

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. SIEGBERT ALBER
presentadas el 8 de abril de 2003¹

I. Introducción

II. Marco jurídico

A. Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa^{2, 3}

2. Artículo 1

1. La presente petición de decisión prejudicial se refiere a la compatibilidad de una prohibición de publicidad nacional con las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías y, en su caso, a la libre prestación de servicios. Con arreglo al Derecho austriaco, está prohibido hacer publicidad en la que se anuncie que los productos ofrecidos para la venta proceden de la masa de una quiebra cuando, en ese momento, los productos ya no forman parte de la masa de la quiebra.

«La presente Directiva tendrá por objeto proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial o industrial, artesanal o profesional, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas, y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa.»⁴

2 — Así reza el título, modificado mediante la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa (DO L 290, p. 18).

3 — DO L 250, p. 17; EE 15/05, p. 55.

4 — Texto de la versión modificada por la Directiva 97/55.

1 — Lengua original: alemán.

3. Artículo 2, número 2

«A los fines de la presente Directiva, se entenderá por:

- a) las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, su naturaleza, su ejecución, su composición, el procedimiento y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado, sus utilizaciones, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y las características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o los servicios;

[...]

[...]»

- 2) publicidad engañosa: toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor [...]

5. Artículo 7

«1. La presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia, en materia de publicidad engañosa, de los consumidores, de las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, así como del público en general.⁵

4. Artículo 3

«Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:

[...]»

5 — Texto de la versión modificada por la Directiva 97/55.

B. *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984* ⁶ (*Ley federal austriaca contra la competencia desleal; en lo sucesivo, «UWG»*)

7. Artículo 30, apartado 1

«Prohibición de remisión a la masa de una quiebra en caso de venta de bienes

6. Artículo 2, apartado 1

«Engaño

Cuando se haga publicidad, en publicaciones o anuncios destinados a un gran número de personas, de la venta de bienes procedentes de la masa de una quiebra, pero que ya no forme parte de la misma, estará prohibido hacer cualquier referencia al origen de los bienes de la masa de una quiebra.»

Quien proporcione con fines competitivos, en el tráfico económico, indicaciones que puedan inducir a engaño sobre las relaciones comerciales, en particular sobre las características, el origen, el modo de fabricación o la determinación del precio de determinados bienes o servicios o de la totalidad de la oferta, sobre listas de precios, sobre la forma de adquisición o la fuente de adquisición de los bienes, sobre la obtención de premios, sobre el motivo o la finalidad de la venta o sobre el volumen de existencias, podrá ser objeto de una acción de cesación de las indicaciones y, si tenía conocimiento o debía tener conocimiento de que éstas podían inducir a engaño, de una acción de indemnización por daños y perjuicios.»

III. Hechos

8. Las partes del litigio principal se dedican a la compra y liquidación de bienes patrimoniales procedentes de procedimientos de insolvencia. Ambas se interesaron en la liquidación del patrimonio mobiliario de una empresa de construcción declarada en quiebra. El 26 de marzo de 2001, la parte demandada en el procedimiento principal (en lo sucesivo, «Troostwijk») adquirió, con autorización del órgano jurisdiccional competente para dicha quiebra, maquinaria, vehículos y materiales de construcción de la empresa quebrada. Estos bienes adquiridos, procedentes de la masa de la quiebra, debían ser revendidos el 14 de mayo de 2001 en subasta. Troostwijk hizo

⁶ — BGBl. n.º 448/1984, modificada en último lugar por BGBl. I n.º 136/2001.

la siguiente publicidad de la subasta convocada al efecto:

9. Dicha publicidad se realizó tanto mediante un catálogo de venta como mediante la publicación de un anuncio. El anuncio fue publicado también en la página web www.troostwijkauktions.com.

«GRAN SUBASTA CONCURSAL

de la maquinaria, los materiales de construcción y el parque móvil

10. La parte demandante en el procedimiento principal (en lo sucesivo, «Karner») obtuvo del Handelsgericht Wien una medida cautelar en virtud de la cual se ordenaba a Troostwijk:

de la MASA DE LA QUIEBRA de la empresa [...]

«[...]

EL LUNES 14 DE MAYO DE 2001

a partir de las 10.00 [...]

- 1) cesar de inmediato, hasta que se resuelva de manera definitiva el litigio [...], de anunciar con fines competitivos en el tráfico económico, mediante publicaciones o anuncios dirigidos a un gran número de personas, la venta de bienes haciendo referencia a su origen de la masa de una quiebra, en la medida en que las mercancías ya no formen parte de la masa de la quiebra;

TROOSTWIJK Gesellschaft m.b.H.

DICTAMENES PERICIALES — SUBASTAS — LIQUIDACIONES [...]

- 2) realizar, ante los interesados en la compra de los bienes subastados en la subasta pública que se celebrará el 14 de mayo de 2001, una declaración en el sentido de que la demandada

www.troostwijkauktions.com»

adquirió los bienes al síndico de la quiebra y la subasta no se realiza en nombre ni por cuenta del síndico de la quiebra, sino por cuenta de la propia demandada, por lo que no se trata de una subasta concursal.»

11. El Oberlandesgericht Wien confirmó la orden de cesación basada en el artículo 30 de la UWG y desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la obligación de declaración por falta de interés. Contra esta sentencia, Troostwijk interpuso un recurso de casación (Revision austriaca) extraordinario ante el Oberster Gerichtshof.

12. Este alberga dudas sobre la compatibilidad de la prohibición contenida en el artículo 30, apartado 1, de la UWG con el artículo 28 CE. Señala que el legislador consideró, al adoptar la medida, «[...] que el público prefiere las compras de bienes enajenados por el síndico de la quiebra por suponer que se trata de una buena oportunidad de compra, pero que cuando se anuncia que se trata de bienes procedentes de la masa de una quiebra, no distingue con mayor precisión si la venta es organizada por el síndico de la quiebra o por otra persona que haya adquirido los bienes de dicha masa. Se trata [...] de evitar que otras personas que hayan adquirido los bienes procedentes de la masa de la quiebra se aprovechen de esta preferencia del público.»

13. Según el Oberster Gerichtshof, la prohibición se aplica con independencia de si, en el caso concreto de que se trate, existe efectivamente el riesgo de engaño o si éste está excluido en virtud de las correspondientes indicaciones aclaratorias. Dicha disposición se aplica también cuando en la publicidad se indica que quien la realiza ha adquirido los bienes al síndico de la quiebra e incluso en caso de que, pese al margen de beneficio del adquirente que debe añadirse, siga existiendo una diferencia significativa de precios. Con ello, también se priva al consumidor de indicaciones verdaderas y útiles.

14. En cambio, la prohibición general de engaño, del artículo 2 de la UWG, tan sólo afecta a aquellas indicaciones que efectivamente puedan dar lugar a engaño. Por tanto, el ámbito de aplicación de esta disposición es más reducido que el del supuesto especial del artículo 30 de la UWG.

15. En opinión del órgano jurisdiccional remitente, la prohibición de publicidad del artículo 30 de la UWG puede restringir los intercambios en el mercado interior. Cuando se impide a un empresario indicar de forma verídica que ofrece mercancías a un precio especialmente bajo debido a que las ha adquirido (en condiciones todavía más favorables) al síndico de una quiebra, se priva a los consumidores de dicha información. El adquirente de bienes procedentes de la masa de una quiebra debe tener en cuenta además, en su publicidad,

las distintas normas aplicables en cada uno de los diferentes Estados miembros de la Comunidad.

