

LAS RESTRICCIONES NACIONALES EN MATERIA
DE PUBLICIDAD Y LA LIBRE CIRCULACIÓN
DE MERCANCÍAS
(COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJCE DE 8 DE MARZO DE
2001, *GOURMET INTERNATIONAL PRODUCTS*)

Por JUAN SANTOS VARA *

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA *GOURMET*.—III. LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE LAS RESTRICCIONES NACIONALES EN MATERIA DE PUBLICIDAD: 1. UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVISIBLE. 2. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA *KECK* A LAS NORMAS NACIONALES EN MATERIA DE PUBLICIDAD. 3. LA INCIDENCIA DE LA SENTENCIA *GOURMET* EN LA JURISPRUDENCIA *KECK*.—IV. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia *Keck* representó un avance notable al contribuir a dotar de mayor racionalidad la aplicación del artículo 28 CE (ex artículo 30) ¹.

* Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público, Universidad de Salamanca. Doctor en Derecho.

¹ Sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard* (C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097). Un amplio sector de la doctrina venía reclamando una interpretación más restrictiva del artículo 28. Se pueden consultar, entre otros, los siguientes trabajos: MARENCO, G.; BANKS, K.: «Intellectual property and the Community rules on free movement: discrimination unhearthed», *ELRev.* 1990, vol. 15, pp. 224-256; MOTERLMANS, K.: «Article 30 of the EEC Treaty and legislation relating to

El cambio de jurisprudencia de la sentencia *Keck* consistió en la introducción de un razonamiento distinto del que se había venido utilizando en este ámbito para examinar la compatibilidad con el artículo 28 (ex 30) de las normas indistintamente aplicables relativas a las modalidades de venta. Así, el TJCE afirma 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»². No obstante, las normas que determinan las características que deben cumplir las mercancías (como las relativas a la denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, acondicionamiento) continúan sometidas a las jurisprudencia *Cassis de Dijon*³.

Desde un principio un sector de la doctrina se mostró muy crítico con el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Keck*, ya que generó un gran número de interrogantes⁴. En efecto, el TJCE no

market circumstances: time to consider a new definition?», *CMLRev.*, vol. 28, 1991, pp. 115-136; STEINER, J.: «Drawing the line: uses and abuses of article 30 ECC» *CMLRev.*, 1992, vol. 29, n.º 4, pp. 749-774; WHITE, E. L.: «In search of the limits to article 30 of the EEC Treaty», *CMLRev.*, vol. 26, 1989, pp. 235-280.

² Apart. 16 de la sentencia *Keck*.

³ Se trata de una distinción que había sido propuesta por WHITE («In search of the limits to article 30...», *loc. cit.* p. 246 y ss.) y por el Abogado General Sr. Tesauro en las conclusiones de la sentencia de 15 de diciembre de 1993, Hünermund y otros (C-292/92, Rec. p. I-6787).

⁴ Vid. a este respecto, entre otras, las siguientes contribuciones: CAPELLI, F.: «I malintesi provocati dalla sentenza "Cassis de Dijon" vent'anni dopo», *DCSI*, 1996, n.º 4, pp. 673-695; GONZÁLEZ VAQUÉ, D. L.: «¿El mercado interior en peligro? Análisis del impacto de la jurisprudencia "Keck y Mithouard" sobre la libre circulación de mercancías», *Comunidad Europea Aranzadi*, n.º 6, 1995, pp. 35-42; MATTERA, A.: «De l'arrêt "Dassonville" à l'arrêt «Keck: l'obscurité d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions», *RMUEur.*, n.º 1, 1994, pp. 117-160; PICOD, F.: «La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges», *RTDeur.*, n.º 34 (2), 1998, pp. 169-189; REICH, N.: «The "november revolution" of the European Court of Justice: *Keck*, *Meng* and revisited *Audi*»,

proporcionaba una definición de la noción de modalidades de venta y no mencionaba las sentencias previas que se consideraban afectadas por el cambio de jurisprudencia. Asimismo, resulta criticable que se presuma que todas las medidas que cumplen las condiciones del apart. 16 carecen de efectos restrictivos sobre el comercio intracomunitario. Se trata de una distinción excesivamente formalista⁵, la cual requiere una clarificación posterior con el objetivo de elaborar un principio general que garantice el acceso a un determinado mercado de los productos procedentes de otros Estados miembros⁶.

