

LA JURISPRUDENCIA KECK Y MITHOUARD: UNA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE MEDIDA DE EFECTO EQUIVALENTE

Por MANUEL LOPEZ ESCUDERO (*)

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA DEL TJCE SOBRE LAS MEE: A) *El concepto de MEE*: 1. El concepto de «medida estatal», 2. Efecto restrictivo sobre el comercio intracomunitario de mercancías: a) Las medidas discriminatorias, b) Medidas indistintamente aplicables a productos nacionales e importados, pero con efecto proteccionista, c) Medidas indistintamente aplicables y no proteccionistas, pero con efectos restrictivos. B) *Excepciones a la prohibición de MEE*: 1. Excepciones fundadas en el artículo 36 del TCE, 2. Excepciones fundadas en la «rule of reason».—III. LOS LÍMITES A LA NOCIÓN DE MEE: LA JURISPRUDENCIA KECK Y MITHOUARD: 1. *La jurisprudencia marginal sobre el concepto de MEE*. 2. *La jurisprudencia Keck y Mithouard*: a) Alcance y consecuencias, b) Valoración.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La prohibición de las medidas de efecto equivalente (MEE, en adelante) a restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, regulada en los artículos 30-36 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE, en adelante), constituye uno de los instrumentos

(*) Profesor Titular de Derecho Internacional Público (Derecho Comunitario Europeo) de la Universidad de Granada.

Quiero agradecer a los profesores G. C. Rodríguez Iglesias, D. J. Liñán Noguera y A. Valle Gálvez los interesantes comentarios realizados a este trabajo, de cuyo contenido final, obviamente, soy yo el único responsable.

jurídicos primordiales para la consecución de la libre circulación de mercancías en el mercado único europeo. Como estos preceptos son directamente aplicables, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, en adelante) y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros han sido preferentemente los encargados de su aplicación, que ha generado uno de los más importantes bloques de jurisprudencia del TJCE.

El TCE no determinaba el concepto de MEE y el TJCE tuvo que dar una definición del mismo en la sentencia *Dassonville*. Esta definición fue bastante extensiva y ello ha provocado que sean consideradas MEE reglamentaciones comerciales de los Estados miembros sin efectos proteccionistas, pero que obstaculizaban de forma indirecta y escasa el comercio intracomunitario. De esta manera, el TJCE ha fiscalizado en buena medida la competencia de los Estados para regular en su territorio y de forma no proteccionista la producción y comercialización de mercancías en defecto de norma comunitaria de armonización.

Esta concepción extensiva de la noción de MEE no ha sido unánimemente aceptada, ya que algunos abogados generales (Sir Gordon Slynn en la sentencia *Cinétheque* (1), Van Gerven en la sentencia *Torfaen* (2) y, especialmente, Tesauo en la sentencia *Hunermund* (3), y un sector doctrinal minoritario (4) han abogado por la necesidad de determinar

(1) Sir Gordon Slynn afirmó que «en ausencia de toda norma o reglamentación comunitaria en un sector determinado, una medida nacional que no afecta expresamente a las importaciones, no constituye una discriminación hacia las importaciones, no hace más difícil para el importador la venta de sus productos que para un productor nacional y no concede ninguna protección a los productores nacionales, no entra aparentemente, en nuestra opinión, en el campo de aplicación del artículo 30, aunque produzca en la práctica una restricción o una reducción de las importaciones» (Conclusiones en la sentencia del TJCE de 11-7-1985, asuntos 60 y 61/84 *Cinéthèque*, *Rec.* 1985, pág. 2611).

(2) Conclusiones presentadas en la sentencia del TJCE de 23-11-1989, asunto C-145/88 *Torfaen*, *Rec.* 1989, pág. 3884.

(3) Conclusiones del Abogado General Tesauo presentadas el 27-10-1993 en la sentencia del TJCE de 15-12-1993, asunto C-292/92 *Hunermund* y otros, aún no publicada.

(4) Destacan las siguientes aportaciones: G. MARENCO y K. BANKS: «Intellectual property and the Community rules on free movement: dicrimination unhearthed», *E. L.Rev.* 1990, págs. 224 y sgs.; S. MARTÍNEZ LAGE: «La contribución de la jurisprudencia a la realización de la libre circulación de mercancías: la eliminación de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas», en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. J. LIÑÁN NOGUERAS (dirs.): *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 711 y sgs.; K. MORTELMANS: «Article 30 of the EEC Treaty and legislation

los límites de esta noción. Haciéndose eco de esta inquietud y retomando los razonamientos de algunas sentencias marginales anteriores, la sentencia de 24-11-1993 Keck y Mithouard (5) abroga parcialmente la jurisprudencia clásica del TJCE con objeto de limitar los tipos de reglamentaciones nacionales que pueden ser consideradas MEE. Esta sentencia supone un cambio jurisprudencial de gran importancia en la aplicación de la prohibición de las MEE, cuyo estudio constituye el objeto primordial de este trabajo.

Para determinar el alcance de este cambio jurisprudencial, analizaré primero la jurisprudencia clásica o tradicional del TJCE sobre el concepto de MEE y las excepciones a la prohibición de las mismas. A continuación, examinaré las sentencias marginales del TJCE que se apartaron de la línea jurisprudencial anterior, intentando definir los límites de la noción de MEE, y que han sido rescatadas del ostracismo, dándoles consistencia, por la sentencia Keck y Mithouard. Por último, haré unas consideraciones finales referentes a los criterios jurisprudenciales aplicados por el TJCE en la interesante y extensa jurisprudencia sobre las MEE.

II. LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA DEL TJCE SOBRE LAS MEE

Los artículos 30 y 34 prohíben, respectivamente, las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación. Las excepciones a estas prohibiciones se recogen en el artículo 36, que permite a los Estados la adopción de medidas nacionales contrarias a los artículos 30 y 34, si van destinadas a proteger determinados intereses sociales (orden público, salud pública, vida de los animales

relating to market circumstances: time to consider a new definition», *C.M.L. Rev.*, 1991, págs. 115 y sgs.; E. WHITE: «In search of the Limits of Article 30 of the EEC Treaty», *C.M.L. Rev.*, 1989, págs. 235 y sgs.; STEINER, J.: «Drawing the Line: Uses and Abuses of Article 30 EEC», *C.M.L. Rev.* 1992, págs. 749 y sgs.; VAN DER WOUDE: «The limits of free circulation: the Torfaen Borough Council case», *Leiden Journal of International Law*, 1990, págs. 62 y sgs.; W. WILST: «The Search for the rule in Article 30 EEC: much ado about nothing», *E.L. Rev.*, 1993, págs. 475 y sgs.

(5) Sentencia del TJCE de 24-11-1993, asuntos C-267/91 y C-268/91 Keck y Mithouard, aún no publicada en la *Recopilación*, pero su consulta íntegra en español puede hacerse en *Revista de Instituciones Europeas*, 1994-1, págs. 193 y sgs.

y vegetales o propiedad intelectual y comercial). Además, la jurisprudencia del TJCE ha desarrollado la teoría de las exigencias imperativas para justificar la compatibilidad con el artículo 30 de normas nacionales restrictivas del comercio, pero orientadas a la protección de intereses sociales no contemplados en el artículo 36 (medio ambiente o protección de los consumidores).

En relación con estos preceptos el TJCE ha elaborado una abundante jurisprudencia, referida tanto al concepto de MEE como a las excepciones a la prohibición de las mismas.

A) *El concepto de MEE*

Como ningún precepto del TCE determina lo que son las MEE, el TJCE en su célebre sentencia Dassonville, tuvo que dar una definición de las mismas, diciendo que MEE es «*toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario*» (6). Esta fórmula de la sentencia Dassonville (7) ha sido mantenida y reiterada por el TJCE en casi toda su jurisprudencia posterior, por lo que es necesario analizarla detenidamente.

Según la fórmula Dassonville, la existencia de una MEE requiere la concurrencia de los dos elementos siguientes (8): medida estatal («*reglamentación comercial de los Estados miembros*») y efecto restrictivo de la misma sobre los intercambios intracomunitarios («*susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente el comercio intracomunitario*»).

(6) Sentencia de 11-7-1974, asunto 8/74 Dassonville, *Rec.* 1974, pág. 837. Para una análisis sistemático de esta definición, véase J. C. MOITINHO DE ALMEIDA: «*Eliminação dos obstáculos nao tarifários*», en *Direito comunitário a ordem jurídica comunitária. As liberdades fundamentais na CEE*, Lisboa, 1985, págs. 295-298.

(7) Chalmers afirma que «*These words have been repeated as an item of faith by the Court and comentators even since. The brevity of this phrase masks its audacity. On its face, it reflects a philosophy of extreme economic liberalism*» (D. CHALMERS: «*Free movement of goods within the European Community: an unhealthy addiction to scotch whisky*», *I.C.L.Q.* 1993, pág. 275).

(8) A. C. PAGE: «*The Concept of Measures Having an Effect Equivalent to Quantitatives Restrictions*», *E.L.Rev.*, 1977, pág. 102.

1. El concepto de «medida estatal».

El TJCE ha establecido claramente que las MEE son siempre obstáculos a la libre circulación de mercancías originados por actos imputables a los Estados miembros (9). A tenor de la jurisprudencia del TJCE y de la opinión de la Comisión de las Comunidades Europeas, plasmada esta última en la directiva 70/50 (10), el término «medida» es interpretado extensivamente, ya que incluye los siguientes tipos de *comportamientos estatales* restrictivos de los intercambios intracomunitarios:

— Disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros.

— Prácticas administrativas, definidas por la Directiva 70/50 como «*cualquier comportamiento de una autoridad pública uniforme y regularmente observado*» (11)

— Cualquier acto o comportamiento de una autoridad pública, incluidas las incitaciones, a las que la Directiva 70/50 define como cualquier comportamiento dimanante de una autoridad pública que, sin obligar jurídicamente a sus destinatarios, les induce a actuar de una determinada forma (12).

— La jurisprudencia de los tribunales nacionales (13).

(9) G. BRAYER: «La libre circulation des marchandises et l'élimination des entraves techniques dans la Communauté Européenne», *Cahiers Juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1984, pág. 664; A. Mattera: «Libre circulation des marchandises et articles 30-36 du Traité CEE», *R.M.C.*, 1976, pág. 505.

(10) Directiva de la Comisión 70/50 de 22-12-1969, relativa a la supresión de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación no reguladas por otras disposiciones adoptadas en virtud del Tratado CEE, *DOCE L 13* de 19-1-1970, págs. 29 y sgs.

(11) En la sentencia dictada en el asunto 21/84, el TJCE consideró como MEE una práctica de la administración francesa sistemáticamente desfavorable hacia una empresa inglesa que pretendía comercializar en Francia unos aparatos para el franqueo postal. La comercialización exigía un permiso previo de las autoridades francesas, que mantuvieron una actitud obstruccionista y renuente ante la demanda de la sociedad inglesa (Sentencia del TJCE de 9-5-1985, asunto 21/84 Comisión/Francia, *Rec.* 1985, págs. 1364 y sgs.). Véase el comentario de L. GORMLEY, en *E.L.Rev.*, 1985, págs. 449 y sgs.

