

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: LA NUEVA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMO

Por L. González Vaqué

Jefe de la División «Aplicación de los artículos 30 a 36 CE y eliminación de las restricciones a los intercambios, Comisión Europea (1).

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (a partir de aquí, TJCE) dictó sentencia, el 24 de noviembre de 1993, en el marco de los asuntos acumulados C-267 y C-268/91, «Keck y Mithouard», cambiando de modo espectacular, seguramente no inesperado, su jurisprudencia relativa al ámbito de aplicación del artículo 30 CE.

El citado fallo, así como las sucesivas sentencias (2) que pueden considerarse integradas en la que la doctrina ha dado en llamar jurisprudencia «Keck y Mithouard», no destaca por su claridad y por ello, hasta la fecha (3), ha sido imposible deducir cuáles son, realmente, los criterios calificativos de algunos de los nuevos conceptos que se introducen (por ejemplo, el de modalidades de venta), o su aplicabilidad a las medidas nacionales que afectan actividades comerciales tan importantes como la publicidad y otros medios de promoción comercial.

El citado cambio de orientación jurisprudencial no puede considerarse como un fenómeno aislado. En efecto, cabe recordar que el pleno del TJCE dictó también, el 17 de noviembre de 1993, tres sentencias, en los asuntos «Meng», «Reiff» y «Oh-ra» (4), que se referían a la aplicación de las reglas relativas a la competencia del Tratado CE (artículo 85 y siguientes) a los Estados miembros, y que representaban igualmente cierta marcha atrás en la interpretación dinámica del citado Tratado (5).

Ambos cambios en la jurisprudencia del TJCE podrían entrañar efectos negativos, no sólo para la gestión y desarrollo del mercado interior, sino también en el progreso de la protección de los intereses del ciudadano consumidor comunitario (6).

Nuestra aprensión por una eventual confirmación de lo que Reich (7) ha calificado como la pérdida del espíritu de protección del consumidor (loss of consumer protection spirit) por parte del TJCE, nos anima a dedicar el presente artículo al estudio del impacto de la nueva jurisprudencia «Keck y Mithouard» (8) en el ámbito del Derecho comunitario del consumo (9).

(1) Las opiniones expresadas en este artículo son de la exclusiva responsabilidad del autor

(2) Y que tendremos ocasión de analizar más adelante

(3) El presente artículo fue completado en mayo de 1995

(4) Véase, al final del presente artículo, una lista completa de los fallos citados en el mismo

(5) En dichas sentencias el TJCE precisó su jurisprudencia «Inno», Leclerc» y «Verenig van Vlaamse Reisbureaus», en el sentido de que los artículos 3 f 5 2 y 85 del Tratado no se oponen, a falta de toda relación con comportamientos empresariales prohibidos por el Tratado, a una normativa estatal que limite la competencia

(6) Como se califica a los consumidores en el «Segundo Plan de Acción Trienal 1993-1995» de Política de los consumidores, de 28 de julio de 1993 [COM(93) 378 final], párrafo n.º 1. Nótese que, en el párrafo n.º 7 de dicho documento, se define a los consumidores como «personas físicas o jurídicas, con un poder adquisitivo más o menos elevado, que se proveen o hacen uso de bienes y servicios para un uso no profesional» [la doctrina ha criticado unánimemente la inclusión de las personas jurídicas en esta noción, véase, por ejemplo GONZÁLEZ VAQUE, «Environmental Protection and the Free Movement of Goods», Bruselas, 1993, 19 pp (ponencia presentada en el curso del seminario «European Community Law and the Food Industry» Bruselas, junio de 1993)]

(7) Véase, de dicho autor «The November Revolution of the European Court of Justice», Common Market Law Review, 1994, Vol 31, N.º 3, p 483

(8) En el presente artículo nos limitaremos a analizar la citada jurisprudencia, relativa a la libre circulación de mercancías, dejando para una eventual segunda parte el examen de la nueva orientación en materia de competencia

(9) Según expresión consagrada en el párrafo n.º 12 del documento citado en la nota 6 Véase también GONZÁLEZ VAQUE, «El Derecho del Consumo: una disciplina jurídica autónoma», Estudios sobre Consumo, 1991, N.º 22, 11 -23

2. ¿PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR CONTRA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS?

Constituye un lugar común afirmar que el mercado interior beneficia fundamentalmente a los empresarios —a los mercaderes— en detrimento de los intereses de los consumidores.

Sin embargo, debemos destacar que dicho mercado interior no ha sido creado únicamente para las empresas, y que no funcionará como es debido sin una participación plena y efectiva de los consumidores.

En este contexto recordaremos que uno de los objetivos fundamentales de la política comunitaria relativa a la protección de los consumidores es que éstos se beneficien plenamente de las ventajas del mercado interior, tal como se recoge en el programa estratégico adoptado, el 22 de diciembre de 1993, por la Comisión Europea, titulado precisamente «Aprovechar al máximo el mercado interior» (10).

En efecto, el principal beneficiario del correcto funcionamiento y desarrollo del mercado interior, gracias a la aplicación de los principios de la jurisprudencia «Cassis de Dijon» (11) es el consumidor. En este sentido subrayaremos que el principio del reconocimiento mutuo, cuyo efecto fundamental es asegurar la libre circulación de mercancías en los ámbitos y sectores no armonizados, garantiza el mantenimiento de las diferencias nacionales y de las distintas tradiciones y costumbres que siguen vivas en los Estados miembros, tan apreciadas por sus ciudadanos, que las consideran en muchos casos parte integrante de su patrimonio cultural (12). Además, el citado principio ha redundado en beneficio de los consumidores al permitir una constante ampliación de la gama de productos disponibles a precios que, gracias al inherente incremento de la competencia, no cesan de representar un porcentaje cada vez menor del presupuesto familiar. De este modo el mercado interior ofrece a los agentes económicos la posibilidad de comercializar sus productos en un mercado que cubre medio continente y hacer así economías de escala y reducir sus costes, de lo que los consumidores serán, son ya, los principales beneficiados.

En este contexto señalaremos, finalmente que la libre circulación que resulta de la aplicación del principio del reconocimiento mutuo abre brecha en las reglamentaciones nacionales que condicionan las expectativas de los consumidores frente a un producto dado, por ejemplo, al imponer determinada composición para tal o cual producto alimenticio (las denominadas leyes-receta (13)). Tales disposiciones tienden a congelar los hábitos de consumo para mantener la ventaja adquirida por las industrias nacionales. Asimismo, no sólo privan arbitrariamente a los consumidores de la posibilidad de descubrir las especialidades y productos tradicionales procedentes de otros Estados miembros cuya composición no se ajusta a la establecida por la ley del país de importación, sino que además impiden la interpenetración de los mercados en perjuicio tanto de los agentes económicos como de los consumidores.

No obstante, partiendo de la base la realización del mercado interior supone la eliminación de todo tipo de obstáculo injustificado a los intercambios, podemos preguntarnos si la nueva orientación del TJCE en materia de libre circulación de mercancías no pone en peligro estos logros.

(10) Doc COM(93) 632 final, de 22 de diciembre de 1993. El citado programa fue elaborado, tras un amplio proceso de consulta con las instituciones comunitarias y los medios económicos y sociales implicados, sobre la base de la comunicación de la Comisión «Reforzar la eficacia del mercado interior», acompañada del documento de trabajo «Para un programa estratégico sobre el mercado interior» [Doc (COM) 256 final, de 2 de junio de 1993], que la Comisión adoptó el 2 de junio de 1993 y presentó al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social.

(11) Subrayaremos que la jurisprudencia «Cassis de Dijon», que se origina a partir de la sentencia del mismo nombre —y que, gracias a la Comunicación de la Comisión de 3 de octubre de 1980 sobre las consecuencias de la sentencia Cassis de Dijon (DO N ° C 256, 3 de octubre de 1980), se extendió a la libre circulación de mercancías en general y a la de los productos industriales en particular— se ha nutrido fundamentalmente de fallos relativos a los productos alimenticios y alimentarios, consagrando los principios que han hecho posible la progresiva supresión de los obstáculos a los intercambios en el sector alimentario cuya incidencia en el ámbito del Derecho del Consumo es evidente [véanse las sentencias «Vinagre», de 9 de diciembre de 1981, «Sandoz», de 14 de julio de 1983 «Cerveza alemana», de 12 de marzo de 1987, «Sucedáneos de la leche (Milk-o-mat)», de 23 de febrero de 1988, «Pasta», de 14 de julio de 1988, «Smanor», de 14 de julio de 1988, «Deserbais», de 22 de septiembre de 1988, «Productos a base de carne», de 2 de febrero de 1989, «Substitutivos de la leche» de 11 de mayo de 1989, etc (y a esta impresionante lista podría, incluso, añadirse ahora la sentencia «Keck y Mithouard» que se refería a la venta de productos alimenticios —café y cerveza— por debajo del precio de coste)]

(12) Dicho principio puede considerarse en cierto sentido como una aplicación concreta de ese otro elemento fundamental de la construcción europea el principio de subsidiariedad inscrito en el artículo 3 B del Tratado CE modificado por el Tratado de la Unión Europea.

(13) Este barbañismo, aceptado a regañadientes en la lengua francesa, se está imponiendo también en la nuestra. Se refiere a disposiciones relativas a la composición y otras características técnicas de una categoría de alimentos que suelen comportar la reserva de una determinada denominación de venta a los productos que son conformes a las mismas (véase BARROS, «Nuevas orientaciones para la aplicación de la política comunitaria —referencia a las designaciones genéricas», Alimentaria N ° 197, noviembre de 1988, p 9 y ss.)

Efectivamente, la primera duda se refiere a si dicha eliminación debe llevarse a cabo sin tener en cuenta la naturaleza o finalidades de la medida que origine los obstáculos, como parece lógico, o, si por el contrario, en virtud de la jurisprudencia «Keck y Mit-houard», se impone un tratamiento diferenciado de las medidas nacionales contestadas en función de criterios distintos a su impacto sobre el comercio intracomunitario, como podría ser el objetivo de la normativa y/o cuáles son los destinatarios de la misma.

Si la respuesta a esta última interrogación fuese afirmativa, podríamos preguntarnos también si asiste la razón al TJCE cuando impone (¿/ex praetoría?) la presunción de que una normativa estatal que restringe el ejercicio de las actividades comerciales de los agentes económicos, destinada a asegurar la protección de los consumidores o la lealtad de las transacciones comerciales, no puede obstaculizar el funcionamiento natural del mercado del mismo modo que lo hace una normativa estatal de cualquier otro tipo que tenga por objetivo regular los intercambios.

Es importante también analizar cuál es la naturaleza y alcance de esta presunción iuris et de iure, y hasta qué punto el TJCE parece decidido a no aceptar prueba alguna en contra.

Estas son las tres cuestiones fundamentales a las que trataremos de dar contestación en el presente artículo.

3. DE «CASSIS DE DIJON» A «KECK y MIT-HOUARD»

Las dudas a las que acabamos de citar surgen precisamente a partir de la sentencia «Keck y Mithourad» en la que se evidencia la decidida voluntad de modificar (¿parcialmente?) una reiterada jurisprudencia en materia de libre circulación de mercancías, conocida como «Cassis de Dijon», en cuyo marco ha de reconocerse al TJCE el mérito de haber elevado el rango de la protección del consumidor al nivel de una exigencia imperativa, no prevista en el artículo 36 del Tratado CE (que sólo se refería, en este ámbito, a la protección de la salud y vida de las personas).

Esta inclusión de la protección de los consumidores entre las exigencias imperativas (14) reconocidas por el TJCE fue de capital importancia ya que, como ha reiterado igualmente el propio TJCE, los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados de las disparidades entre las disposiciones nacionales sólo pueden ser aceptados si las medidas en cuestión:

- son necesarias (15) para satisfacer exigencias imperativas (16) (entre las que, como acabamos de decir, destaca la protección de los consumidores);
- persiguen un fin de interés general digno de protección en el plano comunitario;
- son imprescindibles para alcanzar dicho fin (17).

