

# La libre circulación de mercancías en los sistemas políticos descentralizados: ¿Garantía de la libertad económica o proscripción del proteccionismo?\*

*Tomás de la Quadra-Salcedo Janini*

Profesor Titular de Derecho Constitucional.  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

El artículo analiza, a la luz de la evolución doctrinal y jurisprudencial, las dos interpretaciones que es posible hacer de aquellos preceptos que garantizan la libre circulación de mercancías en los sistemas políticos compuestos:

Por un lado, la que entiende que la libre circulación de mercancías debe ser interpretada como una garantía frente al proteccionismo económico, lo que supone la prohibición de las medidas de los Estados miembros que colocan injustificadamente en una situación de ventaja a los operadores económicos locales frente a sus competidores foráneos.

Por otro lado, la que entiende que la libre circulación de mercancías debe ser interpretada como una garantía general del libre mercado frente a toda medida de los Estados miembros que restrinja injustificadamente los intercambios de bienes o el libre acceso de los productos al mercado.

## ABSTRACT

The article analyses the doctrinal and judicial evolution of the two interpretations that are possible to make of the articles that safeguard the free movement of goods in the decentralized political systems:

On the one hand, the interpretation of the free movement of goods as a safeguard against the economic protectionism.

On the other hand, the interpretation of the free movement of goods as a safeguard of the free market and against the measures of the member States that restrict the exchanges of goods or the free access of goods to the markets.

\* Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Las reformas de los sistemas descentralizados». Ref. DER2009-14235 (subprograma JURI) cofinanciado con fondos FEDER.

**Palabras clave:** Libre circulación de mercancías, obstáculos al comercio, acceso al mercado, proteccionismo, derechos fundamentales económicos, Tribunal de Justicia, desregulación.

**Keywords:** Free movement of goods, obstacles to commerce, access to the market, protectionism, economic rights, Court of Justice, deregulation.

**Fecha recepción original:** 30 de abril de 2010

**Fecha aceptación:** 17 de mayo de 2010

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
  - II. EL OBJETIVO PERSEGUIDO POR LOS PRECEPTOS QUE GARANTIZAN LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS EN LOS SISTEMAS POLÍTICOS DESCENTRALIZADOS
  - III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y SUS CRÍTICOS—1. *La jurisprudencia Keck y Mithouard: ¿es el proteccionismo, estúpido!*—2. *Las críticas doctrinales a la jurisprudencia Keck*—2.1. Las consecuencias de la Sentencia Keck—2.2. Una crítica doctrinal a la jurisprudencia Keck. La importancia del acceso al mercado—2.2.1. Antecedentes de la idea del acceso al mercado como criterio de determinación de cuándo una regulación obstaculiza el comercio intracomunitario—2.2.2. La propuesta de utilización del criterio del acceso al mercado después de Keck—3. *¿La revocación de la doctrina Keck?: La reciente saga jurisprudencial del acceso al mercado*
  - IV. A MODO DE CONCLUSIÓN
-

## I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia ha afirmado recientemente en el asunto *Michelsson y Roos*<sup>1</sup> que aquellas normas nacionales que impiden el uso de un producto constituyen un obstáculo a la libre circulación de mercancías «aun en el caso de que la normativa nacional objeto de litigio no tenga por objeto *ni por efecto* tratar de manera menos favorable a los productos procedentes de otros Estados miembros».

Tal pronunciamiento supone una preocupante revocación de la doctrina asumida por el propio Tribunal de Justicia en 1993, en el asunto *Keck y Mithouard*<sup>2</sup>, y reabre la cuestión en relación con cuál es el objetivo perseguido por aquellos preceptos que garantizan la libre circulación de mercancías en los sistemas políticos compuestos.

El viraje judicial referido, que nos disponemos a analizar en estas páginas, ha sido «acompañado», además de por la controvertida jurisprudencia recogida en la saga de sentencias *Viking*, *Laval* y *Ruffert* en materia de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, por la aprobación por las instituciones europeas de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior cuyo plazo de transposición finalizó el pasado diciembre de 2009.

La consecuencia fundamental, tanto de la nueva doctrina sentada en mercancías como de la nueva norma europea en materia de prestación de servicios, sería el sometimiento de aquellas disposiciones nacionales que impiden el uso de un producto o que regulan la prestación de servicios sin efectos diferenciados a control jurisdiccional para determinar su conformidad con el Derecho de la Unión Europea. Control al que, con anterioridad, tal tipo de disposiciones, como desarrollaremos, no quedaban sometidas. Se produce por tanto la «europeización» de un ámbito regulatorio que hasta ahora había quedado *extramuros* del Derecho de la Unión. Y ello se produce, precisamente, cuando el «constituyente» europeo ha explícitamente negado en la reforma de Lisboa que aquel derecho en el que con naturalidad cabría encuadrar la garantía del libre ejercicio de la actividad económica por los operadores económicos –el derecho a la libertad de empresa recogida en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión– se pueda constituir en límite general a la actuación de los Estados miembros<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> STJCE de 4.6.2009, as. *Michelsson y Roos* (C-142/05).

<sup>2</sup> STJCE de 24.11.1993, as. ac. *Keck y Mithouard* (C-267 y C-268/91).

<sup>3</sup> De acuerdo con el artículo 51.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión que, tras Lisboa se ha convertido en Derecho primario de la Unión Europea, sus disposiciones, entre las que se recoge el derecho a la libertad de empresa, «están dirigidas a las

Adicionalmente, y como segunda consecuencia ligada con la anterior, el control al que a partir de ahora se van a someter las disposiciones referidas, es un control más incisivo que el que se venía utilizando hasta ahora por los jueces nacionales para juzgar la compatibilidad de tales disposiciones con el derecho nacional, pues supone la aplicación de un nuevo parámetro para determinar su conformidad con el ordenamiento jurídico: el principio de proporcionalidad.

Principio, el de proporcionalidad, al que no quedaban sometidas hasta ahora –antes de la nueva jurisprudencia y antes de la entrada en vigor de la Directiva de servicios– las disposiciones nacionales que impedían el uso de un producto o que regulaban la prestación de servicios sin efectos diferenciados. En efecto, las disposiciones referidas, no ligadas al derecho europeo, podían afectar a los derechos fundamentales económicos recogidos en los textos constitucionales nacionales y por ello venían siendo sometidas a control, pero a control mediante la aplicación de un juicio más laxo que el de proporcionalidad, un mero juicio de razonabilidad. El nuevo parámetro europeo a aplicar para juzgar las disposiciones estatales que impiden el uso de un producto o que regulan la prestación de servicios sin efectos diferenciados –el juicio de proporcionalidad– es, en la práctica, más intenso que el parámetro nacional utilizado hasta ahora para juzgar esas mismas normas –el juicio de razonabilidad–.

La nueva doctrina del Tribunal de Justicia en materia de mercancías y la recién estrenada Directiva de servicios suponen, por tanto, además de la europeización de un ámbito regulatorio que hasta ahora era puramente nacional, una potencial desregulación del mercado<sup>4</sup>.

No sería descabellado especular con que la apertura de ambos frentes desreguladores simultáneamente, el judicial y el normativo, podría estar en el origen de algunas de las afirmaciones de la Sentencia-Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de junio de 2009<sup>5</sup>.

## II. EL OBJETIVO PERSEGUIDO POR LOS PRECEPTOS QUE GARANTIZAN LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS EN LOS SISTEMAS POLÍTICOS DESCENTRALIZADOS

Del análisis de dos sistemas políticos compuestos, el norteamericano y el de la Unión Europea, resulta la presencia, explícita o implícita, en los respecti-

instituciones, órganos y organismos de la Unión así como a los Estados miembros *única-mente cuando apliquen el Derecho de la Unión*.

<sup>4</sup> Sobre la Directiva de servicios y sus efectos desreguladores ver QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «¿*Quo vadis*, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», *REDE*, n.º 22, 2007, pp. 237-280.

<sup>5</sup> A la saga *Viking*, *Laval* y *Ruffert* como detonante de lo dicho en la Sentencia Lisboa se refiere MENENDEZ, A.J., en «La Unión Europea en el espejo de Lisboa. La sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán en clave constitucional europea» (ejemplar manuscrito de próxima publicación en el CEPC).

vos textos fundamentales de preceptos que tienen como objetivo garantizar la libre circulación de mercancías entre sus entidades territoriales.

En el ordenamiento jurídico norteamericano la garantía de la libre circulación de mercancías entre los Estados federados se ha construido jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos a partir del precepto constitucional que atribuye al Congreso la competencia para regular el comercio entre Estados<sup>6</sup>. El reconocimiento de los límites que tal cláusula atributiva de competencias impondría implícitamente sobre la actividad de los Estados es lo que se ha denominado la interpretación durmiente de la Cláusula de Comercio<sup>7</sup>.

En el ordenamiento jurídico de la Unión Europea la garantía de la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros se encuentra explícitamente reconocida en los artículos 34 y 35 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguos artículos 28 y 29 del TCE) que prohíben el establecimiento de restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente a la importación y a la exportación.

Tanto la Cláusula de Comercio contenida en la Constitución norteamericana de 1787 como los artículos 34 y 35 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE en adelante) establecen límites sustantivos al ejercicio fundamentalmente de las competencias estatales<sup>8</sup>: prohíben a los poderes públicos territoriales hacer algo al ejercer sus propias competencias, es pues necesario determinar claramente que es lo que estos preceptos prohíben hacer.

En ambos sistemas jurídicos lo prohibido por el respectivo texto fundamental, la Constitución de los Estados Unidos y el TFUE, está directamente relacionado con el significado que se le ha dado jurisprudencialmente al concepto de «obstaculizar el comercio interestatal/intracomunitario».

En efecto, la jurisprudencia de ambos sistemas jurídicos se ha referido indistintamente a aquellos preceptos que garantizarían la libre circulación de mercancías o que garantizarían el comercio interestatal/intracomunitario.

Elemento clave en la interpretación de lo prohibido por los preceptos que garantizan la libre circulación de mercancías entre las subdivisiones territoriales en ambos sistemas es la diferenciación que se haga entre el concepto

<sup>6</sup> La Cláusula de Comercio se encuentra recogida en la Constitución de los Estados Unidos en su artículo I sección 8ª.

<sup>7</sup> Ver QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Unidad económica y descentralización política. Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>8</sup> En el caso europeo la garantía de la libre circulación de mercancías también se impone frente a las instituciones de la Unión Europea con el fin de que éstas no coloquen injustificadamente en ventaja a los operadores económicos que comercializan sus productos en sólo un mercado nacional frente a los operadores que los comercializan en varios, si bien es cierto que las más frecuentes vulneraciones de tal garantía provienen de los poderes territoriales.

de «obstaculizar el comercio interestatal/intracomunitario» y el concepto de «obstaculizar el comercio en general».

Toda regulación pública puede afectar de un modo u otro a los intercambios de bienes en el mercado. Si consideramos las regulaciones de las subdivisiones territoriales en los sistemas políticos descentralizados, muchas de sus regulaciones obstaculizan, restringen, gravan, condicionan, impiden, dificultan la actividad de los operadores económicos privados que quieren comercializar sus productos en todo el territorio común.

Las regulaciones dictadas por las subdivisiones territoriales en ejercicio de sus propias competencias pueden «obstaculizar el comercio en un sentido general» (1), pero pueden, además, «obstaculizar el comercio entre las subdivisiones territoriales», esto es, pueden restringir y obstaculizar más onerosamente la comercialización de los productos importados que a la comercialización de la producción local (2):

1) Las regulaciones públicas son susceptibles de restringir los intercambios de bienes en el mercado creando un obstáculo que pesa sobre todos los operadores económicos derivado de tener que adecuarse a tales regulaciones. Se puede considerar que tal efecto restrictivo es un efecto general de las regulaciones públicas que de una forma u otra afectan a la manera en la que se desarrollan los intercambios de bienes en el mercado. Así, por ejemplo, una norma que regule el lugar o el momento en el que se puede vender un producto puede suponer una limitación de vender los productos libremente que puede derivar en una disminución del volumen de los intercambios, lo que se podría considerar un obstáculo o restricción al comercio en general. A este efecto restrictivo de los intercambios se le puede denominar una «obstaculación del comercio en general».

2) Pero además de esta restricción general que crea toda reglamentación del mercado, las regulaciones dictadas por las subdivisiones territoriales en los sistemas políticos compuestos pueden tener como efecto restringir más onerosamente la comercialización de las importaciones que la comercialización de los productos locales. A este efecto restrictivo se le puede denominar una «obstaculación del comercio interestatal/intracomunitario».

Estos efectos restrictivos más onerosos sobre los productos provenientes de fuera de la subdivisión territorial que sobre los productos provenientes de dentro pueden tener su origen:

–Bien en que la propia regulación territorial establece regímenes jurídicos diferenciados en función del origen del producto, siendo más oneroso el régimen aplicable a los productos provenientes de fuera que el aplicable a los productos provenientes de dentro, es lo que se suelen denominar medidas discriminatorias

–Bien en que la propia regulación territorial, que es indistintamente aplicable, al no establecer regímenes diferenciados en función del origen, tiene no obstante *de facto* tal efecto diferenciado. En este caso, tales efectos dife-

renciados pueden derivarse, a su vez, de dos causas: bien de que como consecuencia de la propia estructura del mercado la comercialización de los productos foráneos se vea más restringida que la comercialización de los productos locales<sup>9</sup>, bien de que la propia necesidad de adaptarse a una multiplicidad regulatoria cree costes más onerosos sobre la comercialización de las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional<sup>10</sup>.

Por tanto, una medida dictada por una subdivisión territorial puede restringir en general los intercambios de bienes como consecuencia de someter a normas a los intercambios que de otro modo serían libres (1)) y al mismo tiempo puede restringir en mayor medida la comercialización de un tipo concreto de bienes, los de fuera, que la de otros, los de dentro (2)). Así lo ha señalado, refiriéndose a la Comunidad Europea, DONÁ VISCARDINI, para quien las reglamentaciones comerciales pueden tener un doble efecto restrictivo: además de un efecto restrictivo general idéntico para productos importados y productos nacionales un efecto restrictivo adicional para los productos importados derivado de la existencia de una diversidad de regulaciones<sup>11</sup>.

Los textos fundamentales de los sistemas políticos descentralizados referidos han sometido a control jurisdiccional las regulaciones que generan ambos tipos de restricciones para comprobar si están justificadas.

Sin embargo, mientras que el parámetro del control jurisdiccional sobre las regulaciones que producen una restricción u obstaculización general de los intercambios lo constituyen los derechos fundamentales económicos –la libertad de empresa o el derecho de propiedad–, el parámetro del control jurisdiccional sobre las regulaciones que producen una restricción más onerosa sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional lo constituyen, también, aquellos preceptos «constitucionales» que garantizan la libre circulación de mercancías entre las subdivisiones territoriales.

Los preceptos constitucionales que garantizan la libre circulación de mer-

<sup>9</sup> Ello es lo que ocurría, por ejemplo, en el asunto resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.* 449 U.S. 456 (1981), donde una medida estatal indistintamente aplicable, la obligación de envasar la leche en envases de cartón, beneficiaba a una industria local, la del papel, frente a una industria foránea, la del plástico.

<sup>10</sup> Ello es lo que ocurría en el asunto *Comisión c. Alemania* donde se consideraba la conformidad con el Tratado de una regulación germana estableciendo los estándares que tenía que tener la cerveza para que pudiese ser así denominada (STJCE de 12.3.1987, C-178/84).

<sup>11</sup> VISCARDINI-DONA, W., “Les mesures d’effet équivalent à des restrictions quantitatives”, *RMC*, nº 165, 1973, pp. 224-233. Aunque el efecto restrictivo adicional sobre las importaciones no se deriva sólo de la existencia de una diversidad de regulaciones, pues tal efecto restrictivo adicional sobre las importaciones también puede derivar de la propia estructura del mercado.

cancias entre las subdivisiones territoriales lo que proscriben son las «obstaculizaciones del comercio interestatal/intracomunitario» injustificadas, pero no las «obstaculizaciones del comercio en general» injustificadas que se proscriben, en cambio, por aquellos otros preceptos que garantizan los denominados derechos económicos.

