

# La sentencia *Mickelsson y Roos* del TJCE: Good Bye, *Keck* y *Mithouard!*

*Luis González Vaqué*\*

Consejero. Dirección General de Mercado Interior y  
Servicios Comisión Europea.

## RESUMEN

En el litigio principal los Sres. Mickelson y Ross fueron objeto de un procedimiento penal por haber infringido la legislación sueca que restringía el uso de las motos acuáticas en las vías navegables. Aunque la Abogado General Kokott sugirió que las 'modalidades de uso' debían ser excluidas del ámbito de aplicación del artículo 28 CE, el TJCE declaró que dicha disposición, así como el artículo 30 CE, no se oponen a una normativa nacional que por razones de protección del medio ambiente prohíbe el uso de motos acuáticas fuera de las vías designadas, siempre que: las autoridades nacionales competentes estén obligadas a adoptar las medidas de aplicación previstas para designar las zonas situadas fuera de las vías de navegación públicas en las que puedan utilizarse las motos acuáticas; dichas autoridades hayan ejercido efectivamente la competencia que les ha sido conferida a este respecto y hayan designado las zonas que cumplen los requisitos establecidos en la normativa nacional, y tales medidas hayan sido adoptadas en un plazo razonable tras la entrada en vigor de dicha normativa.

**Palabras clave:** Artículo 28 CE, libre circulación de mercancías, medidas de efecto equivalente, acceso al mercado.

**Key words:** Article 28 EC, free movement of goods, concept of 'measures having equivalent effect to quantitative restrictions on imports', access to the market.

## ABSTRACT

The defendants in the main proceedings (Mr. Mickelson and Mr. Ross) were prosecuted for infringing Swedish legislation restricting the use 'personal watercraft' to certain waterways. Advocate General Kokott pressed the European Court of Justice to consider that 'arrangements of use' were excluded from the scope of Article 28 EC. However, the Court ruled that Articles 28 EC and 30 EC do not preclude national regulations which, for reasons relating to the protection of the environment, prohibit the use of personal watercraft on waters other than designated waterways provided that: the competent national authorities are required to adopt the implementing measures provided for in order to designate waters other than general navigable waterways on which personal watercraft may be used; those authorities have actually made use of the power conferred on them in that regard and designated the waters which satisfy the conditions laid down in the national regulations; and such measures have been adopted within a reasonable period after the entry into force of those regulations.

\* Dirección electrónica: [luis.gonzalez-vaque@ec.europa.eu](mailto:luis.gonzalez-vaque@ec.europa.eu). Las opiniones expresadas en este artículo 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, MARGREET DOORLAG, ELLEN MITTLER y MARIE-ANNE PAUWELS, de la Biblioteca Central de la Comisión, su colaboración en la selección y localización de las referencias bibliográficas citadas.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
  - II. LA SENTENCIA MICKELSSON Y ROSS—1. *Litigio principal y cuestiones prejudiciales*—2. *Las Conclusiones de la Abogado General Kokott*—3. *Fallo*
  - III. COMENTARIOS—1. *Sobre las Conclusiones de la Abogado General Kokott*—1.1. Consideraciones generales—1.2. Una propuesta sin fundamento—1.3. Una propuesta confusa, equívoca y técnicamente deficiente—1.4. Otros temas abordados en las Conclusiones: la aplicabilidad de la Directiva 98/34/CE—2. *Sobre el fallo del TJCE*—2.1. Interpretación de la Directiva 94/25/CE—2.2. Aplicación del artículo 28 CE—2.3. Aplicación del artículo 30 CE
-

## I. INTRODUCCIÓN

Probablemente, si la Abogado General **Kokott** no hubiera sugerido, en sus Conclusiones relativas al asunto C-142/50<sup>1</sup>, la ampliación del ámbito de aplicación la jurisprudencia *Keck* y *Mithouard*<sup>2</sup> a las *modalidades de uso*, la senten-

<sup>1</sup> Presentadas el 14 de diciembre de 2007 (lengua original: alemán). Véanse, sobre estas Conclusiones: GONZÁLEZ VAQUÉ, «La ampliación de la jurisprudencia *Keck* y *Mithouard* a las modalidades de uso: ¿un peligro inmediato para el Mercado interior?», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 11, 2008, pg. 6; GORMLEY, «Silver threads among the gold... 50 years of the free movement of goods», *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, núm. 6, 2008, pgs. 1666-1668; y SWINDELLS, «Las disparatadas Conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto C-142/05: ¿Cómo se protege al consumidor si se impide el funcionamiento del Mercado interior de la UE?», *Gaceta del InDeAl*, Vol. 10, núm. 2, 2008, pgs. 23-34.

<sup>2</sup> Consagrada en la sentencia *Keck* y *Mithouard* de 24 de noviembre de 1993, asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, RJTJ pg. I-6097. Véanse, sobre la jurisprudencia en cuestión: 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, pgs. 665-700; CHALMERS, «Repackaging the Internal Market. The Ramifications of the Keck Judgment», *European Law Review*, Vol. 19, núm. 4, 1994, pgs. 385-403; COULON, «Un revirement jurisprudentiel d'ampleur: l'arrêt Keck et Mithouard», *Revue des affaires européennes*, núm. 1, 1994, pgs. 59-62; DAUSES y ROTH, «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, pgs. 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, pgs. 5-11; GONZÁLEZ VAQUE, «De Roma a Niza: medio siglo de libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 3, 2007, pgs. 8-10; GORMLEY, «Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in *Keck and Mithouard*», *European Business Law Review*, Vol. 5, núm. 3, 1994, pgs. 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, pgs. 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, pgs. 7-38; MATTERA, «De l'arrêt *Dassonville* à l'arrêt *Keck*: l'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions», *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 1, 1994, pgs. 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, pgs. 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, pgs. 985-990; OLIVER, «Free Movement of Goods in the European Community under Articles 28 to 30 of the EC Treaty», Sweet & Maxwell, Londres, 2003, pgs. 122-128; PÉREZ DE LAS HERAS, «El Mercado Interior Europeo», Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, pgs. 48-50; PERISIN, «Free Movement of Goods and Limits of Regulatory Autonomy in the EU and WTO», T.M.C. Asser Press, La Haya, 2008, pgs. 29-38; PICOD, «La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 34, núm. 2, 1998,

cia *Mickelsson y Ross*<sup>3</sup> no merecería que le dedicáramos el presente comentario.