De este modo, si el Tribunal pretendía transmitir un mensaje claro a los operadores económicos en cuanto a las medidas que quedaban excluidas del artículo 28 CE debería haber establecido criterios precisos e inequívocos⁷. Así, si la razón que subyace en la introducción de la distinción entre normas relativas a las características de los productos y a las modalidades de venta es la existencia o no de un efecto proteccionista hubiera sido más lógico basarse en este criterio, para determinar las me-

CMLRev. 1994, vol. 31, n.º 3, pp. 459-492; SIMON, D.; RIGAU, S., *Juris-Classeur Europe*, 1994, pp. 11-12; STUYCK, J.: «L'arrêt Keck et Mithouard (vente à perte) et ses conséquences sur la libre circulation des marchandises», *CDE*, n.º 3-4, 1994, pp. 345-458.

No obstante, otros autores defienden una visión más positiva de la sentencia *keck*: MANFRED, D.: «La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia» *GJCE*, n.º D-22, 1994, p. 292; LÓPEZ ESCUDERO, M.: «La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la sentencia *Keck* y *Mithouard*», *GJCE*, n.º D-28, 1997, pp. 47-94; MARTÍNEZ LAGE, S.: «Revisión jurisprudencial sobre la libre circulación de mercancías», *GJCE*, B-90, 1993, pp. 1-3; OLIVER, P.: *Free movement of goods in the European Community: under articles 30 to 36 of the Rome Treaty*, Sweet-Maxwell, Londres, 1996, pp. 100-110; WAINWRIGHT, R.; MELGAR, V.: «Bilan de l'article 30 après vingt ans de jurisprudence: de *Dassonville* à *Keck* et *Mithouard*», 1994, *RMC et UE*, n.º 381, pp. 533-539.

⁵ REICH, N.: «The «november revolution»...», *loc. cit.*, pp. 459-492.

⁶ WEATHERILL, S.: «After *keck*: some thoughts on how to clarify the clarification», *CMLRev.*, 1996, vol 33, n.º 5, p. 893. WEATHERILL propone la siguiente fórmula: «Measures introduced by authorities in a Member State which apply equally in law and in fact to all goods or services without reference to origin and which impose no direct or substantial hindrance to the access of imported goods or services to the market of that Member State escape the scope of application of Articles 30 and 59» (p. 896).

⁷ MATTERA, A.: «De l'arrêt «*Dassonville*» à l'arrêt «*Keck*...», *loc. cit.*, p. 145.

didas indistintamente aplicables que se engloban en el ámbito de aplicación del artículo 28 CE⁸.

A pesar de que TJCE ha aplicado con posterioridad la jurisprudencia *Keck*⁹ en un gran número de asuntos ha subsistido una cierta inseguridad sobre las reglamentaciones nacionales que pueden considerarse excluidas del ámbito de aplicación del artículo 28 CE. Además, la aplicación del cambio jurisprudencial ha conducido a resultados no siempre respetuosos con el mercado interior. Esta situación se hace especialmente visible en relación con las normas nacionales que restringen o prohíben determinadas formas de promoción y de publicidad de los productos¹⁰. En este sentido, el TJCE, en un esfuerzo por situar al margen del artículo 28 aquellas reglamentaciones nacionales que tienen una incidencia limitada en la libre circulación de mercancías, englobadas bajo el concepto de modalidades de venta, consideró que quedaban también fuera del artículo 28 determinadas normas nacionales que producen un efecto restrictivo manifiesto en el comercio entre los Estados miembros. Quizás, el entusiasmo que supuso el cambio de jurisprudencia llevó al Tribunal de Justicia a pasar por alto sus efectos más negativos. En este contexto, la reciente sentencia *Gourmet*¹¹ del TJCE proporciona interesantes aclaraciones en relación con algunos de los interrogantes que planteó la aplicación de la jurisprudencia *Keck* a las normas nacionales que limitan o prohíben determinadas formas de promoción y de publicidad de los productos¹². Se trata pues de

⁸ LÓPEZ ESCUDERO, M.: «La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente...», *loc. cit.*, p. 88.

⁹ Para un examen de esta jurisprudencia vid. LÓPEZ ESCUDERO, M.: «La libertad de circulación de mercancías (II)», en LÓPEZ ESCUDERO, M.; MARTÍN Y PÉREZ de NANCLARES, J. (coords.): *Derecho Comunitario Material*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, pp. 81-93; OLIVER, P.: «Some further reflections on the scope of articles 28-30 (Ex 30-36) EC», *CMLRev.*, vol. 36, n.º 4, pp. 783-806; OLIVER, P.: *Free movement of goods in the European Community...*, *op. cit.*, pp. 100-110.

¹⁰ La imprecisión que caracteriza la sentencia *Keck* y *Mithouard* «tiene por resultado que se eternicen ciertas dudas y perplejidades con relación a las normativas nacionales sobre las autorizaciones de productos, reglas referentes a los niveles de precios y, sobre todo, las relacionadas con la publicidad y otros sistemas de promoción comercial» (GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: «La sentencia “Laura”: ¿punto final de la jurisprudencia “Keck y Mithouard” en materia de libre circulación de mercancías? (Parte I)», *GJ*, B-134, 1998, p. 6).

