



Roj: **STS 6137/2005 - ECLI:ES:TS:2005:6137**

Id Cendoj: **28079130042005100510**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **13/10/2005**

Nº de Recurso: **68/2003**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil cinco.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 68/03, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María de los Angeles Galdiz de la Plaza en nombre y representación de la Federación Regional de Asociaciones de Vecinos de Madrid (FRAVM), en el que se impugnaba el Real Decreto 179/03 de 14 de febrero, aprobado por el Consejo de Ministros, por el que se aprueba la Norma de Calidad para el yogur o yoghurt. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado, el Grupo Leche Pascual, S.A. representado por la Procuradora de los Tribunales doña Rocio Sampere Meneses y la Comunidad Autónoma de Castilla y León representada por la Letrada de dicha Comunidad Autónoma.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por la representación de la Federación Regional de Asociaciones de Vecinos de Madrid (FRAVM), se interpuso recurso contencioso administrativo contra dicha resolución, acompañando copia de su publicación en el BOE, el cual fue admitido por la Sala mediante providencia de 9 de junio de 2003, reclamado y recibido el expediente administrativo, por la representación de la citada Federación Regional de Asociaciones de Vecinos de Madrid (FRAVM) se dedujo el escrito de demanda, en el que suplica se dicte sentencia por la que se proceda a la anulación y deje sin efecto el acto que se impugna.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado formalizó, con fecha 16 de diciembre de 2003 escrito de contestación a la demanda, interesando la desestimación del recurso de casación.

La Procuradora de los Tribunales doña Rocio Sampere Meneses formalizó, con fecha 16 de febrero de 2004 escrito de contestación a la demanda, interesando la desestimación del recurso de casación.

La Letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León formalizó, con fecha 6 de abril de 2004 escrito de contestación a la demanda, interesando la desestimación del recurso de casación.

TERCERO.- Por providencia de 7 de julio de 2005 se señaló para votación y fallo el 5 de octubre de 2005, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo, Magistrada de Sala

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Constituye objeto de impugnación el Real Decreto 179/2003, de 14 de febrero, que aprueba la Norma de Calidad para el yogur o yoghurt. En la breve exposición de motivos se justifica su publicación por "la dispersión de las normas reguladoras de la materia y la conveniencia de adaptar el rango de las disposiciones actualmente existentes a los principios establecidos para la normativa básica estatal por el Tribunal Constitucional". Señala al efecto que la Orden de 1 de julio de 1987 había aprobado la Norma de



Calidad para el yogur o yoghurt destinado al mercado interior, el cual fue modificado, en parte, mediante las Órdenes de 16 de septiembre de 1994 y PRE/1313/2002, de 3 de junio así como que existen otras normas estatales de carácter horizontal relacionadas con los alimentos en general y con los productos lácteos en particular que también modifican el contenido de dicha norma, lo que se refleja en la disposición derogatoria, que se refiere expresamente a dichas órdenes y a cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan al mismo. Recoge la disposición final primera lo anunciado en la exposición de motivos respecto del carácter de la disposición, se indica que "se dicta al amparo de lo previsto en el art. 149.1.13ª y 16ª de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y bases y coordinación general de la sanidad" .

Respecto de su contenido y por lo que aquí interesa, contempla en el apartado 4 del Anexo la definición del producto y así en el punto 4.1 dice que: "Se entiende por «yogur» o «yoghourt» el producto de leche coagulada obtenida por fermentación láctica mediante la acción de «Lactobacillus bulgaricus» y «Streptococcus thermophilus» a partir de leche pasteurizada, leche concentrada pasteurizada, leche total o parcialmente desnatada pasteurizada, leche concentrada pasteurizada total o parcialmente desnatada, con o sin adición de nata pasteurizada, leche en polvo entera, semidesnatada o desnatada, suero en polvo, proteínas de leche y/u otros productos procedentes del fraccionamiento de la leche.

Los microorganismos productores de la fermentación láctica deben ser viables y estar presentes en el producto terminado en cantidad mínima de 1 por 107 colonias por gramo o mililitro"; mientras que en el punto 4.2 establece que: "Se entiende por «yogur pasteurizado después de la fermentación» o «yoghourt pasteurizado después de la fermentación» el producto obtenido a partir del «yogur» o «yoghourt» que, como consecuencia de la aplicación de un tratamiento por el calor posterior a la fermentación equivalente a una pasteurización, ha perdido la viabilidad de las bacterias lácticas específicas y cumple todos los requisitos establecidos para el yogur en esta norma, salvo las excepciones indicadas en ésta".

En el apartado 5 se clasifican los tipos de yogur distinguiendo entre yogur natural, azucarado, edulcorado, con fruta, zumos y/u otros productos naturales, aromatizado y, finalmente, pasteurizado.

En el apartado 8 se regula la higiene en tales productos y especifica en el punto 8.4 que los requisitos de temperatura de conservación y plazo de venta al consumidor no son exigibles a los yogures pasteurizados después de la fermentación.

En el apartado 11 se regula el etiquetado y presentación, señalando el punto 11.1.6 que: "los yogures pasteurizados después de la fermentación, mediante la expresión: Yogur o yoghurt pasteurizado después de la fermentación..., seguido de la denominación que corresponda, de acuerdo con lo establecido en los apartados 11.1.2 a 11.1.5, y en su caso, de la indicación «semidesnatado» o «desnatado» y especificando en el punto 11.2, in fine que la indicación de la "fecha de caducidad" no será exigible a los yogures pasteurizados después de la fermentación, en los que se indicará la fecha de consumo preferente.

SEGUNDO.- Sobre estos aspectos del Real Decreto 179/2003 se proyecta la impugnación planteada en este recurso contencioso administrativo en el que vamos a pronunciarnos de manera análoga a la vertida en el recurso 69/2003 fallado por sentencia de 10 de octubre de 2005 dada la unidad de argumentos de las partes concernidas.

También aquí la Federación Regional de Asociaciones de Vecinos de Madrid interesa se declaren no conformes a Derecho y nulos la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto objeto de recurso, así como los artículos 4.2, 5.6, 8.4, 11.1.6 y 11.2 "in fine" de la norma de calidad que se recoge en el Anexo del propio Real Decreto.

En defensa de sus pretensiones, como antecedentes, señala que la tradición alimentaria española ha venido aceptando el yogur como un producto básico, asociado a un producto fresco, de leche y con importante presencia de bacterias vivas, que lo distinguía de cualquier otro producto en el que como consecuencia de cualquier tipo de tratamiento dichas bacterias lácticas específicas hubieran perdido su viabilidad. Señala que la Comisión Europea permite a los Estados miembros un margen de maniobra en función de los respectivos hábitos alimentarios, y que aun cuando algunos Estados del norte de Europa, como Holanda, Alemania y Gran Bretaña, se inclinan por extender la denominación de yogur a otros productos lácticos fermentados, aun sin contar con la presencia de bacterias vivas, la mayoría de los restantes Estados optaron por limitar la denominación de yogur exclusivamente a los que contuvieran dichas bacterias vivas. Continúa argumentando que se ha consolidado la tradición alimentaria que identifica al yogur como producto que contiene materias vivas, hasta tal punto que la Comisión Europea en diversas ocasiones y singularmente en Comunicación sobre las denominaciones de venta de los productos alimenticios 91/C-270/02, al referirse a la denominación "yogur" decía que "la Comisión estima que un Estado miembro determinado, podrá denegar legítimamente a un producto que, tras haber sido sometido a un determinado tratamiento, ya no contenga "bacterias vivas", la denominación de "yogur" o cualquier otra denominación que incluya una referencia al "yogur". Efectivamente,



una simple referencia podría igualmente confundir al consumidor sobre la auténtica naturaleza del producto, sin que un etiquetado corrector adicional sea suficiente a este respecto".