(14) Nótese que el TJCE, en el motivo n.º 15 de la sentencia Keck y Mithouard», así como en el motivo n.º 13 de «Clinique», se refiere más bien a «un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías» (véase GONZÁLEZ VAQUE «El empleo de las lenguas en el etiquetado de los productos alimenticios en la CE la comunicación interpreta-tira de la Comisión de 10 de noviembre de 1993», EFLR, 1994, 2, 122-123)

(15) Es decir apropiadas y no excesivas en relación con el objetivo perseguido (criterio de proporcionalidad) Así, por ejemplo, no podría estimarse justificada una normativa nacional que, para garantizar una exigencia imperativa, como la protección del consumidor, provocase perturbaciones en los intercambios de un alcance o gravedad desproporcionados en relación con el nivel de protección efectivamente conseguido (véase Mattera, «El Mercado único europeo sus reglas, su funcionamiento, Civitas, Madrid, 1989, p 295)

(16) Debemos, no obstante, ser conscientes de que no existe unanimidad sobre la naturaleza y alcance de este concepto jurisprudencial de exigencia imperativa Según algunos autores, las exigencias imperativas deben interpretarse restrictivamente, al igual que los intereses contempla dos por el artículo 36 del Tratado CE, y por consiguiente, no podrían cubrir más que hipótesis no económicas Otros autores, sin embargo, se han pronunciado por la sorprendente tesis de que estas exigencias imperativas constituyen una ampliación del citado artículo 36, a la que habría procedido el TJCE por motivos de oportunidad Su introducción estaría justificada por la necesidad de salvaguardar determinados intereses legítimos (como, en nuestro caso, la protección de los consumidores) que el desarrollo industrial avanzado de las últimas décadas y la evolución acelerada de la sociedad occidental han puesto de manifiesto Por último, según otro sector de la doctrina, se trataría simplemente de una /ex praetoría (¿Cuna dixití), que debe aceptarse como tal, puesto que el TJCE gozaría de la facultad de introducir nuevos principios aun cuando no estuvieran recogidos en el Tratado o no resultaren de su interpretación Por nuestra parte coincidimos con MATTERA en que existen diferencias fundamentales entre las exigencias imperativas, que permiten evaluar la naturaleza de los efectos restrictivos de una normativa indistintamente aplicable (en el marco del artículo 30 del Tratado CE), y los objetivos contemplados por el artículo 36, que constituyen excepciones a la aplicación del citado artículo 30 (y no incluyen más que supuestos no económicos) El TJCE confirmó esta última interpretación en la sentencia «Artículos de joyería», de 17 de mayo de 1981, al afirmar que, por su condición de excepción, el artículo 36 debe ser interpretado restrictivamente y que, por lo tanto, «las excepciones enumeradas en dicho artículo no pueden aplicarse a supuestos distintos de los taxativamente previstos» Ahora bien, ni la protección del consumidor la lealtad en las transacciones comerciales figuran entre las excepciones contempladas en el artículo 36 No obstante, pueden invocarse estos intereses «en el marco del artículo 30» con objeto de «comprobar si permiten negar la existencia de una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa» (Véase GONZÁLEZ VAQUE, obra citada en la nota 6, p 17)

Es también cierto, de todos modos, que el TJCE, en el marco de su jurisprudencia «Cassis de Dijon», pese a consagrar la protección del como exigencia imperativa, ha ido estimando excesivas con relación al artículo 30 del Tratado CE, la práctica totalidad de las normativas nacionales objeto de sus sentencias que, en opinión de los Estados miembros, pretendían proteger al consumidor (o garantizar la lealtad de las transacciones comerciales).

Sin embargo, el carácter progresista de la jurisprudencia «Cassis de Dijon» ha quedado patente en la reiterada consideración, por parte del TJCE, de que el objetivo de la protección de los consumidores debía garantizarse con plena eficacia por los medios menos restrictivos para la libertad de circulación de las mercancías, refiriéndose en la mayoría de los casos a una información satisfactoria del consumidor (18).

En este sentido, en contra de lo mantenido por algunos Estados miembros, que alegaban la necesidad de garantizar el respeto de tradiciones seculares, hábitos, representaciones y anhelos legítimos de consumidor, supuestamente confundido e inducido a error por los productos de otros Estados miembros que se presentaban bajo la engañosa apariencia de productos similares a productos nacionales conocidos y apreciados, pero diferentes a éstos en su composición, envasado, forma, etc., el TJCE estableció que:

— «... ninguna consideración ligada a la protección al consumidor nacional aboga en favor de una regla que impida a éste conocer [un producto fabricado] de acuerdo con una tradición diferente de otro Estado miembro...» (19); y

— «las representaciones de los consumidores que pueden variar de un Estado miembro a otro, son asimismo susceptibles de evolucionar con el tiempo en el interior de un mismo Estado miembro. El establecimiento de un mercado común es, por otra parte, uno de los factores esenciales que pueden contribuir a dicha evolución [...]. La legislación de un Estado miembro no debe servir para cristalizar determinados hábitos de consumo y para consagrar una ventaja adquirida por las industrias nacionales que procuran satisfacerlos» (20).

Del mismo modo, su jurisprudencia relativa a la publicidad —por lo menos hasta «Keck y Mit-houard»— destacó por su enfoque progresista una concepción igualmente avanzada de la protección del consumidor. Así, en la sentencia «GB-INNO» (21), el TJCE concedió una gran importancia a la información del consumidor (motivos n.º 13, 14, 15, 16, 17 y 18), así como al derecho de los consumidores residentes en un Estado miembro de poder desplazarse libremente al territorio de otros Estados miembros a fin de aprovisionarse en las mismas condiciones que la población local (motivo n.º 8). Y, en «Ivès Rocher» (22), siguiendo las tesis del Abogado General Darmon (que afirmó en sus conclusiones que «el fortalecimiento de la protección del consumidor pasa por un fortalecimiento de su información y no su limitación»), prestó también gran atención al tema de la protección de los consumidores, argumento indebidamente alegado por las autoridades alemanas para justificar la normativa nacional cuestionada.

Para completar esta referencia obligada a la jurisprudencia «Cassis de Dijon» señalaremos que la misma ha sido matizada y mejorada cuando ha sido preciso (véanse, por ejemplo las sentencias «Smanor» (23) y «Deserbais» (24) por lo que no comporta elemento alguno que justifique la desconfianza de algunos autores que manifestaron, en su día, cierta inquietud por las eventuales consecuencias que podían derivarse de una aplicación excesiva de éstos principios, aplicación que hubiera podido favorecer la proliferación de productos de menor calidad o de imitaciones (?), y que los productos se midieran por el nivel más bajo (25)

(17) O sea que constituyen a la vez el medio más adecuado y el más restrictivo para los intercambios

(18) Citando, concretamente, un etiquetado adecuado (y/o, particularmente en los casos alimentarios, una designación correcta y lo suficientemente explícita).

(19) Motivo n.º 8 de la sentencia «De Kikvorsch», de 17 de marzo de 1983.

(20) Motivo n.º 32 de la sentencia «Cerveza alemana», de 12 de marzo de 1987.

(21) De 7 de marzo de 1990 [véanse: «TJCE: El caso GB-INNO-BM», *Alimentalex* N.º 3, 1990, 171-178, y STUYCK «L'arret Keck et Mithoiaï (vente a perte) et ses consequences sur la libre circulation des marchandises», *Cahiers de Droit Européen*, 1994, N.º 3-4, 438-439]

(22) De 18 de mayo de 1993 (véase. GONZÁLEZ VAQUE, «TJCE: El caso Yves Rocher relativo a la publicidad basada en una comparación de precios», Bruselas, 1993, 8 pp; y STUYCK. obra citada en la nota anterior, 440-441).

(23) Véase- *Alimentaria*, n.º 200, marzo de 1989, P.70 y ss.

(24) Véase: *Alimentaria*, n.º 200, marzo de 1989, p.74 y ss.

Además, tres lustros de experiencia en la de la citada jurisprudencia «Cassis de Dijon» muestran que los argumentos de este tipo se basan, a menudo, en concepciones subjetivas, y, a veces, arbitrarias, del concepto de calidad (26)...

Yes que, en definitiva, en el ámbito de dicha jurisprudencia no se ha descuidado la protección del consumidor, sino que el TJCE ha confirmado la importancia de asegurar al consumidor su libertad de elección como parte integrante de esa protección, frente a normativas nacionales restrictivas, inspiraos generalmente en un enfoque anticuado (e ineficaz) de la misma.

Por lo que se refiere a la nueva orientación jurisprudencial que hemos aceptado denominar «Keck y Mithouard», es lógico empezar con una referencia a la sentencia de idéntico título, que, sin embargo, será muy breve porque la doctrina se ha ocupado con bastante detalle de la misma (27), y, además, en esta revista se ha publicado el texto íntegro de dicho fallo (Estudios sobre Consumo, 1994, N.º29, 117-120).

Bastará recordar que, el TJCE, con manifiesto animus novandi, a pesar de confirmar su jurisprudencia «Dassonville» y «Cassis de Dijon» por lo que se refiere a la medidas que afectan los requisitos que deben cumplir las mercancías (dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, etc.), declaró excluidas del ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado CE las disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta (que no definió). De todos modos, si estas últimas normativas no se aplican a todos los agentes económicos afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, o no afectan del mismo modo, de facto o de iure, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros, seguirán siendo objeto del citado artículo 30. (28)

Por el contrario, nos parece debido dedicar mayor espacio y atención al análisis de los antecedentes, o, si se prefiere, orígenes, de la citada sentencia, a fin de comprender mejor los objetivos perseguidos por el TJCE con el cambio de orientación de su jurisprudencia.

Seguramente, cabe atribuir a White el mérito (?) de haber sido el primero en cuestionar la jurisprudencia del TJCE relativa al ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado CE. Efectivamente, a partir de 1989, su documentado artículo «In search of li-mits to Article 30 of the EEC Treaty» (29) ha servido de referencia obligada para quienes se inquietaban por el carácter excesivamente liberal de la jurisprudencia «Cassis de Dijon».

Para White —como le ocurriría al TJCE unos años más tarde— resultaba preocupante que animados por este desarrollo [de la jurisprudencia], los denunciantes que tratan de atacar medidas estatales sean cada vez más audaces en su interpretación del artículo 30...» (30).

A fin de evitar esta situación, el mencionado autor propuso una nueva definición de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a las importaciones, en el caso de medidas indistintamente aplicables, que, de haber sido aceptada, hubiera provocado todavía peores efectos sobre el desarrollo del mercado interior: «...la aplicación por un Estado miembro a productos legalmente producidos y comercializados en otro Estado miembro de sus reglas nacionales en relación a las características exigidas a dichos productos en su territorio, lo que, por lo tanto, impide a este producto beneficiarse en el Estado miembro de importación de las ventajas que resultan de su producción en un marco jurídico y económico diverso establecido en el otro Estado miembro» (31).

(25) Véase, por ejemplo' CAPELLI, «Les malentendus provoques par l'arret sur le Cassis de Dijon», Revue du Marché Commun, 1981, p.443

(26) Véase' GONZÁLEZ VAQUE, «Aspectos jurídicos y sociológicos de la información relativa a los alimentos», ponencia presentada al seminario sobre «Alimentación y salud: el papel de los medios de comunicación», organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Barcelona, julio de 1991, 19 pp

(27) Véase, al final del presente artículo, la bibliografía que se cita.

(28) Véanse los motivos n.º 15 y 16 de la sentencia «Keck y Mithouard»

(29) Common Market Law Review, 1989, 26, 235-280

(30) Véase el artículo citado en la nota anterior, p.238.

