

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. F.G. JACOBS

presentadas el 16 de diciembre de 2004¹

1. La cuestión planteada en el presente asunto versa sobre la obligación de un Estado miembro derivada de la Directiva sobre normas técnicas² de notificar a la Comisión (y, a través de ella, a otros Estados miembros) los proyectos de reglamentos técnicos. En particular, ¿es aplicable dicha obligación en el supuesto de una modificación de una normativa nacional que entraña una prohibición del ofrecimiento de un juego en un tipo determinado de máquina de juego?

normas técnicas nacionales que puedan entrañar obstáculos comerciales, a menos que sean necesarias para satisfacer exigencias imperativas y persigan un fin de interés general del cual constituyan la garantía esencial. Por consiguiente, si un Estado miembro prevé la adopción de una medida de este tipo, la Comisión y el resto de los Estados miembros deben ser informados, y deben poder disponer del plazo necesario para proponer una modificación, con el fin de eliminar o reducir los obstáculos que de ella puedan derivarse para la libre circulación de mercancías o, por lo que respecta a la Comisión, para proponer o adoptar una directiva comunitaria que regule ese ámbito. El Tribunal de Justicia ha descrito tal finalidad como «proteger, mediante un control preventivo, la libre circulación de mercancías, que es uno de los fundamentos de la Comunidad».⁴

Directiva

2. La finalidad de la Directiva, según se indica en su exposición de motivos,³ es evitar la adopción de reglamentaciones o

3. El artículo 1 de la Directiva proporciona una serie de definiciones pertinentes.

1 — Lengua original: inglés.

2 — En el momento pertinente en el presente asunto, es decir, en relación con las disposiciones adoptadas en 1996, la versión aplicable era la Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas (DO L 109, p. 8; EE 13/14, p. 34), en su versión modificada por la Directiva 88/182/CEE, de 22 de marzo de 1988 (DO L 81, p. 75) y por la Directiva 94/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de marzo de 1994 (DO L 100, p. 30) (en lo sucesivo, «Directiva»).

3 — Véanse los considerandos segundo a séptimo.

4 — Véanse, por ejemplo, la sentencia de 20 de marzo de 1997, *Bic Benelux* (C-13/96, Rec. p. I-1753), apartado 19, y la sentencia de 6 de junio de 2002, *Sapod Audic* (C-159/00, Rec. p. I-5031), apartado 34.

4. Con arreglo al artículo 1, apartado 9, de la versión aplicable en el momento de los hechos, un «reglamento técnico» incluye tres tipos de medidas.

5. En primer lugar, incluye las «especificaciones técnicas», cuyo cumplimiento sea obligatorio, *de iure* o *de facto*, para la comercialización o la utilización de un producto en un Estado miembro o en gran parte del mismo. Con arreglo al artículo 1, apartado 2, una «especificación técnica» es la que «figura en un documento en el que se definen las características requeridas de un producto, tales como los niveles de calidad, el uso específico, la seguridad o las dimensiones, incluidas las prescripciones aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, los ensayos y métodos de ensayo, el envasado, el marcado y el etiquetado, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad».

6. En segundo lugar, dicho término abarca «otros requisitos», incluidas disposiciones administrativas, cuyo cumplimiento sea asimismo obligatorio. Con arreglo al artículo 1, apartado 3, por «otro requisito» se entiende un «requisito, distinto de una especificación técnica, impuesto a un producto, en particular por motivos de protección de los consumidores o del medio ambiente y que se refiere a su ciclo de vida con posterioridad a su comercialización, como sus condiciones de uso, reciclado, reutilización o eliminación, cuando dichas condiciones puedan afectar significativamente a la composición o naturaleza del producto o a su comercialización».

7. En tercer lugar, dicho término incluye «disposiciones legales, reglamentarias y administrativas [...] que prohíban la fabricación, la importación, la comercialización o la utilización de un producto».

8. A efectos de estas definiciones, un «producto» es «cualquier producto de fabricación industrial y cualquier producto agrícola» (artículo 1, apartado 1).

9. Por último, un «proyecto de reglamento técnico» es esencialmente el texto de una especificación técnica que se encuentre en un nivel de preparación que permita aún la posibilidad de efectuar modificaciones sustanciales (artículo 1, apartado 10).

10. El artículo 8, apartado 1, exige a los Estados miembros que comuniquen a la Comisión todo proyecto de reglamento técnico que esté comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, salvo si se trata de una simple transposición íntegra de una norma internacional o europea, en cuyo caso bastará una simple información referente a dicha norma. Si, tras la comunicación, el proyecto es objeto de modificaciones que tengan por efecto, en particular, modificar de forma significativa su ámbito de aplicación, añadir especificaciones o hacerlas más estrictas, éste deberá volver a comunicarse.

11. Con arreglo al artículo 9, los Estados miembros aplazarán durante una serie de meses la adopción del proyecto de reglamento con el fin de permitir a la Comisión verificar que es compatible con el Derecho comunitario, o proponer una directiva en la materia.

