



COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Bruselas, 14.5.2003
COM(2003) 259 final

**COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO
EUROPEO Y AL BANCO CENTRAL EUROPEO**

**APLICACIÓN A LOS SERVICIOS FINANCIEROS DE LOS APARTADOS 4, 5 Y 6
DEL ARTÍCULO 3 DE LA DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO**

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL BANCO CENTRAL EUROPEO

APLICACIÓN A LOS SERVICIOS FINANCIEROS DE LOS APARTADOS 4, 5 Y 6 DEL ARTÍCULO 3 DE LA DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente Comunicación es explicar los mecanismos establecidos por los puntos 4, 5 y 6 del artículo 3 de la Directiva sobre Comercio Electrónico, en el ámbito específico de los servicios financieros¹.

La Comunicación se justifica, al tratarse de servicios financieros, por el hecho de que desde la aprobación de la Directiva sobre Comercio Electrónico y, en particular, durante las negociaciones de la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros, algunos Estados miembros expresaron su inquietud en cuanto a la aplicación plena y completa de la cláusula llamada "de mercado interior" en el ámbito de los servicios financieros. Estos Estados miembros consideraron que, a la espera de una mayor convergencia en algunos ámbitos (como las normas de conducta para los servicios de inversión o los fondos no armonizados) y a pesar de la Directiva sobre Comercio Electrónico, deberían poder seguir imponiendo algunas de sus normas a los servicios de entrada suministrados por vía electrónica. Dicho período de transición, que hubiese supuesto una excepción - aunque temporal - a la Directiva, fue rechazado por la Comisión y por la mayoría de los Estados miembros.

La Comisión ya había destacado en aquella ocasión que los puntos 4, 5 y 6 del artículo 3 de la Directiva sobre Comercio Electrónico ofrecen garantías suficientes a los Estados miembros que deseen adoptar medidas, caso por caso, contra el suministrador de servicios que ponga en peligro uno de los objetivos de interés general que se mencionan en el inciso i) del párrafo (a) del punto 4 del artículo 3 de la Directiva, o que presente un riesgo serio de hacer peligrar dicho objetivo.

La ambición de esta nota es proporcionar asistencia a los Estados miembros que quieran hacer uso de estos mecanismos. No constituye en modo alguno un documento interpretativo. Además, no se refiere sistemáticamente a todos los aspectos de los puntos 4, 5 y 6 del artículo 3 de la Directiva sino solamente a aquellos para los cuales los servicios de la Comisión han podido comprobar la necesidad de proporcionar explicaciones y asistencia.

La presente Comunicación no impone obligación jurídica alguna a los Estados miembros ni prejuzga de la posición que la Comisión pudiera verse obligada a adoptar sobre los mismos temas si la experiencia, incluida la jurisprudencia del Tribunal, la empujase a revisar algunas de las posiciones que se expresan en este documento.

¹ Directiva 200/31/ CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000. DO L 178 de 17 de julio de 2000 pág. 1.

La Comisión, junto con los Estados miembros, tienen intención de seguir definiendo los ámbitos en los que pudiera resultar necesaria una mayor convergencia de las normativas nacionales. La Comisión examinará, en este marco, las necesidades de armonización en determinados sectores en los que, al parecer las normativas nacionales siguen siendo dispares, lo que pudiera crear problemas en términos de libre circulación de servicios y de protección del consumidor como, por ejemplo, en el ámbito de determinados fondos de inversión no armonizados.

La Comisión es consciente de que no todas las sentencias que se mencionan en la presente Comunicación pertenecen al ámbito de los servicios financieros y de que, en conjunto, no emanan de litigios originados por el comercio electrónico. No obstante, basándose en el hecho de que por lo común el Tribunal de Justicia procede por analogía y no dispone de una jurisprudencia "sectorial" propiamente dicha, la Comisión ha estimado posible y acertado basar los siguientes análisis en la jurisprudencia existente.

