

La sentencia *Caixa Bank France*: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirma la *convergencia* de su jurisprudencia relativa a la libre circulación en el ámbito del Mercado interior

Luis González Vaqué

Consejero, Dirección de Mercado Interior,
Comisión Europea, Bruselas*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. LA SENTENCIA CAIXA BANK FRANCE—2.1. *Antecedentes: las cuestiones prejudiciales*—2.2. *El fallo*—2.3. *Comentarios*—2.3.1. Sobre la aplicabilidad de la Directiva 2000/12/CE—2.3.2. Sobre la aplicación del artículo 43 CE—2.3.3. El artículo 43 CE: la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento—2.3.4. Sobre la posible justificación de la medida controvertida
3. CONCLUSIONES—3.1. *Sobre la jurisprudencia consagrada en las sentencias «Gebhard», «Mac Quen y otros» y «Payroll y otros»*—3.2. *¿Acceso al mercado versus ejercicio de la libertad?*—3.3. *¡Descanse en paz Keck y Mithouard!*

* Dirección electrónica: luis-gonzalez.vaque@cec.eu.int (las opiniones expresadas en este estudio son de la exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Institución en la que éste presta sus servicios). Se agradece a SERGIO BUTELLI, CARMEN GÜELL I BARCELÓ, JORDI GASULL FABREGAT, ELLEN MITTLER y RICARDO SÁNCHEZ SIERRA, de la Biblioteca Central de la Comisión, su colaboración en la selección y localización de las referencias bibliográficas citadas

1. INTRODUCCIÓN

El 5 de octubre de 2004 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) dictó la sentencia «Caixa Bank France»¹, que, seguramente, tendrá un impacto notable en Francia, cuyo sector bancario está muy concentrado².

Además, dicho fallo resulta de especial interés por cuanto se refiere a la interpretación del artículo 43 CE en relación con la prohibición de remunerar determinadas cuentas corrientes y complementa la nutrida jurisprudencia relativa a la libre circulación de servicios y, en particular, la referente al derecho de establecimiento.

Por ello nos parece oportuno dedicar el presente estudio a la citada sentencia, así como a las Conclusiones del Abogado General Tizzano referentes al asunto en cuestión³, en las que se encuentran unas interesantes, aunque no siempre pertinentes, reflexiones que van más allá del ámbito de aplicación del derecho de establecimiento y se enmarcan en el más amplio de la libertad de circulación en el seno del Mercado interior, del que dicho derecho constituye un elemento fundamental⁴.

2. LA SENTENCIA CAIXA BANK FRANCE

2.1. Antecedentes: las cuestiones prejudiciales

En el año 2002, la *Société Caixa Bank France*, una filial francesa de la sociedad española *Caixa Holding*⁵, informó al Comité de regulación bancaria de Francia sobre su intención de introducir en el mercado una cuenta corriente *a la vista* remunerada con un interés del 2% a partir de un saldo activo de 1.500 euros.

En este contexto, dicho Comité, mediante decisión de 16 de abril de 2002,

¹ Asunto C-442/02, sin publicar todavía.

² Véanse: «La fin de l'interdiction de rémunération des comptes bancaires: une certitude», *Recueil Dalloz*, núm. 36/7177, 2004, pg. 26-46; y PIEDELIÈVRE, «Fcu vert de la CJCE pour les comptes rémunérés», *Recueil Dalloz*, núm. 38/7179, 2004, pg. 27-70.

³ Presentadas el 25 de marzo de 2004 en el marco del asunto C-442/02 en el que recayó la sentencia *Caixa Bank France* (véase la nota 1).

⁴ Véase: OLIVER y ROTH, «The Internal Market and the Four Freedoms», *Common Market Law Review*, Vol. 41, núm. 2, 2004, 407-411.

⁵ Con domicilio social en España. El TJCE recordó, además, que dicha sociedad posee las participaciones del grupo *Caixa* en las entidades de crédito establecidas con este nombre en España y en otros países de la Unión Europea (véase el fundamento jurídico núm. 5 de la sentencia *Caixa Bank France*).

prohibió a la *Société Caixa Bank France* que celebrara nuevos contratos que tuvieran por objeto cuentas *a la vista* remuneradas cuyos titulares residieran en Francia, instándole al mismo tiempo, por lo que se refiere a los contratos ya celebrados, a que denunciara las cláusulas que establecían una remuneración⁶. En contra de dicha decisión, la mencionada entidad bancaria interpuso un recurso de casación ante el *Conseil d'État*, alegando que la prohibición de remunerar las cuentas *a la vista* de los residentes en Francia se oponía a lo dispuesto en el Tratado sobre la libertad de establecimiento⁷.

Habida cuenta de la naturaleza de esta argumentación, el *Conseil d'État* suspendió el procedimiento y planteó al TJCE las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) Dado el silencio normativo de la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, ¿constituye una restricción a la libertad de establecimiento la prohibición de remunerar las cuentas corrientes y otros fondos reembolsables impuesta por un Estado miembro a las entidades de crédito lícitamente establecidas en su territorio?
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿cuál es la naturaleza de las razones de interés general que podrían, en su caso, invocarse para justificar tal restricción?».

2.2. El fallo

En respuesta a las citadas cuestiones, el TJCE declaró:

«El artículo 43 CE se opone a la normativa de un Estado miembro que prohíbe a una entidad de crédito, filial de una sociedad de otro Estado miembro, que remunere las cuentas corrientes denominadas en euros, abiertas por residentes del primer Estado miembro».

2.3. Comentarios

2.3.1. Sobre la aplicabilidad de la Directiva 2000/12/CE

En primer lugar, el TJCE confirmó que la Directiva 2000/12/CE relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito⁸ no era aplicable a un caso

⁶ Véase, sobre este tema: IDOT, «La rémunération des comptes à vue et le droit communautaire: à propos de la décision de la Commission bancaire du 16 avril 2002», *Les Petites affiches*, núm. 212, 2002, pg. 11.

⁷ Véanse: ALFANDARI, «La rémunération des comptes à vue: la fin du *ni-ni* français?», *La Semaine juridique – entreprise et affaires*, núm. 49, 2004, 1898-1899; y CHALTIET, «L'interdiction de la rémunération des comptes à vue à l'épreuve du droit communautaire: à propos de l'arrêt *Société Caixa Bank France* du Conseil d'État du 6 novembre 2002», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 467, 2003, 253-234.

⁸ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DO núm. L 126 de 26 de mayo de 2000, pg. 1). Véanse, sobre esta Directiva, los puntos 3, 4 y 5 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano citadas en la nota 3.

como el del asunto principal, en particular porque dicha normativa no contempla las restricciones al establecimiento de sociedades que, como la *Société Caixa Bank France*, ejercitan el derecho de establecimiento en un Estado miembro como filiales de entidades de crédito establecidas en otros Estados miembros.

El TJCE desestimó pues los argumentos de la Comisión en el sentido de que la normativa francesa constituía una infracción del régimen armonizado que establece la Directiva 2000/12/CE para las sucursales⁹.

2.3.2. *Sobre la aplicación del artículo 43 CE*¹⁰

Según el TJCE, mediante sus cuestiones el órgano jurisdiccional remitente preguntaba si el artículo 43 CE se opone a la normativa de un Estado miembro que prohíbe a una entidad de crédito filial de una sociedad de otro Estado miembro remunerar las cuentas corrientes denominadas en euros, abiertas por residentes del primer Estado miembro.