Dicha definición se completaba con la puntualización de que el término características «...incluye la composición, tamaño, forma y peso de las mercancías, así como su presentación, denominación y etiquetado». White se adelantaba también al TJCE al afirmar que «el artículo 30 no es aplicable a las medidas de los Estados que son totalmente neutrales en sus efectos sobre las mercancías legalmente producidas y comercializadas en otros Estados miembros, porque sólo regulan circunstancias en las que todas las mercancías del mismo tipo pueden ser vendidas o usadas...» (32).

De todos modos, por lo que se refiere concretamente a la sentencia «Keck y Mithouard», el TJCE parece que tuvo sobre todo en cuenta las conclusiones del Abogado General Tesauro en el caso paralelo «Hunermund».

Tesauro, que iniciaba sus conclusiones preguntándose si «el artículo 30 del Tratado CEE es una disposición de liberalización de los intercambios intracomunitarios o una disposición destinada de forma más general a promover el libre ejercicio de la actividad comercial en cada Estado miembro» (33), se refirió a un «debate abierto y extremadamente animado» de la doctrina (34), citando expresamente el mencionado artículo de White (35).

Y, así como éste último consideraba que el artículo 30 del Tratado CE debería aplicarse únicamente a aquellas medidas relativas a las características de los productos, pero no a las que se refieran a las circunstancias en que deben venderse o usarse los productos (by who, when, where or how goods may be sold or used or at what price they may be sold (36)), el Abogado General Tesauro estimó que «... las medidas que tienen por objeto las modalidades de ejercicio de la actividad comercial deben en principio considerarse excluidas del ámbito de aplicación del artículo 30...» (37).

No obstante, de la lectura de la sentencia «Keck y Mithouard», y en especial de su motivo n.º 14, parece deducirse que el principal móvil del TJCE fue evitarla sobrecarga de trabajo que representaba recibir un gran número de cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 30, lo que es, por lo menos, sorprendente. Sin embargo, el estilo directo del citado motivo deja poco margen para otra interpretación que no sea la de una motivación *commoditatis causa*.

Como es lógico, esta justificación del cambio de rumbo de la jurisprudencia del TJCE ha sido objeto de las más acerbas críticas de la doctrina. Críticas que son del todo legítimas ya que la reducción de la carga administrativa es ilusoria, puesto que, en cualquier caso, el TJCE deberá examinar sistemáticamente si cada una de las modalidades de venta previstas en el motivo n.º 16 de la sentencia «Keck y Mithouard» se aplica a todos los agentes económicos afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional y si afecta del mismo modo a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros (véase también el citado motivo n.º 16).

Joliet (38), con aparente sinceridad, ha afirmado, por el contrario, que de lo que se trataba de evitar era que el artículo 30 se convirtiera sistemáticamente en «... le dernier refuge des plaideurs en difficulté», y que lo que el TJCE intentaba, con su polémico fallo, era más bien poner orden en su jurisprudencia.

Sin embargo, la excusa de la necesidad de una mayor seguridad jurídica tampoco es aceptable. En efecto, si lo que el TJCE pretendía realmente era hacer llegar a los agentes económicos un mensaje claro en relación a las medidas que podían ser evaluadas en relación con el artículo 30, y a las que se excluían de su ámbito de aplicación, hubiera sido necesario basar su nueva jurisprudencia en criterios rigurosos e inequívocos, definir los nuevos conceptos que introducía y, sobre todo, especificar claramente el alcance de la misma (39).

(31) *Ibidem*, p.247.

(32) *Ibidem*.

(33) Párrafo n.º 1 de las mencionadas conclusiones.

(34) *Ibidem*, párrafo n.º 8.

(35) *Ibidem*, nota 10.

(36) Véase el artículo citado en la nota 29, p. 259.

(37) Véase el párrafo 25 de las citadas conclusiones.

(38) Véase, de dicho autor: «La libre circulation des marchandises l'arrêt Keck et Mithouard et les nouvelles orientations de la jurisprudence», *Journal des Tribunaux-Droit européen*, 1994, p. 145

(39) Véase: MATTERA, «De l'arrêt Dassonville a l'arrêt Keck: l'obs-cure ciarte d'une jurisprudence riche en principes novateurs et e contradictions», *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, N.º1, p 145

Sin embargo la sentencia «Keck y Mithouard» ha creado, por el contrario, tal clima de incertidumbre, aplazando la resolución de las numerosas dudas que plantea a la sucesiva interpretación caso por caso de las supuestas modalidades de venta que el TJCE se vea obligado a analizar, que corremos el riesgo de seguir durante algunos años todavía en una situación de total confusión y desorientación.

Sean cuales sean las causas del cambio de orientación —algunos autores han sugerido también que el TJCE está aplicando una especie de subsi-diaredad judicial (40)—, lo cierto es que la nueva jurisprudencia representa el triunfo de los partidarios de la no-ingerencia en ciertos sectores de la política interior de los Estados miembros, lo que puede considerarse como un augurio seguramente pesimista por lo que se refiere al funcionamiento y buena marcha interior.

A continuación (capítulos 4, 5, 6 y 7) pasaremos revista a las diversas sentencias que pueden considerarse integrantes de la ya nutrida jurisprudencia «Keck y Mithouard».

4. LA PUBLICIDAD EN EL SECTOR FARMACÉUTICO

4.1 LA SENTENCIA «HUNERMUND»

Existe una singular interdependencia entre esta sentencia, de 15 de diciembre de 1993, y la sentencia «Keck y Mithouard», pese a referirse a temas diversos (una reglamentación nacional que prohibía a los detallistas la reventa a pérdida y una norma de-ontológica que prohibía la publicidad realizada por los farmacéuticos, fuera de la oficina de farmacia), puesto que es evidente que el TJCE se inspiró en este último fallo para redactar la sentencia «Huner-mund», aunque como hemos dicho, se había basado en las conclusiones presentadas, en este caso, por el Abogado General Tesouro para dictar la tantas veces citada sentencia «Keck y Mithouard».

En «Hunermund» el TJCE declaró que:

«El artículo 30 del Tratado CEE debe ser interpretado en el sentido de que no se aplica a una norma deontológica, establecida por un Colegio Oficial de Farmacéuticos de un Estado miembro, que prohíbe a los mismos hacer publicidad, fuera de la oficina de farmacia.»

Esta era la respuesta del TJCE a una cuestión prejudicial formulada por el Verwaitungsgerichtshof Baden-Wurtemberg con la finalidad de permitirle apreciar la compatibilidad con los artículos 30 y 36 del Tratado CEE de una norma deontológica, establecida por el Colegio Oficial de Farmacéuticos del Land Baden-Wurtemberg, que prohíbe a los farmacéuticos de su demarcación hacer publicidad, fuera de la oficina farmacéutica, de los productos parafarmaceuticos que están autorizados a vender.

En primer lugar, el TJCE subrayó que una norma deontológica, establecida por un Colegio Oficial, que prohíbe a los farmacéuticos hacer publicidad de los productos parafarmaceuticos no tiene por objeto regular los intercambios de mercancías entre los Estados miembros. Señaló, además, que dicha prohibición no afectaba a la posibilidad que tienen los agentes económicos distintos de los farmacéuticos de hacer publicidad de dichos productos (41).

Como había hecho en «Keck y Mithouard», el TJCE, pese a reconocer que la normativa en cuestión era capaz de restringir el volumen de ventas y, por consiguiente, la cifra de ventas de los productos parafarmaceuticos procedentes de otros Estados miembros, en la medida en que privaba a los farmacéuticos afectados de un método de promoción de las ventas de dichos productos, consideró que cabía preguntarse si dicha eventualidad bastaba para calificar la normativa controvertida como medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, en el sentido del artículo 30 del Tratado CEE (42).

A este respecto, el TJCE afirmó también que la aplicación a unos productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es capaz de obstaculizar directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros, siempre que se apliquen a todos los agentes afectados que ejerzan su actividad en territorio nacional, y siempre que afecten de idéntico modo, tanto de iure como de fado, a la comercialización de los productos nacionales y de los que provienen de otros Estados miembros (43).

(40) Véase MELGAR y WAINRIGHT, «Bilan de Particle 30 apres vingt 1 s de Dassonville a Keck et Mithouara», fievue du Marché común del'Union europeenne, 1994, N.º 381, p 539, y Reich, obra citada la nota 7, p 477

(41) Véase el motivo n.º 19 Nótese que, en el asunto «Leclerc-Si- plec», el TJCE indico, por el contrario, que la medida en cuestión «no afecta[ba] a la posibilidad de que los distribuidores utilicen otras for mas de publicidad» (?).

(42) Motivo n º 20.

Este razonamiento, sin más explicaciones ni análisis (salvo una escueta referencia a la sentencia «Keck y Mithouard»), permitió al TJCE declarar que, en el caso de la norma en cuestión, se cumplían dichos requisitos y «se aplica[ba], sin distinguir el origen de los productos controvertidos, a todos los farmacéuticos miembros del colegio profesional, [por lo que] no afecta[ba] a la comercialización de los productos procedentes de otros Estados miembros de un modo diferente al de los productos nacionales» (44), y, finalmente, excluir dicha norma deontológica del ámbito de aplicación del artículo 30.

4.2 LA SENTENCIA «ORTSCHEIT»

Examinaremos también en este capítulo dedicado a la publicidad en el sector farmacéutico un fallo de 10 de noviembre de 1994, y recordaremos, en primer lugar, que el TJCE falló:

«1. La prohibición nacional de hacer publicidad de medicamentos que, a pesar de estar sujetos, en principio, a autorización sanitaria, no hayan sido autorizados en el interior de un Estado, pero que, sin embargo, pueden ser importados de otro Estado miembro de las Comunidades Europeas, en virtud de encargo singular, siempre y cuando ya hayan sido legítimamente comercializados en dicho Estado miembro, constituye una medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 30 del Tratado CEE.

2. Dicha prohibición de publicidad está no obstante, justificada, con arreglo al artículo 30 del Tratado CEE, por razones relativas a la protección de la salud y vida de las personas».

Antes de seguir adelante, nos referiremos brevemente a los antecedentes de este asunto: mediante resolución de 24 de marzo de 1993, el Landgericht Saarbrücken planteó dos cuestiones prejudiciales con el fin de que se examinara la compatibilidad con los artículos 30 y 36 del Tratado CEE de una normativa nacional que prohíbe la publicidad de medicamentos que, a pesar de carecer de autorización sanitaria en la República Federal de Alemania (RFA), pueden ser importados con sujeción a determinados requisitos.

Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre dos empresas importadoras de medicamentos, la sociedad Lucien Oríscheit GmbH y la sociedad Eurim-Pharm GmbH (en lo sucesivo «Eu-rim-Pharm»), en cuyo ámbito la primera de dichas sociedades solicitó que se ordenara (45) a la segunda cesar en la práctica de toda publicidad de medicamentos extranjeros carentes de autorización sanitaria expedida por las autoridades alemanas.

En efecto, acogiéndose a la posibilidad ofrecida por el artículo 73.3 de la Arzneimittelgesetz (46) (a partir de aquí «AMG»), Eurim-Pharm importaba en la RFA medicamentos que no habían recibido autorización sanitaria de las autoridades alemanas. Y para dar a conocer estas actividades, desde abril de 1992, publicaba en la prensa alemana dirigida a los profesionales de la salud anuncios en los que se informaba sobre cuáles eran los medicamentos no autorizados que importaba y la dirección donde podían obtenerse.

Por lo que se refiere a la cuestión que más nos interesa —es decir la relativa a la aplicabilidad del artículo 30—, el TJCE señaló en primer lugar que la prohibición de hacer publicidad prevista en el artículo 8.2 de la HWG (47) afectaba únicamente a los medicamentos extranjeros y, por consiguiente, «al no afectar de la misma manera a la comercialización de los medicamentos procedentes de otros Estados miembros y a la de los medicamentos nacionales no puede quedar de entrada fuera del ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado» (48).

(43) Motivo n.º 21.

(44) Motivo n.º 23.

