

JURISPRUDENCIA DEL TJCE

MAYO – AGOSTO 2009

JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN*

1. ESPAÑA ANTE LA JURISDICCION COMUNITARIA.
2. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO.
3. MERCADO INTERIOR, LIBRE CIRCULACIÓN Y CIUDADANIA EUROPEA.
4. AGRICULTURA.
5. COMPETENCIA.
6. APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES.
7. DERECHO MEDIOAMBIENTAL.
8. DERECHO SOCIAL.
9. RELACIONES EXTERIORES.
10. JUSTICIA, LIBERTAD Y SEGURIDAD.

1. ESPAÑA ANTE LA JURIDICCION COMUNITARIA

NUESTRO PAÍS INCUMPLE LA DIRECTIVA QUE ARMONIZA EL IMPUESTO SOBRE LAS APORTACIONES DE CAPITAL A LAS SOCIEDADES.

*STJCE de 9 de julio de 2009,
Comisión / España, C-397/07

Este recurso por incumplimiento se refiere a la Directiva 69/335/CEE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales¹, que pese a ser ya bastante antigua continúa planteando bastantes con-

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, España.

¹ Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (*DO L 249*, p. 25; *EE 09/01*, p. 22), en

tenciosos ante el TJCE². Su objetivo es armonizar el impuesto al que están sujetas las aportaciones de capital a las sociedades mediante el establecimiento de un derecho único sobre la concentración de capitales que sólo puede aplicarse una vez dentro del mercado único, suprimiendo todos los demás impuestos indirectos que presenten las mismas características. La Comisión reprochaba a nuestro país, entre otros motivos, que para que una sociedad pudiera quedar exenta del citado impuesto, la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados establecía requisitos que no estaban previstos en la Directiva, entre otros, la opción por un régimen especial de exención o la obligación de informar de esa opción al Ministerio de Hacienda. En opinión del TJCE, enmarcar ese derecho en un régimen especial nacional y supeditar su ejercicio a una opción formal por dicho régimen puede suscitar en las sociedades interesadas una duda o ambigüedad en cuanto al origen del citado derecho y a las condiciones de su ejercicio, no pudiendo considerarse estos requisitos conformes con el sistema establecido por la Directiva 69/335. Además, la obligación de optar por ese régimen especial no constituye una mera formalidad, puesto que dicha opción debe comunicarse a las autoridades tributarias en la forma y plazo prescritos por la normativa nacional. Esta doble obligación de opción y de información como condición para el ejercicio de un derecho incondicionalmente reconocido por la Directiva 69/335 constituye, según el TJCE, un obstáculo contrario a esta Directiva, el cual no puede justificarse por el objetivo de lucha contra el fraude porque la Directiva armoniza de manera exhaustiva los supuestos en los que los Estados miembros pueden exigir un impuesto sobre las aportaciones y dicha Directiva no contiene ninguna disposición explícita que permita a los Estados miembros adoptar medidas generales para luchar contra la evasión fiscal.

El TJCE también consideró fundada la segunda imputación basada en el artículo 19, apartado 3, de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, según el cual, constituye un hecho imponible del impuesto el traslado a España de la sede de direc-

su versión modificada por las Directivas 73/79/CEE del Consejo, de 9 de abril de 1973 (DO L 103, p. 13; EE 09/01, p. 42), y 85/303/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, (DO L 156, p. 23).

² Vid., entre otros fallos, STJCE de 7 de junio de 2007, *Comisión / Grecia*, C-178/05, Rec. p. I-4185; STJCE de 21 de junio de 2007, *Optimus - Telecomunicações*, C-366/05, Rec. p. I-4985; STJCE de 28 de junio de 2007, *Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft*, C-466/03, Rec. p. I-5357; STJCE de 8 de noviembre de 2007, *ING. AUER*, C-251/06, Rec. p. I-9689.

ción efectiva o del domicilio social de una sociedad de capital que estuviesen previamente situados en un Estado miembro que no perciba un impuesto análogo. La Comisión sostenía que la Directiva 69/335 contiene una lista exhaustiva de las operaciones sujetas al impuesto, la cual no contempla como hecho imponible una operación como la prevista en la citada disposición de la legislación española.