En este contexto, tras recordar que el derecho de establecimiento previsto en el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, se reconoce tanto a las personas físicas nacionales de un Estado miembro como a las personas jurídicas a las que se refiere esta última disposición, el TJCE confirmó que dicho derecho «comprende, sin perjuicio de las excepciones y requisitos previstos, el *accesso*¹¹ en el territorio de cualquier otro Estado miembro a toda clase de actividades por cuenta propia y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y la apertura de agencias, sucursales o filiales»¹². Por consiguiente, estimó que resultaba pertinente examinar la situación jurídica en cuestión en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 43 CE¹³.

2.3.3. *El artículo 43 CE: la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento*

2.3.3.1. Las Conclusiones del Abogado General Tizzano

Antes de ocuparnos de cómo el TJCE interpretó lo dispuesto en el artículo

⁹ Véanse los puntos 16 y 22 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano citadas en la nota 3.

¹⁰ Véase: IDOT, obra citada en la nota 6, 12-15.

¹¹ La cursiva es nuestra.

¹² Véase el fundamento jurídico núm. 9 de la sentencia «Caixa Bank France» en el que se hace referencia al fundamento jurídico núm. 18 de la sentencia «Pfeiffer» de 11 de mayo de 1999, asunto C-255/97, RJT] pg. I-2835 [véanse, sobre este último fallo: BOUTARD-LABARDE, «Droit communautaire – Propriété intellectuelle», *La Semaine juridique*, núm. 49, 1999, pg. 2193; GOLLER, «Plus: Alles wie gehabt oder *Wir bieten mehr?* (Pfeiffer Grosshandel GmbH/Lånwa Warenhandel GmbH; EuGH vom 11. Mai 1999, C-255/97)», *European Law Reporter*, núm. 6, 1999, 259-260; y LUBY, «Liberté d'établissement – Article 43 (ex-art. 52) du traité – Propriété industrielle et commerciale – Nom commercial», *Journal du droit international*, núm. 1, 2000, 481-482 (véase también la nota 25)].

¹³ Véase el fundamento jurídico núm. 10 de la sentencia «Caixa Bank France».

43 CE en el fallo que nos interesa, vale la pena referirnos al análisis de su jurisprudencia, que constituye el elemento central de las Conclusiones del Abogado General Tizzano relativas a dicha sentencia¹⁴. Cabe subrayar que, tras realizar el citado análisis, Tizzano propuso al TJCE que respondiera a la primera cuestión planteada por el *Conseil d'État* francés en el sentido de que las normativas nacionales de un Estado miembro que regulan el ejercicio de una actividad económica constituyen restricciones a la libertad de establecimiento prohibidas por el artículo 43 CE, aunque *matizó* que para ello debían cumplirse dos condiciones: producir «...el efecto de colocar al operador que ejercita dicha libertad en una posición de hecho o de Derecho desfavorable con respecto a un operador establecido en dicho Estado o, en cualquier caso, siempre que condicionen *directamente*¹⁵ el acceso del operador al mercado»¹⁶.

El Abogado General Tizzano partió de la base de que la jurisprudencia del TJCE relativa a la libertad de establecimiento y, en general, a la libertad de circulación de las personas económicamente activas en el Mercado interior no es del todo unívoca y se presta, por lo tanto, a interpretaciones distintas, por no decir contradictorias. Por esta razón, y a fin de determinar por cuál de las posibles interpretaciones del artículo 43 CE debía optarse, consideró necesario examinar con detenimiento dicha jurisprudencia, no sin antes recordar brevemente el texto del Tratado.

Por lo que se refiere al artículo 43 CE, Tizzano recordó que está compuesto por dos párrafos:

- el primero prohíbe «las restricciones a la libertad de establecimiento», inscribiendo tal prohibición «en el marco de las disposiciones siguientes»; y
- el segundo, al describir el marco en el que dicha prohibición despliega sus efectos característicos, aclara que la libertad de establecimiento «comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y la gestión de empresas [...] en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales».

¹⁴ Citadas en la nota 3.

¹⁵ La cursiva es nuestra.

¹⁶ Véase el punto 90 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano citadas en la nota 3. Además, Tizzano afirmó que «una medida nacional como la prohibición de remunerar las cuentas *a la vista* denominadas en euros constituye una restricción a la libertad de establecimiento contraria al artículo 43 CE si su aplicación impide a las filiales de bancos extranjeros competir eficazmente, por lo que se refiere a la recepción de depósitos del público, con los bancos tradicionalmente establecidos en el territorio nacional y dotados de una amplia red de oficinas» (*ibidem*, punto 91). En cualquier caso, estimó que «corresponde al órgano jurisdiccional nacional efectuar tal valoración, comprobando, en concreto, si en el mercado crediticio francés existen otras formas de depósito fácilmente disponibles que puedan remunerarse libremente y que permitan una competencia efectiva en dicho mercado» (*ibidem*, punto 92).

Según el Abogado General Tizzano, la jurisprudencia comunitaria *tradicional* tendía a reconocer en el *principio del trato nacional* la esencia de la libertad de establecimiento¹⁷, equiparando la prohibición de imponer restricciones prevista en el párrafo primero del artículo 43 CE con la prohibición de discriminación (directa o indirecta) por lo que se refiere a las condiciones de acceso y de ejercicio de las actividades económicas, según lo dispuesto en el párrafo segundo.

No obstante, parece que, desde que dictó la sentencia «Kraus»¹⁸, el TJCE aplica un criterio más estricto que el del trato nacional y reconoce que ciertas medidas no discriminatorias también pueden constituir una restricción a la libertad de establecimiento. En efecto, el elemento fundamental del análisis que el TJCE efectuó en dicho fallo es –al margen de la eventual discriminación– el *efecto de la medida nacional consistente en hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de los ciudadanos comunitarios*. Por otra parte, no puede considerarse que, en la citada sentencia, el TJCE exigiera que la medida nacional controvertida produjera efectos directos en el acceso a una actividad económica para poder ser calificada de restricción contraria al Tratado: en realidad, la medida controvertida constituía un obstáculo a efectos del artículo 43 CE debido sencillamente a sus potenciales consecuencias negativas sobre la conveniencia económica de ejercer determinadas actividades profesionales¹⁹. De todos modos, como reconoció el propio Tizzano, la sentencia «Kraus» se presta también a otra interpretación, ya que la adopción de un criterio de esta índole, en verdad muy estricto, podría haber venido impuesta por las circunstancias del caso

¹⁷ Véanse, por ejemplo, los siguientes fundamentos jurídicos: núm. 19 de la sentencia «Thieffry» de 28 de abril de 1977, asunto 71/76, RJTJ pg. 765; y núm. 14 de la sentencia «Steinhauser» de 18 de junio de 1985, asunto 197/84, RJTJ pg. 1819.

¹⁸ De 31 de marzo de 1993, asunto C-19/92, RJTJ pg. I-1663 [este fallo se refería a una medida alemana que imponía una serie de formalidades para el reconocimiento del valor legal de un título académico extranjero (véase el punto 34 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano citadas en la nota 3; así como: MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Servicios y derecho de establecimiento: Utilización de títulos universitarios de tercer ciclo obtenidos en Estados miembros distintos al de establecimiento. El elemento *discriminación* en las restricciones a las libertades comunitarias», *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. B-85, 1993, 23-27)].