16. En la resolución de remisión se expresan dudas sobre si el artículo 30 de la UWG puede considerarse como una modalidad de venta en el sentido de la sentencia Keck y Mithouard,⁷ sin hacer ninguna otra consideración a este respecto.

17. El Oberster Gerichtshof también considera dudosa que la restricción esté justificada por razones de protección de los consumidores. Considera que la normativa de que se trata es desproporcionada, ya que también se prohíbe la difusión de información útil y que no puede dar lugar a engaño. En consecuencia, planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 28 CE en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, con independencia del contenido de verdad de la publicidad, prohíbe cualquier referencia al hecho de que los bienes proceden de la masa de una quiebra cuando se anuncia, en publicaciones o anuncios destinados a un gran número de personas, la venta de bienes que, si bien proceden de la masa de una quiebra, ya no forman parte de la misma?»

IV. Alegaciones de las partes

A. Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

18. Karner niega la admisibilidad de la remisión prejudicial. Según afirma, los hechos que dieron lugar al procedimiento no tienen ninguna conexión transfronteriza. El artículo 30 de la UWG se refiere a la publicidad en Austria. La prohibición controvertida en el procedimiento principal se refiere a una publicidad realizada en Austria, de una venta, que tendrá lugar en Austria, de bienes adquiridos de la masa de una quiebra austriaca. Las dos partes del procedimiento principal están establecidas en Austria.

19. Tan sólo Troostwijk entra a analizar este argumento. Ahora bien, para ella la conexión con el extranjero en el presente caso se deriva del hecho de que la publicidad se difunde por Internet.

B. Sobre la existencia de una restricción de la libre circulación de mercancías

20. Troostwijk sostiene que el artículo 30 de la UWG restringe la libre circulación de mercancías. Según afirma, esta norma

⁷ — Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097), apartados 16 y 17.

prohíbe la difusión de información verdadera. Ahora bien, dicha información no sólo es interesante para el potencial comprador, sino que también resulta importante para su decisión de compra. En consecuencia, dicha normativa obstaculiza la venta de los bienes.

21. Debido a su difusión por Internet, la publicidad no está limitada, por su naturaleza, a un Estado miembro. Ahora bien, tan sólo en Alemania existe una disposición comparable al artículo 30 de la UWG, la del artículo 6 de la Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la competencia desleal alemana). En cambio, en otros Estados miembros, como por ejemplo en Bélgica, Francia y Suecia, este tipo de publicidad está permitida. [El Gobierno sueco contradice esta afirmación remitiéndose al artículo 9, letra i), de la Ley de comercio sueca, que, según afirma, contiene una norma comparable].

22. Las distintas situaciones jurídicas existentes en los diferentes Estados miembros implican que la publicidad de un bien procedente de la masa de una quiebra deba ser diferente en cada caso. Esto genera unos costes considerables y, en parte, es también impracticable. En Internet, es imposible establecer diferenciaciones, ya que en este medio la publicidad no puede limitarse geográficamente.

23. Troostwijk considera que la normativa del artículo 30 de la UWG se refiere al

producto. La información sobre el origen de un producto se refiere a sus propiedades. Por esta razón, no se trata de una modalidad de venta en el sentido de la jurisprudencia Keck y Mithouard.

24. Karner, el Gobierno austriaco y el Gobierno sueco, al igual que la Comisión, consideran, en cambio, que la normativa del artículo 30 de la UWG no pretende regular la circulación de mercancías. Por el contrario, a su juicio, constituye una modalidad de venta, por lo que consideran que el artículo 28 CE no se aplica a la misma.

25. En su opinión, la prohibición no es una normativa referida al producto. No se establece ninguna exigencia por lo que respecta a la denominación de las mercancías, su forma, sus dimensiones, su peso, su composición, su presentación, su etiquetado o su empaquetado. Por el contrario, se trata de una normativa sobre comercialización que regula la forma en que la venta se lleva a cabo. La publicidad es el método más eficaz de promoción de ventas. En apoyo de su tesis, se remiten a las sentencias en los asuntos Hünermund,⁸ Leclerc-Siplec,⁹ De Agostini¹⁰ y Gourmet International,¹¹ en las que el Tribunal de Justicia calificó medidas de publicidad como modalidades de venta.

8 — Sentencia de 15 de diciembre de 1993 (C-292/92, Rec. p. I-6787).

9 — Sentencia de 9 de febrero de 1995 (C-412/93, Rec. p. I-179).

10 — Sentencia de 9 de julio de 1997 (asuntos acumulados C-34/95, C-35/95 y C-36/95, Rec. p. I-3843).

11 — Sentencia de 8 de marzo de 2001 (C-405/98, Rec. p. I-1795).

26. Según dichas partes, la prohibición del artículo 30 de la UWG afecta por igual a los productos y a los operadores nacionales y extranjeros. No restringe el acceso al mercado de los productos extranjeros. En consecuencia, se cumplen las exigencias establecidas en la jurisprudencia para que una modalidad de venta sea legal.

27. La Comisión señala, además, que sólo las prohibiciones absolutas son ilegales con arreglo al Derecho comunitario, ya que contribuyen a consolidar los hábitos de consumo nacionales. Ahora bien, el artículo 30 de la UWG sólo restringe la publicidad por lo que respecta a una indicación muy concreta, a saber, que el bien objeto de la publicidad procede de una quiebra.

C. Sobre la justificación de la restricción por razones imperiosas de interés general

28. Troostwijk considera que la restricción de la libre circulación de mercancías que se deriva del artículo 30 de la UWG no está justificada. Esta disposición no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 84/450, ya que no es necesaria por razones de protección de los consumidores, en la medida en que se trata de la difusión de información verda-

dera. En este contexto se remite a la sentencia en el asunto GB-INNO-BM.¹² En esa medida, el artículo 30 de la UWG también infringe, en su opinión, la Directiva 84/450.

29. Según Troostwijk, si se toma como base la idea del consumidor medio medianamente informado, diligente y experto que se ha tomado como referencia en la jurisprudencia, sólo debe garantizarse la protección contra indicaciones que puedan inducir a engaño de manera concreta al consumidor. Esta función ya la desempeña el artículo 2 de la UWG. En cambio, no hace falta ninguna disposición, como la del artículo 30 de la UWG, para evitar un riesgo de engaño abstracto.

30. Para terminar, Troostwijk se remite asimismo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con arreglo a la cual el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH») protege también la difusión de anuncios publicitarios.¹³ En su opinión, la prohibición de difusión de indicaciones verdaderas no es necesaria para el mantenimiento del orden democrático. Como consecuencia de ello, la prohibición del artículo 30 de la UWG también infringe el artículo 10 del CEDH, razón por la cual es contraria al Derecho comunitario.

12 — Sentencia de 7 de marzo de 1990 (C-362/88, Rec. p. I-667), apartado 18.

13 — Cita la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos de Humanos de 20 de noviembre de 1990 en el asunto Markt Intern/Alemania, serie A, nº 165.