En efecto, los órganos jurisdiccionales, jueces y tribunales ordinarios o tribunales constitucionales, controlan la conformidad con los preceptos que garantizan la libre circulación de mercancías de aquellas regulaciones públicas que tienen como efecto restringir más onerosamente la comercialización de los productos provenientes de fuera de un territorio que la comercialización de los productos provenientes de dentro. Los poderes públicos se ven limitados en el ejercicio de sus competencias por estos preceptos<sup>12</sup> que tienen como finalidad evitar que tales poderes restrinjan más onerosamente a los productos importados que a los productos locales si no existe una causa de justificación suficiente.

Y los órganos jurisdiccionales, jueces y tribunales ordinarios o tribunales constitucionales, controlan, además y por otro lado, la conformidad con los derechos fundamentales económicos de aquellas regulaciones públicas que son susceptibles de restringir u obstaculizar los intercambios de bienes en el mercado, de obstaculizar el comercio en general. Así, derechos como el de propiedad o el de libertad de empresa constituyen el límite esencial a la intervención pública en la economía. Se considera que las regulaciones que restringen en general los intercambios de bienes en el mercado pueden afectar a estos derechos de los operadores económicos y, por tanto, se someten al escrutinio de los órganos jurisdiccionales para determinar si la afectación de los derechos fundamentales es razonable.

En este sentido, del análisis de la jurisprudencia norteamericana se desprende con claridad<sup>13</sup> la diferenciación entre la función que cumple la Cláusula de Comercio durmiente, dirigida a evitar los «obstáculos injustificados al comercio interestatal», y la función que cumplen los derechos individuales económicos reconocidos en la denominada Cláusula del proceso debido, dirigidos a evitar «los obstáculos injustificados al comercio en general».

El propósito de los derechos fundamentales económicos reconocidos en la Cláusula del proceso debido sería garantizar, en último extremo, los intercambios en general, el libre mercado; mientras que el propósito de la Cláusula de Comercio negativa o durmiente sería la garantía del «comercio interestatal», que sólo es puesto en cuestión por aquellas regulaciones estatales

<sup>12</sup> El artículo 139.2 en nuestra Constitución, la Cláusula de Comercio en su interpretación durmiente en los Estados Unidos o el artículo 34 del TFUE.

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, *Norfolk Southern Corp. v. Oberly*, 822 F.2d 388 (3d Cir.1987), *J. Filiberto Sanitation v. State of New Jersey Department of Environmental Protection* 857 F.2d 913 (3d Cir. 1988), *Old Bridge Chemicals v. New Jersey Department of Environmental Protection* 965 F.2d 1287 (3d Cir. 1992).

que tienen efectos restrictivos más onerosos sobre los productos de fuera que sobre los estatales.

La garantía del comercio interestatal a través de la Cláusula de Comercio durmiente sería expresión del interés federal en que los Estados no aventajen a sus productos frente a sus competidores de fuera y no manifestación de los derechos subjetivos fundamentales de los operadores económicos en el mercado.

Tal diferencia conceptual debe ser asimismo realizada en el ordenamiento de la Unión Europea, pues al igual que en los Estados Unidos, la clave de la interpretación de lo prohibido por los artículos 34 y 35 del TFUE (antiguos artículos 28 y 29 del TCE) estaría en la necesaria diferencia entre lo que significa «un obstáculo o restricción al comercio en general» y lo que significa un «obstáculo o restricción al comercio intracomunitario/interestatal».

Aunque un importante sector doctrinal ha considerado que los artículos 34 y 35 del TFUE tienen como propósito garantizar un mercado libre con plena movilidad de los factores de producción equiparando en la práctica este precepto con aquellos que a través del reconocimiento de los derechos fundamentales económicos garantizan la libertad del comercio en general<sup>14</sup>, creemos que la función de tales preceptos debe ser equivalente a la función que cumple la Cláusula de Comercio durmiente en los Estados Unidos, esto es, la función de garantizar la libre circulación de mercancías, la función de garantizar que no se produzcan «obstáculos sobre el comercio intracomunitario» injustificados. Obstaculización que sólo producirían aquellas regulaciones, fundamentalmente estatales<sup>15</sup>, que tienen un efecto restrictivo más oneroso sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional.

En el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, sin embargo y a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento de los Estados Unidos, la garantía de aquellos derechos individuales económicos que promueven la libertad de los intercambios comerciales, sólo se encontraría recogida de manera parcial.

En efecto, los derechos económicos recogidos en el Derecho de la Unión

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, el Abogado General F. JACOBS consideraba que existe un principio o criterio esencial a la hora de determinar si una medida cae en el ámbito del artículo 28 (actual art. 34 TFUE); el de que «todas las empresas que ejercen una actividad económica legal en un Estado miembro deberían tener un libre acceso a la totalidad del mercado comunitario, salvo que exista un motivo válido para negarles el pleno acceso a una parte de este mercado» (Conclusiones as. *Leclerc-Siplec c. TFI*, C-412/93, presentadas el 24.11.1994).

Para A. JIMÉNEZ-BLANCO el Tratado de 1957 había asumido la economía de mercado positivizando derechos individuales de los agentes económicos en el artículo 28 (actual artículo 34 TFUE) (en el capítulo sobre Ordenación de la Economía de PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A.; y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 184).

<sup>15</sup> Ver nota 7.

Europea, bien como principios generales del derecho (art. 6.3 TUE)<sup>16</sup> bien como derechos explícitos en la, ya vigente, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 6.1 TUE)<sup>17</sup>, no constituirían un límite general a lo que pueden hacer los poderes públicos de los Estados miembros. En efecto, para que éstos puedan ser sometidos al control del juez europeo tomando como parámetro los derechos fundamentales contenidos en el Derecho de la Unión Europea, su actividad debe estar conectada con el derecho europeo.

Así, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros tienen la obligación de respetar los derechos fundamentales contenidos en el Derecho de la Unión Europea sólo en sus actuaciones ligadas al ordenamiento europeo<sup>18</sup>.

Sin embargo, al tiempo que se reconoce la necesidad de que los Estados miembros en sus actuaciones ligadas al ordenamiento europeo queden vinculados por los derechos fundamentales comunitarios, el Tribunal de Justicia ha reconocido su incapacidad para someter las medidas de los Estados miembros al control de conformidad con el Derecho originario cuando no existe una conexión entre la actividad estatal y el ordenamiento de la Unión Europea<sup>19</sup>.

La nueva Carta no hace sino ratificar la jurisprudencia del Tribunal en este

<sup>16</sup> Recordemos que en Europa fue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la que construyó la existencia en el ordenamiento jurídico comunitario de una tabla implícita de derechos limitadores de la actuación de las instituciones europeas y de ciertos actos de los Estados miembros, al considerar los derechos fundamentales parte integrante de los principios generales del derecho comunitario.

<sup>17</sup> El artículo 15 de la Carta establece, por ejemplo, que «todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro» y el artículo 16 que «se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales». En el caso del artículo 15.2 se viene a recoger el contenido de las libertades básicas del mercado interior desarrolladas en el TFUE por lo que nos recuerda J. MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, «la interpretación de este apartado segundo vendrá totalmente condicionada por la regulación que el propio Tratado realice de las libertades fundamentales. Ello es así porque, en aplicación de lo previsto en el art. 52.2, cuando los derechos reconocidos en la Carta se mencionan en otras partes del Derecho originario, habrán de ejercerse en las condiciones y dentro de los límites definidos por él» («Art. 15. Libertad profesional y derecho a trabajar», en MANGAS MARTÍN, A., dir., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 320-331, p. 326).

<sup>18</sup> Recordemos que ello se produce en dos supuestos: 1) cuando los Estados miembros actúan como aplicadores del derecho comunitario (STJCE de 13.7.1989, as. *Wachauf*, C-5/88); y, 2) cuando los Estados miembros pretenden la derogación de un precepto comunitario acudiendo a una de las excepciones previstas en el mismo (STJCE de 18.6.1991, as. *ERT*, C-260/89).

<sup>19</sup> En la STJCE de 30.9.1987, as. *Demirel* (C-12/86), el Tribunal de Justicia recordaba que «aun cuando es deber de este Tribunal asegurar la observancia de los derechos fundamentales en el campo del Derecho comunitario, no tiene poder para examinar la compatibilidad con el CEDH de una legislación nacional que está fuera del ámbito del Derecho comunitario».

punto al establecer en su artículo 51.1 que sus disposiciones «están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión así como a los Estados miembros *únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*».

Ello supone la existencia de ámbitos regulatorios estatales exentos al control del juez europeo tomando como parámetro los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, cosa que no ocurre en el sistema norteamericano en el que los derechos fundamentales económicos recogidos en la Constitución federal se imponen a *toda* actuación de los poderes públicos estatales.

Recordemos, no obstante, que originariamente en los Estados Unidos, el *Bill of Rights*, en el que se encuentran recogidos los derechos fundamentales, sólo era aplicable a los actos de la Federación. Las regulaciones estatales no se sometían, así, en un primer momento al *judicial review* federal tomando como parámetro los derechos fundamentales de las enmiendas de 1791<sup>20</sup>.

Ello no quería decir que la actuación de los poderes públicos estatales no se sometiese a aquellos límites derivados del reconocimiento de derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados federados. En efecto, la actuación de los Estados podía someterse a un control de constitucionalidad por parte de las jurisdicciones estatales y tomando como parámetro las tablas de derechos contenidas en las Constituciones estatales.

Precisamente, eso es lo que ocurriría actualmente en el caso de la Unión Europea, las regulaciones estatales no ligadas al ordenamiento europeo se verán sometidas al control realizado por los órganos jurisdiccionales nacionales tomando como parámetro los derechos fundamentales económicos

<sup>20</sup> Sólo con la aprobación de las «Enmiendas de la reconstrucción» en 1868, tras la Guerra Civil americana y el desarrollo de la denominada doctrina jurisprudencial de la incorporación, se reconocerán los derechos fundamentales del *Bill of Rights* federal como límites a la actuación de los Estados. Límites que a partir de entonces pueden ser garantizados por parte de los tribunales federales de manera unitaria frente a todos los poderes públicos, federales y estatales, al controlar la conformidad de sus actos con la Constitución Federal.

La doctrina de la «incorporación» considera que los derechos contenidos en el *Bill of Rights* de 1791 se hacen aplicables a los Estados a través esencialmente del reconocimiento en la enmienda XIV de una Cláusula del proceso debido. El Tribunal Supremo rechazó la doctrina de la total incorporación y ha desarrollado una teoría de incorporación selectiva que considera que a través de la cláusula del proceso debido reconocida en la enmienda XIV sólo determinados preceptos del *Bill of Rights* considerados fundamentales se aplican también a los Estados. Realmente los derechos contenidos en las ocho primeras enmiendas dejados en la actualidad sin incorporar tienen un carácter menor pues se trata del derecho a llevar armas de la segunda enmienda, la garantía en los juicios penales de ser acusado por un gran jurado de la quinta o la garantía de un juicio con jurado en los casos civiles de la séptima enmienda. Otros derechos no han sido objeto de litigio para determinar si se aplican a los Estados, como por ejemplo el relativo a la prohibición de acuartelamiento de soldados en casas privadas de la tercera enmienda.

Pese a esta incorporación selectiva se puede afirmar que los derechos fundamentales esenciales reconocidos en el *Bill of Rights* federal se han incorporado a la enmienda decimocuarta como límites a la actividad de los Estados.

reconocidos en el derecho interno<sup>21</sup>, en las Constituciones nacionales, pero no se verán sometidas al control realizado por el juez europeo tomando como parámetro de control los derechos fundamentales contenidos en el Derecho de la Unión Europea (ya sea la Carta o los principios generales del derecho).

Quizás sea la imposibilidad de someter al escrutinio del juez europeo determinadas regulaciones estatales sin vinculación alguna con el ordenamiento europeo, tomando como parámetro los derechos fundamentales económicos del ordenamiento de la Unión Europea, la que lleva a algunos sectores doctrinales a confundir, conscientemente o no, el propósito de la garantía de la libre circulación de mercancías contenida en los artículos 34 y 35 del TFUE y a suponer que lo que pretenderían tales preceptos es garantizar las libertades y derechos económicos.

Encontraríamos por tanto en Europa dos interpretaciones contradictorias del propósito de los preceptos que garantizan la libre circulación de mercancías:

Por un lado, la que entiende que la libre circulación de mercancías debe ser interpretada como una garantía general del libre mercado frente a las regulaciones de los poderes públicos que restringen injustificadamente los intercambios de bienes o el libre acceso de los productos al mercado. Una suerte de derecho fundamental a la libertad de empresa.

Por otro lado, la que entiende que lo que se trata de garantizar esencialmente con la libre circulación de mercancías es que los Estados miembros no coloquen injustificadamente en una situación de ventaja a los operadores económicos locales frente a sus competidores foráneos.

La primera interpretación fue sostenida en alguna ocasión por el Tribunal de Justicia antes de 1993, aunque nunca fue totalmente acogida en su jurisprudencia al aceptarse simultáneamente líneas de argumentación contradictorias<sup>22</sup>, y se mantiene todavía hoy en día por aquellos autores que defien-

<sup>21</sup> MARTÍNEZ LAGE, S., «Revisión jurisprudencial sobre la libre circulación de mercancías», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, nº B-90, 1993, pp. 1 ss.. En este sentido, para K. LENAERTS el hecho de que el Tribunal de Justicia se haya declarado incompetente para revisar la compatibilidad de los actos de los Estados miembros que no son aplicación del derecho de la Unión Europea con los derechos fundamentales reconocidos en el derecho de la Unión Europea no significa que exista una laguna en la protección de los derechos fundamentales. En efecto, tales supuestos se someten al control del Tribunal de Estrasburgo, órgano supranacional encargado de la aplicación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del que son parte todos los Estados miembros de la Unión Europea. El sometimiento de los Estados miembros a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo permite una interpretación unificada de los derechos fundamentales en toda la Unión Europea aunque no sea realizada por los órganos jurisdiccionales comunitarios («Federalism: Essential concepts in evolution –The case of the European Union», *Fordham International Law Journal*, 1998, pp. 746-798, pp. 791-792).

<sup>22</sup> Sobre ello ver QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Unidad económica y...*, *op. cit.*, pp. 511 ss.

den la idea del acceso al mercado como criterio de determinación de la existencia de una restricción a la libre circulación de mercancías.

De aceptarse tal interpretación, la función de los preceptos que garantizan la libre circulación de mercancías sería similar a la función que en otros ordenamientos desempeñan los derechos fundamentales económicos.

La segunda interpretación de la libre circulación de mercancías, que es la que creemos correcta, considera que el propósito esencial de los preceptos que la reconocen no es garantizar el libre mercado frente a las regulaciones de los poderes públicos que lo restrinjan injustificadamente, sino que su objetivo es «más modesto», a saber, es garantizar que los Estados miembros no beneficien o aventajen injustificadamente a sus operadores económicos frente a la competencia de los de fuera. Por ello el criterio determinante para considerar que una regulación obstaculiza la libre circulación de mercancías será si la misma tiene un efecto restrictivo más oneroso sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional.

Esta segunda interpretación es la interpretación de los artículos 34 y 35 del TFUE (antiguos artículos 28 y 29 del TCE) que fue acogida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde 1993, en *Keck*<sup>23</sup>, hasta su aparente puesta en cuestión en 2009 en la saga que nos disponemos a analizar en estas páginas.

Esta segunda interpretación es la única coherente con los propios términos del Tratado, la norma fundamental del ordenamiento de la Unión Europea, que al prohibir las medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa no está sino prohibiendo aquellas medidas con los mismos efectos que las cuotas, paradigma de medidas con efectos proteccionistas<sup>24</sup>.

Se debe, por tanto, llegar a tal interpretación de los preceptos referidos analizando la finalidad por la cual fueron incorporados al ordenamiento jurídico, pero además analizándolos en el conjunto de un sistema normativo y no sólo de una manera aislada.