¹⁹ Tizzano se refirió, en concreto, al fundamento jurídico núm. 21 de la sentencia «Kraus», citada en la nota anterior, en el que el TJCE afirmó que «...el poseedor de un título como el contemplado en el litigio principal puede encontrarse en una situación ventajosa en el ejercicio de su actividad profesional, en la medida en que la posesión de dicho título puede proporcionarle una retribución más elevada o un ascenso más rápido o, incluso, darle acceso, durante su carrera, a determinados puestos específicos reservados a personas con una capacitación particularmente elevada». Recordó también que en el fundamento jurídico núm. 22 se señalaba que «...el establecimiento como trabajador independiente y, en cualquier caso, el ejercicio de una actividad profesional correspondiente se encuentran ampliamente facilitados por la posibilidad de acreditar títulos universitarios obtenidos en el extranjero y que completan los títulos nacionales que dan acceso a la profesión» (véase el punto 34 de las Conclusiones del Abogado General TIZZANO citadas en la nota 3).

concreto más que por una opción interpretativa de carácter general²⁰. Además, siempre según Tizzano, lo mismo podría decirse de las sentencias posteriores «Gebhard»²¹, «Mac Quen y otros»²² y «Payroll y otros»²³, en las que se trataba de apreciar la compatibilidad con el Tratado de unas medidas nacionales que restringían directamente el acceso a una profesión regulada aplicando criterios potencialmente discriminatorios. De todos modos, TIZZANO recordó que en dichas ocasiones el TJCE había recurrido a un concepto bastante amplio de restricción, considerando como tal todas aquellas «medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado»²⁴, y que había reiterado la misma *fórmula* en la sentencia «Pfeiffer»²⁵.

²⁰ Desde esta nueva perspectiva interpretativa el enfoque del TJCE en el asunto «Kraus» constituiría la reacción lógica a la postura del ordenamiento jurídico alemán, que penalizaba a aquel que había obtenido un título universitario en el extranjero exigiéndole, a los efectos de reconocer su valor legal, una formalidad que no se requería para los títulos académicos obtenidos en Alemania (véase el punto 37 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano citadas en la nota 3).

²¹ De 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, RJTJ pg. I-4165 (véanse, sobre este fallo: BARNARD, «The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms», Oxford University Press, Oxford, 2004, 296-297; BRULARD y DEMOLIN, «Avocats – Traité C.E. – Directive 77/249/C.E.E. du Conseil du 22 mars 1977 – Libre prestation de services – Droit d'établissement – Possibilité d'ouvrir un cabinet d'avocat– Articles 52 et 58 du Traité», *Journal des tribunaux*, núms. 5805, 1996, 462-468; y JARVIS, «Freedom of establishment and freedom to provide services: Lawyers on the move?», *European Law Review*, Vol. 21, núm. 2, 1996, 247-252).

²² De 1 de febrero de 2001, asunto C-108/96, RJTJ pg. I-837.

²³ De 17 de octubre de 2002, asunto C-79/01, RJTJ pg. I-8923 (véase, sobre este fallo: PRIETO, «Liberté d'établissement et de prestation de services», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 39, núm. 3, 2003, pg. 506).

²⁴ Véase el fundamento jurídico núm. 37 de la sentencia «Gebhard», citada en la nota 21, en el que el TJCE declaró que «...según la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo» (véase: BARNARD, obra citada en la nota 21, pg. 19).

²⁵ Citada en la nota 12. Como recordó Tizzano en punto 41 de las Conclusiones citadas en la nota 3, en este asunto el TJCE tuvo que pronunciarse sobre la compatibilidad con el Tratado de la normativa austriaca relativa a la tutela del nombre comercial frente a los riesgos de confusión, puesto que se discutía la prohibición impuesta a la filial de una empresa alemana de utilizar un determinado nombre comercial, ya utilizado en Alemania por la sociedad matriz, pero que coincidía sustancialmente con el nombre comercial de un competidor austriaco (véanse: BARNARD, obra citada en la nota 21, pg. 325; y SANZ, «El asunto *Pfeiffer c. Lánwa*: ¿El principio del fin de *Keck*?», *Gaceta Jurídica de la UE*, núm. 205, 2000, pg. 47). Cabe destacar, además, que la medida controvertida en el asunto «Pfeiffer» no se refería al acceso a una actividad económica, la de la distribución en el sector de la alimentación, que, de hecho, seguía estando abierta a cualquier operador, nacional o extranjero y que no se trataba de una medida que discriminase, directa o indirectamente, a quien hubiera hecho uso de la libertad de establecimiento, dispensándole un trato menos favorable que a los operadores establecidos originariamente en dicho Estado

Basándose en la jurisprudencia consagrada en este último fallo, el Abogado General Tizzano afirmó que «...podría sostenerse [...] que constituye una restricción a la libertad de establecimiento cualquier medida nacional que recorte los márgenes de rentabilidad de una determinada actividad económica, haciendo de este modo menos atractivo, aunque sea *indirectamente*²⁶, el ejercicio de la libertad de establecimiento»²⁷.

Tras criticar veladamente un *criterio tan estricto*²⁸, Tizzano recordó que en otras sentencias el TJCE había utilizado dicho criterio de forma menos estricta limitándose a calificar como ilícitas las restricciones a la libertad de circulación de las personas que resultaban de medidas nacionales que obstaculizaban *directamente* el acceso a una actividad económica, o bien que tenían un carácter fundamentalmente discriminatorio porque no garantizaban la igualdad de condiciones, tanto de hecho como de Derecho, en el acceso a una actividad económica o en su ejercicio. En este sentido, se refirió a las sentencias «Alpine Investments»²⁹, «Perfili»³⁰, «Futura Participations»³¹ y «Metallgesellschaft y Hoechst»³².

Por lo que se refiere a la sentencia «Alpine Investments»³³, el Abogado

(véase el punto 42 de las Conclusiones citadas en la nota 3). No obstante, el TJCE calificó la normativa austriaca de restricción a la libertad de establecimiento –sin perjuicio de considerarla, a continuación, justificada por exigencias derivadas de la protección de la propiedad industrial–, en la medida en que obligaba a la empresa alemana y a su filial austriaca a «organizar de modo diferente la presentación de sus explotaciones en función del lugar de establecimiento» (*ibidem*, punto 43).

²⁶ La cursiva es nuestra.

²⁷ Véase el punto 44 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano citadas en la nota 3.

²⁸ En el punto 45 de las Conclusiones citadas en la nota 3, Tizzano observó que «...si, en principio, cualquier medida nacional que pueda hacer menos interesante [...] el ejercicio de la libertad de circulación está prohibida, se podría sostener en efecto que, a falta de armonización de las legislaciones nacionales aplicables al ejercicio de una determinada actividad económica, el Estado que adopta la normativa más estricta crea automáticamente un obstáculo a la libertad de establecimiento de los operadores procedentes de otros Estados miembros». Añadió que la aceptación de esta tesis permitiría considerar que la medida francesa controvertida en el caso «Caixa Bank France», que obligaba al grupo *Caixa Bank* a preparar estrategias comerciales diferentes para su filial francesa, por una parte, y para las filiales o sucursales que operaban en los demás Estados miembros, por otra, constituía, precisamente por ello, una restricción a la libertad de establecimiento contraria al artículo 43 CE (*Ibidem*, punto 46).

