológica de la UE merece mención especial, ya que promueve aquellos productos que presentan un comportamiento altamente respetuoso con el medio ambiente⁴⁹. En concreto, proporciona al consumidor «información exacta, no engañosa y con base científica sobre su impacto medioambiental»⁵⁰. Además, no hay que olvidar el hecho de que la Comisión considera que la evaluación de similitudes debe tener en cuenta el objetivo de protección medioambiental. Por tanto, debe considerarse «si los bienes con la misma función pero diferentes propiedades ecológicas debido al contenido o a las diferencias en los métodos de producción pueden considerarse bienes diferentes»⁵¹. Incluso aunque tenga la misma función de un producto competidor, un producto con etiqueta ecológica posee propiedades ecológicas diferentes a las de los productos competidores⁵². Así

⁴⁷ KAPTEYN, P., VERLOREN VAN THEMMAAT, P., *Introduction to the Law of the European Communities*, 3.^a ed., Kluwer, 1998, p. 605.

⁴⁸ Asunto C-375/95 *Comisión/Grecia* [1997] Rec. p. I-5981.

⁴⁹ Reglamento (CE) núm. 66/210 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la etiqueta ecológica de la UE, DO [2010] L 27/1.

⁵⁰ 1.^{er} considerando del Reglamento (CE) núm. 66/210 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la etiqueta ecológica de la UE, DO [2010] L 27/1.

⁵¹ Comunicación de la Comisión de 26 de marzo de 1997, *Impuestos y tasas medioambientales en el Mercado Común*, COM (97) 9 final I-8.

⁵² *Ibid.*

pues, si se adopta la visión de que estos productos deterioran el medio ambiente de forma diferente, se puede extraer la conclusión de que satisfacen distintas necesidades del consumidor. Por último, aunque no menos importante, cabría esperar una evolución de la jurisprudencia en esta materia, debido a la cláusula de integración incorporada en el artículo 11 TFUE.

C. Sistema diferenciado de tributación

El artículo 110 TFUE no prohíbe a los Estados miembros adoptar sistemas de tributación diferenciados respecto de productos similares, ya que tienen como propósito alcanzar objetivos económicos y sociales legítimos. Para que sea admisible, la carga ha de formar parte de un sistema general de tributación que aplique los mismos criterios a productos nacionales y extranjeros y que esté objetivamente justificado por el fin perseguido. El impuesto debe tener los mismos efectos en todos los contribuyentes, ya sean nacionales o extranjeros. El importe que se ha de satisfacer no puede ser mayor para los productos importados. De igual modo, la base imponible y el medio de recaudación del impuesto han de ser idénticos. El resultado, no obstante, es que tal diferenciación únicamente será compatible con el Derecho comunitario si cumple los siguientes requisitos⁵³.

En primer lugar, el Tribunal acepta que los sistemas de tributación diferenciados pueden perseguir objetivos que son compatibles con los requisitos del TFUE y del Derecho secundario. Así, el Tribunal consideró que la compatibilidad de los métodos ecológicos de producción de energía eléctrica con el medio ambiente representaba una meta importante para la política energética de la Unión⁵⁴.

En segundo lugar, se considera que los criterios de diferenciación han de ser objetivos. Este requisito se cumplirá si la política fiscal diferenciada sobre bienes⁵⁵ o energía⁵⁶ se basa en distinciones relacionadas con la naturaleza de las materias primas empleadas o de los procesos de producción energética. Lo mismo se aplica a las exenciones de impuestos al consumo de aceites regenerados⁵⁷ y a la aplicación de un impuesto progresivo basado en la cilindrada de los vehículos de motor gravados⁵⁸. De ello se desprende que la exención del impuesto de consumo a favor de los aceites regenerados y la aplicación de un impuesto

⁵³ Asunto 196/85 *Comisión/Francia* [1987] Rec. p. I-1597, ap. 6; y asunto C-90/94 *Haahr Petroleum* [1997] Rec. p. I-4085, ap. 29.

⁵⁴ Asunto C-213/96 *Outokumpu Oy* [1998] Rec. p. I-1567, ap. 33. El propósito medioambiental puede parecer incluso más importante si el preámbulo de una Directiva subraya la importancia que se atribuye a la incidencia medioambiental de los métodos de producción (Conclusiones del abogado GENERAL JACOBS sobre el asunto antedicho, ap. 58).

⁵⁵ Asunto 46/80 *Vinal* [1981] Rec. p. I-77, ap. 13.

⁵⁶ Asunto C-213/96 *Outokumpu Oy* [1998] Rec. p. I-1801, ap. 31.

⁵⁷ Asunto 21/79 *Comisión/Italia* [1980] Rec. p. I-1.

⁵⁸ Asunto C-132/88 *Comisión/Grecia* [1990] Rec. p. I-1567; y asunto C-113/94 *Casarin* [1995] Rec. p. I-4203. Véase también asunto C-47/88 *Comisión/Dinamarca* Rec. p. I-4509.

progresivo en función del número de cilindros de los vehículos de motor también han de basarse en criterios objetivos.

Estos criterios deben estar en conformidad con el derecho derivado. La diferenciación impositiva basada en criterios medioambientales no estará permitida, por tanto, si el Derecho comunitario prohíbe la adopción de tales medidas. Esto se puede ilustrar con el siguiente caso: se consideró que una distinción fiscal entre aceites minerales de destilación primaria y los derivados de un proceso de regeneración estaba en conformidad con el artículo 110 TFUE, pues la directiva sobre aceites usados no tenía como objetivo armonizar los sistemas nacionales en materia de impuestos sobre consumos específicos y otras formas de tributación indirecta⁵⁹.

En tercer lugar, el respeto de las dos primeras condiciones no elimina el riesgo de un tratamiento fiscal discriminatorio. Supongamos, por ejemplo, que un Estado miembro grava con un impuesto sobre el carbono más elevado un cemento fabricado con carbón que un cemento producido con otras fuentes de energía. Supongamos que este impuesto persigue un objetivo legítimo y se basa en unos criterios técnicos objetivos. El cumplimiento de estos dos criterios no excluye el riesgo de que el impuesto en cuestión pueda suponer un tratamiento menos favorable para el cemento importado que para el cemento nacional de baja emisión de carbono. En ese caso, podría estar infringiendo el artículo 110 TFUE en el sentido de que los efectos de la tributación diferenciada han de evitar, por un lado, toda forma de discriminación –directa o indirecta– hacia las importaciones y, por otro, la protección de la producción nacional⁶⁰. En otras palabras, las medidas medioambientales no deben establecerse de un modo que dé lugar a una discriminación en contra de los productos importados. Si el impuesto en cuestión es discriminatorio por naturaleza, «el hecho de que su finalidad pueda ser de naturaleza medioambiental o de que persiga reducir la contaminación carece de incidencia en una posible declaración de infracción»⁶¹.

En este sentido, el sistema fiscal griego aplicable a los vehículos de segunda mano importados a Grecia, que pretende desalentar el registro de vehículos viejos, peligrosos y contaminantes y, por tanto, fomentar el uso de nuevos vehículos con «tecnología anticontaminante» es un ejemplo notorio. Este sistema fiscal resultó infringir el principio de no discriminación plasmado en el artículo 110 TFUE, a pesar de tener un objetivo aparentemente legítimo⁶². De igual modo, el objetivo de protección del medio ambiente sobre el que se sustenta el régimen fiscal rumano sobre vehículos de segunda mano que toma la forma de mecanismo preventivo del uso de vehículos especialmente contaminantes ha de lograrse

⁵⁹ Asunto 21/79 *Comisión/Italia* [1980], ap. 18.

⁶⁰ Asunto 319/81 *Comisión/Italia* [1983] Rec. p. I-601, ap. 13; asunto 106/84 *Comisión/Dinamarca* [1986] Rec. p. I-833, ap. 22; y asunto C-213/96 *Outokumpu Oy* [1998] Rec. p. I-1801, ap. 30.

⁶¹ Conclusiones de la abogada feneral SHARPSTON en asunto C-402/09 *Ioan Tatu* [2011] Rec. p. I-2711, ap. 38.

⁶² Asunto C-375/95 *Comisión/Grecia* [1999] Rec. p. I-I-5981, ap. 29.

de un modo más completo y coherente mediante la aplicación del impuesto sobre contaminación a todos los vehículos de ese tipo que circulan en Rumanía⁶³.

Cabría preguntarse si la tributación diferenciada con imperiosos motivos subyacentes relacionados con la protección medioambiental debería considerarse válida a pesar de tener potenciales efectos negativos sobre los productos importados. De hecho, un Estado miembro no debería alegar dificultades prácticas para ampliar la desgravación fiscal a los bienes importados, y esto se ha confirmado con frecuencia en casos relacionados con la protección del medio ambiente. Existen varios ejemplos en la jurisprudencia.

En una sentencia sobre la fiscalidad de los vehículos de segunda mano importados en Grecia, el Tribunal rechazó el argumento de las autoridades griegas según el cual la aplicación de los tipos reducidos del impuesto especial sobre el consumo de este tipo de vehículos requeriría un control individual de cada uno de los vehículos en el momento de la importación. El Tribunal declaró que tales dificultades «no pueden justificar la aplicación de tributos internos discriminatorios con respecto a los productos originarios de otros Estados miembros»⁶⁴.

En el asunto *Outokumpu Oy*, el Tribunal condenó un sistema de tributación diferenciada basándose en que gravaba la electricidad a un tipo fijo. Aunque este tipo fijo era más bajo que el mayor tipo aplicable a la electricidad de origen nacional, podía conducir, «aunque solo sea en algunos casos, a una tributación superior de la electricidad importada»⁶⁵. La dificultad técnica de aplicar tipos diferenciados a la electricidad importada no se tuvo en cuenta⁶⁶.

En el mismo sentido, en el asunto *Stadtgemeinde Frohnleiten* el Tribunal sostuvo que: «Si bien es cierto que puede revelarse en extremo difícil para las autoridades austriacas el cerciorarse de que los espacios [contaminados] situados en otros Estados miembros [...] cumplen los requisitos exigidos en la legislación austriaca», esto no puede justificar la aplicación de «la exención aplicable a los residuos procedentes de los espacios contaminados [...] austriacos» cuando los importadores de residuos extranjeros no pueden beneficiarse de dicha exención⁶⁷.

Huelga decir que la negativa del Tribunal a tomar en consideración las dificultades prácticas derivadas de la ampliación de la desgravación fiscal a los productos importados podría poner en peligro los sistemas de tributos medioambientales⁶⁸. Esta jurisprudencia tiene evidentes consecuencias prácticas: si un Estado miembro no puede, por razones prácticas, aplicar la desgravación fiscal dirigida a los productos anticontaminantes nacionales a productos importados de similares características, tendrá que revocar su sistema de tributación diferenciada.

⁶³ Asunto C-402/09 *Ioan Tatu* [2011] Rec. p. I-2711.

⁶⁴ Asunto C-375/95 *Comisión/Grecia* [1997], ap. 47.

⁶⁵ Asunto C-213/96 [1998], ap. 41.

⁶⁶ Ap. 39.

⁶⁷ Asunto C-221/06 *Stadtgemeinde Frohnleiten* [2007], ap. 70 y 71.