(45) En virtud del artículo 8.2 de la Heilmittelwerbegesetz (Ley sobre la publicidad en el sector sanitario), en lo sucesivo «HWG».

(46) Ley sobre los medicamentos.

(47) Véase la nota 45.

El TJCE afirmó seguidamente que la prohibición de publicidad objeto del litigio podía restringir potencialmente el volumen de las importaciones de medicamentos carentes de autorización sanitaria en Alemania, ya que privaba a los farmacéuticos y a los médicos de una fuente de información sobre su existencia y disponibilidad (49).

Por estas razones el TJCE concluyó que una medida como la prevista en el artículo 8.2 de la HWG constituía una medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 30 del Tratado.

De todos modos, no podemos dejar de manifestar nuestra sorpresa por el hecho de que el TJCE impostara su análisis de la normativa nacional en cuestión sobre la base de que ésta afectaba a los medicamentos extranjeros, cuando el criterio diferencial era el de que afectaba a los medicamentos carentes de autorización sanitaria en la RFA (en efecto, la citada medida no afecta a los medicamentos extranjeros, producidos en otros Estados miembros, debidamente autorizados en la RFA). Diríase que el TJCE trataba de confirmar a cualquier precio la sentencia «Keck y Mithouard» y, en este supuesto, podría detectarse, en el citado desliz, cierta voluntad de sentar un precedente en el sentido de que si una publicidad afecta de la misma manera a la comercialización de los productos procedentes de otros Estados miembros y a la de los nacionales, constituye una modalidad de venta, según lo previsto en el motivo n.º 16 de dicha sentencia, y queda por lo tanto excluida del ámbito de aplicación del artículo 30.

Para terminar, señalaremos que, por lo que se refiere al artículo 36, el TJCE recordó que, de entre los bienes o intereses protegidos por el citado artículo, la salud y la vida de las personas ocupan el primer rango, y que corresponde a los Estados miembros, dentro de los límites impuestos por el Tratado, decidir en qué medida desean asegurar la protección de éstas (50). No obstante, el TJCE subrayó también que una normativa o una práctica nacional que tenga o pueda tener un efecto restrictivo sobre las importaciones de productos farmacéuticos sólo es compatible con el Tratado CEE en la medida en que sea necesaria para proteger eficazmente la salud y la vida de las personas.

En este caso, el TJCE destacó en primer lugar que, en el actual estado de armonización, a falta de un procedimiento comunitario de autorización sanitaria o de reconocimiento recíproco de las autorizaciones nacionales, los Estados miembros están autorizados a prohibir pura y simplemente la comercialización en su territorio de medicamentos que no hayan obtenido en él la autorización de la autoridad nacional competente (51). Acto seguido, el TJCE estimó que la prohibición de la publicidad contemplada en el artículo 8.2 de la HWG tenía la finalidad de mantener el carácter excepcional de la importación por encargo singular de medicamentos carente de autorización sanitaria, y ello, para evitar que se eludiera sistemáticamente la autorización sanitaria nacional cuya exigencia prevé en principio la normativa alemana. Puesto que, según una tesis bastante discutible del TJCE, así los medicamentos no autorizados en la RFA pudieran ser en dicho país objeto de publicidad, existiría el riesgo de que los fabricantes solicitaran y obtuvieran la autorización de los medicamentos en un Estado miembro menos exigente y luego los importasen en Alemania en virtud de encargos singulares que hubieran promovido mediante campañas publicitarias» (52).

Finalmente, el TJCE declaró que la prohibición de publicidad establecida por el artículo 8.2 de la HWG era necesaria para asegurar la plena eficacia del sistema de autorización nacional, y, por lo tanto, estaba justificada por razones de salud pública en el sentido del artículo 36 del Tratado CEE.

5. LOS HORARIOS COMERCIALES

5.2 LA SENTENCIA «PUNTO CASA»

No cabe la menor duda de que el TJCE se aplicó a confirmar su jurisprudencia «Keck y Mithouard» cuando, en el ámbito de este caso, relativo a una normativa italiana relativa al cierre dominical de los comercios minoristas, el TJCE falló, el 2 de junio de 1994: «El artículo 30 del Tratado debe ser interpretado en el sentido de que no se aplica a una normativa nacional sobre el cierre de los comercios que es oponible a todos los agentes económicos que ejercen actividades en territorio nacional y que afecta de igual modo de hecho y de Derecho a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros.»

(48) Véase el motivo n.º 9

(49) Motivo n.º 10

(50) Motivo n.º 16 (véanse los motivos n.º 14 y 15 en relación a la armonización del sector farmacéutico)

(51) Motivo n.º 18

(52) Motivo n.º 19

Poco o nada hay que destacar de los motivos de la citada sentencia, como no sea que el TJCE reiteró 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 parcialmente, el comercio entre los Estados miembros siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los agentes económicos 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», para concluir seguidamente, como de costumbre: «en efecto, siempre y cuando se cumplan estos requisitos, la aplicación de normativas de este tipo a la venta de productos procedentes de otro Estado miembro y conformes a las normativas de este último Estado, no puede impedir su acceso al mercado o dificultarlo en mayor medida que dificulta el de los productos nacionales» (53).

5.2 LA SENTENCIA «TANKSTATION T HEUKSKE»

En este caso puede decirse lo mismo que en el anterior: la sentencia, también de 2 de junio de 1994, confirmaba igualmente la jurisprudencia «Keck y Mithouard», declarando (54) que «el artículo 30 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a una normativa nacional relativa al cierre del comercio que es oponible a todos los agentes económicos que ejercen actividades en territorio nacional y que afecta de igual modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros».

6. EN LOS LIMITES DE LA JURISPRUDENCIA «KECK Y MITHOUARD».

6.1 LA SENTENCIA «LIGUR CARNI»

Aunque este fallo, de 15 de diciembre de 1993, no puede incluirse realmente en el ámbito de la jurisprudencia «Keck y Mithouard», su estudio complementará útilmente el de esta última.

En dicho caso, el TJCE, respondiendo a seis cuestiones prejudiciales (referidas no sólo a los artículos 30 y 36, sino también a la interpretación de las Directivas 64/433/CEE y 89/662/CEE del Consejo, así como de los artículos 52 y 59 del Tratado CEE) planteadas por el Presidente del Tribunal de Genova, declaró que:

«1. La Directiva 64/443/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1964, relativa a problemas sanitarios en materia de intercambios intracomunitarios de carne fresca, en su versión modificada por la Directiva 83/90/CEE del Consejo, de 7 de febrero de 1983, debe ser interpretada en el sentido de que es contraria a un régimen nacional de inspecciones que incluye la aplicación a las mercancías importadas, ya provistas de un certificado sanitario expedido conforme a las normas comunitarias por las autoridades del Estado miembro expedidor, de controles sanitarios obligatorios, sistemáticos y permanentes, no en la frontera, sino en el municipio de tránsito o de destino de las mercancías, y obliga a los agentes económicos afectados a pagar un derecho como contraprestación.

2. La carga económica impuesta al importador afectado en concepto de derecho de inspección sanitaria, en el marco de una normativa nacional tal como aquella de que se trata en los procedimientos principales, no está justificada en concepto de contraprestación por los servicios prestados.

(53) Motivo n.º 12

(54) Cabe señalar que, en este caso, relativo a la normativa holandesa sobre el cierre de gasolineras, las cuestiones prejudiciales planteadas por el Gerechtshof te 's-Hertogenbosch se referían también a los artículos 3.º, 5.º, 85 y 86 del Tratado (el TJCE declaró que tampoco eran aplicables a la normativa contestada).

3. El artículo 30 del tratado debe ser interpretado en el sentido de que es contrario a la prohibición que impone la normativa de un municipio de un Estado miembro a un agente que importa carne fresca en dicho municipio de asegurar por sus propios medios el transporte y la entrega de sus mercancías en el territorio del municipio de que se trata, a no ser que pague a una empresa local el importe correspondiente a los servicios que ésta presta en el marco de una concesión exclusiva en materia de manipulación en el matadero municipal, de transporte y de entrega de las mercancías de que se trata. El artículo 30 del Tratado produce efecto directo y crea en favor de los particulares derechos que los órganos jurisdiccionales deben proteger.»

En primer lugar, nos referiremos brevemente a otras conclusiones del TJCE en relación a la pregunta del órgano jurisdiccional nacional sobre si un régimen de inspecciones que incluía aplicar a las mercancías importadas, ya provistas de un certificado sanitario (emitido por las autoridades del Estado miembro de expedición conforme a las normas comunitarias), controles sanitarios obligatorios, sistemáticos y permanentes, no en la frontera, sino en el término municipal de tránsito o de destino de las mercancías, y que obligaba a los agentes económicos afectados al pago de un derecho de contrapartida, era compatible con las Directivas antes mencionadas, aunque este tema sólo tenga un interés marginal en relación al que está dedicado el presente artículo.

En relación a estas cuestiones el TJCE recordó que la Directiva 64/433/CEE estableció un sistema de controles sanitarios armonizados, basado en la equivalencia de las garantías sanitarias exigidas en la totalidad de los Estados miembros, que asegura simultáneamente la protección de la salud y la igualdad de trato de los productos. El objetivo del citado sistema es precisamente desplazar los controles sanitarios hacia el Estado miembro de expedición. En este sentido el TJCE concluyó que dicho sistema completo, detallado y armonizado de controles sanitarios de las carnes frescas, basado en la equivalencia de las garantías sanitarias en el ámbito comunitario, sustituye a cualquier otro tipo de sistema de controles existente dentro del país destinatario, sea cual fuere el lugar en el que aquellos pudieran ser efectuados (55).

Del mismo modo, siempre según el TJCE, en la medida en que los controles sistemáticos, obligatorios o permanentes controvertidos no estaban autorizados en el marco del sistema armonizado previsto por la Directiva 64/433/CEE, las cargas económicas impuestas como contrapartida a dichos controles no podían considerarse compatibles con las normas comunitarias.

Un razonamiento similar fue aplicado a los derechos percibidos con ocasión de las verificaciones e inspecciones sanitarias permitidas por la citada Directiva. El TJCE declaró que, en tales casos, la actividad de la administración nacional se ejerce en interés general y no puede considerarse como un servicio prestado al importador. Por ello, los gastos ocasionados por dichos controles deben ser soportados por la colectividad pública que se beneficia, en su totalidad, de la libre circulación de las mercancías comunitarias. La exigencia de estos derechos a los importadores constituía, según concluyó el TJCE, un obstáculo a dicha libre circulación, prohibido por el Tratado (56).

Volviendo a nuestro interés por la jurisprudencia «Keck y Mithouard», nos importa especialmente mencionar los motivos n.º 33-44 en los que el TJCE se refirió a la cuestión de si «... la prohibición que impone la normativa de un municipio de un Estado miembro a un importador de carne fresca, de asegurar por sus propios medios el transporte y la entrega de sus mercancías en el territorio del municipio de que se trata, a no ser que pague a una empresa local el importe correspondiente a los servicios que ésta presta en el marco de una concesión exclusiva en materia de manipulación en el matadero municipal...» es contraria al artículo 30.

Como ya hemos visto, el TJCE respondió afirmativamente a esta cuestión, confirmando, sin citarla, su sentencia «Dassonville» (57) y refiriéndose a varias sentencias (58) que parecía haber querido rectificar con el fallo «Keck y Mithouard», afirmando, finalmente, que «... es indiferente que la medida en cuestión sea, en principio, indistintamente aplicable a los productos nacionales e importados, cuando tiene como efecto hacer más onerosas y más difíciles las importaciones de mercancías provenientes de Estados miembros... » (59).

(55) Motivo n.º 26.

(56) Motivo n.º 31.

(57) Motivo n.º 35.

(58) Por ejemplo: «Aragonesa de publicidad», de 25 de julio de 1991 [véase: GONZÁLEZ VAQUE, «Paradojas e incertidumbres de la reciente jurisprudencia del TJCE», Bruselas, 1994, p 29 (conferencia pronunciada en la University of Surrey, marzo de 1994)].

