

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. L.A. GEELHOED

presentadas el 7 de marzo de 2002<sup>1</sup>

I. Introducción

II. Marco jurídico

A. *El Derecho comunitario*

1. El Verwaltungsgerichtshof ha planteado al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales a consecuencia del criterio relativamente severo que el Derecho austriaco aplica al contenido del concepto de «engaño» en los casos en que se atribuye a los productos cosméticos un efecto medicinal. Se cuestiona la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos» en jabón y champú, productos cosméticos destinados a entrar en contacto con la piel. El órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si el Derecho comunitario permite una normativa nacional que prohíbe una indicación de ese tipo, si ésta no va acompañada de la información sobre las propiedades analizadas y el resultado del análisis, o bien si el ministro no ha concedido la exención para utilizar tal indicación. En mi opinión, el Tribunal de Justicia puede encontrar la respuesta a estas cuestiones en su anterior jurisprudencia.

2. La Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos,<sup>2</sup> dispone en su artículo 6, apartado 3:

«Los Estados miembros adoptarán las disposiciones pertinentes para que el etiquetado, en la presentación para la venta y en la publicidad de los productos cosméticos no se utilicen textos, denominaciones, marcas, imágenes o cualquier otro símbolo figurativo con el fin de atribuir a estos productos características de las que carecen. [...]»

2 — DO L 262, p. 169; EE 15/01, p. 206, modificada en varias ocasiones, especialmente por la Directiva 88/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988 (DO L 382, p. 46), y la Directiva 93/35/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 151, p. 32) (en lo sucesivo, «Directiva»).

1 — Lengua original: neerlandés.

3. Según el artículo 4 de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa,<sup>3</sup> «los Estados miembros velarán por que existan los medios adecuados y eficaces para controlar la publicidad engañosa en interés de los consumidores, así como de los competidores y del público en general». El artículo 7 dispone que la Directiva 84/450 no obstaculiza el mantenimiento o la adopción por los Estados miembros de disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia de las personas antes mencionadas.

### B. *El Derecho nacional*

4. Este procedimiento se centra en la Bundesgesetz de 23 de febrero de 1975, über den Verkehr mit Lebensmitteln, Verzehrprodukten, Zusatzstoffen, kosmetischen Mitteln und Gebrauchsgegenständen (Lebensmittelgesetz 1975)<sup>4</sup> (Ley federal sobre la comercialización de productos alimenticios, productos destinados al consumo humano, aditivos, productos cosméticos y objetos de uso; en lo sucesivo, «LMG»). Con arreglo al artículo 26, apartado 1, letra d), de la LMG, está prohibido comercializar productos cosméticos que estén designados incorrectamente.

5. Con arreglo al artículo 26, apartado 2, de la LMG, el artículo 8, letras a), b) y f), se aplica (a la comercialización de productos cosméticos) por analogía, y el artículo 9 sin perjuicio de que estén permitidas las referencias no engañosas a efectos fisiológicos o farmacológicos, así como las representaciones figurativas y las representaciones gráficas destinadas a explicar las aplicaciones del producto. Cuando se atribuya este tipo de efectos a un producto, deberán comunicarse a las autoridades, a instancia de éstas, los principios activos.

6. Con arreglo al artículo 8, letra f), en relación con el artículo 26, apartado 2 de la LMG, los productos cosméticos están incorrectamente designados cuando se comercializan con indicaciones que pueden inducir a error sobre características que tienen una importancia fundamental en el tráfico económico, especialmente de cara a las expectativas de los consumidores, como por ejemplo sobre el tipo, el origen, las aplicaciones, la conservación, la fecha de fabricación, las características, el contenido de elementos que determinan su valor, la cantidad, las dimensiones, el número o el peso o una forma o presentación que produzca los mismos efectos o indicaciones prohibidas relacionadas con la salud (artículo 9).

7. El artículo 9, apartados 1 y 3, de la LMG, establece lo siguiente:

«1. Está prohibido, en la comercialización de productos alimenticios, de productos

3 — DO L 250, p. 17; EE 15/05, p. 55, en su versión modificada.  
4 — BGBl. 86.

destinados al consumo humano y de aditivos:

a) referirse a la prevención, alivio o curación de enfermedades o síntomas de enfermedades, o a efectos fisiológicos o farmacológicos, especialmente a efectos rejuvenecedores, antienviejimiento, adelgazantes o beneficiosos para la salud, o dar la impresión de que se producen tales efectos;

b) hacer referencia a historiales clínicos de enfermos, recomendaciones médicas o dictámenes;

[...]