En efecto, más allá de la literalidad de la norma y de cuál fuese la voluntad originaria de los «padres fundadores» de la Unión, es, asimismo, esta segunda interpretación la única sistemática y coherente con la voluntad más reciente del «constituyente» europeo que en la última reforma realizada, la de Lisboa, ha introducido después de más de 50 años de proceso de integración, una Carta de Derechos Fundamentales en la que se recogen derechos económicos que se imponen, sin embargo, de manera limitada a los Estados

<sup>23</sup> La jurisprudencia del Tribunal de Justicia pareció, así, abandonar la concepción que consideraba que la garantía de la libre circulación de mercancías supone la garantía del libre mercado convergiendo, en este punto, con la interpretación dada en el ordenamiento norteamericano al precepto que allí garantiza la libre circulación de bienes, la Cláusula de Comercio durmiente.

<sup>24</sup> En coherencia con ello fue la interpretación del artículo 34 del TFUE (entonces 28 TCEE) realizada en la vieja Directiva 70/50, de 22 de diciembre de 1969, por la Comisión como desarrollamos en una nota posterior.

miembros. En efecto, entre los derechos recogidos en la Carta se encuentra el derecho a la libertad de empresa, que si bien tendría como función fundamental promover el libre ejercicio de la actividad económica, el «constituyente» europeo no ha querido que se promueva frente a los Estados miembros más que *cuando aplican el Derecho de la Unión*. Es decir cuando el «constituyente» europeo ha tenido la oportunidad de promover el libre ejercicio de la actividad económica mediante el sometimiento de las regulaciones de todos los poderes públicos, incluyendo los estatales cuando ejercen competencias propias, al control del juez europeo adoptando como parámetro los derechos económicos, no ha querido hacerlo.

Y precisamente frente a la inequívoca voluntad del «constituyente» europeo que niega el sometimiento de los poderes nacionales, excepto cuando apliquen el derecho de la Unión, a la libertad de empresa, reacciona el Tribunal de Justicia, de manera cuando menos fraudulenta<sup>25</sup>, radicando, ahora, una suerte de libertad de empresa *bis* frente a los Estados miembros en aquellos preceptos que garantizan la libre circulación de mercancías. Una interpretación sistemática y teleológica de aquellos preceptos que garantizan la libre circulación y de aquellos que garantizan la libertad de empresa debe llevar a rechazar tal construcción jurisprudencial e interpretar que es la proscripción del proteccionismo el objetivo de los primeros y la garantía de la libertad económica aunque de forma limitada, el objetivo de los segundos.

La convergencia del ordenamiento europeo con el norteamericano que se produce en 1993 en lo que se refiere a la interpretación que deba darse al objeto y la función de los preceptos «constitucionales» que garantizan la libre circulación de mercancías puso de manifiesto cómo la interpretación del propósito de los preceptos garantizadores de la libre circulación de mercancías debe tener un sentido inequívoco y común en todos los sistemas jurídicos; sin embargo, tal convergencia podría haber llegado a su fin tras la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Antes de analizar la jurisprudencia más reciente, que aparentemente parece suponer, en buena medida, el abandono de la doctrina mantenida desde 1993, en el asunto *Keck*, conviene recordar lo que el Tribunal de Justicia estableció en aquel asunto, así, como las críticas que se le venían haciendo desde entonces, críticas que parecen haber tenido el efecto de que el Tribunal haya comenzado a replantearse su propia doctrina.

### III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y SUS CRÍTICOS

#### 1. La jurisprudencia *Keck* y *Mithouard*: ¿es el proteccionismo, estúpido!

El asunto *Keck* y *Mithouard*<sup>26</sup> supuso interpretar la libre circulación de mer-

<sup>25</sup> Fraudulenta, pues tal interpretación haría inútil la deliberada restricción o limitación de la Carta, pues no quedaría espacio para una libertad económica no vinculada con el Derecho de la Unión.

<sup>26</sup> STJCE de 24.11.1993, as. ac. *Keck* y *Mithouard*, cit.

cancias en, lo que consideramos que son sus correctos términos, pues supuso considerar que lo que proscriben aquellos preceptos del TFUE que garantizan la libre circulación de mercancías es el proteccionismo económico. Lo que tales preceptos prohíben es que los poderes públicos, esencialmente los estatales, puedan adoptar regulaciones que, de hecho o de derecho, restrinjan más onerosamente la comercialización de los productos importados que la de los productos nacionales.

En el asunto *Keck y Mithouard* se juzgó la compatibilidad con el artículo 34 del TFUE (antiguo artículo 28 del TCE) de una regulación francesa que prohibía la reventa a pérdida.

El Tribunal de Justicia admitió que «una regulación de ese tipo es susceptible de restringir el volumen de ventas de productos procedentes de otros Estados miembros en la medida en que priva a los operadores de un medio de promocionar las ventas»<sup>27</sup>. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que había que preguntarse si tal posibilidad, la restricción del volumen de ventas, era suficiente para afirmar que tal regulación suponía un obstáculo al comercio intracomunitario susceptible de ser estimado como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación en el supuesto en que no se pudiese justificar en la promoción de un objetivo legítimo.

El Tribunal reafirmará su jurisprudencia recogida en las sentencias *Cassis de Dijon*<sup>28</sup> y *Dassonville*<sup>29</sup> pero con unas importantes y fundamentales matizaciones. En palabras del Tribunal de Justicia se hacía «necesario reexaminar y precisar su jurisprudencia (anterior) en la materia»<sup>30</sup>.

En efecto, considera el Tribunal en su sentencia *Keck*, que tal como ya afirmó en *Cassis* constituyen «medidas de efecto equivalente, prohibidas por el artículo 28 del TCE (actual artículo 34 del TFUE), los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados, a falta de armonización de las legislaciones, de la aplicación a mercancías procedentes de otros Estados miembros de *normas relativas a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías* (como los relativos a su denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, acondicionamiento), aunque dichas normas sean indistintamente aplicables a todos los productos, siempre que dicha aplicación no pueda ser justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías»<sup>31</sup>.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia hará en *Keck* una revocación explícita de aquella otra línea jurisprudencial que consideraba que «obstaculiza el comercio intracomunitario» cualquier medida que restrinja los intercam-

<sup>27</sup> Apartado 13.

<sup>28</sup> STJCE de 20.2.1979, as. *Cassis de Dijon* (120/78).

<sup>29</sup> STJCE de 11.7.1974, as. *Procureur du Roi c. Dassonville* (8/74).

<sup>30</sup> Apartado 14.

<sup>31</sup> Apartado 15. La cursiva es nuestra.

bios de bienes al afirmar que «procede declarar, en contra de lo que hasta ahora se ha venido juzgando, que la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de *disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar* directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia *Dassonville*, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional y *siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros*»<sup>32</sup>.

Recordemos que de acuerdo con la interpretación realizada por un amplio sector doctrinal, y por determinadas sentencias del propio Tribunal de Justicia antes de *Keck*, cualquier regulación estatal que restringiese de forma general los intercambios de bienes entre Estados miembros era susceptible de «obstaculizar el comercio intracomunitario» y debía estar justificada por un objetivo de interés general para no ser declarada contraria al artículo 34 del TFUE<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>33</sup> Ver QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Unidad económica y...*, *op. cit.*, pp. 511-561. Así lo consideró el TJCE en su STJCE de 23.11.1989, as. *Torfaen* (C-145/88), donde se juzgaba la compatibilidad con el artículo 28 del TCE (actual art. 34 del TFUE) de una normativa nacional del Reino Unido, la *Shops Act* de 1950, que prohíbe ejercer determinadas actividades comerciales los domingos.

El Consejo municipal inglés, que era el que había impuesto la sanción por apertura dominical a una tienda, negaba que la restricción de las operaciones comerciales realizadas los domingos constituya una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, puesto que tal normativa se aplica por igual a los productos nacionales y a los productos importados y por tanto no perjudica a las importaciones de manera distinta a como perjudica la comercialización de los productos nacionales.

Durante el procedimiento ante el órgano judicial nacional se demostró que la prohibición de abrir los domingos tenía por efecto reducir el volumen total de ventas de B & Q, empresa sancionada por haber abierto en domingo. Para la empresa perjudicada el domingo es el mejor día de ventas, ventas que no son recuperadas el resto de la semana. La reducción de las ventas como consecuencia de la obligación de cierre tenía como consecuencia la correspondiente reducción de las importaciones procedentes de otros Estados miembros. La empresa alegaba que aproximadamente el 10% de las mercancías que comercializaba procedían de otros Estados miembros. Para B & Q la aplicación de la prohibición del comercio dominical reduce indirectamente, en términos absolutos, el volumen de las importaciones al Reino Unido de muchos artículos procedentes de otros Estados miembros que B & Q vende en sus tiendas y debe por tanto ser considerada una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa.

El Tribunal de Justicia declarará que una normativa nacional que prohíba a los comercios minoristas abrir los domingos es aplicable indistintamente a los productos importados y a los nacionales y no produce que la comercialización de los productos importados de otros Estados miembros resulte más dificultada que la de los productos nacionales. La medida es indistintamente aplicable y con efectos indistintos.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia aceptará la argumentación de la empresa sancionada al considerar que la prohibición de apertura los domingos solamente será compatible con el principio de libre circulación de mercancías previsto por el Tratado si los eventuales obstáculos que causa al comercio comunitario no van más allá de lo que es

En *Keck*, sin embargo, considerará el Tribunal de Justicia que en el caso de lo que denomina «ciertas modalidades de venta» la existencia de una obstaculización prohibida por el TCE sólo se produce si la regulación «no afecta del mismo modo, de hecho o de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los importados». Es decir, sólo se produce una obstaculización del comercio intracomunitario en el sentido de la jurisprudencia *Dassonville* si la medida estatal tiene efectos restrictivos más onerosos sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional<sup>34</sup>.

Tras la nueva doctrina sentada en *Keck*:

a) las regulaciones estatales relativas a los requisitos que deben cumplir los productos para poder ser comercializados se presume que pueden «obstaculizar el comercio intracomunitario» y por tanto deben estar justificadas por un objetivo de interés general para no ser consideradas contrarias al Tratado.

b) mientras que en el caso de las regulaciones que en *Keck* se denominan como reguladoras de las modalidades de ventas, es necesario probar que «obstaculizan el comercio intracomunitario» para que puedan considerarse contrarias al Tratado si no superan el escrutinio del Tribunal. Y sólo se

necesario para garantizar el objetivo fijado y si este objetivo está justificado con arreglo al Derecho comunitario.

El Tribunal está afirmando que la medida en discusión es susceptible de «obstaculizar el comercio intracomunitario» y debe considerarse una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa salvo que se pueda justificar en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo con arreglo a la jurisprudencia sobre las exigencias imperativas. El Tribunal acoge así el argumento de B & Q al considerar el cierre dominical como una «obstaculización del comercio intracomunitario» como consecuencia de considerar que tal medida puede producir un efecto restrictivo sobre la libre circulación de mercancías derivado de la disminución del volumen de ventas de todos los productos, nacionales e importados.

<sup>34</sup> La doctrina establecida en *Keck* y *Mithouard* supone, en nuestra opinión, una vuelta a la interpretación del artículo 34 del TFUE realizada en la vieja Directiva 70/50, de 22 de diciembre de 1969, por la Comisión.

En efecto, en aquel texto las medidas indistintamente aplicables no eran, como norma general, equivalentes a aquellas que establecían una restricción cuantitativa. Sólo se consideraba que una medida indistintamente aplicable podía caer bajo el concepto de una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa cuando tal medida tuviese un efecto sobre la libre circulación de mercancías que fuese más allá del efecto propio de las normas comerciales, y tal era el caso cuando las importaciones eran impedidas o se hacían más difíciles y costosas que la venta de la producción nacional y no estaban justificadas en la consecución de un objetivo legítimo.

La Directiva en su artículo 3 consideraba que tal era el caso, el de hacer más difíciles o costosas las importaciones que la comercialización de la producción nacional, de las medidas que rigen la comercialización de productos en lo que se refiere en particular a la forma, dimensiones, peso, composición, presentación, identificación. Listado que es prácticamente idéntico al ahora recogido en *Keck* al referirse a las normas relativas a los requisitos que deben cumplir las mercancías. Ver QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Unidad económica y...*, *op. cit.*, pp. 453-469.

considera que «obstaculizan el comercio intracomunitario» si no afectan del mismo modo a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros<sup>35</sup>. La jurisprudencia y la doctrina posterior a *Keck* han entendido de manera amplia el significado del concepto «ciertas modalidades de venta» incluyendo cualquier regulación de las condiciones de comercialización que no caiga bajo el concepto de normas relativas a los requisitos que deben cumplir los productos para poder ser comercializados<sup>36</sup>.

La razón fundamental para considerar que las regulaciones sobre las características o requisitos que ha de tener un producto para poder ser comercializado (a)) obstaculizan el comercio intracomunitario, y son por tanto susceptibles de ser consideradas una medida de efecto equivalente si no se encuentran suficientemente justificadas, es la presunción de que son regulaciones que afectan más onerosamente a la comercialización de los productos importados que a la de los productos nacionales, pues en estos casos la existencia real o potencial de una diversidad regulatoria crea costes a las importaciones que no tienen los productos nacionales que sólo se comercializan en el Estado regulador. Así se pone de manifiesto en el asunto *Clinique*<sup>37</sup> donde el Tribunal reconoce que «el hecho de que, a causa de una prohibición (relativa al etiquetado de un producto), la empresa afectada se vea obligada a seguir comercializando sus productos, únicamente en dicho Estado miembro, con otra denominación y a soportar los gastos complementarios de envasado y de publicidad demuestra que dicha medida perjudica la libertad de los intercambios»<sup>38</sup>.

Las regulaciones sobre modalidades de venta (b)), sin embargo, sólo si se demuestra por el recurrente que tienen efectos restrictivos más onerosos, de hecho o de derecho, sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional se podrán considerar como medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa si no se justifican suficientemente, no siendo por tanto necesario que se justifiquen en un objetivo legi-

<sup>35</sup> La construcción del Tribunal en *Keck* nos recuerda a la interpretación que hacía G. MARENCO de lo establecido en el asunto *Dassonville* (STJCE de 11.7.1974, cit.), cuando recalca la importancia «de saber si la medida obstaculiza de la misma forma y en la misma medida, de hecho o de derecho, igualmente la venta de la producción nacional» (que la de las importaciones) («Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative», *CDE*, 1984, nº 3-4, p. 292).

<sup>36</sup> CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 59 y 60.

<sup>37</sup> STJCE de 2.2.1994, as. *Clinique* (C-315/92).

<sup>38</sup> Apartado 19. La multiplicidad regulatoria crea costes adicionales sobre los productos que se comercializan en varios Estados que no tienen los que se comercializan en un solo Estado. Igualmente en el apartado 13 de la STJCE de 6.7.1995, as. *Mars* (C-470/1993), cuando afirma que la razón de que una medida sobre las características que tiene que tener el etiquetado de un producto para ser comercializado sea un obstáculo al comercio es que tal medida puede «obligar al importador a disponer de manera diferente la presentación de sus productos en función del lugar de comercialización previsto y, por consiguiente, a soportar gastos adicionales de acondicionamiento y de publicidad».

timo mientras sus efectos sean iguales para importaciones y productos domésticos y quedando entonces fuera del alcance del artículo 28.

Se debe considerar a uno de los jueces del Tribunal de Justicia que tomaron parte en la decisión adoptada en *Keck* como un intérprete privilegiado de la voluntad del Tribunal al revocar su jurisprudencia anterior. En efecto, para el Juez Joliet «el sentido de la sentencia *Keck* y *Mithouard* se refiere a que no resulta suficiente que una normativa influya de una determinada manera sobre el comercio intracomunitario para que el artículo 28 TCE (actual art. 34 TFUE) sea aplicable. *Se necesita además que las ventas de los productos importados resulten afectadas en mayor medida que las ventas de los productos nacionales*. El error de la jurisprudencia precedente o, en todo caso, de una parte de la misma, consiste en haber procedido a un control de proporcionalidad<sup>39</sup> en donde la normativa producía exactamente los mismos efectos sobre los productos nacionales que sobre los de los otros Estados miembros»<sup>40</sup>.