¹¹ Sentencia de 8 de marzo de 2001, *Gourmet International Products* (C-405/98, aún no publicada en la Recopilación).

¹² Para una primera valoración de esta sentencia vid.: RIGAUX, A.: «La jurisprudence *Keck* et *Mithouard* à l'épreuve des règles nationales de publicité (*Rapide*

examinar en qué medida el Tribunal de Justicia ha disipado las incertidumbres que afectaban a la jurisprudencia *Keck* en este ámbito y si, de esta forma, se viene a cerrar el círculo que se abrió con la sentencia *Keck*.

II. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA *GOURMET*

Los hechos que dieron lugar a la sentencia *Gourmet* tienen su origen en una cuestión prejudicial presentada por el *Konsumentombudsman* (mediador sueco para la defensa de los consumidores) para examinar si las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre circulación de mercancías se oponen a las drásticas limitaciones de la publicidad de bebidas alcohólicas existentes en Suecia. Con arreglo a la ley sueca sobre la comercialización de bebidas alcohólicas, se prohíbe la utilización de anuncios comerciales en la radio o en la televisión para la promoción de estos productos. Se prohíbe también realizar anuncios comerciales en la prensa escrita, con la única excepción de aquellas publicaciones que sólo se distribuyan en los puntos de venta de dichas bebidas¹³.

La sociedad *Gourmet International Products AB (GIP)* es acusada de violar la legislación sueca por haber incluido en la revista «gourmet», destinada a los suscriptores, publicidad de vino y de whisky. *GIP* solicitó que se desestimara el recurso interpuesto contra ella por considerar que la legislación sueca violaba el Derecho Comunitario, en particular los artículos 28 y 49.

La importancia del pronunciamiento del Tribunal de Justicia se hace perceptible de una forma manifiesta en el apart. 21 al afirmar que «en lo que se refiere a productos, como las bebidas alcohólicas, cuyo consumo está relacionado con prácticas sociales tradicionales y hábitos y usos locales, una prohibición de toda publicidad destinada a los consumidores a través de anuncios en la prensa, la radio y la televisión, mediante envío directo de material no solicitado o por medio de carteles en la vía pública, puede dificultar en mayor medida el acceso al mercado de los productos originarios de otros Estados miembros que el de los productos nacionales, con los que el consumidor está espontáneamente más familiarizado».

bilan à propos de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Gourmet International Products*)», *Juris-Classeur Europe*, Mars 2001, pp. 5-9.

¹³ Sobre el régimen de monopolio existente en Suecia para la comercialización de bebidas alcohólicas vid. la sentencia de 23 de octubre de 1995, *Franzén* (C-189/95, Rec. p. I-5909).

El razonamiento seguido por el TJCE para considerar que la prohibición de publicidad del alcohol en Suecia se enmarca dentro del ámbito de aplicación del artículo 28, se asemeja mucho a los criterios utilizados con anterioridad a la jurisprudencia *keck* para examinar este tipo de medidas. Sin embargo, el Tribunal cuida mucho de enmarcar su pronunciamiento dentro de la jurisprudencia *keck*, ya que la razón de que la legislación sueca sea considerada una medida de efecto equivalente se encuentra en que afecta en mayor medida a la comercialización de los productos originarios de otros Estados miembros que a la de los productos nacionales, y no tanto en que la legislación sueca controvertida tenga un efecto restrictivo manifiesto sobre el comercio entre los Estados miembros.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE LAS RESTRICCIONES NACIONALES EN MATERIA DE PUBLICIDAD

En este ámbito, se aprecia en la jurisprudencia comunitaria la existencia de una fase anterior a la sentencia *Keck* en la que los criterios utilizados por el Tribunal de Justicia para analizar este tipo de medidas se asemejan a los seguidos para examinar el resto de las medidas indistintamente aplicables a los productos nacionales y extranjeros. La sentencia *Keck* marca el inicio de una segunda etapa en la que los resultados no son siempre satisfactorios. Por último, se atisba en la sentencia *De Agostini*¹⁴ el desarrollo de un nuevo razonamiento en esta materia, el cual se plasma claramente en la respuesta proporcionada por el TJCE a la cuestión planteada en el asunto *Gourmet*.

1. UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVISIBLE

En ausencia de normas comunes en el ámbito comunitario sobre las formas de promoción y de publicidad de un determinado producto, los Estados disponen de la competencia para regular esta materia. No obstante, las diversas reglamentaciones nacionales sobre la promoción y la pu-

¹⁴ Sentencia de 9 de julio de 1997, *De Agostini y TV-Shop* (C-34/95, C-35/95 y C-36/95, Rec. p. I-3843)

blicidad de los productos pueden constituir obstáculos importantes a la libre circulación de mercancías.