Sin embargo, no se puede excluir que en el futuro el Tribunal desarrolle una jurisprudencia en el ámbito específico del comercio electrónico, jurisprudencia que pudiera confirmar o invalidar la jurisprudencia existente. Este riesgo es inherente al ejercicio prospectivo iniciado.

2. ANÁLISIS DE LOS APARTADOS 4, 5 Y 6 DEL ARTÍCULO 3

La Directiva sobre Comercio Electrónico dispone que los Estados miembros deberán velar por que los servicios de la sociedad de la información prestados por un suministrador establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales que en dicho Estado miembro le sean aplicables y pertenezcan al ámbito coordinado.

Además, la Directiva establece que los Estados miembros no pueden, por motivos correspondientes al ámbito coordinado, limitar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información procedentes de otro Estado miembro.

- Sin embargo, en la Directiva sobre Comercio Electrónico se han previsto algunas excepciones.

En primer lugar, en el Anexo de la Directiva se incluye una serie de excepciones a la cláusula de "mercado interior". Entre estas excepciones se incluyen ciertas disposiciones de las directivas sobre seguros², publicidad de las IIC³ y emisión de dinero electrónico por instituciones que no disponen de pasaporte europeo⁴.

Existen otras excepciones de carácter general que pudieran ser especialmente pertinentes en materia de servicios financieros. Éstas se refieren a la libertad de que disponen las partes de elegir la legislación aplicable al contrato, las obligaciones contractuales de los contratos firmados con consumidores, etc.

² Artículo 30 y Título IV de la Directiva 92/49/CE (DO L 311 de 14.11.1997, pág.42); Título IV de la Directiva 92/96/CE (DO L 311 de 14.11.1997, pág. 43); artículos 7 y 8 de la Directiva 88/357 CEE, (DO L 172 de 04.07.1988, pág.1) y artículo 4 de la Directiva 90/619/CEE (DO L 330 de 29.11.1990, págs.50-61

³ Apartado 2 del artículo 44 de la Directiva 85/611/EEC, DO L 375 de 31.12.1985, págs. 3-18.

⁴ Instituciones para las que los Estados miembros han solicitado una de las excepciones previstas en el apartado 1 del Artículo 8 de la Directiva 2000/46 CE, DO L 275 de 27.10.2000, págs. 39-43.

Por otra parte, los puntos 4, 5 y 6 del artículo 3 de la Directiva permiten a los Estados miembros adoptar medidas como, por ejemplo, sanciones o prescripciones que pudieran limitar el suministro de servicios on line procedentes de otros Estados miembros. Estas medidas conllevan condiciones estrictas.

En los puntos 4, 5 y 6 del artículo 3 se dispone que:

"4. Los Estados miembros podrán tomar medidas que constituyen excepciones al punto 2 respecto de un determinado servicio de la sociedad de la información si se cumplen las condiciones siguientes:

a) las medidas deberán ser:

i) necesarias por uno de los motivos siguientes:

- orden público, en particular la prevención, investigación, descubrimiento y procesamiento del delito, incluidas la protección de menores y la lucha contra la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, así como las violaciones de la dignidad humana de personas individuales,

- protección de la salud pública,

- seguridad pública, incluidas la salvaguarda de la seguridad y la defensa nacionales,

- protección de los consumidores, incluidos los inversores;

ii) tomadas en contra de un servicio de la sociedad de la información que vaya en detrimento de los objetivos enunciados en el inciso i) o que presente un riesgo serio y grave de ir en detrimento de dichos objetivos;

iii) proporcionadas a dichos objetivos;

b) Antes de adoptar dichas medidas y sin perjuicio de los procesos judiciales, incluidas las actuaciones preliminares y los actos realizados en el marco de una investigación criminal, el Estado miembro deberá:

- haber pedido al Estado miembro que figura en el punto 1 que tome medidas y este último no haberlas tomado, o no haber resultado suficientes,

- haber notificado a la Comisión y al Estado miembro mencionado en el punto 1 su intención de adoptar dichas medidas.