12. El artículo 10 establece una serie de excepciones limitadas del alcance de una o ambas de dichas obligaciones. En particular, los artículos 8 y 9 no se aplicarán, básicamente, a las disposiciones que se limiten a adaptar el Derecho nacional al Derecho comunitario (artículo 10, apartado 1) y el artículo 9 no se aplicará, entre otras, a las disposiciones destinadas a prohibir la fabricación que no obstaculicen la libre circulación de productos (artículo 10, apartado 2).

13. Procede señalar que esta versión de la Directiva se encuentra actualmente derogada y que la situación está regulada hoy por la Directiva 98/34/CE.⁵ Ésta fue casi inmediatamente modificada por la Directiva 98/48/CE,⁶ que amplió su ámbito de aplicación para abarcar también los «servicios de la sociedad de la información», a saber, los «prestado[s] normalmente a cambio de una

remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».⁷

14. El Tribunal de Justicia ha declarado que el incumplimiento de la obligación de notificación da lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos de que se trate, de modo que éstos no pueden ser invocados contra los particulares; el juez nacional debe negarse a aplicar un reglamento técnico nacional que no haya sido notificado con arreglo a la Directiva.⁸

Procedimiento nacional y normas controvertidas

15. El Sr. Lindberg es objeto de un proceso penal por ofrecer de manera ilícita al público, entre enero de 1997 y abril de 1998, una serie de juegos en máquinas de juegos prohibidas en Suecia. En el procedimiento de apelación ante el Högsta Domstolen (Tribunal Supremo), debe resolverse si la prohibición del ofrecimiento al público de una serie de juegos en el tipo de máquina de que se trata es inaplicable por cuanto equivale a un reglamento técnico que no se ha notificado conforme a la Directiva.

5 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DO L 204, p. 37).

6 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998 (DO L 217, p. 18).

7 — Véase la Directiva 98/48, artículo 1, apartado 2.

8 — Sentencia de 30 de abril de 1996, CIA Security International (C-194/94, Rec. p. I-2201), apartados 54 y 55 y punto 2 del fallo.

16. Las máquinas de que se trata parecen ser del tipo habitual en el que el jugador puede ganar un premio si consigue que aparezcan simultáneamente varias imágenes en la máquina, resultado que depende en gran medida del azar. La característica especial que las distingue de otras máquinas del mismo tipo, a efectos del presente asunto, es que no pagan por sí mismas las ganancias de ninguna forma. Las ganancias, en su caso, deben obtenerse manualmente de una persona que está a cargo del funcionamiento de las máquinas.

17. Con arreglo al Código Penal sueco, constituye un delito el ofrecimiento al público de juegos de azar si las apuestas son económicamente significativas a menos que, esencialmente, el tipo de juego de que se trate i) no esté prohibido por la Ley sobre las loterías o ii) pueda obtener una licencia con arreglo a dicha Ley y el organizador la haya obtenido.

18. Con anterioridad al 1 de enero de 1995, la explotación de máquinas de juego automáticas estaba totalmente prohibida, salvo a bordo de buques que navegan en aguas internacionales. A partir de dicha fecha, una nueva Ley sobre las loterías, adoptada en 1994 (en lo sucesivo, «Ley de 1994»), ofreció la posibilidad de obtener una licencia para la explotación de algunas de dichas máquinas en territorio sueco.

19. La Ley de 1994 prohíbe el ofrecimiento al público de loterías sin una licencia. La definición de lotería incluye también «los juegos de bingo, máquinas de juego, juegos de ruleta, juegos de dados, juegos de cartas, cadenas de letras y juegos análogos», y, en dichos casos, la prohibición se amplía a todas las situaciones en que el juego tiene por objeto la obtención de un beneficio, con independencia de que esté o no dirigido al público en general.

20. En la versión inicial de la Ley, las máquinas de juego se definían, con carácter exhaustivo, como máquinas que pagan las ganancias en forma de bienes, en efectivo, en certificados de ganancias, fichas de juegos u otros procedimientos similares y en las que las posibilidades de ganar dependen principalmente del azar, o que abonan las ganancias en efectivo cuando las posibilidades de ganar dependen de la habilidad del jugador.

21. Es posible obtener una licencia de explotación de dichas máquinas con arreglo a determinadas condiciones relativas, en particular, al importe de las apuestas y de los premios.

22. La interpretación de dichas disposiciones en lo que respecta a las máquinas que no entregan por sí mismas premios de ningún tipo dio lugar a cierta discrepancia. Determinados tribunales de apelación interpretaron que la Ley de 1994 no se aplicaba en absoluto

a dichas máquinas, de modo que su explotación no estaba prohibida ni requería una licencia.

notificación y la nueva promulgación son posteriores a la época pertinente para el presente asunto, que se sitúa entre enero de 1997 y abril de 1998.

