

Comentario de Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

María Luisa Sánchez Barrueco

Profesora de Derecho de la Unión Europea y miembro del Equipo de Investigación
Integración Europea de la Universidad de Deusto

La libre circulación de jugadores «promesa» de fútbol en la Unión Europea. Sentencia *Bernard* de 16 de marzo de 2010¹

El fútbol no es un deporte como los demás. Genera a partes iguales pasiones y rechazos que unen o separan a masas importantes de la población haciéndoles olvidar la crisis económica o sus diferencias políticas, para incomprender a quienes no lo siguen. En España, la explosión de júbilo vivida con ocasión de la victoria en el Mundial de Sudáfrica de 2010 permanecerá en la memoria colectiva por largo tiempo. Las gestas de estos futbolistas, como las de los que los precedieron y las de los que están por venir, serán contadas con honda emoción de padres a hijos y de hijos a nietos, y numerosos jóvenes se esforzarán hasta desgastar los tacos para emular a sus ídolos, pues alcanzar la Copa del Mundo es, en efecto, la aspiración de todos, pero un honor reservado solamente a unos pocos elegidos. Es la culminación de la carrera profesional de cualquier futbolista, una carrera que aunque ahora esté iluminada por millares de flashes comenzó en la ignorada y humilde oscuridad de un club de base. Reconocer la esencial contribución de estos pequeños equipos a la formación de los jóvenes futbolistas en sus inicios es en parte el objeto de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJUE) en el caso *Bernard*, que a continuación comentamos.

En el momento de los hechos, *Bernard* era un joven futbolista en el Olympique Lyonnais (OL). Había firmado un contrato como jugador «promesa» por tres años con este club. Bajo la normativa francesa (estatuto del fútbol profesional, norma asimilada a un convenio colectivo en el ámbito del fútbol) la categoría de jugador «promesa» se define como todo jugador de edad comprendida entre los 16 y los 22 años que firma un contrato de formación por tiempo determinado con un club. La inversión en formación

¹ Asunto C-325/08, Olympique Lyonnais SASP contra Olivier Bernard y Newcastle UFC, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de marzo de 2010.

realizada por el club se ve protegida mediante la posibilidad de exigir al jugador que firme su primer contrato como profesional con dicho club, con anterioridad al término del contrato de formación. Seguro el lector es capaz de recordar algún ejemplo de quienes, fieles al equipo que le vio nacer como futbolistas profesionales, abrazaron sus colores para siempre y rechazaron jugosas ofertas de equipos poderosos en los que quizás hubieran brillado más alto, aun a riesgo de acabar en el banquillo u olvidados por los seguidores. Seguro que recordará igualmente a aquéllos otros que, tal vez por entender que el fútbol es un trabajo o bien por el legítimo derecho a manejar las riendas de su carrera deportiva profesional despojada de adhesiones inquebrantables, «traicionaron» a su afición de origen ante la perspectiva de un mejor salario, de compartir vestuario con jugadores de mayor calidad, o de jugar en una división superior. Bernard pertenecía a este segundo grupo: al término de su contrato de formación rechazó el contrato ofrecido por el Olympique Lyonnais por aceptar la oferta más tentadora del club británico Newcastle.

En Francia, el régimen jurídico del fútbol profesional no prevé la posibilidad de exigir indemnización en caso de incumplimiento por parte del jugador. No obstante, el club formador, como empleador que es, está asistido por el derecho laboral general: puede solicitar resarcimiento de daños y perjuicios al empleado jugador en el marco de una acción de incumplimiento contractual grave. Así, OL demandó solidariamente a Bernard y al Newcastle ante el Tribunal de lo Social de Lyon, reclamando el pago de una indemnización equivalente a la retribución que Bernard hubiera recibido en caso de haber firmado el contrato ofrecido por OL. El tribunal de instancia le dio la razón, si bien cuantificó la indemnización en aproximadamente la mitad de lo solicitado.

Esta sentencia fue anulada en apelación porque la Cour d'Appel de Lyon consideró que la disposición nacional que prohíbe a los jugadores promesa firmar un contrato con un club distinto al club formador constituye una violación de las disposiciones comunitarias sobre libre circulación de trabajadores (artículo 45 TFUE, antiguamente 39 CE) cuando el club contratante está situado en otro Estado Miembro. OL recurrió la sentencia de apelación en casación y es en el marco de este último procedimiento principal en que la Cour de Cassation francesa decide suscitar la presente cuestión prejudicial.

En la justificación de su petición, la Cour de cassation francesa reconocía la existencia de una restricción a la libre circulación de jugadores promesa en este caso, pero se interrogaba sobre si sería posible reconocer la presencia de una posible justificación en el ámbito específico del fútbol por el objetivo de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores de fútbol profesional, como ya estableció el TJUE en la conocida sentencia

Bosman de 1995². Ante esta razonable duda, la Cour de cassation francesa decidió suspender el procedimiento para elevar al TJUE dos cuestiones prejudiciales que, en esencia, son las siguientes:

1. si el régimen nacional mencionado constituye una infracción conforme al derecho comunitario, y
2. si la necesidad de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores profesionales constituye un objetivo legítimo o una razón imperiosa de interés general que pueda justificar tal restricción.

Es necesario subrayar la relevancia del presente asunto, como así lo prueba la intervención de cuatro Estados Miembros (Francia, Italia, Holanda y Reino Unido) y la Comisión en apoyo de las partes. Sus alegaciones sugieren aspectos interesantes del caso, aunque el TJUE no siempre los responde.

Por una parte, ¿constituye la contratación y la formación de jóvenes jugadores o no una razón imperiosa de interés general que pueda justificar una restricción a la libre circulación? Y al respecto, ¿Es legítimo, como sugiere el gobierno italiano, ofrecer una protección específica a los clubes pequeños que disponen de una estructura y un presupuesto limitados?.