Cabe recordar, de todos modos, que, en la sentencia *Comisión/Italia* de 10 de febrero de 2009<sup>4</sup>, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) rechazó ya la singular propuesta de ampliar el ámbito de aplicación de la jurisprudencia *Keck y Mithouard* a las *modalidades de uso*, aceptando lo que atinadamente había sugerido el Abogado General BOT, que, en sus Conclusiones<sup>5</sup>, tras afirmar que «... los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Keck y Mithouard* [...], no han permitido aclarar el ámbito de aplicación del artículo 28 CE ni facilitar su aplicación»<sup>6</sup>, concluyó que resultaba improcedente «... ampliar dicha jurisprudencia a las

pgs. 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, pgs. 78-88; REICH, «The November revolution of the European Court of Justice: *Keck, Meng* and *Audi* revisited», *Common Market Law Review*, Vol. 31, núm. 3, 1994, pgs. 459-492; VAN HUFFEL, «Le champ d'application de l'article 30 du Traité de Rome et les arrêts *Keck et Mithouard*, *Hünernmund* 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, pgs. 95-113; WÄELBROECK, «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, pgs. 161-166; y WATHERRILL, «After *Keck*: some thoughts on how to clarify the clarification», *Common Market Law Review*, Vol. 33, núm. 5, 1996, pgs. 885-906.

<sup>3</sup> De 4 de junio de 2009, asunto C-142/05, pendiente de publicación (véase, sobre este fallo: VIDRERAS PÉREZ, «El TJCE se lava las manos: el claroscuro de la sentencia *Mickelsson y Roos*», *Gaceta del InDeAl*, Vol. 11, núm. 4, 2009, pgs. 3-12).

<sup>4</sup> Asunto C-110/05, pendiente de publicación [véanse, sobre este fallo: NOBELLAR DICENTA, «El TJCE excluye la posibilidad de aplicar la jurisprudencia *Keck y Mithouard* a las modalidades de uso (sentencia *ciclomotores* de 10 de febrero de 2009)», *Gaceta del InDeAl*, Vol. 11, núm. 5, 2009, pgs. 33-42; y SEGURA RODA, «La aplicación de los artículos 28 CE y 30 CE y su impacto en la protección de los consumidores: la sentencia *Comisión/Italia* de 10 de febrero de 2009», *Revista de Derecho Alimentario*, núm. 45, 2009, pgs. 12-15].

<sup>5</sup> Presentadas el 8 de julio de 2008 (lengua original: francés). Cabe recordar que, en el ámbito del asunto C-110/05, relativo a un procedimiento por incumplimiento que la Comisión inició contra Italia por estimar que dicho Estado miembro había incumplido las obligaciones derivadas del artículo 28 CE al incluir en el Código de circulación una normativa por la que se prohibía llevar remolque a los ciclomotores, a las motocicletas y otros vehículos de tres o cuatro ruedas, el Abogado General LÉGER presentó sus Conclusiones el 5 de octubre de 2006 (véase, sobre estas Conclusiones: GORMLEY, obra citada en la nota 1, pgs. 1668-1669). Aunque acto seguido se dio por concluida la fase oral, el TJCE ordenó, mediante auto de 7 de marzo de 2007, la reapertura de la fase oral y remitió el asunto a la Gran Sala. Además, instó a las partes, así como también a los Estados miembros distintos de la República Italiana, a responder a la siguiente pregunta: «¿En qué medida y con arreglo a qué requisitos las disposiciones nacionales que regulan no las características de un producto, sino su utilización, y que son indistintamente aplicables a los productos nacionales e importados, deben considerarse medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación en el sentido del artículo 28 CE?» (véase: GONZÁLEZ VAQUÉ, obra citada en la nota 1, pgs. 6-7).

<sup>6</sup> Véase el punto 84 de las Conclusiones del Abogado General BOT citadas en la nota anterior.

normas que, como las controvertidas en el litigio principal, se refieren a las *modalidades de uso* de los productos»<sup>7</sup>.

En cualquier caso, la sentencia *Mickelsson y Roos*, pese a su concisión, resulta significativa porque confirma el rechazo de la tesis de la Abogado General KOKOTT, cuya aceptación hubiera puesto en peligro la coherencia del principio comunitario de libre circulación de mercancías. Por otro lado, aunque no queremos aventurarnos en conclusiones prematuras o precipitadas, la orientación jurisprudencial que inspira dicho fallo podría interpretarse como la confirmación de un enfoque más adecuado y eficaz para determinar el ámbito de aplicación del artículo 28 CE, que se basa en la noción de *acceso al mercado*<sup>8</sup> (véase en particular el fundamento jurídico núm. 24 de la sentencia *Mickelsson y Roos*, del que nos ocupamos en el subapartado 3.2.2.1).

En nuestra opinión, la aplicación de la disparatada propuesta de **Kokott** sólo hubiera servido para excluir numerosas medidas nacionales del *necesario* control jurisdiccional llevado a cabo por el TJCE<sup>9</sup>, incluso en los casos en los que éstas podrían constituir un obstáculo para los intercambios intracomunitarios<sup>10</sup>.

## II. LA SENTENCIA MICKELSSON Y ROSS

### 1. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

Con este fallo el TJCE ha dado respuesta a una petición de decisión prejudicial que tenía por objeto la interpretación de los artículos 28 CE a 30 CE,

<sup>7</sup> *Ibidem*, punto 86 (véase también: GONZÁLEZ VAQUÉ, obra citada en la nota 1, pgs. 8-9).

<sup>8</sup> A favor de la cual se han pronunciado varios Abogados Generales [véanse, por ejemplo: los puntos del 74 al 82 de las Conclusiones presentadas por STIX-HACKL en el asunto C-322/01 (sentencia «Deutscher Apothekerverband» de 11 de diciembre de 2003, RJTJ pg. I-14887); el punto 45 de las Conclusiones presentadas por POLARES MADURO en los asuntos acumulados C-158/04 y C-159/04 (sentencia «Alfa Vita Vassilopoulos» de 14 de septiembre de 2006, RJTJ pg. I-8135); y los puntos 71, 74, 83, 105, 107, 111, 113, 118 y 119 de las Conclusiones de BOT citadas en la nota 5]. En nuestra opinión, el criterio del *acceso al mercado*, que resulta apropiado y eficaz desde la perspectiva de la construcción de un Mercado interior como espacio no fragmentado, se encontraba ya implícitamente incluido en las disposiciones del Tratado de Roma referentes a la libre circulación: las restricciones cuantitativas y las medidas de efecto equivalente están prohibidas porque entrañan la división del mercado en compartimentos, constituidos por los territorios de los distintos Estados miembros, entre los cuales no pueden circular libremente las mercancías (véase también: EZQUERRA UBERO, «La jurisprudencia *Cassis-Keck* y la libre circulación de mercancías», Marcial Pons, Madrid, 2006, pgs. 90-91).