31. Karner, el Gobierno austriaco y el Gobierno sueco consideran, en cambio, que la prohibición establecida en el artículo 30 de la UWG está justificada por razones de protección de los consumidores y de la lealtad de las transacciones comerciales. El consumidor no distingue entre los bienes vendidos por el propio síndico de la quiebra y aquellos otros vendidos por terceros tras su adquisición de la masa de la quiebra. El anuncio de que el bien procede de la masa de una quiebra tiene un efecto de atracción. En tales casos, el consumidor considera erróneamente que se trata de una oportunidad especialmente favorable. Esta expectativa se ve defraudada cuando la mercancía se encarece como consecuencia de la aplicación de los márgenes de beneficio de los intermediarios. La prohibición del artículo 30 de la UWG pretende proteger a los consumidores contra esta defraudación de sus expectativas.

33. El Gobierno sueco señala asimismo que las ventas realizadas por el síndico de la quiebra están sujetas, por regla general, a normas especiales, como por ejemplo la liquidación de los bienes de la masa de la quiebra dentro de un determinado plazo. Estas normas no se aplican a una venta realizada por terceros una vez que los bienes han dejado de formar parte de la masa de la quiebra. Denominar una reventa de este tipo como «subasta concursal» o «venta concursal» o de algún modo similares, por tanto, engañoso. En su opinión, la protección no sólo es necesaria por razones de protección de los consumidores, sino también para mantener la lealtad de las transacciones comerciales.

34. Por último, Karner y el Gobierno sueco no ven ninguna medida alternativa igualmente eficaz y menos restrictiva. En consecuencia, también consideran que la prohibición es proporcionada.

V. Apreciación

32. Además, el Gobierno austriaco opina que la normativa de que se trata es conforme al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 84/450. Con arreglo al artículo 3 de dicha Directiva, para determinar si una publicidad es engañosa deben tenerse en cuenta todos sus elementos, y principalmente sus indicaciones concernientes al origen de los bienes. Puesto que esta Directiva tan sólo establece un nivel mínimo de protección, en el artículo 7 se faculta a los Estados miembros para adoptar medidas más estrictas de protección de los consumidores.

A. Directiva 84/450 sobre publicidad engañosa

35. Mediante la Directiva 84/450, el legislador europeo estableció una aproximación de las disposiciones de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. Según las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, el artículo 30 de la UWG austriaca pertinente para la resolución del litigio tiene por objeto la protección contra la publicidad engañosa. En consecuencia, se

plantea la cuestión de la compatibilidad de la prohibición de publicidad establecida en el artículo 30 de la UWG con las disposiciones de dicha Directiva.

36. La Directiva no contiene una normativa expresa en materia de publicidad de la subasta de bienes procedentes de la masa de una quiebra. El criterio contenido en el artículo 3 de la Directiva, según el cual para determinar si una publicidad es engañosa deben tenerse en cuenta todos sus elementos y principalmente las indicaciones concernientes a características de los bienes como su origen comercial, sólo podría resultar pertinente a efectos de la prohibición del artículo 2 de la UWG austriaca, en la medida en que se trata de la necesaria determinación de la existencia de un riesgo de engaño en un caso concreto. Pero no afecta a la disposición del artículo 30 de la UWG, ya que la misma está destinada a luchar contra un riesgo de engaño abstracto. En este supuesto, no es necesario demostrar la existencia de un riesgo de engaño en el caso concreto de que se trate. Con independencia de su presentación concreta y de la posibilidad real de que la publicidad dé lugar a engaño, se prohíbe indicar que los bienes proceden de la masa de una quiebra siempre y cuando, en el momento de difundirse la publicidad, dichos bienes ya no formen parte de la masa de la quiebra. La lucha contra este tipo de riesgos abstractos no es objeto de la aproximación de las legislaciones llevada a cabo por la Directiva 84/450.

37. No obstante, la Directiva tampoco prohíbe este tipo de disposiciones. En el

último considerando de la Directiva y en su artículo 7, apartado 1, se establece de manera expresa y clara que la Directiva no debe ser obstáculo para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia de los consumidores. Entre ellas, puede incluirse también la lucha contra los riesgos de engaño abstractos. Por consiguiente, la Directiva 84/450 no se opone a la prohibición del artículo 30 de la UWG.

B. Medida de efecto equivalente a una restricción a la importación (artículo 28 CE)

38. Puesto que la prohibición controvertida no es una medida de armonización de la Comunidad, procede dilucidar la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente de si los artículos 28 CE y 30 CE pueden interpretarse en el sentido de que se oponen a una prohibición como la del artículo 30 de la UWG.

1. Sobre la excepción de inadmisibilidad

39. En primer lugar, procede examinar la excepción propuesta por Karner según la

cual los hechos del procedimiento principal tienen una dimensión meramente nacional y no afectan a la circulación de mercancías entre los Estados miembros, por lo que procede declarar la inadmisibilidad de la remisión prejudicial.

2. Sobre la existencia de una restricción de la libre circulación de mercancías

40. La aplicación de la legislación austriaca a un anuncio publicitario publicado en Austria, de una subasta, que iba a tener lugar en Austria de bienes adquiridos de la masa de una quiebra por parte de una empresa establecida en Austria tan sólo afecta, en principio, a una situación de hecho nacional. Ahora bien, esta situación de hecho no supone la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial. El litigio no es artificial ni hipotético en el sentido de la jurisprudencia Foglia.¹⁴

41. La cuestión planteada por Karner se refiere más bien a si el artículo 28 CE se aplica a unos hechos como los del procedimiento principal. Karner considera excluida la incompatibilidad del artículo 30 de la UWG con las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, ya que, en el presente caso, no se ven afectados los intercambios entre Estados. Sin embargo, la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 28 CE es una cuestión jurídica material. En consecuencia, procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

42. El artículo 28 CE prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y todas las medidas de efecto equivalente. Con arreglo a la fórmula «Dassonville», una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación es cualquier medida que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario.¹⁵

43. El anuncio publicitario controvertido en el procedimiento principal fue publicado en Internet. Esto proporcionó a los potenciales compradores en otros Estados miembros la posibilidad de tener conocimiento de la publicidad y, en su caso, de adquirir bienes en la subasta. Si se prohíbe una publicidad de este tipo con base en el artículo 30 de la UWG, el comercio intracomunitario se obstaculiza al menos, de manera indirecta y potencial, ya que se hace imposible dicha publicidad. Lo que cabe preguntarse es si esto es suficiente para que se aplique la prohibición del artículo 28 CE o si la solución a este problema no debe buscarse más bien en los medios con que cuenta el Derecho constitucional nacional.

14 — Sentencias de 16 de diciembre de 1981 (244/80, Rec. p. 3045), apartado 18, y de 16 de julio de 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871), apartado 25.

15 — Sentencias de 11 de julio de 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837), apartado 5, y Keck y Mithouard, citada en la nota 7, apartado 11.

44. En la argumentación de Karner, según la cual se trata de unos hechos puramente nacionales, subyace una cuestión muy diferente y mucho más difícil de responder: ¿pretende el artículo 28 CE garantizar el libre ejercicio de la actividad comercial en los diferentes Estados miembros o debe limitarse a la liberalización del comercio intracomunitario? En última instancia, para Troostwijk no se trata tanto de sus potenciales oportunidades de venta en el extranjero como de eludir una restricción de la publicidad que constituye una cortapisa para el ejercicio de la actividad comercial en el territorio nacional. Cabe preguntarse si esto sigue estando comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 28 CE.