## 2. Las críticas doctrinales a la jurisprudencia *Keck*

### 2.1. Las consecuencias de la Sentencia *Keck*

Para aquel sector doctrinal que considera que el propósito fundamental del artículo 34 del TFUE, y de las denominadas libertades fundamentales del mercado interior en general, es someter a control a toda regulación que afecte al volumen de los intercambios de bienes en el mercado común, la jurisprudencia establecida en *Keck* habría privado a la Comisión de un «arma eficaz para controlar las medidas irracionales, abusivas, desmesuradas, e incluso vejatorias que, sin ninguna justificación compartimentan artificialmente el mercado interior»<sup>41</sup>.

La jurisprudencia *Keck* fue considerada por GORMLEY como «un paso retrógrado que daña la unidad del mercado común de manera irreparable». Para GORMLEY el Tribunal habría abandonado cualquier intento de juzgar la proporcionalidad en relación a las regulaciones que no tienen efectos diferenciados y se habría lavado las manos en tales asuntos<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Nosotros consideramos que el control de proporcionalidad en sentido propio, el *balancing*, es rechazable no sólo en los casos en los que no hay una restricción mayor de las importaciones que de la comercialización nacional sino en general en todos los supuestos en los que se aplica el artículo 34 TFUE por lo que en la actualidad «los errores de la jurisprudencia» no han sido subsanados completamente por el propio Tribunal de Justicia (v. QUADRA-SALCEDO JANINI, T. *Unidad económica...*, *op. cit.*, pp. 703 ss.).

<sup>40</sup> JOLIET, R., «La libre circulación de mercancías: Las sentencias *Keck* y *Mithouard* y las nuevas orientaciones de la jurisprudencia», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, nº D- 23, 1995, pp. 7-38, p. 31.

<sup>41</sup> MATTERA, A., «De l'arrêt *Dassonville* à l'arrêt *Keck*: l'obscurité clarité d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions», *RMUE*, 1994, p. 153.

<sup>42</sup> GORMLEY, L., «Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in *Keck & Mithouard*». *European Business Law Review*, 1994, p. 67. Más recientemente GORMLEY, L., «Silver threads among the gold...50 years of the free movement of goods», *Fordham*

Ciertamente, bajo esta concepción doctrinal que considera que la función del artículo 34 del TFUE es equivalente a la función que, por ejemplo, en nuestra Constitución o en la Constitución norteamericana, cumplen los derechos fundamentales económicos –libertad de empresa, derecho de propiedad–, la renuncia a someter a control determinadas regulaciones estatales que afectan al libre intercambio de bienes en el mercado comunitario sería una renuncia al ejercicio de la función de garantía de tales derechos<sup>43</sup>. Sin embargo, como ya hemos visto, lo que precisamente está haciendo el Tribunal de Justicia en *Keck* es negar que el propósito del artículo 34 del TFUE sea garantizar la libre circulación de mercancías en el mercado comunitario en el sentido que entiende que tal valor se promueve a través de la garantía del libre ejercicio de la actividad económica en los distintos Estados miembros<sup>44</sup>. Tal interpretación del concepto de libre circulación de mercancías no es la que se asume por la jurisprudencia comunitaria a partir de 1993.

Para R. JOLIET el problema de la aplicación del artículo 34 del TFUE no reside en determinar si una regulación provoca un coste suplementario sobre el operador económico que actúa en el mercado sino en saber si la regulación de un Estado origina una ventaja competitiva para la industria nacional<sup>45</sup>.

El juez R. JOLIET admite que es posible que determinadas regulaciones estatales que no originan una ventaja competitiva para la industria nacional «no sean razonables o sean molestas». Sin embargo, ello no debe producir que se deban someter al escrutinio del juez comunitario bajo el artículo 34 del TFUE.

*International Law Journal*, 2008, nº 6. Para L. GONZÁLEZ VAQUÉ la extensión de la jurisprudencia *Keck* serviría para excluir numerosas medidas del necesario control jurisdiccional llevado a cabo por el Tribunal de Justicia («La sentencia *Mickelsson y Roos* del TJCE: *Good Bye, Keck y Mithouard*», *REDE*, nº 31, 2009, pp. 389-406, p. 393).

<sup>43</sup> Sin embargo, tal como señala S. MARTÍNEZ LAGE, las regulaciones que no tienen efectos diferenciados se someten a partir de entonces al control de los órganos internos tomándose como parámetro para ejercer tal control el derecho interno que es donde se garantizan los derechos fundamentales frente a la acción de los poderes públicos estatales (o en el caso de los poderes de la UE e incluso de los poderes estatales actuando como órganos comunitarios los derechos fundamentales garantizados en los principios generales del derecho de la UE si se aplican como límite por el juez comunitario) («Revisión Jurisprudencial...», *op. cit.*).

<sup>44</sup> La concepción señalada entronca directamente con la concepción ordoliberal que considera que los Tratados habrían «constitucionalizado» un sistema económico fundamentado en el mercado y en la libre competencia. Lo cual supone que los poderes públicos tanto estatales como comunitarios no pueden interferir con el sistema competitivo y deben respetar los derechos fundamentales económicos que se considera que, en principio, prevalecen sobre la promoción de cualquier otro bien o interés. Ver sobre el tema GERBER, D.J., «Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the “New” Europe», *The American Journal of Comparative Law*, 1994.

<sup>45</sup> JOLIET, R., «La libre circulación...», *op. cit.*, p. 30.

En efecto, en los Estados Unidos tales regulaciones que no tienen efectos diferenciados podrían ser consideradas contrarias a determinados derechos fundamentales económicos si se consideran arbitrarias, pero el precepto vulnerado no sería la Cláusula de Comercio durmiente sino la Cláusula del debido proceso.

En la Unión Europea, ciertamente tales regulaciones estatales que no tienen efectos diferenciados hay que recordar que no son contrarias a los derechos fundamentales económicos recogidos en el ordenamiento de la Unión Europea (en la recién estrenada Carta o en los principios generales del Derecho), pues estos sólo constituyen un límite a los poderes nacionales cuando aplican el derecho europeo. Sin embargo, si los operadores económicos no quieren conformarse con tales regulaciones arbitrarias, podrían, señala R. JOLIET, acudir al proceso político nacional ejerciendo presión sobre los gobiernos y parlamentos nacionales para que las modifiquen<sup>46</sup>.

Asimismo, si los operadores consideran que es esencial que las condiciones de competencia sean uniformes en todos los Estados miembros, podrán dirigirse a la Comisión y al Consejo para convencerles de la necesidad de armonizar la materia a través del ejercicio del artículo 114 del TFUE (antiguo artículo 95 del TCE) que otorga al legislador de la Unión la competencia para aproximar las normativas nacionales con la finalidad de suprimir aquellas distorsiones sensibles de la competencia generadas por la pluralidad de regulaciones de los Estados miembros<sup>47</sup>. La armoniza-

<sup>46</sup> Posición que nos recuerda a una línea doctrinal muy presente en los Estados Unidos donde se considera que «para la protección contra los abusos del legislador la gente debe acudir a las elecciones no a los tribunales» idea ya recogida en 1877 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Munn v. Illinois* 94 U.S. 113 en 134,

<sup>47</sup> El TFUE atribuye a la Unión competencias para suprimir las distorsiones de la competencia que se deriven de la existencia de la pluralidad regulatoria generada por el ejercicio por los Estados miembros de sus propias competencias materiales. En efecto, la mera existencia de divergencias entre las regulaciones nacionales puede provocar distorsiones de la competencia sin obstaculizar la libre circulación de mercancías, dificultando de este modo el funcionamiento del mercado interior. Se produce una distorsión de la competencia cuando las distintas regulaciones nacionales difieren en los requisitos que imponen para el ejercicio de las actividades que contemplan, lo que puede repercutir directa o indirectamente en las condiciones de competencia de las empresas afectadas. Ello supone que una medida de un poder público nacional puede provocar una distorsión de la competencia sin necesariamente producir al mismo tiempo una obstaculización de la libre circulación del comercio entre Estados miembros, pues se trata de medidas que regulan, por ejemplo, los requisitos o condiciones de fabricación sin afectar, sin embargo, a los requisitos o características que han de tener los productos mismos que se trasladan en el propio mercado común.

En este supuesto el TFUE no ha prohibido las medidas estatales que distorsionan la competencia, como sí lo hacía con las medidas obstaculizadoras del comercio intracomunitario injustificadas, sino que simplemente ha atribuido a la Unión la competencia para suprimirlas a través de la armonización. En efecto, el Tribunal de Justicia ha afirmado la competencia de la Unión para adoptar una medida de armonización de las disposiciones nacionales con arreglo al artículo 114 TFUE en dos supuestos: si tal medida contribuye

ción de disposiciones constituye una tarea que corresponde al legislador europeo, no al TJ<sup>48</sup>.

Evidentemente, además de esta posibilidad de control político de las regulaciones no razonables que tienen efectos indistintos sobre productos locales y foráneos, los operadores económicos tienen, en todo caso, la opción de dirigirse a los tribunales nacionales para que sometan a control tales regulaciones tomando como parámetro los derechos fundamentales económicos reconocidos en las Constituciones nacionales para que sean aquellos los que controlen su razonabilidad<sup>49</sup>.

## 2.2. *Una crítica doctrinal a la jurisprudencia Keck. La importancia del acceso al mercado*

De la jurisprudencia *Keck* se deriva que el criterio general para que una regulación estatal se considere prohibida por el Tratado, si no está justificada en la promoción de un fin legítimo, es que tenga unos efectos restrictivos más onerosos sobre las importaciones que sobre la comercialización de los productos nacionales, bien por presumirse tales efectos, como en el caso de las normas sobre los requisitos y las características que tienen que tener los productos para poder ser comercializados, bien porque se demuestren por el recurrente tales efectos diferenciados, como es el caso de las normas relativas a las modalidades de venta.

Un determinado sector doctrinal se ha mostrado crítico con la interpretación del artículo 34 del TFUE realizada por el Tribunal de Justicia en *Keck* y ha propugnado que el criterio determinante para considerar si una norma constituye un «obstáculo al comercio intracomunitario» debe ser la determinación de si la norma dificulta o restringe sustancialmente el acceso al mercado de los productos importados, independientemente de si restringe de manera equivalente el acceso de los productos nacionales. Este sector doctrinal rechazaría el criterio de la diferencia de efectos.

Bajo esta perspectiva, determinadas normas que no tienen efectos restrictivos más onerosos sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional, sin embargo encarecen y entorpecen el acceso al mercado nacional de los bienes producidos en otros Estados miembros, lo que justificaría que fuesen consideradas contrarias al Tratado si no se demuestra que promueven un objetivo legítimo. Así, determinadas regulacio-

de hecho a eliminar obstáculos justificados al comercio entre los Estados miembros, pero también si contribuye a suprimir distorsiones sensibles de la competencia (v. QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *El sistema europeo de distribución de competencias*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 69 ss.).

<sup>48</sup> JOLIET, R., «The Free Circulation of Goods: The *Keck and Mithouard* Decisión and the New Directions in the Case Law», *Columbia Journal of European Law*, 1994. p. 451; y, JOLIET, R., «La libre circulación...», *op. cit.*, p. 37.

<sup>49</sup> Incluso en último extremo los ciudadanos podrían acudir a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo si consideran vulnerados un derecho fundamental de los allí contenidos.

nes estatales, aunque no tengan como efecto favorecer a la producción nacional frente a la importada, pueden hacer mucho menos atractiva para las empresas de otros Estados miembros la apertura y penetración en nuevos mercados<sup>50</sup>.

Esta perspectiva del acceso al mercado se diferencia de aquella sostenida por el Tribunal de Justicia en el asunto *Torfaen*<sup>51</sup>, que consideraba que cualquier regulación que disminuyese el volumen de los intercambios de bienes debía ser considerada una obstaculización del comercio intracomunitario, en que aparentemente la doctrina del acceso sostendría que sólo obstaculizan el comercio intracomunitario las regulaciones que dificultan tal acceso al mercado de manera *sustancial*<sup>52</sup>.

La idea del acceso al mercado ya había sido sugerida algunos años antes de que se fallara *Keck* por WHITE<sup>53</sup>. Su construcción había sido asumida por la Comisión, aunque fue explícitamente rechazada por el Tribunal de Justicia, en el asunto *Torfaen Borough* (1989)<sup>54</sup>. La construcción de WHITE trataba de

<sup>50</sup> Aunque no acogía el concepto del acceso al mercado como tal, recordemos que un importante sector de la primera doctrina había sostenido que desde el momento en que una medida estatal tiene como efecto restringir los intercambios de mercancías entre los Estados miembros, debía ser considerada prohibida por el Tratado, a salvo de poderse justificar. Para M. WAELBROECK cualquier medida que obstaculice, restrinja o impida el flujo de los productos es incompatible con el artículo 28 siendo irrelevante que la misma ventaja o no a los operadores estatales frente a los foráneos (*Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire*, Bruselas, 1975, pp. 27 ss.).

<sup>51</sup> En *Torfaen* se consideró que una regulación sobre cierre dominical constituía un obstáculo al comercio intracomunitario como consecuencia de considerar que era susceptible de disminuir los intercambios y consecuentemente las importaciones (STJCE de 23.11.1989, C-145/88).

<sup>52</sup> El paradigma de regulación con efectos no diferenciados pero que según un sector doctrinal debería considerarse obstaculizadora del comercio intracomunitario por impedir sustancial o totalmente el acceso al mercado de los productos importados serían las regulaciones que prohíben la comercialización de un producto. En efecto, a pesar de que en muchos casos la prohibición de comercializar un producto puede ocultar el intento de favorecer a un producto competidor elaborado localmente lo cual supondría que la regulación tiene efectos restrictivos más onerosos sobre la comercialización de las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional, sería posible encontrar prohibiciones de comercializar un producto que realmente tuviesen efectos indistintos sobre las importaciones y la comercialización de la producción nacional. Este no era el caso de los asuntos resueltos en las STJCE de 26.6.1980, as. *Gilli et Anders* (788/79) (relativo a la prohibición de comercializar vinagre no procedente de la uva); STJCE de 14.7.1988, as. *Zoni* (C-90/86) (relativo a la prohibición de comercializar pastas secas elaboradas con trigo blando); o, la STJCE de 23.2.1988, as. *Comisión c. Francia* (C-216/84) (relativo a la prohibición de comercializar productos sustitutivos de la leche en polvo elaborada a partir de ingredientes distintos a la leche animal).

<sup>53</sup> WHITE, E.L., «In Search of the Limits to Article 30 of the ECC Treaty», *CMLR*, 1989.

<sup>54</sup> Recordemos que *Torfaen* supuso la máxima extensión de la doctrina que considera que es la mera restricción de los intercambios, la mera restricción de las importaciones, independientemente de si se restringe de igual manera la producción nacional, lo determinante para considerar una medida contraria al Tratado si finalmente no se puede justificar (STJCE de 23.11.1989, cit.).

establecer una línea intermedia entre la interpretación que considera que cualquier restricción o disminución de los intercambios de bienes supone un obstáculo al comercio intracomunitario y la interpretación que considera que sólo las medidas que establezcan, de hecho o de derecho, restricciones más onerosas sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional suponen un obstáculo al comercio intracomunitario.

Analizaremos la propuesta de WHITE por considerarla un precedente de las doctrinas posteriores que han sostenido la necesidad de acoger el criterio del acceso al mercado para luego referirnos a estas<sup>55</sup>.

### 2.2.1. Antecedentes de la idea del acceso al mercado como criterio de determinación de cuándo una regulación obstaculiza el comercio intracomunitario

La posición de la Comisión en el asunto *Torfaen Borough*<sup>56</sup> viene a coincidir con la posición expresada sólo unos meses antes en un artículo doctrinal por uno de los miembros de su servicio jurídico que es, precisamente, el encargado de fijar la posición de la Comisión ante el Tribunal de Justicia en el asunto *Torfaen*.