Adiciona que la Orden de 1 de julio de 1987, que aprobó la norma de calidad para el yogur destinado al consumo del mercado interior, exigía que "los microorganismos productores de la fermentación láctica deben ser viables y estar presentes en el producto terminado". Pero sufrió un cambio con la publicación de la Orden PRE/1313/2002, de 3 de junio, que modificó la anterior, definiendo el yogur pasteurizado después de la fermentación, es decir, un producto obtenido a partir del yogur que, como consecuencia de la aplicación de un tratamiento de calor posterior a la fermentación equivalente a una pasteurización, ha perdido la viabilidad de las bacterias lácticas específicas, previsión elevada de rango normativo por el Real Decreto impugnado.

Examina el contenido de la norma impugnada, entendiendo que en la misma se reconoce que se trata de dos productos sustancialmente distintos y con propiedades diferentes. Indica que no hay disposiciones comunitarias específicas aplicables a la denominación yogur, y se refiere al art. 2.2 del Reglamento 1898/97 del Consejo, que dispone que la denominación "yogur" se reserva para los productos derivados exclusivamente de la leche; al art. 5.1 de la Directiva 2000/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre aproximación de las legislaciones de los estados miembros en materia de etiquetado, que remite a las normas y nombre consagrado por el uso en el Estado miembro y a la ya citada Comunicación 91/C-270/02 de la Comisión Europea. Contempla igualmente la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre organización del mercado en materia de leche, derivados, yogures y productos similares, así como el Codex Alimentarius de la FAO y de la OMS, aprobado el 4 de julio de 2003 (apartado 7.1.2). De todo ello concluye que la innovación jurídica impugnada viene a dar cabida bajo la denominación de yogur a un producto que no tiene las características propias del yogur, sin que lo exija la norma comunitaria y en contra de la tendencia y finalidad de dicha normativa y de la aprobada por la OMS.

Como concretas infracciones se imputan a la disposición normativa impugnada las siguientes:

1) Infracción de la Ley del Gobierno en el procedimiento seguido para su elaboración por dos razones: a) nulidad de acuerdo con lo dispuesto en el art. 62.2 de la Ley 30/92 en relación con el art. 24.1.c) de la Ley del Gobierno, por falta de audiencia de los sectores afectados a través de las organizaciones y asociaciones representativas (AEFY), negando haber sido convocada a la reunión de la CIOA, además de ser exigible el trámite de audiencia de forma individualizada, como se hizo en el caso de la Orden de junio de 2002; b) falta de nuevo dictamen del Consejo de Estado que entienda necesario al haberse elevado el rango de la normativa e introducido un precepto relativo al reconocimiento mutuo de productos.

2) Falta absoluta de justificación jurídica de la supuesta refundición de normas dispersas y de la elevación del rango normativo. Sostiene que no existe ninguna norma o pronunciamiento de los Tribunales que obligue a elevar el rango de la norma de calidad del yogur, no hay dispersión de normas y finalmente no se está ante una refundición y todas las normas de calidad de los productos lácteos tienen rango de Orden Ministerial.

3) Falta absoluta de base científica para amparar bajo la denominación de yogur a los productos pasteurizados después de la fermentación. Invoca el informe comparativo emitido en julio de 2003 por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, poniendo de manifiesto los beneficios prebióticos del yogur fresco. Considera que es improcedente permitir que productos alimenticios de tan distintos efectos sobre la salud humana compartan una misma denominación por lo que imputa infracción de la exigencia que el art. 103.1 de la Constitución impone a la Administración de servir con objetividad los intereses generales, de lo que deriva la nulidad de la norma impugnada, de acuerdo con el art. 62.2 de la Ley 30/92.

4) Desviación de poder, uso arbitrario de potestades normativas e inderogabilidad singular de las disposiciones generales. Mantiene que el Real Decreto recurrido pretende satisfacer el interés particular de una empresa, que no fabrica yogur propiamente dicho, y no el interés general concretado en el de los consumidores y los actuales fabricantes de yogur, refiriendo las posturas contrarias de la propia Administración, consumidores y fabricantes. Añade que ello se produce mediante una Norma de Calidad que debiera proteger las denominaciones tradicionales conocidas por el consumidor, en beneficio de la calidad y la seguridad de los actos de consumo. Entiende que el hecho de que se defina lo que es yogur y el requisito esencial para que un producto lo sea y, seguidamente, se exima a un concreto fabricante de cumplir ese requisito esencial, supone una ilícita dispensa de ley, concluyendo que con ello se hace evidente la infracción de la interdicción de la arbitrariedad ( art.9.3 CE ), del principio de inderogabilidad singular de las disposiciones administrativas ( art. 52.2 Ley 30/92 ) y la incidencia en desviación de poder ( art. 70.2 LJCA ), lo que determina la nulidad de acuerdo con el art. 62.2 de la Ley 30/92.

5) Infracción de la normativa de protección y defensa de los consumidores. Argumenta sobre el sentido tradicional que tiene el concepto de yogur, sus características y propiedades que sólo el verdadero yogur ofrece. Sostiene que llamar yogur, no importa cuál sea el apellido, a lo que con arreglo al propio Real Decreto



no cumple el requisito esencial, confunde al consumidor, como han puesto de manifiesto el voto particular del dictamen del Consejo de Estado a la Orden que ahora se deroga y se desprende de la Comunicación de la Comisión Europea antes citada y el Codex Alimentario. Concluye que se ofrece al consumidor un producto totalmente distinto que no contiene ninguna de las características prebióticas o funcionales propias del yogur tal y como los consumidores lo conciben y de las que esperan beneficiarse. Por ello considera que la confusión creada al consumidor supone una vulneración del derecho a una información cierta y veraz, que exige el art. 2 de Ley 26/1984 en relación con el Anexo I,A), 9 del Real Decreto 1507/2000 (catálogos de productos y servicios), así como el art. 13 de la citada Ley 26/84 y los arts. 4.1 y 6.1 del Real Decreto 1334/1999 (etiquetado). Finaliza en que se incurre, además, en un supuesto de publicidad engañosa, con infracción de los arts. 3.b), 4 y 5 de la Ley General de Publicidad y la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de marzo de 1974 , que impuso el deber de omitir toda referencia a las condiciones nutritivas que no contiene el producto objeto de publicidad.