8. A este respecto procede recordar que, en virtud del artículo 9, apartado 3, en relación con el artículo 26, apartado 2, de la LMG, el ministro competente autoriza mediante resolución, a solicitud del interesado, el uso de indicaciones relativas a la salud para determinados productos cosméticos cuando ello sea compatible con la protección de los consumidores frente al fraude.

9. Con arreglo al artículo 74, apartado 1, de la LMG, comete una infracción admi-

nistrativa («Verwaltungsübertretung»), quien —entre otras cosas— designa incorrectamente productos cosméticos o comercializa productos cosméticos incorrectamente designados.

### III. Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

10. Mediante resolución del Unabhängiger Verwaltungssenat Wien de 22 de febrero de 1999, el Sr. Gottfried Linhart (en lo sucesivo, «Linhart») fue declarado culpable de una infracción administrativa con arreglo al artículo 74, apartado 1, en relación con el artículo 9, apartado 1, letra a), y el artículo 8, letra f), de la LMG, por ser responsable de que la sociedad Colgate Palmolive Gesellschaft mbH hubiera entregado a la sociedad Billa AG el producto «Palmolive flüssige Seife Prima Antibakteriell» con la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos». <sup>5</sup> Según el Unabhängiger Verwaltungssenat Wien, con esta indicación en el jabón se dio a los consumidores la impresión de que dicho producto tenía efectos beneficiosos para la salud, por lo que dicho producto estaba incorrectamente designado.

11. Mediante resolución del Unabhängiger Verwaltungssenat im Land Niederösterreich de 9 de mayo de 2000, el Dr. Hans Biffl (en lo sucesivo, «Biffl») fue declarado

<sup>5</sup> — El Verwaltungsgerichtshof no se ha pronunciado sobre la procedencia de los productos cosméticos controvertidos. En sus observaciones escritas Linhart declaró que el producto «Palmolive flüssige Seife Prima Antibakteriell» es producido en Italia.

culpable de una infracción administrativa con arreglo al artículo 74, apartado 1, en relación con el artículo 9, apartado 1, letra b), y el artículo 8, letra f), de la LMG, ya que, era responsable de que Haarkos Parfumeriewaren und Kosmetika GmbH hubiera comercializado el producto cosmético «Keralogie Creme-Peeling Anti Schuppen regulierendes Haarbad» con la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos» sobre el envase (un frasco de plástico) sin autorización de las autoridades.<sup>6</sup>

12. En el recurso interpuesto contra dichas resoluciones ante el Verwaltungsgerichtshof, se alega, remitiendo a la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1999, Unilever,<sup>7</sup> que la legislación nacional controvertida es contraria al Derecho comunitario, en particular porque una normativa nacional que prohíbe la publicidad de productos cosméticos con indicaciones relacionadas con la salud que no son engañosas, rebasa los límites del margen conferido a los Estados miembros por el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 76/768.

13. El Verwaltungsgerichtshof ya ha tenido que ocuparse en varias ocasiones de la legalidad de las indicaciones «controlado mediante análisis clínicos» o «controlado mediante análisis dermatológicos», en casos producidos con anterioridad a la adhesión de la República de Austria al Espacio Económico Europeo y a la Unión Europea.

14. Según esta jurisprudencia nacional, el artículo 9, apartado 1, letra b), de la LMG *no* permite las referencias a informes médicos en la comercialización de productos cosméticos cuando en la referencia no se concrete qué propiedades del producto se analizaron y qué resultados se obtuvieron. A este respecto, resultó decisiva la opinión de que mediante la referencia a un informe médico que pone de relieve la realización de un análisis clínico o dermatológico puede sugerirse en el consumidor, al menos de manera subliminal, la vaga idea de que el producto tiene efectos para la salud, siempre que la referencia no se concrete de modo alguno.

15. En cambio, se consideró que *sí* estaba permitida, con arreglo a la disposición del artículo 26, apartado 2, de la LMG, la inclusión de referencias a informes médicos («controlado mediante análisis clínicos», «controlado mediante análisis dermatológicos») en la comercialización de productos cosméticos cuando se aclare que la investigación —al margen de las consecuencias que se deriven del producto para el estado de salud de las personas— se refirió a efectos fisiológicos o farmacológicos concretos del producto de que se trate, por ejemplo mediante la indicación «tolerancia de la piel y depilación hasta la raíz controladas mediante análisis clínicos» en la comercialización de un producto de depilación.

16. El órgano jurisdiccional remitente estima que la cuestión de la compatibilidad

<sup>6</sup> — Me consta que en este caso se trata de un champú anticaspa.