5. En caso de urgencia, los Estados miembros podrán establecer excepciones a las condiciones estipuladas en la letra b) del punto 4. Cuando así ocurra, las medidas se notificarán con la mayor brevedad a la Comisión y al Estado miembro a que hace referencia el punto 1, indicando las razones de la urgencia según el Estado miembro.

6. Sin perjuicio de la posibilidad de un Estado miembro de tomar las medidas en cuestión, la Comisión deberá examinar la compatibilidad de las medidas notificadas con el Derecho comunitario en el más breve plazo; en caso de que llegue a la conclusión de que dichas medidas son incompatibles con el Derecho comunitario, la Comisión solicitará a dicho Estado miembro que se abstenga de tomar ninguna de las medidas propuestas o que ponga fin lo antes posible a las mismas.

2.1. ANÁLISIS DEL APARTADO 4 DEL ARTÍCULO 3

2.1.1. Ámbitos que abarca el punto 4 del artículo 3

El punto 4 del artículo 3 no abarca la totalidad de los motivos que el Tribunal ha identificado en el contexto de los artículos 28 y 49 del Tratado para justificar una limitación justificada por el interés general. En efecto, aparte de los motivos indicados en el artículo 46 del Tratado (orden público, seguridad pública y salud pública) sólo se refiere a uno de los objetivos que según el Tribunal pudieran justificar limitaciones a libre circulación de servicios. Este objetivo es la protección del consumidor, incluidos los inversores.

El carácter restrictivo y exhaustivo de esta lista excluye que algunos de los objetivos reconocidos de interés general por el Tribunal como, por ejemplo, la defensa de la buena reputación del sector financiero⁵, puedan justificar medidas adoptadas sobre la base del punto 4 del artículo 3, excepto en los casos en que el objetivo real de dichas medidas sea la protección del consumidor.

2.1.2. Concepto de "servicio determinado de la sociedad de la información"

Por servicio "determinado", se quiere entender en este caso que en el marco del punto 4 del artículo 3 el Estado miembro de destino no puede adoptar medidas generales respecto a una categoría de servicios financieros como, por ejemplo, fondos de inversiones, créditos etc.

Para entrar en el ámbito del punto 4 del artículo 3, la medida deberá tomarse obligatoriamente caso por caso sobre un servicio financiero específico prestado por un operador determinado.

Podría tratarse, por ejemplo, de una medida - una advertencia o una multa coercitiva - ejecutada por un país de destino contra un banco que propusiera servicios de inversión no armonizados a los residentes del país en cuestión a partir de su sitio web situado en otro país de la Unión Europea. Estas medidas podrían adoptarse, por ejemplo, si el banco no respetase ciertas normas de conducta destinadas a proteger al consumidor en el país de destino.

Por el contrario, solamente a partir del punto 4 del artículo 3 un Estado miembro no podría decidir que toda su normativa sobre, pongamos por caso, los fondos de inversión no armonizados, es aplicable de manera general y horizontal a cualquier servicio a que tengan acceso sus residentes.

2.1.3. Protección "del orden público"

Las razones que se indican en el punto de la Directiva relativo al orden público, se mencionan a modo de ejemplos.

En el ámbito de los servicios financieros, es en principio poco probable que éstos puedan perturbar el orden público considerado según la acepción comunitaria de la expresión. En efecto, este concepto debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el orden público, jurisprudencia según la cual el concepto de orden público debe entenderse en un sentido muy restrictivo⁶.

⁵ Sentencia de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments*, asunto C-384/93, Rec. pág. I-1141.

⁶ Sentencia *Calfa*, asunto C-348/96, Rec. pág. I-11.

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal, los objetivos de origen económico no pueden constituir razones de orden público con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46 del Tratado⁷.

Según el Tribunal, *"el recurso de las autoridades nacionales al concepto de orden público supone, en todos los casos, al margen de la alteración del orden social que representa toda infracción de la ley, la existencia de una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad"*⁸.