45. El presente procedimiento plantea dos cuestiones por lo que respecta al ámbito de aplicación del artículo 28 CE: en primer lugar, la de si la prohibición de publicidad controvertida no constituye tal vez una modalidad de venta que, desde la sentencia Keck y Mithouard, en principio no está sujeta a la prohibición del artículo 28 CE. Y, en segundo lugar, la de si la norma relativa a la publicidad debe apreciarse a la luz de las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías o de las relativas a la libre prestación de servicios.

46. Debido al carácter subsidiario de las normas relativas a la libre prestación de servicios en relación con las normas relativas a la libre circulación de mercancías, establecido en el artículo 50 CE, apartado 1, procede examinar en primer lugar si la normativa del artículo 30 de la UWG está

comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 28 CE.

3. Sobre la calificación como modalidad de venta

47. Con arreglo a la anterior jurisprudencia, una legislación que limita o prohíbe determinadas formas de publicidad y determinados medios de promoción de las ventas, pese a no condicionar directamente las importaciones, puede restringir el volumen de éstas al afectar a las posibilidades de comercialización de los productos importados.¹⁶ Basándose en un análisis de este tipo, el Tribunal de Justicia aceptó, en los asuntos Oosthoek's Uitgeversmaatschappij,¹⁷ GB-INNO-BM,¹⁸ Aragonesa,¹⁹ e Yves Rocher,²⁰ una restricción de la libre circulación de mercancías mediante prohibiciones de publicidad.

48. Sin embargo, la sentencia en los asuntos acumulados Keck y Mithouard supuso un giro fundamental en la jurisprudencia. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia distinguió entre las medidas referidas a productos y las referidas a la comercializa-

16 — Sentencias de 15 de diciembre de 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (286/81, Rec. p. 4575), apartado 15; GB-INNO-BM, citada en la nota 12, apartado 7, y Keck y Mithouard, citada en la nota 7, apartado 13.

17 — Sentencia citada en la nota 16.

18 — Sentencia citada en la nota 12.

19 — Sentencia de 25 de julio de 1991 (asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90, Rec. p. I-4151).

20 — Sentencia de 18 de mayo de 1993 (C-126/91, Rec. p. I-2361).

ción, excluyendo en principio estas últimas del ámbito de aplicación del artículo 28 CE.

49. Con arreglo a dicha sentencia, 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 en el sentido de la jurisprudencia Dassonville. No obstante, esto se aplica únicamente con la doble salvedad de que las disposiciones deben aplicarse a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional y que deben afectar 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. Siempre y cuando se cumplan estos requisitos, con arreglo a dicha jurisprudencia la aplicación de normativas de este tipo no puede impedir o dificultar el acceso al mercado de los productos procedentes de otro Estado miembro en mayor medida que dificulta el de los productos nacionales, por lo que dichas normativas quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 28 CE.²¹ De acuerdo con este criterio, el hecho de que la legislación nacional sea susceptible de restringir el volumen de las ventas de productos procedentes de otros Estados miembros de manera general ya no se considera suficiente para considerar dichas normas como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación.²²

50. Debido a este giro de la jurisprudencia, desde entonces el Tribunal de Justicia ha considerado las restricciones a la publicidad de la venta de determinadas mercancías, en principio, como una normativa referida a la comercialización que no está sujeta a la prohibición del artículo 28 CE. Como ejemplos, cabe remitirse a las sentencias Hünermund,²³ Leclerc-Siplec,²⁴ y De Agostini.²⁵ En el asunto Gourmet International,²⁶ el Tribunal de Justicia estimó, en cambio, que existía una restricción de la libre circulación de mercancías, ya que la prohibición de publicidad afectaba en mayor medida a la comercialización de los productos importados que a la de los productos nacionales, si bien consideró que la restricción estaba en principio justificada por razones de protección de la salud pública, limitándose a formular una reserva en relación con la proporcionalidad.

51. El artículo 30 de la UWG se refiere a la publicidad de la venta de determinados bienes y, por tanto, con arreglo a la jurisprudencia más reciente, a una modalidad de venta. En consecuencia, sobre la base de dicha jurisprudencia en el presente caso debería llegarse a la conclusión de que

21 — Sentencia Keck y Mithouard, citada en la nota 7, apartados 16 y 17.

22 — Sentencias Keck y Mithouard, citada en la nota 7, apartado 13, y de 20 de junio de 1996, 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, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 y C-332/94, Rec. p. I-2975), apartado 24.

23 — Sentencia citada en la nota 8, apartado 22 (publicidad fuera de las oficinas de farmacia de productos parafarmacéuticos).

24 — Sentencia citada en la nota 9, apartado 22 (prohibición de la publicidad televisiva en favor de empresas de distribución).

25 — Sentencia citada en la nota 10, apartado 44 (prohibición absoluta de publicidad dirigida a niños de menos de doce años o engañosa con arreglo a la legislación sueca).

26 — Sentencia citada en la nota 11, apartados 25 y 32.

la prohibición del artículo 30 de la UWG no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 28 CE.

composición, su forma, sus dimensiones, su peso o su origen. En consecuencia, la prohibición del artículo 30 de la UWG es una medida referida a la comercialización.

52. En contra de la calificación del artículo 30 de la UWG como una medida referida a la comercialización, Troostwijk objeta que el origen de un bien no afecta a su comercialización, sino a sus propiedades. La referencia al origen de un bien se refiere al producto.

53. Como queda señalado, en el artículo 3, letra a), de la Directiva 84/450 se menciona el origen de un bien como una de las «características del bien». Por ello, resulta perfectamente sostenible considerarlo como una propiedad que caracteriza al bien.

54. Ahora bien, esto no significa que la prohibición de la publicidad en la que se indique que los bienes proceden de la masa de una quiebra sea por ello una normativa referida al producto. El artículo 30 de la UWG no regula la cuestión de si los bienes que proceden de la masa de una quiebra pueden comercializarse en Austria, sino la de cómo puede hacerse publicidad de la venta de ese tipo de bienes, a saber, sin indicar que el bien procede de la masa de una quiebra. El artículo 30 de la UWG prohíbe la publicidad que sugiere un precio más favorable en razón del origen del bien. Ahora bien, esto no impide que dicha norma se refiera a la publicidad de un producto, y no al propio producto, su

55. No obstante, con arreglo a la jurisprudencia antes citada las modalidades de venta sólo quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 28 CE si se aplican a todos los operadores afectados que ejercen su actividad en el territorio nacional y afecta del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los productos procedentes de otros Estados miembros.²⁷

56. La prohibición de publicidad del artículo 30 de la UWG se aplica a todos los operadores que ejercen su actividad en Austria. Por consiguiente, se cumple la primera condición.

57. En cambio, resulta dudoso si también se cumple la segunda condición. Troostwijk alega que, en otros Estados miembros, se admite la publicidad con la indicación de

27 — Sentencia Keck y Mithouard, citada en la nota 7, apartado 16.

que los bienes proceden de la masa de una quiebra, e invoca como ejemplos Bélgica, Francia y Suecia. Según afirma, la utilización de Internet hace imposible diferenciar la publicidad realizada en Austria y en otros Estados miembros. En consecuencia, la normativa obstaculiza la libre circulación de mercancías en la medida en que el artículo 30 de la UWG limita la realización de publicidad permitida en otros Estados miembros.