<sup>9</sup> Véase el punto 100 de las Conclusiones del Abogado General BOT citadas en la nota 5.

<sup>10</sup> Véanse: GONZÁLEZ VAQUE, obra citada en la nota 1, pg. 10; así como GORMLEY que, en la obra citada igualmente en la nota 1, pg. 1690, se refiere a que «... the ECJ should seriously consider renouncing *Keck*, and all its pomps».

así como de la Directiva 94/25/CE relativa a las embarcaciones de recreo<sup>11</sup>, en su versión modificada por la Directiva 2003/44/CE<sup>12</sup>.

Dicha petición se presentó en el marco de un proceso penal entablado por el *Åklagaren* (Ministerio Fiscal de Suecia) contra los señores **Percy Mickelsson** y **Joakim Roos** por haber infringido la prohibición de uso de motos acuáticas, prevista en el *förordning (1993:1053) om användning av vattensko-ter*<sup>13</sup>, en su versión modificada por el *förordning (2004:607)*<sup>14</sup>.

Concretamente, en agosto de 2004, el *Åklagaren* entabló ante el *Luleå tingsrätt* acciones penales contra los señores **Mickelsson** y **Roos** por haber infringido el *förordning (1993:1053) om användning av vattensko-ter* al conducir motos acuáticas en aguas situadas fuera de las vías de navegación públicas. Aunque los inculcados reconocieron los hechos, alegaron que la aplicación de dicha normativa era contraria al artículo 28 CE y a la Directiva 94/25/CE.

Ante esta situación, el *Luleå tingsrätt* suspendió el procedimiento y planteó al TJCE las siguientes cuestiones prejudiciales.

«1) a) ¿Se oponen los artículos 28 CE a 30 CE a una normativa nacional, como el [*förordning (1993:1053) om användning av vattensko-ter*], que prohíbe el uso de motos acuáticas en lugares distintos de las vías de navegación públicas o de las zonas para las que las autoridades locales hayan adoptado disposiciones de autorización?».

b) ¿Se oponen de alguna otra forma los artículos 28 CE a 30 CE a que un Estado miembro aplique una normativa de este tipo de tal modo que también se prohíba el uso de motos acuáticas en zonas respecto a las cuales las autoridades locales aún no hayan examinado si deben adoptar o no disposiciones de autorización?».

2) ¿Se opone la Directiva [94/25/CE] a una normativa nacional, como la indicada anteriormente, que prohíbe el uso de motos acuáticas?».

## 2. Las Conclusiones de la Abogado General Kokott<sup>15</sup>

La Abogado General **Kokott** propuso al TJCE que respondiera a las citadas cuestiones prejudiciales como sigue.

<sup>11</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de junio de 1994, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a embarcaciones de recreo (DO núm. L 164 de 30 de junio de 1994, pg. 15).

<sup>12</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de junio de 2003, por la que se modifica la Directiva 94/25/CE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a embarcaciones de recreo (DO núm. L 214 de 26 de agosto de 2003, pg. 18).

<sup>13</sup> Reglamento (1993:1053) sobre el uso de motos acuáticas.

<sup>14</sup> Véanse, sobre las disposiciones nacionales aplicables, los fundamentos jurídicos del 9 al 13 de la sentencia *Mickelsson y Roos*.

<sup>15</sup> Véase la nota 1.

«1) La Directiva 94/25/CE, en la versión correspondiente a la Directiva 2003/44/CE, no se opone a una normativa nacional que prohíba el uso de motos acuáticas por motivos de protección del medio ambiente, siempre que ésta no infrinja lo dispuesto en el Tratado CE, en particular el artículo 28 CE.

2) *Las disposiciones nacionales que regulen modalidades de uso de los productos no constituirán medidas de efecto equivalente, en el sentido del artículo 28 CE, cuando se apliquen a todos los operadores económicos afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y de los procedentes de otros Estados miembros, y no sean normas relativas al producto. No obstante, las prohibiciones de uso o las disposiciones nacionales que meramente permitan un uso marginal de un producto, en el medida en que (casi) impidan el acceso al mercado del producto, constituyen medidas de efecto equivalente prohibidas por el artículo 28 CE, en tanto no estén justificadas con arreglo al artículo 30 CE o por una exigencia imperativa<sup>16</sup>.*

3) Una normativa nacional que también prohíba usar motos acuáticas en aguas respecto a las cuales las autoridades provinciales aún no hayan decidido si la protección del medio ambiente exige que exista una prohibición de uso, es desproporcionada y, por tanto, no está justificada si no prevé un plazo razonable dentro del cual dichas autoridades provinciales deban haber adoptado las correspondientes decisiones.

4) De acuerdo con la Directiva [98/34/CE<sup>17</sup>], los Estados miembros sólo están obligados a notificar de nuevo una disposición que ya haya sido comunicada cuando concurren los requisitos establecidos en su artículo 8, apartado 1, párrafo tercero».

### 3. Fallo

En este caso, el TJCE (Sala Segunda) declaró.

«La Directiva 94/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de junio de 1994, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a embarcaciones de recreo, en su versión modificada por la Directiva 2003/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de junio de 2003, no se opone a una normativa nacional que por razones de protección del medio ambiente prohíba el uso de motos acuáticas fuera de las vías designadas.

Los artículos 28 CE y 30 CE no se oponen a tal normativa siempre que:

– las autoridades nacionales competentes estén obligadas a adoptar las medidas de aplicación previstas para designar las zonas situadas fuera de las vías de navegación públicas en las que puedan utilizarse las motos acuáticas;

<sup>16</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>17</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DO núm. L 204 de 21 de julio de 1998, pg. 37).

- dichas autoridades hayan ejercido efectivamente la competencia que les ha sido conferida a este respecto y hayan designado las zonas que cumplen los requisitos establecidos en la normativa nacional, y
- tales medidas hayan sido adoptadas en un plazo razonable tras la entrada en vigor de dicha normativa.

Corresponde al tribunal remitente verificar si, en el asunto principal, se cumplen estos requisitos».

### III. COMENTARIOS

#### 1. Sobre las Conclusiones de la Abogado General Kokott

##### 1.1. Consideraciones generales

*Brevitatis causae*, nuestros comentarios se centrarán en la propuesta de la Abogado General **Kokott** relativa a que, de modo análogo a lo que ocurre con las normativas nacionales que regulan las *modalidades de venta*<sup>18</sup>, debían excluirse del ámbito de aplicación del artículo 28 CE las que se refieren a *modalidades de uso* de una mercancía<sup>19</sup> si se cumplían, en particular, los requisitos de la jurisprudencia *Keck* y *Mithouard*.

