

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. WALTER VAN GERVEN
presentadas el 29 de junio de 1989*

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. En este asunto prejudicial el Tribunal de Justicia debe examinar nuevamente el alcance del artículo 30 del Tratado CEE. El Tribunal deberá juzgar si la prohibición de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación, contenida en este artículo, es también aplicable a una disposición nacional que prohíbe por principio vender mercancías los domingos.

Antecedentes de hecho

2. El litigio principal es un procedimiento penal incoado por una autoridad local británica, el Torfaen Borough Council (en lo sucesivo, «Borough Council»), contra una gran empresa de tiendas de bricolaje, B & Q plc (en lo sucesivo, «B & Q»).

Se acusa a B & Q de haber infringido los artículos 47 y 59 de la *United Kingdom Shops Act 1950* (Ley de Tiendas del Reino Unido, de 1950) (en lo sucesivo, «la Shops Act») por haber abierto al público los domingos su tienda de Cwmbran.

En cuanto al texto de los artículos aplicables de la Shops Act me remito al informe para la vista (apartado 2 del capítulo I). Como se dice en el informe para la vista, existen numerosas excepciones a esta prohibición; además, tampoco se discute que no siempre se cumple la Ley y que en numerosas locali-

dades tan sólo se interviene esporádicamente contra ello. También procede señalar que la Ley no es aplicable en Escocia.

3. Las partes del litigio principal convienen en que B & Q ha infringido las referidas disposiciones de la Shops Act y en que el único motivo que puede justificar la conducta de B & Q se halla eventualmente en el artículo 30 del Tratado CEE. Tampoco discrepan las partes sobre las pruebas aportadas por B & Q para corroborar su argumentación acerca de las consecuencias que la prohibición del comercio dominical tiene para las importaciones procedentes de otros Estados miembros. Los principales datos materiales que aparecen de estas pruebas y que el Juez remitente dio por probados¹ son los siguientes:

1) [...] (sin importancia).

2) [...] (sin importancia).

3) En el ejercicio 1987/1988, B & Q compró artículos procedentes de otros Estados miembros por un importe que excedía de 40 millones de UKL. Esto representa aproximadamente el 10 % del total de las compras realizadas por B & Q aquel año.

4) Como consecuencia de la entrada en vigor de la prohibición del comercio dominical, algunas tiendas al por menor de

* Lengua original: neerlandés.

1 — Véase el apartado 7 de la resolución de remisión.

B & Q (entre ellas la de Cwmbra) experimentaron una disminución sustancial y continuada del volumen de ventas. Las pruebas aportadas indican que la pérdida de ventas no se ha recuperado con el tiempo, sino que la disminución persiste. La pérdida media de ventas de las tiendas de que se trata en los períodos analizados correspondientes a los ejercicios 1986/1987 y 1987/1988 es casi del 23 %.

- 5) La disminución de las ventas es general, es decir, afecta a todos los artículos vendidos por B & Q.
- 6) Dicha disminución ha sido confirmada mediante la comprobación del volumen de pedidos que B & Q hizo a algunos de sus proveedores de la CEE. Con posterioridad al cierre de varias tiendas los domingos, se demostró una significativa disminución del volumen de dichos pedidos.
- 7) [...] (sin importancia).
- 8) De lo anterior se deduce que 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.

4. En estas circunstancias, el Juez remitente decidió plantear al Tribunal de Justicia tres cuestiones sobre la compatibilidad de la Shops Act de 1950 con los artículos 30 y 36 del Tratado CEE. Estas cuestiones son las siguientes:

- «1) Si un Estado miembro prohíbe que los comercios minoristas estén abiertos los domingos para la venta al público, ex-

ceptuados determinados artículos específicos cuya venta está autorizada, y si el efecto de la prohibición es reducir en términos absolutos el volumen de ventas de dichos comercios, incluyendo artículos fabricados en otros Estados miembros y, por consiguiente, reduciendo el volumen de las importaciones de dichos artículos procedentes de otros Estados miembros, ¿constituirá dicha prohibición una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación en el sentido del artículo 30 del Tratado CEE?

- 2) En caso de que la respuesta a la primera cuestión sea afirmativa, ¿podría dicha prohibición justificarse por alguna de las excepciones al artículo 30 del Tratado CEE contenidas en el artículo 36 del mismo, o de cualquier otra excepción admitida por el Derecho comunitario?
- 3) ¿Existe algún factor que pueda afectar a las respuestas a las cuestiones primera y segunda, en el sentido de convertir la mencionada medida en un medio de discriminación arbitraria o en una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros, o en una medida que carezca de proporcionalidad o que resulte injustificada por cualquier otra razón?»

I. Primera cuestión

5. Mediante la primera cuestión se pide al Tribunal de Justicia que dé por supuesto que la prohibición del comercio dominical «reduce el volumen de venta de artículos [...] fabricados en otros Estados miembros, y, por consiguiente, reduce el volumen de las importaciones de dichos artículos procedentes de otros Estados miembros». Este pasaje se basa en la presunción material, contenida en la resolución de remisión (véase el

apartado 3 anterior, puntos 6 y 8), de que la prohibición del comercio dominical conduce indirectamente a una reducción en cifras absolutas de las importaciones al Reino Unido, procedentes de otros Estados miembros, de un importante número de artículos que se venden en las tiendas de B & Q.

La resolución de remisión de la Cwmbran Magistrates' Court es lo que se denomina una «consent order», lo que significa que su contenido, inclusive la redacción de las cuestiones prejudiciales, es fijado de mutuo acuerdo entre las partes. Con todo, según las observaciones escritas del Borough Council y del Gobierno británico y lo expuesto en la fase oral, continúa habiendo grandes disparidades sobre la manera en que el Tribunal de Justicia deberá abordar la primera cuestión prejudicial.

¿Debe «formularse nuevamente» la resolución de remisión?

6. *En primer lugar*, el Gobierno del Reino Unido hace observar que no se ha probado que B & Q vendiera los domingos de que se trata artículos procedentes de otros Estados miembros. Por otra parte estima que, dado que la Shops Act no sanciona la venta sino el mero hecho de abrir al público una tienda, B & Q en todo caso infringió la Ley, y que las cuestiones prejudiciales son improcedentes para resolver el litigio principal. En todo caso, solicita al Tribunal de Justicia que precise que las disposiciones en cuestión de la Shops Act de 1950 sólo podrían ser incompatibles en su caso en la medida en que se apliquen a productos importados.

En segundo lugar, el Gobierno del Reino Unido y el Borough Council señalan que no se ha probado que las disposiciones controvertidas de la Shops Act restrinjan realmente

el volumen total de las importaciones al Reino Unido (véase el informe para la vista, apartados 1 y 3 del capítulo II).

En tercer lugar, el Gobierno del Reino Unido y el Borough Council han desarrollado en la vista una alegación adicional en apoyo de su postura, según la cual el Tribunal de Justicia no debe dar importancia alguna a la influencia, reconocida por el Juez remitente, de la Shops Act sobre las importaciones en el Reino Unido. Sostienen que el efecto del que se habla en la resolución de remisión no es aplicable al caso por afectar a un solo comerciante y por no haber pruebas de que produzca efectos respecto a un producto determinado.

7. Ninguno de estos tres argumentos puede convencerme. Puedo permitirme ser breve en lo que se refiere a la utilidad o necesidad de las cuestiones prejudiciales planteadas. Como el mismo Reino Unido declara, corresponde exclusivamente al Juez remitente juzgar sobre la necesidad o la utilidad de una cuestión prejudicial.²

La proposición de que sólo podría pronunciarse la incompatibilidad de una disposición nacional con el artículo 30 en la medida en que se aplicase a productos importados es correcta en el sentido de que el artículo 30 (o cualquier otra disposición de Derecho comunitario) no es aplicable a situaciones «puramente internas».³ Sin embargo, en el

2 — Este principio ya fue aceptado en la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia y nunca fue puesto en duda. Véanse, por ejemplo, sentencias de 19 de diciembre de 1968 (Salgoil, 13/68, Rec. 1968, pp. 631 y ss., especialmente p. 641), y de 30 de abril de 1986 (Asjes, asuntos acumulados 209/84-213/84, Rec. 1986, p. 1457, apartado 10). El Tribunal de Justicia únicamente se ha apartado de este principio en casos muy excepcionales. Véanse sentencias de 11 de marzo de 1980 (Foglia I, 104/79, Rec. 1980, p. 745, en especial los apartados 6 a 11) y de 16 de diciembre de 1981 (Foglia II, 244/80, Rec. 1981, p. 3045).