6) Nulidad de la Disposición Adicional Segunda (reconocimiento mutuo de productos no fabricados en España), por los mismos fundamentos ya esgrimidos. Razona que esta previsión no figuraba en ninguna disposición anterior relativa al yogur y por lo tanto no procede incorporarla bajo una supuesta refundición de normas vigentes en la materia. Sostiene que rompe la tradición alimentaria de nuestro país por lo que el consumidor puede verse llevado a engaño o confusión cuando adquiera tales productos y los productores de la UE o AELC van a beneficiarse del buen nombre y prestigio del yogur tradicional español.

Interesa el Abogado del Estado la desestimación del recurso. Alega que el proceso de elaboración de la Orden 133/02, a la que sustituye el Real Decreto impugnado, gozó de una amplia participación de todos los sectores implicados, sometiéndose el proyecto a dictamen del Consejo de Estado, el proyecto de Real Decreto se sometió al parecer de las Consejerías competentes de las distintas Comunidades Autónomas y se dio audiencia a los sectores y organizaciones interesados en la sesión de 15 de noviembre de 2002 de la Comisión Interministerial para la Ordenación Alimentaria. Defiende que tan amplia participación no puede dar lugar a reputar incumplido el mandato del art. 24.c) de la Ley del Gobierno, máxime cuando de ello exonera el apartado d ) si, como en este caso, la organizaciones ya han participado activamente en el proceso de elaboración a través de la CIDA, por lo que se está en el caso del apartado b ).

Sostiene también que no existe precepto alguno que imponga el dictamen del Consejo de Estado para elevar de rango una disposición y la incorporación de la disposición adicional segunda se limita a reproducir el mandato del art. 30 del Tratado de la Unión Europea , incorporación innecesaria por el efecto directo de dicho precepto. Defiende que la elevación de rango no encuentre amparo jurídico no justifica sin más su anulación, menos aún cuando efectivamente la elevación de rango está justificada en la doctrina del Tribunal Constitucional que demanda que las bases y la legislación básica deben venir contenidas en Leyes votadas en Cortes, bien que, excepcionalmente, estas se complementen por razones de su contenido técnico en Reales Decretos, citando otros casos en los que se ha seguido esta doctrina. Entiende que la alegación de falta de base científica para denominar yogur a los pasteurizados no deja de ser una apreciación subjetiva, sin que se señalen los motivos de dicha carencia. Rechaza las alegaciones de desviación de poder, arbitrariedad e inderogabilidad singular, así como la infracción de la normativa de protección y defensa de los consumidores, entendiéndose que la información al consumidor es correcta, invocando la sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2000 . Finalmente, respecto de la alegada nulidad de la disposición adicional segunda , mantiene que la incorporación del principio recogido en el art. 30 del Tratado de la Unión Europea no añade nada, toda vez que su omisión no lo hubiera impedido su aplicación en virtud de su efecto directo.

La representación procesal de la entidad Grupo Leche Pascual, S.A., solicita también la desestimación del recurso. En defensa de tal solicitud comienza por afirmar que lo único que se discute es si este producto, que masivamente se consume en todo el mundo, puede o no llamarse yogur pasteurizado después de la fermentación. Sostiene que el Real Decreto impugnado corrige la situación absurda anterior de denominación de postre lácteo y permite llamar a las cosas por su estricto y descriptivo nombre, yogur que se pasteuriza después de la fermentación, lo que supone un importante avance normativo y el acercamiento a la legislación de los países más desarrollados de nuestro entorno, reforzando la protección e información a los consumidores. Señala el carácter abierto de la normativa que regula la denominación del yogur, que en el ámbito comunitario permite a los Estados miembros optar por el concepto amplio de yogur que incluye el pasteurizado o el más cerrado en el que no tienen cabida las innovaciones tecnológicas. Argumenta que el Real Decreto impugnado no infringe la normativa reguladora de la denominación del yogur, examinando al respecto el art. 2.2 del Reglamento 1898/87 del Consejo , art. 5 de la Directiva 2000/13/CE del Parlamento y del Consejo , la Comunicación 91/C 270/02 de la Comisión, Propuesta de Reglamento del Consejo de 19 de agosto de 2003, estableciendo normas adicionales de la organización común del mercado de la leche y productos lácteos para el yogur y productos semejantes, Código Alimentario de la FAO y de la OMS aprobado en Roma el 4 de julio de 2003; invoca el informe de la Secretaría de Estado de Asuntos Europeos de 9 de julio de 2001 y el dictamen del



Consejo de Estado elaborado con ocasión de la aprobación de la Orden PRE/1313/2002, de 3 de junio. Entiende que el Real Decreto impugnado cumple a rajatabla la normativa de protección y defensa de los consumidores y usuarios y de publicidad y que, por lo tanto, no vulnera el art. 2 de la Ley 26/84, ya que la denominación yogur pasteurizado después de la fermentación atiende mucho mejor el derecho del consumidor y usuario a una información cabal y completa sobre los productos que adquiere; tampoco se vulnera el art. 13 de la referida Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, reiterando lo ya expuesto antes e invocando el informe de la CIOA de 21 de diciembre de 2001 y el ya citado dictamen del Consejo de Estado; y tampoco se vulnera la Ley 34/88 de 11 de noviembre, General de Publicidad, pues el Real Decreto impugnado posibilita que se informe verazmente y sin error sobre los productos en cuestión a los destinatarios finales.

La parte codemandada mantiene que la actuación administrativa en la aprobación del Real Decreto 179/2003, ha sido conforme a Derecho y no ha incurrido en arbitrariedad, desviación de poder o derogación singular. Defiende que ha sido motivada por un interés general, remitiéndose a las apreciaciones en tal sentido del dictamen del Consejo de Estado respecto de la Orden de 3 de junio de 2002. Examina cada uno de los argumentos en que la recurrente funda las alegaciones de arbitrariedad y desviación de poder: voto particular en el dictamen del Consejo de Estado, informes de diversas dependencias de la Administración del Estado, la posición de las Comunidades Autónomas y de las organizaciones de consumidores y fabricantes. Concluye que de ninguna manera puede traslucirse en la normativa introducida el menor atisbo de arbitrariedad, desviación de poder o cualquier otra acusación similar.

Entiende que no nos encontramos ante un debate científico sino jurídico. No obstante mantiene que existe una sólida base científica que ampara a los yogures pasteurizados después de la fermentación como un producto saludable de máxima calidad, poniendo de manifiesto sus características frente a los tradicionales. En su defensa aporta un proyecto de investigación llevado a cabo en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid y las conclusiones del Informe que desvirtúa las pretendidas diferencias nutritivas y dietéticas que han pretendido observarse entre ambos tipos de yogures.