(12) Un célebre ejemplo de incitación gubernamental que fue considerado como MEE por el TJCE lo constituyó la campaña publicitaria, lanzada por el gobierno irlandés con el lema «Buy Irish» (Sentencia del TJCE de 24-11-1982, asunto 249/81 Comisión/Irlanda, *Rec.* 1982, págs. 4005 y sgs.).

(13) Sentencia del TJCE de 22-1-1981, asunto 58/80 Dans Supermarked, *Rec.* 1981, págs. 181 y sgs.

Los actos potencialmente generadores de MEE pueden emanar de todos los órganos del Estado (14), tanto centrales, como federales, regionales y municipales, así como de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

Por último, las normas adoptadas por las *instituciones comunitarias* en materia de producción y comercialización de mercancías tampoco pueden, según la jurisprudencia del TJCE, crear obstáculos a la libre circulación de mercancías. Sin embargo, esta limitación no es tan estricta como la que se aplica a los Estados miembros (15), pese a los inconvenientes que ello puede generar (16).

2. Efecto restrictivo sobre el comercio intracomunitario de mercancías

El único dato que los artículos 30 y 34 del TCE daban de la noción de MEE es que se trataba de una categoría residual de obstáculo a la libre circulación de mercancías identificable por sus efectos, que debían ser equivalentes a los de una restricción cuantitativa. Como el efecto de ésta es la restricción del comercio intracomunitario, la sentencia *Dassonville* consideró necesario que una medida estatal tuviera un efecto

(14) Incluso organismos que no tienen carácter público, pero a los que la legislación de un Estado miembro les concede prerrogativas de derecho público, pueden realizar actuaciones que generen MEE. Así lo ha afirmado el TJCE en su sentencia de 18-5-1989, asunto 266/87 *Regina/Royal Pharmaceutical Society of Great Britain*, Rec. 1989, págs. 1295 y sgs., respecto de la *Pharmaceutical Society of Great Britain*; y en la sentencia *Hunermund, cit.*, en relación con las normas deontológicas del colegio de farmacéuticos de un Land alemán.

(15) Sobre esta cuestión véanse J. CURRAL: «Some Aspects of the Relation between Articles 30-36 and Article 100 of the EEC Treaty, with a Closer Look at Optional Harmonisation», *Y.E.L.*, 1984, págs. 191-195; G. MARENCO: «La giurisprudenza comunitaria sulle misure di effetto equivalente a una restrizione quantitativa (1984-1986)», *Il Foro Italiano*, 1988, págs. 172 y sgs.; P. OLIVER: «La législation communautaire et sa conformité avec la libre circulation des marchandises», *C.D.E.*, 1979, págs. 245 y sgs.; G. VANDERSANDEN & L. DEFALQUE: «La notion de mesure d'effet équivalent a une restriction quantitative (art. 30 du Traité C.E.E.)», *Journal des Tribunaux*, 1984, pág. 215.

(16) Véanse nuestras críticas en la obra M. LÓPEZ ESCUDERO: *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1991, págs. 244 y sgs.

restrictivo sobre el comercio intracomunitario directo o indirecto, real o potencial, para que fuese catalogada como MEE.

Se trata de una concepción muy amplia de este requisito del efecto restrictivo sobre el comercio, porque cualquier reglamentación comercial ejerce, en principio, un mayor o menor efecto restrictivo sobre los intercambios por el simple hecho de sujetar la producción y comercialización de mercancías a normas jurídicas (17). Por tanto, toda norma nacional reguladora de la actividad comercial puede ser englobada por la definición de MEE de la sentencia *Dassonville* y puede cuestionarse su compatibilidad con la prohibición de los artículos 30 ó 34 del TCE. El peligro es que estos preceptos acaben por impedir a los Estados miembros la adopción, en defecto de armonización comunitaria, de normas reguladoras de la actividad comercial, destinadas a proteger determinados intereses sociales (derechos de los consumidores, el medio ambiente o la salud pública), que se pueden ver afectados negativamente por el desarrollo incontrolado de los procesos productivos.

Es necesario analizar la abundante jurisprudencia del TJCE que aplica la fórmula *Dassonville* para determinar realmente el tipo de reglamentaciones comerciales de los Estados miembros, cuyo efecto restrictivo sobre el comercio intracomunitario es susceptible de convertirlas en MEE. Este examen pone de manifiesto que el TJCE incluye en fórmula *Dassonville* los siguientes tipos de reglamentaciones:

a) Las medidas discriminatorias (18)

Se trata de reglamentaciones comerciales que, de hecho o de derecho, se aplican únicamente a las importaciones o que imponen a las

(17) E. White se pregunta a la luz de la definición de MEE en la sentencia *Dassonville* «Are there any trading rules enacted by Member States which are not at least potentially or indirectly capable of hindering intra-Community trade?» (E. White: *op. cit.*, pág. 235).

(18) La discriminación puede ser formal, si se da un tratamiento diferenciado a situaciones distintas; o material cuando se tratan de forma diferente situaciones similares o de forma similar situaciones dispares. Esta distinción entre discriminación formal y discriminación material se estableció en la sentencia del TJCE de 17-7-1963, asunto 13/63 *Comisión contra Italia*, *Rec. IX*, págs. 384 y 385.

Para un análisis más detallado de la distinción me remito a L. DEFALQUE: «Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises», *C.D.E.*, 1986, pág. 472; G. MARENCO: «Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent

mercancías importadas unas condiciones de comercialización distintas y más onerosas que las exigidas a la producción nacional.

Este tipo de medidas fueron las que inicialmente llegaron al TJCE, que siempre las ha considerado incluidas en la fórmula Dassonville. Sin ánimo de exhaustividad, cabe mencionar los siguientes supuestos:

— Una reglamentación irlandesa que imponía la obligación a los importadores de productos petrolíferos de aprovisionarse, hasta un determinado porcentaje de sus ventas y al precio fijado por el ministerio competente, en una refinería situada en Irlanda y de la que era propietario el Estado irlandés (19).

— Una reglamentación italiana que reservaba un porcentaje de las compras del sector público italiano a las empresas establecidas en la región del Mezzogiorno (20).

b) Medidas indistintamente aplicables a productos nacionales e importados, pero con efecto proteccionista

Los avances en el proceso de construcción del mercado común hicieron que pronto se cuestionara ante el TJCE la inclusión en la fórmula Dassonville de reglamentaciones que se aplicaban por igual a la producción nacional y a las importaciones, pero que beneficiaban a los productos nacionales. El carácter proteccionista de estas medidas se aprecia al comparar los efectos que su aplicación produce en las importaciones y en la producción nacional. Son normas indistintamente aplicables a una y a otra, pero que, al adoptarse en función de los hábitos nacionales de producción, suponen un obstáculo adicional para la comercialización de las mercancías importadas. La inclusión de este tipo de medidas en la noción de MEE de la sentencia Dassonville se concretó en una sólida línea jurisprudencial, iniciada

a une restriction quantitative», *C.D.E.*, 1984, págs. 291 y sgs.; M. WAELBROECK: «Mesure d'effet équivalent, discrimination formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour de Justice», en *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Kluwer, Deventer, 1983, pág. 1336.

(19) Sentencia del TJCE de 10-7-1984, asunto 72/83 Campus Oil y otros contra el Ministro de Industria y Energía, *Rec.* 1984, págs. 2727 y sgs.

(20) Sentencia del TJCE de 20-3-1990, asunto 21/88 Du Pont de Nemours Italiana Spa, *Rec.* 1990, págs. 916 y sgs.

por la sentencia Cassis de Dijon (21) y mantenida por el TJCE en las sentencias similares.

En la sentencia Cassis de Dijon se cuestionaba la compatibilidad con el artículo 30 de una reglamentación alemana que imponía a los licores destinados al consumo humano una graduación alcohólica superior a 32 o, excepcionalmente, 25 grados para su venta en Alemania. Esta normativa se aplicaba a los licores producidos en Alemania y a los importados de otros Estados miembros, no siendo, por tanto, ni formal ni materialmente discriminatoria. Pese a ello, la norma alemana ejercía un efecto proteccionista, porque se adaptaba a la producción nacional e impedía la comercialización en Alemania de licores legalmente producidos y comercializados en otros Estados miembros, como el Cassis de Dijon. Así lo estimó el TJCE al afirmar que *«el efecto práctico de prescripciones de este género consiste principalmente en asegurar una ventaja a las bebidas espirituosas de fuerte graduación alcohólica, alejando del mercado nacional los productos de otros Estados miembros que no se ajustan a esta especificación, (...) la exigencia impuesta por la reglamentación de un Estado miembro de una graduación alcohólica mínima para la comercialización de bebidas espirituosas constituye un obstáculo a los intercambios incompatible con las disposiciones del artículo 30 del Tratado»* (22).

Este razonamiento de la sentencia Cassis de Dijon ha sido aplicado por el TJCE a una gran cantidad de reglamentaciones nacionales indistintamente aplicables, pero proteccionistas. Este es el caso de la ley alemana sobre la pureza de la cerveza (23), la reglamentación italiana sobre la producción y comercialización de pasta destinada al consumo humano (24) o la norma italiana que impone 20 miligramos por litro como cantidad máxima de anhídrido sulfuroso admisible en la cerveza (25).

(21) Sentencia del TJCE de 20-2-1979, asunto 120/78 Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon), *Rec.* 1979, págs. 649 y sgs.

(22) Sentencia Cassis de Dijon, cit., pág. 664.

(23) Sentencia del TJCE de 12-3-1987, asunto 178/84 Comisión contra República Federal Alemana, *Rec.* 1987, págs. 1227 y sgs.

(24) Sentencias del TJCE de 14-7-1988, asunto 407/85 Glocken GmbH y Gertraud Kritzinger contra USL Centro-Sur y Provincia autónoma de Bolzano, *Rec.* 1988, págs. 4233 y sgs.; asunto 90/86 Zoni, *Rec.* 1988, págs. 4285 y sgs.

(25) Sentencia del TJCE de 4-6-1992, asunto C-13/91 Michel Debus, *Rec.* 1992, págs. I-3636.

c) Medidas indistintamente aplicables y no proteccionistas,
pero con efectos restrictivos

En 1985 se produce una nueva ampliación de los tipos de medidas estatales encuadrables en la noción de MEE establecida por la sentencia Dassonville. En efecto, la sentencia Cinéthèque (26) establece que las medidas indistintamente aplicables y sin efectos proteccionistas, pero que obstaculizan el comercio intracomunitario, constituyen MEE en el sentido de la fórmula Dassonville.

En el asunto Cinéthèque se cuestionaba la compatibilidad con los artículos 30 y 36 del Tratado CEE de una reglamentación francesa que, con objeto de proteger la producción cinematográfica, establecía un escalonamiento entre los diversos medios de difusión de las películas. De esta forma, se prohibía la comercialización en Francia de las películas mediante cintas de video hasta que no hubiese transcurrido un plazo de un año desde el comienzo de su proyección en salas de cine. Como los demás Estados miembros no tenían una reglamentación similar, la norma francesa creaba un obstáculo a la libre circulación intracomunitaria de películas grabadas en cintas de video.

El Abogado General Sir Gordon Slynn en sus conclusiones consideró que la normativa francesa no era una MEE, porque no tenía un efecto discriminatorio sobre las importaciones y dejaba a los importadores y a los vendedores franceses en igualdad de condiciones (27). Por el contrario, el TJCE estimó que esta reglamentación era una MEE. Para el Tribunal la normativa francesa *«se aplica indistintamente a las cintas de video fabricadas en el territorio nacional o importadas, no tiene como efecto favorecer la producción nacional en relación a la de otros Estados miembros, sino favorecer la producción cinematográfica en cuanto tal»*. Se trata, por tanto, de una reglamentación neutra, que no tiene, en modo alguno, carácter discriminatorio o proteccionista.

