CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR ANTONIO LA PERGOLA

presentadas el 18 de mayo de 1999 *

1. En el presente asunto, el Oberster Gerichtshof (Austria) plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre el artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación). El órgano jurisdiccional nacional pide que se dilucide si es compatible con tal disposición una normativa interna que sólo autoriza determinadas modalidades de venta de productos alimenticios cuando el comerciante dispone de un establecimiento en la circunscripción administrativa en la que pretende efectuar dicha venta o en una circunscripción limítrofe.

Marco normativo y fáctico del litigio principal

2. La norma nacional aplicable en el litigio principal es el artículo 53 *bis* del Gewerbeordnung (Código de Comercio e Industria; en lo sucesivo, «GewO»). Dicho artículo prevé que los panaderos, los carniceros y los comerciantes de productos alimenticios tan sólo podrán poner a la venta de forma ambulante, de casa en casa o de localidad en localidad, las mercancías que estén autorizados a vender en razón de su licencia de apertura cuando ejerzan su actividad comercial en un establecimiento fijo situado en la circunscripción administrativa en la que efectúen esta forma de venta ambulante o en un municipio limítrofe con esta última. Las mercancías que pueden vender de forma ambulante o a domicilio son únicamente aquellas que comercializan en dicho establecimiento fijo. Sin embargo, con arreglo al número 2 del apartado 1 del artículo 50 del GewO, los comerciantes podrán despachar en cualquier lugar las mercancías que hayan sido objeto de un pedido, sin que se les imponga limitación territorial alguna.

Las normas nacionales de que se trata establecen, fundamentalmente, que esta forma de venta de productos alimenticios —en particular, la denominada «venta ambulante»— sólo puede efectuarse por los comerciantes establecidos en una circunscripción administrativa limítrofe con la zona en la que pretenden practicar tales métodos comerciales. Las disposiciones de la legislación austriaca, tal como se describen en la resolución de remisión, son indistintamente aplicables a los comerciantes austriacos y a los comerciantes establecidos en los Estados miembros que limitan con Austria. [1]

* Lengua original: italiano.

1 — Este punto ha sido aclarado por el Gobierno austriaco, las partes del litigio principal y la Comisión, en respuesta a una pregunta escrita del Tribunal de Justicia.

Las infracciones de las disposiciones del GewO se sancionan en el Derecho interno como actividades de competencia ilícita.

3. Los hechos que dieron origen al litigio principal se inscriben en el marco normativo antes descrito y pueden resumirse como se expone seguidamente.

La demandante, Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb (en lo sucesivo, «Schutzverband»), es una asociación para la protección de los intereses de los operadores económicos cuyo objeto consiste, entre otras cosas, en la lucha contra la competencia desleal. [2]

La parte demandada, TK-Heimdienst Sass GmbH (en lo sucesivo, «TK»), es una sociedad austriaca que opera en el sector del comercio al por menor de comestibles. Su establecimiento principal se encuentra en Heiming (Tirol) y cuenta con sucursales en Völs (también en el Tirol) y en Wolfurt (Vorarlberg). Además de la venta de mercancías en estos establecimientos, TK ejerce también una actividad de venta ambulante y de entrega a domicilio de productos congelados. Dispone, en efecto, de conductores que recorren regularmente un trayecto predeterminado a lo largo del cual distribuyen catálogos sobre los productos congelados que ofrece la sociedad, esforzándose por conseguir eventuales pedidos. [3] Los conductores disponen también de una cantidad fija de mercancías (que no han sido pedidas) gracias a la cual pueden efectuar ventas directas, sin que exista pedido previo. Esta actividad de venta ambulante se ejerce igualmente en zonas del territorio austriaco que no están comprendidas en las zonas en las que la demandante dispone de un establecimiento fijo ni limitan con éstas.

4. En el litigio principal, la demandante solicita que se prohíba a la demandada ejercer la actividad de venta a domicilio de productos alimenticios que no hayan sido objeto de un pedido previo. Alega que esta actividad es contraria al artículo 53 *bis* del GewO, puesto que la demandada no ejerce el comercio de productos alimenticios en un establecimiento fijo situado en la circunscripción administrativa en la que ejerce el comercio ambulante o en un municipio limítrofe.