58. El Gobierno sueco contradice la exposición que hace Troostwijk y señala que, en el Derecho sueco, existe una norma comparable a la del artículo 30 de la UWG. La Comisión sostiene que lo que debe tenerse en cuenta es si la normativa controvertida obstaculiza en mayor medida o incluso impide el acceso al mercado de los productos extranjeros. Sólo si se crea una ventaja competitiva a favor del distribuidor nacional de los productos existirá, a su juicio, una restricción de la libre circulación de mercancías. Opina que no es eso lo que sucede en el caso del artículo 30 de la UWG.

59. La cuestión planteada por Troostwijk de si, al difundir publicidad en Internet, es posible diferenciar en función de los diferentes Estados miembros es una cuestión de hecho que debe examinar el órgano jurisdiccional remitente. Con independencia de la respuesta a la misma, queda, en cambio, el hecho de que, según las alegaciones de la parte demandada en el procedimiento principal, no en todos los Estados miembros

existe una prohibición como ésta, de modo que la publicidad prohibida en Austria estaría permitida en algunos Estados miembros.

60. Las estrategias publicitarias uniformes que se aplican en todo el mercado interior deben ser protegidas por el Derecho comunitario contra los obstáculos. Así lo declaró ya el Tribunal de Justicia en las sentencias Yves Rocher y Mars.²⁸ Internet crea nuevas posibilidades para los operadores económicos que, a falta de una normativa comunitaria, hasta ahora no podían ser plenamente aprovechadas como consecuencia de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros. Los obstáculos derivados de ello no pueden impedir el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.

61. No es necesario entrar aquí en la cuestión de hasta qué punto la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico),²⁹ consigue resolver este problema. En la fecha de autos, en mayo de 2001, no era aplicable en Austria. La adaptación del Derecho interno a la misma sólo se produjo mediante la E-Commerce-

28 — Sentencias Yves Rocher, citada en la nota 20, apartado 10, y de 6 de julio de 1995, Mars (C-470/93, Rec. p. I-1923), apartado 13.

29 — DO L 178, p. 1.

Gesetz (Ley de comercio electrónico),³⁰ que no entró en vigor hasta el 1 de enero de 2002.

62. La exigencia de respetar las diferentes normativas en materia de publicidad de los Estados miembros a la que alude Troostwijk y la necesidad que de ello se deriva de adaptar la publicidad podría constituir, en esa medida, una discriminación en perjuicio de los productos importados, ya que las empresas no establecidas en Austria se ven obligadas a adaptar su publicidad comunitaria para el mercado austriaco de conformidad con lo dispuesto en la normativa del artículo 30 de la UWG. Los costes que deben soportarse tan sólo para determinar lo que está legalmente permitido en cada uno de los Estados miembros son considerables.³¹ Por consiguiente, la normativa del artículo 30 de la UWG da lugar a unos mayores gastos de publicidad en el caso de los productos importados. Cabe cuestionarse si estos gastos adicionales justifican por sí solos el que pueda hablarse de una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa.

63. La respuesta a esta cuestión difícilmente puede basarse en la conclusión a la que llegó el Tribunal de Justicia en el asunto Yves Rocher, ya que dicha sentencia se

dictó con anterioridad a la sentencia Keck y Mithouard, en la que se introdujo la distinción entre medidas referidas a la comercialización y medidas referidas al producto.

64. Ahora bien, lo cierto es que, con arreglo a la jurisprudencia más reciente, es posible responder negativamente a dicha cuestión. Por un lado, el aumento de los costes no se deriva de la adaptación de los productos que van a importarse, sino de la adaptación de la publicidad, es decir, de un elemento referido a la comercialización. Es muy probable que, si se aplica la distinción efectuada en la sentencia Keck y Mithouard, deba considerarse que un mayor gasto económico como ése no está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 28 CE.

65. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha partido de la base, también en su jurisprudencia más reciente, de si la normativa de que trata dificulta el acceso al mercado de los productos extranjeros. Así lo consideró en el asunto Gourmet International en relación con una prohibición de toda publicidad destinada a los consumidores a través de anuncios en la prensa, la radio y la televisión, mediante envío directo de material no solicitado o por medio de carteles en la vía pública.³² A diferencia de los hechos que dieron lugar a aquel asunto, el artículo 30 de la UWG no impone, sin embargo, una prohibición completa de publicidad de los bienes que proceden de la masa de una quiebra. Tan sólo se prohíbe la publicidad en la que se haga referencia al hecho de que los bienes proceden de una quiebra. Por lo demás, se permite hacer

30 — Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt und das Signaturgesetz sowie die Zivilprozessordnung geändert werden (Ley federal por la que se regulan determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico y de los negocios jurídicos y se modifican la Ley de firma y la Ley de enjuiciamiento civil; Ley de comercio electrónico), BGBl. I n° 152/2001.

31 — Véanse las consideraciones efectuadas en la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, COM(1998) 586 final, de 18 de noviembre de 1998, pp. 9 y ss.

32 — Sentencia citada en la nota 11, apartado 21.

publicidad libremente de los bienes comercializados, por supuesto siempre que se respete la prohibición concreta de engaño establecida en el artículo 2 de la UWG. En esa medida, procede considerar que la normativa de que se trata no obstaculiza, en definitiva, el acceso al mercado de los productos procedentes de otros Estados miembros en mayor medida que el de los productos nacionales, con los que el consumidor está espontáneamente más familiarizado. Las partes tampoco han alegado nada que indique que el artículo 30 de la UWG dificulta el acceso al mercado de los productos procedentes de otros Estados miembros en Austria.

66. Como consecuencia de ello, procede considerar que el artículo 30 de la UWG afecta del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los productos procedentes de otros Estados miembros. De este modo, se cumplen los requisitos para considerar que se trata de una modalidad de venta que queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 28 CE.

67. En consecuencia, como resultado de este examen procede declarar que la prohibición de publicidad del artículo 30 de la UWG, por tratarse de una medida referida a la comercialización (modalidad de venta), no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 28 CE.

4. Sobre la justificación de la restricción por razones imperiosas de interés general

68. Con carácter subsidiario, para el caso de que el Tribunal de Justicia no acoja este análisis, sino que considere que el artículo 30 de la UWG da lugar a una restricción de la libre circulación de mercancías, queda por examinar la cuestión de si la normativa está eventualmente justificada de conformidad con el artículo 30 CE.

69. Con arreglo al artículo 30 CE, las disposiciones del artículo 28 CE no son obstáculo para las restricciones a la importación justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y de la vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. En el presente caso, no concurren dichas razones de justificación.

70. Más allá del canon del artículo 30 CE, en aquellos ámbitos en los que no se ha adoptado ninguna medida de armonización comunitaria con arreglo a una reiterada jurisprudencia los obstáculos al comercio intracomunitario que resulten de disparidades entre normas nacionales deben aceptarse en la medida en que tales normas sean indistintamente aplicables a los productos nacionales y a los importados y en cuanto sean necesarias para cumplir exigencias imperativas relativas, en particular, a la

protección de los consumidores. Pero, para que puedan admitirse tales normas, es preciso que sean proporcionadas al objetivo perseguido y que este objetivo no pueda lograrse aplicando medidas que restrinjan menos los intercambios intracomunitarios.³³

71. Tal como se ha señalado antes, la Directiva 84/450 no regula el caso de la restricción de la publicidad mediante una prohibición absoluta por razones relacionadas con la existencia de un riesgo abstracto de engaño. En consecuencia, el ámbito pertinente a efectos del presente asunto no ha sido objeto de una armonización comunitaria. Además, el artículo 30 de la UWG se aplica por igual a los productos nacionales y a los importados. En consecuencia, se cumplen las dos primeras condiciones. Cabe preguntarse si la normativa es necesaria y además proporcionada por las razones de protección de los consumidores y de la lealtad de las transacciones comerciales por las cuales el legislador austriaco la adoptó, tal como señala el órgano jurisdiccional remitente.