En efecto, Eric L. WHITE, a la sazón miembro del servicio jurídico de la Comisión, había publicado un artículo en el que se proponía una más clara determinación de los límites a la aplicación del artículo 28 del TCE (actual art. 34 del TFUE) en la jurisprudencia y trataba de reconducir y explicar lo dicho hasta entonces por el Tribunal a través de una interesante construcción conceptual<sup>57</sup>. Tal interpretación es asumida en su totalidad por la propia Comisión, representada por el propio Eric L. WHITE, en el asunto *Torfaen Borough*. Sin embargo, tal interpretación del artículo 28 del TCE (actual art. 34 del TFUE) fue rechazada por el Tribunal de Justicia en el propio asunto *Torfaen* y en la jurisprudencia de los años siguientes.

La Comisión a la hora de establecer a qué medidas se debe aplicar el artículo 34 TFUE comienza diferenciando las medidas discriminatorias y las medidas indistintamente aplicables. A su vez dentro de este segundo grupo de medidas, las indistintamente aplicables, diferencia tres categorías de medidas:

1– La primera contendría aquellas medidas que regulan los requisitos que deben tener los productos para poder ser comercializados (naturaleza, composición, forma, etiquetado, denominación). Para la Comisión «en esta cate-

<sup>55</sup> En nuestra opinión E.L. WHITE, sería, el precursor de la doctrina del acceso al mercado y aunque *Keck* no acoge su construcción en lo que se refiere a tal criterio, sí adopta su construcción en lo que se refiere a la diferenciación entre las normas que regulan los requisitos que deben tener los productos para poder ser comercializados (naturaleza, composición, forma, etiquetado, denominación) y las normas que regulan las circunstancias en que se pueden vender o utilizar los productos (dónde, cuándo, cómo, por quién).

<sup>56</sup> STJCE de 23.11.1989, as. *Torfaen*, cit. Recordemos que se juzgaba la compatibilidad con el antiguo artículo 28 del TCE de una regulación que establecía el cierre dominical.

<sup>57</sup> WHITE, E.L., «In Search of the Limits...», *op. cit.*

goría, una divergencia entre las diversas legislaciones nacionales causará irremediablemente obstáculos a los intercambios, porque dará lugar a que productos perfectamente fabricados o despachados a libre práctica en el Estado miembro de exportación tengan que sufrir adaptaciones para poder ser vendidos en el Estado miembro de importación».

2- La segunda categoría de medidas dentro de las indistintamente aplicables serían aquellas medidas que prohíben la importación, fabricación o comercialización de determinados productos. «Estas medidas imponen la prohibición absoluta de importar los productos a los que se refieren y como tal *se las puede considerar restricciones cuantitativas más que como medidas de efecto equivalente*»<sup>58</sup>. Estas medidas, aunque no otorguen ventajas a la producción nacional frente a la importada, son consideradas por la Comisión como obstaculizadoras del comercio intracomunitario<sup>59</sup>.

3- La tercera categoría de medidas incluye las que tienen que ver con las circunstancias en que se pueden vender o utilizar los productos (dónde, cuándo, cómo, por quién). Las cuales no serían regulaciones que «obstaculizan el comercio intracomunitario» mientras los productos importados disfruten de un acceso al mercado igual que el que disfrutaban los productos nacionales.

<sup>58</sup> Bajo el régimen establecido por el GATT las regulaciones de los Estados que tienen como efecto prohibir el acceso de un producto al mercado, independientemente de los efectos que tenga sobre los productos nacionales, están en principio prohibidas por el artículo XI a menos que se puedan justificar en alguna de las justificaciones reconocidas por el artículo XX. Por el contrario, bajo el GATT las regulaciones estatales que no prohíben el acceso al mercado de un producto importado sino que simplemente lo dificultan o entorpecen no están prohibidas bajo el GATT a menos que violen el principio de trato nacional, esto es, que discriminen de hecho o de derecho. WEILER, J.H.H., «The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of Free Movement of Goods», en CRAIG, P. y DE BÚRCA, G., *The Evolution of EU Law*, 1999, pp. 355-356. También se refería a ello WHITE, E.L., «In Search of the Limits...», *op. cit.*, pp. 239-41.

<sup>59</sup> El propio E.L. WHITE admite que se puedan considerar obstáculos al comercio intracomunitario necesitados de justificación no sólo las medidas que prohíben totalmente la comercialización de un producto sino también aquellas que aunque no prohíban totalmente la comercialización de un producto tienen unos efectos similares. En su opinión si una restricción de las circunstancias en las que se puede comercializar un producto es tan severa que en la práctica constituye una prohibición virtual del producto será asimilable a una prohibición absoluta de comercializar tal producto y por tanto de deberá someter al escrutinio del Tribunal para no ser considerada contraria al Tratado (y pone el ejemplo de una prohibición de vender cigarrillos todo el año excepto el día de navidad).

Bajo esta categoría incluye E.L. WHITE el asunto *Cinéthèque* (STJCE de 11.7.1985, as. ac. C-60 y C-61/84), pues en aquel caso a pesar de no otorgar la medida estatal una ventaja a la producción doméstica y tener efectos indistintos se trataba de «una prohibición más que una restricción». Nosotros consideramos, sin embargo, que en *Cinéthèque* no se establecía una prohibición total de comercializar un producto pues la prohibición era temporal y no indefinida, con lo que la restricción de las importaciones era más cercana a una medida que restringe o dificulta los intercambios como las de la tercera categoría del propio E.L. WHITE que a una medida que los impide totalmente como las de esta segunda categoría.

La construcción de WHITE se fundamenta en la idea del acceso al mercado. Las regulaciones de los Estados miembros no podrían *impedir totalmente el acceso* al mercado nacional de los bienes producidos en otro Estado miembro (segunda categoría en el esquema de WHITE), ni tampoco podrían *dificultar más onerosamente el acceso de las importaciones que lo que dificultan la comercialización de la producción nacional* (primera y tercera categoría).

Las regulaciones de los Estados sí que pueden, por el contrario, *dificultar* de manera general el acceso al mercado, esto es, pueden dificultar de la misma manera el acceso al mercado de las importaciones y la comercialización de la producción nacional pero *no pueden impedir* totalmente el acceso aunque en este caso el efecto sea general.

Esta concepción llevaría a considerar que:

1- Las regulaciones que establecen las características que tiene que tener un producto dificultan más onerosamente el acceso al mercado de las importaciones que la comercialización de los productos nacionales como consecuencia de la multiplicidad regulatoria a la que se deben adaptar las primeras y por ello caerían bajo el concepto de obstaculizar el comercio intracomunitario.

2- Las regulaciones que tienen que ver con las circunstancias en que se pueden vender o utilizar los productos (dónde, cuándo, cómo, por quién) aunque pueden dificultar los intercambios en general, en principio, no impiden totalmente el acceso al mercado de los productos importados y tampoco lo dificultan más que lo que dificultan la comercialización de los productos nacionales y por ello no constituirían un obstáculo al comercio intracomunitario. Para E.L. WHITE, incluso los Estados miembros admiten variaciones locales en relación al tiempo y lugar en el que se pueden vender los productos sin que ello ponga en cuestión el acceso al mercado de los productos y por tanto la unidad del mercado doméstico. Bajo la construcción de WHITE, mientras no se demuestre que tales regulaciones tienen efectos restrictivos más onerosos sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional, los productos importados disfrutan de un acceso al mercado igual que el que disfrutaban los productos nacionales (ello es lo que se produciría en el caso de las normas sobre cierre dominical).

3- Las regulaciones que prohíben la importación o comercialización de un producto tienen como efecto impedir totalmente el acceso al mercado de los productos elaborados en los demás Estados miembros, siendo indiferente en este caso si también se impide la comercialización («el acceso») de los productos nacionales, y por tanto constituirían un obstáculo al comercio intracomunitario.

La construcción de WHITE parece desviarse precisamente en este último punto de aquella que considera que el criterio esencial para determinar la existencia de un obstáculo al comercio intracomunitario son los efectos más restrictivos que la medida impone sobre las importaciones. En efecto, las

medidas que prohíben la importación, fabricación o comercialización de determinados productos pueden impedir totalmente el acceso al mercado nacional de un producto pero, sin embargo, no tienen necesariamente efectos más restrictivos sobre las importaciones que sobre la producción nacional<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> La explicación de la desviación de E.L. WHITE del criterio de los efectos diferenciados puede ser triple:

La primera explicación sería que evidentemente no son los efectos diferenciados el criterio determinante para interpretar el concepto de «obstaculizar el comercio intracomunitario» prohibido por el antiguo artículo 28 del TCE si no está justificado sino que más bien el criterio de interpretación debería ser el de acceso al mercado.

La segunda explicación es que no hay en realidad una desviación del criterio de los efectos diferenciados para la determinación del concepto de medida de efecto equivalente pues las regulaciones que prohíben la comercialización de un producto constituyen una excepción puntual al criterio de los efectos diferenciados por tratarse de restricciones cuantitativas y no de medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa.

Recordemos que para el propio E.L. WHITE, las regulaciones que prohíben totalmente la comercialización de un producto deben considerarse más una restricción cuantitativa que una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa. Para J.H.H. WEILER, ello explicaría que este tipo de regulaciones no requiriesen tener efectos más restrictivos sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional para ser consideradas contrarias al Tratado pues mientras que una característica esencial de las medidas de efecto equivalente sería la existencia de efectos diferenciados, tal característica no sería necesaria en el caso de las restricciones cuantitativas. En efecto, para J.H.H. WEILER, una prohibición total de acceso al mercado, por ejemplo una prohibición total de comercializar tabaco, es equivalente a una cuota igual a cero, elemento paradigmático de las restricciones cuantitativas, que no requieren la demostración de que tienen efectos diferenciados para considerarse prohibidas por el antiguo artículo 28 si no se justifican. Para J.H.H. WEILER mientras que una prohibición absoluta de comercializar sería equivalente a una cuota igual a cero y por tanto constituiría una restricción cuantitativa una restricción de las importaciones que no suponga un impedimento absoluto del acceso al mercado no es equivalente a una cuota porque las cuotas fijan un límite más allá del cual un producto no puede ser importado mientras que una restricción derivada de una regulación no establece límite alguno a la cantidad de productos que se pueden introducir aunque de facto restrinja la cantidad. WEILER, J.H.H., «The Constitution of the Common...», *op. cit.*, pp. 357 y 360. EZQUERRA UBERO, J.J., *La jurisprudencia «Cassis-Keck» y la libre circulación de mercancías*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 90 Bajo la interpretación de J.H.H. WEILER en realidad la Comisión en *Torfaen* no hace sino sugerir la adopción del criterio de los efectos diferenciados como característica esencial que tiene que tener una medida para ser considerada de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, pero con la excepción de que en el caso de las propias restricciones cuantitativas la existencia de efectos diferenciados no es necesaria.

La tercera explicación consideraría igualmente que no se ha producido una desviación del criterio de los efectos diferenciados pues las regulaciones que prohíben totalmente la comercialización de un producto son sospechosas de tener como intención favorecer a un producto interno en competencia con el prohibido. Esta explicación consideraría que lo relevante para considerar una medida de estas características un obstáculo al comercio intracomunitario no sería el impedimento total de su acceso al mercado sino la presunción de que tiene efectos más restrictivos sobre las importaciones que sobre los productos competidores nacionales. En este caso, la prueba de que no tiene efectos restrictivos más onerosos sobre las importaciones corresponde al Estado que la dicta. Esta tercera justificación sería coherente con la interpretación que consideramos correcta del antiguo artículo 28 del TCE (actual art. 34 TFUE) y que supone que es la diferencia de

La construcción de E.L. WHITE sobre el acceso al mercado, asumida por la Comisión en el asunto *Torfaen*, es en cierta manera acogida por el Abogado General W. VAN GERVEN en sus conclusiones en el propio asunto *Torfaen*. Aunque W. VAN GERVEN parece llevar la idea del acceso al mercado más lejos de lo que lo había hecho E.L. WHITE pues para el Abogado General no sólo las medidas que impiden *totalmente* el acceso al prohibir la comercialización de un producto son susceptibles de ser consideradas un obstáculo al comercio intracomunitario sino también las que «dificulten *de forma inadmisibile* el acceso a dicho mercado» deberían ser consideradas un obstáculo al comercio intracomunitario<sup>61</sup>.

En efecto, para el Abogado General W. VAN GERVEN el Tribunal de Justicia habría dejado claro que la prohibición del antiguo artículo 28 (actual art. 34 TFUE) también puede ser aplicable a un régimen que no sea formalmente discriminatorio con los productos importados y que tampoco haga en la práctica más difícil la producción o la comercialización de productos importados que la de productos nacionales (recordemos que el asunto *Torfaen* es anterior a *Keck*). En opinión de W. VAN GERVEN, la prohibición del artículo 28 del TCE (actual art. 34 TFUE) también puede ser aplicable «cuando el régimen establecido por el Estado, por sí solo o como parte de todo el contexto jurídico y económico, pueda dar lugar a que se proteja un mercado nacional, es decir, que *difículte de forma inadmisibile el acceso* a dicho mercado, que lo haga menos rentable y atractivo para los agentes económicos de otros Estados miembros»<sup>62</sup>.

Bajo esta perspectiva parecería que no toda restricción del acceso al mercado constituiría un obstáculo al comercio intracomunitario (frente, por tanto, a lo que se afirmó por el Tribunal en *Torfaen*) sino sólo las medidas que «dificulten el acceso de forma inadmisibile»

Una vez examinados los antecedentes temporales de la doctrina del acceso, efectos lo determinante para considerar una medida como un obstáculo al comercio intracomunitario.

<sup>61</sup> Aunque el propio E.L. WHITE se había mostrado partidario de considerar que ciertas regulaciones que no establecen una prohibición absoluta sean, sin embargo, consideradas un obstáculo al comercio por impedir en la práctica totalmente el acceso al mercado. E.L. WHITE ponía el ejemplo de una prohibición de vender cigarrillos todo el año excepto el día de navidad, pues pese a no ser una prohibición absoluta de facto sus efectos eran parecidos.

<sup>62</sup> Conclusiones del Abogado General W. VAN GERVEN, as. *Torfaen*, cit., presentadas el 29.6.1989. Para el abogado General W. VAN GERVEN la sentencia *Cinéthèque* había constituido de hecho «una nueva versión de la doctrina *Dassonville* tal como se aplica a regímenes nacionales que, aunque no impliquen desventaja alguna para productos importados frente a productos nacionales, imposibilitan, dificultan (encarecen) o hacen mucho menos atractivas (no rentables) para las empresas de otros Estados miembros la apertura y penetración en nuevos mercados. (...) La prohibición de restricciones cuantitativas del artículo 28 (actual artículo 34 del TFUE), que es uno de los pilares que aseguran la unidad del mercado comunitario, implica efectivamente que en la Comunidad todos los mercados nacionales deben ser *suficientemente accesibles* para las empresas de otros Estados miembros».

analizaremos cómo tras *Keck* un sector doctrinal viene propugnando su adopción por la jurisprudencia europea.

### 2.2.2. La propuesta de utilización del criterio del acceso al mercado después de *Keck*

Tras la adopción en *Keck* del criterio de los efectos diferenciados como clave de la determinación de si una regulación obstaculiza el comercio intracomunitario (y se puede considerar, por tanto, que está prohibida por el artículo 34 del TFUE si no se justifica) se viene proponiendo, desde diversas posiciones doctrinales, el abandono de tal criterio y la adopción del criterio del acceso al mercado.

Tal concepción es desarrollada por el Abogado General F. JACOBS en sus conclusiones en el asunto *Leclerc-Siplec*<sup>63</sup>.