Excepto en caso de servicios suministrados de forma ilícita en el marco de la financiación de actividades delictivas (incluido el terrorismo) y blanqueo de dinero, resulta difícil imaginar qué servicios financieros podrían cumplir la condición jurisprudencial de representar "una seria amenaza para un interés fundamental de la sociedad".

2.1.4. *Protección del consumidor, incluidos los inversores*

La Directiva sobre Comercio Electrónico define al consumidor como *"cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión."*

El texto demuestra con total claridad que una persona jurídica no puede considerarse como un "consumidor" según esta Directiva.

En cambio no se define al inversor. No obstante, de la redacción del punto 4 del artículo 3 se desprende que dicho punto sólo se refiere a los "inversores" que corresponden a la definición del "consumidor". Toda medida relativa a inversores personas físicas o jurídicas que actúen en el marco de su profesión no entraría en el marco del punto 4 del artículo 3⁹.

El Tribunal dictaminó que tanto el sector de seguros¹⁰ como el sector bancario¹¹ constituyen un ámbito especialmente sensible desde el punto de vista de la protección del consumidor.

2.1.5. *Concepto de riesgo "serio y grave"*

Las medidas deberán adoptarse contra el servicio que afecte efectivamente a alguno de los objetivos mencionados o que presente un riesgo serio y grave de afectarlo.

Esta formulación permite que el Estado de destino del servicio no sólo tome medidas represivas sino también preventivas en caso de que exista un riesgo serio y grave de que se atente contra dichos objetivos.

2.1.6. *Condiciones relativas a la notificación*

Las condiciones relativas a la notificación son tres:

El Estado miembro que adopte las medidas deberá:

- *haber pedido al Estado miembro donde se hallare establecido el suministrador que tome medidas*

⁷ Sentencia de 26 de abril de 1998, *Bond van Adverteerders*, asunto 352/85, Rec. pág. 2085.

⁸ Sentencia de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, asunto 30/77, Rec. pág. 1999.

⁹ Sentencia de 22 de noviembre de 2001, *Idealservice*, asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99, Rec. pág. I-9049.

¹⁰ Sentencia de 4 de diciembre de 1986, *Comisión contra Alemania*, asunto 205/84, Rec. pág. 3755.

¹¹ Sentencia de 9 de julio de 1997, *Parodi*, asunto C-222/95, Rec. pág. I-3899.

- y este último no haberlas tomado, o no haber resultado suficientes;

- haber notificado a la Comisión y al Estado miembro donde se hallare establecido el suministrador su intención de adoptar dichas medidas.

Estas tres condiciones quedan perfectamente claras.

La primera condición implica que se haya informado al Estado miembro de establecimiento del suministrador de servicios de modo que éste pueda solucionar el problema a su nivel. La segunda, que lo no haya hecho de manera satisfactoria en opinión del Estado miembro de destino. La tercera condición implica una información previa de la Comisión para que ésta pueda ejercer las competencias de que dispone en virtud del punto 6 y del Estado miembro de origen. En la Directiva no se establece en qué plazo concreto, tras recibir la notificación del Estado miembro de destino del servicio, deberá actuar el Estado del suministrador. No obstante, el punto 3 del artículo 19 de la Directiva dispone que los Estados miembros deberán con "*la mayor brevedad*", facilitar la ayuda y la información solicitada por los otros Estados miembros o por la Comisión.

Del texto de la letra b) del punto 4 del artículo 3 de la Directiva se desprende claramente que la obligación de notificación no priva en modo alguno al Estado miembro en cuestión de la posibilidad de iniciar un procedimiento judicial, incluso un procedimiento preliminar, ni de actuar en el marco de una investigación penal.

Por último, conviene insistir en que tanto el diálogo con el Estado miembro en que se hallare establecido el suministrador como la notificación a la Comisión incumben a la Administración central del Estado y no, por ejemplo, a un juez.