Por otra parte, ¿cabe sostener que la indemnización exigida por el OL representa una «compensación por formación» cuando la normativa francesa guarda silencio sobre los criterios para su determinación? Del caso litigioso se deduce que el OL cifraba el daño sufrido no en función de los gastos incurridos en la formación de Bernard sino en la remuneración hipotética que hubiera percibido éste de haber firmado el contrato ofrecido. En este sentido, tanto los Estados Miembros intervinientes como la Comisión recuerdan que el Reglamento de la FIFA de 2001, no estrictamente aplicable a los hechos por ser de fecha posterior a los hechos litigiosos, proporciona reglas para el cálculo de la «compensación por formación» que se ajustan al principio de proporcionalidad. El gobierno neerlandés, además, llega a sugerir dos criterios que debería reunir una indemnización para ser proporcionada: que sea calculada en función del costo satisfecho por el club en la formación del jugador, y que se tome en consideración tanto el provecho obtenido de tal formación por el club como el período de tiempo durante el que ha podido beneficiarse de ella.

Veamos cuál fue el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 16 de marzo de 2010.

No resulta problemático, aunque sí de mención necesaria en primer lugar, despejar las posibles dudas acerca de si la libertad comunitaria de cir-

² Asunto C-415/93, Sentencia de 15 de diciembre de 1995, Rec. p. I-4921.

culación de trabajadores resulta aplicable a los hechos litigiosos. Basta remitirse a la reiterada jurisprudencia comunitaria que establece sólidamente que el deportista profesional o semiprofesional realiza una actividad por cuenta ajena retribuida (ya sea por cuenta ajena o como prestador de servicios) y, en este sentido, constituye un trabajador a la luz del ordenamiento jurídico comunitario, debiendo sujetarse a sus prescripciones. El hecho de que el régimen francés aplicable se halle recogido en un convenio colectivo en vez de en un reglamento o ley tampoco obstaculiza la aplicabilidad del artículo 45 TFUE al caso, desde el momento en que rige de manera vinculante las condiciones en que se desarrolla el trabajo. El objetivo de garantizar la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario motiva que el artículo 45 TFUE resulte aplicable no solamente a las disposiciones de carácter legislativo emanantes de las autoridades públicas, sino igualmente a normativas de distinta naturaleza, tal como convenios colectivos.

El reconocimiento de que un régimen francés como el descrito restringe la libre circulación de jugadores promesa en la Unión Europea tampoco plantea dificultad. A la luz de la consistente jurisprudencia comunitaria en materia de mercado interior, resulta muy poco efectivo el argumento invocado por OL de que en realidad el régimen francés no prohíbe expresamente al jugador promesa que firme su primer contrato con otro club, ya sea nacional o extranjero, sino que únicamente lo sujeta al pago de una sanción. Para el Tribunal de Justicia, toda medida nacional que coloca a un nacional de un Estado Miembro en una situación desfavorable en el supuesto de que desee ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro constituye una restricción a la libre circulación de personas. En este caso, la posibilidad de verse condenado al pago de la indemnización hace menos atractivo el ejercicio del derecho a la libre circulación para los jugadores promesa. La existencia de una violación a la libre circulación de los trabajadores garantizada dentro de la Unión en virtud del artículo 45 TFUE no se discute, por tanto.

En cambio, el núcleo de la sentencia se centra en la interpretación de si el ordenamiento jurídico comunitario admite la existencia de una excepción legítima a la libre circulación de trabajadores en este caso.

Recordemos que los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para consolidar una restricción a la libre circulación de personas exigen el cumplimiento exhaustivo de tres criterios: el criterio de motivación suficiente (la medida nacional debe perseguir un objetivo legítimo compatible con el Tratado, justificado por razones imperiosas de interés general), el criterio de necesidad (la medida nacional debe ser adecuada para la consecución del objetivo) y el criterio de proporcionalidad (la restricción impuesta no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo).

Respecto al primer criterio, la situación en el caso concreto se presta a recordar la jurisprudencia comunitaria iniciada en 1995 con ocasión de la importante sentencia *Bosman*, en la que el TJUE reconoció que el objetivo consistente en alentar la contratación y la formación de los nuevos jugadores es legítimo, y ello debido a la considerable importancia social que reviste el fútbol dentro de la Unión. La sentencia *Bosman* asignó a la actividad futbolística un carácter específico en relación con otras actividades económicas sujetas a la libre circulación de trabajadores, que la hacía merecedora de excepciones.

El carácter específico del fútbol estriba en la importante función social y educativa que desempeña. La contribución del deporte en general, y del fútbol en particular, a la difusión de valores físicos y morales en la población resulta especialmente evidente en los clubes de base, que canalizan en toda Europa las ilusiones de millones de niños y jóvenes deseosos de imitar a sus ídolos, aquéllos que defienden los colores de la selección o de su equipo favorito. Sin la labor formativa que realizan los pequeños clubes regionales sobre la cantera juvenil, poco futuro tendrían los grandes clubes que mueven cantidades exorbitantes en concepto de derechos de emisión o publicidad.

Los pequeños clubes de divisiones inferiores invierten en la formación de las jóvenes promesas durante su etapa semi-profesional pero, como el TJUE señaló en su sentencia *Bosman*, «es imposible prever con certeza el futuro deportivo de los jóvenes jugadores. Sólo un número limitado de ellos llegan a jugar como profesionales, de modo que no puede haber seguridad de que un jugador en formación resultará ser un activo valioso bien para el club formador o para cualquier otro club» (punto 109). En *Bernard*, el Tribunal recuerda que «esos clubes soportan los gastos correspondientes al conjunto de los jóvenes jugadores a los que contratan y forman, en su caso durante varios años, en tanto que sólo una parte de esos jugadores desarrolla al término de su formación una carrera profesional, bien en el club formador, bien en otro club» (punto 42), añadiendo a renglón seguido que los beneficios que el club formador puede recibir durante el periodo de formación compensan tan solo parcialmente la inversión realizada.