Considera justificada la refundición de normas por el Real Decreto y la elevación del rango normativo. Rechaza la infracción de la Ley del Gobierno en el procedimiento de elaboración del mismo. Mantiene que no era necesario dictamen del Consejo de Estado para elaborar la Orden de 3 de junio de 2002, como consta en la justificación de su solicitud y en el mismo dictamen que se refiere al art. 24.1 de la Ley Orgánica 3/80, y, en consecuencia, menos aún lo era para la elaboración del Real Decreto impugnado que recoge el contenido de dicha Orden, con cita de abundante jurisprudencia al efecto. Respecto de la Disposición Adicional 2ª, señala que ya figuraba con anterioridad en las normas refundidas, concretamente la Orden de 16 de septiembre de 1994 y, en todo caso, viene a recoger el principio de reconocimiento mutuo, de acuerdo con los arts. 28 a 30 del TCE, que resulta de aplicación por su efecto directo al margen de la concreta previsión de la norma impugnada. Entiende que los sectores afectados han sido oídos a través de las distintas asociaciones en la elaboración de la Orden PRE/1313/2002 y en la sesión de CIOA convocada en relación con el Real Decreto impugnado, siendo de aplicación el art. 24.1.d) de la Ley 50/97, además de la misma doctrina jurisprudencial relativa al Consejo de Estado cuando en la norma no se introducen modificaciones sustanciales. Finalmente reitera la legalidad de la Disposición Adicional Segunda por las razones antes expuestas sobre el efecto directo de los arts. 28 a 30 del TCE. Finalmente la representación procesal de la Comunidad de Castilla y León se adhiere a los fundamentos de las contestaciones a la demanda del Abogado de Estado y la representación del Grupo Pascual, abundando en los aspectos relativos a la legalidad de la Disposición Adicional Segunda y a la vulneración de los derechos de los consumidores, con cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de noviembre de 2003 sobre el cumplimiento del derecho de información de los consumidores, terminando por solicitar la desestimación del recurso.

TERCERO.- Comenzamos por la imputada elevación de rango. Conviene señalar que el Real Decreto impugnado viene a elevar de rango la Orden PRE/1313/2002/ de 3 de junio, recogiendo el contenido de la misma, en cuya elaboración se emitió dictamen por el Consejo de Estado, que en su consideración I señala: que el dictamen se formula en cumplimiento de lo prevenido en el art. 24.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, a cuyo tenor el Consejo de Estado puede ser oído en cualquier asunto en que, sin ser obligatoria la consulta, el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro lo estime conveniente. Se refleja este planteamiento en la comunicación de 27 de diciembre de 2001 del Ministerio de Agricultura a la correspondiente Consejería del Gobierno de Canarias, en la que se señala que aun no siendo preceptivo se ha optado por someter el proyecto al dictamen del Consejo de Estado, de la misma manera que, en la comunicación de 29 de noviembre de 2002 del mismo Ministerio a la Asociación Española de Fabricantes de Yogur, se indica que una vez estudiado el proyecto de Real Decreto no se encuentra el caso entre los que se citan en el art. 21 de la Ley Orgánica 3/1980, que obligue a remitirlo al Consejo de Estado.



En estas circunstancias resulta conveniente precisar respecto de la exigencia de dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones generales, que con la intervención de dicho órgano consultivo se pretende hacer efectivo el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho que proclama el art. 103.1 de la Constitución ( SSTS de 10 de mayo y 16 de junio de 1989 ), actuando como una garantía preventiva, para asegurar en lo posible el imperio de la Ley, introduciendo mecanismos de ponderación, freno y reflexión que son imprescindibles en dicho procedimiento de elaboración ( STS 23-12-2001 ), centrándose la función consultiva que ejerce el Consejo de Estado en velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, valorando los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines, como señala el art. 2.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado .

En cuanto a los supuestos en que dicho dictamen resulta preceptivo, conviene precisar, como señala la sentencia de 15 de julio de 1996 , que a tales efectos, "son reglamentos ejecutivos los que la doctrina tradicional denominaba «Reglamentos de ley». Se caracterizan, en primer lugar, por dictarse como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que, sin abandonar el terreno a una norma inferior, mediante la técnica deslegalizadora, lo acota al sentar los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que posteriormente ha de establecer el Reglamento en colaboración con la Ley. Es también necesario, en segundo lugar, que el Reglamento que se expida en ejecución de una norma legal innove, en su desarrollo, el ordenamiento jurídico sin que, en consecuencia, deban ser considerados ejecutivos, a efectos del referido artículo 22.3 LOCE , los Reglamentos «secundum legem» o meramente interpretativos, entendiéndose por tales los que se limitan a aclarar la Ley según su tenor literal, sin innovar lo que la misma dice; los Reglamentos que se limitan a seguir o desarrollar en forma inmediata otros Reglamentos ( sentencia de esta Sala y Sección de 25 de octubre de 1991 ) y los Reglamentos independientes que - «extra legem» - establecen normas organizativas en el ámbito interno o doméstico de la propia Administración."

Son variados los supuestos en los que no se exige dicho dictamen: así, según recoge la sentencia de 1 de marzo de 1999 , entre otras muchas del mismo contenido, "ni la eficacia y el antiformalismo que presiden la actuación administrativa, ni la finalidad de garantizar la legalidad, acierto y oportunidad de aquellas normas, reclamaban exigir nuevamente el dictamen del Consejo de Estado, ya emitido en el procedimiento de elaboración del citado Real Decreto del que se hacía mero traslado y concreción a un título singular; ni lo reclamaba tampoco el principio de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que proclama el artículo 103.1 de la Constitución , pues la nota o requisito referido a reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, que integra la previsión del artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, reguladora del Consejo de Estado , no es predicable propiamente, en una situación como la descrita, de aquellas normas, sino del Real Decreto que contiene las directrices generales que meramente se trasladan y concretan en las regulaciones singulares."

La sentencia de 23 de marzo de 2004 declara, siguiendo la Jurisprudencia, que no es necesaria la consulta del máximo órgano consultivo respecto de aquellas disposiciones reglamentarias que no tengan carácter ejecutivo de una Ley y carezcan de carácter innovador del Ordenamiento Jurídico; en esa misma línea, la sentencia de 15 de diciembre de 1999 señala que la exigencia afecta a aquellos Reglamentos que comporten el desarrollo de una norma Legal, pero no cuando se desarrolle una disposición de rango inferior.

Una reiterada doctrina jurisprudencial, a la que se refiere la sentencia de 15 de diciembre de 1997 , ha venido subrayando "que no es necesaria una nueva consulta al Consejo de Estado cuando se realizan retoques en el Texto o se introducen modificaciones no sustanciales ( sentencias del Tribunal Supremo de 27 de Mayo de 1.993, de la Sala Especial de Revisión de 6 de Octubre de 1.989, de 17 de Enero y 14 de Octubre de 1.996 y 28 de Abril de 1.997 ), ni cuando las discordancias entre el Proyecto y el Texto definitivo son consecuencia lógica del procedimiento de elaboración, en el que se emiten informes por distintos órganos, que pueden dar lugar a variaciones en la disposición que resulte, por fin, aprobada, pudiendo añadirse, en cuanto a otras alegaciones invocadas, que la propia doctrina de la Sala ha insistido en la necesidad de efectuar una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de disposiciones generales, que se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden, en cuya valoración han de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición general de que se trate ( sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Septiembre de 1.996 )".