2.1.7. Consecuencias de la ausencia de notificación

La ausencia de notificación previa a la Comisión y al Estado miembro de origen pudiera ser objeto de recurso por incumplimiento de la Comisión contra el Estado miembro incumplidor. Además, al ser suficientemente precisas e incondicionales, probablemente los particulares podrían alegar ante una jurisdicción nacional las disposiciones por las que la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de notificación. Por lo tanto, no es imposible que un banco pueda alegar ante un juez nacional que las medidas que se le oponen en un Estado miembro en virtud del punto 4 del artículo 3 no se le notificaron previamente.

2.2. ANÁLISIS DEL APARTADO 6 DEL ARTÍCULO 3

El punto 6 del artículo 3 impone a la Comisión la obligación de examinar la compatibilidad de las medidas notificadas en virtud del punto 4.

Es importante tener en cuenta que este examen no es suspensivo en la medida en que el Estado miembro de destino puede adoptar las medidas previstas sin esperar el resultado del examen de la Comisión.

Para llevar a cabo este examen de conformidad, la Comisión deberá basarse en las condiciones establecidas en el punto 4 y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal:

"Las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo¹²".

Sobre la base de esta jurisprudencia del Tribunal, la Comisión deberá proceder a una serie de pruebas con el fin de evaluar la conformidad de una medida notificada.

2.2.1. Prueba de interés general

Es imperativo que la medida adoptada corresponda a uno de los ámbitos expresamente mencionados en el punto 4 del artículo 3, que como se ha visto son menos que los objetivos reconocidos de interés general por el Tribunal de Justicia.

2.2.2. Prueba de no discriminación

Según jurisprudencia reiterada, el Tribunal define la discriminación como:

"la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes¹³".

A este respecto, convendrá tener en cuenta las circunstancias objetivas, con el fin de determinar si efectivamente se ha producido una discriminación¹⁴.

Hoy en día, tales medidas discriminatorias sobre servicios financieros son muy poco frecuentes en las normativas nacionales, pero no se puede excluir que todavía subsista alguna. Si, por ejemplo, una sanción contra un suministrador de servicios financieros no establecido fuera más severa que una sanción impuesta, por idénticos motivos, contra un suministrador establecido, se trataría de una discriminación.

Según jurisprudencia del Tribunal y siempre y cuando fuese proporcionada, la medida discriminatoria sólo podría justificarse por los motivos que se indican en el artículo 46 del Tratado (orden público, seguridad pública y salud pública)¹⁵.

2.2.3. Prueba de no solapamiento

La Comisión deberá examinar el régimen jurídico del país de origen y apreciar si las medidas consideradas se solapan o no con la protección ofrecida en el país de origen y los controles que en el se practican, por ejemplo. Si fuese el caso, se podría concluir que el objetivo de interés general perseguido por el país de destino ya se cumple con las normas vigentes en el Estado donde está establecido el suministrador de servicios. De igual manera, la Comisión deberá comprobar si las medidas adoptadas por el Estado de establecimiento son efectivamente insuficientes con arreglo al párrafo b) del punto 4 del artículo 3.

¹² Sentencia de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, asunto C-55/94, Rec. pág. I-4165.

¹³ Sentencia de 27 de junio de 1996, *Asscher*, asunto C-107/94, Rec. pág. I-3089.

¹⁴ Sentencia de 19 de marzo de 2002, *Comisión contra Italia*, asunto C-224/00, pendiente de publicación.

¹⁵ Sentencia de 4 de mayo de 1993, *Federación de Distribuidores Cinematográficos*, asunto C-17/92, Rec. pág. I-2239.

Un ejemplo de este criterio puede encontrarse en la sentencia de 9 de marzo de 2000, en la que el Tribunal dictaminó que:

"Al exigir a todas las empresas que reúnan los mismos requisitos para la obtención de una autorización o de una homologación previas, la normativa belga excluye que se tengan en cuenta las obligaciones a las que el suministrador ya está sujeto en el Estado miembro donde está establecido¹⁶".

Esta jurisprudencia podría ser especialmente útil en la medida en que la Comisión ha podido comprobar que algunos Estados miembros todavía mantienen, especialmente en ciertos ámbitos, regímenes de aprobación o autorización previa.