<sup>7</sup> — Asunto C-77/97, Rec. p. I-431.

de la normativa austriaca, aplicable en los procedimientos principales, con el Derecho comunitario no queda definitivamente aclarada mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la sentencia Unilever y la sentencia de 13 de enero de 2000, Estée Lauder.<sup>8</sup>

17. A juicio del Verwaltungsgerichtshof, el artículo 9, apartado 1, letra b), en relación con el artículo 26, apartado 2, de la LMG, supone descartar toda una categoría de indicaciones que, debido a su falta de precisión al referirse a actividades médicas, ha sido considerada engañosa con carácter general por el legislador, es decir, capaz de causar las impresiones más dispares sobre las propiedades y los efectos del producto cosmético, que deben considerarse en relación con la actividad médica. En opinión del órgano jurisdiccional remitente, no existe ningún indicio de que esta apreciación —basada en las supuestas expectativas de un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz— no sea cierta. El Verwaltungsgerichtshof no aprecia que deba impedirse al legislador del Estado miembro, desde el punto de vista del Derecho comunitario, calificar como engañosas, en el marco de una normativa general, un grupo concreto de afirmaciones publicitarias bien delimitado en razón de su imprecisión y de las referencias que contienen a actividades médicas, siempre que la investigación del potencial de engaño en ese caso concreto no produzca otro resultado. Las referencias a informes médicos suficientemente concretas en el sentido del artículo 26, apartado 2, de la LMG, que no puedan inducir a engaño al consumidor, están en todo caso permitidas.

18. Además, el Verwaltungsgerichtshof señaló que la prohibición del artículo 9, apartado 1, de la LMG no es absoluta; por el contrario, dicha prohibición se aplica sin perjuicio de la concesión de una autorización con arreglo al artículo 9, apartado 3, de la LMG. El ministro debe autorizar mediante decisión, a petición del interesado, el uso de indicaciones relacionadas con la salud para productos cosméticos cuando ello sea compatible con la protección de los consumidores frente a engaños. El artículo 9, apartado 3, de la LMG ofrece a los demandantes la posibilidad de obtener una autorización para incluir referencias (no engañosas) a informes médicos, evitando de este modo una sanción.

19. Por consiguiente, mediante resolución de 29 de enero de 2001, recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 28 de febrero de 2001, el Verwaltungsgerichtshof solicitó al Tribunal de Justicia una decisión prejudicial sobre las siguientes cuestiones:

«1) ¿Se oponen los artículos 28 CE y 30 CE, la Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos, en su versión modificada por la Directiva 88/667/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988 y por la Directiva 93/35/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 [...], especialmente su artículo 6, apartado 3, y la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa [...], especialmente sus

8 — Asunto C-220/98, Rec. p. I-117.

artículos 4 y 7, a una normativa de un Estado miembro con arreglo a la cual está prohibido, en la comercialización de productos cosméticos, hacer referencia —especialmente mediante el uso de la expresión “controlado mediante análisis clínicos” o “controlado mediante análisis dermatológicos”— a dictámenes médicos cuando, por no existir indicaciones sobre el objeto y el resultado del dictamen, pueden provocarse en el consumidor representaciones incorrectas sobre las características y la eficacia del producto cosmético?

- 2) ¿Se oponen los artículos 28 CE y 30 CE, la Directiva 76/768, especialmente su artículo 6, apartado 3, y la Directiva 84/450, especialmente sus artículos 4 y 7, a la normativa de un Estado miembro que sólo permite la utilización de indicaciones como las mencionadas en la primera cuestión tras una autorización previa expedida por el ministro federal competente?»

20. Linhart, Biffl, el Gobierno de la República de Austria y la Comisión han presentado observaciones escritas. No se ha celebrado fase oral.

#### IV. Apreciación

##### A. Observaciones preliminares

21. Linhart, Biffl y la Comisión han criticado la manera en que el Verwaltungs-

gerichtshof ha fundamentado y formulado la petición de decisión prejudicial.

22. Esta crítica es, en parte, de índole factual. Linhart ha alegado que además de la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos», en el envase del jabón en cuestión efectivamente se ha suministrado información complementaria. Bajo la inscripción «Schutz gegen Bakterien» (protección antibacterias) se indican en el producto datos sobre el objeto y los resultados de los análisis dermatológicos. Asimismo, Linhart y Biffl han alegado que la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos» en sus productos es correcta en sí, y que —al contrario de lo que sugiere la primera cuestión—, dada la manera en que la indicación aparece en el envase, tampoco puede inducir a error al consumidor.