23. En consecuencia, con el fin de colmar lo que parecía una laguna no intencionada, la Ley de 1994 se modificó con efectos a partir del 1 de enero de 1997 (en lo sucesivo, «modificación de 1996»). La definición de «máquina de juego» se amplió a toda «máquina de juego mecánica o electrónica», aunque la posibilidad de obtener una licencia quedó limitada a las categorías anteriormente enumeradas de máquinas que pagan por sí mismas los premios. En consecuencia, la organización de juegos, con fines lucrativos o para el público en general, en máquinas como las controvertidas en el presente asunto estaba prohibida.

26. En el procedimiento nacional, el Sr. Lindberg sostiene que la modificación de 1996, que constituye la base de los cargos que se le imputan, debía haber sido comunicada con arreglo a la Directiva y que, puesto que no fue así, no se le puede exigir su cumplimiento.

27. El fiscal general, que no se opone a la desestimación de la imputación de organización de juegos ilícitos, parece aceptar dicha opinión.

24. La modificación de 1996 no se comunicó a la Comisión como proyecto de reglamento técnico; el Gobierno sueco consideró que se trataba tan sólo de una aclaración de normas preexistentes y que no exigía una notificación con arreglo a la Directiva.

28. Sin embargo, antes de pronunciarse, el Högsta Domstolen ha planteado las siguientes cuestiones prejudiciales:

25. Sin embargo, algunas autoridades expresaron dudas acerca de la fundamentación de esa tesis. En consecuencia, pese a no modificar su postura inicial, el Gobierno decidió, no obstante, enviar una notificación. Tras dicha notificación, la modificación volvió a promulgarse con efectos a partir del 1 de febrero de 2002. Sin embargo, la

1) El establecimiento, en una normativa nacional, de una prohibición de utilizar un producto, ¿puede constituir un reglamento técnico que debe notificarse con arreglo a la Directiva 83/189/CEE?

- 2) El establecimiento, en una normativa nacional, de una prohibición de un servicio que repercute en la utilización de un producto, ¿puede constituir un reglamento técnico que debe notificarse con arreglo a la Directiva 83/189/CEE?
- el efecto de una nueva disposición nacional sobre su utilización, que podría ser bien una prohibición total de su utilización o una restricción en uno de varios ámbitos de uso posibles?
- 3) La redefinición, en una normativa nacional, de un servicio vinculado a la construcción de un producto, ¿puede constituir un reglamento técnico que debe notificarse con arreglo a la Directiva 83/189/CEE si la nueva definición repercute sobre la utilización del producto?
29. Han presentado observaciones escritas el Sr. Lindberg (que se remite a sus alegaciones formuladas ante los órganos jurisdiccionales nacionales), los Gobiernos portugués, sueco y del Reino Unido, y la Comisión. En la vista, se presentaron observaciones orales en nombre del Sr. Lindberg, de los Gobiernos francés y portugués y de la Comisión.
- 4) En lo que respecta a la obligación de notificación prevista en la Directiva, ¿qué importancia revisten factores como:

Apreciación

- el paso, en la normativa nacional, de un régimen de licencia a una prohibición de productos o de servicios;
- el mayor o menor valor del producto o servicio;
- las dimensiones del mercado de dicho producto o servicio;

30. Antes de examinar cada una de las cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional nacional, resulta útil analizar dos aspectos preliminares: el alcance de dichas cuestiones en relación con las restricciones reales o potenciales del comercio y con el derecho de los Estados miembros a regular el juego; y la relevancia de la fecha del establecimiento de la prohibición controvertida en el Derecho nacional.

Alcance de las cuestiones prejudiciales

31. La cuestión sobre la que el órgano jurisdiccional nacional solicita orientación es si la modificación de 1996 está comprendida en la definición de reglamento técnico que figura en la versión aplicable de la Directiva.

32. La obligación de notificación derivada de la Directiva depende de dicha definición y no de si el efecto de la modificación es crear una restricción real o potencial del comercio intracomunitario.

33. Es cierto que la finalidad de la Directiva consiste en proteger la libre circulación de mercancías.

34. Sin embargo, el mecanismo que utiliza es el de un control preventivo. La obligación de los Estados miembros de participar en dicho control no puede depender de la incompatibilidad real entre la medida de que se trata y las normas del Tratado sobre la libre circulación.

35. Al determinar si una medida es compatible con las disposiciones del Tratado

relativas a la libre circulación de mercancías, es preciso examinar no sólo si existe una restricción del comercio, sino también si dicha restricción puede estar justificada por alguno de los motivos que se establecen en el Tratado o en la jurisprudencia, y es proporcionada al fin perseguido. Sin embargo, no sería adecuado estudiar tales factores antes de decidir si una medida debe notificarse en el marco de un régimen de control preventivo. El propio mecanismo de control está destinado a valorar dichos factores y se vería gravemente menoscabado si se eludiera de ese modo. Además, como ya he tenido ocasión de señalar,⁹ la necesidad de una apreciación previa del efecto de una medida haría que resultara menos fácil determinar qué medidas resultan afectadas.

36. También es cierto que se prevé una excepción en el artículo 10, apartado 2, para las medidas que no obstaculizan la libre circulación de productos.