Los clubes pequeños, lamentablemente, carecen de recursos económicos suficientes para ofrecer a sus jugadores promesa al finalizar la fase de formación, unos términos contractuales competitivos cuando un gran club de primera división se interesa por ellos. En estas condiciones, la inversión realizada por estos clubes (y, por ende, la contratación y formación de jóvenes jugadores) se vería comprometida si se declarara la ilicitud de la compensación por formación. Así lo recuerda el Tribunal cuando afirma que «[é]se es en especial el supuesto de los pequeños clubes formadores cuyas

inversiones realizadas en el ámbito local en la contratación y formación de los jóvenes jugadores revisten una importancia considerable para la realización de la función social y educativa del deporte» (punto 44). La imposición al jugador promesa de una compensación de formación constituye por tanto una restricción a la libre circulación de trabajadores, consolidada en la medida en que persigue el objetivo legítimo de fomentar la contratación y formación de jóvenes jugadores de fútbol.

Resta comprobar, sin embargo, el cumplimiento de los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

Aunque el Tribunal de Justicia no se detiene a examinar el criterio de necesidad porque es el criterio de proporcionalidad el que plantea mayores inconvenientes y le ofrece una salida más directa al asunto, consideramos oportuno reflexionar brevemente sobre la aptitud de una medida como la examinada para alcanzar el objetivo perseguido. En principio, parecería razonable entender que la obtención de una compensación monetaria al club formador cuya inversión se ve truncada por la huida del jugador a otro club resulta apta para lograr el objetivo de fomentar la contratación o, al menos no disuadirla, de jóvenes jugadores de fútbol. No obstante, creemos necesario recordar que la cantidad a satisfacer por Bernard no reviste la naturaleza de una «compensación por formación» en el marco del régimen jurídico francés del deporte; antes bien, se configura como una indemnización por incumplimiento contractual grave en el marco del derecho laboral. Esto acarrea una consecuencia nada desdeñable a nuestros ojos: en su origen, el régimen francés ata irremediabilmente al jugador promesa al club formador y lo coloca en una posición subjetiva de culpabilidad cuando intenta decidir libre y autónomamente la trayectoria inicial de su carrera profesional. La forma como se han configurado jurídicamente las relaciones entre el jugador promesa y el club formador en Francia hace que la ruptura unilateral y culpable del contrato quede como una mancha en la honorabilidad del jugador, que merece ser castigada. La justificación teleológica de la «compensación por formación» es muy distinta. Esta figura tiene como punto de partida la libertad del jugador promesa para decidir con qué club quiere iniciar su trayectoria profesional como futbolista; pero al mismo tiempo reconoce que la inversión realizada por el club formador no puede ser ignorada y determina unos criterios más o menos objetivos para fijar una compensación monetaria, muy distinta a una indemnización «por mal comportamiento». Quizás sea hilar demasiado fino, pero entendemos que cabe sostener que la naturaleza de una indemnización no es apta para conseguir el objetivo de fomentar la contratación de jóvenes futbolistas, aunque en la práctica conduzca igualmente a compensar económicamente al club formador, pues en esencia se trata de una figura que niega la libertad personal del jugador promesa y afea jurídicamente su comportamiento.

El Tribunal de Justicia centra sus reflexiones en el examen del criterio de proporcionalidad, que plantea mayores inconvenientes a la parte demandante en el principal. En efecto, parece deducirse del litigio principal que la determinación de la indemnización por parte de las autoridades francesas peca de arbitrariedad. En primer lugar, este régimen carece de mención expresa a la existencia de criterios objetivos para el cálculo de la misma y, de existir, no fueron puestos en conocimiento de la parte afectada (el jugador promesa) por adelantado, como bien subraya el gobierno holandés y reconoce el Tribunal de Justicia.

Por otra parte, resulta de los autos que la indemnización no se calculaba en relación con los costes de formación soportados por el club formador había soportado, sino en relación con la totalidad del perjuicio sufrido por éste

Todo ello induce al TJUE a dictaminar, en el punto 48 de la sentencia, que «la perspectiva de percibir tal indemnización iba más allá de lo necesario para fomentar la contratación y la formación de los jóvenes jugadores y para financiar esas actividades». En consecuencia, resulta claro que el régimen francés no reúne los requisitos exigidos por el principio de proporcionalidad. A la luz de la sentencia del Tribunal en esta cuestión prejudicial, parece previsible que la Cour de Cassation francesa dictaminará en el asunto principal anulando la sentencia de la Cour d'Appel de Lyon o determinando una indemnización más ajustada al perjuicio sufrido por el OL en el supuesto concreto de Bernard.

No podemos evitar finalizar estas reflexiones llamando la atención sobre dos aspectos curiosos, a nuestro entender, de los que la Abogada General Eleanor Sharpston se hace parcialmente eco en sus conclusiones³, pero que resultan silenciados en la sentencia del Tribunal de Justicia.

Por una parte, debe resaltarse que las reflexiones del presente caso podrían encontrar aplicación más allá de un sector económico tan específico como es el fútbol, haciéndose extensivas al conjunto de actividades sujetas a los principios de la libre circulación de trabajadores, por cuanto se pretende dilucidar los derechos de cualquier un empleador que desea invertir en la formación de un trabajador pero se resiste a ver que ese trabajador se lleve inmediatamente las valiosas aptitudes adquiridas a la competencia. Como acertadamente señaló el gobierno neerlandés, se trata de un problema de tipo general que excede el ámbito de aplicación específico en el litigio principal. No obstante, como señala la Abogada General en el punto 31 de sus conclusiones, «no se han presentado ante el Tribunal de Justicia observaciones suficientes para tratar adecuadamente del

³ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 16 de julio de 2009.

problema más amplio». La tal vez excesiva contención de la Cour de Cassation francesa al plantear las cuestiones motivará probablemente que la próxima vez que se suscite en sede jurisdiccional nacional la protección de la inversión en formación de un empleador, el juez encargado de dictar sentencia se vea impulsado a plantear una nueva cuestión prejudicial al Tribunal comunitario.

Resulta aún más llamativo lo siguiente. Aún confesando nuestra más absoluta ignorancia sobre los detalles de la actividad futbolística profesional como actividad económica que mueve ingentes cantidades de dinero en Europa, a nadie se le oculta que la situación empresarial del Olympique Lyonnais difícilmente puede encajar en la imagen del humilde club formador de base cuyos intereses legítimos se pretende justificar de manera reiterada a lo largo de la sentencia comunitaria. Existe probablemente una diferencia objetiva que hace que jugar en la liga inglesa o en el Newcastle se hiciera más atractivo a los ojos de un jugador como Bernard, pero la distancia entre ambos clubes no es en modo alguno comparable a la que hubiera existido respecto a, por ejemplo, un equipo de tercera regional como la Cultural de Durango. ¿Nos hallamos realmente ante una lucha desigual pareja a la de David contra Goliat, que merezca una protección jurisdiccional especial? En nuestra opinión, no.