De acuerdo con estas consideraciones de la Jurisprudencia, difícilmente puede prosperar la alegación que se formula, si se tiene en cuenta, en primer lugar, que la sujeción de la Orden de 3 de junio de 2002 a dictamen del Consejo de Estado se produjo al amparo del art. 24 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril , es decir, no en la consideración de reglamento ejecutivo, y por lo tanto entendiéndose que no se trataba de un supuesto de dictamen preceptivo, lo que sería predicable de la norma objeto de este recurso, que tiene el mismo contenido; en todo caso, habiéndose emitido dicho dictamen, que se proyecta sobre el mismo contenido que ahora



se traslada íntegramente al Real Decreto 179/2003 , ha de entenderse producido el control de legalidad y oportunidad sobre esta actuación normativa del Gobierno, como de hecho reconoce implícitamente la propia parte recurrente cuando se refiere constantemente a dicho dictamen, y en consecuencia, ha de entenderse satisfecha la finalidad y garantía que se persigue con la intervención del referido órgano consultivo, como ocurre en los supuestos excepcionados según la jurisprudencia a que antes nos hemos referido, de manera que sólo una interpretación formalista podría justificar un nuevo dictamen, que necesariamente se habría de proyectar sobre el mismo contenido normativo ya informado, pues en este caso ni siquiera se trata de una modificación del proyecto inicialmente informado o del desarrollo de una disposición general anterior, sino de la mera traslación de lo establecido en la norma anterior ya informada.

No obstan a estas consideraciones las alegaciones de la parte sobre la modificación del rango y la introducción de la Disposición Adicional Segunda , que entiende constitutivas de una ordenación distinta, pues no puede compartirse tal apreciación por las siguientes razones: en primer lugar, el rango normativo viene determinado por el orden jerárquico del titular de la potestad reglamentaria en cada caso o por disponerlo así la ley, en consecuencia, dicho rango viene predeterminado legalmente sin que constituya ninguna innovación, debiendo cuestionarse, en su caso, desde el punto de vista de la competencia del órgano de procedencia, lo que no sucede en este recurso; y, en segundo lugar, el reconocimiento mutuo respecto de los productos fabricados y comercializados en los restantes Estados miembros de la Comunidad Europea y originarios de los países de la AELC, no puede considerarse una innovación normativa relevante que justifique la exigencia de un nuevo dictamen del máximo órgano consultivo, por dos razones; la primera, porque dicho reconocimiento ya se recogía en la Orden de 16 de septiembre de 1994 y la segunda, porque dicho reconocimiento mutuo no es sino la traslación de las previsiones establecidas al efecto en las normas comunitarias ( Tratado CE, arts. 28 y siguientes ), como luego se indicará, sin que supongan modificación o innovación de tales previsiones, que por lo demás resultan aplicables directamente sin necesidad de trasladarlas a la norma interna en cuestión.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la alegación de falta de audiencia de los sectores afectados a través de las organizaciones y asociaciones representativas, conviene señalar inicialmente, que tal exigencia legal del trámite de audiencia en la elaboración de disposiciones generales, se establece en el 105, apartado a), de la Constitución , según el cual: "la ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten", precepto desarrollado en el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno , según el cual: "elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición".

En cuanto al alcance de tal previsión legal, esta Sala ha declarado en las sentencias de 11 de mayo, 21 y 22 de junio de 2004 acogiendo la doctrina expresada en las precedentes sentencias de 22 de enero de 1998, 13 de noviembre de 2000, 24 de octubre de 2001 y 23 y 26 de septiembre de 2003 , que el trámite de audiencia ha de calificarse como participación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general "preceptivamente impuesta" y que "requiere en el órgano que instruye una actividad configurada técnicamente como carga, concretada en la llamada de las organizaciones y asociaciones que necesariamente deben ser convocadas pues, en otro caso, el procedimiento podría quedar viciado o incluso la disposición resultante podría estar incurso en nulidad", debiendo distinguir que la audiencia es preceptiva para Asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata, de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan "por Ley" la representación a que aquel precepto se refiere, pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aquel precepto.

Por otro lado, del referido artículo 24.1 de la Ley del Gobierno antes citada , se infiere, que las consultas que no sean preceptivas se solicitarán si "se estiman convenientes", dejando por tanto cierta discrecionalidad a la Administración para solicitarlas o no; porque, como también tenemos dicho, ese trámite para audiencia no puede transformarse en una intervención en el proceso de elaboración reglamentaria que haga a quien se concede, copartícipe de una potestad que constitucionalmente sólo corresponde al Gobierno (S. 21-6-2004).

Pues bien, desde estas consideraciones generales, lo primero que se advierte en este caso es que la parte recurrente se refiere genéricamente a las organizaciones y asociaciones representativas, citando de manera expresa únicamente la Asociación Española de Fabricantes de Yogur (AEFY), sin que tal referencia genérica ni la cita específica se identifique con asociaciones que no sean de carácter voluntario, únicas que deben ser necesariamente oídas, según se ha expresado antes. En segundo lugar, la propia parte reconoce que aun así dichas asociaciones fueron oídas en la elaboración de la Orden de 3 de junio de 2002, que el Real Decreto 179/2003 , aquí impugnado, se limita a trasladar o recoger, por lo que sería aplicable lo ya expuesto antes



respecto del dictamen del Consejo de Estado, sobre la no exigencia de un nuevo trámite de audiencia cuando el objeto es el mismo y tales asociaciones ya han mostrado su posición y así se refleja en las actuaciones. Finalmente, consta en el expediente que en la reunión de la Comisión Interministerial para la Ordenación Alimentaria de 15 de noviembre de 2002, relativa al proyecto de Real Decreto impugnado, fueron convocados los sectores afectados a través de la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB), Confederación Española de Asociaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU), Confederación Estatal de Consumidores y Usuarios (CECU), Federación Española de Cooperativas de Consumo (HISPACOP) y Unión de Consumidores de España (UCE), así como la Federación Agroalimentaria, por las organizaciones sindicales, dejando constancia de los asistentes en representación de (FIAB), Federación Nacional de Industrias Lácteas, (CECU), (CEACCU) y de las organizaciones sindicales. Esto supone una intervención de tales sectores afectados en este trámite de consulta previo, al amparo del art. 24.1.b) de la Ley 50/97, que hace innecesario el trámite previsto en la letra c) de dicho precepto, como se dispone en la letra d) del mismo. Todo ello pone de manifiesto que se ha cumplido suficientemente el trámite de audiencia de los sectores afectados, incluidas asociaciones voluntarias, cuya intervención no resulta preceptiva y menos aún de forma individualizada y de todas ellas, como parece sostener la recurrente, por lo que también esta alegación debe ser desestimada.

Tampoco pueden prosperar las alegaciones relativas a la falta de justificación de la refundición de normas dispersas y de la elevación del rango normativo. Así, en el primer aspecto, el preámbulo del Real Decreto señala la existencia de la Orden de 1 de julio de 1987, que aprueba la Norma de Calidad para el Yogur destinado al comercio interior y su modificación por las Órdenes de 16 de septiembre de 1994 y PRE/1313/2002, de 3 de junio, lo que al margen de otras normas relacionadas con la alimentación a las que genéricamente se refiere y que no se identifican, constituye justificación suficiente para una refundición o unificación de tales textos parciales en uno sólo y completo, que facilite su conocimiento y aplicación; en todo caso, no se advierte que la unificación de tales textos legales incurra en infracción alguna que pueda afectar a su validez y tampoco la parte señala precepto alguno que resulte infringido por tal refundición.