⁶⁸ Véase Conclusiones del abogado general MAYRAS en asunto 21/79 *Comisión/Italia* [1980], ap. 1.

III. PROHIBICIÓN DE MEDIDAS DE EFECTO EQUIVALENTE A LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS A LA IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN

1. Observaciones preliminares

Las normas nacionales sobre productos son propensas a enmarcarse en el concepto de «medidas de efecto equivalente» a las «restricciones cuantitativas» a la importación (artículo 34 TFUE) y a la exportación (artículo 35 TFUE). Debido a la preferencia que se le concede a la libre circulación de bienes en el marco del mercado interno, en virtud de los artículos 3.3 TUE y 26 TFUE, estas dos disposiciones son de considerable importancia en el orden jurídico de la UE.

Los artículos 34 y 35 TFUE solamente se aplican a las barreras no cubiertas por otras disposiciones del Tratado. Como hemos visto previamente, las barreras que resultan de la imposición de derechos de aduana o tributos están cubiertas respectivamente por los artículos 28 y 30 TFUE, artículo 110 TFUE, que constituyen *lex specialii* para estos ámbitos. De igual modo, las disposiciones sobre libre circulación de bienes y servicios en el TFUE son mutuamente excluyentes. En este sentido, el asunto *Comisión/Irlanda* representa un buen ejemplo⁶⁹. El hecho de que una convocatoria de licitación para la construcción de una cañería de distribución de agua en un municipio irlandés se relacione con el servicio no excluye la aplicación del artículo 34 TFUE teniendo en cuenta que la cláusula en cuestión exige tuberías de impulsión de amianto para ajustarse a la normativa irlandesa. En efecto, la cláusula se refiere a las calidades intrínsecas de las tuberías, independientemente del objeto de la convocatoria de licitación.

Puesto que ha surgido un gran debate sobre el asunto de los conflictos entre las políticas medioambientales nacionales y estas disposiciones del TFUE⁷⁰, ana-

⁶⁹ Asunto 45/87 *Comisión/Irlanda* [1988] Rec. p. 4929.

⁷⁰ DE SADELEER, N., *Le droit communautaire et les déchets*, Bruselas, Bruylant, París, L.G.D.J., 1995, pp. 73-162; IB., «Les limites posées à la libre circulation des déchets par les exigences de protection de l'environnement», 1993, 5 : 6 *CDE*, pp. 672-696; IB., *Environmental Principles*, Oxford, O.U.P., 2002, pp. 341-354; IB., *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruselas, ULB Press, 2010, pp. 363-412; GERADIN, D., *Trade and the Environment. A Comparative Study of EC and US Law*, Cambridge, CUP, 1997; KRÄMER, L., «L'environnement et le marché unique», 1993, 1 *RMC*, p. 48; IB., «Environmental Protection and Article 30 TFEU», 1993, *CMLRev.*, pp. 111-143; MISONNE, D. y DE SADELEER, N., «Is There Space in the EU for National Product-Related Measures?» en PALLEMARETS, M. (ed.), *EU and WTO Law: How tight is the Legal Straitjacket for Environmental Product Regulation*, Bruselas, VUB Press, 2006, pp. 45-82; NOTARIO, A., *Judicial Approaches to Trade and Environment. The EC and the WTO*, Londres, Cameron & May, 2003; SCOTT, J., «On Kith and Kine: Trade and Environment in the EU and WTO» en VEILER, J.H.H. (ed.), *The EU the WTO and the NAFTA*, Oxford, OUP, 2000, pp. 126-133; TEMMINK, H., «From Danish Bottles to Danish Bees: The Dynamics of Free Movement of Goods and Environmental Protection – a Case Law Analysis», *Yb Eur Env L*, 2000 I, pp. 61-102; VAN CALSTER, G., *International & EU Trade Law. The Environmental Challenge*, Londres, Cameron & May, 2000; VIAL, C., *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruselas, Bruylant, 2006; WIERS, J., *Trade and Environment in the EC and the*

lizaremos brevemente las características de este régimen antes de subrayar las dificultades prácticas que aparecen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Si bien la redacción de los artículos 34 y 35 TFUE es concisa, el significado y por tanto el ámbito de actuación de estas dos disposiciones ha dado lugar a problemas de interpretación. Al contrario que la jurisprudencia sobre aditivos alimentarios, donde el Tribunal de Justicia definió unos límites claros, la jurisprudencia relativa al medio ambiente oscila entre el objetivo de preservar el mercado interno y el deseo de reconocer la protección medioambiental como un asunto de interés público. Es más: la amplia variedad de situaciones afectadas –promoción de las energías renovables, conservación de la biodiversidad, gestión de residuos, regulación de sustancias peligrosas, etc.– no facilita en absoluto la vida de los autores. Finalmente, quedan muchas cuestiones –por ejemplo relativas a la validez de las medidas extraterritoriales, así como a la atenuación de la diferencia entre medidas que se aplican de forma igualitaria e indistinta y medidas que se aplican con distinción– que aún no han sido resueltas por completo por el Tribunal de Justicia, como si este fuese un tema espinoso.

2. Ámbito de aplicación personal de los artículos 34 y 35 TFUE

Los artículos 34 y 35 TFUE se centran fundamentalmente en medidas adoptadas por una autoridad pública. En lo que respecta a temas medioambientales, pueden englobar una gran variedad de tipos diferentes de empresas públicas responsables de una serie de funciones que van desde el tratamiento de las aguas hasta la planificación territorial. A modo de ejemplo, en el asunto *Fra.bo* el Tribunal dictaminó que los artículos 34 y 35 son aplicables a la asociación del derecho privado con una competencia normativa *de facto* respecto de la normalización y certificación de productos empleados en el agua potable⁷¹.

Aunque el principio de libre circulación de mercancías se aplica a las instituciones de la UE de un modo menos estricto que a los Estados miembros⁷², las primeras también están obligadas a cumplir estas disposiciones en la elaboración de su legislación⁷³. En consecuencia, el Tribunal ha evaluado

WTO. *A Legal Analysis*, Groeningen, Europa Law Publishing, 2002; ZIEGLER, A. R., *Trade and Environmental Law in the European Community*, Oxford, Clarendon, 1996.

⁷¹ Asunto C-171/11 *Fra.bo* [2012] ap. 31-32.

⁷² Conclusiones del abogado general POIARES MADURO de 14 de septiembre de 2004 en asunto C-42/02 *Comisión/Países Bajos* [2004] Rec. p. I-11375, aps. 30 a 33. Véase también JACOBS, F. G., «Recent developments in the principle of proportionality in EC law» en ELLIS, E. (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999, p. 21; TRIDIMAS, T., «Proportionality in European Community Law: Searching for the Appropriate Standards of Scrutiny», en *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, *vid. supra*, p. 66; KAPTEYN, P., y VERLOREN VAN THEMMAAT, P., *vid. supra*, p. 640; UNPERATH, H., y JOHNSTON, A., «The Double-headed Approach to the ECJ concerning Consumer Protection», 2007 44 *CMLR*, pp. 1237-1284.

⁷³ Asuntos acumulados 80 y 81/77 *Commissaires réunis* [1978] Rec. p. I-1978, ap. 297; asunto 15/83 *Denkavit Nederland* [1984] Rec. p. I-2171, ap. 15; asunto C-51/93 *Meyhui* [1994] Rec. p. I-3879,

la compatibilidad de los regímenes medioambientales de la UE –gestión de residuos⁷⁴ y CFC⁷⁵– con el principio de la libre circulación de mercancías.

En principio, las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías no se aplican a los individuos⁷⁶, a diferencia de las disposiciones sobre competencia (artículos 101, 102, 106 TFEU), ya que el tribunal puso fin tajantemente a esta polémica en su sentencia en el asunto *Sapod Audic*. Si dos personas jurídicas celebran un contrato relativo a la utilización del logo del Punto Verde para los envases reciclados, lo dispuesto en dicho contrato no se puede calificar como barrera con arreglo al artículo 34 TFUE⁷⁷. Así pues, no existe efecto horizontal alguno.

3. Ámbito de aplicación material de los artículos 34 y 35 TFUE

Se utilizan dos criterios para definir el ámbito de aplicación de los artículos 34 y 35 TFUE, a saber, la naturaleza de las «mercancías» destinadas a circular libremente dentro del mercado interno y la naturaleza de las barreras que afectan a dichas mercancías. A falta de una definición de «mercancías», «restricciones cuantitativas» y «medidas de efecto equivalente» en el Tratado, hemos de recurrir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para determinar el alcance de estas disposiciones.

El concepto de «bienes» no se define en ningún apartado del Tratado. Tanto el artículo 34 como el 35 TFUE emplean respectivamente los términos «importación» y «exportación» en lugar de los términos «bienes» o «productos». En cuanto a los «bienes transportados a través de una frontera para ser objeto de transacciones comerciales [...], independientemente de la naturaleza de dichas transacciones»⁷⁸, el concepto de «bienes» se interpreta en un sentido amplio y puede, por tanto, abarcar productos como los residuos no reciclables⁷⁹.

Con respecto a las medidas que entran dentro del ámbito de aplicación de los artículos 34 y 35 TFUE, conviene recordar que estas disposiciones únicamente se aplican si se puede establecer la existencia de una restricción cuantitativa o una MEE. Dado que resulta improbable enfrentarse a restricciones cuantitati-

ap. 11; y asunto C-114/96 *Kieffer y Thill* [1997] Rec. p. I-3629, ap. 27; asunto C-469/00 *Ravil/Bellon* [2003] Rec. p. I-5053, ap. 86; C-108/01 *Consorzio del Prosciutto di Pama/Asda Stores* [2003] Rec. p. I-5121, ap. 53 C434/02 *Arnold André/Herford* [2004] Rec. p. I-11825, ap. 57; Asunto C-210/03 *R Swedish Match* [2004] Rec. p. I-11893, ap. 59 y asuntos acumulados C-154 y 155/04 *R Alliance for Natural Health* [2005] Rec. p. I-6451, ap. 47.

⁷⁴ Asunto 240/83 *Procureur de la République v. ADBHU* [1985] Rec. p. 555, ap. 13.

⁷⁵ Asunto C-284/95 *Safety Hi-Tech* [1998] Rec. p. I-4301, ap. 63; y asunto C-341/95 *Bettati* [1998] Rec. p. I-4355, ap. 61.

⁷⁶ Asunto C-311/85 *Vereniging van Vlaamse Reishureaus* [1987] Rec. p. I-3801, ap. 30. Véase también el razonamiento implícito en asunto C-325/00 *Comisión/Alemania* [2002] Rec. p. I-9977.

⁷⁷ Asunto C-159/00 *Sapod Audic* [2002] Rec. p. I-5031, ap. 74.

⁷⁸ Asunto C-324/93 *Evans medical* [1995] Rec. p. I-563, ap. 20.

⁷⁹ Asunto C-2/90 *Comisión/Bélgica («Residuos valones»)* [1992] Rec. p. I-1, ap. 27; y asunto C-221/06 *Stadtgemeinde Frohnleiten* [2007] Rec. p. I-9643.

vas, la definición de una MEE es, por tanto, esencial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que a través de una amplia interpretación de la libre circulación de bienes, da más valor al efecto de la medida que a su naturaleza legal. Dicho esto, mientras que el Tribunal optó por un criterio de discriminación a la hora de determinar el ámbito de aplicación del artículo 35 TFUE, también determinó en el asunto *Cassis de Dijon* que todas las medidas que tuviesen un impacto en el comercio intracomunitario, tanto discriminatorias como no discriminatorias, se recogían en el artículo 34 TFUE. Por consiguiente, debe diferenciarse el ámbito de actuación de las MEE sobre importaciones (subapartado a) y exportaciones (subapartado b).