72. La protección de los consumidores y de la lealtad de las transacciones comerciales

han sido consideradas en la jurisprudencia como exigencias imperativas de interés general que, en principio, pueden justificar las restricciones a la libre circulación de mercancías.³⁴

73. Troostwijk invoca, frente a esta justificación de la restricción de la publicidad, el derecho a la libertad de expresión tal como está consagrado en el artículo 10 del CEDH. Según reconoce, dicho derecho puede ser limitado. Sin embargo, para el mantenimiento del orden democrático no es necesario restringir las comunicaciones que se atienen a la verdad.

74. Ciertamente, el Tribunal de Justicia no examina si las normativas nacionales que no han sido adoptadas en el marco del Derecho comunitario son compatibles con el CEDH. En cambio, si una normativa de ese tipo está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario el Tribunal de Justicia debe proporcionar al órgano jurisdiccional remitente, cuando se recurre a él mediante un procedimiento prejudicial, todos los criterios de interpretación que necesite para poder apreciar la compatibilidad de dicha normativa con los derechos fundamentales por cuya salvaguardia debe velar el Tribunal de Justicia y que se derivan, en particular, del CEDH. En particular, cuando un Estado miembro invoca una norma que admite restricciones a libertades fundamentales para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de libertades fundamentales, esta justificación prevista en el

33 — Sentencias de 26 de noviembre de 1996, Graffione (C-313/94, Rec. p. I-6039), apartado 17, y de 12 de octubre de 2000, Cidreer Ruwet (C-3/99, Rec. p. I-8749), apartado 50.

34 — Sentencias Cidreer Ruwet, citada en la nota 33 *supra*, apartado 50, y De Agostini, citada en la nota 10 *supra*, apartado 46.

Derecho comunitario debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y, en particular, de los derechos fundamentales. En consecuencia, las excepciones previstas en el Derecho comunitario sólo pueden aplicarse a la normativa nacional de que se trate si ésta respeta los derechos fundamentales por cuya salvaguardia debe velar el Tribunal de Justicia. Por consiguiente, en un caso como ése el órgano jurisdiccional remitente y, en su caso, el Tribunal de Justicia, debe apreciar la aplicación de dichas normas teniendo en cuenta todos los principios del Derecho comunitario, incluida la libertad de opinión garantizada en el artículo 10 del CEDH como un principio general del Derecho por cuya salvaguardia debe velar el Tribunal de Justicia.³⁵

75. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, todas las formas de expresión de la opinión merecen protección con arreglo al artículo 10, apartado 1, del CEDH. Esto incluye también las informaciones de carácter económico,³⁶ es decir, la difusión de información, la expresión de ideas o la difusión de imágenes como parte de la promoción de ventas de una actividad económica y el consiguiente derecho a recibir dichas comunicaciones. El Abogado General Sr. Fennelly también se pronunció,

en sus conclusiones en el procedimiento relativo a la Directiva sobre publicidad del tabaco, a favor de considerar la publicidad, en el marco comunitario, como parte de la libertad de expresión.³⁷

76. Si nos adherimos a este análisis, procede señalar que la prohibición de publicidad del artículo 30 de la UWG restringe la libertad de expresión. Esta restricción es tanto mayor en la medida en que se trata de una prohibición de difusión de hechos verídicos.

77. En consecuencia, debe preguntarse si dicha restricción está justificada. El artículo 10 contiene, en su apartado 2, una reserva expresa de ley. Con arreglo a la misma, la libertad de opinión puede ser sometida a restricciones siempre que estén previstas por la ley y sean necesarias. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado en varias ocasiones que la publicidad, en particular, puede ser sometida a restricciones y prohibiciones. En la sentencia *Markt Intern/Alemania*, consideró admisibles restricciones impuestas para proteger la reputación y los derechos

35 — Sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartados 43 y 44, en relación con la libre prestación de servicios y con las justificaciones del artículo 46 CE. En el mismo sentido, véase también la sentencia de 26 de junio de 1997, *Familiapress* (C-368/95, Rec. p. I-3689), apartados 26 a 28, en relación con la libre circulación de mercancías y con las justificaciones del artículo 30 CE.

36 — Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Markt Intern/Alemania*, citada en la nota 13, serie A, n° 165, apartados 25 y 26, y de 24 de febrero de 1994 en el asunto *Casado Coca/España*, serie A, n° 285, apartados 35 y 36.

37 — Conclusiones del Abogado General Sr. Fennelly presentadas el 15 de junio de 2000, en los asuntos *Alemania/Parlamento y Consejo* (C-376/98) e *Imperial Tobacco* (C-74/99, Rec. 2000, pp. I-8419 y ss., especialmente p. I-8423), punto 145.

de terceros.³⁸ En el asunto Casado Coca, reconoció que las normas profesionales persiguen un objetivo legítimo en el sentido del apartado 2 y, por consiguiente, pueden justificar una restricción de las posibilidades de publicidad.³⁹ En opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la publicidad puede ser sometida a mayores restricciones que la expresión de ideas políticas.⁴⁰

78. El Abogado General Sr. Fennelly se pronunció, en sus ya citadas conclusiones en el asunto relativo a la Directiva sobre publicidad del tabaco, invocando la sentencia *Markt Intern/Alemania*, en favor de considerar admisibles las restricciones cuando las autoridades competentes lo consideren necesario por motivos razonables. Normalmente, la información de carácter económico no cumple ninguna otra función social de importancia propia más allá de su función de promoción de la actividad económica, respecto de la cual el legislador dispone apropiadamente de amplia discrecionalidad para imponer restricciones en razón del interés público.⁴¹

38 — Sentencia *Markt Intern/Alemania*, citada en la nota 13, apartado 31.

39 — Sentencia *Casado Coca*, citada en la nota 36, apartado 46.

40 — Sentencia de 5 de mayo de 1979 en el procedimiento 7805/77 X y *Church of Scientology/Suecia*, *Decisions and Reports* 16 (1979), pp. 68 y ss., especialmente, p. 73. Frowein, en Frowein/Peukert: *Europäische Menschenrechtskonvention* (1985), artículo 10, punto 9, con otras referencias. Van Dijk/Van Hoof: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (2ª ed.), artículo 10, punto 8, p. 425.

41 — Conclusiones en los asuntos *Alemania/Parlamento y Consejo e Imperial Tobacco*, citadas en la nota 37, punto 159.

79. Si se adopta este criterio, una restricción de la publicidad por razones de protección de los consumidores y de la lealtad de las transacciones comerciales como la que se establece en el artículo 30 de la UWG podría considerarse, en principio, compatible con el artículo 10 del CEDH. Siempre y cuando no exista ningún medio, igualmente eficaz para alcanzar dicho objetivo, que restrinja en menor medida el derecho fundamental a la libertad de expresión.

80. En consecuencia, a continuación deberá examinarse la proporcionalidad de la prohibición del artículo 30 de la UWG. Cabe preguntarse si la prohibición de publicidad es necesaria. Para responder a esta cuestión, debe tenerse presente que se trata de una prohibición relativa a la indicación de hechos verídicos. Los bienes que se ofrecen en subasta proceden, efectivamente, de una quiebra. No obstante, en el momento de celebrarse la subasta ya no forman parte de la masa del quebrado.