²⁹ De 10 de mayo de 1995, asunto C-384/93, RJTJ pg. I-1141 (véanse, sobre este fallo: GIMENO VERDEJO, «La noción de servicios y la eventual traslación de la jurisprudencia *Keck* al ámbito de la libre prestación de servicios en la sentencia *Alpine Investments*», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 14, 1996, 186-190; GREAVES, «Advertising Restrictions and the Free Movement of Goods and Services», *European Law Review*, Vol. 23, núm. 4, 1998, 313-315; y OLIVER y ROTH, obra citada en la nota 4, 417-418).

³⁰ De 1 de febrero de 1996, asunto C-177/94, RJTJ pg. I-161.

³¹ De 15 de mayo de 1997, asunto C-250/95, RJTJ pg. I-2471.

³² De 8 de marzo de 2001, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, RJTJ pg. I-1727.

³³ Citada en la nota 29.

General Tizzano subrayó que en ella «...se hace hincapié en el criterio del obstáculo directo al acceso»³¹. Recordó también que en el citado fallo el TJCE tuvo que pronunciarse sobre una normativa nacional que prohibía a los operadores de los mercados financieros establecidos en los Países Bajos recurrir al teléfono y, en particular, al *cold calling*³⁵ para captar clientes potenciales, tanto en el territorio nacional, como en el territorio de los demás Estados miembros. En este contexto, según el TJCE, una prohibición como la que fue objeto del caso «Alpine Investments», pese a ser indistintamente aplicable, podía «constituir una restricción a la libre prestación de los servicios transfronterizos»³⁶ en la medida en que «[privaba] a los operadores afectados de una técnica rápida y directa de publicidad y de toma de contacto con los clientes potenciales que se [encontraban] en otros Estados miembros»³⁷. En respuesta a una objeción basada en la posible aplicación por analogía de la jurisprudencia consagrada en la sentencia «Keck y Mithouard»³⁸, el TJCE subrayó, ade-

³¹ Véase el punto 44 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano citadas en la nota 3.

³⁵ Es decir, el empleo del teléfono para ofrecer servicios a clientes potenciales, sin que exista una autorización previa de estos últimos (véase la nota 25 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano citadas en la nota 3).

³⁶ Véase el fundamento jurídico núm. 28 de la sentencia «Alpine Investments» citada en la nota 29.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ De 24 de noviembre de 1993, asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, RJTJ pg. I-6097. Véase sobre la jurisprudencia consagrada en este fallo: AMADEO, «Novità in tema di divieto di misure di effetto equivalente. Cause No. 267/91 e No. 268/91, 24 novembre 1993, Procedimento penale a carico di B. Keck e D. Mithouard», *Diritto comunitario e degli Scambi internazionali*, núm. 4, 1994, 665-700; BARNARD, obra citada en la nota 21, 134-148; CHALMERS, «Repackaging the Internal Market. The Ramifications of the Keck Judgment», *European Law Review*, Vol. 19, núm. 4, 1994, 385-403; COULON, «Un revirement jurisprudentiel d'ampleur: l'arrêt Keck et Mithouard», *Revue des affaires européennes*, núm. 1, 1994, 59-62; DAUSES y ROTIL, «Recent developments in the case-law of the European Court of Justice on the free movement of goods within the EU», *European Food Law Review*, Vol. 7, núm. 4, 1996, 355-371; GARDENES SANTIAGO, «Acerca de los límites de la noción de medida de efecto equivalente: a propósito de la sentencia Keck del TJCE, de 24 de noviembre de 1993», *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. 140, 1994, 5-11; GORMLEY, «Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in Keck and Mithouard», *European Business Law Review*, Vol. 5, núm. 3, 1994, 63-67; GYSELEN, «Développements récents en matière de libre circulation des marchandises. Mesures étatiques restrictives de concurrence: des enseignements à tirer de l'arrêt Keck et Mithouard?», *Journal des tribunaux - Droit européen*, núm. 13, 1994, 170-174; JOLIET, «La libre circulación de mercancías: la sentencia Keck y Mithouard y las nuevas orientaciones de la jurisprudencia», *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. D-23, 1995, 7-38; MATTERA, «De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck: l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions», *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 1, 1994, 117-160; MELGAR y WAINWRIGHT, «Bilan de l'article 30 après vingt ans de jurisprudence: de Dassonville à Keck et Mithouard», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 381, 1994, 533-539; MELLADO PASCUA, «La sentencia Keck y Mithouard: el Tribunal de Justicia precisa su jurisprudencia sobre el alcance del artículo 30», *Comunidad Europea Aranzadi*, núm. 12, 1993, 985-990; OLIVER, «Free Movement of Goods in the European Community under Articles 28 to 30 of the EC Treaty», Sweet & Maxwell, Londres, 2003, 122-128; PICON, «La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux

más, que una «prohibición como la controvertida [emanaba] del Estado miembro de establecimiento del prestador de los servicios y no sólo [afectaba] a las ofertas hechas a destinatarios establecidos en el territorio de dicho Estado, o que se [desplazaban] a él para recibir dichos servicios, sino también a las ofertas dirigidas a destinatarios que se [encontraban] en el territorio de otro Estado miembro»³⁹. De lo anterior se desprendía, según el TJCE, que tal prohibición «[condicionaba] directamente el acceso al mercado de los servicios en los demás Estados miembros»⁴⁰ y, por lo tanto, «[podía] obstaculizar el comercio intracomunitario de los servicios»⁴¹.

Según Tizzano, esta última precisión permitía estimar que el TJCE consideraba que, para constituir un obstáculo a la libre prestación de servicios, una medida nacional indistintamente aplicable debía *condicionar directamente el acceso al mercado de servicios* en los demás Estados miembros. En cambio, no era suficiente a estos efectos el hecho de que «otros Estados miembros apliquen disposiciones menos rigurosas a los prestadores de servicios similares establecidos en su territorio»⁴².

En el punto 54 de sus Conclusiones⁴³, el Abogado General Tizzano destacó que podían encontrarse consideraciones análogas a las formuladas en la

échanges», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 34, núm. 2, 1998, 169-189; POIARES MADURO, «We, the Court: the European Court of Justice and the European economic constitution: a critical reading of article 30 of the EC Treaty», Hart, Oxford, 1998, 78-88; REICHL, «The November revolution of the European Court of Justice: *Keck*, *Meng* and *Audi* revisited», *Common Market Law Review*, Vol. 31, núm. 3, 1994, 459-492; VAN HUFFEL, «Le champ d'application de l'article 30 du Traité de Rome et les arrêts *Keck et Mithouard*, *Hünermund et Clinique*: la nouvelle liberté de la libre circulation des marchandises ou l'enfer c'est les autres?», *Revue européenne de droit de la consommation*, núm. 2, 1994, 95-113; WAELBROECK, «Développements récents en matière de libre circulation des marchandises. L'arrêt *Keck et Mithouard*: les conséquences pratiques», *Journal des tribunaux – Droit européen*, núm. 13, 1994, 161-166; y WEATHERILL, «After *Keck*: some thoughts on how to clarify the clarification», *Common Market Law Review*, Vol. 33, núm. 5, 1996, 885-906.