Tal declaración fue la que justificó, en su día, cierto optimismo por parte de la doctrina, que quiso ver en ella un principio de decantación (¿rectificación?) de la jurisprudencia «Keck y Mithouard». Sin embargo, la jurisprudencia posterior parece confirmar que dicha afirmación constituye un obiter dictum más que una directriz jurisprudencial precisa y de aplicación general (60)

6.2 LA SENTENCIA «CLINIQUE»

Esta sentencia, de 2 de febrero de 1994, también nos permite percibir algunas de las contradicciones de la jurisprudencia «Keck y Mithouard» (61):

«Los artículos 30 y 36 del Tratado y el apartado 2 del artículo 6 de la Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una disposición nacional prohíba importar o comercializar un producto clasificado y presentado como cosmético basando dicha prohibición en el motivo de que dicho producto lleva la denominación "Clinique"» (62).

El TJCE respondía así a la cuestión prejudicial planteada por el Landgericht Berlín sobre la interpretación de los artículos 30 y 36 del Tratado CEE. Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre, por un lado, una asociación profesional, la Verband Sozialer Wettbewerb eV y, por otro lado, las sociedades Clinique Laboratories SNC y Estée Lauder Cosmetics GmbH, relativo al empleo de la denominación Clinique para la comercialización de productos cosméticos en la RFA.

El problema surgió porque las citadas sociedades (que son filiales, francesa y alemana, de la empresa norteamericana Estée Lauder 63) comercializaban, desde hacía muchos años, productos cosméticos con la denominación Clinique, salvo en la RFA, donde eran vendidos, desde su lanzamiento en 1972, con la denominación Linique. Sin embargo, con el fin de reducir los gastos de envasado y de publicidad generados por esta diferencia de denominación, la empresa decidió distribuir también con la marca Clinique los productos destinados al mercado alemán.

La asociación demandante en el asunto principal ejercitó entonces una acción, basada en el artículo 3 de la Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (64) (a partir de aquí «UWG») y en el artículo 27 de la Lebensmittel-und Bedarfsgegenstandegesetz (65) (a partir de aquí «LMBG»), para conseguir el cese en el uso en la RFA de la marca Clinique que podía, según la parte demandante, hacer creer erróneamente a los consumidores que los productos de que se trataba tenían efectos terapéuticos.

(59) Motivo n.º 38.

(60) Como intuía MATTERA al final (p. 160) de su artículo citado en la nota 39.

(61) Véase STUYCK, obra citada en la nota 21, p. 445.

(62) Cabe señalar, sin embargo, que el Abogado General GULMARM, que presentó sus conclusiones en audiencia pública, en la Sala Quinta, el 29 de septiembre de 1993, propuso al TJCE que respondiera que «el artículo 30 del Tratado CEE debe —interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a la aplicación de una disposición nacional relativa a la competencia desleal, por la que se prohíba la distribución de un producto cosmético con base en el hecho de que los consumidores son inducidos a error por el nombre del producto en el sentido de atribuir a éste cualidades medicinales, aun cuando dicho producto sea distribuido legalmente en otros Estados miembros con dicho nombre. Corresponde, no obstante, al órgano jurisdiccional nacional garantizar, al aplicar las disposiciones nacionales, que dicha aplicación no produzca obstáculos a los intercambios intra-comunitarios, a no ser que sea indispensable para proteger a los consumidores y la lealtad de las transacciones comerciales, y en la medida en que tales medidas sean proporcionales al objetivo perseguido y que éste no pueda lograrse aplicando medidas que restrinjan en menor grado los intercambios comunitarios. Al mismo tiempo, compete, según el Derecho comunitario, al órgano jurisdiccional nacional establecer, al formar su juicio sobre la aplicabilidad de las disposiciones nacionales, una visión del conjunto de circunstancias que concurren, en la que participen los aspectos relevantes y, entre ellos, las circunstancias en que se produce la venta de los productos y la posibilidad de inducción a error en relación con el círculo de consumidores afectados».

(63) Y comercializan productos cosméticos fabricados por dicha empresa.

(64) Ley modificada de la competencia desleal.

(65) Ley modificada sobre los alimentos.

En este contexto, el TJCE, en el motivo n.º 13, refiriéndose *expressis verbis* a la sentencia «Keck y Mithouard», recordó que «... ha[bía] precis[ad]o recientemente, al respecto, que el artículo 30 prohíbe los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados de normativas relativas a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías (como los que se refieren a su denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, envasado), aunque dichas normativas 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 la libre circulación de mercancías...».

El TJCE reconoció también que la prohibición basada en el mismo artículo 3 de la UWG, de comercializar en la RFA productos cosméticos con la misma denominación que aquella con que se comercializan en otros Estados miembros constituía, en principio, un obstáculo al comercio intracomunitario.

El hecho de que, a causa de tal prohibición, la empresa afectada se viera obligada a seguir comercializando sus productos, únicamente en dicho Estado miembro, con otra denominación y a soportar los gastos complementarios de envasado y de publicidad demostraba —siempre, según el TJCE— que dicha medida perjudicaba la libertad de los intercambios (66).

Para determinar si, al evitar que se atribuyeran al producto características de las que carecía, la prohibición de utilizar la denominación en la RFA Clinique para la comercialización de productos cosméticos podía estar justificada por el objetivo de la protección de los consumidores o de la salud de las personas, el TJCE procedió a considerar las diversas indicaciones contenidas en la resolución de remisión.

De dichas indicaciones dedujo, en particular, que la línea de productos cosméticos de la empresa Estée Lauder en la RFA se comercializaba únicamente en las perfumerías o en las secciones de productos cosméticos de los grandes almacenes, es decir, que ninguno de estos productos estaba en venta en farmacias. El TJCE constató igualmente que: i) no se había cuestionado que tales productos se presentaban como productos cosméticos y no como medicamentos; y //) no se había alegado que, aparte de la denominación de los productos, éstos, por su presentación, incumplieran la normativa aplicable los productos cosméticos. Por último, resultaba del propio tenor de la cuestión planteada que los citados productos eran legalmente comercializados en los demás países con la denominación Clinique sin que, al parecer, el uso de tal denominación indujera a error a los consumidores.

Del resumen de los principales motivos de la sentencia «Clinique» que acabamos de hacer, y a for-tiori de su lectura íntegra, se deduce que, en principio, este fallo más que contradecir, confirma la jurisprudencia «Cace y Mithouard». Lamentablemente, tampoco se aclara en qué medida (la aplicación de) una prohibición nacional de la publicidad que no afecte la circulación del producto en cuestión (67) deberá o no evaluarse en el ámbito del artículo 30, ni qué importancia debe concederse, además, a la estimación de los costes adicionales de la publicidad (68).

Para adivinar la luz al final del túnel fue preciso esperar a febrero de 1995...

6.3. LA SENTENCIA «LECLERC-SIPLEC»

Como en el caso «Keck y Mithouard» se trataba de una cuestión prejudicial que tuvo su origen en Francia, Estado miembro centralizado y con una Administración tradicionalmente intervencionista, cuyo mercado se encuentra sumamente reglamentado, por supuesto siempre con el loable (?) objetivo de proteger al consumidor, al pequeño y mediano comercio, etc.etc.

En este asunto, el TJCE dictó la siguiente sentencia, el 9 de febrero de 1995: .

«Los artículos 30, 85, 86, 5 y 3 apartado f, del Tratado CEE así como la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro, por la vía legislativa o reglamentaria prohíba la difusión de mensajes publicitarios en favor del sector económico de la distribución por los organismos de radiotelevisión establecidos en su territorio).»

(66) Motivo n.º 19.

(67) Por ejemplo, la prohibición de ofertas a precio reducido o la publicidad comparativa (véase- STUYCK, obra citada en la nota 21, 454-455).

(68) A los que se hace referencia en el motivo n.º 19.

Para comprender mejor el alcance de la jurisprudencia del TJCE resumiremos en primer lugar los antecedentes de caso: mediante resolución de 27 de septiembre de 1993, el tribunal de commerce de París planteó, en virtud del artículo 177 del Tratado CEE, una cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 30, 85, 86, 5 y 3.f del Tratado CEE, así como de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (69). Dicha cuestión se planteó en el marco de un litigio entre la Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec (a partir de aquí «Leclerc-Siplec») y las sociedades TF1 Publi-cité SA (a partir de aquí TF1) y M6 Publicité SA (a partir de aquí M6), en relación al rechazo de estas últimas a difundir un mensaje publicitario sobre la distribución de carburante en los supermercados Leclerc, debido a que el artículo 8 del Decreto n.º 92-280 de 27 de marzo de 1992, que desarrolla el artículo 27.1 de la

Ley de 30 de septiembre de 1986, referente a la libertad de comunicación y por la que se establecen los principios generales sobre el régimen aplicable a la publicidad y el patrocinio (70),

El citado litigio tuvo su origen en una demanda de Leclerc-Siplec que, considerando que el artículo 8 del Decreto n.º 92-280 era contrario a varias disposiciones del Tratado CEE y de la Directiva 89/552/CEE, propuso al tribunal de commerce de París que preguntara al TJCE sobre esta cuestión. TF1 y M6, a pesar de ser las partes demandadas, sostuvieron una opinión idéntica a la de Leclerc-Siplec, y, además, TF1 solicitó que la respuesta del TJCE tuviera un carácter general y se refiriera no sólo a la distribución, sino también a los otros sectores a los que la citada normativa francesa impedía el acceso a la publicidad televisiva (71).

Brevitatis causa pasaremos por alto la controversia relativa a la competencia del TJCE que resultó de la coincidencia de puntos de vista entre las partes, que permitía sospechar que la demanda presentada por Leclerc-Siplec tenía por único objeto lograr una decisión prejudicial, y que el TJCE zanjó al declarar que la cuestión prejudicial respondía a una necesidad objetiva inherente a la solución del litigio principal, aunque decidió que debía contestar solamente en lo que se refería a la prohibición de realizar publicidad televisada que afectaba a los agentes económicos del sector de la distribución (72).

Por lo que se refiere al artículo 30 del Tratado, el TJCE recordó, en primer lugar, la noción de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa consagrada por la sentencia «Dassonville», así como que «una medida legislativa o reglamentaria como la que se contesta[ba] en el litigio principal que prohíbe la publicidad en televisión en el sector de la distribución, no tiene por objeto regular los intercambios de mercancías entre los Estados miembros» (73). Cabe señalar que, a diferencia de lo que había hecho en el caso «Hunermund» (74), el TJCE añadió (¿aclaró?) que «... dicha prohibición no afecta la posibilidad de que los distribuidores utilicen otras formas de publicidad» (75). lo que, seguramente, permitirá a los comentaristas de la jurisprudencia «Keck y Mithouard» formular no pocas hipótesis y suposiciones sobre lo que quiso —o no quiso— decir el TJCE...

Acto seguido, dentro de la más pura tradición «Keck y Mithouard», el TJCE insistió en que la prohibición prevista en la normativa nacional podría restringir el volumen de las ventas y, por consiguiente, el volumen de ventas de los productos procedentes de otros Estados miembros, «en la medida en que priva a los distribuidores de una determinada forma de promoción de los productos distribuidos» (76), para señalar que «sin embargo, cabe preguntarse si dicha posibilidad basta para calificar a la legislación de que se trata de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa ala importación, en el sentido del artículo 30 del Tratado» (77).

(69) DO N ° L 298, 17 de octubre de 1989, p 23.

(70) JORF de 28 de marzo de 1992, p 4313.

(71) En virtud del artículo 8 del Decreto n.º 92-280 queda prohibida la «publicidad relativa, de una parte, a los productos cuya publicidad televisada sea objeto de una prohibición por ley, y por otra, a los siguientes productos y sectores económicos: bebidas de más de 1,2 grados de alcohol, edición literaria, cine, prensa, distribución, salvo en los departamentos y territorios de ultramar, así como en las colectividades territoriales de Mayotte y de Saint Pierre-et-Miquelon»

(72) Motivo n.º 16.