Y en cuanto al segundo aspecto, rango normativo, ya se ha indicado antes y así resulta del art. 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que el rango normativo viene determinado por el orden jerárquico del órgano interviniente o por disposición legal que indique dicha forma para concretas resoluciones, por lo que es una consecuencia de la aplicación de tales previsiones legales, de manera que la impugnación del mismo ha de venir determinada por la alegación de ilegalidad, por no ser competencia del órgano interviniente, en este caso el Consejo de Ministros, o no constituir una de las resoluciones que según la previsión específica de la norma deba adoptar dicha forma, ninguna de las cuales se plantea por la parte recurrente, que se limita a señalar que todas las normas de calidad de los productos lácteos tienen rango de Orden Ministerial, lo que no impide que sean numerosos los casos de Normas de Calidad plasmadas en Reales Decretos, como es el caso del R.D. 1083/2001 (jamón ibérico), R.D. 670/1990 (confituras, jaleas,...), R.D. 1049/2003 (miel) y R.D. 1054/2003 (tipos de leche conservada parcial o totalmente deshidratada...). Además de que en este caso el cambio de rango normativo se justifica en el preámbulo por la adaptación a los principios establecidos para la normativa básica estatal por el Tribunal Constitucional, dado que el Real Decreto se dicta al amparo de lo previsto en el art 149.1.13ª y 16ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación de la actividad económica y sobre bases y coordinación general de la sanidad, justificación suficiente si se tiene en cuenta que dicho Tribunal ha declarado reiteradamente, por todas la sentencia 203/93, de 17 de junio, que "las Cortes deberán establecer lo que haya de entenderse por básico", y que procede exigir "la condición formal que la norma básica" venga incluida en Ley votada en Cortes" (STC 69/1988, f. j. 6º). Ahora bien, ello no excluye la posibilidad excepcional de que las normas básicas vengan fijadas mediante el uso, por el Gobierno, de la potestad reglamentaria".

QUINTO.- Con las alegaciones de fondo formuladas por la parte recurrente, que se han sintetizado en el segundo fundamento de derecho, se viene a cuestionar que siendo el yogur un producto básico, asociado a un producto fresco, de leche y con importante presencia de bacterias vivas, que se distingue de cualquier otro producto en el que como consecuencia de cualquier tipo de tratamiento dichas bacterias lácticas específicas hubieran perdido su viabilidad, se de cabida bajo la denominación de yogur a un producto que no tiene las características propias del yogur, en contra de la tradicional consideración de dicho producto y careciendo de base científica para ello, con lo que la Administración incumple la exigencia de servir con objetividad los intereses generales ( art. 103.1 CE ), se produce la infracción de la interdicción de la arbitrariedad ( art.9.3 CE ), del principio de inderogabilidad singular de las disposiciones administrativas ( art. 52.2 Ley 30/92 ) y se incide en desviación de poder ( art. 70.2 LJCA ); así como la infracción de las normas sobre derechos de los consumidores, dada la confusión creada a los mismos, que supone una vulneración del derecho a una información cierta y veraz, que exige el art. 2 Ley 26/1984 y preceptos concordantes de la misma Ley y otras normas, ya citadas, que regulan la materia.





Tal planteamiento ha de examinarse desde distintos aspectos, como se hace por las partes en sus escritos, siempre teniendo en cuenta que el control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria, atribuido por el art. 106 de la Constitución, en relación con el art. 26 de la Ley 50/97 y el art. 1 de la Ley 29/98 a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad,...), y que conforman las exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio Tribunal que controla la legalidad de la actuación, como resulta expresamente del artículo 71.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, que aun en el supuesto de anulación de un precepto de una disposición general no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo.

Desde estas consideraciones y por lo que se refiere a la observancia de las normas de Derecho Comunitario, las partes reconocen y así se refleja en la respuesta dada el 27 de enero de 2005 por la Comisión europea a las preguntas parlamentarias relativas al Real Decreto aquí impugnado, aportada a los autos por la representación de la codemandada Grupo Leche Pascual, S.A., que no existen a nivel comunitario normas armonizadoras en relación con la definición de "yogur" y su fabricación o comercialización.

En cuanto a otras normas y actos comunitarios que incidan en la materia y que también refieren las partes pueden señalarse: el Reglamento 1898/87 del Consejo, de 2 de julio, relativo a la protección de la denominación de la leche y de los productos lácteos, en cuyo art. 2.2, en relación con el Anexo, considera como productos lácteos, entre los que se encuentra el yogur, los derivados exclusivamente de la leche, previsión cuyo cumplimiento en este caso ni siquiera se pone en cuestión por la recurrente.

Más interés tiene la Directiva 2000/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, en cuyo art. 5 dispone que la denominación de venta de un producto alimenticio será la prevista en las disposiciones comunitarias aplicables y, a falta de estas, la prevista en las disposiciones legales aplicables en el Estado miembro en el que tenga lugar la venta al consumidor final, y en defecto de lo anterior, por el nombre consagrado por el uso en el referido Estado miembro, o por una descripción del producto lo suficientemente precisa para permitir al comprador conocer su naturaleza real y distinguirlo de los productos con los que pudiera confundirse.

Dicha previsión se completa con la Comunicación interpretativa 91/C 270/02 de la Comisión, según la cual, un Estado miembro determinado, podrá denegar legítimamente a un producto que, tras haber sido sometido a un determinado tratamiento, ya no contenga "bacterias vivas", la denominación de yogur o cualquiera otra denominación que incluya una referencia al yogur. Efectivamente una simple referencia podría igualmente confundir al consumidor sobre la auténtica naturaleza del producto, sin que un etiquetado corrector adicional sea suficiente a este respecto.

Resulta de ello que en casos como el presente, de falta de disposición comunitaria que establezca la denominación para el producto, habrá de estarse a la establecida por el Estado miembro en el que tenga lugar la venta al consumidor, pero sin perder de vista, que como criterios subsidiarios se establece el nombre consagrado por el uso o una descripción del producto que garantice la seguridad al consumidor sobre su naturaleza y características que le permita distinguirlo de otros productos con los que pudiera confundirse, es decir y como señala la Respuesta de la Comisión a las preguntas parlamentarias antes citada, por referencia a la Directiva 2000/13/CE, "el etiquetado de un producto alimentario no debe inducir a error al consumidor en cuanto a las características del producto alimentario, en particular en cuanto a su naturaleza, cualidades, composición y modo de fabricación".