³⁹ Véase el fundamento jurídico núm. 38 de la sentencia «Alpine Investments» citada en la nota 29.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem* (véase también: GREAVES, obra citada en la nota 29, 314-315).

⁴² Véase el punto 53 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano citadas en la nota 3 en el que se hace referencia a los siguientes fundamentos jurídicos: núm. 18 de la sentencia «Kenny» de 28 de junio de 1978, asunto 1/78, RJTJ pg. 1489; núm. 10 de la sentencia «Van Dam en Zonen y otros» de 3 de julio de 1979, asuntos acumulados del 185/78 al 204/78, RJTJ pg. 2345; núm. 19 de la sentencia «Wood y Cowie» de 7 de mayo de 1992, asuntos acumulados C-251/90 y C-252/90, RJTJ pg. I-2873; núm. 48 de la sentencia «Peralta» de 14 de julio de 1994, asunto C-379/92, RJTJ pg. I-3453; núm. 27 de la sentencia «Alpine Investments» citada en la nota 29; y núm. 17 de la sentencia «Perfili» citada en la nota 30.

⁴³ Citadas en la nota 3.

sentencia «Alpine Investments» en otros fallos posteriores⁴¹ y, en especial, en las sentencias «Bosman»⁴⁵ y «Graf»⁴⁶.

Por lo que se refiere a este último fallo, Tizzano, tras recordar que en él se trataba de la compatibilidad con el Tratado de unas normativas nacionales que podían obstaculizar la decisión de un trabajador de dejar su puesto de trabajo para aceptar otro en otro Estado miembro porque negaban al trabajador el derecho a la indemnización por despido en dicho supuesto, reduciendo así la conveniencia económica del traslado, subrayó que el TJCE había desestimado la tesis que consideraba la citada medida un obstáculo a la libre circulación de personas en el Mercado interior. Por el contrario, remitiéndose a la sentencia «Alpine Investments», el TJCE enunció el principio según el cual «las disposiciones que, aun siendo indistintamente aplicables, impidan o disuadan a un nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación»⁴⁷ constituyen una restricción a dicha libertad, prohibida en principio por el Tratado, sólo cuando «condicionen [directamente] el acceso de los trabajadores al mercado de trabajo»⁴⁸. Este requisito no concurre, en cambio, cuando el efecto restrictivo depende de una «circunstancia demasiado aleatoria e indirecta»⁴⁹.

No obstante, el *inventario* de la jurisprudencia del TJCE relativa a la interpretación del artículo 43 CE realizado por el Abogado General Tizzano no le permitió llegar a una conclusión distinta a su tesis inicial, «a saber, que la citada jurisprudencia difícilmente puede reducirse a la unidad y, por tanto, como ocurre precisamente en el presente caso, se presta a apreciaciones enfrentadas»⁵⁰. Esta *desorientación* resulta bastante decepcionante en particular por lo que se refiere a la sugerencia de Tizzano relativa a la introducción en este ámbito de la misma filosofía que inspiró la jurisprudencia «Keck y

⁴¹ Las sentencias «Scmeraro Casa» de 20 de junio de 1996, asuntos acumulados C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 y C-332/94, RJTJ, pg. I-2975; «SETTG» de 5 de junio de 1997, asunto C-398/95, RJTJ pg. I-3091; y «Zenatti» de 21 de octubre de 1999, asunto C-67/98, RJTJ pg. I-7289.

⁴⁵ De 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, RJTJ pg. I-4921 (véanse, sobre este fallo: CASTELLANETA, «Libera circolazione dei calciatori e disposizioni della Figc. Causa No. 117/91, 4 ottobre 1991, Bosman c. Commissione europea», *Diritto comunitario e degli Scambi internazionali*, núm. 4, 1994, 631-663; LEE, «The Bosman Case: Protecting Freedom of Movement in European Football», *Fordham International Law Journal*, Vol. 19, núm. 3, 1996, 1290-1316; y MORRIS y SPINK, «EC Law and Professional Football: The Bosman Case», *European Business Law Review*, Vol. 7, núm. 3, 1996, 55-58).

⁴⁶ De 27 de enero de 2000, asunto C-190/98, RJTJ pg. I-459 (véase, sobre este fallo: BARNARD, obra citada en la nota 21, 147-148).

⁴⁷ Véase el fundamento jurídico núm. 23 de la sentencia «Graf» citada en la nota anterior.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Véase el fundamento jurídico núm. 25 de la sentencia «Graf» citada en la nota 46.

⁵⁰ Véase el punto 57 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano citadas en la nota 3.

Mithouard»⁵¹. En nuestra opinión, esta propuesta⁵² resulta poco convincente especialmente cuando en el ámbito de la libre circulación de mercancías no sólo la doctrina, sino también varios Abogados Generales, han expresado más o menos explícitamente su preferencia por un *market access test*⁵³ y el propio TJCE tiende a aplicar de forma cada vez más minimalista la citada jurisprudencia referente al ámbito de aplicación del artículo 28 CE⁵⁴.

2.3.3.2. Apreciación del TJCE: el acceso al mercado

La tesis defendida por el Abogado General Tizzano tampoco resultó convincente para el TJCE que, refiriéndose a la jurisprudencia consagrada en las sentencias «Gebhard»⁵⁵, «Mac Quen y otros»⁵⁶ y «Payroll y otros»⁵⁷, reiteró que deben considerarse *restricciones a la libertad de establecimiento*, cuya supresión exige el artículo 43 CE, *todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad*.

En este sentido, el TJCE estimó que la prohibición de remunerar las cuentas corrientes establecida en la normativa francesa constituía para las sociedades de otros Estados miembros un importante obstáculo para el ejercicio de

⁵¹ Véase la nota 38 (véase en especial: Barnard, obra citada en la nota 21, 137-138).

⁵² Véanse los puntos 69, 70, 71, 72, 73, 74 y 75 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano citadas en la nota 3.