Según **Kokott**, las disposiciones nacionales relativas a las modalidades de uso de los productos y las relativas a sus modalidades de venta son comparables en cuanto al modo e intensidad de sus efectos sobre la circulación de mercancías. En este sentido, tras subrayar que tales disposiciones *normalmente* no tienen por finalidad regular la circulación de mercancías entre los

<sup>18</sup> Concepto fundamental para la aplicación de la jurisprudencia *Keck* y *Mithouard*, que, por cierto, el TJCE nunca ha definido (véase el punto 67 de las Conclusiones del Abogado General BOT citadas en la nota 5, así como: ENCHELMAIER y OLIVER, «Free movement of goods: Recent developments in the case law», *Common Market Law Review*, Vol. 44, núm. 3, 2007, pgs. 673-674; GONZÁLEZ VAQUÉ, «La sentencia *Ludwigs-Apotheke* relativa a la publicidad de los medicamentos: ¿Dónde estás *Keck* y *Mithouard*?», *Revista española de Derecho europeo*, núm. 25, 2008, pgs. 68-69; GORMLEY, obra citada en la nota 1, pg. 1661; GUILLÉN CARAMÉS, «El estatuto jurídico del consumidor: política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración», Civitas, Madrid, 2002, pgs. 121-122; y TRYFONIDOU, «Was *Keck* a Half-baked Solution After All?: Joined cases C-158-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos AE, formerly Trofo Super-Markets AE v. Elliniko Dimosio and Nomarkhiaki Aftodükisi Ioanninon; Carrefour Marinopoulos AE v. Elliniko Dimosio and Nomarkhiaki Aftodükisi Ioanninon*, judgment of 14 September 2006, n.y.r.», *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 34, núm. 2, pg. 174). Cabe recordar, además, que en la sentencia *Keck* y *Mithouard* el TJCE sólo se refirió a *ciertas* modalidades de venta... ¡no a *todas*! (véanse: SIROINEY, «The limit of Article 28 EC – the ten year development of *Keck* and *Mithouard*», Faculty of Law, Lund, 2003, pgs. 21-31; y SWINDELLS, «La aplicación del artículo 28 CE sin formalismos ni presunciones: los efectos de las medidas y la fórmula *Dassonville*», *Gaceta del InDeAl*, Vol. 10, núm. 2, 2008, pg. 36).

<sup>19</sup> La Abogado General KOKOTT, en el punto 44 de las Conclusiones citadas en la nota 1, definió las *modalidades de uso* como las «normativas nacionales que regulan el modo y el lugar del uso de productos».

Estados miembros y que, *básicamente*, sólo son aplicables tras la importación de un producto, así como que sólo afectan indirectamente a su venta, KOKOTT, sugirió *extender* la jurisprudencia *Keck y Mithouard* a las modalidades que regulan el uso de mercancías, lo que hubiera tenido por efecto excluir las de todo control jurisdiccional por parte del TJCE<sup>20</sup>.

Aunque sólo compartimos parcialmente los *reproches* que la doctrina ha hecho a la Abogado General **Kokott**, nos parece que vale la pena dedicar los siguientes apartados a analizar las críticas y comentarios más significativos...

## 1.2. *Una propuesta sin fundamento*<sup>21</sup>

La Abogado General **Kokott** partió de la base de que, debido a «... la amplitud del tenor de la sentencia *Dassonville* [...], toda normativa nacional que restrinja el uso de un producto deb[e] calificarse de medida de efecto equivalente y requer[er] una justificación»<sup>22</sup>. Refiriéndose a *ejemplos* tan discutibles e imprecisos y heterogéneos como la prohibición de conducir por el bosque con vehículos todo terreno o las limitaciones de velocidad en las autopistas<sup>23</sup>, se *auto-atribuyó*<sup>24</sup> la ardua tarea de proponer al TJCE una *nueva* orientación jurisprudencial tendente a excluir del ámbito de aplicación del artículo 28 CE un gran número de normativas nacionales<sup>25</sup>.

Sin evaluar realmente el alcance de su propuesta<sup>26</sup>, **Kokott** se limitó a exami-

<sup>20</sup> Véanse los puntos 52, 53, 54 y 55 de las Conclusiones citadas en la nota 1 (véanse también: GONZÁLEZ VAQUE, obra citada en la nota 1, pg. 6; y PRETE, «Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts: the Battle over *Keck*», *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 35, núm. 2, 2008, pgs. 134-135).

<sup>21</sup> Véase: SWINDELLS, obra citada en la nota 1, pg. 24.

<sup>22</sup> Véase el punto 44 de las Conclusiones citadas en la nota 1.

<sup>23</sup> *Ibidem*, punto 45 [GORMLEY critica con razón la elección de los citados *ejemplos* (véase la obra de dicho autor citada en la nota 1, pg. 1667)].

<sup>24</sup> *Sic* en la obra de VIDRERAS PÉREZ citada en la nota 3, pg. 6.

<sup>25</sup> SWINDELLS subraya que las disposiciones relativas al empleo de ingredientes y/o materias primas alimentarias o las referentes a la autorización de equipos o maquinaria podrían considerarse medidas que regulan modalidades de uso (véase la obra de dicha autora citada en la nota 1, pg. 26). Por su parte, VIDRERAS PÉREZ opina que si el TJCE hubiera aceptado la extensión de la jurisprudencia *Keck y Mithouard* a las modalidades de uso, el *siguiente paso* hubiera sido aplicarla a los métodos de procesado y producción (*process and production methods* a los que se refiere DAVIES en: «*Process and Production Method – based Trade Restrictions in the EU*», *The Cambridge Yearbook of European Leal Studies 2007-2008*, Vol. 10, 2008, pgs. 69-74) para satisfacer las exigencias de los Estados miembros más reacios a la aplicación del artículo 28 CE (véase la obra de dicha autora citada en la nota 3, pg. 7).

<sup>26</sup> Con *imperdonable frivolidad* según SWINDELLS, que reprocha a KOKOTT no haber tenido en cuenta que, como afirmó el Abogado General POIARES MADURO en el punto 34 de las Conclusiones citadas en la nota 8, la jurisprudencia *Keck y Mithouard*, habiendo sido concebida para limitar el número de recursos y contener los supuestos excesos a los que se decía había dado lugar la aplicación del principio de libre circulación de mercancías, «termina multiplicando las dudas sobre los contornos exactos de dicho principio» (véase la obra de dicha autora citada en la nota 1, pg. 25). Cabe recordar también que la doctrina coincide en esta opinión: así lo ha expresado GORMLEY al afirmar (en la obra citada

nar aspectos irrelevantes de las medidas nacionales relativas a las modalidades de venta y, por lo tanto, de las que regulan modalidades de uso: que sólo eran aplicables tras la importación<sup>27</sup>; que no tienen por finalidad regular la circulación de las mercancías entre los Estados miembros<sup>28</sup>, etc. Y, aunque en la nota 25 de sus Conclusiones, refiriéndose al fundamento jurídico núm. 12 de la sentencia *Keck y Mithouard*, se vio obligada a reconocer que «... el criterio de la intención en sí mismo no puede ser un criterio de delimitación adecuado», insistió obstinadamente en su enfoque formalista afirmando que «... en general, cuando el legislador nacional regula las modalidades de uso no pretende referirse al comercio comunitario»<sup>29</sup>.