La demanda fue estimada en las dos primeras instancias. Asimismo, el órgano jurisdiccional de apelación excluyó que el artículo 53 *bis* pudiera ser incompatible con el Derecho comunitario, puesto que sólo regula una determinada modalidad de venta, en el sentido de la jurisprudencia Keck y Mithouard. [4]

2 — Se compone de miembros que representan a múltiples categorías, colegios o corporaciones profesionales, entre los que se encuentran la Unión regional de minoristas de comestibles y de productos alimenticios de la Cámara de Comercio de Vorarlberg y la Sección de Comercio de dicha Cámara.

3 — Los pedidos pueden realizarse por teléfono o mediante el envío de un formulario al establecimiento principal de la sociedad, así como comunicarse directamente a los conductores. La entrega tiene lugar en el siguiente recorrido del mismo trayecto.

4 — Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097).

5. No obstante, el órgano jurisdiccional de remisión, el Oberster Gerichtshof, estima que subsisten dudas acerca de la compatibilidad de la disposición nacional con los artículos 30 y 36 del Tratado CE (actualmente artículo 30 CE, tras su modificación). El Tribunal Supremo austriaco precisa a continuación que en el presente caso falta un elemento transfronterizo. Sin embargo, la conformidad con el Derecho comunitario del artículo 53 *bis* del GewO constituye una cuestión previa a la resolución que se solicita del órgano jurisdiccional nacional respecto de la posible existencia de una discriminación en contra de los ciudadanos nacionales. En efecto, el órgano jurisdiccional de remisión recuerda que, a juicio del Tribunal Constitucional austriaco, una discriminación injustificada de un empresario austriaco con respecto a empresarios de otros Estados miembros constituye una violación del principio de igualdad. A la luz de estas consideraciones, el Oberster Gerichtshof ha planteado al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 30 del Tratado CE en el sentido de que se opone a una normativa según la cual los panaderos, carniceros y comerciantes de productos alimenticios sólo pueden practicar la venta ambulante, de localidad en localidad o de casa en casa, de las mercancías que su licencia comercial les autorice a vender, si ejercen su actividad comercial en un establecimiento fijo situado en el Verwaltungsbezirk austriaco en el que venden estos productos en la forma descrita o en un municipio limítrofe, pudiendo vender de forma ambulante, de localidad en localidad o de casa en casa, únicamente aquellas mercancías que vendan también en este establecimiento fijo?»

Competencia del Tribunal de Justicia

6. Antes de pasar a examinar el fondo del asunto, procede analizar la cuestión previa planteada por Schutzverband. En efecto, esta última sostiene que debe declararse la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial por dos clases de motivos. En primer lugar, en el presente caso no existe ningún elemento transfronterizo, puesto que los hechos objeto de este asunto no afectan a ningún otro Estado miembro. Además, el artículo 53 *bis* del GewO regula modalidades de venta y su compatibilidad con el Derecho comunitario podría haber sido fácilmente apreciada con arreglo a la jurisprudencia relativa al artículo 30 del Tratado. [5] Por lo tanto, el criterio de la necesidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia no se vería satisfecho.

7. Considero que estos argumentos no son convincentes. En lo que atañe a la observación expuesta en último lugar, basta con recordar que el artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE) permite en cualquier caso a los órganos jurisdiccionales nacionales plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, aun cuando ésta sea materialmente idéntica a otra que ya haya sido objeto de remisión en un asunto análogo. [6]

Asimismo, por lo que respecta a la alegación del carácter meramente interno del asunto pendiente ante el órgano jurisdic-

5 — Se hace referencia, en particular, a la jurisprudencia Keck y Mithouard antes citada.