A. MEE sobre importaciones

a) *De Dassonville a Keck*

Desde su sentencia en el asunto *Dassonville* de 11 de julio de 1974, el Tribunal de Justicia ha interpretado ampliamente el concepto de MEE. Según el texto de la sentencia, «toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio en el seno de la Unión debe considerarse como una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas»⁸⁰. Repetida en incontables ocasiones, esta fórmula se sigue citando con regularidad en las sentencias. Su rasgo más llamativo es su inmensa amplitud⁸¹.

En el asunto *Cassis de Dijon*, el Tribunal aclaró que las MEE, que no se limitan a medidas que afectan directamente a las importaciones, englobaban medidas que son «aplicables sin distinción» a bienes tanto extranjeros como domésticos, ya que un productor extranjero podría encontrar una mayor dificultad para respetar estas normas que el productor nacional. De acuerdo con la jurisprudencia establecida, constituyen una MEE prohibida por el artículo 34 TFUE «los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados, a falta de armonización de las legislaciones, de la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros, donde se fabrican y comercializan legítimamente, de normas relativas a los requisitos que han de satisfacer»⁸². La condición de que el bien fuese «legalmente fabricado y comercializado en otro Estado miembro» refleja «la obligación de respetar el principio de reconocimiento mutuo de los productos»⁸³. El reconocimiento mutuo se puede definir como «un principio según el cual la venta de bienes legalmente fabricados y comercializados en un Estado miembro no puede ser

⁸⁰ Asunto 8/74 *Dassonville* [1974] Rec. p. I-837.

⁸¹ OLIVER, P., «Of Trailers and Jet-Skis: is the Case Law on Article 34 TFEU Carrering in a New Direction», 2010 *Fordham Intl L J*, p. 4; BARNARD, C., *vid. supra*, p. 92.

⁸² Asunto C-120/78 *Cassis de Dijon* [1979] Rec. p. 649.

⁸³ Asunto C-110/05 *Comisión/Italia* [2009] Rec. p. I-519, ap. 34 y la jurisprudencia citada; asunto C-108/09 *Ker-Optika* [2010], ap. 48, con notas de DE SADELEER, N., 2011 2 *EJCL*, pp. 435-444.

restringida en otro Estado miembro sin causa justificada»⁸⁴. De ello se desprende que el importador pueda contar con un solo reglamento establecido por el Estado de origen en lugar de tener que superar el obstáculo de enfrentarse tanto con la normativa del Estado de procedencia como con la regulación nacional⁸⁵.

En este contexto, la incorporación con arreglo al antiguo artículo 28 CE (nuevo artículo 34 TFUE) de medidas nacionales que son indistintamente aplicables ha permitido, en cualquier caso, una considerable ampliación del control de los obstáculos al comercio entre los Estados miembros, lo cual por su parte da lugar a dificultades relativas a la justificación de las medidas medioambientales nacionales.

Por último, pero no por ello menos importante, se admite de modo generalizado, tal y como lo muestra de modo coherente la jurisprudencia del Tribunal, que no existe siquiera una excepción *de minimis* al artículo 34 TFUE⁸⁶. En esta línea, el Tribunal aplicó esta disposición a varios asuntos medioambientales independientemente de los efectos que las medidas en cuestión ejerciesen sobre el mercado. Tal y como se ilustra claramente en *Bluhme*, una MEE puede constituir una restricción para una muy pequeña fracción de importaciones de colmenas⁸⁷. De igual modo, en los casos sobre la reutilización de las botellas para la venta en Alemania, el Tribunal de Justicia recordó a las partes que el alcance de la barrera no debía tomarse en consideración, ya que una medida restrictiva ha de ser calificada como una MEE «incluso si el obstáculo es leve y es posible comercializar de otra forma los productos»⁸⁸.

Para concluir, el resultado de la jurisprudencia de *Dassonville* y *Cassis* es que el Tribunal ha aplicado el artículo 34 TFUE de un modo tan amplio que ha afectado no solo a medidas proteccionistas, sino también a normas ambientales de buena fe. Sin embargo, las cuestiones más polémicas en torno al ámbito de aplicación de este *all-encompassing principle*⁸⁹ surgieron durante el transcurso de los siguientes casos.

⁸⁴ Asunto C-120/78 *Cassis de Dijon* [1979] Rec. p. 642, ap. 14.

⁸⁵ ROSAS, A. «Life after Dassonville and Cassis: Evolution but No Revolution» en POIARES, M., MADURO Y AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law* Rome, Oxford, Hart, 2010, p. 440.

⁸⁶ Asuntos acumulados 177/82 y 178/82 *Van de Haar* [1984] Rec. p. 1797, ap. 13 ; asunto 16/83 *Prantl* [1984] Rec. p. 1299, ap. 20; asunto 269/83 *Comisión/Francia* [1985] Rec. p. 837, ap. 10; y asunto 103/84 *Comisión/Italia* [1986] Rec. p. 1759, ap. 18. La jurisprudencia reciente del TJUE no siempre indica con claridad si existe una norma *de minimis* relativa al artículo 34 TFUE. Véase por un lado, por ejemplo, asunto C-16/83 *Prantl* [1984] Rec. p. I-1299, ap. 20; asuntos acumulados C-177 y 178/82 *Van de Haar* y *Kaveka de Meern* [1984] Rec. p. I-1797, ap. 13; asunto C-269/83 *Comisión/Francia* [1985] Rec. p. I-837, ap. 10 y asunto C-158/94 *Comisión/Italia* Rec. p. I-I-5789, ap. 18; véase, por otro lado, por ejemplo, asunto C-266/96 *Corsica Ferries France* [1998] Rec. p. I-I-3949, ap. 31; asunto C-44/98 *BASF* [1999] Rec. p. I-6269 y el razonamiento implícito en el asunto C-254/98 *TK-Heimdienst* [2000] Rec. p. I-I-151, ap. 30.

⁸⁷ Conclusiones del abogado general FENNELLY en asunto C-67/97 *Bluhme* [1998] Rec. p. I-803, ap. 16.

⁸⁸ Asunto C- 463/01 *Comisión/Alemania* [2004]; y asunto C-309/02 *Radlberger y Spitz*, [2004], aps. 63 y 68.

⁸⁹ ROSAS, A., *vid. supra*, p. 437.

Consciente del ámbito excesivamente amplio del artículo 34 TFUE, en *Keck* el Tribunal de Justicia decidió limitarlo. Retiró «ciertas modalidades de venta» –ventas a pérdidas, normas sobre publicidad, apertura de tiendas en domingo, etc.– siempre que estas modalidades tengan igual impacto sobre bienes nacionales e importados⁹⁰. Al hacerlo, el Tribunal estableció una distinción entre modalidades de venta y requisitos del producto. Por un lado, las modalidades de venta que cumplen las condiciones de *Keck* no están sujetas a ningún tipo de justificación. Por otro, las medidas relativas a dimensiones, peso, forma, tamaño, composición, designación, etiquetado y presentación de bienes entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 34.

Puesto que las normas legales dirigidas a proteger el medio ambiente afectan fundamentalmente a las características de un bien tales como la toxicidad de un producto químico, el origen o rareza de una especie vegetal o animal, el peligro que suponen los residuos, la etiqueta o la concentración de sustancias peligrosas más que a las modalidades de venta, es improbable que el Tribunal de Justicia o los tribunales nacionales se enfrenten al asunto de la regulación nacional de las modalidades de venta para dicho bien. Por lo tanto, en lo que a temas medioambientales se refiere, las prohibiciones y normas sobre productos, los requisitos de registro y los umbrales de emisiones han de ser considerados como MEE. Hasta la fecha, tal y como se ilustra en los siguientes ejemplos, pocas medidas medioambientales han sido clasificadas como relativas a las modalidades de venta en virtud de la jurisprudencia de *Keck*.

La prohibición de importar abejas a una isla⁹¹, el hecho de señalar la concentración de metales pesados en pilas y acumuladores antes de su venta⁹², un sistema de depósito que fomenta la reutilización de las botellas de agua mineral mediante el uso de botellas de vidrio reutilizables⁹³, no fueron incluidas dentro del ámbito de aplicación de la exención de modalidades de venta.

b) Remolques y Embarcaciones suecas: *un enfoque con tres vertientes del concepto de MEE*

Desde *Keck*, las MEE se han dividido en dos categorías: normas sobre productos y modalidades de venta. Sin embargo, dos sentencias dictadas por la Gran Sala el 10 de febrero de 2009 (asunto «Remolques italianos») y por la Sala Segunda del Tribunal el 4 de junio de 2009 («Embarcaciones suecas») supusieron grandes cambios en este enfoque de dos vertientes del concepto de

⁹⁰ Casos acumulados C-267 y C-268/91 *Keck y Mithouard* [1993] Rec. p. I-6097.

⁹¹ Asunto C-67/97 *Bluhme* [1998] Rec. p. I-8033, ap. 21.

⁹² Asunto C-143/03 *Comisión/Italia* [2004], ap. 29.

⁹³ Asunto C-159/00 *Sapod Audic* [2002] Rec. p. I-5031, ap. 73; y asunto C-463/01 *Comisión/Alemania* [2004], ap. 68; asunto C-309/02 *Spitz* [2004], ap. 73.

MEE⁹⁴. En los dos asuntos que nos ocupan, así como en los siguientes⁹⁵, el Tribunal identificó tres categorías de medidas que ahora quedarán cubiertas por el artículo 34 TFUE.

La primera categoría incluye medidas que tendrán por objeto o efecto un tratamiento menos favorable de los productos originarios de otros Estados miembros⁹⁶. En otras palabras, abarca todas las medidas nacionales que son directa o indirectamente discriminatorias. De ello se desprende que, siempre que tengan por objeto o efecto la discriminación de productores extranjeros, todas las medidas que regulan las características de un producto, su uso y sus modalidades de venta entran dentro de esta primera categoría.

La segunda categoría se refiere a las medidas que, cuando las leyes nacionales no se han armonizado, regulan los requisitos que estos productos han de satisfacer, incluso aunque estas normas sean aplicables indistintamente a todos los productos. Esto corresponde a la categoría de medidas relativas a las características intrínsecas de los productos tal y como se definen en el asunto *Cassi de Dijon*⁹⁷. A diferencia de la primera categoría, las medidas que se incluyen dentro del ámbito de la segunda categoría no tienen como objetivo la discriminación de productos extranjeros. A modo de ejemplo, ese sería el caso de las regulaciones nacionales que establecen criterios técnicos sobre la comercialización de pesticidas o sustancias químicas.