Finalmente, el TJCE acogió el tercer motivo del recurso de la Comisión, institución que alegaba que la normativa española sujetaba a gravamen el capital utilizado para realizar operaciones del tráfico mercantil en territorio español a través de sucursales o establecimientos permanentes de una sociedad cuyo domicilio social o sede de dirección efectiva se encontraran situados en otro Estado miembro que no percibiera un impuesto análogo al exigido en España. En opinión del TJCE, la imposición de tales operaciones es contraria al artículo 2, apartado 1, de la Directiva 69/335, que dispone que las operaciones sometidas al impuesto sobre las aportaciones serán imponibles únicamente en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la sede de la dirección efectiva de la sociedad de capital en el momento en que se realicen estas operaciones. Y utilizando un lenguaje bastante próximo a las libertades comunitarias, el TJCE concluye que esta imposición constituye una medida general e indistintamente aplicable que no puede justificarse por el objetivo de lucha contra el fraude y la evasión fiscales porque la Directiva 69/335 armoniza de manera exhaustiva los supuestos en los que los Estados miembros pueden exigir un impuesto sobre estas aportaciones.

EL TJCE CONDENA LA NO ADAPTACIÓN DE LA DIRECTIVA 2004/81/CE RELATIVA A AL PERMISO DE RESIDENCIA DE NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES VÍCTIMAS DE LA TRATA DE SERES HUMANOS

*STJCE de 14 de mayo de 2009,
Comisión / España, C-266/08

El TJCE declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes³, al no haber adoptado todas las

³ DO L 261, p. 19.

disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva.

FRAUDE DE LAS AYUDAS PARA EL CULTIVO DE LINO: ESPAÑA
DEBE DEVOLVER 129 MILLONES DE EUROS AL PRESUPUESTO CO-
MUNITARIO

*STPICE de 1 de julio de 2009,
España / Comisión, T-259/05

En 2005 la Comisión exigió a España la devolución de una parte de las ayudas otorgadas por el presupuesto comunitario en el marco de la PAC para sostener los cultivos de lino y cáñamo. Esta decisión estaba motivada según la Comisión por una situación de fraude generalizada en este sector durante las campañas 1998/1999 y 1999/2000, así como por las graves insuficiencias de los sistemas de control sobre estos cultivos entre 1996 y 2000. En este fallo, el TPICE confirma las sanciones relativas al lino (129 millones de euros) aunque anula las relativas al cáñamo (5 millones de euros).

LA FISCALIDAD ESPAÑOLA DE LAS LOTERÍAS ES DISCRIMINATO-
RIA SEGÚN EL ABOGADO GENERAL MENGOZZI

*Asunto *Comisión / España*, C 153/08
Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi,
de 16.07.2009.

La Comisión demandó a España por incumplimiento el 15 de abril de 2008 por considerar que la fiscalidad de las loterías en nuestro país incumplía la libre prestación de servicios. En efecto, la normativa del IRPF grava los ingresos procedentes de todas las loterías, juegos y apuestas organizadas fuera de España, mientras que los ingresos procedentes de determinadas loterías, juegos y apuestas organizados en nuestro país están exentos. Se trata, en particular, de los premios de las loterías y apuestas organizadas por la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado y por los órganos o entidades de las Comunidades Autónomas, así como de los sorteos organizados por la Cruz Roja Española y la ONCE. El problema, identificado claramente por el Abogado General, es que si bien la exención no abarca a todos los organizadores de loterías y juegos de azar establecidos en España y se limita a entidades concretas y determinadas,

dicha exención beneficia únicamente a entidades españolas, por lo que tiene carácter discriminatorio. En su opinión, esta legislación no está formulada en términos generales que permitan a cualquier organismo que cumpla una serie de criterios objetivos beneficiarse de la exención, sino que se refiere explícitamente a determinadas entidades nacionales como la Cruz Roja española, aunque se impide que disfrute de la exención, por ejemplo, la Cruz Roja francesa. Como se recordará, el TJCE ha declarado que si bien es legítimo que un Estado miembro reserve la concesión de ventajas fiscales a los organismos que persigan determinados objetivos de interés general, ningún Estado miembro puede reservar tales ventajas a los organismos establecidos en su territorio⁴. A pesar de que la normativa española constituye una medida claramente discriminatoria, que sólo puede justificarse eventualmente con arreglo a las excepciones expresamente previstas en los artículos 45 y 46 CE, el Gobierno español alega en el marco de este procedimiento exigencias imperativas de carácter social, fundamentalmente, que estas exenciones se establecieron en consideración a determinadas cualidades particulares de los organizadores que ejercen todos ellos actividades de carácter social o de asistencia sin ánimo de lucro, así como que la exención persigue la prevención del blanqueo de capitales, la lucha contra el fraude y la protección de los consumidores. Como es sabido, sin embargo, las exigencias imperativas sólo pueden justificar medidas indistintamente aplicables. Este simple motivo hubiese bastado al Abogado General para evitar entrar en la valoración de estas justificaciones. Sin embargo, en una aparente invitación al TJCE para que proceda a un *revirement* jurisprudencial, el Abogado General Mengozzi estima que en este ámbito es difícil establecer criterios de distinción claros entre las razones justificativas que pueden ser invocadas para las medidas discriminatorias y para las medidas indistintamente aplicables, dadas las particularidades de orden moral, religioso o cultural, así como las consecuencias perjudiciales, desde un punto de vista moral y económico para el individuo y la sociedad, que en su opinión llevan consigo los juegos y las apuestas. Según el Abogado General Mengozzi, estas particularidades justifican que las autoridades nacionales dispongan de una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias capaces de quebrar la aplicación de los diferentes motivos de justificación. A pesar de esta opinión, sigue la distinción clásica de la jurisprudencia del TJCE, procediendo a valorar si las alegaciones del Go-