El Tribunal dictaminó también que los Estados miembros *"deben demostrar una confianza mutua en cuanto a los controles efectuados en sus respectivos territorios¹⁷".*

Si, por ejemplo, el Estado de destino impone sus propias normas de conducta a un servicio de inversiones prestado a uno de sus residentes, la Comisión deberá examinar si las normas de conducta vigentes en el Estado de origen son, o no son, equivalentes a aquellas que el Estado de destino quiere que prevalezcan.

2.2.4. Prueba de proporcionalidad

Esta prueba tiene dos componentes. Las medidas deberán ser adecuadas para lograr el objetivo que se persiga (prueba de adecuación) y no ir más allá de lo necesario para lograr dicho objetivo (prueba de sustitución por medidas menos restrictivas).

2.2.4.1. Adecuación de la medida al objetivo

Aun cuando la medida adoptada por un Estado miembro se presente en defensa de un objetivo de interés general, cabe preguntarse si es realmente necesaria para proteger dicho interés. De hecho, pueden darse supuestos en los que tal medida no es, objetivamente, necesaria o no es la adecuada para proteger el interés general.

En determinadas sentencias, el Tribunal de Justicia ha estimado que una norma determinada, invocada por un Estado miembro con el propósito declarado de proteger al consumidor, no era apta, en definitiva, para garantizar tal protección.

Así, por ejemplo, el Tribunal ha considerado que, puesto que la información constituye un requisito fundamental para la protección de los consumidores, todo Estado miembro que imponga normas que, en última instancia, limiten el acceso de aquellos a la información no las puede justificar invocando la protección del consumidor¹⁸.

¹⁶ Sentencia de 9 de marzo de 2000, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-355/98, Rec. pág. I-1221.

¹⁷ Sentencia de 10 de septiembre de 1996, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-11/95, Rec. pág. I-4115.

¹⁸ Sentencia de 7 de marzo de 1990, *GB-INNO-BM*, asunto C-362/88, Rec. pág. I-667.

Por tanto, el Tribunal analiza la medida con detenimiento para determinar si beneficia efectivamente al consumidor¹⁹ y si el Estado miembro que la impone no subestima la capacidad de discernimiento del consumidor²⁰. Por este motivo, el Tribunal recurre al concepto del consumidor "medio"²¹ que tiene en cuenta *"la expectativa que se presume de un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz"*²².

El Tribunal ejerce de este modo un control tendente a comprobar si, so pretexto de proteger al consumidor, determinadas medidas no persiguen, en realidad, objetivos de protección del mercado nacional.

El Tribunal examina también la naturaleza de los servicios en cuestión y la correspondiente necesidad de protección. Por ejemplo, en el ámbito de los servicios bancarios, dictaminó que:

*"...debe hacerse una distinción en función de la naturaleza de la actividad bancaria de que se trate y del riesgo que corre el destinatario del servicio. Así, la celebración de un contrato de préstamo hipotecario presenta para el consumidor riesgos distintos de los del depósito de fondos en una entidad de crédito. Pues bien, a este respecto, la necesidad de proteger al destinatario varía en función de la naturaleza de los préstamos hipotecarios, teniendo en cuenta que, en determinadas situaciones, debido precisamente a las características del préstamo concedido y a la calidad del destinatario, no hay ninguna necesidad de proteger a este último aplicando normas imperativas de su Derecho nacional"*²³.

Por consiguiente, la Comisión podría inspirarse en las mismas consideraciones cuando tenga que proceder al examen de la proporcionalidad de una medida notificada.

2.2.4.2. Posibilidad de sustitución por una medida menos restrictiva

Existencia de medidas menos restrictivas

Con el fin de evaluar la proporcionalidad de una medida, la Comisión deberá evaluar si ésta va más allá de lo necesario o si existen medios menos restrictivos para lograr el objetivo de interés general que se pretende, o medidas por las que el comercio comunitario se limite en menor medida²⁴.