Con anterioridad a la introducción de la distinción en el asunto *Keck* entre las normas relativas a las características de los productos y a las modalidades de venta, el TJCE examinaba las restricciones nacionales en materia de publicidad del mismo modo que el resto de los obstáculos a la libre circulación de mercancías. Así, el TJCE aplicaba la jurisprudencia reiterada desde el asunto *Dassonville* para comprobar si la normativa nacional en cuestión podía obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente el comercio intracomunitario. Una vez determinados los efectos restrictivos de la medida en cuestión, sólo podría justificarse si se enmarcaba dentro de alguna de las excepciones previstas en el artículo 30 (ex 36), o si respondían a alguna de las exigencias imperativas previstas en la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, tales como la protección de los consumidores o la lealtad de las transacciones comerciales.

En este ámbito, el TJCE consideraba que una legislación que limita o prohíbe determinadas formas de publicidad, aún cuando no condicione directamente las importaciones, puede restringir el volumen de éstas debido a que afecta a las posibilidades de comercialización de los productos importados. Efectivamente, no se puede descartar el hecho de que un operador económico se vea obligado a modificar la forma o el contenido de una campaña publicitaria en función de los Estados miembros de que se trate, o bien a abandonar un sistema publicitario que considere particularmente eficaz, pueda constituir un obstáculo a las importaciones, aún cuando dicha legislación se aplique indistintamente a los productos nacionales y a los importados¹⁵.

La sentencia *Keck* alteró sustancialmente el razonamiento seguido hasta entonces por el TJCE, generando de este modo una cierta inseguridad en relación con las normas nacionales que limitan o prohíben determinadas formas de publicidad de los productos y, en particular, si pueden considerarse como modalidades de venta y, por lo tanto, quedan excluidas del ámbito de aplicación del artículo 28 CE. A este respecto, la doctrina ha

¹⁵ Sentencia de 15 de diciembre de 1982, *Oosthoek's* (286/81, Rec. p. 4575); Sentencia de 16 de mayo de 1989, *Buet y otros* (382/87, Rec. p. 1235); Sentencia de 7 de marzo de 1990, *GB-INNO-BN* (C-362/88, Rec. p. I-667); Sentencia de 25 de julio de 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia* (C-1/90 y C-176/90, Rec. p. I-4141); Sentencia de 18 de mayo de 1993, *Yves Rocher* (C-126/91, Rec. p. I-2361).

considerado que su inclusión entre las modalidades de venta no es respetuosa con el espíritu del artículo 28, esto es la eliminación de aquellos medidas que tengan efectos restrictivos sobre el comercio entre los Estados miembros¹⁶.

2. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA *KECK* A LAS NORMAS NACIONALES EN MATERIA DE PUBLICIDAD

El fundamento de la distinción establecido en el asunto *Keck* es discutido en la medida en que una reglamentación que obliga a un operador a modificar una estrategia de promoción de venta legalmente aplicada en el Estado miembro de origen puede, en realidad, convertir el acceso al mercado más difícil que una norma que obliga a respetar determinadas normas técnicas para la comercialización de los productos, como por ejemplo el etiquetado de los productos, el cual deberá adaptarse, en todo caso, a las necesidades lingüísticas del país de destino¹⁷. En este último supuesto, el operador económico podrá comercializar su producción soportando el coste económico para adaptarse al mercado del país de destino. En cambio, cuando se trata de una legislación nacional que limita las posibilidades de utilizar determinados medios de promoción comercial, el operador podrá entrar formalmente en el mercado, pero en la práctica no podrá lanzar sus productos ni comercializarlos¹⁸.

Así pues, la limitación o la prohibición de utilizar determinadas formas de publicidad puede conllevar la creación de obstáculos para los operadores provenientes de otros Estados miembros, ya que no pueden utilizar instrumentos de promoción comercial que ellos consideran eficaces. Por consiguiente, es necesario llevar a cabo, en estas circunstancias, un examen del impacto preciso de dichas reglamentaciones en el mercado en cuestión porque, cuando, en un determinado mercado, los operadores nacionales mantienen una cuota de mercado muy alta, la imposibilidad de

¹⁶ Vid. a este respecto: GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: «La sentencia “Laura”...», *loc. cit.* pp. 5-12; TODINO, M.; LÜDER, T.: «La jurisprudence “Keck” en matière de publicité: vers un marché unique inachevé?», *RMUE*, 1995, n.º 1, pp. 180-192; WAINWRIGHT, R.; MELGAR, V.: «Bilan de l'article 30 après vingt ans...», *loc. cit.*, pp. 535-536.