⁴ STJCE de 27 de enero de 2009, *Persche*, C-318/07, apdos. 44 y 50.

bierno español podrían encuadrarse en los motivos de salud pública u orden público, encontrando que no existe vínculo alguno entre la exención de la legislación fiscal española y estos objetivos. De todo ello, el Abogado General alcanza la conclusión de que las disposiciones fiscales de que se trata en este asunto constituyen una discriminación por razón de nacionalidad en perjuicio de los organismos públicos y las entidades que ejercen actividades de carácter social o asistencial sin ánimo de lucro establecidos en otros Estados miembros y que persigan los mismos objetivos que las entidades españolas beneficiarias de dicha medida.

LA COMISIÓN DEMANDA POR INCUMPLIMIENTO A NUESTRO PAÍS
POR NO RECUPERAR LAS AYUDAS OTORGADAS A MAGEFESA

La Comisión presentó el pasado 18 de junio un recurso de incumplimiento ante el TJCE por no ejecutar su Decisión de 14 de octubre de 1998 que obligaba a nuestro país a recuperar las ayudas otorgadas a la empresa Indosa-CMD, filial del grupo Magefesa. Los hechos se remontan a diciembre de 1989, cuando la Comisión constató que el productor de utensilios de cocina de acero inoxidable y pequeños aparatos electrodomésticos había recibido ayudas a través de cuatro de sus filiales (Migasa, Gursa, Cunosa e Indosa) mediante garantías de crédito, préstamos en condiciones ventajosas, subvenciones a fondo perdido y bonificación de intereses que la Comisión consideró incompatibles con el mercado común. El 14 de octubre de 1998, la Comisión adoptó una segunda decisión negativa sobre una nueva ayuda ilegal e incompatible otorgada a este grupo industrial bajo la forma de no recuperación sistemática de impuestos y cotizaciones a la seguridad social. Según esta decisión, eran las filiales las que debían devolver estas ayudas.

En 1999 la Comisión demandó a España ante el TJCE por infringir esta decisión, fallando el TJCE que nuestro país no había adoptado las medidas necesarias para ejecutar esta decisión sobre tres de las cuatro filiales de Magefesa⁵. Con respecto a la cuarta, Indosa, que había entrado en un proceso de quiebra, el TJCE se limitó a constatar que nuestro país no había informado a la Comisión de las medidas que consideraba adoptar. Este nuevo recurso presentado por la Comisión está dirigido a que el TJCE constate que tras esta liquidación, que ya ha dado lugar a procedimientos judiciales largos y complejos antes los tribunales españoles, las medidas

⁵ STJCE de 2 de Julio de 2002, *Comisión / España*, C-499/99, *Rec.* p. I-6031.

adoptadas frente a Indosa continúan sin ser satisfactorias. Según la Comisión, Indosa habría continuado sus actividades a través de la empresa intermediaria CMD, aunque sin reembolsar las ayudas consideradas ilegales, contrariamente a las informaciones proporcionadas por nuestro país a la Comisión.