23. Sobre este punto me limitaré a señalar que incumbe únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar los hechos del procedimiento principal, así como evaluar la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia.<sup>9</sup> Por otra parte, el alcance del concepto de «engaño» tiene relación con el objeto en que realmente se centra la primera cuestión.

24. Además, la Comisión ha subrayado con razón que la remisión a la indicación

<sup>9</sup> — Véase, recientemente, la sentencia de 4 de abril de 2000, Darbo (C-465/98, Rec. p. I-2297), apartado 19.

«controlado mediante análisis clínicos», que figura en las cuestiones prejudiciales, no guarda relación con los dos asuntos principales, que tratan exclusivamente de la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos». En la jurisprudencia nacional ya se ha abordado la cuestión de la indicación «controlado mediante análisis clínicos», tal y como se expone en la resolución de remisión. Es posible que el Verwaltungsgerichtshof desee que el Tribunal de Justicia se ocupe más ampliamente de la admisibilidad en el Derecho comunitario de su jurisprudencia actual o anterior.<sup>10</sup> Sin embargo, según jurisprudencia reiterada, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre cuestiones en las que no existe ninguna relación entre el Derecho comunitario y los hechos en cuestión.<sup>11</sup> Visto que la indicación «controlado mediante análisis clínicos» no está relacionada de ninguna manera con los hechos del procedimiento principal, en lo sucesivo no deberá tomarse en consideración.

25. Por consiguiente, la petición del órgano jurisdiccional remitente se dirige a que se dilucide si el Derecho comunitario se opone a una normativa nacional que, según la interpretación dada por la jurisprudencia nacional, prohíbe la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos», en los casos en que a) estos análisis no se concreten y no se indique qué propiedades del producto han sido analizadas y qué

resultados se han obtenido y b) no se ha solicitado una autorización para la misma.<sup>12</sup>

26. Las dos cuestiones prejudiciales guardan relación con la interpretación de los artículos 28 CE y 30 CE, la Directiva relativa a los productos cosméticos y la Directiva sobre publicidad engañosa. Por eso, primeramente debe abordarse la relación de estas tres partes del Derecho comunitario con el Derecho nacional que prohíbe la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos» en productos cosméticos.

27. El Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que la Directiva 76/768 ha efectuado una armonización total de las normas nacionales sobre el envase y el etiquetado de los productos cosméticos.<sup>13</sup> En caso de que a nivel comunitario se haya adoptado una normativa para una materia en concreto, todas las normativas nacionales que guardan relación con la misma han de cotejarse con las disposiciones de las medidas armonizadoras y no con las disposiciones —en este caso pertinentes— de los artículos 28 CE y 30 CE.<sup>14</sup> Por lo tanto, en mi opinión, la normativa nacional con-

12 — Para completar, es preciso señalar que actualmente el Tribunal de Justicia tiene pendientes varios asuntos prejudiciales similares en los cuales los órganos jurisdiccionales austriacos han formulado varias cuestiones relativas a la compatibilidad de las disposiciones de la LMG con el Derecho comunitario. Además, la Comisión ha pedido al Tribunal de Justicia, en un procedimiento de infracción, que declare que la misma Ley, relativa al etiquetado de los productos alimenticios y en especial a las indicaciones sanitarias, es contraria al Derecho comunitario (asunto C-221/00, sentencia de 23 de enero de 2003, aún no publicada en la Recopilación).

13 — Sentencias de 23 de noviembre de 1989, Parfümeriefabrik 4711 (C-150/88, Rec. p. 3891), apartado 28; de 2 de febrero de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, denominada «Clinique» (C-315/92, Rec. p. I-317), apartado 11; Unilever, citada en la nota 7, apartado 24, y Estée Lauder, citada en la nota 8, apartado 23.

14 — Recientemente confirmado en la sentencia de 13 de diciembre de 2001, DaimlerChrysler AG (C-324/99, Rec. p. I-9897), apartado 32.

10 — Esto también podría explicar por qué el artículo 9, apartado 1, letra a), de la LMG, disposición que Linhart habría infringido, ya no se cuestiona al interpretar la situación jurídica existente referente a las indicaciones relativas a la salud, como he mencionado en los puntos 13 a 15 de estas conclusiones. La jurisprudencia del Verwaltungsgerichtshof al respecto se basa especialmente en el artículo 9, apartado 1, letra b), de la LMG.