Hubiera sido, por tanto, altamente interesante que el juez, o las partes, en el procedimiento principal hubieran situado la cuestión en el marco del derecho comunitario de la competencia, al menos de modo complementario al análisis en el marco de la libre circulación de trabajadores. La abogado general tiene el acierto de sugerirlo, en el punto 43 de sus conclusiones, cuando afirma que «si bien la disputa entre el Olympique Lyonnais y el Newcastle United puede guardar relación ciertamente con cuestiones del Derecho de la competencia éstas no han sido planteadas por el tribunal remitente, por lo que los Estados miembros y la Comisión no han tenido oportunidad de comentarlas».

Con estas últimas reflexiones pretendemos subrayar, por tanto, la importancia que reviste el hecho de que el juez nacional sepa situar las cuestiones planteadas en el contexto adecuado dentro del ordenamiento jurídico comunitario. Sólo así podremos disfrutar la oportunidad de sacar el máximo partido posible a las interpretaciones del Tribunal de Justicia comunitario en sede prejudicial. Aunque la jurisprudencia reiterada del TJUE sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales rechaza de plano la respuesta a cuestiones puramente teóricas de interpretación del derecho comunitario, cuya utilidad para resolver en el litigio principal sea dudosa; no es menos cierto que un planteamiento excesivamente restrictivo de la cuestión prejudicial por parte del juez nacional equivale a limitar el margen de actuación del juez comunitario y, por tanto, su utilidad.

Los límites del principio de cautela en relación con el principio de proporcionalidad aplicados a la comercialización de complementos vitamínicos, en ausencia provisional de armonización de las cantidades máximas de nutrientes que éstos pueden contener. Sentencia *Solgar* de 29 de abril de 2010⁴

Basta una visita al hipermercado más cercano a nuestro hogar para comprobar que sus estanterías se han llenado en los últimos años de alimentos que contienen fuentes concentradas de nutrientes, y que se presentan con la finalidad de complementar la ingesta de tales nutrientes en la dieta normal, permitiendo al consumidor compensar estados de carencia alimenticia. Leche enriquecida con calcio hierro y omega-3, mantequilla o yogures enriquecidos con vitaminas A, D y E, zumos enriquecidos con vitamina C y un largo etcétera de productos destinados al consumo humano que nos prometen una mejor salud.

En efecto, la época actual es testigo del abandono progresivo de la interpretación de que los suplementos vitamínicos y de minerales constituyen medicamentos o productos paramédicos que se procuran en farmacias o herbolarios. Ahora, los complementos vitamínicos entran en nuestras mesas, de manera cotidiana y paralela, insertos en la composición de productos alimenticios ordinarios (aunque hayan sido tratados artificialmente) que se presentan como tales y no como productos de origen más próximo al de un medicamento. Sin embargo, ni químicos ni nutricionistas ni médicos se ponen de acuerdo sobre la efectividad real de tales complementos, ni sobre las consecuencias que puede tener para la salud un exceso de determinadas vitaminas o minerales en el organismo debido a la interacción de varios productos enriquecidos en ellos. Cuando un médico se plantea tratar la osteoporosis de una señora de edad no toma en consideración si ésta toma habitualmente leche enriquecida con calcio, le receta directamente el suplemento cálcico de compra en farmacias.

En la mayoría de supuestos, el organismo expulsa de modo natural el exceso de vitaminas o minerales. Existen excepciones, sin embargo, en que la presencia de dichos elementos en cantidades superiores a lo deseable desencadena un riesgo para la salud, bien por sus propios efectos, bien porque compite con otros elementos que también nos son beneficiosos. Este riesgo se acentúa lógicamente en los organismos enfermos o en los colectivos especialmente vulnerables, como son las mujeres embarazadas, los niños o los ancianos. Por poner varios ejemplos, un exceso no eliminado de calcio puede producir cálculos de riñón o dañar las glándulas paratiroides, nive-

⁴ Asunto C-446/08, *Solgar Vitamin's France y otros c. Ministre de l'Économie, Ministre de l'Agriculture y Ministre de la Santé*, Sentencia de 29 de abril de 2010, REC PUBLICACIÓN.

les excesivos de hierro se hallan en el origen de la hemocromatosis que posteriormente se transforma en cirrosis, el abuso de la vitamina A daña igualmente el hígado. Recordará igualmente el lector la costumbre de fluorar las aguas destinadas al consumo humano, que se introdujo hace años en determinadas regiones al objeto de mejorar la dentición de los niños. En esas áreas geográficas, los pediatras recomiendan no dar colutorios infantiles con flúor para evitar las alteraciones óseas en el organismo que el exceso de este mineral produce. No obstante, dejando a salvo los casos extremos, el análisis de riesgo-beneficio de los nutrientes presenta una casuística enormemente compleja tanto por las posibles interacciones entre los mismos como por las condiciones específicas de salud de quienes los toman.

Esta larga introducción pretende subrayar las dificultades planteadas al legislador a la hora de conjugar un nivel adecuado de la protección al conjunto de consumidores con el derecho de determinados individuos en situación médica especial a ingerir los complementos necesarios para mejorar su salud, así como con el derecho de las empresas dietéticas europeas a comercializar sus productos en tanto en cuanto la ciencia no demuestre de modo fehaciente e inequívoco la existencia de un riesgo para la salud. Cuando la salud pública se halla comprometida, parece razonable aplicar el principio de cautela para evitar generar riesgos a la población, sin embargo, llevar el principio de cautela hasta sus últimas consecuencias en ausencia de estudios que fijen científicamente el umbral de un peligro objetivo y generalizado, rompería el principio de proporcionalidad. En este telón de fondo se inscribe el litigio principal en el marco del cual el Tribunal de Justicia comunitario responde a la presente cuestión prejudicial.