RECURSO POR INCUMPLIMIENTO POR LA INCORRECTA TRANSPOSICIÓN DE LAS DISPOSICIONES SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS FITOSANITARIOS

Según la Comisión, nuestro país no ha realizado correctamente la transposición de la Directiva 91/414/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios⁶, en particular, las disposiciones relativas a la protección de datos, lo que le ha llevado a interponer un recurso por incumplimiento ante el TJCE. Esta Directiva tiene por objeto la autorización, comercialización, utilización y control en la Comunidad de productos fitosanitarios para lo que se establece un procedimiento de autorización en cada Estado miembro previa presentación de un expediente por los solicitantes. Dado que se trata de informes complejos que incorporan datos sobre las sustancias activas del producto fitosanitario, el artículo 13 de la Directiva otorga una protección de datos de entre cinco y diez años, período durante el cual las autoridades competentes no pueden hacer uso de esta información en beneficio de otros solicitantes, salvo que el primero lo permita. Sin embargo, la Comisión considera que la norma española de transposición es incompatible con estas disposiciones de la Directiva porque autoriza a las autoridades competentes a utilizar los estudios protegidos sin autorización del primer solicitante.

NUESTRO PAÍS SE EXPONE A UNA MULTA SI EL PROYECTO DE IRRIGACIÓN DE DETERMINADAS ZONAS DE LLEIDA CONTINÚA ADELANTE

La Comisión envió a España un dictamen motivado por la continuación del proyecto de construcción del canal Segarra-Garrigues en Cataluña, infraestructura hidráulica situada en la provincia de Lleida destinada al regadío de más de setenta mil hectáreas de cultivo en las comarcas de Garrigues, Noguera, Pla de Urgel, Segarra, Segriá y Urgel, contradiciendo

⁶ DOCE L 230, de 19 de agosto de 1991, p. 1.

así un fallo del TJCE de 2007⁷, que estimó que estas obras contravenían la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, al afectar a zonas naturales protegidas de importancia comunitaria de la Red Natura 2000, cruciales para la protección de aves esteparias. A pesar de este fallo, las obras de construcción han continuado, habiéndose inaugurado el pasado 5 de julio el primer tramo del proyecto, lo cual puede obstaculizar gravemente la ejecución del fallo del TJCE, lo que podría llevar a la Comisión a demandar nuevamente a nuestro país proponiendo la imposición de una multa coercitiva o una suma a tanto alzado. La totalidad del canal, que consta de cinco partes, se prevé que concluya en 2013.

La larga disputa originada por este proyecto se centra en el impacto ambiental de un canal de 85 km. de longitud que recogerá agua del río Segre para regar tierras agrícolas de la provincia de Lleida. El trazado del canal, que es uno de los proyectos más caros de ingeniería civil que se han licitado en Cataluña, atraviesa una serie de zonas protegidas seccionándolas. El proyecto prevé que el canal permitirá el desvío de 342 hm³ de agua desde los embalses de Albagés y de Rialb a tierras más bajas. Además se realizarán otras obras como 43 bases de regulación o 17 estaciones de bombeo. En total el coste de la construcción del canal se estima en 1.600 millones de euros. Un total 47.110 ha se convertirán al regadío, y 23.040 ha que ya lo son podrán abastecerse del agua del canal, lo que supondrá un beneficio para alrededor de 17.000 agricultores.

En virtud de la Directiva hábitats, los Estados miembros deben elaborar una lista de los Lugares de Importancia Comunitaria (LIC) de su territorio que puedan contribuir de forma significativa a la preservación de los diferentes tipos de hábitats europeos. A partir de la elaboración de esta lista, los Estados miembros disponen de un plazo de seis años para adoptar legislación nacional que convierta esos LIC en Zonas Especiales de Conservación (ZEC) estrictamente protegidas. Todas estas zonas forman en su conjunto la Red Natura 2000 de áreas protegidas, que es el instrumento más importante con el que cuenta la UE para la conservación de los hábitats naturales y de las especies animales y vegetales que en ellos habitan.

⁷ STJCE 28 de junio de 2007, *Comisión/España*, C-235/04, *Rec.* p. I-5415.

2. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO

SOBRE LA POSIBLE EMERGENCIA DE UN NUEVO MÉTODO DISUAASORIO CONTRA LOS ESTADOS RECALCITRANTES: LA ACUMULACIÓN DE SENTENCIAS POR INCUMPLIMIENTO.

* STJCE de 4 de junio de 2009, *Comisión / Grecia*, C-568/07.

* STJCE de 4 de junio de 2009, *Comisión / Grecia*, C-109/08.