11 — Véase, entre otras, la sentencia de 18 de octubre de 1990, Dzodzi (asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, Rec. p. I-3763), apartado 40.

trovertida debe ser interpretada exclusivamente a la luz del artículo 6, apartado 3, de la Directiva relativa a los productos cosméticos y no de los artículos 28 CE y 30 CE, aunque esta disposición de la Directiva, así como cada norma de Derecho derivado, ha de interpretarse a la luz de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías.<sup>15</sup> Como se desprenderá más adelante, este último punto es importante para establecer el tenor del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 76/768 y el margen de actuación que los Estados miembros poseen en virtud de esta disposición.

28. Por otra parte, en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al etiquetado y la publicidad de productos cosméticos no es del todo consecuente. En las sentencias Clinique y Estée Lauder, el Tribunal de Justicia cotejó las normativas nacionales en cuestión tanto con los artículos 28 CE y 30 CE como con la correspondiente disposición de la Directiva 76/768. Sin embargo, en la sentencia Unilever la normativa nacional se cotejó, en mi opinión acertadamente, únicamente con la Directiva y no con el Derecho primario, si bien en dicho asunto el órgano jurisdiccional remitente austriaco había solicitado también la interpretación del artículo 28 CE.<sup>16</sup>

29. En lo referente a la relación entre la Directiva 76/768 y la Directiva 84/450, opino que la Comisión, Linhart y Biffi han alegado acertadamente que el artículo 6, apartado 3, de la Directiva relativa a los productos cosméticos, según el principio *lex specialis derogat legi generali*, tiene preferencia sobre las disposiciones de la Directiva sobre publicidad engañosa. Por consiguiente, en mi opinión, el Tribunal de Justicia no tiene que incluir en su respuesta la Directiva sobre publicidad engañosa. Esta Directiva establece obligaciones, formuladas de una manera muy general, en las que se describe en términos relativamente imprecisos qué se entiende por engaño. No obstante, en su artículo 6, apartado 3, la Directiva relativa a los productos cosméticos establece una regulación específica que prohíbe indicaciones engañosas en el envase y en el etiquetado de los productos contemplados por la misma. Debido al carácter completo de la armonización en esta materia, los Estados miembros no pueden desviarse de los requisitos establecidos en esta disposición. Así, por ejemplo, no puede ofrecerse al consumidor un mayor nivel de protección contra engaños, tampoco acogiéndose al artículo 7 de la Directiva 84/450, que permite una protección más amplia.<sup>17</sup>

## B. Sobre la primera cuestión

30. Para responder a la primera cuestión debe examinarse si el artículo 6, aparta-

15 — Sentencia Clinique, citada en la nota 13, apartado 12.

16 — Con ello el Tribunal de Justicia sigue en esta sentencia las conclusiones del Abogado General Sr. Cosmas. En los puntos 52 a 59 el Sr. Cosmas abordó en profundidad la cuestión de si, además de la aplicación del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 76/768, hay cabida para la aplicación de los artículos 28 CE y 30 CE.

17 — La Comisión ha subrayado acertadamente que la Directiva sobre publicidad engañosa en otros casos puede tener un significado propio para los productos cosméticos. Después de todo, el alcance del concepto de publicidad en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre publicidad engañosa es muy amplio e incluye más formas de publicidad que las «denominaciones, marcas e imágenes o cualquier otro símbolo figurativo» en el sentido del artículo 6, apartado 3, de la Directiva relativa a los productos cosméticos.

do 3, de la Directiva 76/768 permite a los Estados miembros prohibir la indicación general «controlado mediante análisis dermatológicos» en productos cosméticos destinados a entrar en contacto con la piel, ya que esta indicación atribuye a los mismos características de las que carecen.

Directiva también persigue la protección de la salud de las personas, en el sentido del artículo 30 CE, en tanto en cuanto una información engañosa sobre las características de estos productos puede tener repercusiones sobre la salud pública.<sup>18</sup>

31. Primeramente, no se cuestiona si los productos controvertidos —jabón y champú— son productos cosméticos en el sentido del artículo 1 de la Directiva 76/768 y si la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos» está dentro del alcance del artículo 6, apartado 3, de la Directiva. Por lo tanto, parto de la idea de que no deben considerarse medicamentos porque, si así fuera, se aplicaría la legislación comunitaria en materia de medicamentos y no la Directiva 76/768. Tampoco se desprende de los documentos de los autos que los productos —sin tomar en cuenta la indicación cuestionada— hayan sido comercializados ilegalmente.