6 — Sentencia de 27 de marzo de 1963, Da Costa (asuntos acumulados 28/62 a 30/62, Rec. p. 57).

cional nacional, procede recordar que la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia se refiere al artículo 30 del Tratado, cuyo objeto consiste en eliminar los obstáculos a la libre circulación de mercancías en la Comunidad. Ahora bien, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Pistre, tales obstáculos pueden existir aun cuando «en el caso concreto sometido al órgano jurisdiccional nacional, todos los elementos se circunscriban al interior de un Estado miembro».[7] En efecto, en semejante situación, «la aplicación de la medida nacional también puede tener efectos sobre la libre circulación de mercancías entre Estados miembros, especialmente cuando la medida de que se trate favorezca la comercialización de mercancías de origen nacional en perjuicio de las mercancías importadas. En tales circunstancias, la aplicación de la medida, aunque se limite únicamente a los productores nacionales, crea y mantiene por sí misma una diferencia de trato entre estas dos categorías de mercancías, que obstaculiza, al menos potencialmente, el comercio intracomunitario».[8]

8. En consecuencia, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando se alega una infracción del artículo 30 del Tratado, el Tribunal de Justicia es competente en todo caso para apreciar si la medida nacional puede afectar al comercio intracomunitario, incluso cuando todos los elementos específicos del litigio principal se circunscriban al interior de un solo Estado miembro.[9]

Sobre el fondo

9. En cuanto al fondo de la cuestión, procede señalar en primer lugar que, a mi juicio, la disposición nacional descrita por el órgano jurisdiccional de remisión no infringe el artículo 30. En efecto, considero que la misma está comprendida dentro de las normativas nacionales que, a partir de la sentencia Keck y Mithouard, han venido siendo excluidas por el Tribunal de Justicia del ámbito de aplicación del artículo 30. Como es sabido, en la sentencia antes citada se recogía el principio en virtud del cual «la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros [...], siempre que dichas disposiciones se apliquen a

7 — Sentencia de 7 de mayo de 1997 (asuntos acumulados C-321/94 a C-324/94, Rec. p. I-2343), apartado 44.

8 — *Ibidem*, apartado 45.

9 — Por el contrario, no considero pertinente, a efectos de afirmar la competencia del Tribunal de Justicia, la jurisprudencia invocada por TK en sus observaciones escritas (sentencias de 18 de octubre de 1990, Dzodzi, asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, Rec. p. I-3763; de 8 de noviembre de 1990, Gmurzynska-Bscher, C-231/89, Rec. p. I-4003; de 26 de septiembre de 1985, Thomasdünger, 166/84, Rec. p. 3001, y de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem, C-28/95, Rec. p. I-4161). En efecto, en estos asuntos el Derecho comunitario no era aplicable de forma directa, sino únicamente en virtud de una remisión efectuada por disposiciones nacionales que acogían, para regular situaciones meramente internas, las soluciones establecidas por el Derecho comunitario. Sin embargo, el presente caso es diferente. No se trata aquí —al contrario de lo que parece pensar el órgano jurisdiccional de remisión— de un asunto meramente interno, que quede fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. La cuestión prejudicial versa efectivamente sobre el artículo 30 del Tratado y —como se ha dicho— esta disposición es también aplicable cuando los elementos específicos del litigio principal se circunscriben al interior de un solo Estado miembro. El caso de que aquí se trata no constituye una ampliación del mecanismo del artículo 177 a litigios que quedan fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros». [10] Las razones en las que se basa esta orientación jurisprudencial son conocidas. Al haber verificado que «cada vez es más frecuente que se invoque el artículo 30 del Tratado para impugnar cualquier tipo de normativa que, sin referirse a los productos de otros Estados miembros, limite la libertad comercial de los operadores económicos», [11] el Tribunal de Justicia quiso restituir a esta disposición su objetivo original, es decir, la protección de los *intercambios de mercancías entre Estados miembros*. Por consiguiente, el artículo 30 no prohíbe a los Estados miembros adoptar normas con carácter general que se destinen a regular la actividad comercial, siempre que tales normas no constituyan un obstáculo específico al acceso de los productos de otros Estados miembros al mercado nacional. Esencialmente, para poder invocar el artículo 30, es necesario que la medida nacional en cuestión implique una reducción *específica* de los intercambios comerciales entre los Estados miembros [12]. Este requisito no se cumple por lo que respecta a las normativas que no se refieren a las características de los productos, sino a las modalidades de su venta exclusivamente. En efecto, como éstas se aplican, sin distinción según el origen de los productos vendidos, a todos los operadores económicos que ejercen su actividad en el territorio nacional, no afectan a la comercialización de los productos procedentes de otros Estados miembros de manera diferente al modo en que afectan a la de los productos nacionales. [13]