* STJCE (Gran Sala) de 7 de julio de 2009, *Comisión / Grecia*, C-369/07

Nada menos que tres fallos del TJCE dictados en poco más de un mes imponen el pago a Grecia de sumas a tanto alzado, alguno incluso multas coercitivas, por la no ejecución de sentencias declarativas de incumplimiento. En el asunto C-568/07 se trataba de la no ejecución de la Sentencia que constataba el incumplimiento de Grecia a la libertad de establecimiento por las restricciones impuestas para autorizar la explotación en su territorio de comercios de material óptico⁸, infracción que el TJCE condena con una suma a tanto alzado de un millón de euros. Durante el procedimiento, la Comisión renunció a proponer, además, la imposición de una multa coercitiva de 70.956 euros/día debido a que este país adoptó en mayo de 2008 una Ley que en aseguraba, en opinión del ejecutivo comunitario, la conformidad con el TCE. Tratándose del asunto C-109/08, que se refería a la no ejecución del fallo que declaraba incumplimiento de las libertades comunitarias debido a la restrictiva legislación de este país que organizaba las condiciones de explotación de ciertos juegos electrónicos y juegos de ordenador⁹, el TJCE impone una cantidad a tanto alzado de tres millones de euros, cantidad inferior a la propuesta de la Comisión, y además al pago de una multa coercitiva de 31.536 euros por cada día de retraso en la aplicación de las medidas necesarias para atenerse al fallo. Finalmente, en el asunto C-369/07, en el que constata la responsabilidad por no recuperar las ayudas otorgadas a la compañía aérea Olympic Airways, juzgadas incompatibles con el mercado común, el TJCE condena a este país al pago de una suma a tanto alzado de dos millones de euros, a lo que añade la imposición de una multa coercitiva de 16.000 euros/día de incumplimiento.

Estos tres fallos confirman plenamente las líneas de fuerza de la jurisprudencia anterior sobre la ejecución del artículo 228 CE, en particular, la

⁸ STJCE de 21 de abril de 2005, *Comisión / Grecia*, C-140/03, *Rec.* p. I-3177.

⁹ STJCE de 26 de octubre de 2006, *Comisión / Grecia*, C-65/05, *Rec.* p. I-10341.

autonomía del juez comunitario frente a las propuestas planteadas por la Comisión en estos contenciosos por incumplimiento. Asimismo, reiteran la distinción entre aquellos asuntos que justifican la imposición de una suma a tanto alzado, que parece convertirse en la regla desde el momento en que un Estado miembro no remedia un incumplimiento constatado previamente; y aquellos que implican, además, la imposición de una multa coercitiva. La suma a tanto alzado parece enmarcarse en las preocupaciones de carácter punitivo con efecto ejemplificador, mientras que la multa coercitiva parece seguir una lógica coercitiva e incitativa al cumplimiento. Sin embargo, el aspecto más innovador que presentan estos fallos es de carácter coyuntural y se basa en la acumulación de sanciones en un brevísimo período de tiempo contra un mismo Estado miembro, lo cual parece indicar una estrategia de política judicial frente a los países miembros más recalcitrantes. En efecto, nada menos que dos multas coercitivas y tres sumas a tanto alzado que ascienden a seis millones de euros contra un mismo Estado miembro impuestas en poco más de un mes constituye una lluvia inédita de sanciones que debería contribuir a hacer reflexionar a los Estados miembros más pertinaces sobre la necesidad de ejecutar correctamente los fallos declarativos de incumplimiento dictados por el TJCE.

AFECTACIÓN INDIVIDUAL DE LOS INTERESADOS EN EL MARCO DEL RECURSO DE ANULACIÓN CUANDO LA COMISIÓN DECIDE NO FORMULAR OBJECIONES CONTRA UNA SUPUESTA AYUDA DE ESTADO

* STJCE de 9 de julio de 2009,
3F, C-319/07 P

En contraste con la jurisprudencia sobre la legitimación activa cuando la Comisión inicia el procedimiento de examen de las ayudas de Estado, conforme al artículo 88 CE, apartado 2, y se impugna su decisión al término de este procedimiento; la cual se encuentra bastante asentada; son relativamente pocos los asuntos en los que se solicita la anulación de una decisión de no iniciar este procedimiento de examen. Podría decirse incluso que sigue siendo incierto en algún grado el criterio de legitimación apropiado y de ahí la importancia de este fallo. Hasta ahora el TJCE ha interpretado que cuando la Comisión, sin iniciar el procedimiento de investigación formal, declara mediante una decisión adoptada sobre la base del apartado 3 del mismo artículo, que una ayuda es compatible con el mercado común, los beneficiarios de dichas garantías de procedimiento sólo