Realiza el Abogado General una crítica de fondo a la jurisprudencia *Keck*, pues considera que no adopta el criterio apropiado para resolver los casos de obstaculización de la libre circulación de mercancías. En su opinión debe ser la *severidad* de las restricciones impuestas sobre el acceso de los productos a una parte del mercado europeo lo determinante para considerar una medida como un obstáculo al comercio intracomunitario y no la existencia de efectos restrictivos más onerosos sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional. Para F. JACOBS «cuando existe un obstáculo a los intercambios entre Estados, no puede dejar de existir simplemente porque un obstáculo idéntico afecte al comercio nacional»<sup>64</sup>.

F. JACOBS sostiene que para el operador económico foráneo al que se le impone una medida restrictiva que le produce costes no sería consuelo alguno el hecho de que tales costes se impongan también a los operadores económicos estatales<sup>65</sup>.

Para el Abogado General existe un principio o criterio esencial a la hora de determinar si una medida cae en el ámbito del artículo 34 TFUE; el de que «todas las empresas que ejercen una actividad económica legal en un Estado miembro deberían tener un libre acceso a la totalidad del mercado comunitario, salvo que exista un motivo válido para negarles el pleno acceso a una parte de este mercado»<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Conclusiones del Abogado General F. JACOBS, as. *Leclerc-Siplec*, cit.. La concepción del abogado General F. JACOBS no es sino un desarrollo de las posiciones defendidas por el Abogado General W. VAN GERVEN en sus Conclusiones en el asunto *Torfaen* y de la construcción de E.L. WHITE («In Search of the limits...», *op. cit.*).

<sup>64</sup> Apartado 39.

<sup>65</sup> Para F. JACOBS, «si un Estado miembro impone una barrera sustancial al acceso de determinados productos al Mercado –por ejemplo estableciendo que sólo se puedan vender en determinados establecimientos– y un fabricante foráneo de tales productos sufre pérdidas económicas como consecuencia de tal regulación no le consolará nada saber que sus competidores del Estado que impone la restricción han sufrido pérdidas similares» (Conclusiones as. *Leclerc-Siplec*, cit., apartado 39).

<sup>66</sup> Apartado 41.

El objetivo de garantizar el acceso al mercado sería permitir una óptima asignación de los recursos dentro de la Comunidad<sup>67</sup>.

El Abogado General F. JACOBS, consciente de que bajo su punto de vista cualquier restricción a la comercialización de un producto debería someterse al control de su justificación para no considerarse un obstáculo prohibido, lo cual supondría una vuelta a la situación anterior a *Keck* –una vuelta a considerar que cualquier norma que suponga una disminución del volumen de ventas es un obstáculo tal y como se estableció en *Torfaen* por el TJ– propone una cierta limitación a la aplicación del artículo 34 TFUE al plantear que su aplicación sea determinada por *el grado* en que una regulación estatal impone una restricción sobre el acceso al mercado.

En efecto, F. JACOBS reconoce la necesidad de limitar el ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE con el fin de preservar los poderes regulatorios de los Estados miembros de una excesiva interferencia judicial. Es por ello que propone que sólo las restricciones consideradas *sustanciales* se tengan que someter al escrutinio del juez comunitario para determinar su justificación.

No cualquier restricción de los intercambios susceptible de producir una «traba al acceso completo de un producto a una parte del mercado comunitario» es contraria al artículo 34 TFUE y debe someterse al escrutinio del Tribunal sino sólo las restricciones sustanciales<sup>68</sup>. El Abogado General reconoce que ello supondría adoptar un test *de minimis*, el cual hay que recordar había sido rechazado en ocasiones precedentes por el Tribunal de Justicia<sup>69</sup>.

Para aplicar la doctrina propuesta por JACOBS sería necesario medir el impacto que tienen las medidas estatales sobre el acceso de un producto al mercado para determinar cuándo el obstáculo es sustancial y puede caer bajo la prohibición del artículo 34 TFUE si no se justifica suficientemente.

Bajo esta perspectiva, no sólo las regulaciones que *impidan totalmente* el acceso al mercado de los productos importados, independientemente de los efectos que tengan sobre la comercialización de los nacionales, deben ser considerados un obstáculo al comercio intracomunitario prohibido por el Tratado si no se justifican suficientemente, sino que también determinadas regulaciones que *dificultan sustancialmente* el acceso podrían ser consideradas un obstáculo aunque no tuviesen efectos diferenciados<sup>70</sup>. Así, para F. JACOBS

<sup>67</sup> CRAIG, P. y DE BÚRCA, G., *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2003 (3ª ed.), p. 656.

<sup>68</sup> Así por ejemplo F. JACOBS consideraría que el sometimiento de las regulaciones sobre cierre dominical al escrutinio del Tribunal por considerarlas obstáculos al comercio intracomunitario en *Torfaen* había sido erróneo pues tales medidas no dificultan *sustancialmente* el acceso al mercado de las importaciones.

<sup>69</sup> La aplicación de un test *de minimis* respecto a las medidas aplicables sin distinción ha sido reiteradamente rechazada por el Tribunal de Justicia (ver esencialmente STJCE de 5.4.1984, as. ac. *Van de Haar*, 177 y 178/82).

<sup>70</sup> Recordemos que ya E.L. WHITE consideraba que existen regulaciones que aunque no prohíban totalmente la comercialización de un producto tienen unos efectos similares y pone el ejemplo de una prohibición de comercializar cigarrillos todo el año excepto el

una norma que, por ejemplo, sólo autorizara la venta de determinados productos en un puñado de tiendas pequeñas en un Estado miembro sería casi tan restrictiva como una prohibición total de importación y de comercialización y debería considerarse un obstáculo<sup>71</sup>. Correspondería, por tanto, al juez comunitario, ya sea el Tribunal de Justicia o cualquier juez nacional que aplicase el artículo 34 TFUE, determinar cuándo una regulación que dificulta el acceso al mercado lo hace sustancialmente y debe, por tanto, ser considerada un obstáculo al comercio intracomunitario prohibido por el artículo 34 TFUE si no se justifica suficientemente.

Un sector doctrinal ha apoyado la concepción del Abogado General F. JACOBS y ha propugnado la necesidad de que se adopte el criterio del acceso al mercado en los términos expuestos como criterio clave para interpretar el concepto de obstaculizar el comercio intracomunitario.

Entre los autores que han acogido la concepción recogida por el Abogado General F. JACOBS en *Leclerc-Siplec* podemos destacar a S. WEATHERILL y C. BARNARD. Así S. WEATHERILL<sup>72</sup> y C. BARNARD<sup>73</sup> consideran que la interpretación del concepto de medida de efecto equivalente se debe realizar desde la perspectiva del acceso al mercado.

Para S. WEATHERILL una regulación estatal que bien sea discriminatoria o aun siendo indistinta tenga efectos diferenciados bien sea una regulación indistinta, tanto en su aplicación como en sus efectos, pero que imponga una *restricción directa y sustancial* al acceso al mercado de los productos importados cae bajo el ámbito de aplicación del artículo 34 del TFUE<sup>74</sup>.

día de Navidad. En su opinión si una restricción de las circunstancias en las que se puede comercializar un producto es tan severa que en la práctica constituye una prohibición virtual del producto, será asimilable a una prohibición absoluta de comercializar tal producto y por tanto de deberá someter al escrutinio del Tribunal para no ser considerada contraria al Tratado («In Search of the Limits...», *op. cit.*).

<sup>71</sup> Conclusiones del Abogado General F. JACOBS, as. *Leclerc-Siplec*, cit., apartado 38. En el mismo sentido se ha pronunciado D. CHALMERS para quien las medidas que dificultan el acceso perjudican al consumidor y por ello deberían caer bajo el artículo 28 TCE (actual art.34 TFUE) para que el Tribunal pueda comprobar si son proporcionadas («Repackaging the Internal Market. The Ramifications of the *Keck* Judgment», *ELR*, 1994).

<sup>72</sup> WEATHERILL, S., «After *Keck*: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification», *CMLR*, 1996, pp. 885-906.

<sup>73</sup> BARNARD, C., «Fitting the Remaining Pieces into the goods and persons Jigsaw», *ELR*, 2001.

<sup>74</sup> WEATHERILL, S., «After *Keck*...», *op. cit.*, p. 897. Para este autor la jurisprudencia adoptada en *Keck* pone en peligro el mercado interno al establecer el criterio de los efectos diferenciados sin tener en cuenta la cuestión del acceso al mercado y la obstrucción a la utilización de una estrategia comercial común en todos los Estados. Sin embargo, el asunto de la utilización de una estrategia comercial común se puede perfectamente reconducir al criterio de los efectos diferenciados pues el hecho de obligar al operador foráneo a tener que adaptarse a una diversidad de estrategias comerciales puede provocar costes adicionales más onerosos sobre las importaciones lo que determina que se considere un obstáculo al comercio intracomunitario de acuerdo con el criterio de los efectos diferenciados. Recordemos que tras *Keck* corresponde al recurrente demostrar que realmente una regulación sobre una determinada modalidad de venta le genera unos costes más onerosos que los que genera sobre los productos nacionales.

En opinión de C. BARNARD una medida no discriminatoria (refiriéndose a una medida que no tenga como efecto favorecer la comercialización de la producción nacional frente a la importada) que *directa y sustancialmente* dificulte el acceso al mercado (incluyendo los casos extremos en los que se impida totalmente el acceso al mercado) vulnera el artículo 34 TFUE a no ser que se pueda justificar en la promoción de un objetivo legítimo de forma proporcionada<sup>75</sup>.

Para C. BARNARD, en el caso de medidas no discriminatorias (en el sentido de que no tienen un efecto más restrictivo sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional) que no dificultan sustancialmente el acceso al mercado, el Tribunal consideraría que la restricción es tan incierta y remota que no vulnera el artículo 34 TFUE o que la medida no afecta al comercio entre Estados<sup>76</sup>. El criterio para considerar que tales medidas no son un obstáculo al comercio intracomunitario sería que son regulaciones que además de no restringir más onerosamente a las importaciones, no dificultan u obstaculizan sustancialmente el acceso al mercado.

<sup>75</sup> Para C. BARNARD tal concepción es la que se viene manteniendo en la jurisprudencia relativa a la libre prestación de servicios y la libre circulación de trabajadores.

En la STJCE de 10.5.1995, as. *Alpine Investment* (C-384/93), se juzgaba la conformidad con el Tratado de una técnica de ofrecimiento de servicios a través del teléfono, el Tribunal admitió que la medida no tenía efectos más restrictivos sobre los operadores de fuera del Estado que sobre los de dentro; sin embargo, consideró que la prohibición condiciona directamente el acceso al mercado de los servicios en los demás Estados miembros. Por lo tanto, puede obstaculizar el comercio intracomunitario de los servicios. Discrepamos sin embargo de C. BARNARD, pues esta doctrina se opone frontalmente a aquella otra simultánea con la anterior recogida, por ejemplo, en la STJCE de 8.9.2005, as. *Movistar* (C-544 y C-545/03), donde el Tribunal afirmó que los preceptos que garantizan la libre prestación de servicios «no se oponen a que una normativa de una autoridad nacional o de una corporación local establezca un impuesto sobre las infraestructuras de comunicaciones móviles y personales que se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros y que afecte del mismo modo a la prestación de servicios interna en un Estado miembro». Lo que supone acoger la doctrina de los efectos diferenciados para interpretar cuando se produce un obstáculo. Ver QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «¿Quo vadis Bolkestein?...», *op. cit.*, pp. 243 ss.

En la STJCE de 15.12.1995, as. *Bosman* (C-415/93), el Tribunal de Justicia habría sostenido que una medida que impide el acceso al mercado de los trabajadores en general constituye un obstáculo a la libre circulación de trabajadores independientemente de si la medida limita de la misma manera a los trabajadores del Estado que regula (apartados 103 y 104).

Acerca de la falta de convergencia en la interpretación de lo que se consideran obstáculos a la libre circulación de mercancías y lo que se consideran obstáculos a la libre prestación de servicios o a la libre circulación de trabajadores, ver DIEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., «La Contribución de la Sentencia *Bosman* a la Libre Circulación de Trabajadores. ¿Y al Deporte?», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, D-26, 1996, pp. 247-299.

<sup>76</sup> C. BARNARD cita como ejemplos de tales casos la STJCE de 27.1.2000, as. *Graf* (C-190/98), y la STJCE de 7.3.1990, as. *Krantz* (C-69/88). Y se refiere a las regulaciones de planeamiento urbanístico o las regulaciones sobre horarios comerciales (aunque considera que determinadas regulaciones sobre horarios muy extremas pueden impedir sustancialmente el acceso al mercado y por tanto deberían estar justificadas) (*op. cit.*, p. 52).

En el mismo sentido J. STEINER, años antes de la argumentación de F. JACOBS en *Leclerc-Siplec*, había promovido el criterio de la pérdida de oportunidades de comercialización o ventajas de los productos importados. En efecto, para este autor, mientras la disminución del volumen de ventas de artículos importados no sea sustancial no existirá un obstáculo al comercio intracomunitario prohibido por el artículo 34 TFUE. Para J. STEINER el criterio esencial no era ni la diferencia de efectos sobre las importaciones ni la simple afección de las importaciones, sino la *afección sustancial* de las mismas<sup>77</sup>.

Aquellos que propugnan la necesidad de revocar la doctrina sentada en *Keck* han interpretado incluso de manera no siempre correcta las posiciones mantenidas por algunos Abogados Generales, tratando así de arrimar el ascua a su sardina. Así, por ejemplo, es común en algunos autores<sup>78</sup> considerar que el Abogado General M. POIARES MADURO en alguna de sus conclusiones habría propugnado la supresión de la doctrina *Keck* y su sustitución por la doctrina del acceso al mercado. Sin embargo, sus conclusiones más comúnmente citadas se encuentran, contra lo afirmado, en plena sintonía con el sentido de la jurisprudencia sentada en *Keck* de que lo que proscribía el artículo 34 del TFUE es el proteccionismo económico. Así el Abogado General M. POIARES MADURO en sus conclusiones en el asunto *Alfa Vita Vissilopoulos*, donde propone clarificar la doctrina *Keck* pero sin separarse de la idea en ella subyacente, mantiene que «toda medida que pueda obstaculizar en mayor medida el acceso al mercado o la puesta en circulación de productos procedentes de otros Estados miembros se tiene por una medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 28 TCE (actual art. 34 TFUE). Pues bien, una medida obstaculiza el acceso al mercado nacional cuando protege posiciones adquiridas por determinados operadores económicos en el mercado nacional o cuando hace que los intercambios intracomunitarios sean más difíciles que los intercambios internos del mercado nacional»<sup>79</sup>.

Frente al sector doctrinal que propugna utilizar como criterio de interpretación de lo prohibido por el Tratado en el artículo 34 del TFUE la restricción sustancial del acceso al mercado algunos autores han considerado las dificultades prácticas que la utilización de tal criterio tendría.

En efecto, P. CRAIG y G. DE BÚRCA han señalado las dificultades prácticas que

<sup>77</sup> STEINER, J., «Drawing the Line: Uses and Abuses of Article 30 EEC», *CMLR*, 1992.

<sup>78</sup> Por ejemplo, GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «La sentencia *Mickelsson y Ross...*», *op. cit.*, pp. 393 o 399

<sup>79</sup> Y precisamente POIARES a modo de ejemplo, recuerda el asunto *Deutscher Apothekerverband*, donde el Tribunal de Justicia calificó de medida de efecto equivalente una medida de prohibición de venta por correspondencia de medicamentos debido a que podría obstaculizar en mayor medida el acceso al mercado de los productos procedentes de otros Estados miembros que el de los productos nacionales. Señala POIARES que «las disposiciones del Tratado sobre libre circulación de mercancías tienen por objeto garantizar la liberalización de los mercados nacionales, ofreciendo a los productores y a los consumidores la posibilidad de aprovechar plenamente los beneficios del mercado interior comunitario, no de beneficiarse de una desregularización generalizada de las economías nacionales» (apartado 37).

pueden derivarse de la necesidad de diferenciar las restricciones sustanciales del acceso al mercado de las que sólo dificultan tal acceso remota e inciertamente<sup>80</sup>.