37. Sin embargo, dicha excepción se aplica únicamente a las medidas que prohíben la fabricación de un producto y sólo exime de la obligación de aplazar la adopción de la medida, no de la obligación de notificarla. Por consiguiente, no resulta pertinente para las circunstancias del presente asunto.

9 — Véase el punto 48 de mis conclusiones presentadas en el asunto Sapod Audic, citado en la nota 4 *supra*.

38. Por último, es cierto que, pese a que en la sentencia CIA Security el Tribunal de Justicia adoptó la opinión de que «el incumplimiento de la obligación de notificación constituye un vicio sustancial de procedimiento que puede dar lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos controvertidos a los particulares»,¹⁰ éste consideró innecesario posteriormente en la sentencia Van der Burg pronunciarse acerca de si la inaplicabilidad se ampliaba a todos los supuestos o sólo a aquellos que efectivamente entrañaban un obstáculo para el tráfico mercantil o para la libre circulación de mercancías en el caso concreto de que se trataba. Sin embargo, el Abogado General Ruiz-Jarabo consideró en dicho asunto que un reglamento técnico no comunicado sólo debe quedar inaplicado en la medida en que pudiera provocar el efecto de obstaculizar la utilización o la comercialización de un producto concreto,¹¹ opinión que parece respaldada por la sentencia dictada anteriormente por el Tribunal de Justicia en el asunto Lemmens.¹²

39. Sin embargo, las cuestiones prejudiciales del órgano jurisdiccional nacional se basan en la premisa de que la norma nacional controvertida afecta a la utilización de determinadas máquinas de juego en Suecia y parece claro que una medida que afecta a la utilización de un producto determinado en un Estado miembro es probable que afecte también a la comercialización de dicho producto en ese Estado, y, por tanto, a su

circulación hacia éste,¹³ de modo que este último aspecto no parece objeto de discusión en las circunstancias del presente asunto.

40. En consecuencia, varias de las observaciones formuladas por el Gobierno portugués, que se refieren, en general, a la compatibilidad con las normas del Tratado sobre libre circulación de las medidas adoptadas por los Estados miembros en el ejercicio de su derecho soberano a regular el juego por razones de interés público, y que se refieren a la justificación de dichas medidas a la luz de la naturaleza del juego, no resultan directamente pertinentes para la cuestión que ha de resolverse.

41. Me limitaré a señalar que el Tribunal de Justicia ha confirmado recientemente que las normas nacionales que limitan la explotación de un juego pueden, pese a constituir un obstáculo al comercio, estar justificadas por razones imperiosas de interés general.¹⁴

Fecha del establecimiento de la prohibición controvertida

42. Las cuestiones prejudiciales del órgano jurisdiccional nacional se basan, además, en

10 — Citada en la nota 8 *supra*, apartado 48.

11 — Sentencia de 8 de marzo de 2001 (C-278/99, Rec. p. I-2015), apartados 17 y 23, y puntos 20 a 24 de las conclusiones presentadas en dicho asunto.

12 — Sentencia de 16 de junio de 1998 (C-226/97, Rec. p. I-3711), apartado 36.

13 — Compárese con la sentencia de 14 de julio de 1998, Safety Hi-Tech (C-284/95, Rec. p. I-4301), apartados 29 a 32.

14 — Sentencia de 11 de septiembre de 2003, Anomar y otros (C-6/01, Rec. p. I-8621), apartados 62 a 75.

la premisa de que la prohibición de la organización del juego en determinadas máquinas fue establecida mediante la modificación de 1996 y no figuraba anteriormente en la Ley de 1994.

43. Sin embargo, en sus observaciones escritas, el Gobierno sueco sostiene que la modificación no aportó ningún cambio sustancial a la Ley y que la prohibición controvertida ya estaba vigente desde 1995. Por consiguiente, solicita al Tribunal de Justicia que declare que no existe obligación de notificar un reglamento técnico que no cambia la situación actual de la normativa.

44. Es evidente que el Tribunal de Justicia no tiene competencia para interpretar la legislación sueca. Sólo el órgano jurisdiccional nacional puede determinar si la prohibición controvertida fue establecida mediante la Ley de 1994 o la modificación de 1996. Por tanto, las cuestiones planteadas deben abordarse basándose en la premisa de dicho tribunal de que la prohibición fue establecida por la modificación.

45. Por consiguiente, me limitaré a dos observaciones sobre la hipótesis contraria formulada por el Gobierno sueco.

46. En primer lugar, parece razonable que una modificación que afecta sólo al tenor

literal de un reglamento técnico, pero que no cambia la situación actual de la normativa, no debe exigir una notificación con arreglo a la Directiva. Como el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Colim,¹⁵ «no puede considerarse “proyecto de reglamento técnico” [...] ni, en consecuencia, estar sujeta a la obligación de notificación, una medida nacional que reproduzca o sustituya, sin añadir especificaciones nuevas o adicionales, reglamentos técnicos existentes y, si dichos reglamentos fueron adoptados después de la entrada en vigor de [la Directiva], debidamente notificados a la Comisión».