podrán obtener su respeto si tienen la posibilidad de impugnar dicha decisión ante el juez comunitario si son interesados en el sentido del artículo 88 CE, apartado 2, y pretenden que se salvaguarden los derechos de procedimiento que les confiere esta disposición. El TJCE ha tenido ocasión de precisar que tales interesados son las personas, empresas o asociaciones que puedan verse afectadas en sus intereses por la concesión de una ayuda, en particular, las empresas competidoras de los beneficiarios y las organizaciones profesionales. La posición de los sindicatos en cuanto legitimados activos en estas circunstancias no está del todo clara, máxime cuando de la STJCE en el asunto *Albany* se deducía que los convenios celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de los objetivos de política social no debían considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 81.1 CE¹⁰, lo cual llevó al TPICE a manifestar en el Auto recurrido que 3F, un sindicato general de trabajadores de Dinamarca, no podía invocar en apoyo de esta legitimación un perjuicio para su posición competitiva respecto a otros sindicatos en la negociación de convenios colectivos en el sector en cuestión¹¹.

El TJCE corrige esta apreciación, señalando que a diferencia del asunto *Albany*, no se trata del carácter restrictivo de la competencia de los convenios colectivos suscritos entre un sindicato y empresarios beneficiarios de la ayuda controvertida, sino de si se ha visto afectada por la concesión de la ayuda la posición competitiva del recurrente frente a estos otros sindicatos, de manera que pueda considerarse interesado en el sentido del artículo 88 CE, apartado 2, en cuyo caso, se admitiría su recurso de anulación contra la Decisión controvertida. Para el TJCE, no cabe excluir que un sindicato pueda gozar del estatus de «interesado» en el sentido de esta disposición si demuestra que él mismo o sus afiliados pueden verse afectados por la concesión de una ayuda, aunque es preciso que demuestre de modo suficiente que la ayuda puede tener una incidencia concreta en su situación o en la de sus representados¹². En cambio, si impugna el fundamento de la decisión de apreciación de la ayuda en sí misma, el mero hecho de que pueda ser considerado «interesado» no basta para reconocer la admisibilidad del recurso. En tal supuesto, debe demostrar que se halla en una situación particular en el sentido de la jurisprudencia *Plau-*

¹⁰ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.* p. I-5751.

¹¹ Auto TPICE de 23 de abril de 2007, *SID/Comisión*, T 30/03, apdo. 32.

¹² STJCE 3F, apdo. 33.

*mann*¹³, lo que sucedería, en especial, en el supuesto de que la posición del recurrente en el mercado se viese afectada sustancialmente por la ayuda objeto de la decisión de que se trate. Pero lo que no se puede excluir de entrada, en opinión del TJCE, es la posibilidad de que un sindicato pueda demostrar su condición de interesado conforme al artículo 88 CE, apartado 2, invocando su papel en las negociaciones colectivas y los efectos que sobre éste han tenido las presuntas ayudas que la Comisión consideró compatibles con el mercado común. Corrobora esta apreciación, en opinión del Tribunal, el hecho de que la Comunidad no sólo tiene una finalidad económica, sino también social, entre las que figuran, en particular, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social, las cuales deben sopesarse con las disposiciones del Tratado relativas a las ayudas de Estado. Por otra parte, no cabe excluir en opinión del TJCE, que las organizaciones que representan a los trabajadores de las compañías beneficiarias de una ayuda puedan, en su condición de interesadas, presentar observaciones a la Comisión sobre aspectos de carácter social susceptibles, en su caso, de ser tomadas en cuenta por aquella. De hecho, en las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al transporte marítimo se reconoce, en el contexto de la reducción de los costes salariales en el sector marítimo, el papel específico que desempeñan los representantes sindicales en las negociaciones salariales. Por tanto, estas Directrices reconocen el papel de los sindicatos en dichas negociaciones, lo cual demuestra de modo suficiente que la Decisión controvertida podía afectar a sus intereses y a los de sus afiliados.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CRITERIOS PARA DISTINGUIR ESTE CONTENCIOSO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DEL RECURSO

*STJCE de 20 de mayo de 2009, *Guigard / Comisión*, C-214/08 P.