10. La orientación que acaba de recordarse ha venido siendo aplicada de forma repetida y coherente. Basta con recordar aquí que, además de la prohibición de la reventa a pérdida, objeto del asunto Keck y Mithouard, el Tribunal de Justicia ha considerado que el artículo 30 del Tratado no se aplica a una norma deontológica, adoptada por un Colegio profesional de Farmacéuticos de un Estado miembro, que prohíbe a los farmacéuticos que ejercen en el ámbito de sus competencias territoriales hacer publicidad, fuera de las oficinas de farmacia, de los productos parafarmacéuticos que están autorizados a vender, en la medida en que dicha normativa se aplica sin distinción en función del origen de los productos de que se trata, por lo que no afecta a la comercialización de los productos procedentes de otros Estados miembros de forma diferente a la de los productos nacionales. [14] Además, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 30 del Tratado no se aplica a una legislación nacional que reserva la venta al por menor de labores del tabaco de cualquier procedencia a distribuidores autorizados, pero que no obstaculiza, a causa de ello, el acceso al mercado nacional de los productos procedentes de otros Estados miembros ni entorpece dicho acceso a la red de distribución con más dificultades que las impuestas a los productos nacionales. En efecto, dicha legislación no se refiere a las características de los productos, sino sólo a

10 — Apartado 16.

11 — Apartado 14 de la sentencia Keck y Mithouard antes citada.

12 — En la sentencia de 20 de junio de 1996, Semeraro Casa Uno y otros (asuntos acumulados C-418/93 a C-421/93, C-460/93 a C-462/93, C-464/93, C-9/94 a C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 y C-332/94, Rec. p. I-2975), el Tribunal de Justicia declaró que no basta, para que una medida quede dentro del ámbito de aplicación del artículo 30, que tenga por único efecto una reducción general del volumen de las ventas y, en consecuencia, una disminución de las importaciones. Es necesaria una disminución específica de las importaciones como tales.

13 — Sentencia de 14 de diciembre de 1995, Banchero (C-387/93, Rec. p. I-4663), apartados 37 y 44.

14 — Sentencia de 15 de diciembre de 1993, Hünermund y otros (C-292/92, Rec. p. I-6787).

las modalidades de su venta al por menor, por lo que la obligación de utilizar una red de minoristas autorizados se aplica sin distinción según el origen de los productos y no afecta a la comercialización de los productos procedentes de otros Estados miembros de manera diferente al modo en que afecta a la de los productos nacionales. [15] Por las mismas razones, se ha señalado que una normativa nacional que reserva en exclusiva a las farmacias la venta de leche transformada para la primera infancia no es contraria al artículo 30 del Tratado. [16]

11. A mi juicio, la jurisprudencia anteriormente referida puede aplicarse al caso de que aquí se trata. En primer lugar, las normas descritas por el órgano jurisdiccional de remisión se aplican indistintamente a los operadores económicos austriacos y a los operadores de otros Estados miembros. En efecto, los comerciantes establecidos en los Estados limítrofes pueden también practicar la venta ambulante en el territorio austriaco en las mismas condiciones impuestas a los comerciantes nacionales. Por consiguiente, desde este punto de vista, no existe ningún obstáculo a la importación de mercancías procedentes de otros Estados miembros.

En particular, lo que me parece decisivo es que la normativa controvertida no tiene por objeto ni como efecto restringir el volumen de las importaciones. Retomando los términos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal normativa no se refiere a las características de los productos alimenticios que pueden comercializarse, sino que tan sólo regula determinadas «modalidades de venta» de esos productos. Se trata, por lo tanto, de normas destinadas a regular la actividad comercial, aplicables con independencia del origen de las mercancías (nacional o de importación) y que no parece que puedan reducir de forma alguna el flujo de las importaciones procedentes de otros Estados miembros. [17]

12. Asimismo, no considero que la normativa nacional de que se trata constituya una restricción encubierta al comercio entre Estados miembros, como sostienen, por el contrario, la Comisión y TK en sus observaciones escritas. En virtud de este último punto de vista, un carnicero, un panadero o cualquier otro comerciante de productos alimenticios que desee ofrecer sus productos mediante la venta a domicilio en Austria se verá obligado a abrir en dicho país un establecimiento además del que posea en su país de origen. Esto implica gastos suplementarios y hace que esta forma de venta no sea ventajosa. Sin embargo, no comparto este parecer. En efecto, la legislación austriaca no se refiere al comercio entre los Estados miembros y tampoco somete a condición alguna el acceso de los productos extranjeros al

15 — Sentencia Banchero, antes citada.