47. Sin embargo, tal vez sea poco probable que una modificación del tenor literal de una medida no tenga ningún efecto sobre su contenido. Cuando existe una posibilidad de que se produzca tal efecto —y parece que las autoridades suecas no consideraron de manera unánime que la modificación de 1996 no cambiaba la legislación existente— parece necesario cursar la notificación en virtud de la finalidad de control preventivo, que es la razón de ser del sistema creado por la Directiva. Cabe recordar que, con arreglo al párrafo tercero del artículo 8, apartado 1, los Estados miembros procederán a una nueva comunicación de un proyecto si efectúan modificaciones significativas en él.

48. En segundo lugar, si la Ley de 1994 contenía efectivamente la prohibición controvertida desde el momento de su adopción

15 — Sentencia de 3 de junio de 1999 (C-33/97, Rec. p. I-3175), apartado 22.

inicial y si dicha adopción fue posterior a la entrada en vigor el 1 de enero de 1994 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, del que Suecia era Estado miembro, procede señalar que —a diferencia de la opinión aparentemente manifestada por el fiscal general— parece que la Directiva ya era aplicable a Suecia en ese momento.¹⁶

49. Sin embargo, la versión entonces aplicable de la Directiva exige un análisis diferente. El plazo para adaptar el Derecho interno a las modificaciones establecidas por la Directiva 94/10, aplicable a la legislación nacional adoptada en 1996, no expiraba hasta el 1 de julio de 1995. Dichas modificaciones introducían un cambio significativo en la definición de reglamento técnico. Además, las obligaciones del Gobierno sueco y las consecuencias de su incumplimiento debían apreciarse a la luz de la circunstancia de que en 1994 Suecia era Estado miembro del Espacio Económico Europeo, y no de la Unión Europea, a la que se adhirió el 1 de enero de 1995.

Primera cuestión prejudicial

50. En la primera cuestión prejudicial se pregunta si el establecimiento, en una

normativa nacional, de una prohibición de utilizar un producto puede constituir un reglamento técnico que debe notificarse con arreglo a la Directiva.

51. Formulada en dichos términos generales, la respuesta es claramente afirmativa. El artículo 1, apartado 9, de la Directiva precisa que los reglamentos técnicos incluyen «disposiciones legales, reglamentarias y administrativas [...] que prohíban [...] la utilización de un producto». Por consiguiente, dicha prohibición está comprendida en la tercera categoría de reglamento técnico, a la que se hace referencia en el artículo 1, apartado 9, de la Directiva y en el punto 7 *supra*.

52. Sin embargo, la norma controvertida en el procedimiento nacional puede prohibir no tanto la utilización de un producto como, de manera más indirecta, la prestación de un servicio que tenga repercusiones en dicha utilización. De la jurisprudencia se desprende¹⁷ que el ofrecimiento al público de la posibilidad de utilizar máquinas de juego constituye un servicio.

53. El órgano jurisdiccional nacional admite esa posibilidad en sus cuestiones prejudiciales segunda y tercera.

¹⁶ — Véanse los artículos 3, 7, 8, 23 y 129, apartado 3, del Acuerdo sobre el EEE, en relación con el apartado 11 del protocolo 1 y el apartado 1 del capítulo XIX de su anexo II (DO L 1, p. 3, pp. 9 a 11, 30, 38, 263 y 313 a 315).

¹⁷ — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 21 de septiembre de 1999, Läärrä y otros (C-124/97, Rec. p. I-6067), y Anomiar y otros, citada en la nota 14 *supra*, en particular, apartado 56.

Segunda cuestión prejudicial

54. En consecuencia, en la segunda cuestión prejudicial se pregunta si el establecimiento, en una normativa nacional, de una prohibición de un servicio que repercute en la utilización de un producto puede constituir un reglamento técnico que debe notificarse con arreglo a la Directiva.

55. En la versión aplicable de la Directiva, el requisito de notificación se aplica sólo a los reglamentos técnicos que afectan a productos, y no a los que afectan a servicios. Sólo con la entrada en vigor de la Directiva 98/34, en su versión modificada por la Directiva 98/48, dicha obligación se amplió a determinados tipos de servicios, aunque no al tipo de servicio de que se trata en el presente asunto.¹⁸

56. Sin embargo, este hecho es irrelevante en el presente asunto, ya que la cuestión que debe dilucidarse no se refiere a los intercambios de servicios, sino al posible efecto sobre los intercambios de productos de una prohibición de prestar un servicio determinado. Es evidente que una norma que prohíbe un servicio que hace uso de un producto determinado prohíbe también la utilización de dicho producto para la prestación de dicho servicio. A menos que el

producto pueda utilizarse sin restricciones para otros fines, la prohibición puede tener, en consecuencia, el efecto adicional de prohibir completamente cualquier utilización de dicho producto o de exigir que éste cumpla determinados criterios técnicos para poder ser utilizado con otro fin autorizado.