⁵³ Véanse, por ejemplo: los puntos 38, 39 y 40 de las Conclusiones del Abogado General JACOBS relativas al asunto C-412/93 (sentencia «Leclerc-Siplec» de 9 de febrero de 1995, RJTJ pg. I-179); el punto 19 de las Conclusiones referentes al asunto C-190/98 (sentencia «Graf» citada en la nota 46); y los puntos 63, 73, 74, 75, 76 y 77 de las Conclusiones presentadas por la Abogado General STIX-HACKL en el marco del asunto C-322/01 (sentencia «0800 DocMorris NV» de 11 de diciembre de 2003, sin publicar todavía). Véase también la lúcida crítica de POIARES MADURO relativa a la jurisprudencia «Keck y Mithouard» en la obra de dicho autor citada en la nota 38, 83-87. Por lo que se refiere a estas opiniones y comentarios, véanse: GONZÁLEZ VAQUÉ, «El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores», *Gaceta Jurídica de la UE*, núm. 233, 2004, 42-47; PARDO LEAL, «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa al etiquetado», *Boletín Europeo de Derecho Alimentario*, núm. 42, 2004, 6-7 (este artículo puede consultarse en la siguiente página de Internet: http://www.vlex.com/es/ppw/doctrina/fuente_55); y RIGAUX, «Symphonie déconcertante ou Keckophonie? (À propos des dissonances de l'arrêt Morcllato, CJCE 18 sept. 2003, aff. C-416/00)», *Europe*, núm. 11, 2003, pg. 9.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, el fundamento jurídico núm. 51 de la sentencia «DynaSvelte Café» de 15 de julio de 2004, asunto C-239/02, sin publicar todavía, tal como ha sido interpretado por PARDO LEAL en la obra citada en la nota anterior, 6-7. Cabe añadir que, en fundamento jurídico núm. 31 de la sentencia «Morcllato» de 18 de diciembre de 2003, asunto C-416/00, RJTJ pg. I-9343, el TJCE se refirió expresamente al *acceso de productos importados al mercado*, aunque, probablemente sea mejor olvidar la orientación jurisprudencial que inspiró (?) este fallo, que Rigaux ha calificado de *imprévisible, obscur et laborieux*, y que podría conducirnos a un *nouveaux labyrinthe jurisprudentiel* (véase la obra de dicha autora citada en la nota anterior, 8-9).

⁵⁵ Citada en la nota 21 (véase también la nota 24).

⁵⁶ Citada en la nota 22.

⁵⁷ Citada en la nota 23.

sus actividades por medio de una filial en Francia, que afectaba a su *acceso al mercado*. En efecto, según el TJCE, dicha prohibición obstaculizaba la captación de fondos del público por parte de las entidades de crédito, filiales de sociedades extranjeras, al privarlas de la posibilidad de competir de forma más eficaz, mediante la remuneración de las cuentas corrientes, con las entidades de crédito tradicionalmente implantadas en el Estado miembro de establecimiento, dotadas de una extensa red de agencias y que disponen por lo tanto de mayores facilidades que dichas filiales para captar fondos del público⁵⁸. Además, el TJCE subrayó que cuando unas entidades de crédito, filiales de una sociedad extranjera, intentan introducirse en el mercado de un Estado miembro, competir por medio del tipo de interés con que se remuneran las cuentas corrientes constituye uno de los métodos más eficaces para lograrlo. Por consiguiente, una prohibición como la prevista en la normativa francesa en cuestión hace más difícil el *acceso al mercado* de estas entidades, por lo que el TJCE declaró que «dicha prohibición constituye una restricción a efectos del artículo 43 CE»⁵⁹.

El TJCE rechazó igualmente los argumentos del Gobierno francés, que había alegado que existían ciertos tipos de cuentas comparables a las cuentas corrientes, como las cuentas a plazo de 15 días, a las que no afectaba la prohibición de remuneración y que habían contribuido a que entidades de crédito como la *Société Caixa Bank France* pudieran competir con las entidades francesas en la captación de fondos del público aumentando de este modo sus cuotas de mercado en Francia. En efecto, el TJCE recordó que, como habían reconocido las autoridades nacionales, a diferencia de las cuentas corrientes, tales cuentas no permitían la utilización de tarjetas bancarias o de cheques y concluyó que «...la prohibición controvertida supone un obstáculo para las entidades de crédito como [la *Société Caixa Bank France*] en su actividad de captación de fondos del público, obstáculo que la existencia de otros tipos de cuentas en las que se remuneran los depósitos no puede eliminar»⁶⁰.

2.3.4. Sobre la posible justificación de la medida controvertida

2.3.4.1. La jurisprudencia del TJCE

Conforme a una reiterada jurisprudencia del TJCE, cuando una medida como la controvertida en el litigio principal se aplica a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, como sucede en el caso que nos interesa, puede estar justificada si

⁵⁸ Véase: PIEDELIÈVRE, obra citada en la nota 2, pg. 2770.

⁵⁹ Véase el fundamento jurídico núm. 12 de la sentencia «Caixa Bank France».

⁶⁰ *Ibidem*, fundamento jurídico núm. 15 [en el fundamento núm. 16 de este mismo fallo el TJCE, refiriéndose al artículo 1.1 y al anexo I de la Directiva 2000/12/CE (citada en la nota8), insistió en que «la restricción del ejercicio y desarrollo de las actividades de dichas filiales causada por la prohibición controvertida resulta especialmente importante si se tiene en cuenta que la recepción de depósitos del público y la concesión de créditos representan las actividades básicas de las entidades de crédito»].

responde a razones imperiosas de interés general, siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo⁶¹.

En este contexto, el TJCE estimó oportuno averiguar si los motivos relativos a la protección de los consumidores y al fomento del ahorro invocados por el Gobierno francés respondían a estos criterios.

2.3.4.2. La protección de los consumidores

Con el fin de justificar la restricción de la libertad de establecimiento derivada de la disposición controvertida, las autoridades francesas alegaron que la prohibición en cuestión era necesaria para mantener la gratuidad de los servicios bancarios básicos. Según dichas autoridades, la introducción de la remuneración de las cuentas corrientes aumentaría sustancialmente las cargas de explotación soportadas por los bancos, que, para compensarlas, incrementarían las facturaciones y fijarían tarifas para los distintos servicios bancarios que hasta la fecha se prestaban con carácter gratuito, como, en particular, la emisión de cheques.

Aunque la protección de los consumidores figura entre las exigencias imperativas que pueden justificar restricciones a una libertad fundamental garantizada por el Tratado CE, el TJCE rechazó los argumentos de las autoridades francesas⁶²: estimó que la prohibición controvertida constituía una medida que, aun suponiendo que presentara ciertas ventajas para el consumidor, iba más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. En efecto, según el TJCE, incluso si se aceptaba que la supresión de la prohibición de remunerar las cuentas corrientes conllevaba inevitablemente para el consumidor un aumento del coste de los servicios bancarios básicos o una facturación de los cheques, podría preverse que el consumidor tuviese la posibilidad de optar por una cuenta corriente no remunerada y el mantenimiento de la gratuidad de ciertos servicios bancarios básicos o por una cuenta corriente remunerada y la facultad de la entidad de crédito de cobrar servicios bancarios prestados hasta entonces gratuitamente, como la emisión de cheques.

Por lo que se refiere a la opinión del Abogado General Tizzano, recordaremos que, en sus Conclusiones, éste subrayó que la protección de los consumidores constituye un objetivo digno de tutela y declaró que la medida controvertida le parecía adecuada para conseguirlo, aunque afirmó asimismo que «...el medio elegido por el legislador francés va más allá de lo necesario para [alcanzarlo]...»⁶³. En este sentido, Tizzano propuso igualmente como medio menos restrictivo que se impusiera a las entidades ban-

⁶¹ Véanse, en particular, los siguientes fundamentos jurídicos: núm. 57 de la sentencia «HaimII» de 4 de julio de 2000, asunto C-424/97, RJTJ pg. I-5123; núm. 26 de la sentencia «Mac Quen y otros» citada en la nota 22; y núm. 23 de la sentencia de «Comisión/Italia» de 15 de enero de 2002, asunto C-439/99, RJTJ pg. I-305.

⁶² Véase: PIEDELIÈVRE, obra citada en la nota 2, 2770-2771.