«Pese a ello —continúa afirmando el TJCE— la aplicación de semejante reglamentación puede provocar obstáculos a los intercambios intracomunitarios de cintas de video por las disparidades entre las reglamentaciones aplicables en los diferentes Estados miembros y entre

(26) Sentencia del TJCE de 11-7-1985, asuntos 60 y 61/84 Cinéthèque, *Rec.* 1985, pág. 2623 y sgs.

(27) Conclusiones en la sentencia del TJCE de 1-7-1985, asuntos 60 y 61/84 Cinéthèque, *Rec.* 1985, pág. 2611.

las condiciones en las que las obras cinematográficas se proyectan en salas de cine. En estas condiciones, una prohibición de comercialización prevista por estas reglamentaciones no es compatible con el principio de la libre circulación de mercancías establecido por el Tratado más que a condición de que los obstáculos eventuales que produzca a los intercambios no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar el objetivo perseguido y que este objetivo esté justificado por el derecho comunitario» (28).

Estos razonamientos de la sentencia Cinéthèque han sido aplicados por el TJCE en una abundante jurisprudencia posterior, que considera como MEE las normas nacionales indistintamente aplicables y no proteccionistas, pero generadoras de obstáculos en el comercio intracomunitario (29). El bloque jurisprudencial inspirado en el asunto Cinéthèque agrupa sentencias relativas a reglamentaciones nacionales de diverso tipo, que pueden clasificarse de la forma siguiente (30):

i) Medidas nacionales neutras, cuyo efecto restrictivo proviene de su disparidad con las de otros Estados miembros.

Estas reglamentaciones nacionales analizadas por el TJCE se refieren básicamente a las modalidades de venta o a los métodos de promoción de ventas de las mercancías. Así, el TJCE ha considerado, entre otras, como MEE, según la fórmula Dassonville, las siguientes reglamentaciones neutras sobre modalidades de venta de los productos:

— La prohibición de la venta a domicilio de material pedagógico, establecida por una norma francesa, que impidió la venta de material de aprendizaje de una lengua extranjera, importado de otro Estado miembro (sentencia Buet) (31).

(28) Sentencia Cinéthèque, cit., pág. 2626. Véanse los comentarios de MORTELMANS, K.: *op. cit.*, págs. 119 y sgs.

(29) En este sentido Waelbroeck señala que « Il résulte de certains arrêts récents que la Cour ne s'en tient plus aujourd'hui a la notion de discrimination, même en l'entendant dans son acception la plus large. Depuis peu, en effet, la Cour considère toute entrave aux échanges intracommunautaires comme interdite (sauf exigences impératives), même si elle produit un effet exactement identique sur les échanges intérieurs » (M. WAELBROECK: « Le rôle de la Cour de Justice dans la mise en oeuvre de l'Acte Unique », *C.D.E.* 1989, pág. 51).

(30) Sobre esta cuestión, véanse las conclusiones del Abogado General Tesauo en la sentencia del TJCE de 15-12-1993, asunto C-292/92, aún no publicada.

(31) Sentencia del TJCE de 16-5-1989, asunto 382/87 Buet, *Rec.* 1989, págs. 1235 y sgs.

— La imposibilidad de vender por correo en Francia productos parafarmacéuticos legalmente comercializados en Bélgica, por la existencia de una norma francesa que otorga a las oficinas de farmacia el monopolio de la venta de las especialidades farmacéuticas (sentencia Delattre) (32).

— La norma francesa que sujetaba la venta en pública subasta de productos de ocasión a la previa inscripción de la empresa propietaria de las mercancías en el Registro Mercantil del lugar dónde se efectúa la venta (sentencia Boscher) (33).

Las normas sobre métodos de promoción de ventas consideradas MEE por el TJCE han sido, entre otras, las siguientes:

— Una reglamentación luxemburguesa, que prohibía la publicidad de las ofertas con reducción de precios en las que constaba la duración de la oferta y los precios anteriores. Esta norma impidió la difusión en Luxemburgo de unos prospectos publicitarios de la cadena *de supermercados* belga GB-INNO-BM, que eran legales según la legislación belga (sentencia GB-INNO-BM) (34).

— La norma francesa que prohibía cualquier indicación que evocara la palabra «azúcar» y las características físicas, químicas o nutritivas del azúcar en el etiquetado y en la publicidad de los edulcorantes sintéticos destinados a ser suministrados al consumidor (sentencia SARPP) (35).

— La reglamentación alemana que impedía la publicidad mediante comparaciones de precios. En virtud de la misma se impidió a la empresa Yves Rocher vender en Alemania cosméticos elaborados en Francia, cuya publicidad se realizaba mediante un catálogo en el que figuraba el antiguo precio tachado junto al nuevo precio, más bajo y en llamativos caracteres rojos (sentencia Yves Rocher) (36).

(32) Sentencia del TJCE de 21-3-1991, asunto 369/88 Delattre, *Rec.* 1991, págs. I-1487 y sgs.

(33) Sentencia del TJCE de 30-4-1991, asunto C-239/90 Boscher, *Rec.* 1991, págs. I-2023 y sgs.

(34) Sentencia del TJCE de 7-3-1990, asunto C-362/68 GB-INNO-BM contra *Confédération du Commerce Luxemburgeoise*, *Rec.* 1990, págs. I-667 y sgs.

(35) Sentencia del TJCE de 12-12-1990, asunto C-241/89 SARPP, *Rec.* 1990, págs. I-4695 y sgs.

(36) Sentencia del TJCE de 18-5-1993, asunto C-126/91 Yves Rocher, *Rec.* 1993, págs. I-2384 y sgs.

En todas estas sentencias el TJCE sigue un razonamiento idéntico para considerar que las reglamentaciones sobre modalidades de venta o métodos de promoción de ventas constituyen MEE. Así, el TJCE indica que estas normas son indistintamente aplicables a productos nacionales e importados y no condicionan directamente las importaciones, pero generan una disminución de éstas al afectar a las posibilidades de comercialización de las mercancías importadas. La divergencia entre las normas del país de origen de la mercancía y las del país de destino obliga al productor a utilizar sistemas de publicidad y métodos de venta distintos en los diferentes Estados miembros o a prescindir de alguno de estos métodos. Esta eventualidad constituye un obstáculo indudable a la libre circulación de mercancías que, a juicio del TJCE, convierte las reglamentaciones que las generan en MEE.

ii) Reglamentaciones nacionales neutras, cuyo efecto restrictivo no depende de la disparidad con las de otros Estados miembros.

En la sentencia Aragonesa de Publicidad Exterior S.A. y Publivía S.A. contra Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña (37) se cuestionaba la compatibilidad con el artículo 30 de una ley catalana, que prohibía la publicidad en el territorio de esta Comunidad Autónoma de bebidas alcohólicas de más de 23 grados, en medios de comunicación, calles y carreteras, salvo las señales indicativas de los centros de producción y venta, en cines y en los transportes públicos. El TJCE consideró que esta normativa *«puede constituir un obstáculo a las importaciones procedentes de otros Estados miembros y debe, pues, ser considerada, en principio, como una medida de efecto equivalente, en el sentido del artículo 30»*.

En esta misma línea se encuadra la sentencia Monteil & Samanni (38) en la que el TJCE ha analizado la compatibilidad con los artículos 30-36 del monopolio de venta de medicamentos establecido por una reglamentación francesa en beneficio de las oficinas de farmacia. Se trata de una normativa neutra, que no concede una ventaja a los medicamentos franceses en relación con los importados de otros Estados. Reafirman-

(37) Sentencia del TJCE de 25-7-1991, asuntos 1/90 y 176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior S.A. y Publivía S.A.E. contra Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, *Rec.* 1991, págs. I-4151 y sgs.

(38) Sentencia del TJCE de 21-3-1991, asunto 60/89 Monteil & Samanni, *Rec.* 1991, págs. I-1547 y sgs.

do la jurisprudencia Cinéthèque, el TJCE dijo que *«un monopolio, conferido a los farmacéuticos con oficina, para la comercialización de medicamentos o de otros productos, por el hecho de canalizar las ventas, es susceptible de afectar las posibilidades de comercialización de los productos importados y puede, en estas condiciones, constituir una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, en el sentido del artículo 30 del Tratado»*.

Por último, la sentencia de 25-5-1993, asunto LPO (39), analizó si constituía una MEE la normativa francesa que prohibía la venta de material óptico por personas que no estuviesen en posesión del título de óptico u otro equivalente. Por tanto, era factible la venta de productos ópticos en grandes almacenes, ópticas o cualquier otro establecimiento, pero siempre que al frente del mismo existiese una persona que cumpliera las condiciones exigidas para el ejercicio de la profesión de óptico. El TJCE indica que la reglamentación francesa es indistintamente aplicable a los productos nacionales e importados y que no incide de forma directa sobre las importaciones. Pero le aplica la jurisprudencia Monteil y considera que esta normativa es una MEE, porque la reserva de la venta de estos productos a los ópticos constituye una canalización de las ventas capaz de afectar las posibilidades de comercialización de los productos importados.

Estas tres reglamentaciones nacionales son medidas neutras, que restringen indirectamente el comercio intracomunitario, por canalizar y reducir el volumen de ventas de mercancías importadas. Este efecto restrictivo se produce con independencia de que en el país de origen de la mercancía haya o no una normativa similar. En estos casos el TJCE ha considerado que estas reglamentaciones eran MEE según la fórmula Dassonville.

iii) Medidas neutras con un efecto tenue sobre el comercio intracomunitario.

Se trata de las normas nacionales relativas a la apertura de los comercios minoristas en domingo. En concreto, el TJCE ha analizado en varias sentencias (40) la compatibilidad con los artículos 30-36 de dos

(39) Sentencia del TJCE de 25-5-1993, asunto C-271/92 Laboratoires de protheses oculaires (LPO), *Rec.* 1993, págs. I-2919 y sgs.

(40) Sentencias del TJCE de 23-11-1989, asunto C-145/88 Torfaen, *Rec.* 1989, págs. 3851 y sgs.; de 16 de diciembre de 1992, asunto C-169/91 Council of the City of Stoke-on-

preceptos de la United Kingdom Shops Act de 1950, que prohíben la apertura de los comercios al por menor en domingo. También se han cuestionado ante el TJCE la reglamentación francesa, que impone el domingo como día obligatorio de descanso para los trabajadores por cuenta ajena (41), y la norma belga que prohíbe, bajo sanción de prisión y multa, emplear a trabajadores en los comercios al por *menor los* domingos después de las 12 horas (42).

En toda esta serie de sentencias el TJCE comienza señalando que estas normas nacionales sobre el cierre dominical de los comercios no van destinadas a la regulación del comercio intracomunitario de mercancías. A continuación, subraya el carácter neutro y no proteccionista de estas reglamentaciones, indicando que afectan por igual a la venta de productos nacionales y de mercancías importadas, sin hacer más difícil la comercialización de éstas. Sin embargo, el cierre dominical puede generar un efecto restrictivo sobre la libre circulación de mercancías, porque produce una disminución del volumen de ventas, tanto de los productos nacionales, como de los productos importados.