33. Sin embargo, las medidas que los Estados miembros adopten para aplicar dicha disposición deben respetar el principio de proporcionalidad.<sup>19</sup> Para evaluar el riesgo de engaño a los consumidores, por una parte, y las exigencias de la libre circulación de mercancías, por otra, el Tribunal de Justicia dedujo del principio de proporcionalidad un criterio que da por sentado la existencia de un determinado tipo de consumidor. Para determinar si la denominación, marca o mención publicitaria consideradas son o no engañosas, hay que tener en consideración «la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» que opina equivocadamente que el producto tiene ciertas características.<sup>20</sup>

32. Según jurisprudencia anterior, la Directiva relativa a los productos cosméticos tiene por finalidad asegurar la libertad de los intercambios de los productos cosméticos. El artículo 6, apartado 3, define las medidas que han de adoptarse en interés de la protección de los consumidores y de la lealtad de las transacciones comerciales, que forman parte de las exigencias imperativas por las que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se permiten obstáculos a la libre circulación de mercancías en el sentido del artículo 28 CE. La

34. Este concepto de «consumidor medio» también es válido en el ámbito de la comercialización de productos cosméticos. En este caso, el Tribunal de Justicia ha

18 — Véanse las sentencias Clinique, citada en la nota 13, apartado 15; Unilever, citada en la nota 7, apartado 26, y Estée Lauder, citada en la nota 8, apartado 25.

19 — Véanse, entre otras, las sentencias Clinique, citada en la nota 13, apartado 16; Unilever, citada en la nota 7, apartado 27, y Estée Lauder, citada en la nota 8, apartado 26.

20 — Véanse para esta tipificación del consumidor, especialmente, las sentencias de 16 de julio de 1998, Gut Springenheide y Tusky (C-210/96, Rec. p. I-4657), apartado 31, y Estée Lauder, citada en la nota 8, apartado 27.

vinculado explícitamente a su aplicación el requisito de que «un error sobre las características del producto no puede ser perjudicial para la salud pública». <sup>21</sup> Al igual que en los asuntos Clinique, Unilever y Estée Lauder, en este caso tampoco se cuestiona realmente la salud de las personas. Los asuntos guardan relación con indicaciones que, con o sin razón, pueden dar al consumidor la impresión de que los productos tienen cierto efecto medicinal. A mi entender, las medidas para prevenir este tipo de eventual engaño o confusión en los consumidores no tienen relación con la protección de la salud pública, pero sí con la protección de los consumidores y la lealtad en las transacciones comerciales. Esta distinción es importante en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad, que, en mi opinión, no es un concepto estático, sino que debe investigarse a la luz de la finalidad pretendida. <sup>22</sup>

35. Al aplicar el criterio del consumidor medio deben tenerse en cuenta las circunstancias relevantes del caso. La jurisprudencia

demuestra que al determinar si cierta indicación o publicidad es engañosa en el sentido de la Directiva 76/768, el Tribunal de Justicia adopta una actitud crítica con respecto a las normativas nacionales que prohíben una indicación que, en sí, es correcta. El principio de proporcionalidad se opone a ese tipo de normativas. No basta con un peligro de engaño abstracto; únicamente en los casos en que el consumidor puede ser engañado realmente en un aspecto esencial, se permiten medidas que sometan la comercialización de un producto a otros requisitos.

36. Así el Tribunal de Justicia ya declaró que la denominación «Clinique» para productos cosméticos no puede ser engañosa para el consumidor por el motivo de que atribuya al producto un efecto terapéutico del que carece. <sup>23</sup> En la sentencia Estée Lauder estableció que, a primera vista, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz no tiene que esperar que la crema facial antiarrugas «Monteil Firming Action Lifting Extreme Creme», por el uso del término «lifting», tenga el mismo efecto duradero que una operación quirúrgica. <sup>24</sup> El asunto Unilever guardaba relación con una prohibición austriaca de la publicidad de una pasta dentífrica «Odol-Med 3

21 — Sentencia Estée Lauder, citada en la nota 8, apartado 28.

22 — Véanse también mis conclusiones de 13 de diciembre de 2001, en el asunto C-121/00, Hahn, Rec. p. I-9193, punto 47. Es posible que haya situaciones en las que aparezcan indicaciones en el etiquetado o el envase de un producto cosmético que guarden una relación directa con la salud de las personas, por ejemplo, en el modo de empleo o en la advertencia de las reacciones alérgicas que determinados ingredientes del producto puedan producir. En tanto en cuanto otras disposiciones de la Directiva 76/768 no lo prevean, los Estados miembros, conforme al artículo 6, apartado 3, de la Directiva 76/768, deberán adoptar medidas eficaces que, por motivo de salud pública, deben proteger al consumidor vulnerable contra el engaño. En este contexto, consúltese la sentencia de 13 de septiembre de 2001, Schwarzkopf (C-169/99, Rec. p. I-5901), en relación con las advertencias de las sustancias químicas en tintes para el pelo y los requisitos obligatorios de indicación del artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva.