⁶³ Véase el punto 101 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano citadas en la nota 3.

carias la obligación de ofrecer a los consumidores que lo solicitaran una cuenta *a la vista* no remunerada, pero que llevase aparejada la gratuidad de los servicios bancarios básicos, permitiendo también a dichas entidades ofrecer cuentas *a la vista* remuneradas, a las que les corresponderían, en su caso, unos servicios bancarios básicos de pago⁶⁴.

Vale la pena destacar, de todos modos, que el Abogado General Tizzano estimó que «...no le corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse al respecto con carácter definitivo, ya que es tarea del órgano jurisdiccional nacional determinar si en el asunto del que conoce se respetan los requisitos enunciados por la jurisprudencia comunitaria»⁶⁵, opinión que no tuvo cuenta el TJCE...

En efecto, a pesar de que en su segunda cuestión prejudicial el *Conseil d'Etat* se había limitado a interesarse por *la naturaleza de las razones de interés general que podrían, en su caso, invocarse para justificar la restricción a la libertad de establecimiento* consistente en la prohibición de remunerar las cuentas corrientes impuesta por un Estado miembro a las entidades de crédito lícitamente establecidas en su territorio, el TJCE, se pronunció de forma inequívoca sobre la incompatibilidad de la legislación francesa con el Derecho comunitario, incluyendo una declaración en el sentido de que la normativa controvertida no estaba justificada en virtud de la protección de los consumidores.

2.3.4.3. El objetivo relativo al fomento del ahorro a largo plazo

Del mismo modo, en cuanto al *afán de las autoridades francesas por fomentar el ahorro a largo plazo*, el TJCE, aunque reconoció en el fundamento jurídico núm. 23⁶⁶ del fallo que nos interesa que la prohibición de remunerar los depósitos a la vista podía fomentar el ahorro a medio y largo plazo, declaró lacónica pero axiomáticamente que dicha prohibición no dejaba de «...ser una medida que va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo»⁶⁷.

⁶⁴ *Ibidem*, punto 104.

⁶⁵ *Ibidem*, puntos 96 y 105 (cabe añadir que, en el punto 106, Tizzano afirmó que no podía excluirse la posibilidad de «... que ante el órgano jurisdiccional nacional se pongan de manifiesto circunstancias o se formulen alegaciones que puedan justificar una medida como la controvertida en el asunto del que conoce»).

⁶⁶ Cuya concisión resulta sin duda sorprendente...

⁶⁷ Véase el fundamento jurídico núm. 23 de la sentencia «Caixa Bank France». Por su parte, en el punto 102 de sus Conclusiones (citadas en la nota3), el Abogado General Tizzano afirmó: «...me parece francamente poco verosímil que el único medio al alcance [para el fomento del ahorro a largo plazo] sea la prohibición pura y simple de la remuneración del ahorro a corto plazo». En este contexto, Tizzano se mostró favorable a medidas alternativas «...tales como fijar un límite máximo a los tipos de interés aplicables a las cuentas a la vista o establecer incentivos a favor de las inversiones a medio y a largo plazo...» (*ibidem*).

3. CONCLUSIONES

3.1. Sobre la jurisprudencia consagrada en las sentencias «Gebhard», «Mac Quen y otros» y «Payroll y otros»

Al referirse expresamente a las sentencias «Gebhard»⁶⁸, «Mac Quen y otros»⁶⁹ y «Payroll y otros»⁷⁰ cuando reiteró que *todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de la libertad de establecimiento* deben considerarse *restricciones* cuya supresión exige el artículo 43 CE, el TJCE desmintió al Abogado General Tizzano, que había sugerido que la jurisprudencia consagrada en dichos fallos no constituía una opción interpretativa de carácter general⁷¹.

Cabe por lo tanto llegar a la conclusión de que puede considerarse *convallidada* la orientación jurisprudencial que inspiró la que la doctrina ha calificado como la *fórmula* «Gebhard»⁷², que se basa fundamentalmente en la verificación de la existencia de una prohibición, obstáculo u otro tipo de impedimento, sin incluir referencia alguna a la discriminación⁷³.

3.2. ¿Acceso al mercado versus ejercicio de la libertad?

El estilo directo y el rigor que caracterizan la sentencia «Caixa Bank France» facilitan concluir que, de la lectura del fundamento núm. 12⁷⁴ (en relación con el núm. 14⁷⁵, se puede deducir que no parece tampoco necesario distin-

⁶⁸ Citada en la nota 21.

⁶⁹ Citada en la nota 22.

⁷⁰ Citada en la nota 23.

⁷¹ Véanse los puntos 36, 37 y 38 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano citadas en la nota 3.

⁷² O el *Gebhard test*, según la expresión utilizada por BARNARD en la obra citada en la nota 21, 296-297 [para BARNARD dicha *fórmula* ha sido reiterada, entre otros, en los siguientes fundamentos jurídicos: núm. 57 de la sentencia «Haiml» citada en la nota 61; núm. 39 de la sentencia «Comisión/Italia» de 15 de enero de 2002 citada igualmente en la nota 61; y núm. 122 de la sentencia «Wouters» de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99, RJTJ pg. I-1577 (*ibidem*)]. Sobre la citada *fórmula*, véase también: OLIVER y ROTH, obra citada en la nota 4, pg. 411.

⁷³ Permítasenos puntualizar que ello no significa que la discriminación sea irrelevante (véase, por ejemplo, el fundamento jurídico núm. 12 de la sentencia «Comisión/Bélgica» 8 de julio de 1999, asunto C-203/98, RJTJ pg. I-4899, en el que el TJCE confirmó que, al igual que ocurría con los buques, los requisitos establecidos para la matriculación de las aeronaves «...no deben implicar discriminación por razón de la nacionalidad ni obstaculizar el ejercicio de esta libertad»).

⁷⁴ En el que el TJCE declaró que la prohibición de remunerar las cuentas corrientes establecida en la normativa francesa debía considerarse una restricción a efectos del artículo 43 CE puesto que «...constituye para las sociedades de Estados miembros distintos de la República Francesa *un obstáculo importante para el ejercicio de sus actividades* por medio de una filial en este último Estado, que afecta a *su acceso al mercado*» (la cursiva es nuestra).

⁷⁵ En el que el TJCE insistió en que una prohibición como la que se establecía en la normativa francesa «...hace más difícil *el acceso al mercado* de [las] entidades [de crédito, filiales de una sociedad extranjera, que intentan introducirse en el mercado de otro Estado miembro]» (la cursiva es nuestra).

guir de forma exclusiva entre los conceptos de *acceso* al mercado y *ejercicio* de la libertad, aunque es cierto que, como ha subrayado la doctrina, en algunas sentencias el TJCE lo haya hecho⁷⁶ y dicha distinción ha suscitado incluso opiniones controvertidas sobre qué tipo de normativas tienen un efecto más notable sobre el funcionamiento del Mercado interior⁷⁷.

En este sentido, recordaremos que, en la sentencia «Kraus»⁷⁸, el TJCE ya declaró que «... la situación del nacional comunitario que posee un título universitario de tercer ciclo, obtenido en otro Estado miembro, que facilita el *acceso*⁷⁹ a una profesión o, cuando menos, el *ejercicio*⁸⁰ de una actividad económica, está regulada por el Derecho comunitario...»⁸¹.