Este eventual efecto restrictivo es el que lleva al TJCE a aplicar a estos supuestos la jurisprudencia Cinéthèque y considerar implícitamente que las normas nacionales sobre la apertura de los comercios minoristas en domingo constituyen MEE. El TJCE en ninguna de las sentencias realiza esta afirmación, pero verifica la compatibilidad de estas reglamentaciones con el artículo 30, lo cual presupone su consideración como MEE y su inclusión en la definición de las mismas realizada por la sentencia Dassonville (43).

Trent, *Rec.* 1992, págs. I-6635 y sgs.; de 16 de diciembre de 1992, asunto C-306/88 Rochdale Borough Council, *Rec.* 1992, págs. I-6457 y sgs.; de 16 de diciembre de 1992, asunto C-306/88 Reading Borough Council, *Rec.* 1992, págs. I-6516 y sgs.

Véanse los comentarios de A. ARNULL: «What Shall We Do on Sundays», *E.L. Rev.*, 1991, págs. 112 y sgs.; L. GORMLEY en *C.M.L. Rev.*, 1990, págs. 141 y sgs.; S. WEATHERRILL: «Free Movement of Goods», *I.C.L.Q.*, 1991, págs. 216 y sgs.

(41) Sentencia del TJCE de 28-2-1991, asunto C-312/89 Conforama, *Rec.* 1991, págs. I-997 y sgs.

(42) Sentencia del TJCE de 28-2-1991, asunto C-332/89 Marchandise, *Rec.* 1991, págs. I-1027 y sgs.

(43) El abogado general Van Gerven en sus conclusiones en el asunto Rochdale afirma que las sentencias Torfaen, Conforama y Marchandise «admiten implícita, pero ciertamente, que las reglamentaciones cuestionadas deben ser consideradas como reglamentaciones comerciales comprendidas en la fórmula Dassonville» (*Rec.* 1992, pág. I-6473).

Con la jurisprudencia Cinéthèque, como señala Van Gerven (44), lo que se realiza es una comparación de los mercados nacionales entre sí y no una comparación entre la producción nacional y las importaciones con objeto de averiguar el carácter proteccionista o no de la reglamentación nacional en cuestión. Si de esa comparación entre los mercados nacionales resulta que una determinada reglamentación comercial restringe de alguna forma la accesibilidad de ese mercado para los productos comercializados en otros Estados miembros, dicha reglamentación constituirá una MEE con independencia de su carácter discriminatorio o proteccionista.

Con esta nueva jurisprudencia la noción de MEE de la sentencia Dassonville se extiende de forma desmesurada (45), ya que cualquier reglamentación comercial de un Estado miembro, que difiera de la de los otros Estados, crea un obstáculo técnico que compartimenta el mercado nacional y lo impermeabiliza frente al acceso de productos comercializados legalmente en otros Estados. Entonces, todas las reglamentaciones comerciales pueden constituir, en principio, MEE y su legalidad puede ser puesta en tela de juicio por los agentes económicos (46).

B) *Excepciones a la prohibición de MEE*

La limitación que impone la prohibición de las MEE a la competencia de los Estados para la regulación del comercio en su territorio está

(44) Conclusiones a la sentencia Torfaen, cit., pág. 3874.

(45) En relación con la jurisprudencia Cinéthèque señala Martínez Lage que «no sólo no está justificada en el artículo 30, sino que, de proseguir, habrá de llevar al Tribunal a pronunciarse sobre las más diversas reglamentaciones comerciales nacionales que, a simple vista, se advierte que no son contrarias al derecho comunitario porque ni pretenden ni producen discriminación alguna. (...) cabría pensar, por ejemplo, en las normas municipales que establecen un número limitado de taxis —restringiendo con ello la posible importación de automóviles— o en las normas medioambientales que restringen la circulación de los mismos con idénticos efectos» (S. MARTÍNEZ LAGE: «La contribución ...», *op. cit.*, págs. 727 y 728).

(46) Como indica Chalmers, «The danger of such an approach were that if the Court were to take a restrictive approach to what measures were justified under Community law or apply proportionality test severely, many measures which had only marginal effects on trade would be caught by Article 30» (D. CHALMERS: *op. cit.*, pág. 288).

mitigada por la existencia de dos excepciones que le permiten mantener y adoptar reglamentaciones comerciales, aunque generen MEE. Estas excepciones son de dos tipos: las fundadas en el artículo 36 del TCE y las basadas en la doctrina de las exigencias imperativas, que ha desarrollado el TJCE en su Jurisprudencia.

1. Excepciones fundadas en el artículo 36 del TCEE

El artículo 36 establece, en ausencia de armonización comunitaria, una reserva de competencia en favor de los Estados miembros que les permite adoptar y mantener reglamentaciones, constitutivas de MEE, con objeto de proteger el orden público, la moralidad y seguridad públicas, la salud y vida de las personas y animales, la preservación de los vegetales, la protección del patrimonio histórico, artístico o arqueológico, y la propiedad industrial y comercial. La aplicación de la excepción del artículo 36 ha sido realizada por el TJCE en los términos siguientes (47):

i) Se aplica a todo tipo de reglamentaciones generadoras de MEE, ya sean distinta o indistintamente aplicables.

ii) Se interpreta restrictivamente por tratarse de una excepción a un principio fundamental del Tratado, como es la libre circulación de mercancías. Por ello, la lista de intereses protegidos no es ampliable (48).

iii) El TJCE aplica el artículo 36 a través de una apreciación de los

(47) Existe una amplia bibliografía, a la que me remito y que hace innecesario un análisis detallado de esta materia: E. CORTESE PINTO: *Circolazione delle merci e ostacoli non tariffari agli scambi nel diritto della Comunità Europea*, Milán, 1983, págs. 113 y sgs.; M. DAUSES: «Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives a la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes», *R.T.D.E.* 1992, págs. 622 y sgs.; G. DRUESNE: *Droit matériel et politiques de la Communauté européenne*, Presses Universitaires de France, París, 1992, págs. 79 y sgs.; L. GORMLEY: *Prohibiting Restriction on Trade within the EEC*, North-Holland, Amsterdam, 1985, págs. 123 y sgs.; J.-C. MASCLÉ: «Libre circulation des marchandises», *Jurisclasseur Europe*, Editions Techniques, París, 1989, Fascículo 520, págs. 11 y sgs.; J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: «Restrições a livre circulação de mercadorias. O artigo 36 do Tratado CEE», en *Direito comunitário...*, *op. cit.*, págs. 321 y sgs.

(48) Sentencia del TJCE de 17-6-1981, asunto 113/80 Comisión contra Irlanda (souvenirs irlandeses), *Rec.* 1981, pág. 1638.

intereses en juego («balancing test») (49), con la que sopesa el interés comunitario en el mantenimiento de una circulación intracomunitaria de mercancías libre de restricciones y los intereses de los *Estados miembros* en asegurar, en ausencia de normativa comunitaria, la protección de los bienes de interés general señalados en el artículo 36. Este «balancing test» se objetiva mediante la utilización del principio de proporcionalidad (50), en virtud del cual se consideran injustificadas las reglamentaciones nacionales que utilizan unos medios más restrictivos de los intercambios intracomunitarios que los estrictamente necesarios para conseguir el objetivo perseguido.

2. Excepciones fundadas en la «rule of reason»

La definición extensiva de la noción MEE en la sentencia *Dassonville* y la interpretación estricta de las excepciones del artículo 36 suponían una reducción drástica de las competencias de los Estados en materia comercial, que les dificultaba la adopción de *normas para salvaguardar* determinados intereses sociales. Esta pérdida de competencias de los Estados miembros no se vio acompañada por la adopción de una normativa comunitaria capaz de hacer frente a la necesidad de protección de estos intereses. Por tanto, era necesario que los Estados, hasta que no se desarrollase la normativa comunitaria, pudieran continuar adoptando reglamentaciones destinadas a asegurar esta protección, pese a sus efectos restrictivos sobre la libre circulación de mercancías.

(49) Wils describe con gran claridad esta técnica de aplicación de los artículos 30-36 TCE en los términos siguientes: «The borderline between legitimate and illegitimate national regulation under Article 30 should reflect the balance between the desire for integration, that is, the desire to limit the influence of national governments on people's activities throughout the Community, and the desire for government intervention, translated into a desire for national regulation. It follows that those national measures should be struck down under Article 30 which are more harmful than beneficial, in that their obstructive effect on integration of national markets outweighs their valued regulatory contribution. The test is thus essentially a balancing test» (W. WILST: *op. cit.*, pág. 478).

(50) Kapteyn y Verloren van Themaat afirman que el principio de proporcionalidad «means that if the legitimate objective could be effectively achieved by means less restrictive of trade between Member States then the measures under review will not be upheld» (P. KAPTEYN & P. VERLOREN VAN THEMAAT: *Introduction to the Law of the European Communities*, Kluwer, Deventer, 1989, pág. 395).

Para conseguir este objetivo, el TJCE no recortó la extensión de la noción de MEE ni interpretó de forma extensiva las excepciones del artículo 36, sino que utilizó una técnica jurisprudencial anglosajona, la «rule of reason» (51), para permitir que los Estados continuasen adoptando reglamentaciones destinadas a la protección de determinados intereses, aunque creasen MEE (52).

Esta «rule of reason» se estableció en la sentencia Cassis de Dijon mediante la doctrina de las exigencias imperativas (53) y como aclaró el TJCE en la sentencia souvenirs irlandeses (54), se aplica en el marco del artículo 30 del Tratado y no constituye una ampliación de las excepciones previstas en el artículo 36 (55).

En lo que respecta a la aplicación de esta «rule of reason», hay que tener en cuenta las siguientes pautas establecidas por la jurisprudencia del TJCE:

i) Sólo es aplicable para justificar las MEE creadas por reglamentaciones nacionales indistintamente aplicables a productos nacionales

(51) Martínez Lage afirma que «La rule of reason es una técnica jurisprudencial anglosajona, particularmente norteamericana, en virtud de la cual un principio general o una regla de base son atemperados, atenuados, modulados, adaptados -en definitiva- a lo que es razonable en cada caso concreto» (S. MARTÍNEZ LAGE: *op. cit.*, pág. 750).

(52) Para Kapteyn y Verloren van Themaat «the rule of reason is essentially a temporary acceptance of state regulation of the interest or values concerned pending Community regulation which will replace the need (and thus the justification) for unilateral national measures» (P. KAPTEYN & P. VERLOREN VAN THEMAAT: *op. cit.*, pág. 388).

(53) Los obstáculos a la circulación intracomunitaria que resultan de las disparidades de las legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos en cuestión, deben ser aceptados en la medida en que estas prescripciones puedan ser reconocidas como necesarias para satisfacer exigencias imperativas relativas, particularmente, a la eficacia de los controles fiscales, a la protección de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores (Sentencia del TJCE de 20-2-1979, asunto 120/78 Cassis de Dijon, *Rec.* 1979, pág. 662).

(54) Sentencia del TJCE de 17-6-1981, asunto 113/80 Comisión contra Irlanda (souvenirs irlandeses), *Rec.* 1981, págs. 1638 y 1639.