El Abogado General G. TESAURO ya señaló las dificultades de adoptar como criterio para determinar la existencia de una medida de efecto equivalente lo sustancial que fuese la restricción sobre los intercambios cuando afirmaba que «la aplicabilidad de una norma *de minimis* en el sector de los intercambios de mercancías, aun cuando sea dentro de límites bien determinados, me parece muy difícil, si no directamente imposible: por no decir que, por otra parte, la prueba de la intensidad de los efectos hipotéticos se revela, de hecho, como una *probatio diabólica*»<sup>81</sup>.

Sin embargo, más allá de las dificultades prácticas que pueden derivarse de la aplicación del art. 34 TFUE como un precepto que lo que trata de garantizar es el acceso al mercado frente a las regulaciones estatales que lo impiden sustancialmente, consideramos que tal concepción se fundamenta en una interpretación incorrecta del propósito y finalidad del artículo 34 TFUE.

En efecto, la perspectiva que sostienen los Abogados Generales F. JACOBS y W. VAN GERVEN<sup>82</sup> y un determinado sector doctrinal creemos que es totalmente desacertada pues el artículo 34 TFUE no es una norma destinada a controlar el grado de restricción de los intercambios comerciales en general o el grado de restricción del acceso a una parte del mercado que imponen las regulaciones estatales, sino que es una norma destinada a controlar las medidas estatales que establecen restricciones más onerosas sobre las importaciones que sobre la comercialización de los productos nacionales. El artículo 34 TFUE no garantiza la libertad de empresa, garantiza la ausencia de proteccionismo económico formal y material.

Adoptar la perspectiva del acceso al mercado supone retornar a la jurisprudencia *Torfaen* que consideraba que cualquier restricción de los intercambios de bienes, cualquier disminución de las ventas, debía estar justificada para no ser considerada contraria al Derecho de la Unión Europea.

<sup>80</sup> «EU Law... », *op. cit.*, p. 657. Igualmente L. GORMLEY señala las dificultades de aplicación de un criterio *de minimis* («Two Years after...», *op. cit.*, pp. 881-883). Para P. OLIVER el criterio establecido en *Keck* no es perfecto pero es mejor que las demás interpretaciones sugeridas pues ofrece una mayor seguridad jurídica. En efecto, la interpretación del artículo 28 que sostiene que cualquier regulación restrictiva de los intercambios debe someterse a control o la interpretación que aboga por someter a control las medidas que establezcan «restricciones sustanciales» producen demasiada inseguridad jurídica. Para OLIVER el criterio de la restricción sustancial implica complejos análisis económicos («Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC», *CMLR*, 1999, p. 799).

<sup>81</sup> Conclusiones del Abogado General G. TESAURO, as. *Huenermund* (C-292/92), presentadas el 27.10.1993.

<sup>82</sup> Recordemos que la concepción del Abogado General F. JACOBS no es sino un desarrollo de las posiciones defendidas por el Abogado General W. VAN GERVEN en sus Conclusiones en el asunto *Torfaen*.

Ciertamente tal retorno a la jurisprudencia *Torfaen* tiene un matiz que podrá ser relevante desde el punto de vista práctico pero no desde el teórico. Tal matiz es que no cualquier restricción sobre los intercambios da pie a considerar una regulación como prohibida por el Tratado si no se justifica, sino que debe ser una restricción «sustancial». Ello produciría, por ejemplo, que para el Abogado General F. JACOBS una regulación sobre cierre dominical no se pudiese considerar un obstáculo al comercio intracomunitario pues no establece una restricción sustancial al acceso al mercado<sup>83</sup>.

Sin embargo, tras *Keck*, y en plena sintonía con la interpretación de la jurisprudencia norteamericana sobre la Cláusula de Comercio, el criterio general ha sido que una norma debe afectar de manera más onerosa a las importaciones que a la producción nacional para que pueda considerarse contraria al artículo 34 TFUE.

Acoger la doctrina del acceso al mercado supondría considerar que el artículo 34 TFUE cumple en cierta manera la función que cumple en el ordenamiento norteamericano la Cláusula del debido proceso: la preservación de la libertad de comercio. Sin embargo, sostenemos, de acuerdo con una interpretación sistemática, teleológica e histórica, que el artículo 34 TFUE debe cumplir una función más parecida a la que cumple allí la Cláusula de Comercio: la proscripción del proteccionismo económico.

Evidentemente cuando un operador económico sufre pérdidas económicas como consecuencia de la aprobación de una regulación restrictiva del comercio en general en el Estado importador, no tendrá ningún consuelo al saber que sus competidores nacionales sufren las mismas pérdidas<sup>84</sup>. Sin embargo, no ha sido para consolar al operador económico de fuera cuando sufre pérdidas para lo que se ha establecido el artículo 34 TFUE. Para ello, «para consolar a los operadores económicos que sufren pérdidas como consecuencia de la aprobación de una regulación por un poder público» se reconocen en los Estados descentralizados los derechos fundamentales económicos.

El artículo 34 TFUE tiene como propósito someter al escrutinio del juez comunitario aquellas regulaciones estatales que restringen más onerosamente las importaciones que la comercialización de la producción nacional y no garantizar que cualquier intervención del poder público en la economía sea sometida a control jurisdiccional para controlar su legitimidad.

Tras *Keck*, es el propio Tribunal de Justicia el que asume que el artículo 34 TFUE no protege a los operadores foráneos de las restricciones que puedan sufrir en general sino que les protege de aquellas restricciones que se impongan de manera más onerosas sobre ellos que sobre la comercialización de la producción nacional. Les protege frente al proteccionismo.

<sup>83</sup> Apartado 45 de sus Conclusiones en el asunto *Leclerc-Siplec*, cit.

<sup>84</sup> Recordemos que era uno de los argumentos de F. JACOBS para sostener que debía ser la restricción del acceso al mercado el criterio determinante para interpretar el artículo 28 y no la diferencia de efectos.

### 3. ¿La revocación de la doctrina Keck?: La reciente saga jurisprudencial del acceso al mercado

En los últimos tiempos el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en relación a la compatibilidad con el artículo 34 del TFUE de una serie de normativas estatales que prohíben o limitan el uso de determinados productos.

Más concretamente se ha pronunciado sobre esta cuestión en tres sentencias sucesivas. En las dos primeras no hay una revocación clara de la doctrina de la proscripción del proteccionismo como objetivo de los preceptos que garantizan la libre circulación de mercancías, claridad que, sin embargo, sí parece existir en la tercera.

1– La STJ de 10 de abril de 2008, *Comisión c. Portugal*<sup>85</sup>, resolvió un recurso por incumplimiento planteado por la Comisión Europea contra Portugal.

La Comisión consideraba que la norma portuguesa que prohíbe la colocación en los vehículos automóviles de láminas tintadas que tengan la finalidad de filtrar la luz por los cristales al impedir, en la práctica, la comercialización en Portugal de las láminas tintadas fabricadas legalmente y/o comercializadas en otro Estado miembro contraviene los artículos 34 y 36 del TFUE (antiguos artículos 28 y 30 del TCE). Según la Comisión, si los posibles interesados, sean comerciantes o particulares, saben que no podrán colocar tales láminas en los cristales de los vehículos automóviles, no las comprarán.

El Tribunal de Justicia acoge el argumento de la Comisión al afirmar que «si los posibles interesados saben que les está prohibido colocar tales láminas en los parabrisas y en los cristales próximos a los asientos de los pasajeros de los vehículos automóviles, no tendrán prácticamente ningún interés en adquirir tales productos» de lo que deduce el Tribunal de Justicia que la prohibición establecida por Portugal constituye una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 34 del TFUE. Dicha medida es incompatible con las obligaciones que se derivan de tal disposición, a menos que pueda estar objetivamente justificada<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> STJCE 10.4.2008, as. *Comisión c. Portugal* (C-265/06).

<sup>86</sup> La República Portuguesa alegó que la prohibición pretende permitir a las autoridades competentes ver rápidamente desde el exterior el interior de los vehículos, sin que sea necesario inmovilizarlos, con el fin de comprobar, en primer lugar, el cumplimiento de la norma que obliga a utilizar el cinturón de seguridad y, en segundo lugar, identificar a los posibles delincuentes, en aras de la lucha contra la criminalidad. Sin embargo, el Tribunal de Justicia considerará que el carácter supuestamente necesario de la medida controvertida no ha resultado demostrado, dado que, en la vista, la República Portuguesa ha reconocido que había venido permitiendo la comercialización en su territorio de los vehículos automóviles equipados, desde un principio (se supone que las traen de fábrica), con láminas tintadas. Señala el Tribunal de justicia que dichas láminas tintadas, al igual que las láminas tintadas controvertidas, pueden impedir el examen visual del interior de los vehículos desde el exterior.

Por otra parte, la República Portuguesa no ha demostrado que la prohibición, en la medida en que afecta al conjunto de las láminas tintadas, sea necesaria para garantizar

2- En la STJCE de 10 de febrero de 2009, asunto *Comisión c. Italia*<sup>87</sup>, la Comisión Europea planteaba un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia en el que solicitaba que éste declarase que la República Italiana había contravenido el artículo 34 del TFUE al prohibir en su normativa nacional que las motocicletas arrastren remolques.

Con arreglo al Código de la circulación italiano, sólo están autorizados a arrastrar un remolque determinado tipo de vehículos, entre los que no se encuentran las motocicletas<sup>88</sup>.

Según la Comisión, las normativas que establecen prohibiciones absolutas o casi absolutas del uso de un producto deberían constituir, por definición, medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, en el sentido del artículo 34 del TFUE, a menos que se puedan justificar objetivamente por una de las razones de interés general enumeradas en el artículo 36 del TFUE o por una de las exigencias imperativas recogidas en la jurisprudencia. Correspondería al Estado que las establece la demostración de tal justificación.

Frente a la postura de la Comisión se encontraría aquella otra que considera que los criterios establecidos por la jurisprudencia iniciada por la sentencia *Keck y Mithouard* (1993) para las modalidades de venta deben aplicarse por analogía a una disposición nacional que restrinja o prohíba las modalidades de uso de un producto. Por tanto, una disposición nacional que reglamenta la modalidad de uso de un producto no estaría comprendida en el artículo 34 del TFUE cuando se aplique a todos los operadores económicos interesados que ejercen su actividad en el territorio nacional y afecte del mismo modo, de hecho y de Derecho, a los productos nacionales y a los procedentes de otros Estados miembros.

Correspondería demostrar a aquel que impugne las medidas que éstas no afectan del mismo modo, de hecho o derecho, a los productos nacionales y a los importados. Sólo entonces el Estado que las establece estaría obligado a demostrar que las medidas se pueden justificar objetivamente por una de las razones de interés general enumeradas en el artículo 36 del TFUE o por una de las exigencias imperativas.

la seguridad vial y la lucha contra la criminalidad. Efectivamente, las láminas tintadas comprenden una amplia gama que va desde las láminas transparentes hasta las láminas casi opacas. Este dato, que no ha sido cuestionado por la República Portuguesa, implica que al menos algunas láminas, a saber las que tienen un grado de transparencia suficiente, permiten el examen visual del habitáculo de los vehículos automóviles que se pretende llevar a cabo.

De ello se desprende que, según el Tribunal de Justicia, debe considerarse que tal prohibición es excesiva y, por lo tanto, desproporcionada en relación con los objetivos que se pretende alcanzar.

<sup>87</sup> STJCE 10.2.2009, as. *Comisión c. Italia* (C-110/05).

<sup>88</sup> No obstante, las motocicletas matriculadas en otros Estados miembros están autorizadas a arrastrar un remolque en territorio italiano, dado que se consideran en circulación internacional, en el sentido de la Convención sobre la circulación vial, celebrada en Viena el 8 de noviembre de 1968.

No obstante, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de febrero acogió la postura de la Comisión y en consecuencia considera que también se engloba en el concepto de medida equivalente a una restricción cuantitativa «cualquier (...) medida que obstaculice el acceso al mercado de un Estado miembro de los productos originarios de otros Estados miembros»<sup>89</sup>.

Para el Tribunal de Justicia «la prohibición del uso de un producto en el territorio de un Estado miembro tiene una influencia considerable sobre el comportamiento de los consumidores, que afecta, a su vez, al acceso de dicho producto al mercado de éste Estado miembro. (...) Los consumidores, al saber que les está prohibido utilizar su motocicleta con un remolque especialmente concebido para ésta, no tienen prácticamente ningún interés en adquirir tal remolque»<sup>90</sup>.

La consecuencia sería que la prohibición establecida en el Código de circulación italiano, en la medida en que tiene por efecto obstaculizar el acceso al mercado italiano de remolques que están especialmente concebidos para las motocicletas y que se producen y comercializan legalmente en Estados miembros distintos de la República Italiana, constituye una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación, prohibida por el artículo 34 del TFUE, a menos que se pueda justificar objetivamente por una de las razones de interés general enumeradas en el artículo 36 del TFUE o por una de las exigencias imperativas<sup>91</sup>.

3- En la STJCE de 4 de junio de 2009, asunto *Mickelsson y Roos*<sup>92</sup>, los tribunales penales suecos plantearon una cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento penal contra los señores Mickelsson y Roos por haber conducido motos acuáticas en aguas en las que, según la normativa sueca, no estaba permitido.

En su defensa, los inculpados en el procedimiento principal habían alegado fundamentalmente que la normativa sueca es contraria al Derecho de la Unión Europea por infringir, entre otras normas, los artículos 34 y 36 del TFUE (antiguo artículo 28 y 30 del TCE).

El Tribunal Penal sueco plantea, entre otras, la siguiente cuestión: ¿se oponen los artículos 34 y 36 del TFUE a una normativa nacional, como el Reglamento sobre motos acuáticas sueco, 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?

<sup>89</sup> Apartado 37.

<sup>90</sup> Apartados 56 y 57.

<sup>91</sup> Apartado 58. Para el Tribunal, Italia sí habría demostrado que la prohibición promueve proporcionalmente un objetivo legítimo y por tanto desestima el recurso de la Comisión declarando que «la prohibición de que las motocicletas arrastren remolques especialmente concebidos para ellas y legalmente producidos y comercializados en Estados miembros distintos de la República Italiana debe considerarse justificada por razones relativas a la protección de la seguridad vial» (apartado 69).

<sup>92</sup> STJCE de 4.6.2009, as. *Mickelsson y Roos*, cit.

La Abogada General J. KOKOTT en sus conclusiones señalaba la necesidad de plantearse si toda medida que afecte potencialmente al volumen de ventas de productos procedentes de otros Estados miembros debe considerarse una medida de efecto equivalente<sup>93</sup>. Para J. KOKOTT esta cuestión se plantea con urgencia, en relación con las modalidades de uso, es decir, las normativas nacionales que regulan el modo y el lugar del uso de productos. Así, la Abogada General plantea que la prohibición de conducir por el bosque con vehículos todo terreno fuera de las vías de circulación o las limitaciones de velocidad en las autopistas podrían constituir medidas de efecto equivalente, porque también cabría argumentar que estos casos de limitación del uso pueden disuadir de la compra de un vehículo todo terreno, o de un automóvil especialmente rápido porque los compradores no podrían utilizarlo como desearían, y supondrían por tanto un obstáculo potencial para el comercio intracomunitario. La Abogada General propone excluir del ámbito de aplicación del artículo 34 del TFUE, de modo análogo a las modalidades de venta, las modalidades de uso, cuando concurren los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia en el asunto *Keck y Mithouard*. A saber que se trate de disposiciones nacionales que se apliquen a todos y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, al uso de los productos nacionales y al de los procedentes de otros Estados miembros<sup>94</sup>.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, no acoge la argumentación de la Abogada General y tras recordar en primer lugar su doctrina tradicional<sup>95</sup> acoge la nueva doctrina establecida en el apartado 37 de su sentencia de 10 de febrero de 2009, en la que recordemos que consideró la prohibición italiana del uso de remolques por las motos un obstáculo al comercio intracomunitario.