Ninguno de los argumentos (?) citados aporta realmente elementos sólidos en los que basar la *inconsecuente* conclusión de la Abogado General **Kokott** de que «... parece consecuente extender la jurisprudencia *Keck y Mithouard* del Tribunal de Justicia a las modalidades de uso y, por tanto, excluir éstas del ámbito de aplicación del artículo 28 CE»<sup>30</sup>. En este sentido, **Kokott** no dudó en formular un supuesto *nuevo* dogma del Derecho comunitario relativo a la libre circulación de mercancías, sin más comentarios ni explicaciones.

«En consecuencia, una normativa nacional que restrinja o prohíba determinadas modalidades de uso no estará comprendida en la prohibición del artículo 28 CE, cuando no sea una norma relativa al producto, sea aplicable a todos los operadores económicos afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y afecte del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y de los procedentes de otros Estados miembros»<sup>31</sup>.

### 1.3. *Una propuesta confusa, equívoca y técnicamente deficiente*<sup>32</sup>

En nuestra opinión, no vale la pena referirnos aquí a las prolijas consideraciones de **Kokott** referentes a si la normativa nacional en cuestión cumplía o no los criterios de la sentencia *Keck y Mithouard*<sup>33</sup>, puesto que el TJCE ha rechazado que la jurisprudencia consagrada en dicho fallo fuera aplicable en el asunto que nos ocupa...

Subrayaremos, de todos modos, que las argumentaciones de la Abogado General **Kokott** son en muchos casos contradictorias o simplemente incom-

en la nota 1, pg. 1660) que «the case-law since *Keck* has confirmed that the ECJ failed in its attempt at clarification of its case-law in the judgment».

<sup>27</sup> Véase el punto 50 de las Conclusiones citadas en la nota 1.

<sup>28</sup> *Ibidem*, punto 54.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Véase el punto 55 de las Conclusiones citadas en la nota 1.

<sup>31</sup> *Ibidem*, punto 54 (véanse las fundamentadas críticas de **ENCHELMAIER** y **OLIVER** en la obra citada en la nota 18, pgs. 678-679).

<sup>32</sup> Véase: **VIDRERAS PÉREZ**, obra citada en la nota 3, pg. 8.

<sup>33</sup> Véanse los puntos del 57 al 65 de las Conclusiones citadas en la nota 1.

preñibles<sup>34</sup>: tal es el caso de la afirmación relativa a que *una medida que restrinja o prohíba una modalidad de uso no quedará excluida del ámbito de aplicación del artículo 28 CE (aún) cuando impida el acceso del mercado del que se trate*<sup>35</sup>, que contrasta con la de que es preciso verificar si la medida controvertida en el litigio principal entraña una imposibilidad total de acceso al mercado<sup>36</sup>.

En todo caso, nos parece oportuno reiterar que resulta sorprendente que **Kokott** formulara su proposición sin tener en cuenta las dificultades y la inutilidad final de la aplicación de la orientación jurisprudencial consagrada en la sentencia *Keck y Mithouard*, que no sólo la doctrina, sino también varios Abogados Generales del TJCE han calificado de obsoleta y confusa<sup>37</sup>.

La Abogado General **Kokott** tampoco parecía estar muy segura de cómo podía articularse la *extensión* de la citada jurisprudencia a las modalidades de uso, puesto que, de forma bastante insólita, solicitó al propio TJCE que precisara y completara eventualmente los requisitos establecidos en la sentencia *Keck y Mithouard*, sugiriendo que las disposiciones nacionales que prohibieran el uso de un producto o permitiesen meramente su uso marginal estuvieran comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 28 CE «en la medida en que (casi) impidan el acceso al mercado del producto»<sup>38</sup>.

#### 1.4. *Otros temas abordados en las Conclusiones: la aplicabilidad de la Directiva 98/34/CE*<sup>39</sup>

Vale la pena mencionar que, a pesar de haber señalado que «el tribunal remitente no ha solicitado expresamente al Tribunal de Justicia que interprete [la] Directiva [98/34/CE]...»<sup>40</sup>, la Abogado General **Kokott**, teniendo en cuenta las alegaciones de las partes, trató de proporcionar al tribunal remitente la información necesaria para que, en su caso, pudiera apreciar si se había infringido la obligación de comunicación prevista en la citada Directiva.

Tampoco en este caso nos parece oportuno extendernos en el análisis de las pertinentes consideraciones al respecto de la Abogado General<sup>41</sup> que, sin

<sup>34</sup> *Mal formuladas* según VIDRERAS PÉREZ, que ironiza al afirmar que las Conclusiones de la Abogado General KOKOTT son *(casi) tan ambiguas y equívocas como la sentencia «Keck y Mithouard»* (véase la obra de dicha autora citada en la nota 3, pg. 7).

<sup>35</sup> Véase el punto 66 de las Conclusiones citadas en la nota 1.

<sup>36</sup> *Ibidem*, puntos 71 y 72 (véase: SWINDELLS, obra citada en la nota 1, pg. 22).

<sup>37</sup> Véanse, por ejemplo, las Conclusiones del Abogado General POIARES MADURO citadas en la nota 8, aunque no ha sido éste el único que ha criticado más o menos veladamente la jurisprudencia *Keck y Mithouard* (véase: GONZÁLEZ VAQUE, obra citada en la nota 18, pgs. 81-82).

<sup>38</sup> Como precisa (?) KOKOTT en el punto 87 de las Conclusiones citadas en la nota 1 (véase: GONZÁLEZ VAQUÉ, obra citada también en la nota 1, pg. 6).

<sup>39</sup> Véase la nota 17.

<sup>40</sup> Véase el punto 89 de las Conclusiones citadas en la nota 1.

<sup>41</sup> *Ibidem*, puntos del 88 al 112.

duda alguna, *desmerece* la obvia conclusión<sup>42</sup> que figura en los puntos 112 y 113 de sus Conclusiones.