¹⁷ WAINWRIGHT, R.; MELGAR, V.: «Bilan de l'article 30 après vingt ans...», *loc. cit.* p. 536.

¹⁸ TODINO, M.; LÜDER, T.: «La jurisprudence «Keck» en matière de publicité...», *loc. cit.*, p. 181.

utilizar determinadas estrategias de comercialización puede ejercer, en la práctica, un efecto más restrictivo sobre los productos importados que sobre los nacionales¹⁹.

De este modo, la inclusión automática de los sistemas de promoción comercial, y en particular de las restricciones nacionales en materia de publicidad, entre las modalidades de venta puede traducirse en la práctica en una ventaja para los productores nacionales y, por lo tanto, en la creación de un obstáculo para los operadores económicos establecidos en otro Estado miembro que deseen utilizar determinados métodos de promoción comercial para introducir sus productos en un nuevo mercado²⁰.

El primer caso en el que el TJCE examina la compatibilidad de una norma nacional en materia de publicidad con el artículo 28 CE tras la sentencia *Keck* es el asunto *Hünernmund*²¹. Se trataba de una disposición del colegio profesional de farmacéuticos del *Land Baden-Württemberg* que prohíbe a los farmacéuticos realizar publicidad fuera de las oficinas de farmacia de los productos parafarmacéuticos que están autorizados a vender. El Tribunal consideró que la regla en cuestión quedaba excluida del ámbito de aplicación del artículo 28. De este modo, el Tribunal confirma que las normas que limitan o restringen las formas de publicidad de los productos se enmarcan dentro de las modalidades de venta.

El segundo supuesto de aplicación de la jurisprudencia *Keck* a las reglas nacionales en materia de publicidad lo encontramos en la sentencia *Leclerc-Siplec*²². En este asunto se planteó la compatibilidad con el artículo 28 de una norma francesa que prohíbe la publicidad televisiva en el sector de la distribución. El TJCE reconoce que una limitación de estas características puede limitar el volumen de las ventas procedentes de otros Estados miembros. Sin embargo, considera que la disposición en cuestión se refería a «modalidades de venta por cuanto prohíbe una cierta forma de promoción (publicidad televisiva) de un cierto método de comercialización (distribución) de los productos»²³.

¹⁹ *Ibidem*, p. 186.

²⁰ Para un examen de las restricciones nacionales en materia de publicidad, tanto en relación con la libre circulación de mercancías como desde la óptica de la libre prestación de servicios vid. GREEVES, R.: «Advertising Restrictions and the Free Movement of Goods and Services», *ELRev.*, 1998, pp. 305-319.

²¹ Sentencia de 15 de diciembre de 1993, *Hünernmund* y otros (C-292/92, Rec. p. I-6787)

²² Sentencia de 9 de febrero de 1995, *Leclerc-Siplec* (C-412/93, Rec. p. I-179).

²³ Apart. 22 de la sentencia *Leclerc-Siplec*.

En el asunto *Leclerc*, el Abogado General Sr. Jacobs mostró su desacuerdo con el razonamiento seguido por el TJCE en la jurisprudencia *Keck* y, en particular, sobre la inclusión de las restricciones en materia de publicidad dentro de las modalidades de venta. Así, considera que las medidas que prohíben o restringen determinadas formas de publicidad tienden a proteger a los operadores nacionales y a desfavorecer a los extranjeros, puesto que se ven privados del método utilizado habitualmente para el lanzamiento de un nuevo producto²⁴. En este sentido, una medida de esta naturaleza conduciría prácticamente a impedir a los fabricantes de otros Estados miembros la entrada en el mercado sujeto a la limitación de publicidad, si los consumidores de este país no conocían ya sus productos. En su opinión, el criterio adecuado para determinar si una medida está comprendida en el ámbito del artículo 28 es comprobar si crea un obstáculo sustancial a la entrada de mercancías procedentes de otros Estados²⁵.

En los asuntos *Familiapress*²⁶ y *Mars*²⁷, el TJCE se enfrenta a la dificultad que presenta la aplicación de la jurisprudencia *Keck* en aquellos casos en los que resulta complejo distinguir entre las características de los productos, las cuales siguen sometidas a las jurisprudencia *Cassis de Dijon*, y el método de promoción utilizado por el operador económico. Se trataba de un tema importante, ya que, en las estrategias comerciales, no siempre puede diferenciarse entre la promoción y la publicidad de un determinado producto y, por otro lado, el contenido del mismo.

En la sentencia *Familiapress* se trataba de examinar la compatibilidad con el Derecho comunitario de la ley austríaca de competencia desleal que prohíbe la venta de las publicaciones periódicas que contengan juegos dotados de premios. El asunto *Mars* se refería a una prohibición que se deriva de la legislación alemana, en virtud de la cual se impedía la importación y la comercialización de un producto comercializado legalmente en

²⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto *Leclerc-Siplec*, *cit.*, puntos 21 y 37.