81. Tal como acertadamente expone el Gobierno sueco, normalmente una venta realizada por el síndico de una quiebra se caracteriza por la necesidad de proceder a la liquidación de los bienes lo más rápidamente posible y por la observancia de determinadas normas legales. Estas circunstancias influyen en el precio que puede obtenerse por los bienes ofrecidos. Estas circunstancias no concurren en el caso de una subasta como la que anuncia la parte demandada en el procedimiento principal. Ésta, en sus subastas, no está sometida a las normas que se aplican al síndico de una quiebra. Tampoco está sometida a la

presión de vender lo más rápidamente posible. Estas diferencias justifican que se establezca una clara distinción entre la publicidad de una subasta realizada por la parte demandada en el procedimiento principal y la publicidad llevada a cabo para una subasta realizada por el síndico de una quiebra.

82. El encabezamiento «subasta concursal» y la indicación de que los bienes subastados proceden «de la masa de la quiebra» de una empresa, que figuran en la publicidad que dio origen al procedimiento principal, pueden difuminar estas diferencias. En esa medida, cabe señalar que una prohibición de la publicidad en la que se indique que los bienes proceden de la masa de una quiebra es necesaria para la protección de los consumidores y de la lealtad de las transacciones comerciales.

83. Con ello, queda por examinar si la prohibición es proporcionada. Desde luego, es apropiada para evitar un riesgo de engaño para los consumidores. No obstante, es dudoso hasta qué punto existe un medio menos restrictivo que permitiera alcanzar igualmente el objetivo perseguido. Como medida menos restrictiva cabría plantear la inclusión de una aclaración en el texto publicitario de la que se desprenda claramente que la subasta no es organizada por el propio síndico de la quiebra ni por su

cuenta y que los bienes subastados ya han dejado de formar parte, en el momento de celebrarse la subasta, de la masa de la quiebra.

84. En esa dirección apunta la medida cautelar adoptada por el *Handelsgericht* Wien, en la que se ordena a Troostwijk que realice ante los interesados en la compra de los bienes subastados en la subasta pública que debía celebrarse el 14 de mayo de 2001 una declaración en el sentido de que los bienes fueron adquiridos al síndico de la quiebra y la subasta no se realiza en nombre ni por cuenta de éste, sino por cuenta de la propia Troostwijk, es decir, que no se trata de una subasta concursal.⁴² Mediante tales indicaciones, quedan claras las dos diferencias antes señaladas entre los dos tipos de subasta en la publicidad de ésta. Así se aseguraría la protección de los consumidores y de la lealtad de las transacciones comerciales sin impedir la indicación verdadera del origen de los bienes.

85. También en la sentencia Yves Rocher, el Tribunal de Justicia consideró que una aclaración equivalente dirigida a los consumidores constituía un medio menos restrictivo que la prohibición de realizar indicaciones verdaderas,⁴³ por lo que la solución

42 — Véase el tenor de la segunda parte de la demanda de medidas cautelares reproducida en la resolución de remisión prejudicial.

43 — Sentencia Yves Rocher, citada en la nota 20, apartados 16 a 18.

que aquí defiendo puede basarse en dicha sentencia.

86. Por consiguiente, en conclusión procede señalar que una prohibición completa de la publicidad en la que se indique que los bienes proceden de la masa de una quiebra va más allá de lo necesario para la protección de los consumidores y de la lealtad de las transacciones comerciales, por lo que es desproporcionada. Por tanto, hay que descartar una justificación de la prohibición invocando el artículo 30 CE y razones imperiosas de interés general.

C. Medida de efecto equivalente a una restricción a la exportación (artículo 29 CE)

87. La alegación de Troostwijk según la cual la prohibición del artículo 30 de la UWG implica hacer imposible en Austria la publicidad de una subasta permitida en otros Estados miembros, debido a la imposibilidad de diferenciar la publicidad en función de cada Estado miembro, plantea la cuestión de si el artículo 30 de la UWG constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la exportación en el sentido del artículo 29 CE. En el caso de que la normativa del artículo 30 de la UWG haga imposible difundir en Internet una publicidad permitida en otros Estados miembros, esto puede afectar, al menos indirecta y potencialmente, a la venta de los bienes

subastados en Austria a adquirentes establecidos en otros Estados miembros.

88. Es cierto que en la resolución de remisión tan sólo se plantea de manera expresa la cuestión relativa a la interpretación del artículo 28 CE. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado en varias ocasiones que a él le incumbe extraer, del conjunto de elementos proporcionados por el órgano jurisdiccional nacional, los elementos de Derecho comunitario que requieren una interpretación, habida cuenta del objeto del litigio.⁴⁴ En consecuencia, la resolución de remisión no se opone a un análisis jurídico de otras disposiciones del Tratado.

89. No obstante, con arreglo a una reiterada jurisprudencia el artículo 29 CE tan sólo prohíbe aquellas medidas nacionales que tienen por objeto o por efecto restringir específicamente las corrientes de exportación y establecer de este modo una diferencia de trato entre el comercio interior de un Estado miembro y su comercio de exportación, de manera que garantice especiales ventajas a la producción nacional o al mercado interior del Estado interesado.⁴⁵ Sin embargo, con arreglo a las consideraciones efectuadas por el órgano jurisdiccional remitente la prohibición de publicidad no tiene por objeto la regulación del comercio de bienes, sino la protección de los consumidores y de la lealtad de las transacciones comerciales. En consecuencia,

44 — Sentencia de 8 de diciembre de 1987, Gauchard (20/87, Rec. p. 4879), apartado 7, con otras referencias.

45 — Sentencias de 7 de febrero de 1984, Duphar (238/82, Rec. p. 523), apartado 25; de 10 de marzo de 1983, Inter-Fluile y otros (172/82, Rec. p. 555), apartado 12, y de 23 de mayo de 2000, Sydhavnens Sten & Grus, (C-209/98, Rec. p. I-3743), apartado 34.

al no restringir específicamente la exportación, dicha normativa no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 29 CE.

D. Libre prestación de servicios (artículo 49 CE)

90. Si se acoge el criterio que aquí defiendo y se califica la prohibición del artículo 30 CE como una modalidad de venta no comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 28 CE, se plantea la cuestión de si dicha normativa está comprendida dentro del ámbito de aplicación de las normas relativas a la libre prestación de servicios y, de ser así, en qué medida es compatible con dichas disposiciones.

91. Llegados a este punto, se pone de manifiesto el problema, al que antes he aludido, de la delimitación de los ámbitos de aplicación de los artículos 28 CE y 49 CE. La prohibición controvertida se refiere a la publicidad. Ahora bien, si se considera que constituye un aspecto parcial de una operación económica compleja constituida por la venta de bienes, dicha normativa deberá examinarse únicamente desde el punto de vista de la libre circulación de mercancías. En cambio, si se considera la publicidad como un hecho autónomo, se plantea la cuestión de la

compatibilidad de la prohibición del artículo 30 de la UWG con las normas relativas a la libre prestación de servicios.