## 2. Sobre el fallo del TJCE

### 2.1. Interpretación de la Directiva 94/25/CE

El TJCE recordó que, al modificar la versión inicial del artículo 1 de la Directiva 94/25/CE, la Directiva 2003/44/CE amplió el ámbito de aplicación de la normativa en cuestión para incluir en ella las motos acuáticas. Además, tras subrayar que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Directiva 2003/44/CE, los Estados miembros debían adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva a más tardar el 30 de junio de 2004<sup>43</sup>, el TJCE precisó que ésta no era aplicable en el momento en el que se produjeron los hechos del asunto principal relativos al uso de motos acuáticas.

El TJCE se refirió también a que el artículo 2.2 de la Directiva 94/25/CE establece que sus disposiciones no excluyen la posibilidad de que los Estados miembros, en cumplimiento de lo dispuesto en el Tratado, adopten disposiciones sobre navegación en determinadas aguas con el fin de proteger el medio ambiente y la estructura de las vías navegables, así como cuando se trate de garantizar la seguridad de estas últimas, siempre que ello no requiera modificar las embarcaciones que se ajustan a dicha normativa comunitaria. Por lo tanto, el TJCE concluyó que la citada Directiva no se opone a una normativa nacional que prohíba el uso de motos acuáticas en determinadas aguas por motivos de protección del medio ambiente, siempre que no se infrinja lo dispuesto en el Tratado<sup>44</sup>.

En este contexto, el TJCE estimó que la normativa controvertida en el asunto principal, el *förordning (1993:1053) om användning av vattenskoter*, formaba parte de la categoría de medidas nacionales a las que hace referencia el citado artículo 2.2 de la Directiva 94/25/CE, pues dicha normativa sueca establece una prohibición general de uso de motos acuáticas fuera de las vías de navegación públicas. El TJCE recordó concretamente que, «con arreglo al artículo 3, párrafo primero, de [la citada normativa nacional], el *länsstyrelsen*<sup>45</sup> podrá adoptar disposiciones por las que se establezcan las zo-

<sup>42</sup> *Verdad de Perogrullo* según SWINDELLS (véase la obra de dicha autora citada en la nota 1, pg. 23).

<sup>43</sup> Véase el fundamento jurídico núm. 18 de la sentencia *Mickelsson y Roos*, en el que se recuerda también que «los Estados miembros debían aplicar dichas disposiciones a partir del 1 de enero de 2005».

<sup>44</sup> Véase el fundamento jurídico núm. 21 de la sentencia *Mickelsson y Roos*.

<sup>45</sup> Autoridad provincial (véase el fundamento jurídico núm. 12 de la sentencia *Mickelsson y Roos*).

nas de la provincia, distintas de las vías de navegación públicas, en las que esté permitido el uso de motos acuáticas»<sup>46</sup>.

## 2.2. Aplicación del artículo 28 CE

A) Ni hablar de Keck y Mithouard...

Teniendo en cuenta que era preciso examinar si los artículos 28 CE y 30 CE se oponían a una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal<sup>47</sup>, el TJCE estimó que.

«Procede recordar que han de considerarse *medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación*, en el sentido del artículo 28 CE, las medidas adoptadas por un Estado miembro que tienen por objeto o efecto tratar de manera menos favorable a los productos que provienen de otros Estados miembros, así como los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados, a falta de armonización de las legislaciones nacionales, de la aplicación a las mercancías procedentes de otros Estados miembros, donde se fabrican y comercializan legalmente, de normas relativas a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías, aunque dichas normas se apliquen indistintamente a todos los productos (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral, denominada *Cassis de Dijon*, 120/78, Rec. p. 649, apartados 6, 14 y 15; de 26 de junio de 1997, Familiapress, C-368/95, Rec. p. I-3689, apartado 8, y de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, Rec. p. I-14887, apartado 67). También se engloba en el mismo concepto cualquier otra medida que obstaculice el acceso al mercado de un Estado miembro de los productos originarios de otros Estados miembros (véase la sentencia de 10 de febrero de 2009, Comisión/Italia, C-110/05, Rec. p. I-0000, apartado 37)»<sup>48</sup>.

Cabe destacar que en el fundamento jurídico transcrito el TJCE no se refiere a la fórmula *Dassonville*<sup>49</sup>, ni menciona la jurisprudencia *Keck y Mit-*

<sup>46</sup> Véase el fundamento jurídico núm. 22 de la sentencia *Mickelsson y Roos*, en el que se insiste en que, «en todo caso, el *länsstyrelsen* deberá adoptar tales disposiciones respecto a las zonas previstas en los números 1 a 3 del artículo 3 de dicho Reglamento».

<sup>47</sup> Véase el fundamento jurídico núm. 23 de la sentencia *Mickelsson y Roos*.

<sup>48</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico núm. 24.

<sup>49</sup> Consagrada en el fundamento jurídico núm. 5 de la sentencia *Dassonville* de 11 de julio de 1974, asunto 8/74, RJTJ pg. 837 (véanse, sobre la jurisprudencia en cuestión: BARNARD, «The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms», Oxford University Press, Oxford, 2007, pgs. 92-98; DAVIES, «Consumer Protection as an Obstacle to the Free Movement of Goods», *ERA-Forum – scripta iuris europaei*, núm. 3, 2003, 55-56; DEL RÍO Y OLESTI RAYO, «Las libertades comunitarias I» en ABELLÁN HONRUBIA y VILÀ COSTA, «Lecciones de Derecho Comunitario Europeo», Ariel, Barcelona, 1994, pg. 192; BROBERG, «Transforming the European Community's Regulation of Food Safety», Sieps, Estocolmo, 2008, pgs. 26-31; EZQUERRA UBERO, obra citada en la nota 8, pgs. 59-75; GORMLEY, obra citada en la nota 1, pgs. 1647-1648; OLIVER «Measures of equivalent effect: a reappraisal», *Common Market Law Review*, Vol. 19, núm. 2, 1982, pgs. 222-224; PÉREZ DE LAS HERAS, obra citada en la nota 2, pgs. 43-44; PERISIN, obra citada también en la nota 2, pgs. 20-22; POIARES MADURO, «Harmony and Dissonance in Free Movement», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2001, Vol. 4, 2002, pgs. 316-317; ROCA, «Le démantèlement des entraves aux commer-

*houard*<sup>50</sup>. Aunque, como ya hemos dicho, estimamos que es demasiado pronto para llegar a conclusiones categóricas, parece que cuando el objetivo es determinar el ámbito de aplicación del artículo 28 CE el TJCE se inclina por utilizar el criterio del *acceso al mercado*, tomando en cuenta, en particular, los efectos de una medida nacional que consistan en *tratar de manera menos favorable a los productos que provienen de otros Estados miembros*. Se trata en nuestra opinión del método que el Abogado General **Bot**<sup>51</sup> ha calificado de *análisis clásico*, del que el TJCE probablemente nunca hubiera debido desviarse<sup>52</sup>.