El caso *Solgar* no es sino un paso adicional en la dilatada lucha que opone a las empresas dietéticas europeas con las autoridades nacionales de determinados Estados y la Comisión acerca de los criterios que deben reinar en la fabricación y comercialización de suplementos alimenticios para conjugar la protección a sectores especialmente vulnerables de la población con la libertad o el derecho de determinados consumidores en condiciones de salud específicas a obtener los beneficios que la ingesta de tales suplementos aporta.

Este conflicto se produce porque, aunque existe una voluntad de armonizar a nivel comunitario los nutrientes que pueden utilizarse en la fabricación de suplementos vitamínicos, persisten aspectos no regulados por la Directiva 2002/46/CE que aproxima las legislaciones nacionales en materia de complementos alimenticios⁵. Ello genera incertidumbre jurídica para las

⁵ Directiva 2002/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de complementos alimenticios (DO L 183, p. 51).

empresas afectadas y dificultades en los procesos de aplicación y adaptación del Derecho interno para las autoridades nacionales, que se encuentran así en una posición incómoda. El Abogado General es especialmente crítico con la Comisión en sus conclusiones, apartados 38 a 41, subrayando que, «a falta del acto normativo de la Comisión en el que se establezcan las cantidades máximas y mínimas de vitaminas y de minerales presentes en los complementos alimenticios, la normativa de la Unión Europea en materia de complementos alimenticios es, en estas condiciones, una verdadera laguna» lo cual tiene dos consecuencias importantes: que «la noción de «producto que cumple lo dispuesto en la Directiva» es, en la práctica, imposible de aplicar, al menos de modo uniforme» y que «los Estados miembros se encuentran en una situación que les imposibilita llevar a cabo los procesos de adaptación de su Derecho interno». Por lo tanto, el Abogado General considera que la aproximación de legislaciones en el supuesto concreto de los suplementos vitamínicos es «ineficaz y poco transparente tanto para los Estados miembros como para los productores, al igual que para los consumidores» y califica la situación actual de «inaceptable desde el punto de vista jurídico».

La sentencia Solgar es especialmente relevante por el momento en que ha sido dictada. En efecto, la Comisión Europea lleva más de seis años debatiendo la adopción de medidas de ejecución de la Directiva 2002/46/CE y su preferencia por el enfoque de «solo riesgo» (risk-only) frente al de «riesgo-beneficio» parece quedar reflejada en su intención de regular, en particular, las cantidades máximas permitidas de nutrientes que pueden utilizarse en la fabricación y comercialización de suplementos vitamínicos. Sin duda alguna, los principios de interpretación aportados por el Tribunal de Justicia en esta cuestión prejudicial tendrán un impacto sensible en la propuesta que la Comisión finalmente realice.

Entrando ya en los aspectos procesales del asunto, la petición de decisión prejudicial se produce en el marco de sendos recursos por abuso de poder presentados en 2006 ante el Conseil d'État francés por ocho empresas del sector de los complementos alimenticios y, por otra parte, el Syndicat de la Diététique et des Compléments Alimentaires. Los demandantes pretendían atacar una orden interministerial de los ministerios de agricultura, salud y economía reguladora de los nutrientes que se pueden emplear en la fabricación de complementos alimenticios.

Respecto a los principios establecidos a nivel comunitario, el preámbulo de la Directiva 2002/46/CE admitió que en el futuro se establecieran niveles máximos en los complementos alimenticios para evitar posibles perjuicios, pero al mismo tiempo, supeditaba la imposición de tales niveles máximos de seguridad a que se hubiera efectuado una evaluación científica del riesgo a partir de datos científicos reconocidos y a que la ingesta de

estos nutrientes se hiciera en el marco de una dieta normal. La fijación de tales valores concretos para los niveles máximos y mínimos de vitaminas y minerales contenidos en los complementos alimenticios se delegaba en la Comisión, como quedó dicho antes.

La Directiva resulta de aplicación a «los complementos alimenticios comercializados en calidad de productos alimenticios y presentados como tales», que «se entregarán al consumidor final únicamente preenvasados». Respecto a la determinación de niveles máximos de nutrientes presentes en los complementos alimenticios, el artículo 5 de la directiva exige que se tengan en cuenta «los niveles máximos de seguridad de vitaminas y minerales, tal como se hayan establecido mediante la evaluación científica del riesgo a partir de datos científicos reconocidos, teniendo en cuenta, según proceda, los diferentes grados de sensibilidad de las distintas categorías de consumidores», así como «la ingesta de vitaminas y minerales a partir de otras fuentes de alimentación».

En la medida en que un complemento alimenticio cumpla las prescripciones establecidas en la directiva, el artículo 11.1 de la directiva prohíbe a los Estados Miembros que restrinjan la circulación del mismo en la Unión alegando razones relacionadas con su composición, especificaciones de fabricación, presentación o etiquetado. Sin embargo, esta prohibición no vincula a las disposiciones nacionales que sean adoptadas mientras no existan medidas de ejecución a nivel comunitario. Del mismo modo, el artículo 12 permite que los Estados Miembros introduzcan medidas de salvaguardia que suspendan o limiten provisionalmente la aplicación de la directiva respecto a un producto cubierto por la directiva respecto al que, «como consecuencia de datos nuevos o de la revisión de datos existentes» existan «motivos detallados que demuestren que [...] constituye un peligro para la salud humana», aunque debe informar inmediatamente al resto de Estados Miembros y a la Comisión para que ésta, tras consultar al Comité permanente de la cadena alimentaria y de sanidad animal, pueda adoptar las medidas pertinentes.

En parte para transponer la Directiva 2002/46/CE, en parte para aprovechar sus lagunas mientras el proceso de armonización no avanzara, una orden francesa de 2006 estableció una lista de las vitaminas y de los minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios así como las dosis diarias máximas que no pueden sobrepasarse en el marco de dicha utilización. En lo que al flúor respecta, la dosis diaria máxima quedó fijada en 0 mg.