16 — Sentencia de 29 de junio de 1995, Comisión/Grecia (C-391/92, Rec. p. I-1621).

17 — Procede precisar a este respecto que los hechos objeto del presente asunto son diferentes de los hechos subyacentes a la sentencia Du Pont de Nemours citada por la Comisión (sentencia de 20 de marzo de 1990, C-21/88, Rec. p. I-889). El Tribunal de Justicia afirmó en la misma que el hecho de que el efecto restrictivo de una normativa nacional no favorezca al conjunto de los productos nacionales, sino sólo a una parte de los mismos, no puede exceptuar a dicha normativa de la prohibición del artículo 30. El asunto se refería a normas nacionales que reservaban a las empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional un porcentaje de los contratos públicos de suministro, lo que favorecía a las mercancías transformadas en una determinada región de un Estado miembro, impidiendo a las Administraciones y organismos públicos afectados abastecerse, para satisfacer una parte de sus necesidades, de empresas situadas en otros Estados miembros. Esto no se verifica en el presente caso, en el que las restricciones a la venta ambulante no dependen del origen de los productos ofrecidos. Los comerciantes autorizados para practicar la venta ambulante en determinadas circunscripciones administrativas austriacas pueden vender mercancías procedentes de cualquier Estado miembro, sin que la importación de estos productos deba someterse a requisitos particulares que puedan desfavorecerla. Esencialmente, la normativa austriaca que limita el comercio ambulante de los productos alimenticios no afecta a las mercancías, de tal forma que esta normativa no puede impedir el acceso al mercado de los productos importados ni obstaculizarlo en mayor medida que obstaculiza el de los productos nacionales.

mercado nacional. Simplemente, establece una limitación respecto del grupo de distribuidores autorizados para la práctica de una forma de venta determinada, limitación que, como se ha dicho, no depende del origen de los productos. Por lo tanto, no existe ninguna restricción, ni manifiesta, ni encubierta, a la circulación de mercancías. No se ha observado, en efecto, que la normativa nacional implique una reducción del volumen general de los intercambios en el territorio nacional. Tampoco puede *a fortiori* tener una incidencia específica sobre el volumen de las importaciones que justifique por sí sola la aplicación de la prohibición de restricciones cuantitativas o de medidas de efecto equivalente. Por otro lado, procede recordar que las normas nacionales aquí examinadas se refieren sólo a la venta ambulante de productos alimenticios que no hayan sido objeto de pedido previo. Todas las demás modalidades de venta son libres. Por consiguiente, me parece poco realista afirmar que el hecho de que un panadero, un carnicero u otro distribuidor de productos alimenticios establecido, por ejemplo, en Bruselas, París o Berlín, no pueda vender de forma ambulante, en territorio austriaco, productos que no hayan sido pedidos con anterioridad determina una disminución de las importaciones. La razón es simple: en la práctica, esta forma de distribución comercial encuentra, por así decirlo, una «limitación natural» de su radio de acción, puesto que los minoristas de comestibles sólo ofrecen sus productos mediante las modalidades a que se refieren las normas austriacas a los consumidores de las zonas limítrofes. Esto explica que, siempre que se reconozca a los comerciantes establecidos en los Estados miembros limítrofes con Austria la posibilidad de vender sus propias mercancías en las mismas condiciones que las previstas para los comerciantes nacionales, estas normas no pueden afectar a los intercambios intracomunitarios. Por lo tanto, tales normas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado.

Conclusión

13. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión planteada por el Oberster Gerichtshof de la forma siguiente:

«El artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa que establece que los panaderos, los carniceros y los comerciantes de productos alimenticios tan sólo podrán poner a la venta de forma ambulante, de casa en

casa o de localidad en localidad, las mercancías que estén autorizados a vender en razón de su licencia de apertura cuando ejerzan también su actividad comercial en un establecimiento fijo situado en la circunscripción administrativa en la que comercialicen los productos de que se trata en la forma que ha quedado descrita o en un municipio limítrofe, situado en el territorio nacional o en otro Estado miembro.»