(55) La sentencia Nespoli y Crippa indica con toda claridad el funcionamiento de los dos tipos de excepciones a la prohibición de MEE del artículo 30, diciendo que las reglamentaciones restrictivas del comercio intracomunitario sólo son admisibles por el Tratado CEE «si, en el marco del artículo 30, son indistintamente aplicables a los productos nacionales y a los productos importados y van destinadas a satisfacer exigencias imperativas (...), o si están justificadas por uno de los motivos de interés general enumerados en el artículo 36 del Tratado» (Sentencia del TJCE de 11-10-1990, asunto C-196/89 Enzo Nespoli y Giuseppe Crippa, *Rec.* 1990, pág. 3666).

e importados, pero no las originadas por las medidas nacionales discriminatorias (56).

ii) La jurisprudencia del TJCE ha ido reconociendo los intereses que pueden ser considerados como exigencias imperativas, por lo que no existe una lista cerrada y exhaustiva de los mismos. Entre ellos se encuentran la protección de la cultura en general (57), objetivos legítimos de política económica, tales como la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores (58) o un reparto de las horas de trabajo adaptado a las particularidades socioculturales nacionales o regionales (59), la protección del medio ambiente (60) o la salvaguardia de los intereses de los consumidores.

iii) El TJCE realiza un «balancing test» para la aplicación de las exigencias imperativas similar al del artículo 36, usando el principio de proporcionalidad como elemento reductor de la discrecionalidad judicial.

III. LOS LÍMITES A LA NOCIÓN DE MEE: LA JURISPRUDENCIA KECK Y MITHOUARD

Apartándose de la jurisprudencia clásica, que acabamos de analizar, el TJCE ha pronunciado algunas sentencias marginales o heterodoxas, en las que ha considerado que normas nacionales neutras con un escaso efecto restrictivo sobre el comercio intracomunitario no encajaban en la noción de MEE. La sentencia Keck y Mithouard retoma los razonamientos de estas sentencias y los convierte en jurisprudencia dominante del TJCE, aboliendo la jurisprudencia Cinéthèque.

(56) En una reciente sentencia sobre los residuos en la región belga de Valonia el TJCE ha aplicado la doctrina de las exigencias imperativas (en concreto, la protección del medio ambiente) para justificar una reglamentación claramente discriminatoria, con un razonamiento poco convincente. Sentencia del TJCE de 9-7-1992, asunto C-2/90, *Rec.* 1992, pág. I-4471 y sgs.

(57) Sentencia del TJCE del 11-7-1985, asuntos 60 y 61/84 Cinéthèque, *Rec.* 1985, pág. 2605; de 10-7-1986, asunto 95/84 Boriello contra Darras y Tostain, *Rec.* 1986, págs. 2253 y sgs.

(58) Sentencia del TJCE de 14-7-1981, asunto 155/80 Oebel, *Rec.* 1981, pág. 1993.

(59) Sentencia del TJCE de 16-5-1989, asunto 145/88 Torfaen Borough Council, *cit.*

(60) Sentencias del TJCE de 20-9-1988, asunto 302/86 Comisión contra Dinamarca, *Rec.* 1988, pág. 4607.

1. *La jurisprudencia marginal sobre el concepto de MEE*

El TJCE ha dictado algunas sentencias que se apartan de los razonamientos establecidos en los asuntos Dassonville, Cassis de Dijon y Cinéthèque, ya que no han considerado como MEE, según la definición Dassonville, determinadas reglamentaciones comerciales de los Estados miembros. En todos los casos se trataba de normas indistintamente aplicables y no proteccionistas, que sólo ejercían un indirecto, eventual e hipotético efecto restrictivo sobre el comercio intracomunitario.

Algunas de estas sentencias se refieren a normas reguladoras de las modalidades de venta. Así, la sentencia Oebel (61) no consideró MEE una reglamentación alemana que prohibía durante la noche y hasta una cierta hora de la mañana la fabricación de productos de panadería y de pastelería, así como el transporte y la entrega de esos productos a los consumidores individuales y a los comercios minoristas. En la sentencia Blesgen (62), el TJCE estimó que no era MEE una reglamentación belga que prohibía la venta a menores en todo tipo de establecimientos públicos de bebidas alcohólicas con más de 22 grados. En ambos asuntos el TJCE consideró que estas normas no encajaban en la fórmula Dassonville, porque no tenían nexo con el comercio intracomunitario, no afectaban a las otras modalidades de venta del mismo producto y permitían la comercialización por otros canales diferentes.

Un razonamiento similar es utilizado por las sentencias Quietlynn y Sheptonhurst (63) en relación con una norma británica que sólo permitía la venta de artículos pornográficos en tiendas autorizadas para ello. El TJCE estimó que no se trataba de una MEE, porque esta reglamentación no tiene *«ninguna relación con los intercambios intracomunitarios ya que la comercialización de los productos contemplados por dicha ley puede efectuarse a través de tiendas autorizadas y también por otros medios (...)»*. Además, dichas disposiciones

(61) Sentencia del TJCE de 14-7-1981, asunto 155/80 Oebel, *Rec.* 1981, págs. 1993 y sgs.

(62) Sentencia del TJCE de 31-3-1982, asunto 75/81 Blesgen, *Rec.* 1982, págs. 1211 y sgs.

(63) Sentencias del TJCE de 11-7-1990, asunto C-23/89 Quietlynn Limited y Brian James Richards, *Rec.* 1990, I-3059 y sgs.; de 7-5-1991, asunto C-350/89 Sheptonhurst, *Rec.* 1991, págs. I-2387 y sgs.

no tienen el objeto de regular los intercambios intracomunitarios de mercancías y, por tanto, no pueden obstaculizar el comercio entre los Estados miembros» (64).

En otros asuntos las medidas nacionales cuestionadas no estaban relacionadas con las modalidades de venta de las mercancías, sino que se trataba de reglamentaciones muy heterogéneas con una cierta incidencia en el comercio intracomunitario. Este es el caso de las sentencias Forest de 1986, Kranz de 1990 y Motorradcenter de 1993 (65). Especialmente interesante es el asunto Forest, donde se analizaba la compatibilidad con el artículo 30 de una normativa francesa que preveía la atribución a cada molino de un contingente de trituración anual de trigo blando para su transformación en harina destinada al consumo humano interior. La superación de dicho contingente de trituración se sancionaba con una multa y con la confiscación de las cantidades indebidamente molidas. Los molinos sólo podían aumentar la capacidad de trituración que se derivaba de dicha contingentación si cumplían determinadas condiciones, en particular, la adquisición de derechos de molturación en el mercado.

El Abogado General Mischo, aplicando la jurisprudencia Cinéthèque, consideró que esta norma francesa era una MEE (66), aunque justificada porque reflejaba una legítima opción de política económica y social conforme con el Tratado, cual es la reestructuración ordenada del sector de la molinería. Sin embargo, el TJCE consideró que la normativa francesa no era una MEE porque *«aún cuando la limitación de las cantidades de trigo cuya trituración se autorice puede impedir que los molineros compren trigo, todos los molineros gozan de libertad para abastecerse, total o parcialmente de trigo importado. Parece, por tanto, que dicha medida de contingentación relativa a la producción de harina no tiene, en realidad, relación alguna con la importación de trigo*

(64) Sentencia Quietlynn, *cit.*, pág. I-3081.

(65) Sentencias del TJCE de 25-11-1986, asunto 148/85 Forest, *Rec.* 1986, págs. 3449 y sgs.; de 7-3-1990, asunto C-69/88 Krantz, *Rec.* 1988, págs. I-583 y sgs.; y de 13-10-1993, asunto C-93/92 Motorradcenter, aún no publicada.

(66) Según Mischo, la normativa francesa sobre los contingentes de trituración de trigo para la molinería *«puede conducir, en ciertas situaciones concretas, a que un molinero individual renuncie, bien a la compra en el mercado nacional, bien a la importación. Por consiguiente, es posible que dicho régimen, potencialmente, obstaculice determinados intercambios»* (Sentencia Forest, *cit.*, pág. 3465).

y no puede constituir un obstáculo para el comercio entre los Estados miembros» (67).

En la sentencia Kranz se consideró que no era MEE una norma holandesa que permitía a la Hacienda Pública el embargo de bienes para el cobro de las deudas tributarias. El TJCE adujo que esta disposición nacional es indistintamente aplicable a los bienes nacionales e importados y no tiene por objeto regular los intercambios de mercancías con los demás Estados miembros. Además, señaló que *«el hecho de que los nacionales de otros Estados miembros vacilaran a la hora de vender a plazos bienes a compradores del Estado miembro afectado, porque estos bienes correrían el riesgo de ser embargados por el recaudador si los compradores no pagaran sus deudas fiscales neerlandesas, es demasiado aleatorio e indirecto para que una disposición nacional que autorice semejante embargo pueda ser considerada como capaz de obstaculizar el comercio entre los Estados miembros»* (68). Idéntico razonamiento es realizado por el TJCE en el asunto Motorradcenter para excluir de la definición Dassonville de MEE una regla jurisprudencial alemana según la cual un importador paralelo tiene obligación de informar a los compradores de un producto de una marca concreta que determinados concesionarios de dicha marca se niegan a prestar los servicios previstos en la garantía si el producto ha sido objeto de una importación paralela.

Las interpretaciones doctrinales de esta jurisprudencia marginal han sido divergentes y, en muchos casos, muy críticas (69). Algún autor (70)

(67) Sentencia Forest, cit., pág. 3475.

(68) Sentencia Kranz, cit., pág. I-597.

(69) Especialmente crítico se muestra con esta jurisprudencia Mattera, para quien la jurisprudencia Blesgen hay que entenderla en el sentido de que las «medidas sin ningún nexo con la importación» no constituyen MEE. A juicio de este autor, «esta formulación, realmente no demasiado afortunada, ha inducido a algunos autores a considerar que entre las categorías de medidas indistintamente aplicables y relativas a la venta de los productos figuran normativas que no cabe calificar como MEE en el sentido y a los efectos del artículo 30. Como ya hemos recordado estas dos sentencias han dado lugar a múltiples tesis, aventuradas, por no decir otra cosa, que intentan establecer, en el seno de las normativas de venta indistintamente aplicables, una línea de demarcación entre las medidas que entran en el ámbito de aplicación del artículo 30 y aquéllas que se sustraen al mismo» (A. MATTERA: *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 293).

(70) D. WAELBROECK: «La compatibilité des législations nationales indistinctement applicables aux produits nationaux et importés avec les règles européennes de libre circulation des marchandises», *C.D.E.*, 1983, pág. 24 y sgs.

ha considerado que estas sentencias introducen una regla «de minimis», según la cual la restricción accesoria y poco significativa al comercio intracomunitario introducida por una reglamentación nacional, que protege un objetivo de interés general, no convierte la norma en cuestión en MEE prohibida por el artículo 30. Esta lectura es insostenible a la luz de la jurisprudencia del TJCE, que ha negado la aplicación de esta regla «de minimis» en el ámbito de las MEE, entre otras, en la reciente sentencia Yves Rocher, en la que afirma que «*el artículo 30 del tratado no hace distinción entre las medidas calificables como MEE a una restricción cuantitativa según la intensidad de los efectos que producen sobre los intercambios en el seno de la Comunidad*» (71).