B) Los efectos de la medida nacional en relación con el acceso al mercado de los productos en cuestión

En el caso que nos interesa, el TJCE recordó que, en el momento de los hechos del asunto principal, no se había establecido ninguna zona para la navegación con motos acuáticas, por lo que el uso de éstas sólo estaba permitido en las vías de navegación públicas. Subrayó también que, según los inculpados en el citado asunto y la Comisión, dichas vías están destinadas al tráfico de gran tonelaje de carácter comercial, lo que hace peligroso el uso de motos acuáticas, así como que, en todo caso, la mayor parte de las aguas navegables suecas se encuentra fuera de dichas vías. En este sentido, el TJCE se refirió a que las alegaciones en cuestión «indican que las posibilidades reales de usar motos acuáticas en Suecia son, por ende, marginales»<sup>53</sup>.

El TJCE estimó que, aun en el caso de que la normativa nacional objeto de litigio no tuviera por objeto ni por efecto tratar de manera menos favorable a los productos procedentes de otros Estados miembros<sup>54</sup>, «la restricción del uso de un producto que aquella imponga en el territorio de un Estado miembro puede tener, dependiendo de su alcance, una influencia considerable sobre el comportamiento de los consumidores, que puede afectar, a su vez, al *acceso de dicho producto al mercado*<sup>55</sup> de este Estado miembro<sup>56,57</sup>».

ces mondial et intracommunautaire (tomo I)», L'Harmattan, París, 2007, pgs. 65-66; SANZ, «El asunto Pfeiffer c. Löwa: ¿El principio del fin del Keck?», *Gaceta Jurídica de la UE*, núm. 205, 2000, pgs. 41-42; STOFFEL VALLOTTON, «La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea», Dykinson, Madrid, 2000, pgs. 367-371; y SWINDELLS, obra citada en la nota 18, pg. 36).

<sup>50</sup> Véase: VIDRERAS PÉREZ, obra citada en la nota 3, pgs. 4-5.

<sup>51</sup> En el punto 106 de las Conclusiones citadas en la nota 5.

<sup>52</sup> *Ibidem* (véase también: GONZÁLEZ VAQUÉ, obra citada en la nota 1, pg. 10; y GORMLEY, obra citada igualmente en la nota 1, pg. 1691).

<sup>53</sup> Véase el fundamento jurídico núm. 25 de la sentencia *Mickelsson y Roos* [cabe recordar que la Abogado General KOKOTT, en el punto 44 de las Conclusiones citadas en la nota 1, subrayó que los señores *Mickelsson y Roos* estimaban «... que la restricción establecida por el nuevo Reglamento sueco supuso una disminución de las ventas de motos acuáticas de más del 90%» (véase: VIDRERAS PÉREZ, obra citada en la nota 3, pg. 4)].

<sup>54</sup> Lo que, según el TJCE, deberá, en su caso, determinar el *Luleå tingsrätt* (véase el fundamento jurídico núm. 26 de la sentencia *Mickelsson y Roos*).

<sup>55</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>56</sup> Véase el fundamento jurídico núm. 56 de la sentencia *Comisión/Italia* de 10 de febrero de 2009, citada en la nota 4.

<sup>57</sup> Véase el fundamento jurídico núm. 26 de la sentencia *Mickelsson y Roos*.

Tal conclusión se basó en las siguientes consideraciones.

«27. [...] los consumidores, al saber que el uso autorizado por tal normativa es muy limitado, sólo tendrán un interés reducido en adquirir el producto de que se trate<sup>58</sup>.

28. A este respecto, cuando la normativa nacional que establece las aguas y vías navegables no permita a los usuarios de motos acuáticas hacer un uso adecuado e inherente a dichos productos o lo limite enormemente, lo que corresponde apreciar al tribunal remitente, la citada normativa *tendría por efecto impedir el acceso de estos productos al mercado nacional*<sup>59</sup> de que se trate y sería por tanto, salvo que exista una justificación con arreglo al artículo 30 CE o por motivos imperiosos de interés general, una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación prohibida por el artículo 28 CE».

### 2.3. Aplicación del artículo 30 CE

#### A) Posible justificación: la protección del medio ambiente

El Gobierno sueco invocó el objetivo de la protección del medio ambiente y los objetivos contemplados en el artículo 30 CE para justificar el *förordning (1993:1053) om användning av vattenskoter*, alegando que «mediante la limitación del uso de motos acuáticas a determinadas zonas se evitan perturbaciones intolerables para el medio ambiente»<sup>60</sup>. Por su parte, el TJCE confirmó que, según una reiterada jurisprudencia, el objetivo de la protección del medio ambiente puede justificar medidas nacionales que puedan obstaculizar el comercio intracomunitario, siempre que dichas medidas sean proporcionadas respecto al objetivo que se persigue<sup>61</sup>.

En este sentido, dado que la protección del medio ambiente, por una parte, y la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales y la preservación de las plantas<sup>62</sup>, por otra, son objetivos estrechamente relacio-

<sup>58</sup> Véase, en este sentido, el fundamento jurídico núm. 57 de la sentencia *Comisión/Italia* de 10 de febrero de 2009, citada en la nota 4.

<sup>59</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>60</sup> Véase el fundamento jurídico núm. 30 de la sentencia *Mickelsson y Roos*, en el que se subraya que las autoridades suecas alegaron que el uso de motos acuáticas tiene consecuencias negativas para la fauna, en concreto cuando dichas embarcaciones se conducen durante un período prolongado de tiempo en un área reducida o a gran velocidad, y que los ruidos molestan a las personas y a los animales, especialmente a determinadas especies de aves protegidas. Además, siempre según las citadas autoridades, «el fácil traslado de las motos acuáticas facilita la transmisión de enfermedades animales» (*ibidem*).

<sup>61</sup> Véase, por ejemplo, el fundamento jurídico núm. 57 de la sentencia *Comisión/Austria* de 11 de diciembre de 2008, asunto C-52407, pendiente de publicación (véase, sobre este fallo: RIGAUX, «Immatriculation des véhicules et libre circulation des marchandises», *Europe*, núm. 75, 2009, pgs. 26-27).