²⁵ El propio Sr. Jacobs reconoce que la aceptación de este principio equivaldría a introducir un criterio *de minimis* en el artículo 30 y que su aplicación «...exigiría una cuidadosa definición de las circunstancias en las que habría de aplicarse» (punto 42). Para OLIVER la introducción de análisis económicos en esta materia disminuiría la seguridad jurídica y supondría la creación de dificultades importantes para los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de aplicar el artículo 28 («Some further reflections...», *loc. cit.*, pp. 790-799 y 806).

²⁶ Sentencia de 26 de junio de 1997, *Familiapress* (C-368/95, Rec. p. I-3689).

²⁷ Sentencia de 6 de julio de 1995, *Mars* (C-470/93, Rec. p. I-1923).

otro Estado miembro, cuya cantidad había sido aumentada con motivo de una campaña publicitaria de corta duración y cuyo envoltorio contenía la mención «+ 10 %».

En el asunto *Familiapress* el Tribunal sorteó la dificultad a la que se enfrentaba afirmando que «la legislación nacional controvertida aunque atañe efectivamente a un método de promoción de ventas, se refiere, en este supuesto, al propio contenido de los productos, en la medida en que los juegos contemplados por ella forman parte integrante de la revista en la que se han insertado» y, por lo tanto, no pueden considerarse una modalidad de venta²⁸.

En ambos asuntos, el Tribunal comunitario prestó especial relevancia al hecho de que los operadores económicos establecidos en otros Estados se ven obligados a modificar el contenido o la presentación de los productos para comercializarlos en otros Estados, lo cual puede dificultar el comercio intracomunitario. Por esta razón, aunque las reglamentaciones nacionales constituirían medidas indistintamente aplicables, su inclusión dentro de las condiciones a las cuales deben responder los productos conlleva inevitablemente que sean consideradas como medidas de efecto equivalente.

Tanto en el asunto *Mars* como en *Familiapress*, el TJCE no considera automáticamente excluidas del ámbito de aplicación del artículo 28 las medidas relativas a la publicidad de los productos. Sin embargo, no queda claro en estos asuntos cómo serían consideradas las medidas que restringen las formas de promoción de los productos y que no se incorporan al producto²⁹. En definitiva, este tipo de asuntos nos muestra claramente las insuficiencias que presenta la aplicación mecánica de la distinción entre modalidades de venta y características de los productos para examinar las normas nacionales que restringen las formas de promoción o de publicidad de los productos³⁰.

²⁸ Se ha considerado acertadamente que el Tribunal podría haber optado en el presente caso por un razonamiento más claro y sencillo, englobando este tipo de normas simplemente dentro de las características de los productos y aplicarles la jurisprudencia *Cassis de Dijon* (STOFFEL VALLOTON, N.: *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 723).

²⁹ RIGAUX, A.: «La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité...», *loc. cit.*, p. 7.

³⁰ Posteriormente, el Tribunal de Justicia tuvo una nueva oportunidad de pronunciarse sobre las restricciones nacionales en materia de publicidad en aquellos casos

En el asunto *Clinique*³¹, el Tribunal comunitario ha tenido que examinar la compatibilidad con el artículo 28 de una norma alemana que prohibía la utilización de la denominación «Clinique» para la comercialización de productos cosméticos. Esta medida fue considerada como un obstáculo ilegal del comercio entre los Estados miembros. De este modo, la distinción establecida en *Keck* se convertiría en artificial cuando la imposibilidad de utilizar un medio de promoción determinado implica una modificación de la presentación del producto.

3. LA INCIDENCIA DE LA SENTENCIA *GOURMET* EN LA JURISPRUDENCIA *KECK*

En este ámbito se aprecia una cierta evolución en el razonamiento del TJCE que, sin apartarse del razonamiento seguido en la sentencia *Keck*, ha ido paulatinamente aclarando algunas de las incertidumbres generadas por aquella sentencia. En este sentido, la reciente sentencia *Gourmet* aporta interesantes precisiones en relación con las normas nacionales que prohíben o restringen determinadas formas de publicidad.

Así, el TJCE comienza su razonamiento recordando la sentencia *De Agostini*, en la cual se reconoce por primera vez que «no puede excluirse que una prohibición total, en un Estado miembro, de una forma de promoción de un producto que allí se vende legalmente, tenga un impacto más importante sobre los productos procedentes de otros Estados miembros»³². De esta forma, el asunto *De Agostini* supuso la introducción de un cierto avance en la jurisprudencia sobre esta materia.