92. Lo difícil que puede resultar esta delimitación en cada caso concreto lo atestiguan las sentencias en los asuntos GB-INNO-BM y Schindler. Ambas se referían a la distribución de material publicitario. En la sentencia GB-INNO-BM, el Tribunal de Justicia examinó la distribución de prospectos publicitarios exclusivamente desde el punto de vista de la libre circulación de mercancías.⁴⁶ En el asunto Schindler, en cambio, el envío de material publicitario sobre una lotería extranjera se consideró un servicio.⁴⁷

93. Esto pone claramente de manifiesto que la decisión no debe tomarse de manera abstracta, sino en función de las circunstancias concretas de cada caso. Por ejemplo, si la publicidad es diseñada y difundida por el propio vendedor, parece lógico considerarla como parte de la venta de las mercancías. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de un rótulo colocado en el establecimiento de venta y escrito por el propio vendedor. El caso podría resolverse de un modo diferente si la publicidad es elaborada y difundida por un tercero, por ejemplo a través de una agencia autónoma

46 — Sentencia GB-INNO-BM, citada en la nota 12, apartados 7 y ss.

47 — Sentencia de 24 de marzo de 1994, Schindler (C-275/92, Rec. p. I-1039), apartados 20 a 25.

de publicidad. Dicha actividad debería clasificarse, en principio, dentro del ámbito de aplicación del artículo 49 CE.

94. La resolución de remisión no contiene ninguna indicación sobre las circunstancias de hecho de la publicidad difundida por Internet. En consecuencia, las siguientes consideraciones sólo pueden proporcionar indicaciones pertinentes para el órgano jurisdiccional remitente sobre cómo deben apreciarse los hechos con arreglo al Derecho comunitario si comprueba que fue un tercero quien puso en Internet la publicidad controvertida.

95. El procedimiento principal trata sobre publicidad difundida, entre otros medios, en la página web «www.troostwijkauctions.com». El órgano jurisdiccional remitente deberá aclarar, en primer lugar, si fue la propia demandada en el procedimiento principal la que puso dicha publicidad en Internet o si quien lo hizo fue un tercero. En el primero de ambos casos, los hechos deberían apreciarse únicamente en el marco de la libre circulación de mercancías, mientras que en el segundo de los casos debería examinarse también la compatibilidad de la prohibición del artículo 30 de la UWG con la libre prestación de servicios.

96. Es cierto que, en la vista, Troostwijk explicó, a preguntas del Tribunal de Justi-

cia, que no había contratado a ninguna agencia de publicidad, sino que el anuncio lo había puesto en Internet ella misma. No obstante, esto no excluye la aplicación de las normas relativas a la libre prestación de servicios. En efecto, en el anuncio de la subasta controvertido en el procedimiento principal, reproducido en la resolución de remisión, se remite a la dirección de Internet «www.troostwijk.com». Se trata de la página web de la sociedad matriz de la demandada en el procedimiento principal, que está establecida en los Países Bajos. Actualmente, dicha página web contiene una lista de fechas de realización de subastas celebradas en toda Europa, incluidos anuncios publicitarios comparables a los utilizados por la demandada en el procedimiento principal, así como catálogos de los bienes subastados en cada caso. Esta circunstancia permite pensar que fue la sociedad matriz, que opera en toda Europa y está establecida en los Países Bajos, la que puso en Internet la publicidad controvertida. En el caso de que se trate de dos personas jurídicas diferentes, el órgano jurisdiccional remitente tendría que decidir sobre la compatibilidad del artículo 30 de la UWG con las normas relativas a la libre prestación de servicios.

97. La existencia de una restricción de la libre prestación de servicios puede plantearse desde dos puntos de vista diferentes. Si la publicidad fue puesta en Internet por un tercero establecido en otro Estado miembro, aunque fuera una sociedad matriz jurídicamente distinta, podría existir una restricción de la libre prestación de servicios en la medida en que la difusión de dicha publicidad en Austria está completamente prohibida de conformidad con el artículo 30 de la UWG. En ese caso, no

puede prestarse el servicio de que se trata a la sociedad austriaca Troostwijk.

si es proporcionada a dichos objetivos y si dichos objetivos o razones imperiosas no pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas.

98. En cambio, si también el tercero está establecido en Austria, la libre prestación de servicios podría verse restringida en la medida en que la publicidad no puede difundirse a través de Internet en otros Estados miembros en los que, en principio, ese tipo de publicidad está permitida. De acuerdo con las alegaciones de Troostwijk, que no han sido contradichas, no es posible diferenciar la difusión de la publicidad en función de cada Estado miembro. En ese caso, el artículo 30 de la UWG tan sólo podría respetarse si se renuncia por completo a poner publicidad en Internet. Este resultado se corresponde también con el principio del Estado de origen. Con arreglo a dicho principio, en cada caso deben respetarse las normas de aquel Estado miembro desde el que se difunda el mensaje de que se trate. El principio del Estado de origen está consagrado, en particular, en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre comercio electrónico, y ha sido aplicado por el Tribunal de Justicia en el marco de la emisión de publicidad televisiva.⁴⁸

99. En tales casos, el órgano jurisdiccional remitente debería examinar si la restricción establecida en el artículo 30 de la UWG es necesaria para alcanzar alguno de los objetivos enumerados en el artículo 46 CE o por razones imperiosas de interés general,

100. Las justificaciones enumeradas en el artículo 46 CE no pueden resultar pertinentes en el procedimiento principal. Ahora bien, con arreglo a una reiterada jurisprudencia la protección de los consumidores y de la lealtad de las transacciones comerciales constituyen, en principio, razones imperiosas de interés general que pueden justificar restricciones a la libre prestación de servicios.⁴⁹ Es cierto que el artículo 30 de la UWG tiene por objeto la protección de los consumidores y de la lealtad de las transacciones comerciales. Ahora bien, por las razones indicadas en el marco del examen de las normas relativas a la libre circulación de mercancías dicha normativa podría tener que considerarse desproporcionada también en este contexto. Una distinción clara en la publicidad con respecto a la de una subasta de bienes de la quiebra realizada por el síndico de la quiebra garantizaría la protección de los consumidores y de la lealtad de las transacciones comerciales con la misma eficacia que la prohibición completa del artículo 30 de la UWG. Por consiguiente, la restricción de la libre prestación de servicios, en el caso de que exista, no estaría justificada.

49 — Sentencias de 25 de julio de 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros* (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartado 14, y *De Agostini*, citada en la nota 10, apartado 53.

48 — Sentencia *De Agostini*, citada en la nota 10, apartado 51.

VI. Conclusión

101. Por tanto, en conclusión procede declarar que el artículo 30 de la UWG no afecta al ámbito de aplicación de los artículos 28 CE y 29 CE. Por lo que respecta a la libre prestación de servicios, el órgano jurisdiccional remitente deberá en primer lugar aclarar los hechos, antes de que pueda resolver sobre una eventual incompatibilidad del artículo 30 de la UWG con el artículo 49 CE. La justificación por razones imperiosas de interés general está excluida debido a la falta de proporcionalidad de la medida.

102. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la petición de decisión prejudicial:

«El artículo 28 CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que prohíbe, con independencia del contenido de verdad de la comunicación, cualquier referencia al hecho de que los bienes proceden de la masa de una quiebra cuando se anuncia, mediante publicaciones o anuncios dirigidos a un gran número de personas, la venta de bienes que, si bien proceden de la masa de una quiebra, ya no forman parte de la misma. Sin embargo, una disposición como ésta puede, bajo determinadas condiciones, constituir una restricción desproporcionada de la libre prestación de servicios (artículo 49 CE).»