3 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 8 de diciembre de 1987 (Gauchard, 20/87, Rec. 1987, p. 4879, especialmente los apartados 10 a 12).

caso de autos no se trata de esto: según el texto de la primera cuestión y los antecedentes de hecho está claro que se da la circunstancia «de un paso de fronteras».

Tampoco me parece que la segunda alegación sea compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En su sentencia Dasonville, el Tribunal ha expuesto claramente, y desde entonces ha reiterado ininterrumpidamente, que debe considerarse como medida de efecto equivalente «toda normativa comercial que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o *potencialmente*, el comercio intracomunitario». ⁴ Según esto, el Tribunal de Justicia ha declarado en su jurisprudencia que un operador comercial que impugne una disposición nacional por constituir una medida de efecto equivalente prohibida no está obligado a probar que dicha disposición restringe *real o globalmente* los intercambios intracomunitarios. El Tribunal ha desestimado las alegaciones con las que intentó probarse, valiéndose de estadísticas, que habían aumentado las importaciones del producto en cuestión y tampoco ha tenido en cuenta la posibilidad de que dicha restricción se viera compensada por otros factores. ⁵ Esto también es lógico: en efecto, sin la medida restrictiva las importaciones podrían aumentar *aún más*.

Los únicos casos en los que el Tribunal de Justicia admitió una medida, en consideración a que su efecto material se encontraba fuera del ámbito de aplicación del artículo 30 a causa de sus efectos materiales, son aquellos en los que el Tribunal llegó a la conclusión de que el régimen en cuestión no *podía* dar lugar a una restricción de las importaciones y exportaciones entre Estados miembros, ⁶ o aquellos casos en los que la

medida en cuestión «en realidad no guardaba relación con la importación de productos». ⁷ El contexto material de estas sentencias era muy específico: en cada uno de los casos se trataba de medidas sobre las que el Tribunal de Justicia, basándose en una apreciación empírica, llegó a la conclusión de que ni afectaban ni podían afectar al comercio intracomunitario. El Gobierno británico y el Borough Council sugieren que en el presente asunto el Tribunal de Justicia se encuentra ante una hipótesis similar y que, por consiguiente, estas sentencias son determinantes para la respuesta que se dé a las cuestiones prejudiciales. Esto me parece injusto: las indagaciones materiales del Juez remitente han revelado cierta disminución de las importaciones en el Reino Unido como consecuencia de aplicarse la prohibición del comercio dominical. Por este motivo el Tribunal de Justicia puede suponer que existe un nexo causal entre el régimen controvertido y la disminución de las importaciones; semejante nexo no existía en los asuntos Oebel, Blesgen y Forest.

8. Tampoco puedo compartir el tercer argumento relativo a la «oportunidad» de las indagaciones materiales del Juez remitente. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluso cuando se comprueba un obstáculo en los intercambios que afecta a un solo comerciante, el régimen del que proviene dicho obstáculo también está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 30. ⁸ Me parece justificada esta apreciación. Es cierto que la interpretación del Derecho comunitario dada en una decisión prejudicial produce efecto *erga omnes*, pero, por otro lado, la sentencia es dictada con miras a la aplicación de una normativa na-

4 — Sentencia de 11 de julio de 1974 (Procureur du Roi/Dasonville, 8/74, Rec. 1974, p. 837, apartado 5) (la cursiva es mía) (*traducción provisional*).

5 — Véase la sentencia de 24 de noviembre de 1982 (Comisión/República de Irlanda, 249/81, Rec. 1982, p. 4005, apartados 22 a 27).

6 — Sentencia de 14 de julio de 1981 (Oebel, 155/80, Rec. 1981, p. 1993, apartado 20).

7 — Sentencia de 31 de marzo de 1982 (Blesgen, 75/81, Rec. 1982, p. 1211, apartado 9) (*traducción provisional*); véase, también, sentencia de 25 de noviembre de 1986 (Forest, 148/85, Rec. 1986, p. 3449), en la que el Tribunal de Justicia concluyó lo siguiente en el apartado 19: «Es evidente, por tanto, que dicha medida [...] no tiene, en realidad, relación alguna con la importación y no puede constituir un obstáculo para el comercio entre los Estados miembros» (*traducción provisional*).

8 — El ejemplo más reciente es la sentencia de 16 de mayo de 1989 (Buet, 382/87, Rec. 1989, p. 1235, especialmente el apartado 7).

cional a una situación bien determinada de hecho, planteada en el litigio principal. Ciertamente, no siempre es posible (ni tampoco deseable) que el Tribunal de Justicia se pronuncie en una decisión prejudicial sobre casos de aplicación que nada tengan que ver con las situaciones contempladas en el litigio principal y cuyos datos materiales precisos no se conocen o tan sólo se conocen insuficientemente.

Por último, quiero distanciarme de la afirmación de que en el presente caso, a causa del alcance general de las disposiciones de la Shops Act, no existe prueba de obstáculo respecto a un producto específico. En este caso surge la pregunta de si las normas controvertidas constituyen un obstáculo comercial, en el sentido del artículo 30, *con respecto a los productos comercializados por B & Q*. Pues bien, esto último ha declarado detalladamente el Juez remitente.⁹

¿Constituye la Shops Act una «normativa comercial»?

9. Lo que precede me lleva a la conclusión de que no hay motivos suficientes para desecher por inoportunas las presunciones de hecho formuladas por el Juez remitente y para redactar nuevamente la primera cuestión.

El debate se centra pues en la cuestión de si una normativa nacional, cuyo efecto restrictivo sobre las importaciones consta, puede de todos modos quedar excluida del ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado

CEE. B & Q cree que no: las disposiciones controvertidas de la Shops Act de 1950 deben analizarse con arreglo a la sentencia Dassonville y, por tanto, están comprendidas *prima facie* en la prohibición del artículo 30. Sin embargo, tanto el Borough Council como el Gobierno británico y la Comisión han alegado que en el caso de autos esta doctrina *o bien* no es aplicable *o bien* no puede llevar a la conclusión de que las disposiciones controvertidas se hallan dentro del ámbito de aplicación del artículo 30.

10. Según el *Borough Council*, la legislación controvertida no es ni siquiera una «normativa comercial» en el sentido de la sentencia Dassonville, sino más bien la expresión de una «facultad de policía» que los Estados miembros conservan con arreglo al apartado 30. En las observaciones del Borough Council se define el concepto de «facultad de policía» o «ley de policía» principalmente en función de las consecuencias que pueda llevar consigo una medida semejante. Se trata de regímenes que guardan relación muy lejana con el comercio intracomunitario y cuyos efectos restrictivos son consecuencia irremediable de la normativa general social y comercial. El Borough Council sostiene la tesis (fundada en las mencionadas sentencias Oebel y Blesgen) de que tales regímenes están excluidos de la prohibición del artículo 30 cuando se aplican indiscriminadamente.

11. El *Gobierno del Reino Unido* ha expuesto, sin vincular su razonamiento al concepto de «medida de policía», que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 30 del Tratado CEE establece una distinción entre medidas aplicables a un producto específico y medidas de alcance general. En el caso de las primeras, una disparidad entre las legislaciones nacionales existentes constituiría casi irremediabilmente un obstáculo al comercio entre Estados. En el caso de las segundas, resulta de la jurisprudencia

9 — Véase en el apartado 3 anterior el punto 8. Estas averiguaciones materiales del Juez remitente se ven sustentadas entre otros por una declaración de un proveedor neerlandés de B & Q (véase el anexo 4 de la resolución de remisión), según el cual los pedidos de B & Q hechos a su empresa habían disminuido el 31,5 % durante el período en que se impuso la prohibición del comercio dominical.

dencia del Tribunal de Justicia que no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado CEE, a menos que tengan carácter discriminatorio o que de hecho pongan a los productos importados en una situación más desfavorable que la de los productos nacionales. Las normas relativas a las horas de trabajo o de apertura o las normas que disponen qué artículos pueden ofrecerse en determinados puntos de venta están comprendidas bajo el título de reglamentación general social y comercial. Aunque tengan determinado efecto restrictivo, no obstaculizan las importaciones o la comercialización de productos importados; no puede determinarse con precisión la influencia que ejercen (en caso de que la haya).