<sup>93</sup> Conclusiones de la Abogada General J. KOKOTT, as. *Mickelsson y Roos* (C-142/2005), presentadas el 14.12.2006.

<sup>94</sup> La Abogada General J. KOKOTT ha sido fustigada sin piedad por sus Conclusiones en el asunto *Mickelsson y Ross* por aquella doctrina ultraliberal favorable a la revocación de la interpretación realizada en *Keck*. Con una dureza inusitada, y en la mayoría de los casos poco fundamentada, sus conclusiones han sido tildadas de disparatadas, inconsecuentes, frívolas, confusas, equívocas, incomprensibles, técnicamente deficientes, etc. GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «La ampliación de la jurisprudencia *Keck y Mithouard* a las modalidades de uso ¿un peligro inmediato para el mercado interior?», *Unión Europea Aranzadi*, nº 11, 2008; GORMLEY, L., «Silver threads among the gold...», *op. cit.*, pp. 1666-1668; SWINDELLS, J., «Las disparatadas Conclusiones de la Abogada General J. 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*, 2008, nº 2, pp. 23-34. Más recientemente GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «La sentencia *Mickelsson y Roos*...», *op. cit.*

<sup>95</sup> Al afirmar que «han de considerarse «medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación», en el sentido del artículo 28 TCE (actual art. 34 TFUE), 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».

ría necesitado de justificación, al afirmar que «también se engloba en el mismo concepto (de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa) cualquier otra medida que obstaculice el acceso al mercado de un Estado miembro de los productos originarios de otros Estados miembros».

Considera el Tribunal de Justicia que en los autos aportados consta que, en el momento de los hechos del asunto principal, no se había establecido por las autoridades locales suecas ninguna zona para la navegación con motos acuáticas, por lo que el uso de éstas sólo estaba permitido en las vías de navegación públicas.

No obstante, tanto los inculpados en el asunto principal como la Comisión alegan que dichas vías públicas están destinadas al tráfico de gran tonelaje de carácter comercial, que hace peligroso el uso de motos acuáticas, y que, en todo caso, la mayor parte de las aguas navegables suecas se encuentra fuera de dichas vías.

Para el Tribunal de Justicia las posibilidades reales de usar motos acuáticas en Suecia son, por ende, marginales. Los consumidores, al saber que el uso autorizado por la normativa sueca es muy limitado, sólo tendrán un interés reducido en adquirir motos acuáticas.

El Tribunal de Justicia va más allá incluso de lo que fue en su sentencia de febrero de 2009, asunto *Comisión c. Italia*, pues en esta nueva sentencia sobre la normativa sueca que restringe el uso de motos náuticas va a afirmar que «aun en el caso de que la normativa nacional objeto de litigio no tenga por objeto ni por efecto tratar de manera menos favorable a los productos procedentes de otros Estados miembros la restricción del uso de un producto que aquella imponga en el territorio de un Estado miembro puede tener una influencia considerable sobre el comportamiento de los consumidores, que puede afectar, a su vez, al acceso de dicho producto al mercado de este Estado miembro».

En la sentencia de febrero de 2009, *Comisión c. Italia*, podía quedar la duda de si el Tribunal de Justicia podía estar considerando la necesidad de acoger una presunción general<sup>96</sup> de que toda medida estatal que impida totalmente

<sup>96</sup> Las regulaciones estatales que impiden el uso de un producto de manera indistinta pueden en ocasiones ocultar un propósito proteccionista. Tal era el caso en la famosa prohibición norteamericana de usar grasas vegetales en la elaboración de la leche en polvo cuya constitucionalidad fue controlada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *United States v. Carolene Products Co. (1938)*.

Ciertamente, el parámetro utilizado por el Tribunal Supremo fue la Cláusula del proceso debido y no la cláusula de comercio, pues se juzgaba la constitucionalidad de una ley del Congreso que prohibía la comercialización de unos determinados productos lácteos que contenían aceites vegetales y el Congreso no se ve limitado por la Cláusula de Comercio en su perspectiva durmiente. Sea como fuera, el Tribunal Supremo consideró que la medida no restringía la libertad económica en cuanto se debía presumir la racionalidad de una medida establecida por el legislativo mientras no se demostrase su arbitrariedad. Sin embargo, investigaciones posteriores de autores adscritos a la teoría de la elección pública han demostrado que tras la prohibición de la leche con grasas vegetales se encontraban los intereses de la importante industria láctea americana que sufría la competencia de los productos elaborados con grasas vegetales provenientes del Caribe

el uso de un producto puede estar teniendo por objeto o efecto *tratar de manera menos favorable a los productos procedentes de otros Estados miembros que los eventualmente procedentes del Estado regulador* al estilo de la presunción general establecida en *Keck* para las medidas estatales relativas a los requisitos que deben cumplir los productos para poder ser comercializados<sup>97</sup>.

Así, si bien las regulaciones que establecen la prohibición de usar un producto no siempre y necesariamente tienen por qué tener como efecto favorecer la comercialización de la producción nacional sobre la comercialización de los productos importados, que es, de acuerdo con la interpretación que consideramos correcta, la consecuencia determinante para considerar una regulación estatal como una medida de efecto equivalente prohibida por el Tratado si no supera el escrutinio que realiza el Tribunal para determinar su justificación; no obstante, se podría plantear la necesidad de presumir que las prohibiciones de uso absoluto pueden tener como efecto aventajar la comercialización de los productos nacionales frente a las importaciones<sup>98</sup>. Así, mientras el Estado que las dicta no demuestre que sus efectos son indistintos sobre las importaciones y sobre la comercialización de la producción nacional sería posible que se presuman obstaculizadoras del comercio intracomunitario.

En este sentido J.H.H. WEILER ha considerado que las medidas que prohíben absolutamente la comercialización de un producto que se comercializa le-

(grasas provenientes del coco y otros frutos tropicales eran los que sustituían a las grasas animales). Indudablemente ello podría llevar a considerar que una prohibición de uso aparentemente inocente tiene un propósito proteccionista en cuanto que lo que busca realmente es favorecer a la industria láctea local frente a la competencia de una industria mayoritariamente de fuera.

<sup>97</sup> La presunción de que las regulaciones sobre las características o requisitos que ha de tener un producto para poder ser comercializado afectan más onerosamente a los productos importados deriva de considerar que en estos casos la existencia real o potencial de una diversidad regulatoria crea costes a las importaciones que no tienen los productos nacionales que sólo se comercializan en el Estado regulador. Así se pone de manifiesto en la STJCE de 2.2.1994, as. *Clinique* (cit.), donde el Tribunal reconoce que «el hecho de que, a causa de una prohibición (relativa al etiquetado de un producto), la empresa afectada se vea obligada a seguir comercializando sus productos, únicamente en dicho Estado miembro, con otra denominación y a soportar los gastos complementarios de envasado y de publicidad demuestra que dicha medida perjudica la libertad de los intercambios» (apartado 19). La multiplicidad regulatoria crea costes adicionales sobre los productos que se comercializan en varios Estados que no tienen los que se comercializan en un solo Estado.

<sup>98</sup> Ciertamente, en ocasiones la prohibición de usar un determinado bien puede tener como consecuencia favorecer a un producto sustitutivo y si pudiésemos determinar que tal producto sustitutivo se produce de manera importante en el país que ha prohibido el uso del producto en competencia entonces podríamos aventurarnos a sugerir que el efecto de la regulación de prohibición absoluta de uso era aventajar a los productos nacionales. Para los que sostenemos que es la diferencia de efectos lo determinante para considerar una regulación prohibida ello justificaría el sometimiento de la medida al escrutinio utilizado por el Tribunal para determinar la existencia de una causa de justificación.

galmente en otro Estado miembro son sospechosas de querer favorecer a un producto nacional en competencia con el producto prohibido<sup>99</sup>. Concepción que sería posible trasladar a las prohibiciones totales de uso.

Sin embargo, no es ésta la razón acogida en la STJ de junio de 2009 donde el Tribunal explícitamente niega que el objetivo del artículo 34 del TFUE sea proscribir el proteccionismo al considerar que lo relevante no son los efectos diferenciados de una normativa nacional sobre los productos importados<sup>100</sup> sino la restricción del acceso de tales productos al mercado de un Estado miembro.

La afección al acceso derivaba en el caso concreto «de no permitir a los usuarios de motos acuáticas hacer un uso adecuado e inherente a dichos productos o limitarlo enormemente y que tendría por efecto impedir el acceso de tal producto al mercado sueco» sería, para el Tribunal de Justicia –salvo que exista una justificación con arreglo al artículo 36 del TFUE o por motivos imperiosos de interés general<sup>101</sup>– una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación prohibida por el artículo 34 del TFUE.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La idea fuerza que fundamenta la decisión *Mickelsson y Roos* –una medida nacional que restrinja al límite el uso de un producto constituye un obstáculo al comercio intracomunitario aun en el caso de que la medida no tenga por objeto *ni por efecto* tratar de manera menos favorable a los productos procedentes de otros Estados miembros– supone acoger aquella concepción que considera que los preceptos del TFUE que garantizan la libre circulación de mercancías tienen como objetivo promover el libre ejercicio de la actividad económica en el mercado interior y supone desechar aquella otra que considera que el objetivo de tales preceptos es más modesto, es la proscripción del proteccionismo económico.

La consecuencia fundamental de tal doctrina que convierte la garantía de la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros en una garantía del libre ejercicio de la actividad económica dentro del mercado interior es la europeización de un ámbito regulatorio que hasta ahora era pura-

<sup>99</sup> WEILER, J.H.H., «The Constitution of the Common...», *op. cit.*

<sup>100</sup> Pues recordemos que en la misma se afirma de manera tajante que las normas que impiden el uso de un producto constituyen un obstáculo a la libre circulación de mercancías «aun en el caso de que la normativa nacional objeto de litigio no tenga por objeto *ni por efecto* tratar de manera menos favorable a los productos procedentes de otros Estados miembros».

<sup>101</sup> El Gobierno sueco había invocado los objetivos de la protección del medio ambiente, la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales y la preservación de las plantas para justificar el Reglamento nacional. El Tribunal de Justicia da unas pautas para la aplicación de la proporcionalidad de la medida y remite la apreciación de si concurren y por lo tanto la determinación de si la medida está justificada al juez nacional.

mente nacional. En efecto, hasta ahora el derecho primario de la Unión Europea, tal como se venía interpretando desde *Keck*, proscribía el proteccionismo económico y –mientras el legislador europeo no regulase para suprimir las distorsiones de la competencia derivadas de la pluralidad normativa– la garantía de la libertad económica, del libre ejercicio de la actividad económica, era un ámbito puramente estatal.

La conversión judicial de la garantía de la libre circulación de mercancías en una garantía del libre ejercicio de la actividad económica se produce precisamente en el mismo momento en el que el «constituyente» europeo, en la reciente reforma de Lisboa, no ha querido que aquel derecho en el que con naturalidad cabría encuadrar la garantía del libre ejercicio de la actividad económica –el derecho a la libertad de empresa recogida en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión– se constituya en límite a la actuación de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia, máximo intérprete del derecho europeo, parece no estar de acuerdo con el limitado alcance que se le ha dado a la libertad de empresa en el Tratado de Lisboa y le ha buscado a la carrera un acomodo alternativo en aquellos preceptos que garantizan la libre circulación de mercancías. Con ello el Tribunal de Justicia, de forma ilegítima, pone en cuestión la voluntad del «constituyente», cuya obra, no debería hacer falta recordar, le corresponde interpretar pero no enmendar.

Ciertamente, las medidas ahora consideradas obstaculizadoras de la libre circulación no tienen por qué ser declaradas finalmente contrarias al Tratado, pues podrían estar justificadas en la promoción proporcionada de un objetivo considerado legítimo, pero su simple consideración como medidas obstaculizadoras del comercio intracomunitario coloca a los poderes públicos nacionales en la tesitura de tener que justificarse ante el juez europeo.

La justificación que deben hacer los poderes nacionales ante el juez europeo, es, además, mucho más exhaustiva que la que vendrían realizando hasta ahora al justificar la conformidad de las medidas referidas con el propio derecho nacional, pues la consecuencia práctica de extender el concepto de obstáculo al comercio intracomunitario a nuevos ámbitos –además de la ya señalada de convertir los preceptos que garantizan la libre circulación en preceptos cuyo propósito es la garantía de la libertad económica en lugar de preceptos cuyo propósito es la proscripción del proteccionismo económico– es el sometimiento de aquellas disposiciones nacionales que caigan bajo tal concepto al principio de proporcionalidad para determinar su aplicabilidad. Parámetro que es, en la práctica, más penetrante e incisivo que el parámetro utilizado, hasta ahora, por los poderes jurisdiccionales nacionales para comprobar la adecuación de las normas de los poderes públicos estatales a los derechos económicos (por ejemplo, la libertad de empresa) contenidos en las normas fundamentales nacionales.

En efecto, hasta ahora, en el ámbito del control de las regulaciones públicas económicas tomando como parámetro los derechos fundamentales econó-

nicos contenidos en las Constituciones nacionales<sup>102</sup> la jurisprudencia nacional se viene mostrando deferente con lo regulado por los poderes públicos<sup>103</sup>.

A partir de la jurisprudencia analizada desaparece tal deferencia judicial al tenerse que aplicar por los jueces europeos el principio de proporcionalidad para juzgar la conformidad de determinadas normas estatales que regulan la actividad económica, una vez se han transformado ahora en obstáculos del comercio intracomunitario, con aquellos preceptos que garantizan la libre circulación de mercancías en el Derecho de la Unión Europea.

<sup>102</sup> En nuestro caso, por ejemplo, el artículo 38 de la Constitución Española que garantiza la libertad de empresa.

<sup>103</sup> Ciertamente, la deferencia no es total, pues se mantiene un control de razonabilidad de las regulaciones públicas, pero la deferencia se traduce en la negación de la competencia de los tribunales para realizar un intenso escrutinio de las regulaciones de los poderes públicos a través de la utilización del principio de proporcionalidad. Tal deferencia se justificaría en la idea de la neutralidad económica de la Constitución que supone que en determinados casos, como es el de la determinación del modelo económico el constituyente, se habría remitido a los poderes constituidos para que lo conformasen en cada momento. La tesis de la «neutralidad económica de la Constitución» fue adoptada por el Tribunal Constitucional Alemán y supone considerar que en el texto fundamental no se habría constitucionalizado ningún modelo económico:

Para el Tribunal Constitucional Alemán «el constituyente no se ha decidido expresamente por ningún sistema económico» (Sentencia sobre la Ley de ayudas a la inversión, Investitionshilfegesetz, de 20.7.1954, BVerfGE 4, 7, 17). Ello supondría que la existencia de intereses y visiones políticas distintas en el ámbito económico justificaría que los tribunales encargados de realizar el control de constitucionalidad se mostrasen deferentes con lo decidido por los poderes públicos.

Así para el Tribunal Constitucional Federal Alemán:

«En un Estado liberal moderno siempre existirán diferentes visiones en relación a la extensión de las políticas económicas y sociales y que medidas específicas sirven al interés público. La transacción política es probablemente inevitable en un Estado moderno que se ve forzado a intervenir en la vida social, y ello no debe ser desaprobado por razones constitucionales» (Sentencia 12 BverfGE 354 (1961), sobre la privatización de Volkswagen).

Ciertamente, tal y como ha señalado M. ARAGÓN REYES, la tesis acerca de la neutralidad constitucional sobre el modelo económico, muy extendida en Alemania e Italia en los años sesenta y setenta, habría sido mayoritariamente abandonada y sustituida por la idea de que tal neutralidad no puede ser absoluta puesto que la Constitución garantiza, al menos en sus líneas básicas, la economía de mercado (con limitaciones impuestas por el Estado social, claro está) impidiéndose la completa erradicación de la libertad a través de la instauración de un sistema económico totalmente intervenido por el poder público (*Libertades Económicas y Estado Social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 8). Sin embargo, consideramos que sí que es posible afirmar una neutralidad relativa que producirá la necesidad de otorgar un margen de apreciación al poder público.