Los hechos que dieron origen al pronunciamiento del TJCE, se plantearon en relación con una ley sueca que tenía como objetivo la protección de los consumidores contra la publicidad engañosa y que prohibía,

en que no se pueden distinguir de las características de los productos [Sentencia de 28 de enero de 1999, *Unilever* (C-77/97, Rec. p. I-431)]. El asunto *Unilever* se refería a la legislación austríaca que prohíbe la inclusión en la publicidad de productos cosméticos determinadas menciones publicitarias. No obstante, el TJCE evita pronunciarse sobre esta cuestión, ya que existe una directiva comunitaria de armonización de la presentación de los productos cosméticos (sobre este asunto vid. SIMON, D.: *Juris-Classeur Europe*, n.º 108, 1999, p. 15)

³¹ Sentencia de 2 de febrero de 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb y Clinique* (C-315/94, Rec. p. I-317).

³² Apart. 19 de la sentencia *De Agostini y TV-Shop*, *cit.*

entre otras cosas, la publicidad televisada destinada a captar la atención de los menores de 12 años. De este modo, el TJCE considera que, cuando las limitaciones de la promoción de los productos suponen una prohibición total de la misma, nos encontramos ante una restricción de la libre circulación de mercancías, de la que no se puede descartar *a priori* su inclusión en el artículo 28³³.

Ahora bien, en la sentencia *Gourmet* se aprecia una evolución importante en el razonamiento del TJCE respecto al asunto *De Agostini*. Así, en este último caso, el Tribunal de Justicia considera que las restricciones de publicidad previstas en la legislación sueca no están comprendidas en el artículo 28, salvo que se demuestre que dicha prohibición no afecta del mismo modo, de hecho y de derecho a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados, lo cual no resulta fácil de demostrar. En cambio, en el asunto *Gourmet*, el Alto Tribunal comunitario concluye que la prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 28, puesto que afecta en mayor medida a la comercialización de los productos procedentes de otros Estados miembros que a la de los productos nacionales³⁴. Además, el hecho de que el consumo de las bebidas alcohólicas procedentes de otros Estados miembros haya aumentado en relación con las nacionales no permite invalidar esta afirmación, puesto que no puede excluirse que, de no existir la legislación controvertida, la evolución señalada habría sido más importante.

Por otra parte, el Abogado General Sr. Jacobs reitera la función que desempeña la publicidad para el lanzamiento de un nuevo producto y que una limitación como la existente en Suecia puede conducir a restringir los intercambios intracomunitarios. A diferencia de lo que sucedió en el asunto *Leclerc*, el Tribunal de Justicia aceptó en esta ocasión las consideraciones realizadas sobre la publicidad.

En definitiva, el TJCE desarrolla un razonamiento que atenúa la aplicación de la distinción prevista en la jurisprudencia *keck* a las limitacio-

³³ STOFFEL VALLOTON, N..., *op. cit.*, p. 721.

³⁴ Apart. 25 de la sentencia *Gourmet*. Con anterioridad, el Tribunal de Justicia utilizó un razonamiento similar en la sentencia de 13 de enero de 2000, TK-Heimdienst (C-254/98, Rec. p. I-153). Así, el TJCE consideró que la normativa austriaca que regulaba la venta ambulante dificultaba más, de hecho, el acceso al mercado de los productos procedentes de otros Estados miembros que el de los productos nacionales (aparts. 25 a 29).

nes existentes en los Estados miembros sobre la publicidad de los productos. De este modo, el Tribunal de Justicia presta más atención a los efectos que la legislación sueca tiene sobre el comercio procedente de otros Estados que a su clasificación como modalidades de venta o como normas relativas a las características de los productos. Por ello, del examen de los argumentos desarrollados en este pronunciamiento se deduce que el TJCE realiza en esta sentencia una aplicación de la jurisprudencia *keck* que se adapta mejor al objetivo del artículo 28 que en algunas de sus sentencias anteriores. Sería deseable que esta nueva tendencia jurisprudencial se consolidara.

Finalmente, el TJCE admite que los obstáculos que se derivan de la legislación sueca para la libre circulación de mercancías pueden estar justificados por la protección de la salud pública, el cual constituye un motivo de interés general previsto en el artículo 30 CE (ex 36). No obstante, el Tribunal comunitario reenvía al juez nacional la apreciación sobre la proporcionalidad de la prohibición de la publicidad en cuestión. Esta subsidiaridad jurisdiccional solo resulta aceptable si el Alto Tribunal Comunitario proporciona al juez nacional indicios suficientes para desarrollar esta tarea, tal y como hizo el Abogado General Sr. Jacobs en las conclusiones que presentó sobre este asunto³⁵. Sin embargo, si el TJCE hubiera acogido las propuestas del Abogado General, ello habría equivalido a determinar claramente el resultado de la intervención del órgano jurisdiccional nacional en este asunto, ya que, en opinión del Sr. Jacobs, el objetivo de reducir el consumo del alcohol podría lograrse igualmente mediante la aplicación de medidas menos restrictivas que una prohibición de toda publicidad en todos los medios de comunicación.