57. A este respecto, el Gobierno portugués alega, no obstante, que, de conformidad con la máxima *accessorium sequitur principale*, las disposiciones que prohíben o restringen un servicio, afectando de ese modo a la utilización de un producto que es un accesorio necesario para la prestación de dicho servicio, no pueden constituir reglamentos técnicos sobre el producto en sí.

58. Sin embargo, el Tribunal de Justicia dejó claro en la sentencia Anomar que, pese a que la explotación de máquinas de juego está comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios, su importación está comprendida en el de las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, pese al vínculo existente entre ambas.¹⁹

59. En consecuencia, debe existir la posibilidad de apreciar una norma que afecta tanto a la explotación de máquinas de juego como

18 — Véase el punto 13 *supra*.

19 — Citada en la nota 14 *supra*, apartado 55.

a su utilización (que, a su vez afecta a los intercambios de máquinas) en el marco tanto de la libertad de prestación de servicios por lo que respecta a la primera como en el de la libre circulación de mercancías (incluida la posibilidad de que pueda constituir un reglamento técnico) por lo que respecta a la segunda.

60. Por tanto, en el presente asunto, cabe considerar que una norma que prohíbe la organización de juegos, para el público en general o con fines lucrativos, en máquinas de juego que no pagan por sí mismas los premios equivale bien a una prohibición de la utilización de dichas máquinas, bien a la exigencia de que todas las máquinas de juego se construyan de modo que paguen los premios en forma de bienes, efectivo, certificados de ganancias, fichas de juego u otros similares.

61. Por lo que respecta a la primera posibilidad, el Gobierno del Reino Unido alega que la legislación sueca se limita a restringir, si bien no prohíbe, la utilización de las máquinas controvertidas; por tanto, no puede estar comprendida en la definición de un reglamento técnico en ese aspecto.

62. Sin embargo, a mi juicio, resulta necesario examinar más detenidamente las posibilidades de utilización que deja abierta la prohibición.

63. ¿En qué medida puede una máquina de juego utilizarse para el fin que ha sido concebida si no puede explotarse con fines lucrativos y no puede ponerse a disposición del público en general? Probablemente algunos tipos de utilización privada seguirían estando autorizados, si bien debe tenerse en cuenta que la Ley sueca sobre las loterías parece considerar que los clubes privados están comprendidos en el ámbito de la definición de «público en general».²⁰

64. Una prohibición de la utilización de un producto que no llega a ser una prohibición de la posesión no será prácticamente nunca una prohibición de todos los posibles usos (una máquina de juego podría utilizarse como tope de una puerta, pese a que pocas personas podrían desear adquirir una para tal fin).

65. Al examinar si una prohibición de un servicio que afecta a la utilización de un producto equivale a una prohibición de la utilización del producto, es necesario, a mi juicio, hacer caso omiso de las utilizaciones meramente marginales a las que puede destinarse el producto, pero para las que no haya sido concebido por su diseño.²¹ Si sólo siguen autorizadas esas utilizaciones, debe considerarse que existe una prohibición de su utilización, de nuevo comprendida en la tercera categoría de reglamento técnico, a la que se hace referencia en el artículo 1, apartado 9, de la Directiva y en el punto 7

²⁰ — Artículo 1 de la Ley, párrafo segundo.

²¹ — Compárese con la sentencia Lemmens, citada en la nota 12 *supra*, apartado 25.

supra. Si, por el contrario, el resto de las posibles utilizaciones están simplemente limitadas, en lugar de ser meramente marginales, estoy de acuerdo con el Gobierno del Reino Unido en que no existe una prohibición de su utilización a efectos de la Directiva.

66. También estoy de acuerdo con la alegación del Gobierno portugués, formulada en la vista, según la cual si el producto de que se trata es una máquina que puede ser programada para diferentes funciones y la prohibición se refiere sólo a una de dichas funciones, tampoco existe prohibición de la utilización a efectos de la Directiva.

67. Por cuanto atañe a la segunda posibilidad —a saber, que cabe considerar que una norma que prohíbe la organización de juegos en máquinas que no pagan por sí mismas los premios equivale a la exigencia de que todas las máquinas de juego deben construirse de modo que paguen los premios—, se aplican muchas de esas mismas consideraciones. En particular, no debe tenerse en cuenta la posibilidad de utilizaciones meramente marginales a las que el producto podría destinarse, pero para las cuales no ha sido concebido por su diseño.

68. Sin embargo, en lugar de examinar si puede considerarse que la prohibición del

servicio de que se trata impide completamente la utilización de un producto determinado, cabe examinar si ésta equivale a la prohibición de dicho uso en la medida en que el producto no cumple determinados criterios técnicos (aplicables para otras utilizaciones autorizadas). Ello equivaldría a la exigencia de que, para poder ser utilizado, el producto cumpla esos criterios y, en consecuencia, podría significar que la prohibición constituye una especificación técnica que establece las características exigidas de un producto, dentro de la primera categoría de reglamento técnico a la que se hace referencia en el artículo 1, apartado 9, de la Directiva y en el punto 5 *supra*, y que se define en el artículo 1, apartado 2.