Por último, aunque no menos importante, la categoría final de esta trilogía consta de «cualquier otra medida que obstaculice el acceso al mercado de un Estado miembro de los productos provenientes de otros Estados miembros»⁹⁸. Se ha producido un animado debate acerca de cómo interpretar estos términos⁹⁹. Entendemos que esta categoría abarca medidas no discriminatorias que no entran en el ámbito de aplicación de las dos primeras, pero que impiden o dificultan el acceso al mercado para los productos importados. En consecuencia, esta tercera categoría engloba requisitos de autorización, restricciones sobre transporte, así como el modo en que se regula el uso de los productos¹⁰⁰. Por ejemplo, una medida entra en esta categoría residual cuando tiene el efecto de evitar que los consumidores hagan un uso «adecuado e inherente a dichos productos o lo limite enormemente»¹⁰¹.

⁹⁴ Asunto C-110/05 *Comisión/Italia «Remolques»* [2009] Rec. p. I-519; asunto C-142/05 *Mickelson y Roos «Embarcaciones suecas»* [2009] Rec. p. I-000.

⁹⁵ Asunto C-108/09 *Ker-Optika* [2010], ap. 48-51, con notas de DE SADELEER, N., 2011 2 *EJCL* 435-444.

⁹⁶ Asunto C-110/05 *Remolques*, ap. 36; y asunto C-108/09 *Ker-Optika*, ap. 49.

⁹⁷ Asunto 120/78 *Rewe-Zentral* [1979] Rec. p. I-649.

⁹⁸ Asunto C-110/05 *Remolques* [2009] Rec. p. I-519, ap. 37; asunto C-142/05 *Embarcaciones suecas* [2009] I-4273, ap. 24.

⁹⁹ SPAVENTA, E., «Leaving *Keck* behind? The free movement of goods after the rulings in *Comisión/Italia* and *Mickelsson and Roos*», 2009 34 *ELRev*, pp. 921-922; HORSLEY, T., notas 2009 46 *CML-Rev* 2016.

¹⁰⁰ SPAVENTA, E., *vid. supra*, p. 920.

¹⁰¹ Asunto C-142/05, *Embarcaciones suecas*, ap. 58.

La tabla 2 muestra cómo las tres categorías de medidas ya se contemplan en el artículo 34 TFUE desarrollado.

Tabla 2
Categorías de MEE

Categorías de MEE	Principios	Prueba	Características de MME medioambientales
1. ^a categoría	Principio de no discriminación	Están incluidas en esta categoría las medidas que discriminan directa o indirectamente a los productores extranjeros. Por consiguiente, todas las medidas que regulan las características de un producto, su uso, así como las modalidades de venta que requieren mayores exigencias de calidad que para los productos nacionales	P. ej. una prohibición total de la publicidad; prohibición de gestionar residuos peligrosos importados del extranjero en instalaciones clasificadas que desarrollan una actividad de tratamiento de residuos peligrosos
2. ^a categoría	Principio de reconocimiento mutuo (<i>Dassonville</i>)	Requisitos de producto que han de cumplir los bienes que han sido «legalmente fabricados y comercializados» en otros EM, incluso aunque estas normas sean aplicables indistintamente. De hecho, estos criterios aplicables indistintamente bloquean el acceso al mercado nacional de bienes sustitutos del modo en que se comercializan en otros EM	P. ej. normas sobre productos relativas a forma, tamaño, dimensión, peso, denominación, composición, envasado, etiquetado y presentación de bienes, requisitos de seguridad, umbrales de sustancias peligrosas, propiedades peligrosas.
3. ^a categoría	Acceso de productos a los mercados nacionales (<i>Remolques</i>)	«Cualquier otra medida que obstaculice el acceso al mercado de un Estado miembro de los productos provenientes de otros Estados miembros»	P. ej. prohibiciones o restricciones en el uso de los bienes, requisitos de autorización y restricciones en el transporte

Conviene aclarar tres puntos acerca de este nuevo orden.

En primer lugar, se ha dejado fuera el enfoque de dos vertientes (por un lado, medidas nacionales que prescriben las características de los bienes y, por otro, las modalidades de venta). No obstante, las modalidades de venta no han desaparecido como tales. Pueden incluirse en la primera categoría en la medida

en que sean discriminatorias¹⁰², o en la tercera categoría si impiden el acceso al mercado del Estado miembro importador. La siguiente tabla identifica tres clases de medidas medioambientales que pueden calificarse como MEE –requisitos de producto, modalidades de venta y restricciones de uso– y sus respectivos regímenes.

Tabla 3.
Tipos de medidas medioambientales contempladas en el artículo 34 TFUE

Objeto	Requisitos de producto diferenciados	Modalidades de venta	Restricciones de uso
Ejemplos relativos a la política medioambiental	P. ej. normas sobre productos	Restricciones <i>de jure</i> o <i>de facto</i> sobre dónde, cómo y quién debe vender sustancias peligrosas. P. ej. restricciones a la venta de bienes peligrosos a empresas cualificadas, restricciones publicitarias	P. ej. restricción en el transporte, el uso, etc.
Momento en el que se adopta la medida	Fase anterior a la puesta en el mercado del producto	Fase posterior a la puesta en el mercado del producto	Fase posterior a la puesta en el mercado del producto
Jurisprudencia	<i>Cassis de Dijon</i>	<i>Keck</i>	Remolques
Prueba	2.ª categoría	1.ª o 3.ª categoría	3.ª categoría
Régimen	Presunción de ilegalidad	Presunción de legalidad siempre que las modalidades se apliquen a todos los comerciantes que operan en territorio nacional y afecten de la misma manera, jurídica y fáctica, a la venta de productos domésticos y de otros EM	Evaluación del impacto de la medida en el comportamiento del consumidor

En segundo lugar, la inclusión de la tercera categoría –acceso al mercado– es una nueva característica de la jurisprudencia¹⁰³. Efectivamente, el Tribunal de Justicia está haciendo hincapié en un criterio de acceso al mercado, independiente de cualquier prueba de discriminación, cumpliendo así con su jurisper-

¹⁰² En lo referente a las modalidades de venta, el Tribunal parece considerar que funcionan como una excepción al asunto *Dassonville*, siempre que los dos requisitos establecidos en el asunto *Keck* se cumplan. *Ker-Optika* confirma que determinadas modalidades de venta escapan al ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE. Véase asunto C-108/09 *Ker-Optika bt* [2010], ap. 51.

¹⁰³ ROSAS, A., *vid. supra*, p. 445; OLIVER, P., *Oliver on Free Movement of Goods*, Oxford, Hart, 2010, pp. 129-130; BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU*, 3.ª ed., *vid. supra*, p. 105.

dencia en *Dassonville*. De ello se deduce que las medidas que únicamente restringen y no se limitan a prohibir el uso de un producto entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE¹⁰⁴. Dicho lo cual, sigue sin quedar claro qué significa el término «acceso»¹⁰⁵. En concreto, cabe preguntarse hasta qué punto debe ser obstaculizado el acceso al mercado nacional¹⁰⁶.

En tercer lugar, es probable que estas sentencias supongan un impacto sobre la capacidad de las autoridades nacionales para regular el uso de productos peligrosos. En efecto, una amplia interpretación de la prueba de acceso a los mercados probablemente ampliará en gran medida el ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE. Por consiguiente, los Estados miembros podrán verse privados de su derecho a llevar a cabo políticas no proteccionistas.

c) *Medidas reguladoras del uso de productos que se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE*

Tanto en el asunto *Remolques* como en *Embarcaciones suecas*, las medidas nacionales barajadas no eran ni requisitos de productos a los que se aplicaría la jurisprudencia de *Cassis de Dijon* ni modalidades de venta en línea con la jurisprudencia de *Keck*. Es más, la normativa en cuestión ejercía un efecto disuasorio sobre los consumidores respecto de la compra de los vehículos, ya fuese porque su uso estaba prohibido, o porque estaba estrictamente regulado. Estos dos asuntos dieron al Tribunal la oportunidad de dictaminar, por primera vez¹⁰⁷, que una medida nacional reguladora del uso de un producto entrase en el ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE¹⁰⁸. Esto conlleva que el concepto de MEE en el sentido expresado en el artículo 34 TFUE cubre todas las demás medidas generalmente aplicables que impiden el acceso al mercado de un Estado miembro a los productos originarios de otros Estados miembros cuando estos prohíben terminantemente el uso de un producto o ejercen «un efecto considerable sobre el comportamiento de los consumidores»¹⁰⁹. De este modo, el Tribunal hizo mayor hincapié en el efecto que tuvo la medida sobre el acceso al mercado que en la naturaleza de las normas en cuestión, que no contenían requisitos relativos a las características del producto¹¹⁰. Si bien la jurisprudencia se ha centrado tradicionalmente en los efectos de la medida sobre los proveedores, en lo sucesivo deberá tomarse en consideración el impacto de la misma sobre el comportamiento de

¹⁰⁴ HOSLEY, T., *vid. supra*, p. 2007.

¹⁰⁵ OLIVER, P., *Oliver on Free Movement of Goods*, *vid. supra*, pp. 129-130; T. HOSLEY, *vid. supra*, p. 2014; SNELL, J., «The Notion of Market Access: A Concept or Slogan», 2010 *CMLR* 470.

¹⁰⁶ Véase asunto C-456/10 *ANETT* [2012], ap. 30.

¹⁰⁷ El Tribunal rara vez ha tenido que afrontar medidas que regulen el uso de los productos. Véase el asunto 119/78 *SA des Grandes distilleries Peureux* [1975] Rec. p. 975; y asunto C-473/98, *Toolex* [2000] Rec. p. I-5681.

¹⁰⁸ Asunto C-110/05 *Remolques*, ap. 58.

¹⁰⁹ Asunto C-110/05 *Remolques*, ap. 56; asunto C-142/05, *Embarcaciones suecas*, ap. 26-27.

¹¹⁰ Abogado general BOT en asunto C-110/05 *Remolques*, ap. 109-111.

los consumidores¹¹¹. A continuación analizaremos las tres categorías que se pueden extraer de estos dos asuntos: a) medidas que prohíben terminantemente el uso de un producto; b) medidas que evitan que los usuarios utilicen los productos para los propósitos concretos e inherentes para los que se destinaron; y c) medidas que restringen de modo importante su uso (como muestra la tabla 4)

Tabla 4
Categorías de medidas que regulan el uso de productos englobadas por el artículo 34 TFUE

1. ^a categoría	Prohibición de todo uso de un producto
2. ^a categoría	Incapacidad de los usuarios de utilizar un producto «para los propósitos concretos e inherentes» para los que está destinado
3. ^a categoría	Medidas que restringen de modo importante el uso de un producto habida cuenta de que ejercen una considerable influencia en el comportamiento de los consumidores

La primera categoría no deja lugar alguno a discusión. De hecho, cuando las autoridades prohíben terminantemente todo uso de un producto, impiden su comercialización de una forma indirecta. Al saber que no se les permite hacer uso de un producto concreto, los consumidores apenas muestran interés en comprarlo¹¹².

En cuanto a la segunda categoría, la incapacidad de los usuarios para utilizar un producto para «los propósitos concretos e inherentes» para los que estaba destinado, también equivale a una MEE sobre importaciones. Estas medidas se relacionan estrechamente con la propia definición del producto en sí mismo. Con respecto al asunto de las *Embarcaciones suecas*, las posibilidades de uso de las embarcaciones eran mínimas en el momento en que las consultas se remitieron al Tribunal¹¹³.