El Tribunal consideró, por ejemplo, que en vez de bloquear la difusión y retransmisión de las emisiones de una cadena de televisión, un Estado miembro podía lograr el objetivo de protección de un interés general adoptando medidas específicas solamente contra el anunciante, responsable de cierto anuncio transmitido por esta cadena de televisión, que presta sus servicios a partir de otro Estado miembro²⁵.

Además, en un asunto reciente relativo a impuestos sobre las antenas parabólicas decididos por ciertos municipios belgas, el Tribunal tuvo ocasión de aplicar el principio de "sustitución" por considerar que:

¹⁹ Sentencia de 27 de junio de 1996, *Schmit*, asunto C-240/95, Rec. pág. I-3179.

²⁰ Sentencia de 6 de julio de 1995, *Mars*, asunto C-470/93, Rec. pág. I-1923.

²¹ Sentencia de 13 de enero de 2000, *Estée Lauder*, asunto C-220/98, Rec. pág. I-117.

²² Sentencia de 16 de julio de 1998, *Gut Springenheide GmbH*, asunto C-210/96, Rec. pág. I-4657.

²³ Sentencia de 9 de julio de 1997, *Parodi*, asunto C-222/95, Rec. pág. I-3899.

²⁴ Sentencia de 26 de junio de 1997, *Familiapress*, asunto C-368/95, Rec. pág. I-3689.

²⁵ Sentencia de 9 de julio de 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) contra De Agostini (Svenska) Förlag AB*, asunto C-34/95 y *Tv-Shop i Sverige AB*, asuntos C-3595 y C-3695, Rec. pág. I-3843

"pueden concebirse otros medios distintos del impuesto controvertido en el asunto principal, menos restrictivos para la libre prestación de servicios para alcanzar el citado objetivo de protección del medio ambiente urbano, como, en particular, la adopción de disposiciones reguladoras del tamaño de las antenas, de la localización y de las modalidades de instalación de éstas en el edificio o en las inmediaciones de éste o de la utilización de antenas colectivas²⁶".

Aunque se trata de un ámbito sin relación directa con el ámbito de la presente Comunicación, este último ejemplo ilustra de modo convincente el planteamiento del Tribunal, y la Comisión podría, por lo tanto, inspirarse en las mismas consideraciones en el marco de su valoración basada en el punto 6 del artículo 3.

En el asunto *Ambry*²⁷, el Tribunal dictaminó que la obligación impuesta a las agencias de viajes de constituir una garantía en un establecimiento financiero situado en el territorio nacional era desproporcionada, ya que la obligación de movilización inmediata de fondos *"puede cumplirse normalmente de manera adecuada incluso si el garante se encuentra establecido en otro Estado miembro"*.

Aunque no se trate de un problema de suministro on line de servicios financieros, el último ejemplo resulta especialmente interesante puesto que pertenece al ámbito de los servicios de inversión y es uno de los casos en los que el Tribunal aplicó de modo especialmente minucioso la prueba de sustitución. Se trata del asunto llamado *"SIM"* en el cual el Tribunal consideró que:

"Aunque sea cierto que la obligación de que tengan su domicilio social en Italia facilita la vigilancia y control de los operadores en el mercado, no lo es menos que tal obligación no constituye el único medio de, por una parte, garantizar que los operadores respeten las normas de ejercicio de la actividad de corretaje de valores mobiliarios decretadas por el legislador italiano y, por otra, de sancionar de modo eficaz a los operadores que incumplieren dichas normas²⁸".

Situación en los otros Estados miembros

En el marco de este examen, la Comisión podría examinar las legislaciones de los demás Estados miembros con el fin de comprobar si existen medidas menos restrictivas destinadas a garantizar la protección del consumidor²⁹.

No obstante, hay que saber que este ejercicio tiene un alcance limitado en la medida en que el Tribunal considera que *"el hecho de que un Estado miembro imponga normas menos estrictas que las impuestas por otro Estado miembro no significa que estas últimas sean desproporcionadas y, por consiguiente, incompatibles con el Derecho comunitario³⁰"*

y que:

²⁶ Asunto de 29 de noviembre de 2001, *De Coster*, asunto C-17/00, Rec. pág. I-9445.