(73) Motivo n.º 19.

(74) Véase la nota 41.

(75) Motivo n.º 19.

A tal respecto, el TJCE reiteró (78) el ya clásico razonamiento de los motivos n.º 16 y 17 de la sentencia «Keck y Mithouard» que completó con un comentario adicional que es conveniente citar íntegramente:

«22. Ahora bien, tratándose de una normativa como la que se cuestiona en el litigio principal, es preciso constatar que se refiere a modalidades de venta en cuanto prohíbe cierta forma de promoción (publicidad televisiva) de un cierto método de comercialización (distribución) de productos.»

La interpretación a contrario de este motivo parece que permite despejar una de las incógnitas de la jurisprudencia «Keck y Mithouard», en el sentido de que la publicidad, así como otras formas de promoción, no constituyen en sí mismas modalidades de venta (79) según lo previsto en el motivo n.º 16 de la sentencia que originó dicha jurisprudencia. Igualmente, puede deducirse del citado motivo n.º 22, que el TJCE (en sintonía con las conclusiones del Abogado General Jacobs, que constituyen un verdadero panegírico de la publicidad) considera que las normativas nacionales relativas a formas de promoción (incluyendo, por supuesto, la publicidad) sólo quedan excluidas del ámbito de aplicación del artículo 30 cuando se refieren a la promoción de (ciertos) métodos de comercialización.

Este razonamiento, además, no se ve desmentido por ninguna otra sentencia (anterior) de la serie «Keck y Mithouard». En efecto, en «Hünernmund» se trataba de una norma que afectaba exclusivamente a los farmacéuticos, y en el propio asunto «Keck y Mithouard» se contestaba una normativa nacional que prohibía la reventa a pérdida a los detallistas...

En este contexto, en el caso concreto de la prohibición de la publicidad en la televisión limitada a los distribuidores, el TJCE, después de señalar que la correspondiente normativa francesa «se aplica[ba], sin distinguir en virtud de los productos a todos los operadores económicos en el sector de la distribución, incluso si... [eran] a la vez productores y distribuidores, [por lo que] no afecta[ba] a la comercialización de los productos procedentes de otros Estados miembros de un modo diferente al de los productos nacionales» (80), decidió declararla excluida del ámbito de aplicación del artículo 30 (81).

Para completar nuestro comentario sobre la sentencia «Leclerc-Siplec» recordaremos que el TJCE declaró también que los artículos 85, 86, 5 y 3.f tampoco se oponen a la normativa francesa contestada (82).

Por lo que se refiere a la ya citada Directiva 89/552/CEE (cuyo objetivo fundamental es asegurar la libre difusión de las emisiones televisivas), tras excluir que sus artículos 19 y 20 pudieran servir de base y justificación a la prohibición por un Estado miembro de la publicidad en televisión para el sector de la distribución (83), el TJCE se planteó idéntica cuestión en relación al artículo 3.1.

En este contexto, el TJCE rechazó los argumentos de TF1 y M6 relativos a la interpretación de dicho artículo (que concede a los Estados miembros la facultad de establecer prohibiciones o normas más estrictas o más detalladas en los sectores cubiertos por la Directiva 89/552/CEE), en relación al considerando n.º 27 de la misma, en el sentido que únicamente el interés de los consumidores podía justificar la adopción de reglas más estrictas (como la prohibición de publicidad televisiva para el sector distribución) (84).

Y el resultado fue que el TJCE declaró, como hemos visto, que las disposiciones de la Directiva 89/552/CEE tampoco se oponían a la normativa francesa...

(76) Motivo n.º 20.

(77) *Ibidem* (cabe preguntarse hasta cuándo el TJCE seguirá preguntándose.)

(78) Motivo n.º 21.

(79) Como algunos autores, con increíble precipitación, se habían apresurado a afirmar (véase: WAELBROECK, «L'arret Keck et Mithouard: les conséquences pratiques», Bruselas, 1994, p. 11).

(80) Cabe señalar que, según la doctrina del Conseil supérieur de l'audiovisuel, autoridad competente para el control de la normativa francesa contestada, los mensajes publicitarios de los productores- distribuidores, a quienes no se aplica la prohibición de anunciarse en televisión, no deben referirse a los circuitos de distribución de los productos (véase el motivo n.º 7 de la sentencia «Leclerc- Siplec»).

(81) Motivo n.º 23.

(82) Motivos nos 25, 26 y 27.

(83) Motivos nos 33, 34, 35, 36 y 37.

7. SEGURIDAD JURÍDICA: ¿QUIÉN DIJO SEGURIDAD JURÍDICA?

La doctrina no se ha mostrado clemente con la sentencia «Keck y Mithouard» (85) y en nuestro caso (86) podríamos suscribir la mayoría de las críticas formuladas (87).

La principal recriminación que podemos formular al TJCE se refiere a la falta de seguridad jurídica que resulta de la deficiente técnica jurídica empleada en la redacción de la sentencia «Keck y Mithouard» y, en especial de la imprecisión (88) de su motivo n.º 16(89).

Nos permitimos volver a citar a White que, en su ya también mencionado artículo sobre los límites del artículo 30, criticaba la evolución de la jurisprudencia del TJCE y señalaba que «la incertidumbre sobre el ámbito de aplicación del artículo 30 resulta no tanto de los casos sobre los que [el TJCE] se ha pronunciado (que son en su totalidad compatibles con una definición menos extensiva de la noción de medida de efecto equivalente), sino más bien del hecho que el TJCE utiliza dicha fórmula en sus razonamientos cuando le conviene y los ciudadanos comunitarios que no están satisfechos con determinadas normativas nacionales imaginan que pueden hacer lo mismo» (90).

Sin embargo, bastante más de un año (91) después de que el TJCE pretendiera haber establecido los que el propio White consideraba los límites ciertos y bien definidos del artículo 30 (92), persiste, si no se ha agravado, la incertidumbre, y la falta de seguridad jurídica es patente.

Así, por ejemplo y sin ir más lejos, en un tema tan importante para los agentes económicos (y para los propios consumidores) como el relativo a si el TJCE considera que, en mayor o menor grado, la publicidad incluida entre las inciertas modalidades de venta, a las que se refiere el tantas veces citado motivo n.º 16 de la sentencia «Keck y Mithouard» hemos de confesar la imposibilidad de llegar a conclusiones definitivas. En efecto, no podemos excluir que la interpretación a contrario del motivo n.º 22 de «Leclerc-Siplec» que, con tanto convencimiento como confianza, hemos propuesto en el anterior capítulo, pueda ser desmentida en una ulterior sentencia del TJCE.

En definitiva, como ya hemos tenido ocasión de señalar en el capítulo n.º 3 in fine, si el TJCE no fundamenta su jurisprudencia en criterios rigurosos e inequívocos, sigue sin definir los nuevos conceptos que introduce y, sobre todo, persiste en no especificar claramente el alcance de dicha jurisprudencia, continuaremos en esta situación por muchos años...

Para terminar, señalaremos que, en nuestra opinión, constituye un riesgo para el funcionamiento del mercado interior el cambio de orientación de la jurisprudencia del TJCE en tanto en cuanto, por lo que se refiere a las normativas relativas a ciertas modalidades de venta, se descarta la posibilidad de analizar y evaluar sus efectos sobre el comercio intracomunitario, excluyéndolas —en virtud de una presunción iuris et de iure, sin admitir prueba en contrario de que no obstaculizan directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros— del ámbito de aplicación del artículo 30 CE.

(84) Motivos n.ºs 37-47.

(85) Si se exceptúa, por supuesto: JOLIET, véase la obra citada en la nota 38, 145-151.

(86) Sin intención alguna de uniros a la que Joliet (Ibidem, p.145) califica de cacofonía doctrinal (aunque, ante la práctica unanimidad de los autores en valorar negativamente el fallo en cuestión, sería más apropiado hablar de sinfonía).

(87) Véase, al final del presente artículo, la bibliografía que se cita

(88) Así, por ejemplo, tampoco es un detalle de menor cuantía, se señalar —como hacen Melgar y Wamgwnght (véase su artículo citado en la nota 40, p.536)— que, además de las dos grandes categorías de medidas que se tipifican (?) en los motivos nos 15 y 16 de la sentencia «Keck y Mithouard», existen otros supuestos que pueden (o no) incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 30

(89) Aunque, como veremos más adelante, tampoco el motivo n.º 15 escapa a la crítica...

(90) Véase la obra de dicho autor citada en la nota 29, p.279.

(91) Véase la nota 3.

(92) Con el objetivo de decepcionar a los reclamadores recalcan (véase la obra de dicho autor citada en la nota 29, p.279).

Y no resultan convincentes los argumentos del Juez Joliet (93) basados en una distinción semántica entre *entraver* (obstaculizar) y *affecter* (afectar), que no hacen más que confirmar su enfoque formalista del que pretende defenderse.

8. EFECTOS DE LA NUEVA JURISPRUDENCIA EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.

8.1. SOBRE LOS PRODUCTOS Y SU LIBRE CIRCULACIÓN

Es preciso reconocer para empezar que, en principio, no deberíamos incluir en el eventual impacto de la nueva jurisprudencia del TJCE sobre el Derecho del Consumo todo lo que haga referencia a los productos y a sus características, que han sido excluidos por el TJCE del ámbito de aplicación del artículo 30 CE, es decir las cuestiones reguladas por las normativas nacionales relativas a la denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, envasado, etc. (95) de dichos productos de consumo. En este sentido subrayaremos, por poner un ejemplo, que nada ha cambiado en el ámbito del sector alimentario, en relación a las normativas referentes a aditivos, aromas, materiales y objetos en contacto o contaminantes (96), así como por lo que se refiere a las relativas a los métodos de elaboración y tratamiento (alimentos ultra-congelados, irradiación, etc.) y a las leyes receta (97) en general (98). Y lo propio puede decirse de otros sectores relativos a los más diversos bienes de consumo... (99).

Sin embargo, desde la perspectiva de la libre circulación de dichas mercancías, la falta de rigor en la redacción del tantas veces citado motivo n.º 15 de la sentencia «Keck y Mithouard» causa algunas dudas y perplejidades. Nos referimos a la incomprensible insistencia del TJCE en utilizar la expresión «productos legalmente fabricados y comercializados», cuando, como ha señalado reiteradamente Mattera (100), «deben beneficiarse de los principios de la libre circulación en el interior de la Comunidad, no solo los productos legalmente fabricados y comercializados en el Estado miembro de procedencia, sino también los que son: i) legalmente fabricados sin ser comercializados en ese Estado, así como los productos que están fabricados de acuerdo con

las normativas del país de destino; ó ii) fabricados de acuerdo con las normativas o procedimientos técnicos de un Estado miembro que no es ni el Estado de proveniencia, ni el de destino del producto. Pensemos, por ejemplo, en la particular situación de los productores que, en ausencia de tales normativas o procedimientos en su país, fabrican sus productos según las normativas y procedimientos de otro Estado que goza de una especial reputación».

En beneficio de la seguridad jurídica hubiera sido mejor optar por la expresión «productos legalmente fabricados o comercializados», o, mejor todavía, por la de «productos originarios de un Estado miembro o que se encuentran en él en libre práctica», o, más sencillamente todavía, referirse a «productos importados de otros Estados miembros» o «productos procedentes de otros Estados miembros» (101).

Ciertamente, la incertidumbre es aún mayor en relación a la interpretación del motivo n.º 16 de la citada sentencia «Keck y Mithouard», pues a estas alturas ignoramos qué ocurrirá con las normativas relativas a autorizaciones de productos, monopolios de venta al detalle, niveles de precios y, sobre todo, las referentes a la publicidad (dentro y fuera del etiquetado de los productos).

(93) Véase la obra de dicho autor citada en la nota 38, p.150.