A semejantes resultados conducen las previsiones del Código Alimentario de la FAO y de la OMS, aprobado en Roma el 4 de julio de 2003, que aunque de fecha posterior a la norma aquí impugnada puede servir de orientación interpretativa, y de la Propuesta de Reglamento del Consejo, de 19 de agosto de 2003, sobre organización común del mercado de la leche y productos lácteos para el yogur y productos similares, pues en el primer caso, los productos obtenidos a partir de la leche fermentada tratada térmicamente luego de la fermentación se denominarán "Leche Fermentada Tratada Térmicamente" y si el consumidor puede ser inducido a error por esta denominación, los productos se denominarán según lo permita la legislación nacional del país de venta al por menor. Y en el segundo caso, los productos que han recibido un tratamiento por calor después de la fermentación podrán identificarse como yogur si esta denominación está autorizada en el Estado miembro donde se vende el producto. En otro caso se denominan "leche fermentada" pudiendo añadirse expresiones como "producto obtenido del yogurt tratado después de la fermentación", debiendo aparecer claramente la referencia al tratamiento de calor, todo ello reconociendo las diferentes tradiciones de



los Estados miembros en cuanto a la utilización del término yogur, lo que impide llegar a una armonización, y teniendo en cuenta que las denominaciones no deben ser erróneas.

Desde el punto de vista de la normativa interna, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, establece, como derecho básico de los mismos, la información correcta sobre los diferentes productos, para su adecuado uso, consumo o disfrute ( art. 2.1 ), así como la protección prioritaria de tales derechos cuando guarden relación con productos o servicios de uso o servicio común, ordinario y generalizado ( art. 2.2 .), cual es el caso de la leche y derivados (Anexo I.A).9 RD 1507/2000 ). En congruencia con ello, el art. 13 de la misma Ley 26/1984 establece que los productos puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar de forma cierta y objetiva una información veraz, y suficiente sobre sus características esenciales, que incluyen su naturaleza, composición, denominación usual o comercial. A tal efecto el etiquetado de los productos alimenticios, deberá ser de tal naturaleza, según dispone el art. 4 del R.D. 1334/1999, de 31 de julio, que no induzca a error al comprador, especialmente sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, modo de fabricación y obtención...

SEXTO.- Desde estas consideraciones sobre el marco jurídico en el que se plantea el debate, el examen de la legalidad del Real Decreto impugnado lleva a descartar las alegaciones de la parte recurrente relativas a la inobservancia del principio de objetividad, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad, del principio de inderogabilidad singular de las disposiciones administrativas y la incidencia en desviación de poder por las siguientes razones:

Se desprende de las actuaciones, que es un hecho el desarrollo de la comercialización de productos lácteos y concretamente yogur que una vez producida la fermentación se somete a tratamiento térmico, y ello en numerosos países con independencia de que en el nuestro sean escasas -aunque no sólo una como mantiene la actora- las empresas que los fabrican.

Dichos productos se comercializan en los distintos países con diferentes denominaciones, pues mientras unos permiten que se lleve a efecto bajo el concepto genérico de yogur otros no los incluyen en el mismo, atribuyéndoles distintas denominaciones relativas a su condición de productos lácteos y el tratamiento térmico a que están sometidos.

Las divergencias derivan de que la naturaleza de los productos en cuestión parten de un núcleo común, que es la leche fermentada con determinadas bacterias, yogur, que en caso de los nuevos productos se someten, posteriormente, a un proceso de tratamiento térmico con los consiguientes efectos sobre la viabilidad de tales bacterias, y de ahí que el debate jurídico se platee en la utilización del concepto yogur, como se ha puesto de manifiesto al examinar las normas comunitarias e internacionales antes indicadas.

Esta situación ha impedido la elaboración de normas de armonización en el marco de la Unión Europea relativas a ese concreto aspecto de la denominación o concepto yogur, permitiendo la subsistencia de la diversidad de denominaciones en razón a la normativa de cada Estado miembro, que puede establecer la que resulte más adecuada a las condiciones de comercialización de tales productos en su ámbito territorial.

Todas estas circunstancias justifican objetivamente el ejercicio de la potestad reglamentaria, por cuanto atiende a la necesidad de ordenar la comercialización de tales productos, teniendo en cuenta las diversas opciones que se vienen planteando y la facultad de cada Estado para plasmar aquella opción que valore como más adecuada atendiendo a las circunstancias de comercialización dentro de su ámbito estatal, opciones que se manifiestan al margen del número de empresas que actualmente los vengán produciendo, dado que la norma en cuestión no supone ningún impedimento para que cualquier otra empresa intervenga en dicho mercado y ampara por igual a todas ellas. De manera que, como señala el Consejo de Estado en su dictamen relativo a la Orden de la que trae causa el Real Decreto impugnado, existen razones objetivas de interés público que justifican el ejercicio de la potestad reglamentaria en este caso y que descartan las alegaciones en contra formuladas por la parte recurrente.

Efectivamente, no cabe apreciar arbitrariedad en la adopción de uno de los posibles criterios que se vienen utilizando para la denominación de tales productos y que responde a una valoración razonable de la naturaleza de los mismos, como resulta del hecho de que se mantenga en diversos países y que ello se permita por la normativa comunitaria. Por otra parte, tampoco puede compartirse el fundamento esencial en el que la actora apoya estas alegaciones, cual es que se trata de una singular actuación que tan sólo beneficia a un concreto productor nacional, pues como acabamos de señalar, además de existir algún productor más, nada impide que cualquier otra empresa intervenga en dicho mercado, y la norma ampara y sujeta por igual y con carácter general a todos ellos, de manera que la ordenación se proyecta sobre la producción y comercialización de tales productos, que está al alcance de todos los fabricantes que así lo decidan, y no sobre la actividad concreta de uno de ellos.



Lo expuesto desvirtúa las referidas alegaciones de infracción que se formulan en la demanda, lo que no excusa de examinar si en el ejercicio de dicha potestad reglamentaria se ha incurrido en otras infracciones del ordenamiento jurídico, como las relativas a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios que se invocan en la demanda y que pasamos a examinar.

SEPTIMO.- Entiende la recurrente que llamar yogur, con no importa cuál sea el apellido, a lo que con arreglo al propio Real Decreto impugnado no cumple el requisito esencial del yogur, confunde al consumidor, haciéndole creer que adquiere y consume yogur, con sus propiedades y características conocidas, cuando se trata de un producto carente de esas cualidades digestivas que el verdadero yogur ofrece, infringiendo con ello el derecho básico del consumidor a una información cierta y veraz, en los términos ya expuestos antes.

El reconocimiento de este derecho básico de los consumidores ya se ha reflejado al examinar los preceptos de la Ley 26/1984, de 19 de julio y normas complementarias que lo recogen y desarrollan, ello en relación con las normas comunitarias e internacionales a las que se ha hecho referencia, que tratan de proteger la garantía de certeza para el consumidor en la identificación del producto, de manera que tenga perfecto conocimiento de su naturaleza, cualidades, composición y modo de fabricación.

Para determinar si la regulación impugnada infringe tal derecho y garantía de los consumidores, induciéndoles a error, que es lo que en definitiva se plantea como motivo de ilegalidad, habrá de atenderse a los elementos objetivos que inciden en la denominación adoptada en la norma, de acuerdo con las características del producto y la valoración que merezcan al consumidor medio.