La tercera categoría –medidas que ejercen «una considerable influencia sobre el comportamiento de los consumidores»– da lugar a opiniones enfrentadas. En efecto, si esa influencia no se considera «importante», la medida en cuestión queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE¹¹⁴. En otras palabras, un simple impacto en la venta de importaciones no basta para entrar en los supuestos del artículo 34. Dado que las meras restricciones se suelen aplicar a la totalidad del mercado de un producto –químicos, pesticidas, OMG, etc.–, su-

¹¹¹ LIANOS, I., «Shifting Narratives in the European Internal Market», 2010 *Eur B L Rev* 733; SIBONY, A., *vid. supra*, p. 733.

¹¹² Ver, por analogía, asunto C-265/06 *Comisión/Portugal* [2008] Rec. p. I- 2245, ap. 33, sobre la colocación de láminas tintadas en los cristales de los vehículos automóviles.

¹¹³ Asunto C-142/05, *Embarcaciones suecas*, ap. 25 y 28; asunto C-433/05, *Sandström* [2010] Rec. p. I- 2855, ap. 32.

¹¹⁴ DAVIES, G., «The Court's jurisprudence on free movement of goods», 2012 2 *EJCL-REDC*, p. 364.

pondrían un «intento bastante ineficaz de proteccionismo»¹¹⁵. Algunos autores han expresado su preocupación respecto de la apreciación subjetiva que implica tal enfoque¹¹⁶. De hecho, la naturaleza de los criterios de «considerable influencia» en el comportamiento de los consumidores y «enorme restricción» en el uso de los productos es sumamente difusa. Sin duda, nos movemos en una considerable incertidumbre con relación a cómo interpretar estos criterios. Una enorme restricción del uso no es lo mismo que una total restricción del uso. ¿Qué límites deberían aplicarse? ¿Una reducción del 25% de las ventas supone una «gran restricción» del uso de ese producto?

Y lo que es más importante aún: podría objetarse que las decisiones normativas sensatas respecto del uso de los productos deberían ser sometidas a revisión judicial alegando que el Tribunal de Justicia se vería obligado a evaluar la necesidad de dichas decisiones¹¹⁷.

En cualquier caso, ha de aplicarse la prueba del asunto *Peralta*¹¹⁸: las restricciones simples o menores de un uso con unos efectos «demasiado inciertos o demasiado indirectos» en ningún caso deberían incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE¹¹⁹.

d) Límites al ámbito de aplicación material del artículo 34 TFUE

El ámbito material tiene ciertos límites. En unos pocos casos, el Tribunal ha aceptado que tal vez algunas restricciones fuesen tan «inciertas e indirectas» o «tan aleatorias e indirectas» en sus efectos como para no considerarlas capaces de obstaculizar el comercio¹²⁰. En concreto, el Tribunal aplicó implícitamente doctrina en diversos asuntos medioambientales, como la compatibilidad de las cuotas de conservación de pesca con los artículos 34 y 35 TFUE¹²¹, el vertido de sustancias peligrosas al mar¹²² o las leyes de planificación urbanística que restringían la apertura de nuevos comercios en los centros urbanos¹²³. No obs-

¹¹⁵ WEATHERILL, S., «The road to ruin: "restrictions on use" and the circular lifecycle of Article 34 TFEU», 2012 2 *EJCL-REDC*, p. 227.

¹¹⁶ OLIVER, P., «The Scope of Article 34 TFEU after Trailers», 2012 2 *EJCL-REDC*, p. 316.

¹¹⁷ FALLON, M. y GERARD, D., «Trailing the trailers in search of a typology of barriers», 2012 2 *EJCL-REDC*, p. 258.

¹¹⁸ Asunto C-379/92 *Peralta* [1994] Rec. p. I-3453, ap. 24.

¹¹⁹ OLIVER, P., *Oliver on Free Movement of Goods*, vid. *supra*, pp. 127-128, y p. 131.

¹²⁰ C-96/94 *Centro Servizi Spedipuerto v. Spedizioni Maittima del Golfo* [1995] Rec. p. I-2883; C-379/92 *Peralta* [1994] Rec. p. I-3453; C-134/94 *Esso Española/Comunidad Autónoma de Canarias* [1995] Rec. p. I-4223; C-266/96 *Corsica Ferries v. Ministero dei Trasporti* [1998] Rec. p. I-3949, ap. 31; asunto C-44/98 *BASF* [1999] Rec. p. I-6269, ap. 16; y asunto C-254/98 *TK-Heimdienst* [2000] Rec. p. I-151, ap. 30. Véase OLIVER, P., vid. *supra*, pp. 95-96.

¹²¹ Asuntos 3, 4 y 6/76 *Kramer* [1976] Rec. p. 1279, aps. 55-59.

¹²² Asunto C-379/92 *Peralta* [1994] Rec. p. I-3453, ap. 24.

¹²³ Asunto C-140/94 *DIP v. Bassano di Grappa* [1995] Rec. p. I-3257, ap. 29. Sin embargo, estas medidas pueden entrar en el alcance de lo dispuesto sobre establecimientos en el Tratado. Véanse los asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07 *Blanco Pérez y Chao Gómez* [2010] Rec. p. I-0000.

tante, en *Blhume*, un asunto relativo a la prohibición de importar abejas a una parte del territorio danés, el Tribunal dictaminó que la medida danesa tenía un «impacto directo e inmediato sobre el comercio» a pesar de que el número de abejas era bastante limitado¹²⁴.

B. MEE sobre exportaciones

Al contrario que con el artículo 34 TFUE, sobre el que existe un considerable cuerpo de jurisprudencia, el Tribunal solo ha tenido la oportunidad en excepcionales circunstancias de considerar el ámbito de aplicación del artículo 35 TFUE: cincuenta casos en total. La sentencia sobre *Groenveld* supone el punto de partida para apreciar la diferencia entre los artículos 34 y 35 TFUE¹²⁵. En resumen, el ámbito de aplicación del artículo 35 es más limitado que el del artículo 34. En concreto el Tribunal afirmó que se aplica «únicamente a las medidas nacionales que tienen como objeto o efecto específico la restricción de las corrientes de exportaciones y, por tanto, el establecimiento de una diferencia de trato entre el comercio interno de un Estado miembro y su comercio de exportación, de tal modo que se les proporcione una ventaja especial a los productos nacionales o al mercado interno del Estado en cuestión»¹²⁶. Al pronunciarse de esta manera, el Tribunal se ha negado a ampliar la jurisprudencia de *Cassis* a las restricciones sobre exportación.

Al exigir una demostración de la diferencia de trato entre bienes nacionales y los que son exportados, el Tribunal trata de guardarse las espaldas ante el riesgo de verse sumergido en litigios relacionados con las medidas nacionales que no tienen relación directa con la libre circulación de bienes¹²⁷. Consideremos medidas medioambientales relacionadas con la producción de bienes. Imaginemos el caso de un permiso que prohíbe el uso de una técnica concreta de fabricación porque resulta nociva para el medio ambiente. Aunque evitaría que el fabricante produjese bienes destinados a la exportación a otros Estados miembros, si no se sigue la doctrina *Groenveld*, entraría dentro del alcance del artículo 35 TFUE. Huelga decir que tal interpretación pondría en peligro el control de la contaminación en instalaciones clasificadas.

No obstante, la jurisprudencia *Groenveld* se ha visto sujeta a determinadas variaciones, al menos en términos formales. Dada la naturaleza especializada del tema que nos ocupa, en este apartado solo comentaremos las variaciones en asuntos relacionados con la circulación de bienes con referencia a la protección

¹²⁴ Asunto C-67/97 *Bluhme* [1998], ap. 22.

¹²⁵ Asunto C-15/79 *Groenveld* [1979] 3409; asunto 155/80 *Oebel* [1981] 1993.

¹²⁶ Asunto 155/80 *Oebel* [1981] 1993, ap. 15; asunto 172/82 *Inter-Huiles* [1983] Rec. p. I-555, ap. 12; y asunto 203/96 *Dusseldorp* [1998] Rec. p. I-4075, ap. 40.

¹²⁷ OLIVER, P., *vid. supra*, p. 135.

medioambiental¹²⁸. Las medidas austriacas destinadas a reducir el tráfico de camiones de Alemania a Italia en el Valle de *Inn* son un buen ejemplo de ello. La sentencia se refería a la prohibición impuesta por Austria sobre la circulación de camiones con un peso de más de 7,5 toneladas por una autopista que atraviesa un valle alpino. Según las autoridades nacionales, la medida se justificó en la obligación de cumplir la normativa europea sobre contaminación atmosférica. Además, la medida austriaca en cuestión buscaba promover el transporte combinado por carretera y ferrocarril a través de los Alpes. Resultó que la medida afectaba fundamentalmente al transporte de bienes entre el norte de Italia y el sur de Alemania, que discurría de este modo por Austria, situada en el corazón de la UE. En su sentencia, el Tribunal de Justicia no parecía extraer diferencia alguna entre el régimen aplicable al artículo 34 TFUE y el aplicable al artículo 35¹²⁹. Sin embargo, como ya se ha indicado, en la sentencia *Groenveld*, el Tribunal rechazó expresamente la postura *Dassonville* respecto de los límites a las exportaciones. También conviene remarcar que se produce un cambio de significado entre el asunto *Schmidberger* y el asunto de la autopista, ya que en este último el Tribunal regresa a la fórmula *Schmidberger*¹³⁰. Dicho esto, el Tribunal no estableció con claridad si considera o no discriminatoria la prohibición sobre el uso de la autopista. Por tanto, cabe lamentar el hecho de que el Tribunal no se pronunciase con mayor claridad sobre este punto¹³¹. Posteriormente, el Tribunal se limitó a sostener que la normativa austriaca se justificaba en una exigencia imperativa.

Treinta años después de la sentencia *Groenveld*, en *Gijsbrechts*, un asunto relacionado con la ley belga de protección del consumidor, el Tribunal realizó algunos cambios menores en el desequilibrio entre los criterios aplicables al artículo 34 y los aplicables al artículo 35 TFUE¹³². En concreto, el Tribunal señaló que si bien era aplicable sin distinción a todos los operadores, la medida belga tuvo, de hecho, una mayor incidencia en las exportaciones, y por este motivo fue considerada MEE. Una lectura de este párrafo tal vez dé lugar a interpretaciones diferentes y parcialmente divergentes. Desde nuestro punto de vista, ya no existe necesidad de un trato diferente *de jure* para los bienes exportados con el fin de constituir una restricción a la libre circulación. Una diferencia *de facto* es suficiente para que la restricción a las exportaciones se prohíba con arreglo al artículo 35 TFUE. En la siguiente tabla se diferencia la naturaleza de las dos pruebas.

¹²⁸ Este tema se debate en DEFOSSEZ, A., «L’histoire d’une divergence et d’une possible réconciliation : l’article 29 TCE», 2009 I CDE, p. 18.

¹²⁹ Asunto C-320/03 *Comisión/Austria* [2005] Rec. p. I-9871.

¹³⁰ Asunto C-112/00 *Schmidberger* (2003) Rec. p. I-5659, ap. 56.

¹³¹ Comentarios de RIGAUX, A., sobre el asunto C-205/07 *Gysbrechts*, 2009 *Europe*, p. 29.