²⁷ Sentencia de 1 de diciembre de 1998, *Ambry*, asunto C-410/96, Rec. pág. I-7875.

²⁸ Sentencia de 6 de junio de 1996, *Comisión contra Italia*, asunto C-94/101, Rec. pág. I-2691.

²⁹ Sentencia de 18 de mayo de 1993, *Yves Rocher*, asunto C-126/91, Rec. pág. I-2361.

³⁰ Sentencia de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments*, anteriormente mencionada.

"... sólo la circunstancia de que un Estado miembro haya elegido un sistema distinto de protección del adoptado por otro Estado miembro no puede incidir en modo alguno en la valoración de la necesidad y proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en este tema. Éstas sólo deben apreciarse en relación con los objetivos perseguidos por las autoridades nacionales del Estado miembro interesado y el grado de protección que se proponen garantizar³¹".

Por consiguiente, el conocimiento de la situación existente en los demás Estados miembros resulta útil para definir y proponer medidas diferentes menos restrictivas. Pero la existencia en otro Estado miembro de una medida menos restrictiva no es, en sí misma, una prueba de desproporción. Aunque no hay que hacer caso omiso de la situación de los demás, el régimen en vigor en el Estado miembro de destino debe evaluarse de manera intrínseca, en relación con los objetivos perseguidos por dicho Estado miembro.

Peculiaridad del comercio electrónico

Por último, podría tenerse en cuenta el hecho de que las medidas se adoptan contra servicios prestados a distancia por vía electrónica. El Tribunal de Justicia dictaminó que:

"Una [...] restricción es tanto menos admisible cuando, como en este caso, al contrario de la situación a que se refiere el último párrafo del artículo 60 [actualmente 50] del Tratado, el servicio se presta sin que el suministrador de servicios tenga que personarse en el territorio del Estado miembro en el que se efectúa la prestación³²".

En base a esta sentencia, en teoría una medida pudiera juzgarse proporcionada en su aplicación a los suministradores de servicios que acuden en persona al territorio del país de destino, pero desproporcionada respecto un servicio suministrado a distancia. Sobre la base de esta jurisprudencia, la Comisión podría exigir que un Estado miembro tenga debidamente en cuenta la modalidad del suministro del servicio y, en determinadas circunstancias, considerar menos admisible una restricción aplicable a los servicios on line.

Naturalmente, conviene ser prudente antes de extender por analogía esta sentencia al comercio electrónico. En efecto, en la situación que dio lugar a la sentencia Säger anteriormente mencionada, el cliente no pudo ignorar en ningún momento que se estaba dirigiendo a un suministrador no establecido.

2.2.5. Decisión de la Comisión

Con arreglo al punto 6 del artículo 3, cuando a partir de los resultados de las pruebas la Comisión llegue a la conclusión de que la medida es incompatible con el Derecho comunitario, ésta pedirá al Estado miembro interesado que se abstenga de adoptar las medidas previstas o ponga un término inmediato a las medidas en cuestión.

Cabe precisar que el examen de la Comisión no tiene carácter suspensivo y, por consiguiente, no priva al Estado miembro de la posibilidad de adoptar las medidas que hubiere decidido.

Aunque no se haya fijado un plazo concreto para el examen por la Comisión, dicho plazo no deberá rebasar, como indica el texto, "la mayor brevedad".

³¹ Sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Läärä*, asunto C-124/97, Rec. pág. I-6067.

³² Sentencia de 25 de julio de 1991, *Säger*, asunto C-76/90, Rec. pág. I-4221.

Si la decisión de la Comisión es que la medida es compatible con el Derecho comunitario, el Estado miembro en cuestión podrá proseguir (o iniciar, si por precaución no lo hubiere hecho todavía) la ejecución de las medidas adoptadas contra la empresa comunitaria de que se trate.

En cualquier caso, la posición que la Comisión pudiera verse obligada a defender en un caso determinado no prejuzga de lo que el Tribunal de Justicia pudiera dictaminar.