Ciertamente, no es la primera vez que el Tribunal de Justicia remite al juez nacional el examen de que se cumplen los requisitos de su jurisprudencia relativa a la libre circulación de mercancías. Así, en el asunto *De Agostini*, el TJCE reenvía al juez nacional la labor de comprobar que concurre la segunda condición de la jurisprudencia *Keck*, es decir si dicha prohibición afecta del mismo modo, de hecho y de derecho a los productos nacionales y a los importados. Sin embargo, no parece que remitir al juez nacional la responsabilidad de decidir esta cuestión sea la mejor forma de proporcionar una solución a cuestiones que todavía permanecen

³⁵ Vid., en este sentido, RIGAUX, A.: «La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité...», *loc. cit.*, p. 8; HUMPE, C.: «Arrêt Gourmet» (Chronique des arrêts), *RDUE*, n.º 1, 2001, p. 256).

indeterminadas en la jurisprudencia del TJCE³⁶ y que necesariamente han de ser uniformes si se quiere evitar que la libre circulación de mercancías se vea afectada de una forma negativa, como consecuencia de soluciones judiciales distintas.

IV. REFLEXIONES FINALES

El TJCE considera que no se puede aplicar mecánicamente, de ahora en adelante, la jurisprudencia *keck* a las restricciones nacionales en materia de publicidad, como las que afectan al alcohol en Suecia. En consecuencia, la tendencia inicial de considerar este tipo de medidas fuera del ámbito de aplicación del artículo 28, sin examinar su incidencia real sobre el comercio entre los Estados miembros, parece abandonada.

De este modo, se produce el resultado paradójico de que, en relación con las reglamentaciones nacionales en materia de publicidad, el Tribunal de Justicia está aparentemente volviendo a criterios utilizados con anterioridad a la jurisprudencia *keck* en las sentencias que recayeron en esta materia. Sin embargo, no cabe interpretar el pronunciamiento del Tribunal como una reorientación de la jurisprudencia *keck*, en el sentido de que en el futuro cualquier medida que pueda dificultar el acceso al mercado de productos procedentes de otros Estados será considerada como una medida de efecto equivalente. Solamente en aquellos casos en que las circunstancias que rodean el caso petrifican los hábitos de consumo e impiden el acceso al mercado de los productos procedentes de otros Estados miembros, el Alto Tribunal comunitario procederá a atenuar la jurisprudencia *keck*.

La sentencia *Gourmet* contribuye asimismo a reducir las dificultades prácticas que se plantean en aquellos asuntos en los que las formas de promoción de los productos no se pueden diferenciar de las características de los productos. Como es sabido, si el método de promoción no se podía distinguir de las características de los productos, el TJCE lo consideraba como una medida que entraba dentro del artículo 28³⁷. A partir de ahora, dado que una regla que limita o prohíbe determinadas formas de

³⁶ RIGAUX, A.; SIMON, D.: «Restrictions de publicité et libre circulation des marchandises», *Juris-Classeur Europe*, n.º 274, 1997; RIGAUX, A.: «La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité...», *loc. cit.*, p. 7.

³⁷ Vid. los asuntos Mars y Familiapress, *cit.*

promoción de los productos no conlleva necesariamente que se cumplan los requisitos de la jurisprudencia *keck* se habrá aminorado, aunque no eliminado completamente, la diferenciación que implicaba su calificación como modalidades de venta o normas relativas a las características de los productos.

Una vez examinada la evolución que ha seguido la jurisprudencia en relación con las normas que limitan las formas de publicidad, ello conduce inevitablemente a plantearse cuál será la suerte que correrá la distinción entre modalidades de venta y características de los productos plasmada en la sentencia *Keck*. No obstante, del hecho de que el TJCE preste más atención que en el pasado a los efectos restrictivos que puedan tener determinadas modalidades de venta en el comercio entre los Estados miembros, no cabe deducir que hayan desaparecido las diferencias existentes en relación con la jurisprudencia anterior a *Keck*, y tampoco sería bueno, puesto que esta línea jurisprudencial ha constituido un instrumento adecuado para considerar al margen del artículo 28 un gran número de reglas con escasa incidencia en el comercio intracomunitario. Esto es, la jurisprudencia *keck* puede seguir considerándose eficaz en el ejercicio del control de legalidad de los obstáculos al comercio entre los Estados miembros, siempre y cuando siga la línea trazada en la sentencia *Gourmet*.