23 — Sentencia Clinique, citada en la nota 13, apartados 21 a 23. Además, este asunto se refería a la interpretación del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 76/768.

24 — Sentencia Estée Lauder, citada en la nota 8, apartados 28 a 30. Era competencia del Juez nacional, tomando en consideración factores sociales, culturales o lingüísticos, determinar si efectivamente éste era el caso.

(Samtweiß)» según la cual el producto previene la formación de sarro y la parodontosis, en caso de que el producto no contenga ninguna de las sustancias activas mencionadas en la normativa como sustancias con las que se puede alcanzar un resultado de ese tipo. Igual que en el presente asunto, la normativa controvertida se refería especialmente a los artículos 9 y 26 de la LMG. La lista de sustancias en cuestión formaba parte de un anexo del Kosmetikverordnung. Sin embargo, este anexo no incluía todas las sustancias que previenen la formación de sarro o la parodontosis. Por lo tanto, era posible prohibir la publicidad de determinados dentífricos, sin que esa publicidad fuera engañosa para el consumidor. Entonces, el Tribunal de Justicia estimó justificadamente que el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 76/768 se opone a la aplicación de una normativa de ese tipo. La posibilidad de obtener la exención de la prohibición mediante una autorización no influyó para nada.<sup>25</sup>

37. De acuerdo con lo anterior, debe examinarse, en primer lugar, si en el presente caso la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos» puede inducir efectivamente a los compradores a error, antes de analizar eventualmente la proporcionalidad de la medida nacional en relación con la protección del consumidor y la lealtad en las transacciones comerciales. A pesar de que es finalmente el juez nacional quien debe valorarlo y que el órgano jurisdiccional remitente no ha proporcionado al Tribunal de Justicia ninguna indicación sobre las circunstancias en que se

han comercializado los productos controvertidos, creo que este Tribunal dispone de la información necesaria para dar al Juez nacional las siguientes precisiones.

38. Los productos cosméticos, como por ejemplo, el jabón y el champú están destinados a entrar en contacto con la piel. Por lo tanto, es inevitable que, antes de su puesta en el mercado, se analicen sus efectos sobre la piel. Esto es en esencia a lo que remite la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos». La dermatología es la ciencia que se dedica a investigar las enfermedades cutáneas. Entonces, emplear la indicación «controlado mediante análisis dermatológico» implica que se ha analizado la tolerancia de la piel al producto.

39. Ahora bien, por su naturaleza, difícilmente puede considerarse que una información de ese tipo en el etiquetado, en el envase o en la publicidad de estos productos produzca confusión. En mi opinión, teniendo en cuenta las características intrínsecas del jabón y del champú no cabe imaginar que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz piense, como consecuencia de la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos», que el producto posee ciertas características de las que carece. La indicación «controlado mediante análisis dermatológicos» tiene

25 — Sentencia Unilever, citada en la nota 7, apartados 28 a 37.

por objeto dar la impresión de que se han analizado cuidadosamente los posibles efectos perjudiciales del producto en la piel. Sin embargo, esa información en sí misma es innecesaria, ya que, conforme al artículo 3, en relación con el artículo 2 de la Directiva 76/768, en ningún caso pueden comercializarse productos cosméticos que en condiciones normales de uso entrañen un riesgo para la salud humana.

40. El órgano jurisdiccional remitente ha señalado que, según la jurisprudencia nacional, mediante la referencia a un informe médico que pone de relieve la realización de un análisis dermatológico puede sugerirse en el consumidor, al menos de manera subliminal, la vaga idea de que el producto tiene efectos para la salud, siempre que la referencia no se concrete de modo alguno. Sin embargo, en caso de que la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos» pudiera evocar, en determinados consumidores, una vaga asociación medicinal —por ejemplo, por el origen griego del término «dermatológico»—, esto no bastaría para atribuir a la misma un efecto engañoso, que pudiera justificar la prohibición de la indicación si, por otra parte, los productos se comercializan legalmente. En mi opinión, en ese caso no se podría hablar aún de un peligro real de confusión o engaño en el consumidor medio. Además, *prima facie*, prohibir exclusivamente la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos» es contrario al principio de proporcionalidad. Después de todo, sí están permitidas las menciones que proporcionan una información más amplia y por eso más sugerente, como por ejemplo, «tolerancia de la piel y depilación hasta la raíz controladas mediante análisis dermatológicos» en la

comercialización de un producto de depilación.<sup>26</sup>

41. Por lo tanto, desde el punto de vista del tenor del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 76/768, para la protección del consumidor y la lealtad en las transacciones comerciales no es necesario prohibir el uso de la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos» en los dos productos de que se trata. Obviamente, a esto no obsta la alegación del Gobierno austriaco de que, en determinadas circunstancias, la legislación nacional admite referencias no engañosas.