Otros autores han considerado que esta jurisprudencia heterodoxa es la expresión de una *rule of remoteness* (72), según la cual determinadas reglamentaciones comerciales tienen una conexión tan escasa y tenue con el comercio intracomunitario, que la posible restricción que producen en las importaciones no las convierte en MEE prohibidas por el artículo 30. En mi opinión, esta explicación no es adecuada, ya que la jurisprudencia Cinéthèque ha considerado como MEE reglamentaciones con un efecto restrictivo tenue, similar al del conjunto de sentencias marginales que acabamos de exponer. En efecto, la incidencia negativa sobre el comercio intracomunitario de las normas sobre las restricciones a la apertura de los comercios en domingo es tan remoto y tenue como el de las reglamentaciones nacionales cuestionadas en las sentencias Forest, Blesgen o Quietlyn (73). Por tanto, las soluciones dadas por el TJCE son contradictorias, ya que en el primer caso consideró que las normas nacionales eran MEE y tuvo que analizar su posible justificación, mientras que en el segundo estimó *prima facie* que las regla-

(71) Sentencia Yves Rocher, *cit.*, pág. 1-2390.

(72) Dashwood opina que las sentencias Oehel y Blesgen «placed new emphasis on the need for a sufficiently proximate causal link between a national provision contravening Article 30 or Article 34 and restrictions of the flow of goods into or out of the Member state concerned». A su juicio estas sentencias implican que «the effect on trade must not be too indirect» (A. DASHWOOD: «The Cassis de Dijon Line of Authority», en AA. VV.: *European Governmental Studies. In Memoriam I.D.B. Mitchell, Sweet & Maxwell*, Londres, 1983, págs. 157 y 158); L. GORMLEY: *Prohibiting Restriction...*, *op. cit.*, pág. 55, dice que el TJCE aplica en la sentencia Blesgen un «test of remoteness».

(73) Steiner señala que «These cases are not easy to reconcile» (J. STEINER: *op. cit.*, pág. 757).

mentaciones no eran MEE y no necesitó, por tanto, realizar el «balancing test» de cara a su posible justificación.

En mi opinión, las sentencias marginales del TJCE, que excluyen del concepto de MEE determinadas normas neutras con un escaso efecto restrictivo, reflejan una cierta preocupación del TJCE por marcar los límites de la noción de MEE (74), definida muy extensivamente en la sentencia *Dassonville* y que la jurisprudencia *Cinéthèque* extiende a prácticamente cualquier reglamentación comercial de los Estados miembros.

Esta misma inquietud del TJCE ha sido compartida por varios abogados generales y por un sector minoritario de la doctrina en estos últimos años. El Abogado General Sir Gordon Slynn en sus conclusiones en la sentencia *Cinéthèque* (75) y Van Gerven en las conclusiones de la sentencia *Torfaen* (76) consideraron que las normas nacionales no discriminatorias y que no conceden una ventaja competitiva a la producción nacional en relación con las importaciones no constituyen MEE. El Abogado General Tesauro en sus conclusiones de 27-10-1993 presentadas en la sentencia *Hunermund* aborda extensamente la cuestión de los límites de la noción de MEE, presagiando ya el cambio de la jurisprudencia del TJCE con la sentencia *Keck*.

En el ámbito doctrinal han aparecido diversos trabajos (77) en los que se aboga por una delimitación más precisa del concepto de MEE dado en la sentencia *Dassonville*, proponiendo algunos criterios para la realización de la misma. Así, J. Steiner considera que una norma estatal sólo será MEE si se prueba que obstaculiza el comercio intracomunitario actuando como una dificultad disuasoria de las importaciones («deterrent»). Ello ocurre cuando la norma nacional produce los efectos siguientes: obliga a los productores de otros Estados a modificar sus mercancías o métodos de producción, o bien, establece unas

(74) Esta explicación es rechazada por Gormley, para quien «although these cases do not present a model of clear reasoning, it is now clear that they do not represent a narrowing of the concept of what constitutes a measure having equivalent effect to a quantitative restriction on imports» (L. GORMLEY: «Actually or Potentially, Directly or Indirectly? Obstacles to the Free Movement of Goods», *Y.E.L.*, 1989, pág. 200).

(75) Conclusiones en la sentencia del TJCE de 11-7-1985, asuntos 60 y 61/84 *Cinéthèque*, *Rec.* 1985, pág. 2611.

(76) Sentencia *Torfaen*, *cit.*, pág. 3884.

(77) Véanse las aportaciones doctrinales citadas en la nota 4.

condiciones de comercialización y venta que neutralizan las ventajas competitivas de los productos importados (78).

Por su parte, un miembro del servicio jurídico de la Comisión, E. White, propuso una distinción interesante para determinar si una norma crea o no una MEE. Este autor diferenció entre normas referentes a las características de los productos (tamaño, peso, etiquetado, denominación, composición) y normas relativas a las circunstancias o modalidades de venta y ejercicio de la actividad comercial (cuándo, dónde, cómo o quién puede vender un producto). Según White, las medidas indistintamente aplicables, que regulan las características de los productos constituyen MEE, aunque no produzcan un efecto proteccionista; mientras que las normas indistintamente aplicables y que regulan de manera neutra y general las condiciones de venta de las mercancías no deben ser consideradas MEE (79). Este mismo criterio es aceptado por Mortelmans, pero estableciendo una distinción dentro de las normas sobre condiciones de comercialización en función de que tengan o no un elemento territorial. De acuerdo con ello, considera que son MEE las «market circumstances rules» distintamente aplicables a productos nacionales e importados, así como las indistintamente aplicables sin un elemento territorial, debido al obstáculo que generan en el mercado interior (80).

A mi entender, el talón de Aquiles de la sugestiva propuesta de White, retomada por Mortelmans, radica en la dificultad de aplicar en la práctica la distinción entre características exigidas a los productos impor-

(78) J. STEINER: *op. cit.*, especialmente págs. 769 y sgs.

(79) White resume su propuesta en los términos siguientes: «The scope of Article 30 would be much clearer to all concerned if the Court of Justice would refine its definition of measures of equivalent effect in relation to indistinctly applicable measures so that it only covers barriers to trade arising out of the application to imported products of Member State rules relating to the characteristics of the product (which therefore prevent this product from benefitting in the importing Member State from the advantages arising out of its production in the different legal and economic environment prevailing in the other Member State) and that it does not therefore apply to rules which regulate, in a general and neutral manner, the circumstances in which goods may be sold and used on the territory of the Member State» (E. WHITE: *op. cit.*, pág. 279 y 280).

(80) Mortelmans afirma lo siguiente: «In my view, apart from product rules which are in all cases governed by Article 30 EEC, the scope of this Treaty Article remain restricted to two categories of market circumstances rules. First the rules which apply distinctly to national and imported product and secondly the indistinctly applicable rule without a territorial element» (K. MORTELMANS: *op. cit.*, pág. 130).

tados y las circunstancias bajo las cuales dichos productos deben ser vendidos en el país de importación.

Otros autores (81), entre los que me incluyo (82), han sugerido la necesidad de recurrir exclusivamente al principio de no discriminación o eliminación del proteccionismo para determinar el alcance de la noción de MEE, de manera que no entrarían en este concepto las reglamentaciones nacionales neutras y sin ningún efecto proteccionista.

2. *La jurisprudencia Keck y Mithouard*

La necesidad de limitar el concepto de MEE, latente en esta jurisprudencia marginal del TJCE, ha aflorado claramente con la sentencia Keck y Mithouard de 24-11-1993 (83), en la que el Tribunal abroga en gran medida la jurisprudencia Cinéthèque y limita los tipos de medidas nacionales encuadrables en la definición Dassonville de MEE.

Esta sentencia ha sido pronunciada en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de grande instance de Estrasburgo en el marco de dos procesos penales contra los señores Keck y Mithouard, por la infracción de una reglamentación francesa que prohíbe la reventa de productos en el mismo estado en que se recibieron a precios inferiores a su precio efectivo de compra, esto es, prohíbe la reventa con pérdidas. Los inculpados alegaban que esta norma francesa constituía una MEE incompatible con los arts. 30-36.

El TJCE reitera la definición de MEE adoptada en la sentencia Dassonville y en el apartado 14 señala expresamente su voluntad de precisar y modificar su jurisprudencia sobre la extensión del concepto de MEE. La redefinición del alcance de la fórmula Dassonville la realiza el TJCE mediante:

— La afirmación de la línea jurisprudencia iniciada con la sentencia Cassis de Dijon. Así, el apartado 15 establece que constituyen MEE

(81) G. MARENCO: «Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent a une restriction quantitative», *C.D.E.* 1984, págs. 291 y sgs.; G. MARENCO y K. BANKS: *op. cit.*, págs. 224 y sgs.; S. MARTÍNEZ LAGE: «La contribución ...», *op. cit.*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 711 y sgs.

(82) M. LÓPEZ ESCUDERO: *Los obstáculos técnicos ...*, *op. cit.*, págs. 247 y sgs.

(83) Sentencia del TJCE de 24-11-1993, asuntos C-267/91 y C-268/91 Keck y Mithouard, aún no publicada en la *Recopilación*, pero su consulta puede hacerse en esta *Revista*, 1994-1, págs. 193 y sgs.

«los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados, a falta de armonización de las legislaciones, de la aplicación a mercancías procedentes de otros Estados miembros, donde se fabrican y comercializan legalmente, de normas relativas a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías, aunque dichas normas sean indistintamente aplicables a todos los productos, siempre que esta aplicación no pueda ser justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de libre circulación de mercancías».

— El rechazo de la jurisprudencia iniciada con la sentencia Cinéthèque. El TJCE certifica expresamente el abandono de esta línea jurisprudencial y señala que *«la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia Dassonville, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros».* Este tipo de medidas son neutras y no proteccionistas, por lo que no impiden o dificultan la comercialización de las mercancías importadas en mayor medida que la de los productos nacionales. Por ello, quedan fuera del artículo 30 y no son MEE.

Según el TJCE la legislación francesa, que prohíbe de manera general la reventa a pérdida, no constituye una MEE, porque es una norma reguladora de las modalidades de venta, que se aplica por igual a todos los operadores económicos y no beneficia la posición competitiva de los productos franceses en perjuicio de las mercancías importadas. Además, apunta el TJCE que su objeto no es la regulación de los intercambios intracomunitarios de mercancías, aunque pueda incidir negativamente sobre las importaciones, como consecuencia de la disminución del volumen de ventas generado por la prohibición de un medio de promoción de las mismas, como es la reventa a pérdida.

Los razonamientos de la sentencia Keck los ha aplicado ya el TJCE en dos sentencias posteriores dictadas en los asuntos Hiinermund y Estée Lauder, por lo que se confirma que la sentencia Keck abre una nueva e importante línea jurisprudencial.

El primer asunto se ha resuelto con la sentencia de 15-12-1993 (84), que analiza la compatibilidad con los artículos 30-36 de una disposición del código deontológico del colegio de farmacéuticos del Land de Baden-Württemberg. Esta norma prohíbe a los farmacéuticos establecidos en el Land realizar publicidad fuera de la oficina de farmacia para promocionar la venta de los productos parafarmacéuticos, distintos de los medicamentos, que están autorizados a vender, a tenor del reglamento alemán sobre la gestión de las farmacias. La sentencia Hunermund aplica la jurisprudencia Keck y Mithouard, considerando que la norma deontológica cuestionada no va destinada a la regulación de los intercambios de mercancías entre los Estados miembros, aunque puede afectar negativamente a las importaciones por la reducción del volumen de venta de productos parafarmacéuticos causados por la interdicción de un método para la promoción de las ventas de los mismos. Pese a ello, esta normativa alemana no es una MEE, porque se aplica a todos los farmacéuticos establecidos en el Land de Baden-Württemberg y afecta del mismo modo a los productos nacionales que a los provenientes de otros Estados miembros. Es, en definitiva, una medida neutra y no proteccionista que, en buena lógica, no debe ser considerada MEE, sino expresión de la competencia de los Estados para regular en su territorio la actividad comercial hasta la adopción de una normativa comunitaria de armonización.