12. Tengo que hacer varias objeciones contra la postura del Borough Council y del Gobierno del Reino Unido. En realidad, no es fácil aplicar el criterio delimitador que proponen. ¿Qué es una «relación muy lejana con el comercio intracomunitario» y qué se entiende por el concepto de «normativa general»? ¿A qué productos o a qué ramas de la industria debe ser aplicable un régimen para ser calificado y analizado como normativa de alcance general?

Sin embargo, aún es más importante saber si este enfoque es compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En ésta no se encuentra base alguna para crear una nueva categoría de medidas (de policía) que, por un lado, sean aplicables a la producción y comercialización de mercancías, pero que, por otro lado, no constituyan una reglamentación comercial. Este principio se ha visto confirmado en la sentencia *Pharmaceutical*

Society del Tribunal de Justicia, de 18 de mayo de 1989,¹⁰ en la que se ha declarado que puede ser una medida de efecto equivalente una norma que obliga a los farmacéuticos a suministrar solamente medicamentos designados por su nombre en la receta del médico. No obstante, se trataba de una norma deontológica «neutra» que no tenía ninguna relación probada con la importación de productos. Con todo, basándose en el dato de que, tras un breve período de aplicación del régimen, había cesado casi completamente la importación de productos farmacéuticos, el Tribunal de Justicia concluyó que no podía excluirse la posibilidad de que el régimen constituyera un obstáculo a los intercambios intracomunitarios; no examinó la naturaleza de la norma (es decir, si ésta constituía o no una reglamentación comercial).¹¹ Otro ejemplo es la sentencia en el asunto *Buet*,¹² en la que el Tribunal de Justicia declaró que una norma francesa que contenía la prohibición de vender a domicilio «material pedagógico» constituía un obstáculo a la importación de material docente para aprender una lengua extranjera (véanse los apartados 7 a 9 de la sentencia).

Esta doctrina jurisprudencial recuerda oportunamente el principio de que el análisis de un régimen nacional en relación con el artículo 30 del Tratado CEE debe centrarse sobre los *efectos* (de obstaculizar los intercambios) que tenga dicho régimen más bien que sobre su carácter (general o para un producto específico). Bien es verdad que es más fácil aportar la prueba de un obstáculo en caso de medidas aplicables a un producto específico que en caso de medidas de alcance general. Sin embargo, no veo por qué un obstáculo comercial no puede también

10 — Sentencia en los asuntos 266 y 267/87 (*Royal Pharmaceutical Society of Great Britain*, Rec. 1989, p. 1295)

11 — Véanse, no obstante, las conclusiones (divergentes) del Abogado General Sr. Darmon, de 10 de marzo de 1989, especialmente apartados 19 a 28.

12 — Sentencia de 16 de mayo de 1989, citada en la nota 8.

emanar de un régimen de carácter general al igual que de un régimen relativo a un producto específico.

apertura de los comercios pertenecen a esta categoría.

Las diferentes categorías de «medidas aplicables indiscriminadamente»

13. Permítaseme recordar brevemente a modo de introducción las observaciones formuladas por la Comisión. La Comisión parte de la distinción generalmente aceptada entre «medidas discriminatorias» y «medidas aplicables indiscriminadamente». Dentro de este segundo grupo distingue la Comisión tres categorías diferentes en función del carácter de las medidas de que se trata. Una *primera categoría* consiste en medidas que regulan los requisitos (naturaleza o composición, volumen, forma, embalaje, etiquetado y denominación de productos) que deben reunir los productos para ser admitidos en el mercado. En esta categoría, 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. Una *segunda categoría* de medidas está formada por aquellas que prohíben la importación y fabricación (o simplemente la 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 como restricciones cuantitativas más que como medidas de efecto equivalente. La *tercera categoría* se refiere a las circunstancias (dónde, cuándo, cómo y por quién) en que se pueden vender o utilizar los productos. Evidentemente, las restricciones a las horas de

La Comisión estima que tratándose de medidas de la tercera categoría hay que buscar más lejos la relación con la importación de mercancías. No impiden las importaciones, sino que más bien las reducen, quizás imponiendo restricciones a las posibilidades de venta o de utilización (y por tanto a la demanda) de productos comprendidos en el ámbito de aplicación del régimen. Ahora bien, estos obstáculos son de naturaleza muy distinta a los de las dos primeras categorías: mientras que los de las dos primeras categorías son consecuencia de las divergencias existentes entre los diversos regímenes nacionales, los de la tercera categoría se deben a la existencia del régimen mismo; una eventual divergencia no tiene importancia al respecto. La Comisión ha encontrado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tres asuntos en los que este Tribunal juzgó sobre medidas de la tercera categoría: se trata de las sentencias Oebel,¹³ Blesgen,¹⁴ y Forrest.¹⁵ Según la Comisión, estas sentencias son determinantes en el presente asunto.

14. Antes de formular mi propio juicio, conviene señalar que puede observarse una clara evolución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las medidas nacionales en relación con el artículo 30 del Tratado de Roma. Ya desde el principio se dio por sentado que la prohibición del artículo 30 recae sobre las medidas nacionales que contienen una *discriminación* (formal o, como pronto se subrayó, material) de los productos importados. En dicha situación, que no se da en el caso de autos, el Tribunal de Justicia consideró que tal medida únicamente era excusable por aplicación de

13 — Sentencia de 14 de julio de 1981, citada en la nota 6.

14 — Sentencia de 31 de marzo de 1982, citada en la nota 7.

15 — Sentencia de 25 de noviembre de 1986, citada en la nota 7.

una de las causas de justificación enunciadas en el artículo 36.

15. Posteriormente, el Tribunal de Justicia afirmó que la prohibición del artículo 30 también era de aplicación en caso de medidas aplicables indiscriminadamente a los productos nacionales e importados. En dicha situación se trata de medidas que ciertamente no son discriminatorias por razón de su finalidad o alcance, pero que *de hecho pesan más* sobre los productos importados que sobre los nacionales; con otras palabras, ponen a los productos importados en una situación más desfavorable que la de los productos nacionales. En su célebre sentencia «Cassis de Dijon» el Tribunal de Justicia declaró que en principio tales medidas también están comprendidas en la prohibición del artículo 30:

«Los obstáculos a la circulación intracomunitaria como consecuencia de divergencias de las legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos de que se trata deben aceptarse en la medida en que [...] sean necesarias para satisfacer exigencias imperativas»¹⁶ (*traducción provisional*).

La idea fundamental de esta sentencia es que semejantes disparidades entre las legislaciones nacionales pueden dar lugar a importantes obstáculos en los intercambios comunitarios porque pueden hacer necesarios gastos o esfuerzos adicionales para que la producción o la comercialización del producto cumpla con normativas que difieren de un Estado miembro a otro. Se trata de normas relativas bien a la composición, el volumen, la forma, el peso, la presentación, el etiquetado, la denominación y el embalaje de los productos,¹⁷ bien a los métodos de

venta autorizados.¹⁸ Como la Comisión ha hecho observar acertadamente, en esta categoría existe un nexo de causalidad entre la disparidad y el obstáculo. Por ello, tales medidas son contrarias a Derecho con arreglo al artículo 30, al menos cuando no son necesarias a causa de «exigencias imperativas» ni excusables con base en las causas de justificación enunciadas en el artículo 36. En efecto, esta prohibición sólo es válida, en ausencia de normativa comunitaria y en espera de que se adopte una directiva de armonización en ejecución de los artículos 100 y siguientes del Tratado CEE.