<sup>62</sup> Véase el fundamento jurídico núm. 31 de la sentencia *Mickelsson y Roos*, en el que se precisa «que, conforme al artículo 30 CE, el artículo 28 CE no se opone a las prohibiciones o restricciones a la importación justificadas por razones de protección de la salud y vida de las personas y animales y preservación de los vegetales».

nados en el asunto que nos interesa, el TJCE decidió examinarlos conjuntamente para determinar si una normativa como la controvertida en el asunto principal estaba justificada. En el marco de dicho análisis, el TJCE aceptó que, en principio, la limitación o la prohibición del uso de motos acuáticas son medios adecuados para garantizar la protección del medio ambiente. Precisó, de todos modos, que para que la normativa nacional pueda considerarse justificada, las autoridades nacionales deben demostrar que los efectos restrictivos de dicha normativa sobre la libre circulación de mercancías no van más allá de lo necesario para cumplir dicho objetivo. El TJCE recordó también que el Gobierno sueco había alegado que existían no menos de 300 vías de navegación públicas a lo largo de la costa sueca y en los grandes lagos que no estaban sometidas a la prohibición de uso de motos acuáticas, lo que podía considerarse que era *una zona muy extensa*.

Tomando en cuenta las alegaciones de las autoridades nacionales, que insistieron en «que la situación geográfica de dichas aguas en Suecia excluye medidas de alcance distinto al previsto en las disposiciones del Reglamento nacional controvertido en el asunto principal»<sup>63</sup>, el TJCE concluyó lo siguiente.

«36. A este respecto, aunque no cabe excluir en el caso de autos que medidas diferentes de la prohibición establecida en el artículo 2 del [*förordning (1993:1053) om användning av vattenskoter*] puedan garantizar cierto grado de protección del medio ambiente, tampoco se puede negar a los Estados miembros la posibilidad de lograr un objetivo como el de la protección del medio ambiente mediante la adopción de normas generales que sean, por un lado, necesarias en atención a las particularidades geográficas del Estado miembro afectado y, por otro, fáciles de aplicar y controlar por las autoridades nacionales»<sup>64</sup>.

37. El [*förordning (1993:1053) om användning av vattenskoter*] establece una prohibición general de uso de motos acuáticas fuera de las vías de navegación públicas, con la posibilidad de que el *länsstyrelsen* designe zonas fuera de dichas vías en las que puedan utilizarse motos acuáticas. A este respecto, con arreglo al artículo 3 del [*förordning (1993:1053) om användning av vattenskoter*], el *länsstyrelsen* deberá adoptar tales disposiciones con arreglo a los requisitos establecidos en dicho artículo».

En lo que respecta al carácter supuestamente necesario de la medida controvertida, el TJCE señaló que la redacción del propio *förordning (1993:1053) om användning av vattenskoter* permitía presumir que, en las zonas que debían designarse mediante disposiciones de aplicación, podrían utilizarse motos acuáticas sin provocar riesgos o molestias inadmisibles para el medio ambiente. De lo anterior dedujo atinadamente «que una prohibición general de uso de dichos productos fuera de las vías de navegación públicas es

<sup>63</sup> Véase el fundamento jurídico núm. 35 de la sentencia *Mickelsson y Roos*.

<sup>64</sup> Véase, por analogía, el fundamento jurídico núm. 67 de la sentencia *Comisión/Italia* de 10 de febrero de 2009, citada en la nota 4.

una medida que va más allá de lo necesario para lograr el objetivo de la protección del medio ambiente»<sup>65</sup>.

B) Evaluación de la proporcionalidad de la medida controvertida

Según el TJCE, en principio, una normativa como la controvertida en el asunto principal puede considerarse proporcionada siempre que.

- las autoridades nacionales competentes estén obligadas a adoptar tales medidas de aplicación;
- dichas autoridades hayan ejercido efectivamente la competencia que les ha sido conferida a este respecto y hayan designado las zonas que cumplen los requisitos establecidos en el *förordning (1993:1053) om användning av vattenskoter*; y
- dichas medidas hayan sido adoptadas en un plazo razonable tras la entrada en vigor de dicha normativa nacional.

Resulta evidente que las citadas exigencias están relacionadas con los *efectos* de la medida en cuestión, cuando no se permita a los usuarios de motos acuáticas hacer un uso adecuado e inherente a dichos productos o lo limite enormemente<sup>66</sup>, lo que no dejará de influir en la venta de dichas motos.

Aunque algunos autores<sup>67</sup> hayan criticado el hecho que el TJCE declarase en el fallo objeto de nuestros comentarios que «corresponde al tribunal remitente verificar si dichos requisitos se cumplen en el asunto principal»<sup>68</sup>, nos parece que tal decisión está justificada por los argumentos adelantados por el propio TJCE (la separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJCE<sup>69</sup> y la falta de información sobre la adopción de las medidas de aplicación del *förordning (1993:1053) om användning av vattenskoter*<sup>70</sup>).

<sup>65</sup> Véase el fundamento jurídico núm. 35 de la sentencia *Mickelsson y Roos*.

<sup>66</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico núm. 28.

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo: VIDRERAS PÉREZ, obra citada en la nota 3, pgs. 6-7 [según GORMLEY el TJCE tiende a atribuir al órgano jurisdiccional remitente la responsabilidad final de decidir cuáles son los elementos y circunstancias que caracterizan el caso sobre el que versa una cuestión prejudicial cuando teme herir la sensibilidad nacional, por tratarse precisamente de una materia *sensible* para la opinión pública de ese Estado miembro (véase la obra de dicho autor citada en la nota 1, pg. 1651)].

<sup>68</sup> Véanse los fundamentos jurídicos núms. 41 y 44 de la sentencia *Mickelsson y Roos*.

<sup>69</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico núm. 41, en el que se hace referencia a los siguientes fundamentos jurídicos: núm. 23 de la sentencia *Varec* de 14 de febrero de 2008, asunto C-450/06, RJTJ pg. I-581; y núm. 3 de la sentencia *MOTOE* de 1 de julio de 2008, asunto C-49/07, pendiente de publicación.

<sup>70</sup> Véase el fundamento jurídico núm. 42 de la sentencia *Mickelsson y Roos* [cabe recordar que, en el fundamento jurídico núm. 43, el TJCE precisa que si el órgano jurisdiccional remitente constata que las medidas de aplicación se han adoptado dentro de un plazo razonable, aunque posterior a los hechos, y que dichas medidas designan como zonas navegables las aguas en las que los inculpados en el asunto principal condujeron las motos acuáticas, para que la normativa nacional siga siendo proporcionada y, por lo tanto, siga estando justificada conforme al objetivo de la protección del medio ambiente,

será necesario que los inculpados puedan invocar la nueva delimitación de las zonas navegables, a fin de respetar el principio general del Derecho comunitario de aplicación retroactiva, según el caso, de la ley penal más favorable y de la pena más leve (véase, en este sentido, el fundamento jurídico núm. 68 de la sentencia *Berlusconi y otros* de 3 de mayo de 2005, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, RJTJ. pg. I-3565)].