Las sentencias Keck y Hunermund han analizado la compatibilidad con el artículo 30 de normas relativas a las modalidades o condiciones de venta. Por el contrario, la sentencia Estée Lauder de 2-2-1994 (85) ha verificado si constituía MEE una norma referente a las características de los productos, en concreto, una reglamentación alemana que prohibía la comercialización de productos cosméticos con denominaciones o presentaciones engañosas, especialmente si les atribuyen efectos que no poseen. Este litigio se produjo porque las filiales francesa y alemana de la sociedad americana Estée Lauder decidieron comercializar sus productos cosméticos en Alemania con la denominación «Clínico», como hacían en los restantes Estados miembros, con objeto de reducir los gastos de acondicionamiento y publicidad.

El TJCE, aplicando el apartado 15 de la sentencia Keck, considera

(84) Sentencia del TJCE de 15-12-1993, asunto C-292/92 Hunermund y otros, aún no publicada.

(85) Sentencia del TJCE de 2-2-1994, asunto C-315/92 Estée Lauder, aún no publicada.

que esta reglamentación alemana, indistintamente aplicable y relativa a una condición que deben respetar las mercancías para su venta, constituye una MEE. El TJCE indica que la restricción a la libertad de los intercambios intracomunitarios producida por la norma alemana se pone de manifiesto claramente con los gastos suplementarios de acondicionamiento y publicidad que origina a la empresa Estée Lauder. A continuación, el TJCE analiza si esta norma está justificada por la protección de los consumidores y de la salud de las personas y llega a la conclusión de que no es necesaria ni proporcionada (86), por lo que se trata de una MEE prohibida por el TCE.

En un asunto referente a una norma belga que prohíbe la comercialización de pan y otros productos de panadería con un contenido de sal superior al 2%, el abogado general Darmon propone en sus conclusiones la aplicación del apartado 15 de la sentencia Keck y Mithouard, por tratarse de una norma relativa a las características de los productos, y la considera MEE (87).

Expuestas estas sentencias del TJCE, hay que preguntarse por su alcance y consecuencias en relación con la jurisprudencia clásica sobre el concepto de MEE, con objeto de hacer una valoración de la misma (88).

a) Alcance y consecuencias

En primer lugar, la jurisprudencia Keck limita las medidas que se pueden incluir en la definición Dassonville de MEE (89). Esta fijación

(86) El TJCE señala que la utilización del término «clínico» en los productos Estée Lauder no produce un efecto engañoso en los consumidores, dado que estos cosméticos se venden en perfumerías y grandes almacenes, pero no en farmacias; se presentan al público como cosméticos y no como medicamentos; y la utilización de este término en los otros Estados miembros no ha generado errores en los consumidores.

(87) Conclusiones del Abogado General Darmon de 10-3-1994, asunto C-17/93 Van der Veldt, aún no publicadas.

(88) Entre los primeros comentarios a esta jurisprudencia Keck y Mithouard, se encuentran los de S. MARTÍNEZ LAGE: «Revisión jurisprudencial sobre la libre circulación de mercancías», *Boletín de la Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, n.º 90, diciembre de 1993, págs. 1 y sgs.; y A. RIGAUD & D. SIMON: «Comentaire de l'arrêt Keck et Mithouard», *Europe*, 1994, n.º I, págs. 11 y sgs.

(89) Rigaux y Simon señalan que «cet arrêt s'analyserait comme une interprétation restrictive des adverbess indirectement et potentiellement (de la definición Dassonville de

de límites a la noción de MEE conecta con el reducido bloque de sentencias marginales del TJCE, que no consideraron MEE a diversas reglamentaciones nacionales neutras, no proteccionistas y con efecto aleatorio sobre el comercio intracomunitario. Además, se hace eco el Tribunal de las críticas vertidas por la doctrina sobre la extensión excesiva del concepto de MEE que se había producido con la jurisprudencia *Cinéthèque*.

En segundo lugar, el criterio acogido por el TJCE para marcar los límites de la noción de MEE parece ser la distinción sugerida por E. White entre normas sobre características de las mercancías y reglamentaciones relativas a las modalidades de venta o ejercicio de las actividades comerciales en general (90). De manera que las normas indistintamente aplicables que regulan las características de los productos se consideran siempre MEE, con posibilidad de justificación por el artículo 36 o por las exigencias imperativas; mientras que las medidas estatales indistintamente aplicables, que se refieren a las modalidades de venta no se considerarían MEE si son neutras y no proteccionistas, es decir, si se aplican a todos los operadores establecidos en el territorio nacional y afectan por igual a productos nacionales e importados.

La elección de este criterio no me parece del todo acertada, por la dificultad para distinguir en cada caso si una norma nacional se refiere a las características de los productos o a las modalidades de venta de los mismos. Así una norma sobre publicidad se refiere, en principio, a las modalidades de venta y ejercicio de la actividad comercial, ya que la publicidad es un método de promoción de ventas. Pero si esa norma incide en el tipo de etiquetado y en la forma de presentación del producto, como ocurre con la normativa alemana en la sentencia *Estée Lauder*, ¿nos situaríamos en un supuesto de reglamentación referente a las características de los productos? Además de esta dificultad, hay que tener en cuenta los dos argumentos siguientes:

MEE), visant a écarter du champ de l'article 30 les mesures ayant des effets trop aléatoires et trop indirects sur la libre circulation des marchandises» (A. RIGAUX & D. SIMON: *op. cit.*, pág. 12).

(90) Esta explicación es la que da la Comisión de las Comunidades Europeas en su Comunicación al Consejo y a la Parlamento Europeo relativa a la «Gestión del reconocimiento recíproco de las normas nacionales después de 1992. Conclusiones operativas resultantes del inventario realizado con arreglo al artículo 100B del Tratado CEE, *DOCE C* n.º 353, de 31-12-1993, págs. 4 y sgs.

— que la obligación para una mercancía importada de respetar las características propias de las mercancías nacionales, cuando han sido comercializada legalmente en otros Estados miembros, es un supuesto de proteccionismo en sentido amplio, ya que supone una negativa a la aplicación del reconocimiento mutuo en casos de equivalencia entre la protección de los intereses sociales realizada por las normas del país de origen y las del país de destino;

— que las normas nacionales relativas a las modalidades de venta de los productos, que generan obstáculos al comercio intracomunitario, son, normalmente, normas neutras y no proteccionistas.

Por ello, entiendo que el criterio más apropiado para limitar el concepto de MEE es el efecto proteccionista de la reglamentación nacional (91). De acuerdo con él, constituirían MEE las normas distinta e indistintamente aplicables que beneficiaran la posición competitiva de los productos nacionales en detrimento de los importados con independencia de la materia regulada por dicha norma. Nunca serían consideradas como MEE las reglamentaciones nacionales neutras y no proteccionistas, aunque aleatoriamente produjesen un eventual efecto restrictivo sobre la circulación intracomunitaria de mercancías.

En tercer lugar, la sentencia Keck abroga expresamente en su apartado 16 parte de la jurisprudencia clásica del TJCE sobre el concepto de MEE, en concreto, la jurisprudencia Cinéthèque, que incluía las medidas neutras y no proteccionistas en la definición de MEE de la sentencia Dassonville. Ahora bien, la jurisprudencia Cinéthèque no era homogénea y en ella había tres grupos de sentencias, por lo que es necesario determinar si todas ellas han quedado abrogadas por la sentencia Keck. Sin duda, las sentencias sobre la apertura de los comercios minoristas en domingo (92) y las referentes a medidas nacionales neutras, cuyo efecto restrictivo es independiente de las disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros (sentencias Aragone-

(91) Este criterio ha sido aplicado siempre por el TJCE en relación con las MEE a la exportación (entre otras, la reciente sentencia del TJCE de 9-6-1992, asunto C-47/90 exportación de vino de Rioja, *Rec.* 1992, págs. I-3704 y sgs.).

(92) Esta tesis es defendida por el Abogado General W. Van Gerven en sus conclusiones de 16-3-1994, pronunciadas en los asuntos acumulados C-401/92 y C-402/92 Tankstation y Boermans, aún no publicadas; así como en sus conclusiones de 23-3-1994, pronunciadas en los asuntos C-69/93 y C-258/93 Punto Casa Spa y Promozioni Polivalenti Venete, aún no publicadas.

sa, Monteil y LPO) quedan abrogadas por la sentencia Keck y Mithouard.

Por el contrario, resulta menos evidente la abrogación de las sentencias sobre modalidades de ventas y métodos de promoción de ventas, que consideraron MEE a reglamentaciones nacionales neutras, cuyo efecto restrictivo se debía a la divergencia entre las normas de los distintos Estados (93). Este tipo de medidas se aplican por igual a todos los agentes económicos ubicados en el territorio del Estado en cuestión y afectan del mismo modo a los productos nacionales y a los importados, por lo que se trata de reglamentaciones neutras y no proteccionistas que, en principio, no serían MEE a tenor del apartado 16 de la sentencia Keck. Ahora bien, este tipo de normas genera un obstáculo técnico en el comercio intracomunitario que tiene su origen en la disparidad entre las reglamentaciones de distintos Estados. Este obstáculo obliga a los agentes económicos a la modificación de una estrategia de venta legalmente aplicada en un Estado miembro para penetrar en el mercado de otro Estado (es paradigmático el asunto Yves Rocher), con lo que el acceso a este otro mercado se ve dificultado.

En estos casos, la consideración o no de la norma nacional como MEE va a depender de la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de las reglamentaciones comerciales equivalentes, desarrollado por el TJCE a partir de la sentencia Cassis de Dijon (94). El reconocimiento mutuo no es admitido por el TJCE de forma automática o generalizada, esto es, no se acepta sin más que una mercancía legalmente producida y comercializada en un Estado miembro se pueda vender libremente en los demás Estados; sino que se ha consagrado la aplicación del principio del reconocimiento mutuo únicamente si hay equivalencia entre los niveles de protección impuestos por las normas del país de origen y por las del país de destino de la mercancía (95). Entiendo que la sen-

(93) Véase la opinión del abogado general Tesouro en las conclusiones de la sentencia Hunermund, cit., aún no publicada.

(94) Para una visión de conjunto de esta jurisprudencia del TJCE me remito a M. LÓPEZ ESCUDERO: «La aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, 1993, D-19, págs. 119 y sgs.