(94) La consulta de un buen diccionario (francés) prueba que ambos verbos son prácticamente sinónimos. Además, no puede excluirse que ciertas medidas afecten negativamente, incluso de forma grave..

(95) Véase el motivo n.º 15 de la sentencia «Keck y Mithouard». (96) Esta enumeración no pretende ser exhaustiva...

(97) Véase la nota 13.

(98) Véase, por ejemplo, la sentencia «van der Veld», de 14 de julio de 1994.

(99) Véase, por ejemplo, la sentencia «Houtwipper», de 15 de sep tiembre de 1994, relativa a los objetos fabricados con metales pre ciosos

(100) Véase, por ejemplo, la obra de dicho autor citada en la nota 39, p. 146.

(101) Véase también MATTERA, *Ibidem*.

8.2. SOBRE LA PUBLICIDAD Y OTROS MÉTODOS DE PROMOCIÓN COMERCIAL

Como hemos tenido ocasión de señalar, una cuestión de gran importancia por lo que se refiere a la protección de los consumidores, es la de si, entre las modalidades de venta citadas en el motivo n.º 16 de la sentencia «Keck y Mithouard» figura la publicidad. Si así fuera resultaría que las disposiciones en materia de etiquetado (aplicación de la jurisprudencia «Cassis de Dijon») estarían sometidas, en el ámbito del Derecho comunitario, a un régimen distinto al de la publicidad, a pesar de que el etiquetado facultativo es en sí mismo una forma de publicidad, tanto en el ordenamiento de la mayoría de los Estados miembros, como en el comunitario (102).

Ciertamente, excluir del ámbito de aplicación del artículo 30 las normativas nacionales relativas a la publicidad, en virtud de una presunción *iuris et de iure*, no es fácil de justificar cuando, como acertadamente han señalado Melgar y Waingwright (103), ... una normativa que obliga a un agente económico a modificar una estrategia de modalidad de venta (104) legalmente aplicada en el Estado miembro de origen, puede hacer más difícil el acceso al mercado que una normativa que obliga, por ejemplo, a modificar el etiquetado, que en cualquier caso debe adaptarse a las necesidades lingüísticas del país de comercialización».

En este mismo sentido, para Gardeñes (105), «en cuanto a determinadas actividades como la publicidad (106) que, pese, a su íntima conexión con la actividad comercial, no pueden confundirse con la misma venta o comercialización, cabe una duda legítima acerca de si deben considerarse modalidades de venta o no». Con toda la razón, el citado autor advierte que «el problema se plantearía, en particular, respecto a aquellos métodos publicitarios que fueran especialmente apropiados para las necesidades de los importadores o de los comerciantes establecidos en otros Estados miembros. . .

Abunda en estas opiniones el Abogado General Jacobs que, en sus ya citadas conclusiones en el caso «Leclerc-Siplec» (108), subrayó el papel fundamental que la publicidad debe representaren una economía de mercado abierta y de libre competencia (109).

No nos parece necesario extendernos aquí sobre la importancia de la información al consumidor, y por lo tanto de la publicidad, para permitirle ejercer su libertad de elección, teniendo en cuenta que sus gustos y preferencias son decisivos a la hora de realizar dicha elección y condicionan sus hábitos de compra (110).

Desde la perspectiva de la libre circulación de las mercancías, si los mercados de cada Estado miembro siguen, a pesar del proceso de integración económica iniciada por el Tratado CE, separados y compartimentados dentro de los límites de las fronteras nacionales, inevitablemente, los productores ya establecidos en cada uno

de esos mercados conservarán su confortable predominio sin ser inquietados por los intrusos de otros Estados miembros (para quienes, si no pueden hacer publicidad, resulta sumamente difícil introducirse en un mercado donde sus productos no se han vendido previamente y por lo tanto son totalmente desconocidos por los consumidores) Y es que, por definición, las medidas que prohíben o limitan la publicidad, dentro de unos límites territoriales determinados, tienden irremediablemente a proteger a los productores nacionales y a poner en una situación de desventaja a los productores ubicados en otros Estados miembros (111).

Con un enfoque más general será preciso analizar con detenimiento la reciente (112) sentencia «Al-pine» (113), que parece potenciar la aplicación del artículo 59 del Tratado CE (114), y que, en cuyos motivos nos' 33, 36 y 37 se hace referencia expresamente a la jurisprudencia «Keck y Mit-houard», que podría mitigar los efectos negativos de ésta.

(102) Véase, por ejemplo, la definición de la Directiva 84/450/CEE en materia de publicidad engañosa (de 10 de septiembre de 1984, DO n.º L250, 19 de septiembre de 1984, p 17, artículo 2 1).

(103) Véase, de dichos autores, la obra citada en la nota 40, p 537.

(104) Y es obvio que se refieren a la publicidad, sin mencionarla.

(105) Véase, de dicho autor: «Los límites de la noción de medida de efecto equivalente: a propósito de la sentencia del TJCE de 24 de noviembre de 1993», Barcelona, 1994, p.20.

(106) La cursiva es nuestra.

(107) Véase la nota 105.

(108) Véase el capítulo 7.

(109) A la que se refiere el artículo 3.A.1 del Tratado E.

(110) Gracias a la publicidad los consumidores no solo pueden elegir entre diversos productos, cambiar de marca, etc., sino también conocer la existencia de nuevos artículos, y, de este modo, ampliar sus expectativas de consumo. Si se prohíbe o limita la publicidad los consumidores tenderán a seguir comprando los productos a los que están acostumbrados y no será fácil que los productores convencen a los detallistas para adquirir productos cuyas marcas no pueden promocionarse mediante la publicidad. Sin publicidad es mucho más sencillo para los productores establecidos mantener su cuota de mercado, porque resulta muy difícil a los agentes económicos que tratan de introducirse en el mercado dar a conocer sus productos, puesto que cualquier impedimento a la difusión de información comercial, y a fortiori la prohibición de la publicidad, tienden a fosilizar los modelos de consumo en general, y los hábitos de compra en particular, así como a bloquear el acceso a los mercados y, en definitiva a favorecer el proteccionismo.

8.3. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Resulta poco exaltante terminar este trabajo concluyendo que, en líneas generales, es demasiado pronto para evaluar el impacto de la nueva jurisprudencia del TJCE en el ámbito del Derecho del Consumo. Sin embargo, debemos admitir que es así, y, sin ir más lejos, podríamos recordar que, en el momento de redactar los párrafos finales de nuestro artículo (115), seguimos esperando que el TJCE se pronuncie en un asunto relativo al monopolio de venta al detalle de los farmacéuticos en Grecia para resolver una de las incógnitas planteadas por «Keck y Mithourad». Y ésta no es, ni mucho menos, la última que debe despejarse... (116).

Por otro lado, tampoco podemos dejar de subrayar que, en la nueva orientación jurisprudencial, se echa en falta la preocupación por la defensa de los intereses del consumidor (117) —constantemente presente en la clásica jurisprudencia «Cassis de Dijon» y en especial en las sentencias «GB-INNO» e «Yves Rocher». Este olvido no es un presagio excesivamente optimista, sobre todo si tenemos en cuenta que el TJCE, como destaca Reich (118), «en lugar de considerar la realización del mercado interior como un medio para modificar las actitudes y preferencias del consumidor en la CE, como se indicaba en el caso «Cerveza alemana», permite a los legisladores nacionales imponer modalidades de venta restrictivas [...] aunque ello ponga en peligro el interés de los consumidores en un mercado abierto».

BIBLIOGRAFÍA:

- «Court clarifies case law on Article 30 - free movement of goods». EC Food Law, 1993, N.º 24: 5-6.
- Euro-
- «L'arrêt Keck: Note d'information du Conseil» pensis 1994; N.º:21 -23.
- ALONSO GARCÍA, E. «La seguridad jurídica como presu puesto de una aplicación plena y completa del Derecho comunitario». Revista Española de Derecho Administrati vo 1986; N.º51.
- ALTARRIBA I MERCADER, F.Xavier «L'impacte publicitari en el consum, a la societat catalana actual». Institutí Catalá del Consum, Barcelona 1993; 72 pp.
- ARIZA DOLLA, G. «Barreras técnicas al comercio». Ed.Esic, Madrid 1989.
- ARNULL, Anthony «What Shall We Do on Sunday?». European Law Review 1991; 16, No. 2: 112-125.
- BASEDOW, Jürgen «Keck on the facts». Europäische Zeitschriñ für Wirtschaftsrecht 1994; 8: p.225.
- BUENDIA SIERRA, J.L «Las secuelas del caso Cassis de Dijon. Libre circulación de productos alimenticios y reglamentaciones nacionales». Revista de Instituciones Eu ropeas 1989; 16, N.º 1: p.149y ss.

(111) No es difícil concluir que tales medidas impiden la interpenetración de los mercados y son, en principio, incompatibles con el propio concepto de mercado único dentro del marco del «espacio sin fronteras interiores» al que se hace referencia en el artículo B. 1 del Tratado de la Unión Europea.

(112) De 10 de mayo de 1995.

(113)Relativa a una normativa holandesa que prohíbe a los prestadores de servicios realizar llamadas telefónicas no solicitadas a potenciales clientes establecidos en otros Estados miembros.

(114) Tema que reservamos para un futuro estudio.

(115) Véase la nota 3.

(116) Esperemos que el TJCE clarifique pronto el alcance de su re-orientación jurisprudencial que, por lo menos en la actual si tuación de incertidumbre, parece desproporcionada, sino inútil, salvo por lo que se refiere a la regulación de los horarios comer ciales... (aunque también en este ámbito la aplicación de la juris prudencia «Dassoville», y más especialmente de la evaluación del llamado efecto «Dassonville», habría podido resolver las dudas y perplejidades de los críticos de la jurisprudencia «Cassis de Di jon»).

(117) Que raramente se mencionan en las sentencias posteriores a «Keck y Mithouard»...

(118) Véase la obra de dicho autor citada en la nota 7, 484-485.

- CAPELLI, Fausto «La sentenza sul Cassis de Dijon: una minaccia per i consumatori europei?». Rassegna di Dirit- to e Técnica dell'Alimentazione 1982; N.º 4: 251-259.

- CAPELLI, Fausto «Les malentendus provoques par l'arret sur le Cassis de Dijon». Revue du Marché Com- mun 1981: 421.

- DE SOLA, M. y JEUNIAUX, M. «La politique communau- taire en faveur des consommateurs». Revue du Marché Unique européen 1992; N.º 1: 65-116.

- DEFALQUE, Lucette «L'harmonisation des législations: une alternative a la jurisprudence», Bruselas, 1994, 17 pp. (119).

- GARDEÑES SANTIAGO, Miguel «Las restricciones cuanti tativas y medidas de efecto equivalente: una visión de conjunto». La Ley (Sup. «Comunidades Europeas») 1994; N.º87: 1-5.

- GARDEÑES SANTIAGO, Miguel «Los límites de la noción de medida de efecto equivalente: a propósito de la sen tencia del TJCE de 24 de noviembre de 1993». Barcelo na 1994: 21 pp.

- GARDEÑES SANTIAGO, Miguel «Los obstáculos al co mercio de productos industriales en la CEE». Institutí Uni- versitari d'Estudis Europeus, Bellaterra, Barcelona 1993; Q.T.N.º 11: 88 pp.

- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «El Cassis de Dijon o la importan cia de la nueva jurisprudencia comunitaria». Alimentaría 1981; N.º121:p. 43 y ss.

- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «El Derecho del Consumo: ¿una disciplina jurídica- autónoma?. Estudios sobre Consumo 1991; N.º22: 11-23.

- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «¿Qué es una medida de efecto equivalente?». Madrid 1982.

- GORMLEY, L. «Actually or potentially, directly or indi- rectly? Obstacles to the free movement of goods». Year- book of European Law 1989: 197.

- GORMLEY, L. «Recent case law on the free movement of goods: some hot potatoes». Common Market Law Re- wew1990, N.º27:850.