⁷⁶ Así, por ejemplo, BARNARD ha señalado que entre las normativas nacionales que restringen o impiden el acceso al mercado se suelen incluir las que imponen una determinada nacionalidad, exigen una cualificación específica y/o conocimientos lingüísticos o establecen una autorización como requisito previo para desempeñar una determinada función (véase la obra de dicha autora citada en la nota 21, 258-260). Se considera, por el contrario, que constituyen normativas nacionales que restringen o impiden el ejercicio de la libertad las que, por ejemplo, que regulan las condiciones de empleo y las referentes a ventajas fiscales o sociales (*ibidem*). Recordaremos también que el Abogado General GULMAN, en el punto 56 de sus Conclusiones relativas al asunto C-275/92 (sentencia «Schindler» de 24 de marzo de 1994, RJTJ pg. I-1039), afirmó que «el sector de los servicios se distingue del sector de las mercancías, al menos en cierta medida, en particular por la importancia del elemento *intuitu personae* y, por tanto, por la importancia de la distinción entre los requisitos de acceso aplicables a la profesión considerada (en particular, las cualificaciones personales) y los requisitos aplicables al ejercicio de la profesión» (véanse, sobre la sentencia «Schindler»: GREAVES, obra citada en la nota 29, pg. 313; y PRIETO, «Liberté d'établissement et de prestation de services», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 40, núm. 3, 2004, pg. 541).

⁷⁷ En efecto, cabe recordar que, mientras que el Abogado General LENZ, en los puntos 203 y 205 de sus Conclusiones relativas al asunto C-415/93 (sentencia «Bosman» citada en la nota 45), sugirió que las disposiciones que se referían al acceso al mercado tenían un impacto más importante, el Abogado General ALBER, en sus Conclusiones relativas al asunto C-176/96 [sentencia «Lehtonen» de 13 de abril de 2000, RJTJ pg. I-2681 (véanse, sobre este fallo: AGIRREAZKUNENAGA, «Función social y perspectiva económica del deporte en el marco comunitario. Especial referencia a los casos *Lehtonen* y *Deliege*», *Revista de Administración Pública*, núm. 152, 2000, 115-119; RIGAUX y SIMON, «Recevabilité des questions préjudicielles – La Cour précise les conditions de recevabilité du renvoi préjudiciel», *Europe*, núm. 6, 2000, 12-13; y TURNER, «Arrêt *Jyri Lehtonen* – Libre circulation des travailleurs – Règles de concurrente applicables aux entreprises – Joueurs professionnels de basket-ball – Réglementations sportives concernant le transfer de joueurs en provenance d'autres États membres», *Revue de Droit de l'Union Européenne*, núm. 2, 2000, 445-448)], llegó a la conclusión opuesta. Por su parte, en sus Conclusiones relativas al asunto C-190/98 (sentencia «Graf» citada en la nota 46), el Abogado General FENNELLY intentó explicar este aparente desacuerdo argumentando que las disposiciones nacionales, en especial las relativas a las cualificaciones así como las que exigían determinados conocimientos de los agentes económicos, tendían a someterlos a un régimen normativo dual (véase: BARNARD, obra citada en la nota 21, pg. 260).

⁷⁸ Citada en la nota 18.

⁷⁹ La cursiva es nuestra.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ Véase el fundamento jurídico núm. 23 de la sentencia «Kraus» citada en la nota 18. En los fundamentos jurídicos núms. 27 y 28 de dicho fallo, el TJCE, tras reconocer que

3.3. ¡Descanse en paz Keck y Mithouard!

Por lo que se refiere a la posible (?) introducción en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE de un enfoque similar al de la jurisprudencia «Keck y Mithouard»⁸², ya nos hemos pronunciado sobre su dudosa oportunidad (véase el apartado 2.3.3.1 *in fine*).

En este sentido, no consideramos necesario extendernos en los argumentos que justifican nuestro rechazo, pues basta recordar que dicha jurisprudencia no ha logrado alcanzar ni siquiera los objetivos que el TJCE se planteó en su día al imponer una *nueva* orientación jurisprudencial relativa a la aplicación de los artículos 28 CE y 30 CE⁸³.

En nuestra opinión, si cualquier intento de llevar a cabo una *convergencia negativa*⁸⁴ resulta tan inoportuno como intempestivo, no es sólo por el escaso éxito de la jurisprudencia consagrada en la sentencia «Keck y Mithouard», sino también por el hecho de que, como ha subrayado la doctrina⁸⁵, la introducción de un enfoque formalista y restrictivo referente a la libre circulación de mercancías en virtud del *pronunciamento* del citado fallo coincidió temporalmente con la consagración de un concepto amplio de restricción por lo que se refiere a las infracciones de los artículos 49 CE, 39 CE y 43 CE, incluyendo la eliminación de la condición de la discriminación (sentencias «Säcker»⁸⁶, «Gebhard»⁸⁷ y «Bosman»⁸⁸ y, por consiguiente, parece ahora absurdo tratar de invertir la situación... En especial, cuando a nivel comunitario tanto la Comisión como los Estados miembros se esfuerzan en llevar a la práctica una estrategia que permita suprimir de forma efectiva los obstáculos a los principios de libertad de establecimiento y de libertad de prestación de servicios⁸⁹.

a falta de armonización de los requisitos según los cuales el poseedor de un título universitario de tercer ciclo puede hacer valer dicho título en otros Estados miembros distintos de aquél en el que se expidió, los Estados miembros siguen siendo, en principio, competentes para regular la utilización de dicho título en su territorio, subrayó que «...el Derecho comunitario impone límites al ejercicio de esta competencia por parte de los Estados miembros, en la medida en que las disposiciones nacionales adoptadas a este respecto no pueden constituir un obstáculo al ejercicio efectivo de las libertades fundamentales garantizadas por [el] Tratado...» (véase, en este sentido, el fundamento jurídico núm. 11 de la sentencia «Heylens y otros» de 15 de octubre de 1987, asunto 222/86, RJTJ pg. 4097).

⁸² Véase la nota 38.

⁸³ Como ya había pronosticado POIARES MADURO en la obra citada en la nota 38, 83-84 (véase también: RIGAUX, obra citada en la nota 53, 9-10).

⁸⁴ Véase: OLIVER y ROTH, obra citada en la nota 4, 439-441.

⁸⁵ Véase, por ejemplo: OLIVER y ROTH, obra citada en la nota 4, 411-412.

⁸⁶ De 25 de julio de 1991, asunto C-76/90, RJTJ pg. I-4221.

⁸⁷ Citada en la nota 21.

⁸⁸ Citada en la nota 45.

⁸⁹ Véase el apartado 17 de las Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Lisboa de 24 de marzo de 2000. Cabe añadir que el Consejo ECOFIN (en su Recomendación 10093/02, de 21 de junio de 2002, relativa a las grandes orientaciones de política económica de los Estados miembros y de la Comunidad) considero que era necesario

reactivar las reformas estructurales y, en particular, «crear un mercado interior de los servicios que funcione con eficacia, eliminando los obstáculos a los intercambios transfronterizos y a la entrada en el mercado» [véase: «Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo: Estado del Mercado interior de servicios» de 30 de julio de 2002, documento COM (2002) 441 final, pg. 11]. Véase también: PRIETO, obra citada en la nota 23, 531-535.