*STJCE de 11 de junio de 2009,
Transports Schiocchet - Excursions/Comisión, C-335/08 P

El Tribunal clarifica en estos dos asuntos el reparto de competencias jurisdiccionales en materia de responsabilidad y enmarca las posibilidades de apertura del recurso por responsabilidad extracontractual de la Comunidad. En el asunto *Guigard / Comisión*, el Tribunal anula el fallo del TPICE

¹³ STJCE de 15 de julio de 1963, *Plaumann/Comisión*, 25/62, *Rec.* p. 197.

al haber admitido erróneamente el recurso presentado por el demandante para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido debido a la no renovación del contrato de asistencia técnica que mantenía con el Ministerio nigeriano de transportes en el marco del Acuerdo de Cotonú. Fundándose sobre los argumentos del demandante, el TPICE había distinguido claramente dos alegaciones: De un lado, consideró que era manifiestamente incompetente para conocer las quejas relativas a la no renovación del contrato basadas en la responsabilidad contractual puesto que en ausencia de una cláusula compromisoria como la prevista en el artículo 238 CE este contencioso debía someterse a los tribunales nacionales; aunque, de otro lado, consideró admisible el recurso por responsabilidad extracontractual fundado en la violación de las disposiciones del Acuerdo de Cotonú y los principios generales del Derecho comunitario por la conclusión de un nuevo contrato. Es precisamente esta última interpretación la que el TJCE rechaza, acogiendo el recurso de casación presentado por la Comisión, estimando que la simple invocación de reglas jurídicas que no se desprenden de dicho contrato de trabajo, sino que se imponen a las partes no puede tener como consecuencia modificar la naturaleza contractual del litigio, sustrayéndolo a la jurisdicción competente. De lo contrario, la naturaleza del litigio y, en consecuencia, la jurisdicción competente serían susceptibles de variar, en opinión del TJCE, según las normas invocadas por las partes, lo que iría al encuentro de las reglas de competencia material de las diferentes jurisdicciones¹⁴.

Por otra parte, en el asunto *Transports Schiocchet* el TJCE recuerda que la acción en responsabilidad extracontractual prescribe a los cinco años desde que se produjo el daño, rechazando el sugerente argumento alegado sobre la complementariedad de las vías de recurso nacionales y comunitarias. En opinión del demandante, el principio de seguridad jurídica y el reconocimiento de un derecho a un recurso jurisdiccional efectivo por el artículo 13 CEDH debía conducir a tener en cuenta las acciones introducidas antes las jurisdicciones nacionales, constituyendo causa de suspensión o interrupción del plazo de prescripción del recurso comunitario por responsabilidad extracontractual. A ello añadió que la admisibilidad de este último debería supeditarse en ciertos supuestos al agotamiento de las vías internas de recurso en la medida en que éstas no aseguren de manera eficaz la protección jurisdiccional de los justiciables y no sean susceptibles de conducir a la reparación del daño alegado. El demandante trataba así de

¹⁴ STJCE *Guigard / Comisión*, apdo. 43.

extender la jurisprudencia TJCE sobre la complementariedad de las vías nacionales y comunitarias de recurso para reclamar responsabilidad extracontractual cuando las primeras no son adecuadas garantizar de manera eficaz la protección de los particulares que se consideran lesionados por los actos de las Instituciones comunitarias. Y aunque seguramente esta línea jurisprudencial no era aplicable al supuesto planteado en este asunto, este argumento del demandante no carecía de pertinencia por lo que la jurisdicción nacional estimó que debía plantear una cuestión prejudicial. El TJCE, sin embargo, se limita a reiterar, en una respuesta de carácter muy formalista, que las causas de suspensión o interrupción del plazo de prescripción de la acción en responsabilidad extracontractual están expresamente previstas en el Reglamento de procedimiento y no incluyen las acciones ante los jueces nacionales.

SOBRE LA EXCESIVA DILACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL COMO PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN Y LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

*STJCE (Gran Sala) de 16 de julio de 2009,
Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland / Comisión, C-385/07 P

La legislación alemana obliga a los fabricantes y distribuidores a efectuar la recogida y valorización de los envases que distribuyen en el mercado de este país. La recurrente, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH (DSD), es una empresa que ofrece los servicios de recogida, selección y valorización de estos envases. Para ello, los fabricantes y distribuidores deben marcar sus envases con el distintivo Der Grüne Punkt y pagar un canon a DSD que comprende los costes de la recogida, clasificación y valorización. Este sistema establecido por DSD dio lugar en 2001 a una Decisión de la Comisión sobre abuso de posición dominante con arreglo al artículo 82 CE. Contra esta Decisión interpuso un recurso de anulación ante el TPICE en julio de 2001, procedimiento que finalizó en mayo de 2007¹⁵, es decir cinco años y diez meses de duración. Entre la notificación del final de la fase escrita, el 9 de septiembre de 2002, y la decisión de iniciar la fase oral y pedir a las partes que respondieran a determinadas preguntas en la vista, adoptada el 19 de junio de 2006, transcurrieron más de 45 meses sin que se adoptara ninguna medida. Como consecuencia de