69. En el presente asunto, resulta evidente, a mi juicio, que la exigencia de que las máquinas de juego se construyan de modo que paguen por sí mismas los premios de maneras específicas está comprendida en el significado habitual de la expresión «especificación técnica», y en la definición del artículo 1, apartado 2, de la Directiva no se establece ninguna disposición en contrario.

70. Por consiguiente, cuando se prohíbe la prestación de un servicio que requiere la utilización de un producto determinado, de modo que la utilización del producto en la

prestación de dicho servicio está asimismo prohibida, las cuestiones que deben plantearse son:

Tercera cuestión prejudicial

- ¿Puede utilizarse lícitamente dicho producto para algún fin distinto de aquel para el que ha sido concebido por su diseño y que no sea meramente marginal?
- En caso afirmativo, ¿puede utilizarse lícitamente para dicho fin únicamente si cumple determinadas especificaciones técnicas?

71. En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, o de respuesta afirmativa a la segunda cuestión, la prohibición del servicio constituye un reglamento técnico que debe notificarse conforme a la Directiva.

72. La apreciación es una cuestión que corresponde al órgano jurisdiccional nacional, si bien a la vista de los autos parece probable que se declarará que la norma nacional controvertida constituye un reglamento técnico que exige una notificación con arreglo a la Directiva, a menos que existan, de hecho, modos de utilización de las máquinas de que se trata para el fin para el que han sido concebidas, a saber, el juego, que no sean meramente marginales y que no exijan que estén diseñadas para entregar los premios.

73. En la tercera cuestión prejudicial se pregunta si la redefinición, en una normativa nacional, de un servicio vinculado a la construcción de un producto puede constituir un reglamento técnico que debe notificarse, si la nueva definición repercute sobre la utilización del producto.

74. No sería sencillo, quizás ni siquiera útil, tratar de responder a la cuestión en términos tan generales. Ésta debe interpretarse en su contexto en el sentido de que se refiere a la redefinición de un servicio regulado (es decir, que está autorizado únicamente con sujeción a determinados requisitos) el cual, debido a que afecta a la construcción de un producto utilizado en dicho servicio, repercute sobre la utilización del producto.

75. Una parte considerable de la respuesta a dicha cuestión se desprende de la respuesta a la segunda cuestión prejudicial. En la medida en que un servicio está restringido o prohibido de tal modo que prohíbe la utilización de un producto determinado, ya sea de manera absoluta o a menos que el producto cumpla determinados criterios técnicos, el establecimiento de la medida de restricción o prohibición constituirá un reglamento técnico que debe notificarse en forma de proyecto.

76. El elemento adicional de la tercera cuestión prejudicial es el hecho de que se refiere a la redefinición de un servicio, en lugar de al establecimiento de una prohibición respecto a éste.

notificación, cabe concluir *a contrario* que una que sí añade especificaciones nuevas o adicionales está sujeta a dicha obligación.

77. He hecho ya referencia a la sentencia Colim y al párrafo tercero del artículo 8, apartado 1, de la Directiva²² que, como la Comisión señala, indican el planteamiento correcto en este caso.

80. En otras palabras, es el efecto de la redefinición, y no el hecho de que se trata de una redefinición, lo que determinará si debe o no notificarse.

Cuarta cuestión prejudicial

78. Conforme a la *ratio* del párrafo tercero del artículo 8, apartado 1, cualquier redefinición de un servicio que tenga por efecto modificar de forma significativa el ámbito de aplicación de un reglamento técnico, añadiendo especificaciones o requisitos, o haciendo que éstos sean más estrictos, debe notificarse a la Comisión, y ello debe hacerse *a fortiori* si la redefinición efectivamente establece un reglamento técnico en el sentido de la Directiva.

81. Por último, el órgano jurisdiccional nacional desea saber si:

— el paso de un régimen de licencia a una prohibición,

79. Y si una medida que reproduce o sustituye un reglamento técnico existente, sin añadir especificaciones nuevas o adicionales, no está sujeta a la obligación de

— el valor del producto o servicio de que se trata,

— las dimensiones del mercado del producto o servicio o

22 — Véanse los puntos 46 y 47 *supra*.

— el hecho de que una nueva disposición sobre su utilización tenga el efecto de prohibir totalmente su utilización o de prohibir o restringir su utilización en uno de varios ámbitos posibles,

ten el ejercicio de una actividad a una autorización previa no constituyen reglamentos técnicos.²³

son factores que afectan a la obligación de notificación.

82. Por lo que respecta al primero y al cuarto de dichos factores, la respuesta parece clara a partir de lo que ya se ha dicho.

83. El establecimiento de una prohibición sobre la utilización de un producto está comprendido en la definición del artículo 1, apartado 9, de la Directiva, a diferencia de una restricción que permite que un producto siga utilizándose de otras maneras que no son meramente marginales.

84. A este respecto, parece irrelevante que la utilización recientemente prohibida estuviera anteriormente autorizada sin restricciones o estuviera sujeta a un requisito de licencia, ya que las disposiciones que some-

85. Los factores segundo y tercero mencionados parecen suscitar la cuestión de una posible excepción *de minimis* al requisito de notificación.