(95) La necesidad de la equivalencia de las reglamentaciones para la aplicación del reconocimiento mutuo se ha vuelto a reiterar en las sentencias del TJCE de 8-4-1992, asunto C-62/90 Comisión contra RFA, *Rec.* 1992, págs. I-2601 y sgs.; de 16-7-1992, asunto C-95/89 Comisión contra Italia, *Rec.* 1992, págs. I-4571 y sgs.

tencia Keck y Mithouard no introduce ningún cambio en relación con la jurisprudencia anterior del TJCE sobre el reconocimiento mutuo y, por tanto, esta jurisprudencia supone que las reglamentaciones neutras, cuyo efecto restrictivo proviene de las diferencias entre las normas de los distintos Estados, serán MEE únicamente si existe una equivalencia del nivel de protección de intereses sociales entre las normas del país de origen y las del país de destino.

b) Valoración

Desde mi punto de vista la jurisprudencia Keck merece una valoración positiva y no constituye un paso atrás en la evolución de la jurisprudencia sobre el concepto de MEE, sino una racionalización de la misma que pone freno a la extensión desmedida de la definición Dasonville de MEE, que se realizó con la jurisprudencia Cinéthèque. Entre las razones que permiten realizar esta valoración positiva destacan las siguientes:

— La sentencia Keck devuelve al artículo 30 su función natural (96), a saber: la eliminación de los obstáculos al comercio intracomunitario de mercancías generados por las reglamentaciones proteccionistas de los Estados miembros. A la vez, pone freno a la utilización impropia del artículo 30 por parte de los agentes económicos como un instrumento para atacar normas nacionales que, regulando el ejercicio de una concreta actividad, restringen su libertad comercial. Este abuso del artículo 30 ha permitido que se cuestione la legalidad de normas con una conexión tan escasa con el comercio intracomunitario como la prohibición de la venta minorista en domingo o el derecho de una administración a cobrar las deudas tributarias mediante el embargo de mercancías.

En definitiva, la sentencia Keck acoge el principio de la no discriminación (97) y la eliminación del proteccionismo como elemento básico para determinar el concepto de MEE, al menos en relación con las

(96) Marengo y Banks señalan que «Now, it is almost universally accepted that Article 30 is an antiprotectionist tool» (G. MARENCO & K. BANKS: *op. cit.*, pág. 239).

(97) Martínez Lage en relación con la sentencia Keck afirma que «parece, pues, posible a partir de ahora afirmar (...) en contra de las sentencias Cinéthèque y derivadas— que el elemento discriminación es esencial al concepto de MEE definido en el artículo 30, al menos a las reglamentaciones nacionales que prohíben o limitan ciertas modalidades de venta» (S. MARTÍNEZ LAGE: «La contribución...», *op. cit.*, pág. 770).

normas sobre modalidades de venta, relegando la utilización del principio de la preservación del libre comercio, que había inspirado la jurisprudencia Cinéthèque. Esta solución permite que el artículo 30 no se utilice como un instrumento para promover el libre ejercicio de la actividad comercial en cada Estado miembro, limitando la capacidad de los poderes públicos para adoptar normas jurídicas que regulen la producción y comercialización de mercancías con objeto de proteger intereses sociales fundamentales, como el medio ambiente, la salud pública o los derechos de los consumidores.

— La sentencia Keck elimina el peligro de desreglamentación de la actividad comercial creado por la aplicación extensiva del artículo 30. Ahora, cualquier Estado miembro podrá regular el ejercicio del comercio en su territorio mediante la adopción de normas no proteccionistas, que protejan intereses sociales esenciales, sin temor a que el eventual efecto sobre el comercio intracomunitario pueda convertir a la norma nacional en MEE. Ese efecto restrictivo sólo podrá ser eliminado mediante la utilización del otro instrumento jurídico establecido por el TCE para la consecución de la libre circulación de mercancías, a saber: la armonización de las legislaciones nacionales mediante la adopción de una norma comunitaria.

— La jurisprudencia Keck limitará el número de litigios generados por la aplicación del artículo 30. Estos litigios se habían disparado en los últimos años, como el propio TJCE reconoce en el apartado 14 de la sentencia Keck (98).

Indudablemente, esta valoración positiva de la jurisprudencia Keck no va a ser unánimemente compartida por la doctrina ni entusiasmará a la Comisión de las Comunidades Europeas. Es previsible que los autores, como Mattera o Gormley, que acogieron favorablemente la jurisprudencia Cinéthèque y criticaron la jurisprudencia marginal del TJCE, vean en la sentencia Keck una limitación injustificada del concepto de MEE y consideren que no es pertinente establecer distinciones dentro de la categoría de reglamentaciones indistintamente aplicables con efecto restrictivo sobre el comercio intracomunitario.

(98) El tenor literal de este apartado es el siguiente: «cada vez es más frecuente que se invoque el artículo 30 para impugnar cualquier tipo de normativa que, sin referirse a los productos de otros Estados miembros, limite la libertad comercial de los operadores económicos».

Personalmente entiendo que la jurisprudencia Keck introduce coherencia en las sentencias del TJCE sobre el artículo 30 y no debe convertirse en un argumento invocable por los Estados para mantener normas proteccionistas. Esto debe ser así porque la jurisprudencia Keck conlleva básicamente un importante y necesario cambio de enfoque por parte del TJCE, a saber: la exclusión de la ilicitud de las normas nacionales no proteccionistas sin necesidad de someterlas al «balancing test». Pero las consecuencias concretas de esta sentencia no van a ser revolucionarias, ya que la mayor parte de normas que con la sentencia Keck no serán MEE han sido consideradas hasta ahora por el TJCE compatibles con el TCE tras la realización del «balancing test». Sin embargo, el cambio de enfoque tiene la gran ventaja de hacer innecesaria la realización de esta apreciación de los intereses en juego en caso de norma nacional no proteccionista.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Quisiera concluir con una reflexión genérica sobre los distintos criterios aplicados por el TJCE en su jurisprudencia sobre las MEE (99), porque constituyen el reflejo de modelos diferentes de aplicación judicial del derecho.

Así, la jurisprudencia Cinéthèque apuesta claramente por la técnica de la apreciación de los intereses en juego en cada caso concreto para determinar si una reglamentación nacional es compatible o no con los artículos 30-36 del TCE. En las sentencias que componen esta línea jurisprudencial el TJCE considera *prima facie* que toda norma de un Estado miembro es MEE siempre que afecte en alguna medida al comercio intracomunitario. Después sopesa los intereses en juego para determinar si está justificada o no y puede seguir aplicándose. Esta operación la traduce el TJCE en el control de la proporcionalidad de la reglamentación nacional que persigue un objetivo legítimo a la luz del derecho comunitario, que supone, como ha dicho el TJCE, sopesar «el interés nacional en la consecución de ese objetivo con el interés comu-

(99) Sobre esta cuestión son muy sugerentes las reflexiones de W. WILST: *op. cit.*, págs. 478 y sgs.

nitario en asegurar la libre circulación de mercancías» (100). La ventaja de esta técnica es su pragmatismo y extremada flexibilidad, que conduce a que se busque el mejor ajuste de intereses para cada caso en función de las peculiares circunstancias concurrentes. Pero su gran inconveniente es la inseguridad jurídica que crea, porque no es posible determinar previamente qué tipo de reglamentaciones nacionales son incompatibles con los artículos 30-36 del TCE, así como la dificultad para su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales.

Por el contrario, la línea jurisprudencial establecida por la sentencia Keck introduce criterios generales para aplicar la prohibición de MEE, que se completan con una apreciación de los intereses en juego circunscrita a determinadas reglamentaciones nacionales.

Personalmente entiendo que esta combinación de un criterio general, el efecto proteccionista de la norma, con una apreciación de los intereses en juego limitada a supuestos bien determinados constituye la forma más idónea para aplicar el artículo 30, porque combina adecuadamente las exigencias de seguridad jurídica y búsqueda de la justicia en el caso concreto. El gran mérito de la jurisprudencia Keck y Mithouard es precisamente consagrar y clarificar esta solución, con lo que se facilitará la aplicación del artículo 30, especialmente por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

(100) Para realizar dicho control, señala el TJCE que es necesario examinar si los efectos restrictivos de la norma nacional «son directos, indirectos o simplemente hipotéticos y si no obstaculizan la comercialización de los productos importados más que la de los productos nacionales» (Sentencia del TJCE Council of the City of Stoke-on-Trent, *cit.*, pág. I-6659).

RÉSUMÉ

L'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives (articles 30 à 36 TCE) est un instrument très important pour la réalisation de la liberté de circulation des marchandises. La mise en oeuvre de cette interdiction a été déterminée par la définition extensive de la notion de MEE donnée par la Cour de Justice dans l'arrêt Dassonville. De plus, la Cour dans sa jurisprudence Cinéthèque a considéré que les réglementations nationales indistinctement applicables et non protectionnistes, mais avec un effet restrictif sur les échanges intracommunautaires, étaient incluses dans la formule Dassonville.

Cette étendue démesurée de la notion de MEE a provoqué des critiques de la doctrine mais aussi de certains Avocats Généraux. La Cour de Justice a écouté ces critiques et elle a révisé sa notion de MEE dans l'arrêt Keck et Mithouard, en établissant des limites en ce qui concerne les modalités de réglementations commerciales des Etats membres qui peuvent être considérées comme des MEE. Le critère choisi par la Cour pour réduire l'étendue de la notion de MEE est la distinction entre les normes nationales sur les modalités de vente et celles qui réglementent les caractéristiques des produits. Ainsi, la Cour a dit pour droit que les normes sur les modalités de vente des marchandises ne constituent pas de MEE, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres.

L'examen des conséquences de cette révision jurisprudentielle par rapport à la jurisprudence traditionnelle de la Cour sur les MEE constitue, en fait, le noyau dur de cette étude. Dans son ensemble, la jurisprudence Keck et Mithouard mérite une estimation positive parce qu'elle restitue aux articles 30 à 36 leur fonction originale, à savoir, l'interdiction du protectionnisme dans les échanges intracommunautaires, et, simultanément, elle empêche les agents économiques privés d'utiliser ces articles pour attaquer les réglementations commerciales des Etats membres qui limitent leurs activités.

ABSTRACT

The prohibition of the measures having equivalent effect to quantitative restrictions (articles 30 to 36 of the European Community Treaty) is a fundamental legal instrument to achieve the free movement of goods. The application of this prohibition has been determined by the extensive definition of the concept of measures of equivalent effect given by the European Court of Justice in the *Dassonville* case. Furthermore, the Court in the *Cinéthèque* case held that the commercial regulations of member States, indistinctly applicable and not protectionist, all fell within the *Dassonville* formula.

The undue extension of the concept of measures of equivalent effect has received criticism from the jurists as well as some Advocates-General. The European Court of Justice was receptive to this criticism and has changed the notion of M.E.E. in the *Keck* and *Mithouard* case through the limitation of the different kinds of rules that can be considered measures of equivalent effect. The criterion which has been chosen by the European Court to reduce the concept of M.E.E. is to make a distinction between the rules concerning the circumstances in which a product may be sold or used and the rules concerning the specific characteristics of the products. In accordance with this, the Court held that the rules concerning the circumstances in which a product may be sold or used are not M.E.E. when they are applied to all the economic agents affected by them and when the rules affect, in fact or in law, the commercialisation of national products and imports alike.

The analysis of the consequences of this change of case law with regard to former judgements of the European Court Justices about M.E.E. is the main aim of this study. Taken as a whole the decision in the *Keck* and *Mithouard* case, deserves a positive evaluation since it restores art. 30-36 to their natural function, namely: the elimination of protectionism within the intracommunity trade; and at the same time it prevents private economic agents from using these articles to counter any type of national rule which restricts their commercial activities.