16. En el caso de autos consta que la legislación británica controvertida no tiene repercusiones distintas respecto a los productos importados y respecto a los productos nacionales. En efecto, el Juez remitente ha dado por probado que la disminución de las ventas como consecuencia de la prohibición del comercio dominical es general («across the board»), es decir, que *todos* los productos ofrecidos por B & Q acusan los efectos de esta prohibición. Por otra parte, B & Q no ha alegado haber tenido que diferenciar sus métodos de comercialización como consecuencia de una divergencia entre las distintas legislaciones nacionales en relación con los días de cierre. Tampoco hay pruebas de que la producción o comercialización de los productos importados ofrecidos por B & Q sea más difícil que la producción o comercialización de los productos nacionales.

¿Puede temerse en tal caso que se ponga en peligro la finalidad del artículo 30, la integración de los mercados nacionales? El Abogado General Sir Gordon Slynn, en sus conclusiones en el asunto Cinéthèque,¹⁹ respondió negativamente a esta pregunta:

16 — Sentencia de 20 de febrero de 1979 (Rewe, 120/78, Rec. 1979, p. 649, apartado 8).

17 — Un ejemplo conocido es la sentencia de 10 de noviembre de 1982 (Rau, 261/81, Rec. 1982, p. 3961, en especial apartado 13), que versaba sobre un régimen belga que solamente autorizaba la venta o la importación de margarita embalada en forma de cubo.

18 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 15 de diciembre de 1982 (Oosthoek, Rec. 1982, p. 4575, en especial apartado 15), referente a una prohibición de utilizar determinadas formas de publicidad y de medios de promoción.

19 — En este asunto (sentencia de 11 de julio de 1985, asuntos acumulados 60/84 y 61/84, Rec. 1985, p. 2605) se trataba de saber si era compatible con el artículo 30 del Tratado una ley francesa que dictaba una prohibición (temporal) de principio de vender y alquilar videocasetes de una obra cinematográfica que estaba siendo proyectada en los cines.

«Una medida nacional que no tenga por objeto expresamente las importaciones, no discrimine las importaciones, no haga que para el importador sea más difícil vender sus productos que para el productor nacional y no conceda ninguna protección a los productos nacionales, no está *aparentemente* comprendida, a mi parecer, en el ámbito de aplicación del artículo 30, aunque prácticamente dé lugar a una restricción o a una reducción de las importaciones»²⁰ (*traducción provisional*).

Ahora bien, en el caso de la legislación francesa controvertida en el asunto Cinéthèque, tampoco podía demostrarse la «dificultad» de las importaciones al igual que en el presente asunto. Según palabras del Abogado General:

«El importador puede de hecho importar. Su posición es pues exactamente la misma que la del revendedor nacional. Éste no tiene ninguna ventaja suplementaria sobre el importador, quien no sufre un perjuicio suplementario en favor del revendedor francés como consecuencia de la prohibición de explotar las videocasetes. El factor que hará que un revendedor en Francia no compre a un distribuidor francés de aparatos de vídeo (imposibilidad de vender o de alquilar) es idéntico al que le llevaría a no comprar a un distribuidor de otro Estado miembro. A este respecto, los distribuidores están sujetos en ambos casos a las mismas condiciones comerciales. Efectivamente ejercen sus actividades en el mismo mercado. El artículo 30 no puede haber tenido por objetivo al respecto conceder condiciones más favorables al distribuidor en otro Estado miembro que al distribuidor nacional. De ser manifiestamente anormal tratar de igual forma los productos importados y los nacionales, la medida podría ser criticable por esta razón.

Sin embargo, éste no es el caso presente y en mi opinión la Ley en cuestión no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 30»²¹ (*traducción provisional*).

El Tribunal de Justicia no siguió estas conclusiones. Sin embargo, en la sentencia reconoció que el régimen controvertido

«[...] no tiene por objeto regular las corrientes de intercambios; no tiene como efecto favorecer la producción nacional en contraste con la de los demás Estados miembros, sino fomentar la producción cinematográfica como tal» (apartado 21) (*traducción provisional*).

No obstante, el Tribunal de Justicia consideró que en principio era aplicable la prohibición del artículo 30:

«Sin embargo, la aplicación de semejante régimen puede provocar obstáculos a los intercambios comunitarios de videocasetes como consecuencia de las disparidades entre los regímenes aplicables en los diferentes Estados miembros y entre las condiciones en que se proyectan las obras cinematográficas en los cines. En tal caso, una prohibición de explotación prevista por dicho régimen sólo es compatible [con el artículo 30] si los eventuales obstáculos a los intercambios intracomunitarios no van más allá de lo que es necesario para asegurar el objetivo perseguido y dicho objetivo está justificado desde el punto de vista del Derecho comunitario»

(apartado 22 de la sentencia) (*traducción provisional*).

17. Con estas consideraciones el Tribunal de Justicia ha dejado en claro que la prohibición del artículo 30 también puede ser aplicable a un régimen que no sea discriminatorio con los productos importados y que tampoco haga más difícil la producción o la comercialización de productos importados que la de productos nacionales. En mi opinión, esta situación concierne al caso en el que un régimen, 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 dificulte de forma inadmisiblemente el acceso a dicho mercado, que lo haga menos rentable y atractivo para los agentes económicos de otros Estados miembros.

Esta situación se daba realmente en el asunto Cinéthèque: el Tribunal de Justicia declaró que el régimen francés imponía una prohibición de comercialización que duró mucho más tiempo que en otros Estados miembros.²² Esta prohibición de comercialización dio lugar a que el mercado francés quedara cerrado (temporalmente) para empresas de otros Estados miembros que explotaban videocasetes y que en el país de exportación no estaban sometidas a un régimen tan severo. El obstáculo que de ello resultaba para los intercambios intracomunitarios no se debía (tanto) a la divergencia de la legislación (que también la había) sino a la existencia del régimen mismo. En tal situación, realmente corría peligro la integración de los mercados y evidentemente estaba justificada la aplicación del artículo 30.

18. La sentencia Cinéthèque constituye 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 atractivos (no rentables) para las empresas de otros Estados miembros la apertura y penetración en nuevos mercados. En estas circunstancias conviene comparar no entre productos importados y nacionales, sino entre mercados nacionales. La prohibición de restricciones cuantitativas del artículo 30, 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. Antes de aclarar esto con mayor detalle, quiero examinar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con esta nueva situación.

Una nueva tendencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Varias sentencias pronunciadas recientemente demuestran que la sentencia Cinéthèque no es una decisión aislada sino que por el contrario ha dado una nueva dimensión a la aplicación del artículo 30. Recuerdo aquí en particular los asuntos Sucédáneos de leche en polvo y de leche concentrada,²³ Warner Brothers,²⁴ Buet²⁵ y Pharmaceutical Society.²⁶

23 — Sentencia de 23 de febrero de 1988 (Comisión/Francia, 216/84, Rec. 1988, p. 793). Esta sentencia acaba de ser confirmada por la de 11 de mayo de 1989 (Comisión/Alemania, 76/86, «sucédáneos de la leche», Rec. 1989, p. 1021). Más adelante hablaré de la sentencia mencionada en primer lugar.

24 — Sentencia de 17 de mayo de 1988 (158/86, Rec. 1988, p. 2605).

25 — Citada en la nota 8.

26 — Sentencia de 18 de mayo de 1989, citada en la nota 10. En los asuntos Oebel, Blesgen y Forest (citados en las notas 6 y 7) también habría podido seguirse este enfoque de haber admitido el Tribunal de Justicia la existencia de un obstáculo.

22 — Véase el apartado 19 de la sentencia.