¹³² Asunto C-205/07 *Gysbrechts* [2008] Rec. p. I-9947, ap. 43. Véase DEFOSSEZ, A. «Arrêt *Gysbrechts* : le droit de rétractation du consommateur face au droit de l’UE», 2009 REDC, pp. 549-559; OLIVER, P., *vid. supra*, pp. 139-140; DAWES, A., «A Freedom Reborn? The New Yet Unclear Scope of Article 29 EC», 2009 *ELRev* 639; W.-H. ROTH, comentarios sobre el asunto, 2010 47 *CMLRev*, p. 509.

Tabla 5

Test para las restricciones a la exportación recogidas en el artículo 35 TFUE

<i>Groenveld</i>	Discriminación resultante de una distinción formal entre la medida doméstica y la exportación
<i>Gijsbrechts</i>	Efecto discriminatorio <i>de facto</i> de la medida sobre exportaciones

4. Alcance territorial

En principio, lo dispuesto sobre el libre movimiento de bienes se aplica únicamente si la medida nacional controvertida obstaculiza el comercio interestatal, con la excepción de las situaciones puramente nacionales, esto es, situaciones en las que no se cuenta con un elemento foráneo que pueda relacionarlas con el comercio entre Estados miembros¹³³. De ahí que los artículos 34 y 35 TFUE se apliquen únicamente a los bienes que circulan entre los Estados miembros. Como resultado, aquellos que circulan dentro de un Estado miembro no entran dentro del alcance de estas disposiciones. No obstante, la aplicación del artículo 34 TFUE no puede descartarse únicamente por el hecho de que todos los elementos del asunto estén limitados a las fronteras de un Estado miembro¹³⁴. Respecto de la protección medioambiental, el Tribunal ciertamente parece haber reconocido que los artículos 34 y 35 TFUE pueden ser aplicables a situaciones locales. A modo de ejemplo, una medida danesa que prohíbe la importación de abejas a parte del territorio danés¹³⁵, y una normativa municipal en Copenhague para la recogida y retirada de escombros destinados a la recuperación¹³⁶ fueron calificados como MEE con arreglo al artículo 34.

5. Excepciones a la libre circulación de bienes

Los artículos 34 y 35 TFUE no consagran una libertad generalizada para comercializar o el derecho a la lucha sin trabas por las actividades comerciales propias¹³⁷. De hecho, lo dispuesto en estos artículos apunta a la eliminación de las restricciones sobre la importación y exportación de bienes, y no a la desre-

¹³³ Asunto 152/78 *Comisión/Francia* [1980] Rec. p. I-2299; asuntos acumulados 314 – 316/81 y 83/82 [1982] *Waterkeyn* Rec. p. I-4337; asunto 98/86 *Mathot* [1987] Rec. p. I-809; asunto 168/86 *Rousseau* [1987] Rec. p. I-1000.

¹³⁴ Asuntos acumulados C-1 & 176/90 *Aragonesa de Publicitat Exterior* [1991] Rec. p. I-4179; asunto C-47/90 *Delhaize* [1992] Rec. p. I-3669; asunto C-184/96 *Comisión/Francia* [1998] Rec. p. I-6197; y casos acumulados C-321 – 324/94 *Pistre* [1997] Rec. p. I-2343, aps. 44 y 45.

¹³⁵ Asunto C-67/97 *Bluhme* [1998] Rec. p. I-8033, ap. 20.

¹³⁶ Asunto C-209/98 *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion -København Kommune* [2000] Rec. p. I-3743, ap. 42.

¹³⁷ Asunto C-292/92 *Hünernmund* [1993] Rec. p. I-6787, 6813.

gulación de la economía nacional¹³⁸. En consecuencia, no deben confundirse con el artículo 16 CDFUE, que reconoce «la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales». Una MEE se puede justificar a la luz de dos excepciones.

A. *Artículo 36 TFUE y las exigencias imperativas*

La primera excepción puede encontrarse en el artículo 36 TFUE. Aunque no menciona un motivo específico de justificación en lo que atañe a la protección medioambiental, la cláusula de protección de «salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales» se ha invocado con éxito en una franja de asuntos ambientales. En efecto, muchas medidas de protección del medio ambiente están enfocadas a proteger la «salud pública»¹³⁹ y se pueden justificar en virtud de esta cláusula. A modo de ejemplo, las restricciones a la comercialización y uso de productos fitosanitarios¹⁴⁰ y de sustancias dañinas para los trabajadores y el medio ambiente¹⁴¹, la gestión de residuos animales¹⁴², el registro de aeronaves para limitar la contaminación acústica¹⁴³ y las medidas que fomentan las energías renovables¹⁴⁴ afectan tanto a la política de protección de la salud como a la política medioambiental. Es más, estos motivos también pueden servir para validar las medidas nacionales de conservación de la naturaleza, tal y como se ilustra en numerosas sentencias del Tribunal de Justicia¹⁴⁵.

No obstante, el artículo 36 TFUE no permite medidas sobre la gestión de los recursos naturales, como la creación de un sistema de depósito y reciclaje de envases vacíos, el etiquetado ecológico, la recuperación de los suelos contaminados cuando no existe riesgo para la salud y la gestión cuantitativa del agua¹⁴⁶. Por otra parte, su interpretación estricta no facilita en absoluto el trabajo de las

¹³⁸ Conclusiones del abogado general POIARES MADURO en asunto C-158/04 y C-159/04 *Alfa Vita* [2006] Rec. p. I-8135, aps. 37 y 41.

¹³⁹ La política medioambiental de la UE tiene como objetivo, según el artículo 191.1 TFUE y el artículo 169.1 TFUE, contribuir «a la protección de la salud de las personas».

¹⁴⁰ Asunto 272/80 *Biologische produkten* [1981] Rec. p. I-3277, ap. 87; asunto C-125/88 *Nijman* [1989] Rec. p. I-3533; asunto 94/83 *Heijn* [1984] Rec. p. I-3263; asunto 54/85 *Mirepoix* [1986] Rec. p. I-1067; asunto C-443/02 *Schreiber* [2004] Rec. p. I-7275.

¹⁴¹ Asunto C-473/98 *Kemikalieinspektionen v. Toolex Alpha* [2000] Rec. p. I-5681.

¹⁴² Asunto 118/86 *Nertsvoederfabriek Nederland* [1987] Rec. p. 3883, ap. 15.

¹⁴³ Asunto C-389/96 *Aher-Waggon* [1998] Rec. p. I-4473, aps. 19 a 25.

¹⁴⁴ Asunto C-379/98 *Preussen Elektra* [2001] Rec. p. I-2099, ap. 75.

¹⁴⁵ Asuntos acumulados 3, 4 y 6/76 *Cornelis Kramer* y otros [1976] Rec. p. I-1279, ap. 59; asunto 169/89 *Gourmetterie Van den Burg* [1990] Rec. p. I-2143; asunto C- 510/99 *Tridon* [2001] Rec. p. I-7777; asunto C-131/93 *Comisión/Alemania* («Cangrejos de río alemanes») [1994] Rec. p. I-3303; y asunto C-67/97 *Bluhme* («Laesø bees») [1998] Rec. p. I-8033; asunto C-67/97 *Bluhme* [1998] Rec. p. I-8033, ap. 33; asunto C-249/07 *Comisión/Países Bajos* [2008], ap. 43; asunto 219/07 *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers VZW* [2008] Rec. p. I-4475, ap. 28; asunto 100/08 *Comisión/Bélgica* [2009] Rec. p. I-000, ap. 96.

¹⁴⁶ Asunto 302/83 *Comisión/Dinamarca* [1988] Rec. p. 4607, ap. 9.

autoridades nacionales. Además, la protección de tales intereses nunca deberá conducir a la «discriminación arbitraria» o a una «restricción encubierta» del comercio entre los Estados miembros.

Dado el reducido ámbito de aplicación del artículo 36 TFUE, el Tribunal afirmó en el asunto *Botellas danesas*, así como en una serie de asuntos posteriores, que la protección ambiental era «uno de los objetivos esenciales de la Comunidad», y más tarde aprobó medidas medioambientales basadas en dicha exigencia imperativa¹⁴⁷. Por consiguiente, este motivo específico de justificación afecta a la política medioambiental individualmente.

Nada impide la combinación del requisito obligatorio relativo a la protección medioambiental con otros requisitos obligatorios. Por ejemplo, la legislación nacional sobre la emisión de certificados de registro para nuevos vehículos puede justificarse tanto por los requisitos obligatorios en materia de seguridad vial como por los mencionados requisitos sobre protección medioambiental¹⁴⁸. De la misma manera, a pesar de que obstaculiza la libre circulación de bienes, una lista positiva que prohíbe la tenencia de animales que no pertenecen a las especies o categorías especificadas en ella se considera que persigue varios objetivos legítimos, especialmente el bienestar de los animales en cautividad, la protección de la «salud y vida de las personas y animales», así como «la protección del medio ambiente»¹⁴⁹. Sin embargo, resulta difícil definir la línea que separa el artículo 36 de una exigencia imperativa relativa a la protección medioambiental. Mientras que la legislación nacional sobre pesticidas se evaluó sobre la base del artículo 36 TFUE¹⁵⁰, se invocó la exigencia imperativa en los asuntos de gestión de residuos.

Y sin embargo, existe una diferencia importante entre estas dos clases de excepciones. Las exigencias imperativas solamente pueden justificar medidas que se aplican sin distinción a las importaciones y a los productos nacionales¹⁵¹. Contrariamente, mientras no exista discriminación arbitraria o restricción encubierta al comercio, las medidas nacionales diferenciadas pueden justificarse en lo dispuesto en el artículo 36 TFUE¹⁵². De ello se desprende que el

¹⁴⁷ Véase particularmente el asunto 302/86 *Comisión/Dinamarca* [1988] Rec. p. I-4604, ap. 9; asunto C-389/96 *Aher Waggon* [1998] Rec. p. I-4473; asunto C-213/96 *Outokumpu* [1998] Rec. p. I-1777, ap. 32 y asunto C-176/03 *Comisión/Consejo* [2005] Rec. p. I-000, ap. 41; y asunto C-320/03 *Comisión/Austria* [2005], ap. 72.

¹⁴⁸ Asunto C-314/98 *Snellers Auto's* [2000] Rec. p. I-8633, ap. 55.

¹⁴⁹ Asunto 219/07 *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers VZW* [2008] Rec. p. I-000, aps. 27, 28, 29.

¹⁵⁰ Asunto 272/80 *Biologische Produkten* [1981] Rec. p. 3277, ap. 13.

¹⁵¹ Asuntos acumulados C-1 & 176/90 *Aragonesa* [1991] Rec. p. 4151, ap. 13; asunto C-2/90 *Comisión/Bélgica* [1992] Rec. p. I-4431, ap. 34. Véase también abogado general TOTH, *vid. supra*, pp. 393-394; OLIVER, P., *vid. supra*, 219-220; BARNARD, C., *vid. supra*, p. 115.