86. Como señala la Comisión, la Directiva no establece ninguna excepción de este tipo, salvo, quizás, una de carácter territorial que cabe deducir del artículo 1, apartado 9: las especificaciones técnicas y otros requisitos cuyo cumplimiento no sea obligatorio en, al menos, gran parte de un Estado miembro no están comprendidos en la definición de reglamento técnico. Habida cuenta de que no se sugiere que la prohibición controvertida esté territorialmente limitada de ningún modo, dicho aspecto no resulta pertinente en el presente asunto.

87. Además, con independencia de que haya o no margen para una norma *de minimis* al determinar la existencia de una restricción de los intercambios comerciales —y el Tribunal de Justicia ha adoptado frecuentemente la opinión de que no existe ninguna— tal planteamiento no parece apropiado en el marco de un sistema de control preventivo, ya que dicho sistema está destinado, en particular, a permitir evaluar el efecto

23 — Sentencia de 22 de enero de 2002, Canal Satellite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607), apartado 45.

potencial o real sobre el comercio. En cualquier caso, de las observaciones de la Comisión se desprende que una serie de reclamaciones han sido presentadas por los operadores, fabricantes e importadores suecos de máquinas de juegos del tipo de que se trata, en relación con los efectos restrictivos de la modificación de 1996. Dicha situación parece sugerir que, con independencia de los efectos que existan, éstos no son insignificantes.

Observaciones finales

88. Con arreglo al análisis que propongo, parece posible que, sin perjuicio de cualquier investigación fáctica adicional que resulte necesaria, el órgano jurisdiccional nacional declare que la modificación de 1996 constituyó un reglamento técnico en el sentido de la Directiva.

89. De ser así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, puesto que la modificación no fue notificada a la Comisión conforme a la Directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales deben negarse a aplicarla.

90. No obstante, debe haber, a mi juicio, algunos límites a esa obligación de no aplicar tales medidas.

91. Por ejemplo, sigo considerando que existen dificultades para adoptar ese planteamiento en determinados procedimientos entre particulares,²⁴ y ya he citado la tesis del Abogado General Ruiz-Jarabo de que sólo las normas que puedan obstaculizar la utilización o la comercialización de un producto concreto deben ser inaplicadas.²⁵

92. Sin embargo, no parecen alcanzarse tales límites en el presente asunto, que es evidente que está comprendido en el ámbito de la abundante jurisprudencia que declara que las disposiciones nacionales incompatibles con una directiva que vincula al Estado miembro no pueden exigirse frente a un particular, y que se refiere a una norma que sin duda es probable que obstaculice la utilización y la comercialización de un producto concreto.

93. El presente asunto tampoco es comparable con el asunto *Lemmens*,²⁶ en el que el Tribunal de Justicia decidió que la falta de

24 — Véanse los puntos 99 a 102 de mis conclusiones presentadas en el asunto *Unilever* (sentencia de 26 de septiembre de 2000, C-443/98, Rec. p. I-7535).

25 — Nota 11 *supra*.

26 — Citado en la nota 12 *supra*.

notificación de un reglamento técnico relativo a un alcoholímetro no puede alegarse como defensa de una imputación penal formulada con arreglo a una disposición diferente, pero basada en las pruebas obtenidas por el aparato autorizado con arreglo a

la reglamentación controvertida. En el presente asunto, el procedimiento se incoa por el incumplimiento de un reglamento no notificado en sí mismo y debe existir la posibilidad de oponer la falta de notificación.

Conclusión

94. En consecuencia, considero que el Tribunal de Justicia debe responder del siguiente modo al Högsta Domstolen:

- «1) El establecimiento, en una normativa nacional, de una prohibición de utilizar un producto constituye un reglamento técnico que debe notificarse con arreglo a la Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.
- 2) El establecimiento, en una normativa nacional, de una prohibición de un servicio que repercute en la utilización de un producto constituye un reglamento técnico que debe notificarse con arreglo a la Directiva 83/189 si el efecto de la prohibición es que:

- el producto no pueda utilizarse de ningún modo legítimamente para cualquiera de los fines para los que se haya concebido por su diseño y que no sea meramente marginal,

o que

— el producto pueda utilizarse legítimamente para dicho fin únicamente si cumple determinadas especificaciones técnicas.

- 3) La redefinición, en una normativa nacional, de un servicio vinculado a la construcción de un producto constituye un reglamento técnico que debe notificarse con arreglo a la Directiva 83/189 si la nueva definición repercute sobre la utilización del producto de cualquiera de los modos antes indicados.
- 4) El paso de un régimen de licencia a una prohibición en el Derecho nacional está sujeta a la misma obligación de notificación que el establecimiento de una prohibición.
- 5) Factores como el mayor o menor valor del producto o servicio afectados, o las dimensiones del mercado para dicho producto o servicio, no resultan pertinentes a efectos de la obligación de notificación.»