19. En el asunto *Sucedáneos de leche en polvo y de leche concentrada*, la Comisión se opuso a una normativa francesa que establecía una prohibición absoluta de comercializar e importar cualesquiera productos sustitutivos de la leche en polvo y la leche concentrada. Aunque dicho régimen no contenía ninguna protección de la producción nacional ni perjudicaba a los productos importados, cerraba absolutamente el mercado francés a los productos a los que era aplicable. Además dicha prohibición no tenía limitación temporal y por tanto era más drástica que la del asunto *Cinéthèque*. El Tribunal de Justicia concluyó sencillamente que la aplicación de dicho régimen a productos importados únicamente era compatible con el Derecho comunitario cuando pudiera estar justificada con arreglo al artículo 36 o a exigencias imperativas.²⁷

20. En el asunto *Warner Brothers* se discutía una normativa danesa que concedía al titular del derecho de autor sobre una obra musical o cinematográfica la posibilidad a oponerse durante cierto tiempo a que se arrendaran las representaciones en vídeo de dicha obra. El Tribunal de Justicia señaló que la comercialización de videocasetes (sobre todo cuando son cassetes grabadas y no vírgenes) se realiza cada vez más mediante el alquiler de dichas cassetes. Pues bien, declaró el Tribunal, en estas circunstancias la prohibición danesa de alquiler puede tener un efecto obstaculizador²⁸ sobre los intercambios intracomunitarios de videocasetes despachadas a libre práctica en otro Estado miembro y no sujetas en este país a la

misma prohibición de alquiler.²⁹ Este enfoque es pues igual al del asunto *Cinéthèque*: esta normativa puede tener como consecuencia que empresas de otros Estados miembros, cuya actividad consiste en alquilar videocasetes en un Estado miembro que no establece restricciones (o establece restricciones menos severas) al alquiler de dichas cassetes, no puedan penetrar en el mercado danés o hacerlo con mayores dificultades.

En el asunto *Buet* estaba en litigio la normativa francesa que prohibía la venta a domicilio de material pedagógico. Aunque no se constató (como en el asunto *Oosthoek*³⁰) divergencia alguna entre los diversos regímenes nacionales que diera lugar a un detrimento de la producción o comercialización de productos importados, dicho régimen podía sin embargo tener como consecuencia que el mercado francés quedase cerrado a un vendedor de material didáctico para aprender una lengua extranjera, tanto más cuanto que la medida controvertida privaba al vendedor afectado de un método de venta con el que vendía casi la totalidad de sus productos.³¹

En el asunto *Pharmaceutical Society* el Tribunal de Justicia declaró que, poco tiempo después de que se introdujera (nuevamente) la regla deontológica impugnada, los productos farmacéuticos extranjeros desaparecieron casi en su totalidad del mercado británico.³² Se puede considerar esto como prueba suficiente de que la regla controvertida, en la práctica, tenía por efecto que la comercialización de los productos farma-

27 — Véase el apartado 7 de la sentencia. Además, el Gobierno francés no había impugnado la aplicabilidad de la prohibición del artículo 30: véase el apartado 4 de la sentencia. Además, hacía tiempo que ya se había declarado definitivamente que el artículo 30 era aplicable a prohibiciones de comercialización de duración indefinida. Véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de diciembre de 1981 (*Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten*, 272/80, Rec. 1981, p. 3277).

28 — Al igual que en el asunto *Cinéthèque*, cabe pues esperar que al término de un largo período de prohibición decaiga el interés por las videocasetes de una obra cinematográfica.

29 — Véase el apartado 19 de la sentencia.

30 — Ya citada en la nota 18.

31 — Véanse los apartados 7 y 8 de la sentencia.

32 — Véase el apartado 18 de la sentencia.

céuticos extranjeros fuera más difícil que la de los productos nacionales. Otra interpretación de la sentencia —a mi juicio más precisa— es que la desaparición de los productos farmacéuticos extranjeros del mercado demuestra que la aplicación de la regla controvertida daba lugar a la protección del mercado británico.

Precisiones sobre la compartimentación del mercado

21. Como puede verse en esta reciente serie de sentencias, el examen del Tribunal de Justicia no se refiere al perjuicio de los productos importados, sino a la compartimentación del mercado común en mercados nacionales. A este respecto se impone hacer una comparación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la prohibición de prácticas colusorias por el artículo 85. En efecto, en este dominio, la división o la compartimentación del mercado son conceptos conocidos. Además, también hay que decir que el Tribunal de Justicia ha reproducido casi literalmente en la sentencia Dasonville la redacción que ya había utilizado anteriormente para precisar la expresión «afectar al comercio entre los Estados miembros» del artículo 85. En la sentencia LTM, de 30 de junio de 1966,³³ el Tribunal declaró que las prácticas colusorias pueden afectar al comercio entre los Estados miembros si se teme que el acuerdo

«puede ejercer una influencia eventual directa o indirectamente, real o potencialmente, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, que pueda obstaculizar la realización de un mercado único entre dichos Estados» (*traducción provisional*). (Véase el fallo en la p. 361).

33 — Véase la sentencia de 30 de junio de 1966 (LTM/MBU, 56/65, Rec. 1966, p. 337).

En la sentencia Dasonville³⁴ el Tribunal declaró:

«que toda reglamentación comercial de los Estados miembros que puede obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario debe ser considerada como una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas» (apartado 5) (*traducción provisional*).

Por lo demás, en ambos terrenos se rechaza la teoría de la compensación económica de las consecuencias de las prácticas colusorias y de la normativa comercial.^{35 36}

22. No es oportuna una comparación detallada del artículo 30 y del artículo 85 en lo referente a los obstáculos al comercio intracomunitario de los que se habla en ambos artículos. Los dos artículos están formulados de forma distinta, no sólo porque están dirigidos a distintos destinatarios (los Estados miembros y las empresas) sino porque también tienen por objeto distintos tipos de obstáculos (medidas nacionales y pactos colusorios). Además, el requisito de que el obstáculo influya en los intercambios comunitarios, como dice el artículo 85, actúa como norma de Derecho internacional para delimitar el ámbito de aplicación del Derecho comunitario frente al Derecho nacional

34 — Ya citada en la nota 4.

35 — Véase en materia de prácticas colusorias, la sentencia de 13 de julio de 1966 (Consten-Grundig, asuntos acumulados 56 y 58/64, Rec. 1966, p. 429); véase, en materia de normativas comerciales, la sentencia de 24 de noviembre de 1982 (249/81), citada en la nota 5.

36 — También hay diferencias en la aplicación. Así, por ejemplo, con respecto al artículo 30 no se podría aplicar la regla *de minimis* (véase la sentencia de 5 de abril de 1984, Van de Haar y Kaveka De Meern, asuntos acumulados 177 y 178/82, Rec. 1984, p. 1797, apartado 13). Esta regla sí es válida con respecto al artículo 85, en particular al exigir que es preciso que quede afectado *considerablemente* el comercio entre los Estados miembros (véase la sentencia de 9 de julio de 1969, Völk-Vervaecke, 5/69, Rec. 1969, p. 295).

(según unos como norma concurrente y, según otros, como norma exclusiva).

Ahora bien, estas diferencias no obstan para que ambos artículos (y no sólo éstos) persigan el mismo fin fundamental enunciado en los artículos 2 y 3 del Tratado CEE: el establecimiento y mantenimiento del mercado común (y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros). A tal efecto, dichos artículos prohíben (entre otras cosas), respectivamente, las medidas nacionales y los acuerdos entre empresas que, en el comercio entre los Estados miembros, son los causantes de la compartimentación del mercado común en mercados nacionales diferentes.

En atención a la finalidad general del Tratado, habida cuenta del paralelismo antes recordado entre la redacción utilizada por el Tribunal de Justicia para definir los obstáculos al mercado entre Estados miembros, contemplados en los artículos 30 y 85, es evidente que ha de recurrirse a la prolija jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 85 para definir el concepto de «fragmentación del mercado» (o de «compartimentación del mercado»).

23. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la expresión «afectar al comercio entre los Estados miembros», que aparece en el artículo 85, pueden distinguirse dos supuestos de compartimentación del mercado: primero un acuerdo horizontal o vertical, casi siempre (aunque no necesariamente) celebrado entre empresas de diferentes países, que aísla por sí mismo un mercado nacional, por ejemplo, dividiendo un mercado directamente («chacun chez soi») u obstaculizando las importaciones paralelas de otros países; y una segunda situación en la que un acuerdo, de fijación de precios por ejemplo, aunque se haya celebrado en-

tre empresas de un mismo Estado miembro, habida cuenta de todo el contexto jurídico y económico, hace más difícil el acceso a un mercado nacional. En la primera situación, la prohibición del apartado 1 del artículo 85 se aplica casi automáticamente (*per se*)³⁷ y ello a causa de la absoluta protección territorial que brinda a las empresas interesadas el cierre perfecto de un mercado nacional. En la segunda situación, la prohibición del apartado 1 del artículo 85 únicamente se aplica³⁸ si se puede probar a la luz de todo el «contexto jurídico y económico» que el acuerdo, que se presume «domina todo el territorio de un Estado miembro», tiene, por su naturaleza misma

«por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional,³⁹ obstaculizando así la interpenetración económica deseada por el Tratado y asegurando una protección a la producción nacional [haciendo] más difícil la acción o la penetración de productores o vendedores de los demás Estados miembros en el mercado nacional de que se trata»⁴⁰ (*traducción provisional*).

Me parece que para aplicar el artículo 30 a la situación que aquí se contempla y que se refiere a una medida nacional no discriminatoria y que no perjudica a los productos

37 — Ciertamente, con la salvedad de la regla *de minimis* y, eventual, pero muy excepcionalmente, del apartado 3 del artículo 85.

38 — Nuevamente con la salvedad de la regla *de minimis* y del apartado 3 del artículo 85.

39 — El texto neerlandés, que de fe, utiliza la expresión «versterking van de nationale drempelvorming». En estas conclusiones, la palabra «drempelvorming» se traduce, por razones de claridad lingüística, de maneras diversas, como «reforzar la compartimentación del mercado» o «hacer más difícil el acceso al mercado».

40 — Sentencia de 17 de octubre de 1972 (Cementhandelaren/Comisión, 8/72, Rec. 1972, p. 977, apartados 29 y 30). En este caso se trataba de un acuerdo horizontal entre productores. Anteriormente ya había declarado el Tribunal de Justicia que incluso un acuerdo vertical con repercusiones limitadas, a saber, un acuerdo de cervecería entre un cervecero local y un cliente local, habida cuenta de todo el contexto jurídico y económico, puede ser contrario a la prohibición del apartado 1 del artículo 85. Véase la sentencia de 12 de diciembre de 1967 (Haecht/Wilkin, 23/67, Rec. 1967, p. 525).

importados, pero cuya sola existencia puede entrañar un peligro para la integración de mercados entre Estados miembros (véanse los apartados 17 y 18 anteriores), hay que utilizar una distinción similar entre compartimentación del mercado nacional mediante medidas de cierre absoluto y compartimentación del mercado nacional mediante medidas que tiendan a hacer más difícil el acceso al mercado.

Si la normativa nacional controvertida ya *protege* de por sí un mercado nacional, es aplicable el artículo 30 (*per se*).⁴¹ Éste es el caso de los regímenes nacionales (como en el asunto Cinéthèque o en el asunto Sucedáneos de leche en polvo y de leche concentrada) que establecen una prohibición absoluta (aunque esté limitada en el tiempo) de comercialización (comparable con una restricción cuantitativa, según la Comisión⁴²).

Si el régimen nacional controvertido tan sólo *aumenta* la *compartimentación* del mercado nacional, entonces la prohibición del artículo 30 únicamente es aplicable⁴³ cuando de todo el contexto jurídico y económico resulte que se pone en peligro la interpenetración económica de los mercados nacionales, que es la finalidad del Tratado. En tal caso, la compartimentación del mercado debe ser probada suficientemente mediante cierto número de datos cuantitativos que demuestren que la aplicación del régimen tiene tal «efecto de compartimentación» que el mercado se hace inaccesible (caro, no rentable), de modo que deba te-

merse por la desaparición del mercado de la mayor parte de los productos importados. Éste era el caso, por ejemplo, en los asuntos Warner Brothers y Buet y en el asunto Pharmaceutical Society. En Warner Brothers y en Buet el aumento inadmisiblemente de la compartimentación se debía a la supresión de un método vital de comercialización para los productos en cuestión. En el asunto Pharmaceutical Society podía señalarse el hecho de que se redujo prácticamente a cero la cuota de mercado de los productos importados poco después de que fuera promulgada la regla deontológica impugnada.⁴⁴

24. Conviene hacer tres observaciones a lo que precede. En primer lugar, en el caso antes mencionado de una normativa nacional que aumenta la compartimentación, no cabe en efecto aplicar la regla *de minimis*, porque, en este supuesto, la aplicación de la prohibición del artículo 30 supone ya un obstáculo grave, y no solamente apreciable, del comercio entre los Estados miembros. En segundo lugar, verdad es que corresponde al Juez nacional apreciar en tal situación todo el contexto jurídico y económico y de ello deducir si existe un aumento de la compartimentación contemplado en el Tratado y por consiguiente un obstáculo prohibido al comercio entre los Estados miembros. Esta apreciación no es fácil de hacer, pero no se diferencia de la que tienen que hacer los tribunales nacionales en el marco antes esbozado del apartado 1 del artículo 85. En tercer lugar, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que en las dos situaciones mencionadas de compartimentación del mercado, es decir, en caso de compartimentación del mercado nacional o cuando se haya hecho más difícil el acceso al mercado, puede aceptarse la normativa nacional de que se trata con base en las causas de justificación del artículo 36 y en «exigencias imperativas».

41 — En efecto, como resulta de la sentencia Cinéthèque y de la jurisprudencia posterior, con la salvedad de la aplicación del artículo 36 o de «exigencias imperativas».

42 — Véase el número 13 anterior.

43 — Nuevamente con la salvedad de la aplicación del artículo 36 o de «exigencias imperativas».

44 — Véanse apartados 4 y 18 de la sentencia.

Falta de una compartimentación del mercado en el presente asunto

25. Aplicando lo que precede al presente asunto, se llega a la conclusión de que no se ha probado que una normativa como la discutida en el litigio principal, en lo que se refiere a los productos ofrecidos por B & Q, lleve a compartimentar el mercado nacional o a hacer más difícil su acceso. Verdad es que semejante normativa no contiene prohibición alguna de comercialización que pueda asimilarse a una restricción cuantitativa que compartimente el mercado nacional; ni tampoco tiene el efecto de hacer más difícil el acceso a dicho mercado hasta el punto de poner en peligro la interpenetración económica de los mercados nacionales.

Bien es verdad que se ha comprobado que la aplicación de la prohibición del comercio dominical tiene por efecto *disminuir el volumen de negocios*: supone una disminución de aproximadamente el 23 % en las ventas de los productos ofertados por B & Q. Sin embargo, nada prueba que dicho régimen tenga algún efecto de compartimentación del mercado común. De este modo su resultado no es poner graves dificultades a las empresas de otros Estados miembros para llegar (o actuar) en el mercado nacional (lo que podría ser el resultado entre otras causas de que, como en el asunto Pharmaceutical Society, aumentara fuertemente la cuota de mercado de los productos nacionales en detrimento de los productos importados). Tampoco puede suponerse (como en los asuntos Warner Brothers y Buet) que dicha normativa elimine un método de comercialización vital para penetrar en el mercado nacional o influenciarlo. En efecto, aunque la apertura dominical de un comercio constituya un método de venta eficaz de artículos de bricolaje y jardinería, no parece que su prohibición pueda causar tal compartimentación que el acceso al mercado nacional re-

sulte más difícil (caro) o mucho menos atractivo (no rentable) para los productores o comerciantes de estos artículos de otros Estados miembros.

En estas circunstancias llego a la conclusión de que la aplicación de una normativa como la discutida en el litigio principal, aunque tenga una considerable repercusión (desfavorable) sobre las importaciones de los aludidos productos, no tiene suficiente entidad como para obstaculizar los intercambios intracomunitarios hasta el punto de dar lugar a aplicar el artículo 30 del Tratado.

II. *Con carácter subsidiario: las cuestiones segunda y tercera*

26. Antes de analizar la segunda y la tercera cuestiones prejudiciales (relativas a las causas de justificación con arreglo a los artículos 30 y 36), deseo hacer otra observación. Me parece que sólo cabe una alternativa al enfoque precedente (que limita hasta cierto punto la doctrina Dassonville, mediante una aplicación «mecánica» de la misma: es incompatible con el Derecho comunitario toda medida nacional cuya supresión pueda dar lugar a un incremento de las importaciones (directo o indirecto, real o potencial), salvo que esté justificada por «exigencias imperativas» o con arreglo al artículo 36. Ello significa que, según esta concepción, el Tratado solamente autoriza obstáculos «razonables». «Razonable» significa (en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia): necesario, proporcional y lo menos restrictivo posible.