¹⁵² Asunto 7/61 *Comisión/Italia* [1961] Rec. p. 317; asunto 113/80 *Comisión/Irlanda* («*Souvenirs de Irlanda*») [1981] Rec. p. I-1625, ap. 11; asunto 288/83 *Comisión/Irlanda* [1985] Rec. p. 1761; asunto 229/83 *Leclerc* [1985] Rec. p. I-1201, ap. 22; y asuntos acumulados C-1 y 176/90 *Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia* [1991] Rec. p. I-4151, ap. 13.

artículo 36 TFUE tiene la ventaja, para las autoridades nacionales, de que abarca medidas de protección ambiental que son aplicables distinguiendo entre bienes domésticos e importados. Sin embargo, esta distinción ha sido puesta en tela de juicio desde el caso *Residuos valones*. En efecto, el Tribunal de Justicia confirmó diferentes restricciones sobre el uso como admisibles independientemente del hecho de que pudiesen ser distintamente aplicables¹⁵³. Estas sentencias indican que el Tribunal rechaza resolver la dualidad existente entre las exigencias imperativas y las causas de justificación mencionadas en el artículo 36 TFUE.

B. Interpretación restrictiva del artículo 36 TFUE y las exigencias imperativas

Tanto el artículo 36 TFUE como las exigencias imperativas han de interpretarse de forma restrictiva¹⁵⁴. En primer lugar, los motivos de interés general son de naturaleza no económica. Por ejemplo, el Tribunal se ha mostrado inflexible respecto de las medidas nacionales encaminadas a la rentabilidad de las plantas de tratamiento de residuos, negándose a aplicar el criterio de la exigencia imperativa debido a que estas medidas se dirigían a proteger un sector económico¹⁵⁵. En segundo lugar, estas excepciones continúan siendo aplicables «siempre que no se haya alcanzado la armonización plena de las normas nacionales»¹⁵⁶. En consecuencia, los Estados miembros pierden la posibilidad de adoptar criterios que son más restrictivos que los contenidos en el Derecho secundario, ya sea por referencia a una exigencia imperativa o mediante el recurso de una de las justificaciones estipulada en el artículo 36 TFUE¹⁵⁷. A modo de ejemplo, en *Nordiska Dental*, el Tribunal declaró que la prohibición sueca de exportar amalgamas dentales que contuviesen mercurio resultaba incompatible con la Directiva 93/42 relativa a los productos sanitarios —una directiva «de nuevo enfoque»—, basándose en que dicha directiva englobaba consideraciones ambientales¹⁵⁸. Suecia no podía ampararse en el artículo 36. Dado que el legislador

¹⁵³ Asunto C-2/b90 *Comisión/Bélgica* [1992] Rec. p. I-4431, ap. 34; asunto C-389/96 *Aher Waggon* [1998] Rec. p. I-4473, ap. 19; asunto 203/96 *Dusseldorp* [1998] Rec. p. I-4075 aps. 44 y 49; asunto C-379/98 *Preussen Elektra* [2001] Rec. p. I-2099, aps. 73 y 75; asunto C-320/03 *Comisión/Austria* [2005], aps. 84 y 85; asunto C-142/05 *Mickelsson y Roos «Embarcaciones suecas»* [2009] Rec. p. I-4273. Véase DE SADELEER, N., *Commentaire Mégret*, *vid. supra*, pp. 388-391.

¹⁵⁴ Asunto 46/76 *Bauhuis* [1977] Rec. p. I-5.

¹⁵⁵ Asunto 172/82 *Inter-Huiles* [1983] Rec. p. 55; asunto 203/96 *Dusseldorp* [1998] Rec. p. I-4075.

¹⁵⁶ Véase asunto 215/87 *Schumacher* [1989] Rec. p. 617, ap. 15; asunto C-369/88 *Delattre* [1991] Rec. p. I-1487, ap. 48; asunto C-347/89 *Eurim-Pharm* [1991] Rec. p. I-1747, ap. 26; asunto C-62/90 *Comisión/Alemania* [1992] Rec. p. I-2575, ap. 10; y asunto C-320/93 *Ortscheit* [1994] Rec. p. I-5243, ap. 14.

¹⁵⁷ Asunto C-102/98 *Comisión/Alemania* [1998] Rec. p. I-6871.

¹⁵⁸ Asunto C-288/08 *Nordiska Dental* [2009] Rec. p. I-000, ap. 30, comentado por KRÄMER 2010 7:1 *JEEPL*, pp. 124-128.

de la UE ha aprobado un amplio cuerpo de legislación que armoniza las condiciones según las cuales se autoriza la entrada en el mercado de bienes y su circulación dentro de la UE¹⁵⁹, el margen de maniobra de los Estados miembros parece más bien limitado respecto de la adopción de normas sobre productos. Finalmente, en todos los casos, la carga de la prueba de su relevancia es asumida por el Estado miembro, no por la Comisión¹⁶⁰.

C. *Derechos fundamentales y valores constitucionales nacionales*

El Tribunal de Justicia aceptó una nueva excepción en un asunto sobre contaminación acústica, en una sentencia sobre la libertad de los ecologistas para bloquear el transporte transalpino en una autopista durante treinta horas, una protesta que las autoridades habían permitido tácitamente. El Tribunal afirmó que aunque la protesta era una MEE y, como tal, estaba prohibida por el artículo 34 TFUE, podía justificarse por un derecho fundamental derivado del artículo 10 TEDH y de la constitución austriaca¹⁶¹. El hecho de que las autoridades nacionales no hubiesen prohibido esta protesta, que obstaculizaba la libre circulación del comercio, no se consideró pues contrario a los artículos 34 y 35 TFUE en combinación con el artículo 4.3 TUE.

6. **La proporcionalidad de las medidas medioambientales contrarias a los artículos 34 y 35 TFUE**

Una vez que se ha justificado una MEE con arreglo al artículo 36 TFUE o el criterio de las exigencias imperativas, el Estado miembro es libre de determinar el nivel de protección que desea aplicar. Con el fin de evitar que el principio de libre circulación de bienes se convierta en algo nimio, el Tribunal ha ido poniendo en marcha una serie de criterios para evaluar la proporcionalidad de las medidas justificadas en las excepciones antes mencionadas. El principio de proporcionalidad permite evaluar los medios empleados –desautorización, prohibición, aprobación, autorización, restricción en el uso, etc.– en referencia a los objetivos perseguidos –salud o medio ambiente– para tomar en cuenta del

¹⁵⁹ La Comisión considera que la mitad del comercio de bienes que tiene lugar dentro de los límites de la UE está regulada mediante legislación armonizada. Véase Comisión, «Un mercado único de bienes».

¹⁶⁰ Asunto 45/87 *Comisión/Irlanda* [1988] Rec. p. I-4929; asunto C-128/89 *Comisión/Italia* [1990]; asunto C-13/91 *Debus* [1992]; y asunto C-17/93 *Van der Veldt* [1994] Rec. p. I-3537. Véase también la Comunicación de la Comisión sobre Mercado único y medio ambiente, COM(99) 263.

¹⁶¹ Asunto C-112/02 *Schmidberger* [2003] Rec. p. I-5659, ap. 74, comentado por C. BROWN 2003 40 *CMLRev*, p. 1499 y AGERBEEK, R., 2003 *ELRev*, p. 255. Mientras que Austria argumentaba que la protesta estaba justificada por un requisito obligatorio de interés general relativo al medio ambiente, el Tribunal de Justicia europeo rectificaba y afirmaba que el objetivo perseguido era la protección de la libertad de expresión.

mejor modo posible los intereses legítimos de las empresas en el libre intercambio comercial de sus bienes. Como los interesados adoptan necesariamente posiciones contrapuestas respecto del adecuado nivel de protección en este ámbito, conviene subrayar que el principio de proporcionalidad es ideológicamente neutral y no pretende favorecer los intereses medioambientales por encima de los económicos, ni tampoco crear una jerarquía de valores de la nada. Como estos criterios se aplican de un modo flexible y evolutivo, resulta difícil establecer una definición fija del principio. Sin embargo, algunos abogados generales, de cuyo punto de vista se hacen eco diversos autores, lograron elaborar una lista de condiciones para la aplicación del principio dividiéndolo en tres tests sucesivos. La sentencia *Fedesa* también refleja este enfoque sistemático. Los tres tests se aplican de la siguiente manera: las medidas de prohibición son válidas si no rebasan «los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos con la norma en cuestión. Para ello, cuando pueda elegirse entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos gravosa, y, en particular, las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos»¹⁶². No obstante, el Tribunal aplica estas pruebas de diferentes maneras y no siempre las distingue con claridad.

En primer lugar, el principio de proporcionalidad requiere, por tanto, que la medida sea adecuada, conveniente y apunte a alcanzar su objetivo. Esta primera fase se conoce como «*test de idoneidad*» o «*de adecuación*». La primera pregunta a la que se ha de responder es si los hechos constatados por las autoridades nacionales justifican la necesidad de una medida que proteja el medio ambiente. ¿Requiere la actual situación de riesgo de degradación ambiental la intervención de los Estados miembros? Para que se considere adecuada, la medida en cuestión ha de estar vinculada al objetivo ecológico perseguido¹⁶³.

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad implica una comparación entre medidas que puedan lograr el resultado deseado y la selección de la que presente menos desventajas. Si una medida alternativa parece poder cumplir el objetivo al tiempo que obstaculiza lo menos posible el comercio interestatal, la medida cuestionada ya no es necesaria y deberá ser considerada desproporcionada. La medida nacional ha de ser, por tanto, necesaria para el logro del objetivo perseguido.

¹⁶² Asunto C-331/88 *Fedesa* [1990] Rec. p. I-4023, ap. 13. Véase, en el mismo sentido, las conclusiones del abogado general VAN GERVEN sobre los asuntos C-312/89 *Sidef Conforama* y C-332/89 *Marchandise* [1991] Rec. p. I-997, ap. 14; y conclusiones del abogado general POIARES MADURO sobre el asunto C-434/04 *Jan-Erik Anders Ahokainen* [2006] Rec. p. I-9171, ap. 23-26.

¹⁶³ El Tribunal ha aceptado la adecuación ambiental de una serie de medidas ecológicas: asunto C-379/98 *Preussen Elektra* [2001]; asunto C-463/01 *Comisión/Alemania* [1998] Rec. p. 4607, ap. 13; asunto C-463/01 *Comisión/Alemania* [2004] Rec. p. I-11705, aps. 76 y 77; y asunto C-309/02 *Radlberger y Spitz* [2004] Rec. p. I-11763, aps. 77 y 78; asunto C-67/97 *Bluhme* [1998], ap. 37; C-142/05 *Embarcaciones suecas* [2009], ap. 34.

Por lo tanto, cuando la medida planificada obstaculiza gravemente la libre circulación de bienes, las autoridades nacionales deben examinar con detenimiento la posibilidad de adoptar medidas menos restrictivas, y solamente podrán dejarlas de lado si resultan claramente insuficientes para alcanzar el objetivo¹⁶⁴. Un análisis de una sentencia más reciente revela la tendencia del Tribunal a intensificar más aún su revisión de la proporcionalidad¹⁶⁵. No obstante, en ocasiones se ha dado el caso de que el Tribunal se ha preocupado de no analizar dichas consideraciones¹⁶⁶.