Las empresas dietéticas demandantes impugnaron la citada orden (interponiendo un recurso por abuso de poder) ante el Conseil d'État alegando, en primer lugar, que la delegación en la Comisión de la competencia para fijar las cantidades máximas de nutrientes en los complementos alimentici-

cios eliminaba la competencia legislativa francesa; y por otra parte, que las modalidades de fijación de las dosis diarias máximas establecidas por la norma nacional no cumplieran los principios de la directiva.

El Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales de interpretación de la Directiva 2002/46 conducentes a determinar, en primer lugar, si los Estados Miembros son competentes para definir las cantidades máximas de nutrientes mientras la Comisión no adopte medidas de ejecución de la directiva. En caso afirmativo, se solicita al Tribunal que interprete los principios comunitarios que vinculan a los Estados Miembros en la determinación de las cantidades máximas de nutrientes, en particular:

1. Si puede exigirse a los Estados Miembros que se apoyen en la evaluación científica del riesgo a partir de datos científicos reconocidos, dado que este sector «sigue estando caracterizado por una relativa incertidumbre».
2. Si los Estados Miembros pueden fijar índices máximos cuando es imposible determinar las aportaciones que se han recibido «a partir de otras fuentes de alimentación» (tal es el caso del flúor que se recibe a través del agua en determinadas zonas).
3. Si la fijación de un límite máximo igual a cero es posible sin aplicar el procedimiento de medidas de salvaguardia
4. Si la consideración de la diferencia de sensibilidades respecto a un nutriente concreto entre distintos grupos de la población puede conducir a que se aplique al conjunto de la población la cantidad máxima adaptada a un público vulnerable.
5. Si los Estados Miembros pueden fijar índices máximos cuando no haya límites de seguridad debido a la inexistencia de un peligro demostrado para la salud, es decir, si se pueden fijar índices máximos sensiblemente inferiores a los límites de seguridad científicamente admitidos para estos nutrientes.

El Tribunal no opuso ninguna resistencia al reconocimiento de la competencia de los Estados Miembros para «invadir» la competencia reglamentaria de la Comisión mientras ésta no adopte medidas de ejecución. Tal aspecto ya había sido establecido en un recurso por incumplimiento contra Alemania en una sentencia de 15 de noviembre de 2007.

Ahora bien, entrando ya en las preguntas relativas a las modalidades de fijación de las cantidades máximas de nutrientes, el Tribunal de Justicia concluye que los Estados Miembros están obligados a respetar los principios establecidos en la directiva. Ello es así porque cuando un ámbito es objeto de armonización de legislaciones, la competencia reglamentaria de los Estados Miembros (incluso cuando esta competencia reglamentaria ocupa

la laguna de la normativa comunitaria) está sujeta a límites: las medidas nacionales deben respetar el Derecho de la Unión general y, en particular, orientarse a alcanzar el resultado previsto en la directiva.

Aun que el Tribunal de Justicia no se detiene a examinar los principios del Derecho de la Unión en relación con el ámbito de la salud (sí recuerda y aplica los principios normativos y jurisprudenciales que se refieren a la relación entre el derecho nacional y comunitario en el marco de la armonización de legislaciones), el Abogado General Jääskinen busca en el Tratado la percepción que de este tema tiene el legislador y menciona los artículos 152.1.1 CE, que exige a las políticas y acciones de la Comunidad que garanticen un alto nivel de protección de la salud humana, y 95.3 CE que exige igualmente la garantía de un nivel de protección elevado de la salud humana en el proceso de armonización de legislaciones. En la actualidad, el Tratado de Lisboa refleja dicha preocupación en el artículo 9 TFUE (Disposiciones de aplicación general), 168.1 TFUE (salud pública), y en la Declaración número 32 anexa al Tratado. En todas estas disposiciones predomina la garantía de un nivel elevado de protección de la salud humana como valor primordial.

Además del Tratado, los Estados Miembros deben respetar los principios establecidos por la directiva en cuestión, y ninguna norma nacional puede comprometer el resultado prescrito por la misma. No obstante, difícilmente podría lograrse este resultado si los Estados Miembros no tuvieran en cuenta los elementos de juicio propuestos por el artículo 5 de la Directiva. El Tribunal califica esta disposición como «fundamental» y establece que los elementos de juicio que contiene proceden de un análisis de los riesgos con «vocación de aplicarse a todas las medidas relativas a la seguridad de los alimentos, incluidas las adoptadas a nivel de los Estados miembros» (puntos 29 y 30 de la sentencia), y cuyo objeto es «garantizar la protección de la salud de las personas».

En consecuencia, el Tribunal de Justicia dictamina que el ordenamiento jurídico comunitario exige a los Estados Miembros «una evaluación de los riesgos que se apoya en datos científicos reconocidos, para fijar las cantidades máximas de vitaminas y de minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios hasta que la Comisión establezca esas cantidades», punto 32 de la sentencia.

El apartado tercero de la segunda cuestión prejudicial plantea la duda de si un Estado Miembro está obligado a aplicar el procedimiento de salvaguardia para fijar un índice máximo igual a cero, cuando es imposible cuantificar con precisión las aportaciones del nutriente en cuestión procedentes de otras fuentes alimenticias y existen riesgos comprobados.

El razonamiento del Tribunal recuerda un principio reiterado en la jurisprudencia comunitaria: «a falta de armonización y en la medida en que sub-

sisten dudas en el estado actual de la investigación científica, corresponde a los Estados miembros decidir el grado de protección de la salud y de la vida de las personas que pretenden garantizar, y exigir una autorización previa a la comercialización de los productos alimenticios, teniendo en cuenta las exigencias de la libre circulación de mercancías dentro de la Unión» (punto 35 de la sentencia).

Posteriormente, el Tribunal descarta la necesidad de respetar el procedimiento de salvaguardia para restringir la circulación de un complemento alimenticio en el estado actual de la armonización comunitaria. El Tribunal reafirma la facultad de apreciación de los Estados Miembros respecto a las condiciones en las que deben comercializarse los complementos alimenticios atendiendo a la especial importancia del objetivo de protección de la salud pública cuando un nutriente que en general es beneficioso puede producir efectos nocivos si se consume en exceso por la interacción con otras fuentes alimenticias incontrolables. Pero el Tribunal llega a la conclusión de que el procedimiento de salvaguardia solo constituye, en técnica jurídica, una excepción a la libre circulación de mercancías en condiciones de armonización completa. Una vez que la Comisión adopte medidas de ejecución, los Estados Miembros se verán limitados en su capacidad de restringir la comercialización de los complementos alimenticios; pero hoy por hoy, como la Comisión no ha adoptado aún las medidas de ejecución en relación con las cantidades máximas de nutrientes, el procedimiento de salvaguardia no resulta aplicable.