El gran inconveniente de esta concepción alternativa (como se verá al examinar las causas de justificación) es que el Tribunal

de Justicia tendrá irremediamente que juzgar cada vez más sobre el carácter razonable de las decisiones políticas de los Estados miembros, adoptadas en los infinitos campos en los que no puede hablarse de discriminación o detrimento directo o indirecto, de hecho o de Derecho, de los productos importados.⁴⁵ Puede hacerse la pregunta de si hay o no «Überforderung» del Juez comunitario, quien se verá confrontado efectivamente con numerosas nuevas «exigencias imperativas» y causas de justificación. En el marco del artículo 30, se le volverán a plantear una y otra vez decisiones nacionales de carácter político, solicitándole que amplíe la lista de ejemplos de exigencias imperativas. Cabe temer que dicha lista se hinchará y será una especie de competencia residual de los Estados miembros.⁴⁶ Así pues, me parece preferible, como se ha sugerido antes, delimitar *a priori* el alcance y las fronteras del artículo 30 a la luz de los objetivos generales de esta disposición y del Tratado.

27. Para el caso en que el Tribunal de Justicia juzgara que debe considerarse una prohibición del comercio dominical como un obstáculo al comercio intracomunitario en el sentido del artículo 30 del Tratado CEE, quiero examinar a continuación con carácter subsidiario si este obstáculo es necesario para satisfacer exigencias imperativas o para cumplir con una o varias de las razones de interés general enunciadas en el artículo 36 del Tratado.

45 — Además de la restricción del comercio dominical, también puede pensarse en restricciones al establecimiento en el marco de una legislación sobre ordenación del territorio (véase la sentencia Gauchard, ya citada en la nota 3), en regímenes que prevén el embargo de bienes por impago de impuestos (véase el asunto 69/88, pendiente ante el Tribunal de Justicia), la imposición de limitaciones de velocidad, etc.

46 — El Tribunal de Justicia ha afirmado en todo momento que el artículo 36 del Tratado no tiene por finalidad reservar determinadas materias a la competencia exclusiva de los Estados miembros. Véanse sentencias de 10 de julio de 1984 (Campus Oil Limited, 72/83, Rec. 1984, p. 2727, apartado 32), y de 12 de julio de 1979 (Comisión/Alemania, 153/78, Rec. 1979, p. 2555, apartado 5) y los precedentes en ella citados. A mi juicio, este principio también es válido para la categoría de exigencias imperativas.

El Borough Council ve varias posibilidades de justificar el obstáculo. A su juicio, la protección del medio de trabajo y de la salud y de la prosperidad (o del *bienestar*) de los trabajadores son en el caso de autos exigencias imperativas que hacen necesario el régimen que se discute. En lo referente al artículo 36, el Borough Council considera que la normativa está justificada por razón de la protección de la salud y vida de las personas y por razones de orden público y de moralidad pública.

El Gobierno del Reino Unido adopta una postura más sencilla: según él, la Shops Act responde a las exigencias imperativas de preservar el carácter general del domingo como día no comercial; subsidiariamente, dicha normativa está justificada con arreglo al artículo 36 por razón de la protección del orden público. El Gobierno del Reino Unido y el Borough Council, basándose en la sentencia Cinéthèque, opinan que puede concluirse que, una vez admitida una medida como «exigencia imperativa», ya no se precisa una perfecta concordancia entre las exigencias imperativas y la medida controvertida.

28. Con independencia de las exigencias imperativas o de las causas de justificación que procedan en el caso de autos, debe responderse previamente a la siguiente pregunta: ¿una normativa que sólo es aplicable esporádicamente por un Estado miembro⁴⁷ puede ser alegada por el mismo Estado como si

47 — En el *Home Office Report* («The Shops Act — Late night and Sunday opening: Report of the Committee of inquiry into proposals to amend the Shops Acts», presentado al Parlamento del Reino Unido en noviembre de 1984 y contenido en el anexo 2 de las observaciones presentadas por B & Q) se dice que desde 1974 se confía a las autoridades locales la aplicación de la Shops Act. Ahora bien, algunas autoridades han optado por no imponer la Ley en absoluto; otras muchas solamente actúan cuando se ha presentado una denuncia (apartado 25 del *Report*). Más adelante se dice que muy pocas autoridades locales siguen la política de proceder contra todos aquellos que abren un comercio fuera del período autorizado (*ibidem*).

fuera necesaria para satisfacer exigencias imperativas? La pregunta es delicada. Una respuesta negativa equivaldría a aplicar una cierta forma del principio «estoppel» para juzgar si es aceptable o no una exigencia imperativa: según este principio no podría concederse a un Estado miembro excepción alguna del Derecho comunitario por razón de una «necesidad» que el Estado miembro invoca, pero que no aplica en realidad.⁴⁸ Me inclino por excluir la posibilidad de invocar una necesidad imperativa cuando consta que un Estado miembro *omite completamente* su aplicación. Ahora bien, no puede decirse esto del régimen británico en litigio. Si bien hay indicios de que la Shops Act sólo se aplica de forma esporádica y azarosa (volveremos sobre esto en el punto 32), sin embargo no ha caído *en desuso* (lo que se ve corroborado entre otras cosas por el hecho de que el Parlamento británico rechazó en 1985 un proyecto de ley para abolir la Shops Act).

29. Examinemos primeramente si son admisibles las alegadas causas de justificación del artículo 36. En lo referente a la protección de la moralidad pública, en las observaciones formuladas por el Borough Council se presenta esto como el evitar que algunas personas se escandalicen con la apertura de comercios los domingos. No me parece que esto se encuentre en el concepto de «moralidad pública». Bien es verdad que en la sentencia Henn y Darby⁴⁹ el Tribunal de Justicia admitió que en principio compete a cada Estado miembro dictar las normas de moralidad pública en su territorio de acuerdo con su propia escala de valores y de la forma que escoja. Sin embargo, el principio de que el artículo 36 no tiene por finalidad reservar determinadas materias a la competencia ex-

clusiva de los Estados miembros⁵⁰ implica que el Tribunal de Justicia debe ejercer algún control sobre lo que un Estado miembro considera incluido en el concepto de moralidad pública. Pues bien, me parece que no comprende el hecho de evitar escándalos inspirados por ideas religiosas.

Tampoco me parece que deba tomarse en consideración la protección del orden público. El recurso a esta causa de justificación, cuyo alcance debe interpretarse estrictamente,⁵¹ supone

«la existencia de una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad»⁵² (*traducción provisional*).

No resulta difícil comprender que en este caso no es aplicable.

30. A continuación debo examinar si las exigencias imperativas invocadas son admisibles como tales. No puede negarse que la lista de exigencias imperativas no es taxativa (a diferencia de la enumeración del artículo 36 del Tratado CEE). Sin duda alguna puede considerarse que es una exigencia imperativa la protección del medio de trabajo (citada expresamente en el artículo 100 A del Tratado CEE) y de la salud y del bienestar de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia (que es una subcategoría de la «salud de las personas» mencionada en el artículo 36). Me resulta más difícil pensar lo mismo

48 — El principio del «estoppel» se menciona en la sentencia de 10 de febrero de 1983 (Luxemburgo/Parlamento, 230/81, Rec. 1983, p. 255, apartados 22 a 26). Véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Mancini, pp. 283 y ss., especialmente p. 295.

49 — Sentencia de 14 de diciembre de 1979 (34/79, Rec. 1979, p. 3795). Véase también la sentencia de 11 de marzo de 1986 (Conegate, 121/85, Rec. 1986, p. 1007, en especial apartados 14 y 15).

50 — Véase la sentencia citada en la nota 46.