En tercer lugar, algunos consideran que es necesaria una tercera prueba, un análisis de la medida en sí misma –ya no mediante su comparación con otras– para determinar si la ventaja prevista no es desproporcionada con respecto al daño que le pueda causar al comercio interestatal¹⁶⁷. Así, el Estado miembro debe demostrar que «el grado de protección que decide dispensar a sus intereses legítimos está en proporción con la obstrucción que de ello se derive para el comercio intracomunitario»¹⁶⁸. Este debería ser el caso de una medida draconiana que apenas presenta beneficios medioambientales. A petición de diversos abogados generales, el Tribunal de Justicia ha mencionado ocasionalmente esta tercera prueba, no obstante sin aplicarla como tal, en la medida en que siempre invalida las medidas controvertidas basándose en su carácter no esencial. Por ejemplo, en el asunto de las *Botellas danesas*, el abogado general SLYNN expresó la opinión de que «tiene que haber un criterio de equilibrio entre la libre circulación de bienes y la protección medioambiental, incluso si para lograr ese equilibrio hay que reducir el alto nivel de protección que se busca. El nivel de protección ha de ser razonable». Al dictaminar que la medida danesa que requería contenedores aprobados era desproporcionada, el Tribunal respalda de forma implícita el enfoque del abogado general SLYNN¹⁶⁹.

La siguiente tabla resume las condiciones que se han de cumplir para que se admita una MEE.

¹⁶⁴ Véanse, por ejemplo: asunto C-320/03 *Comisión/Austria* [2005] Rec. p. I-7929, aps. 87-88; asunto 118/86 *Nertsvoederfabriek* [1987] Rec. p. I-3883, ap. 14.

¹⁶⁵ Asunto C-28/09 *Comisión/Austria* [2011], ap. 133.

¹⁶⁶ Asunto *Comisión/Bélgica* [1992]; asunto C-510/99 *Tridon* [2001], ap. 58; asunto *Preussen Elektra* [2001]; asunto *Safety High-Tech* [1998], ap. 64.

¹⁶⁷ VAN GERVEN, W., «The effect of proportionality on the actions of Member States of the European Community: national viewpoints from continental Europe», en *The Principle of proportionality in the laws of Europe*, 1999, p. 38; DE BÚRCA, G., «The principle of proportionality and its application in EC law», 1993 13 *YbEL*, pp. 105-150.

¹⁶⁸ Conclusiones del abogado general POIARES MADURO sobre los asuntos C-434/04 *Jan-Erik Anders Ahokainen* [2006] Rec. p. I-9171, ap. 26. Véase asunto C-112/00 *Schmidberger* [2003] Rec. p. I-5659, ap. 81.

¹⁶⁹ Asunto 302/86 *Botellas danesas* [2006], ap. 21.

Tabla 6
Condiciones que se han de cumplir para admitir medidas que obstaculicen el comercio interestatal

Armonización incompleta a nivel comunitario	La legislación secundaria que supone una armonización plena impide a los Estados miembros justificar sus medidas con arreglo al artículo 36 TFUE o a una exigencia imperativa.
Objetivo legítimo de interés público	La medida debe perseguir un objetivo legítimo de interés público. Dado que el medio ambiente ha sido reconocido como un «objetivo esencial en el derecho comunitario» por el Tribunal de Justicia, los Estados miembros pueden invocar una exigencia imperativa.
Naturaleza no económica de las medidas	Los Estados miembros no pueden, escudándose en el interés general, invocar ni el artículo 36 TFUE ni una exigencia imperativa basada en motivos económicos.
Respeto por el principio de no-discriminación	Para que esté justificada por una exigencia imperativa, la medida no ha de hacer distinciones basadas en la nacionalidad de los productos o los productores. Por otro lado, las medidas de protección de la naturaleza y la salud pueden aplicarse de distinta forma a los productos nacionales y foráneos.
Necesidad y proporcionalidad	La medida debe tener un nexo causal con el objetivo perseguido y ser adecuada para lograrlo.

IV. CONCLUSIONES

De entrada, las interacciones entre las medidas de protección medioambiental y la libre circulación de bienes generan ciertas discordancias. Tal y como evidencia el debate anteriormente expuesto, numerosas medidas que cubren todos los aspectos de la política medioambiental restringen de un modo u otro el comercio interestatal, a pesar de que puede no ser su objetivo. Por otra parte, es probable que la armonización negativa limite el poder normativo de los Estados miembros para proteger el medio ambiente. Puesto que los conflictos no oponen el derecho primario al derecho nacional, los operadores económicos que se oponen a las medidas medioambientales restrictivas también pueden recurrir al derecho derivado. Así, en virtud de lo estipulado en la Directiva sobre envasado y residuos de envasado, el Estado alemán favoreció la reutilización de botellas, lo cual sin embargo entró en conflicto con una directiva que obligaba a los productores de agua mineral a llenar sus botellas en el origen¹⁷⁰. De un modo similar, como se menciona previamente, los Países Bajos solicitaron a la Comisión que se les permitiese adoptar medidas más rigurosas con arreglo al artículo 114.5 TFUE que las establecidas por una directiva armoniza-

¹⁷⁰ Asunto C-309/02 *Radlberger y Spitz* [2004] Rec. p. I-11763; y asunto C-463/01 *Comisión/Alemania* [2004] Rec. p. I-11705.

dora de las normas aplicables a la comercialización de vehículos de motor. Las autoridades nacionales se basaron en la necesidad de respetar una directiva sobre la calidad del aire cuyos límites se habían excedido debido a la contaminación atmosférica provocada por los automóviles¹⁷¹.

Los intentos de reconciliar los conflictos entre la libertad fundamental para el libre comercio de bienes y la protección medioambiental no siempre se han caracterizado por su coherencia. La impresión general transmitida por esta heterogeneidad de casos es, por tanto, de confusión. Sin embargo, es evidente que a partir de ahí se ha puesto en marcha un cambio de enfoque en la jurisprudencia que, durante mucho tiempo, había favorecido los intereses comerciales.

Este desarrollo se ha producido, por un lado, debido al deterioro de las circunstancias medioambientales y, por otro, a causa del hecho de que, como señalo en mi libro sobre el ambiente y el mercado interior¹⁷², los tratados han logrado un mayor equilibrio entre el mercado interno y el desarrollo sostenible, dos objetivos que se han situado a un nivel igualitario. De ello se desprende que cuando los Estados miembros tienen que actuar frente a los riesgos medioambientales, han de contar con suficiente margen de maniobra y no depender de la lentitud que caracteriza los procesos de toma de decisiones de la Unión.

No obstante, la jurisprudencia analizada en este capítulo arroja más preguntas de las que resuelve acerca de temas como la validez de los impuestos ecológicos, las medidas que prohíben el uso de productos y el ámbito de aplicación de los exigencias imperativas.

BIBLIOGRAFÍA

BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU*, 3.^a ed., Oxford, OUP, 2007.

DAVIES, G., «The Court's jurisprudence on free movement of goods», 2012 2 *EJCLR*.

DAWES, A., «A Freedom Reborn? The New Yet Unclear Scope of Article 29 EC», 2009 *ELRev*.

DE BÚRCA, G., «The principle of proportionality and its application in EC law», 1993 13 *YbEL*.

DEFOSSEZ, A., «L'histoire d'une divergence et d'une possible réconciliation : l'article 29 TCE», 2009 1 *CDE*.

———, «Arrêt *Gysbrechts* : le droit de rétractation du consommateur face au droit de l'UE», 2009 *REDC*.

¹⁷¹ Asuntos C-439/05 y C-454/05 R *Land Oberösterreich* [2007] Rec. p. I-7441.

¹⁷² DE SADELEER, N. *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruselas, ULB, 2010, pp.17-74.

- DE SADELEER, N., «Les limites posées à la libre circulation des déchets par les exigences de protection de l'environnement», 1993, 5 : 6 *CDE*.
- , *Environmental Principles*, Oxford, O.U.P., 2002.
- , *Le droit communautaire et les déchets*, Bruselas, Bruylant, París, L.G.D.J., 1995.
- , *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruselas, ULB, 2010.
- FALLON, M. y GERARD, D., «Trailing the trailers in search of a typology of barriers», 2012 2 *EJCL-REDC*.
- GERADIN, D., *Trade and the Environment. A Comparative Study of EC and US Law*, Cambridge, CUP, 1997.
- GORMLEY, L., *EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union*, Oxford, OUP, 2009.
- JACOBS, F. G., «Recent developments in the principle of proportionality in EC law» en ELLIS, E. (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999.
- KAPTEYN, P., VERLOREN VAN THEMMAAT, P., *Introduction to the Law of the European Communities*, 3.^a ed., Kluwer, 1998.
- KRÄMER, «L'environnement et le marché unique», 1993, 1 *RMC*.
- , «Environmental Protection and Article 30 TFEU», 1993, *CMLRev*.
- , *EC Environmental Law*, 6th ed., Thomson, 2007.
- LIANOS, I., «Shifting Narratives in the European Internal Market», 2010 *Eur B L Rev*.
- MISONNE, D. y DE SADELEER, N., «Is There Space in the EU for National Product-Related Measures?» en PALLEMARETS, M. (ed.), *EU and WTO Law: How tight is the Legal Straitjacket for Environmental Product Regulation*, Bruselas, VUB Press, 2006.
- NOTARO, A., *Judicial Approaches to Trade and Environment. The EC and the WTO*, Londres, Cameron & May, 2003.
- OLIVER, P., «Of Trailers and Jet-Skis: is the Case Law on Article 34 TFEU Carrering in a New Direction», 2010 *Fordham Intl L J*.
- , «The Scope of Article 34 TFEU after Trailers», 2012 2 *EJCL-REDC*.
- ROSAS, A., «Life after Dassonville and Cassis: Evolution but No Revolution» en POIARES, M., MADURO y AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law Rome*, Oxford, Hart, 2010.
- SCOTT, J., «On Kith and Kine: Trade and Environnement in the EU and WTO» en VEILER, J.H.H. (ed.), *The EU the WTO and the NAFTA*, Oxford, OUP, 2000.
- SNELL, J., «The Notion of Market Access: A Concept or Slogan», 2010 *CMLR*.
- TEMMINK, H., «From Danish Bottles to Danish Bees: The Dynamics of Free Movement of Goods and Environmental Protection – a Case Law Analysis», *Yb Eur Env L*, 2000 I.

- SPAVENTA, E., «Leaving *Keck* behind? The free movement of goods after the rulings in *Comisión/Italia* and *Mickelsson and Roos*», 2009 34 *ELRev*.
- TOTH, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law*, vol. II, Oxford, OUP, 2005.
- UNPERATH, H. y JOHNSTON, A., «The Double-headed Approach to the ECJ concerning Consumer Protection», 2007 44 *CMLR*.
- VAN CALSTER, G., *International & EU Trade Law. The Environmental Challenge*, Londres, Cameron & May, 2000.
- VAN GERVEN, W., «The effect of proportionality on the actions of Member States of the European Community: national viewpoints from continental Europe», en *The Principle of proportionality in the laws of Europe*, 1999.
- VIAL, C., *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruselas, Bruylant, 2006.
- WEATHERILL, S., «The road to ruin: "restrictions on use" and the circular lifecycle of Article 34 TFEU», 2012 2 *EJCL-REDC*.
- WIERS, J., *Trade and Environment in the EC and the WTO. A Legal Analysis*, Groeningen, Europa Law Publishing, 2002.
- ZIEGLER, A. R., *Trade and Environmental Law in the European Community*, Oxford, Clarendon, 1996.