Entrando ya en el fondo de la cuestión, es decir, si el ordenamiento jurídico comunitario impone a los Estados Miembros los elementos de juicio que deben tomar en consideración a la hora de ejercer su libertad para regular las cantidades máximas de vitaminas y minerales. El Tribunal acepta la posibilidad de que la aplicación individual o combinada de los elementos de juicio propuestos por la directiva conduzcan a fijar un valor máximo muy bajo, que incluso puede ser igual a cero en el caso del flúor. La razón es que, en este caso, resulta imposible determinar las aportaciones de flúor procedentes de otras fuentes alimenticias. A la luz de tales conclusiones queda claro que el Tribunal de Justicia abraza el principio de cautela en el ámbito de los complementos vitamínicos cuando existe un riesgo de que la ingesta combinada de varias fuentes pueda conducir a un total diario superior al nivel máximo de seguridad. Y, en este sentido, reconoce la razón a las autoridades francesas frente a las empresas dietéticas.

Sin embargo, creemos que no es una razón absoluta. Si nos fijamos atentamente en la redacción del punto 48 de la sentencia, el Tribunal de Justicia permite a los Estados Miembros fijar un límite máximo igual a cero «si existe un riesgo *comprobado* de que esas aportaciones alcancen el nivel

máximo de seguridad establecido para el mineral en cuestión». En nuestra opinión, el Tribunal encuentra un resquicio para la introducción del principio de proporcionalidad, en el sentido de que el riesgo de superar los niveles máximos de seguridad no puede ser mínimo o incierto, sino que debe tener una base científica.

Con posterioridad, el TJUE aborda la posición de los grupos poblacionales vulnerables. Se pregunta en esencia si el derecho comunitario toleraría una normativa nacional que extiende al conjunto de la población las cantidades máximas del nutriente adaptadas a la sensibilidad particular de un grupo vulnerable, como son los niños. Tal medida conduciría a negar a determinadas franjas de la población los beneficios del nutriente en dosis más reducidas, cuando en este supuesto un etiquetado adaptado permitiría evitar el riesgo de ingesta excesiva antes mencionado.

El Tribunal de Justicia recuerda a los Estados Miembros que, aún cuando ejercen su facultad de apreciación en materia de protección de la salud pública, permanecen sujetos al principio de proporcionalidad, de manera que los medios elegidos han de limitarse a lo que sea efectivamente necesario para garantizar la protección de la salud pública o para respetar exigencias imperativas relacionadas, por ejemplo, con la defensa de los consumidores. Las empresas dietéticas sostenían que la norma francesa cuestionada introduce una restricción a los intercambios en el interior de la Unión que es legítima por el objetivo de protección de la salud pública, pero que cuando cabe la adopción de una medida menos restrictiva (como un etiquetado adaptado a las sensibilidades específicas de grupos determinados de la población) la norma nacional resulta desproporcionada al objetivo perseguido.

Sin embargo, el Tribunal no acoge tales alegaciones y dictamina que «una medida consistente en aplicar a toda la población una cantidad máxima adaptada a un grupo de consumidores vulnerables, como los niños, es necesaria para garantizar la protección de la salud de las personas pertenecientes a dicho grupo, dado que la comercialización de complementos alimenticios cuyo contenido en nutrientes excede de esa cantidad constituye un riesgo real para la salud pública y que no puede alcanzarse ese objetivo mediante medidas menos restrictivas de los intercambios en el interior de la Unión». El TJUE, por lo tanto, parece haber abrazado en el caso *Solgar*, una interpretación extensiva del principio de cautela coincidente con la apreciación que defiende actualmente la Comisión en la fase de elaboración de las medidas de desarrollo.

No obstante, la sentencia del Tribunal de Justicia establece nuevamente dos matices importantes, que sin duda darán qué pensar a la Comisión cuando fije las cantidades máximas de los nutrientes en el desarrollo reglamentario de la Directiva 2002/46:

- Desplaza la carga de la prueba hacia las autoridades nacionales, que deberán demostrar en cada caso que la normativa nacional restrictiva es «necesaria para proteger efectivamente los intereses contemplados en el artículo 30 CE y, en especial, que la comercialización de los productos de que se trata plantea un riesgo *real* para la salud pública».
- A la hora de justificar dicho riesgo real para la salud pública, el Tribunal de Justicia obliga a las autoridades nacionales a remitirse a «los resultados de la investigación científica internacional». Por desproporcionadas, ello deja abierta la vía de la impugnación de dichas medidas restrictivas relativas a sectores o a nutrientes para los cuales no exista certeza científica de un riesgo que la adición de nutrientes a los productos alimenticios puede presentar para la salud pública.

La siguiente cuestión prejudicial cuestiona la validez de un etiquetado adaptado como medida que posibilita cumplir el objetivo de proteger la salud pública por una vía menos restrictiva, lo cual llevaría implícito la calificación de una medida nacional que fija cantidades máximas de nutrientes excesivamente bajas como medida desproporcionada prohibida por el ordenamiento jurídico comunitario. El Tribunal elude responder de manera unívoca a esta duda y la remite a la apreciación del órgano de remisión, a quien corresponde examinar si la información provista en el etiquetado adaptado constituye una medida necesaria y suficiente para garantizar la protección de las franjas sensible de la población.

Sin embargo, el TJUE lanza un mensaje al Conseil d'État sobre la vara de medir que debe emplear en la apreciación de la cuestión, recordándole que el ordenamiento jurídico comunitario ya considera válido el etiquetado como medida de protección suficiente en el caso del flúor. En efecto, el Tribunal de Justicia menciona la Directiva 2003/40/CE, que fija las condiciones de etiquetado para los componentes de las aguas minerales y, en el caso concreto de las aguas que superan el nivel máximo de flúor recomendado por la Organización Mundial de la Salud para los lactantes y menores de 7 años, impone la mención obligatoria en lugar «fácilmente visible para el consumidor» de que dicha agua se considera «no adecuada para el consumo regular de» este sector vulnerable.