### C. Sobre la segunda cuestión

42. Visto cuanto precede, no es necesario abordar con más detalle la segunda cuestión. Después de todo, ya se desprende implícitamente de la respuesta a la primera cuestión la respuesta a la cuestión de si el Derecho comunitario se opone a la normativa de un Estado miembro que sólo permite el empleo de la indicación «controlado mediante análisis dermatológicos»

26 — Sobre la base de la jurisprudencia anterior del Verwaltungsgerichtshof, véase el punto 15 de estas conclusiones.

previa autorización del ministro competente. Obviamente, tampoco está justificado el requisito de una autorización previa para poner la referida indicación, suponiendo que ésta no puede engañar al consumidor en el sentido del artículo 6, apartado 3, de la Directiva.

43. El Gobierno austriaco indicó que, conforme al artículo 9, apartado 3, de la LMG, el ministro autoriza mediante decisión el uso de indicaciones relacionadas con la salud, a condición de que, al comercializarse por primera vez el producto cosmético, pueda demostrarse la veracidad de la publicidad y presentarse las declaraciones médicas al efecto. Según el Gobierno austriaco, este procedimiento es compatible con la sentencia Unilever en lo que respecta a la consideración de que una normativa, que conlleva el control de la veracidad de los datos en la publicidad, es una medida proporcionada, en contraposición a una prohibición automática de publicidad.

44. Esta postura se apoya en una interpretación errónea de la sentencia Unilever y no puede aceptarse. En esta sentencia se declaró, en relación con la misma legislación nacional, que si bien es cierto que es posible una autorización, la necesidad de obtener tal autorización constituye, sin embargo, un obstáculo a la libre circulación del producto controvertido, obstáculo que según el Tribunal de Justicia *carece de*

*cualquier* justificación.<sup>27</sup> Después de todo, un requisito de autorización equivale a una prohibición automática de publicidad, dado que las indicaciones en los productos cosméticos sometidas a tal obligación no están permitidas sin el consentimiento del ministro. En la sentencia Unilever el Tribunal de Justicia se remitió a unas medidas alternativas que aseguran la finalidad de la Directiva y que limitan la libre circulación de las mercancías de una manera menos drástica. No toleró de ningún modo un sistema de autorizaciones. En caso de duda sobre la autenticidad de las indicaciones relativas a la salud, el Tribunal de Justicia se conforma con que el Estado miembro exija al operador responsable del producto cosmético que demuestre la veracidad de los análisis médicos. Esto no exigirá mucho esfuerzo en relación con una indicación tan poco pretenciosa como «controlado mediante análisis dermatológicos». Además, la legislación austriaca ya lo prevé. Como Linhart ha alegado acertadamente, las autoridades, en virtud del artículo 26, apartado 2, de la LMG, pueden pedir al fabricante o distribuidor que comunique cuando se atribuyan al producto efectos fisiológicos o farmacológicos no engañosos.

45. Para finalizar, se puede añadir que la autorización en cuestión, como medida dirigida a la protección del consumidor y a la lealtad en las transacciones comerciales, es aún más desproporcionada si es cierta la alegación de Biffel de que el procedimiento del artículo 9, apartado 3, de la LMG acarrea gastos.

27 — Sentencia Unilever citada en la nota 7, apartado 34. La cursiva es mía.

## V. Conclusión

46. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales del Verwaltungsgerichtshof del siguiente modo:

- «1) El artículo 6, apartado 3, de la Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos, se opondrá a la aplicación de una ley nacional, según la interpretación dada por la jurisprudencia nacional, que prohíbe, en la comercialización de productos cosméticos aplicables a la piel, una indicación general como “controlado mediante análisis dermatológicos”, si no se ha indicado qué características del producto han sido analizadas y con qué resultados se han obtenido y el fabricante o el distribuidor de los referidos productos no tiene la oportunidad de demostrar la veracidad de la declaración.
  
- 2) El artículo 6, apartado 3, de esta Directiva se opondrá también a una normativa nacional que sólo permite el empleo de la indicación “controlado mediante análisis dermatológicos” previa autorización del ministro competente.»