51 — Sentencia de 27 de octubre de 1977 (Bouchereau, 30/77, Rec. 1977, p. 1999, apartado 33) (con referencia a la sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, 41/74, Rec. 1974, p. 1350).

52 — Sentencia Bouchereau, ya citada en la nota 51, apartado 35. Véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Warner, pp. 2016 y ss., especialmente pp. 2024 a 2026.

de «conservar el domingo como día no comercial». Si de esta expresión quiere hacerse un nombre colectivo que recoja las exigencias imperativas antes citadas, no tiene por qué ser considerado separadamente. Sin embargo, será difícil demostrar su proporcionalidad (véase más adelante el apartado 31). Si, por el contrario, se refiere a una exigencia imperativa autónoma y, por ejemplo, con ello se entiende la preocupación de brindar a los ciudadanos en un mismo día la posibilidad de tener tiempo para todo tipo de actividades (no profesionales, entre otras, religiosas) y contactos sociales, puedo aceptarlo personalmente aunque no sin grandes dudas: en efecto, esto demuestra lo fácil que es crear nuevas exigencias imperativas, justificadas a primera vista, y lo difícil que es para el Tribunal de Justicia enjuiciarlas objetivamente.

31. Ahora bien, aunque se admita alguna de las exigencias imperativas mencionadas, queda por examinar si la normativa controvertida, tal como existe, es *proporcional y necesaria* para satisfacer la exigencia imperativa invocada.

Examinaré en primer lugar la consideración del domingo como día de descanso destinado a la protección de la salud y del bienestar de los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena. La Comisión ha señalado acerca de este extremo que hay una forma menos restrictiva de conseguir este fin: puede limitarse el número de horas de trabajo (de los trabajadores por cuenta ajena) o puede autorizarse (u obligar) a los trabajadores autónomos a escoger un día de cierre, cualquiera que sea, en lugar de imponer el domingo como día de cierre obligatorio. Procede matizar esta afirmación. Nadie negará que la elección de un día señalado limita más la libertad del hombre. Sin embargo, surge la cuestión de si ello implica

una limitación excesiva del comercio entre Estados. Si se da por sentado que el domingo, en comparación con los demás días de la semana, es un mejor día de ventas para los productos de que se trata en este asunto,⁵³ entonces dejar que se elija un día determinado, cualquiera que sea, constituye una alternativa menos restrictiva para el comercio intracomunitario.

El caso es diferente si se admite (tal como he sugerido con grandes dudas en el apartado 30) que la prohibición del comercio dominical responde a la preocupación de estimular en un mismo día todo tipo de actividades (no profesionales) y contactos sociales. En tal caso, imponer un día determinado como día general de cierre y no comercial, día que para la mayor parte de la población ya es tradicionalmente el día destinado a dichas actividades y contactos, es ciertamente necesario y proporcional con el objetivo fijado.

32. Hasta ahora en mi análisis he dado poca importancia a la complejidad y contradicciones (tanto *ratione personae* como *ratione loci*) de la legislación controvertida en el litigio principal, vivamente criticada por B & Q, y al control esporádico de su observancia. Por más que comparto la postura inicial de B & Q, a saber, que la justificación de una normativa debe hacerse teniendo en cuenta las características materiales de dicha normativa, sin embargo, la argumentación desarrollada por B & Q se refiere en primer lugar a la eficacia y a la coherencia de la misma normativa. Ahora bien, el Derecho comunitario fija otro tipo de requisitos: el obstáculo que *in concreto* resulte del régimen debe ser proporcional al fin perse-

53 — El Juez remitente hizo una observación similar. Véase el punto 4 del apartado 3 anterior.

guido, es decir, no tiene que ser más limitativo para la circulación intracomunitaria de mercancías de lo que sería necesario para el fin perseguido; para ello no tiene importancia si el régimen *alcanza* su objetivo.⁵⁴ El que una medida sea «razonable» sólo es relevante para el Derecho comunitario mientras dicha medida no sea un medio de discriminación arbitraria o de restricción encubierta. Con esto debe entenderse ciertamente la discriminación arbitraria de productos procedentes de otros Estados miembros o un proteccionismo encubierto del propio mercado. El hecho de que la norma no sea aplicable o no sea impuesta por igual *dentro de un mismo Estado miembro* posiblemente constituya un motivo de impugnación con arreglo al Derecho nacional, pero no en Derecho comunitario.

Para corroborar lo que procede me remito a la sentencia Henn y Darby,⁵⁵ relativa a la aplicación de una prohibición de importar en el Reino Unido «artículos indecentes u obscenos». Este asunto versaba asimismo sobre la justificación de una disposición de Derecho británico que no se aplicaba uniformemente en todo el territorio del Reino Unido; además, se puso de manifiesto (a diferencia del presente asunto) que en la práctica se aplicaba a los productos importados el régimen más severo. Aquí también se planteó al Tribunal de Justicia la cuestión de si se trataba de una discriminación arbitraria o de una restricción encubierta. El Tribunal de Justicia consideró lo siguiente al respecto:

«[...] Cualesquiera que sean las divergencias entre las normas aplicables en la materia en

54 — Hay numerosas dudas sobre este extremo: todas las causas de justificación aducidas suponen que las tiendas permanecen cerradas los domingos; pues bien, en realidad la Shops Act, con todo, autoriza la apertura dominical, al menos cuando sólo se abren para vender «productos exentos». Parece que en la práctica se hace gran uso de este subterfugio. Véase el apartado 22 del *Home Office Report* mencionado en la nota 47.

55 — Ya citada en la nota 49.

las diferentes partes del Reino Unido y a pesar de determinadas excepciones de alcance limitado que contienen, estas legislaciones en su conjunto tienen por objeto prohibir o al menos restringir la fabricación y la comercialización de publicaciones y de artículos indecentes u obscenos» (apartado 21 de la sentencia) (*traducción provisional*).

En aquellas circunstancias, el Tribunal de Justicia concluyó, aunque se aplicaba a los productos importados el régimen más severo, que la legislación en cuestión

«[...] no [podía] ser considerada como una medida destinada a proteger indirectamente una producción nacional, ni que tuviera por finalidad establecer una discriminación arbitraria entre los productos de este género particular según fueran producidos en el territorio nacional o en otro Estado miembro» (*ibidem*) (*traducción provisional*).

33. A modo de conclusión del anterior examen de las posibles causas de justificación deseo hacer hincapié una vez más en lo siguiente: a mi modo de ver, este examen revela claramente que sólo puede enjuiciarse una medida que un Estado miembro imagina necesaria cuando el Tribunal está dispuesto a examinar campos en los que se han adoptado decisiones políticas para las que el Derecho comunitario no ofrece ninguno o pocos criterios de resolución. De ahí, mi proposición de que se evite en la medida de lo posible este delicado enjuiciamiento de medidas nacionales como la del caso de autos mediante una interpretación conforme con el artículo 30.

Respuesta sugerida a las cuestiones prejudiciales

34. Resumiendo, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Cwmbran Magistrates' Court de la siguiente forma:

«Una normativa nacional que prohíbe la apertura dominical al público de tiendas, exceptuados determinados artículos específicos, no incurre en la prohibición del artículo 30 si dicho régimen no da lugar a una discriminación o detrimento real de productos importados con respecto a productos nacionales y si tampoco cierra el acceso al mercado nacional del Estado miembro afectado ni lo dificulta o no lo hace atractivo para los productos importados comprendidos en el ámbito de aplicación de dicho régimen.»

En caso de que el Tribunal de Justicia juzgue que en principio dicho régimen constituye una medida contemplada por el artículo 30, propongo con carácter subsidiario la siguiente respuesta a las cuestiones prejudiciales:

«Los artículos 30 y 36 del Tratado CEE no se oponen a un régimen nacional que prohíbe la apertura dominical al público de tiendas, exceptuados determinados artículos específicos, si dicho régimen no da lugar a una discriminación o perjuicio real de los productos importados con respecto a productos nacionales y si los eventuales obstáculos a los intercambios intracomunitarios, ocasionados por la aplicación de dicha prohibición, no van más allá de lo que es necesario para estimular actividades no profesionales y contactos sociales en un día bien determinado que la mayor parte de la población ya destina a dichos fines.»