El Tribunal considera en el apartado 60 de su sentencia que la necesidad nutricional puede tener relevancia cuando un Estado Miembro analiza el riesgo para la salud pública, pero considera que «la falta de tal necesidad no puede por sí sola justificar [...] una prohibición total de comercializar productos alimenticios legalmente fabricados y/o comercializados en otros Estados miembros». En consecuencia, el apartado 61 de la sentencia concluye que «[l]a consideración de la diferencia de los niveles de sensibilidad de distintas categorías de consumidores sólo puede permitir a un Estado miem-

bro aplicar a toda la población una cantidad máxima adaptada a un grupo de consumidores específico, como el de los niños, si esa medida se limita a lo necesario para garantizar la protección de la salud de las personas pertenecientes a ese grupo y siempre que dicha medida sea proporcionada al objetivo que persigue, el cual no puede ser alcanzado por medidas menos restrictivas de los intercambios en el interior de la Unión, extremo que deberá comprobar el órgano jurisdiccional remitente».

La última cuestión prejudicial analizada por el TJUE plantea la proporcionalidad de una medida que fija límites máximos de nutrientes cuando el fabricante no establece niveles máximos de seguridad, en ausencia de riesgo comprobado para la salud. Se pregunta asimismo en qué condiciones sería posible establecer cantidades máximas a un nivel sensiblemente inferior al de los niveles máximos de seguridad admitidos para esos nutrientes.

Según el Tribunal, los Estados Miembros deben respetar los elementos de juicio propuestos por la directiva a la hora de fijar las cantidades máximas de nutrientes. Entre los mismos, se encuentra la determinación en función de la dosis diaria de consumo recomendada por el fabricante teniendo en cuenta los niveles máximos de seguridad de vitaminas y minerales, tal como se hayan establecido mediante la evaluación científica del riesgo a partir de datos científicos reconocidos, teniendo en cuenta, según proceda, los diferentes grados de sensibilidad de las distintas categorías de consumidores. En todo caso, la fijación de un límite máximo de nutrientes debe apoyarse en los niveles máximos de seguridad, que se establecen a partir de una evaluación científica de los riesgos para la salud de las personas apoyada en datos científicos pertinentes y no en consideraciones puramente hipotéticas.

¿Qué sucede cuando, en ausencia de riesgo demostrado para la salud de las personas, no se han establecido niveles máximos de seguridad? El Tribunal abraza una vez más el principio de cautela y admite que un Estado Miembro pueda apoyarse en la incertidumbre científica sobre si existe un riesgo y cuál es su alcance para introducir medidas restrictivas de la libre circulación, «sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de dichos riesgos», pero el principio de cautela sí conoce límites, puesto que «el análisis del riesgo no puede basarse en consideraciones puramente hipotéticas». Por ello, el Tribunal de Justicia interpreta el alcance y extensión posibles del recurso al principio de cautela en la gestión del riesgo por parte de los Estados Miembros.

El Tribunal comienza reconociendo que cuando se analiza el riesgo para la salud que reviste la ingesta excesiva de una vitamina o mineral debe tomarse en cuenta no sólo los efectos del suplemento vitamínico sino también las otras fuentes, naturales o artificiales, del nutriente que se hallan presentes en el mercado; y que en algunos casos existe un elevado grado de incer-

tidumbre científica y práctica a este respecto. Pero el Tribunal entiende que una aplicación correcta del principio de cautela, es decir, un recurso al principio de cautela que no se restrinja arbitraria ni desproporcionadamente el comercio de los suplementos alimenticios debe apoyarse en tres pilares que el Tribunal desarrolla en los apartados 69 y 70 de la sentencia:

- la «identificación de las consecuencias negativas que puede tener para la salud la adición propuesta de sustancias nutritivas»,
- el «análisis global del riesgo para la salud basado en los datos científicos más fiables de que se disponga y en los resultados más recientes de la investigación internacional», y
- las medidas restrictivas adoptadas a nivel nacional «sean objetivas y no discriminatorias».

En estas circunstancias, los Estados Miembros pueden imponer cantidades máximas permitidas de nutrientes en los complementos vitamínicos que sean sensiblemente inferiores a los niveles máximos de seguridad establecidos para la vitamina o mineral concretos. Pueden hacerlo inclusive en ausencia de niveles máximos de seguridad del nutriente (en ausencia de acuerdo científico sobre la existencia de un riesgo si se ingiere determinado nutriente más allá de una cantidad), según el punto 73 de la sentencia «dado que la fijación de esas cantidades máximas puede justificarse por la consideración de los elementos que figuran en el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 2002/46 y que es conforme al principio de proporcionalidad». Esta apreciación «corresponde al órgano jurisdiccional remitente y debe realizarse caso por caso».

A modo de conclusión, en la sentencia Solgar, el Tribunal de Justicia se encontró en la difícil situación de tener que armonizar los intereses de Estados Miembros, consumidores y empresas, dentro de un marco legislativo comunitario deficiente debido a la inacción (¿culpable?) de la Comisión. Ante la duda, la sentencia de TJUE da una de cal y otra de arena: llevando a sus últimas consecuencias el principio de cautela, que es una de las manifestaciones del objetivo de garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana (protegido reiteradamente por el Tratado), admite una fijación individualizada de las cantidades máximas (de nutrientes que pueden contener los suplementos vitamínicos) que puede llevar en la práctica a una restricción total de su comercialización. La parte de arena para los Estados Miembros, y correlativamente el guiño a las empresas dietéticas, es la exigencia de que una restricción excesiva de la libre circulación de mercancías no podrá imponerse sobre bases puramente hipotéticas. Los Estados Miembros deberán buscar estudios científicos que induzcan a pensar la existencia de un riesgo para la salud humana derivado de la ingesta excesiva de determinadas vitaminas o minerales, aunque no exista unanimidad al respecto.