- GRIELL VENTOSA, J. y VENTOSA PALANCA, J. «La Legisla ción vitivinícola de la CEE (XI): la sentencia del Cassis de Dijon». La Semana Vitivinícola 1985; N.º 2028: 2215-2216.

- GROSE, Daphne «The Consumer in the Internal Market
- Le consommateur du Marché intérieur - El consumidor frente al Mercado interior». *Alimentalex* 1993; N.º4-E:161-175.
- GYSELEN, LUC «Mesures étatiques restrictives de concurrence: des enseignements à tirer de l'arrêt Keck». *Bru selas* 1994; 29 pp. (120)
- JOUET, René «La libre circulation des marchandises: l'arrêt Keck et Mithouard et les nouvelles orientations de la jurisprudence». *Journal des Tribunaux-Droit européen* 1994; 145-151.(121)
- LACROIX, A. «La dimension consommateur dans l'Europe des citoyens et à l'horizon 1992». *Revue du Marché Commun* 1987; 493-498.
- LAGRANGE, M. «L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire». *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1974.
- LAWLOR, E. «Droit de choisir et impulsion économique. L'objectif de la politique européenne des consommateurs». *Commission des Communautés européennes, Luxembourg* 1988; 65 pp.
- LÓPEZ ESCUDERO, M. «LOS obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea». Granada 1991; 489 pp.
- LUDER, TILMAN Y TODINO, Mario «La jurisprudence Keck en matière de publicité: vers un marché unique inachevé?». *Revue du Marché Unique Européen* 1995; N.º1. 171-192.
- MARENCO, G. «Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative». *Cahiers de Droit Européen* 1984; N.º 34 p.291 y ss.
- MARINÉ FONT, Abel «La empresa alimentaria en la defensa del consumidor». *Alimentana* 1982; N.º 131 :p.54y ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. «Derecho comunitario y protección de los consumidores. Introducción jurídica a una política comunitaria». Madrid 1990; 144 pp. ?ti
- MARTÍNEZ LAGE, S. «La libre circulación de mercancías, las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas». *Gaceta Jurídica de la CEE* 1986: 269.
- MATTERA, A. «El Mercado Único Europeo: sus reglas, su funcionamiento. Civitas, Madrid 1991; 781 pp.
- MATTERA, A. «L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence Cassis de Dijon et le principe de la reconnaissance mutuelle» *Revue du Marché Unique Européen* 1992, N.º 4 13-71

(119) Ponencia presentada en el Coloquio organizado por el Colegio de Abogados de Flandes, Bruselas, septiembre de 1994.

(120) ídem.

(121) Conferencia pronunciada con ocasión de la visita de un grupo de magistrados de los Tribunales supremos al TJCE, el 6 de junio de 1994.

- MATTERA, A. «L'élimination des barrières techniques et la mise en oeuvre de la reconnaissance mutuelle». *Revue du Marché Commun* 1990: 80.
- MATTERA, A. «La libre circulación de mercancías: artículos 30 a 36 del Tratado CEE». *Información Comercial Española*, 1985, Nos 627-628: 31-53.
- MATTERA, A «Libre circulation des marchandises: Arrêt Keck ("Revente à perte")». *Revue du Marché Unique Européen* 1993, N.º 4. 195-196.
- MATTERA, A. «De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck l'obscurité d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions». *Revue du Marché Unique Européen* 1994, 1: 117-160.
- MELGAR, Virginia y WAINWRIGHT, Richard «Bilan de l'article 30 après vingt ans: de Dassonville à Keck et Mithouard» *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 1994; N.º 381: 533-539.
- MELLADO PASCUA, Diego «La sentencia Keck y Mithouard. el Tribunal de Justicia precisa su jurisprudencia sobre el alcance del artículo 30». *Comunidad Europea Aranzadi* 1993, N.º 12. 985-990.
- MENEGAZI MUNARI, Francesca «Misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative all'importazione materiale di paste alimentari». *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali* 1991, Nos 34: 389-392.
- MOORE, Sarah «Revisiting the limits of Article 30» *European Law Review* 1994; 195-201
- MORTELMANS, K. «Article 30 of the EEC Treaty and legislation relating to market circumstances' time to consider a new definition?». *Common Market Law Review* 28: 115.
- MORTELMANS, K. «Harmonisation minimale et droit de la consommation». *Revue Européenne de Droit de la Consommation* 1988; 3-20.

- NIHOUL, F «L'interdiction d'ouvrir les magasins le dimanche est-elle contraire a la libre circulation des marchandises» *Journal des Tribunaux-Droit europeen* 1993; 12-13
- REICH, Norbert «The November Revolution of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited» *Common Market Law Review* 1994; Vol.31 N.º 3. 459-492
- RIGAUX, A. y SIMÓN, D. «Libre circulation des marchandises - Portee de l'article 30 - Mesures d'effet équivalent
— Interdiction de la vente a perte», *Europe - Ed. Techniques* 1994 (enero); 11-12.
- RUIZ-HUERTA CARBONELL, J. «Consideraciones económicas a propósito de las normas de defensa del consumidor. Especial referencia al problema de la unidad de mercado». *Estudios sobre Consumo* 1984, N.º 2: 55-64
- SEGURA RODA, Isabel «El Derecho alimentario una herramienta al servicio del colectivo social» *Rassegna di Diritto e Técnica dell'Alimentazione* 1983; N.º 5: 457- 474.
- STEINER, J. «Drawing the line. Uses and abuses of Article 30 EEC». *Common Market Law Review* 1992, 29, No.4. 749-774.
- STUYCK, J. «L'arrêt Keck et Mithouard (vente a perte) et ses conséquences sur la libre circulation des marchandises». *Cahiers de Droit Europeen* 1994; N.º 34 435-458.
- VILA COSTA, Blanca «Régimen jurídico de las sanciones por infracción a las normas comunitarias». *Revista de Instituciones Europeas* 1991; 18, N.º 3: 805-844.
- WAELBROECK, Denis «L'arrêt Keck et Mithouard les conséquences pratiqués». Bruselas 1994; 29 pp. (122).
- WHITE, Ene. «In search of limits to Article 30 of the EEC Treaty». *Common Market Law Review* 26; 235.
- White, Ene. «In search of limits to Article 30 of the EEC Treaty». *Common Market Law Review* 26: 235.
- WILS, W.P J. «The search for a rule in Article 30 EEC: much ado about nothing». *European Law Review* 1993; 475.

SENTENCIAS CITADAS:

- | | |
|-------------------------|--|
| 11 de julio de 1974 | «Dassonville», asunto 8/74, RJTJ p. 837. |
| 16 de noviembre de 1977 | «Inno», asunto 13177, RJTJ p. 2115 |
| 20 de febrero de 1979 | «Cassis de Dijon», asunto 120/78, RJTJ p. 649. |
| 17 de mayo de 1981 | «Artículos de joyería», asunto 113/80, RJTJ p. 1625. |
| 9 de diciembre de 1981 | «Vinagre», asunto 193/80, RJTJ p. 3019. |
| 17 de marzo de 1983 | «De Kikvorsch», asunto 94182, RJTJ p. 947. |

(122) Ponencia presentada en el Coloquio organizado por el Colegio de Abogados de Flandes, Bruselas, septiembre de 1994

14 de julio de 1983	«Sandoz», asunto 174/82, RJTJ p. 2445.	17 de noviembre de 1993	«Reiff», asunto C-185/91, RJTJp. 1-5841.
10 de enero de 1985	«Leclerc», asunto 229/83, RJTJ p. 1.	17 de noviembre de 1993	«Ohra», asunto C-245/91, RJTJ p. 5872.
12 de marzo de 1987	«Cerveza», asuntos 176/84 y 178/84, RJTJ pp. 1213 y 1262.	24 de noviembre de 1993	«Keck y Mithouard» asuntos acumulados C- 267-C-268/91. RJTJp I- 6097.
1 de octubre de 1987	«Verenigig van Vlaamsee Reisbureaus», asunto C- 311/85, RJTJ p. 3801.	15 de diciembre de 1993	«Hunermund», asunto C- 292/92, RJTJ p. I-6787.
23 de febrero de 1988	«Sucedáneos de la leche», asunto 216/84, RJTJ p. 793.	15 de diciembre de 1993	«Ligur Carni», asuntos acu- mulados C-277/91, C- 318/91 y C-319/91, RJTJ p. 1-6621.
14 de julio de 1988	«Pasta», asuntos 407/85 y 90/861 RJTJ pp.4285 y 4233.	2 de febrero de 1994	«Clinique», asunto C 315/92.
14 de julio de 1988	«Smanor» asunto 298/87, RJTJ p. 4289.	2 de junio de 1994	«Tankstation t Heukske» asuntos acumulados C401/92 y C402/92.
22 de septiembre de 1988	«Deserbais», asunto 286/86, RJTJ p. 4907.	2 de junio de 1994	«Punto Casa», asunto C 9/93 y C-258/93.
2 de febrero de 1989	«Productos a base de car- ne», asunto 274/87, RJTJ p. 229.	14 de junio de 1994	«van der Veldt», asunto C- 17/93.
11 de mayo de 1989	«Substitutivos de la leche», asunto 78/86, RJTJ p. 1021.	15 de septiembre de 1994	«Houtwipper», asunto C 293/93.
25 de julio de 1991	«Aragonesa de publici- dad», asuntos C-1 /90 y C- 176/90, RJTJp. 1-4179.	10 de noviembre de 1994	«Ortscheit», asunto C- 320/93.
17 de noviembre de 1993	«Meng», asunto C-2/91, RJTJp. 1-5791.	9 de febrero de 1995	«Leclerc-Siplec», asunto C412/93.
		10 de mayo de 1995	«Alpme», asunto C-384/93

Colaboradores

JOSÉ ALBERTO REVILLA GONZÁLEZ

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Premio extraordinario de Licenciatura por la Universidad de Alicante. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente, es Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal en la Universidad Carlos III.

VICENTE MARTÍNEZ-TUR y NURIA TORDERA

Miembros de la Unidad de Investigación en Psicología de las Organizaciones y del Trabajo de la Universitat de Valencia. En esta Unidad se han venido desarrollando diferentes proyectos que tienen como objeto de estudio común las organizaciones de servicios (organizaciones hospitalarias, instalaciones deportivas, banca, transportes, Servicios Sociales, etc.).

LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ

Jefe de la División "Aplicación de los artículos 30 a 36 CEE y supresión de las restricciones a los intercambios", Dirección General XV, Mercado Interior y servicios financieros, Comisión Europea, Bruselas. De 1988 a 1992 prestó sus servicios en la División "Productos Alimenticios" de la DG III de la Comisión, a la que se incorporó tras ocupar el cargo de Jefe del Departamento de Legislación alimentaria, veterinaria y fitosanitaria de la FAO, Roma (de 1982 a 1987). Su especialización en Derecho del Consumo se desarrolló, hasta esas fechas, no solo en el ámbito de la empresa privada, sino también en el de la Administración autonómica y en consultorías internacionales.

LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid. Licenciado en Derecho por la Universidad de Valladolid con Premio Extraordinario. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid con Premio Extraordinario.

Ha sido con anterioridad Catedrático de Derecho Mercantil en las Universidades de Extremadura, Alcalá de Henares y Alicante; Miembro del Max Planck-Institut de Hamburgo y Munich desde 1970 a 1975, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante y Director del Centro de Documentación Europea de dicha Universidad.

Co-Director de la Revista "Derecho de Sociedades", es autor de numerosas monografías, habiendo publicado además casi un centenar de artículos en revistas jurídicas españolas y extranjeras, alemanas e italianas fundamentalmente.

JESÚS GUTIÉRREZ BRITO

Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología por la Universidad Complutense de Madrid. Especializado en el campo de la Sociología del Consumo e Investigación de mercados ha realizado numerosas investigaciones como técnico cualitativo en la empresa Metra seis. Profesor de Sociología en la Universidad Europea de Madrid.