En este caso son de considerar las siguientes circunstancias:

- El desarrollo e incremento de la elaboración y comercialización de nuevos productos lácteos supone la adaptación de la regulación existente, que ha de contemplar esa nueva situación e integrarla en la normativa del sector, superando la situación anterior que no impide tal evolución impuesta por la realidad social contemplada por la norma.
- La naturaleza de los productos en cuestión tiene un origen común, cual es la leche fermentada con determinadas bacterias, que en el caso de los nuevos productos se someten después a un proceso de tratamiento térmico, con los consiguientes efectos sobre la viabilidad de tales bacterias, que en el yogur tradicional permanecen vivas al contrario del sometido a tratamiento térmico.
- Ambos tipos de productos resultan saludables, lo que no se cuestiona por las partes, aunque sí las cualidades o efectos beneficiosos de los mismos, aspecto no pacífico, como se pone de manifiesto cuando ambas partes aportan informes técnicos al respecto, que en caso del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, aportado por la actora, señala diferentes efectos favorables derivados del consumo de los yogures con bacterias vivas frente a los pasteurizados, mientras que en el informe emitido por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Hospital Ramón y Cajal de Madrid, aportado por la codemandada, se concluye que no se han encontrado diferencias en los efectos microbiológicos, inmunológicos o de bienestar digestivo entre los yogures tradicionales y los pasteurizados.
- La denominación utilizada "yogur pasteurizado tras la fermentación" describe fielmente el proceso de producción seguido para la obtención del producto; y los términos técnicos que se usan no son desconocidos para los consumidores en el sector de los productos lácteos.
- Ambos tipos de productos se comercializan en el ámbito de la Unión Europea, conviviendo distintas denominaciones para su identificación y presentación ante el consumidor, que necesariamente, en mayor o menor medida según dicha comercialización, ha de tomar en consideración esta circunstancia, en relación con la denominación adoptada en el propio país.
- El Real Decreto impugnado ha venido a optar por una delimitación de ambos tipos de productos, atendiendo a la naturaleza común de los mismos, el sistema de producción y los efectos sobre la persistencia de las bacterias determinantes de la fermentación, elementos que se plasman, sustancialmente, en la definición de los mismos en los apartados 4.1 y 4.2 del Anexo.
- Por lo que se refiere a la valoración efectuada al respecto por los órganos de la Administración que han intervenido en la elaboración de la norma y los distintos sectores afectados, son casos favorables a la norma, que cita la codemandada Leche Pascual, S.A., la carta dirigida a la correspondiente Consejería del Gobierno de Canarias, desde el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de fecha 27 de diciembre de 2001, y la dirigida por el mismo Ministerio al homólogo francés el 20 de febrero de 2002, según las cuales se asegura la correcta información a los consumidores, así como la postura del representante de la Unión de Consumidores (en cuanto supone una mayor posibilidad de elección de productos e información al consumidor); de la Federación Unión Cívica Nacional de Consumidores y Amas de Hogar de España (no solo son beneficiosos,



sino que por su calidad y composición son ideales para su conservación y alimentación infantil...); y la Federación de Empresarios Productores de Leche (FEPLAC), que consideran la norma beneficiosa para el sector.

El Consejo de Estado, aun cuando realiza observaciones sobre la denominación yogur pasteurizado después de la fermentación y la posibilidad de inducir a error o confusiones del consumidor o usuario medio, emite un dictamen mayoritario favorable a la norma (Orden de 3 de junio de 2002).

Es negativa la valoración efectuada por otros órganos administrativos y entidades representativas de los sectores afectados, poniendo de manifiesto que la regulación impugnada supone una fuente de confusión para los consumidores, en tal sentido la Confederación Estatal de Consumidores y Usuarios (CECU), la Confederación Española de Amas de Casa, Consumidores y Usuario (CEACCU), la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía, ambas en relación con la Orden de 3 de junio de 2002.

Se desprende de todo ello, que la identificación adoptada se atiene a la naturaleza, cualidades y sistema de elaboración de los productos; resulta plenamente compatible con la normativa y régimen de comercialización de tales productos en la Unión Europea; responde a la evolución del mercado en la comercialización de los mismos; y proporciona a los consumidores elementos de identificación de tales productos que no existían en la normativa anterior, cuando se identificaban como postres lácteos, concepto genérico y que nada específica sobre la naturaleza, cualidades y elaboración de los mismos. Si a ello se añade que en la valoración efectuada por los órganos administrativos informantes y los sectores afectados, incluidos los consumidores, no se muestra una postura unánime al respecto, esgrimiéndose justificaciones diversas para mantener las posiciones encontradas, necesariamente ha de concluirse, que no se aprecia en la identificación adoptada por el Real Decreto impugnado la infracción del derecho del consumidor a una información cierta y veraz sobre el producto, que se invoca en la demanda, y tampoco se acredita ni deduce de todo lo expuesto que con ello se origine en el consumidor medio confusión o duda acerca de la naturaleza, cualidades y sistema de elaboración del producto, que integre la infracción denunciada en la demanda. Ha de tenerse en cuenta al respecto, que, como se ha indicado antes, el control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general de acuerdo con las previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, por lo que su anulación exige acreditar la realidad de la infracción invocada, no siendo suficiente la posibilidad o eventualidad de tal infracción.

Finalmente, no se advierte que exista relación alguna entre la elaboración de una norma de calidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria y la prohibición de publicidad engañosa a que se refiere la actora, actividades de naturaleza distinta y sujetas a diversos patrones de legalidad, versando este recurso sobre la legalidad del Real Decreto cuestionado y no sobre actividad de publicidad alguna.

OCTAVO.- Tampoco es de acoger la alegación de nulidad de la Disposición Adicional Segunda de dicha norma reglamentaria, no sólo porque, contrariamente a lo que se sostiene por la parte recurrente, el reconocimiento mutuo contemplado en la misma ya se recogía en la Orden de 16 de septiembre de 1994, que el Real Decreto 179/2003 se limita a recoger, actualizando sus términos sino, fundamentalmente, porque el reconocimiento mutuo viene impuesto por los arts. 28 y 30 del Tratado CE, que tienen efecto directo, por lo que no precisan de una traslación a la norma interna, señalando la Comunicación interpretativa de la Comisión 2003/C265/02, sobre aplicación práctica del reconocimiento mutuo, que no obstante, como quiera que en algunos casos la presencia de una norma técnica nacional disuade a los operadores económicos de comercializar sus productos en el territorio del Estado miembro en cuestión, la Comisión trata de que en las legislaciones de los Estados miembros se incluya una cláusula de reconocimiento mutuo destinada a lograr que se aplique correctamente dicho principio, finalidad que cumple la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 179/03, sin que se cuestione su adecuación a las exigencias del Tratado, que constituye el su marco de legalidad.

NOVENO.- No ha lugar a hacer una expresa condena en costas, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

Por lo expuesto en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución

## FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso administrativo nº 69/2003, interpuesto por la representación procesal de la Sociedad Española de Nutrición Comunitaria (SENC) contra el Real Decreto 179/2003, de 14 de febrero, por el que se aprueba la norma de calidad para el yogur o yoghurt.

SEGUNDO.- No hacemos una expresa condena en costas.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sra. Magistrada Ponente; Doña Celsa Pico Lorenzo, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretaria, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