¹⁵ STPICE de 24 de mayo de 2007, *Duales System Deutschland/Comisión*, T-151/01, Rec. p. II-1607.

esta duración excesiva, DSD alegó en casación que el TPICE había cometido una irregularidad de procedimiento perjudicando sus intereses al no respetar el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, reconocido en los artículos 6 CEDH y 47 de Carta de Derechos Fundamentales de la UE. El problema es que DSD pedía la anulación de la Sentencia del TPICE basándose en una lectura combinada de los artículos 58 y 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia. Como era de esperar el TJCE admitió la existencia de una dilación indebida que no se justificaba por ninguna de las circunstancias propias del caso, su complejidad, el comportamiento de las partes o la presencia de incidentes procesales; aunque no accedió a anular la sentencia porque no había indicios de que la duración excesiva hubiera incidido en su solución¹⁶. La anulación de la sentencia recurrida no repararía en opinión del TJCE la violación del principio de tutela judicial efectiva cometida por el TPICE. En su lugar, estimó siguiendo las Conclusiones del Abogado General Yves Bot que la falta de respeto de una duración razonable del procedimiento podía dar lugar a una pretensión de indemnización al amparo de un recurso por responsabilidad extracontractual interpuesto contra la Comunidad. Asimismo, el TJCE parece acoger de forma implícita las interesantísimas reflexiones del Abogado General sobre el órgano jurisdiccional competente para conocer de esta última acción, el cual identificó perfectamente el problema en relación con el principio del juez imparcial, la tutela judicial y la exigencia de dos niveles de jurisdicción. Y ello porque según el TCE es el TPICE quien tiene la competencia exclusiva para conocer de los litigios relativos a la reparación de los daños ocasionados por las instituciones o agentes de la Comunidad en el ejercicio de sus funciones, aunque en este caso el origen de la responsabilidad se encuentra en el mismo órgano que tendrá que decidir sobre este recurso. Se trata de una cuestión nueva que nunca antes se había planteado. En efecto, en sus Conclusiones el asunto en que recayó la STJCE *Baustahlgewebe*, el Abogado General Léger consideró que el TJCE era competente para conocer de tales litigios cuando se referían a actos jurisdiccionales adoptados por el TPICE porque consideró inconcebible que se encomendara a una instancia jurisdiccional el cometido de pronunciarse sobre el carácter culpable o ilegal de su propio comportamiento. El problema de esta solución, en opinión del Abogado General Bot, era que chocaba de lleno con la competencia asignada por el Tratado al TPICE. Des-

¹⁶ Criterio seguido por la jurisprudencia del TJCE, vid. STJCE de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión*, C-185/95 P, *Rec.* p. I-8417, apdo. 49.

pués de analizar la jurisprudencia del TEDH sobre el principio del juez imparcial, estimó razonable sostener la competencia del TPICE para conocer de un recurso indemnizatorio del daño causado por el funcionamiento de la justicia comunitaria, bajo la condición expresa de que la composición que conozca de este recurso sea distinta que la que adoptó el acto o de la que resultó el perjuicio alegado¹⁷.

RECURSO DE ANULACIÓN: EL ESTATUTO PARTICULAR DE UN PAÍS CANDIDATO A LA ADHESIÓN NO IMPLICA SU LEGITIMACIÓN PRIVILEGIADA.

*STPICE de 10 de junio de 2009,
Polonia / Comisión, T-257, 258/04.

En el marco de un recurso de anulación de carácter extemporáneo interpuesto por Polonia contra el Reglamento de la Comisión (CE) n.º 1972/2003 sobre medidas transitorias en comercio de productos agrícolas con motivo de la adhesión de los países de Europa Central y Oriental¹⁸, el TPICE confirma el estatuto procesal de los países candidatos a la adhesión. Esta cuestión ya había sido en parte abordada por el TJCE en el fallo de 29 de abril de 2004, *Comisión/Austria*, en el que estimó que los nuevos Estados miembros no podían, tras su adhesión, interponer un recurso de anulación contra un acto comunitario cuando el plazo para impugnarlo había expirado antes del día de su adhesión¹⁹. La novedad en este

¹⁷ Incluso esta solución puede suscitar dudas frente a la STEH en el asunto *Mihalkov / Bulgaria*, de 10 de abril de 2008, demanda n.º 67719/01, en el que este Alto Tribunal consideró que aunque no había ningún motivo para dudar de la imparcialidad personal de los jueces del Tribunal de la ciudad de Sofía, su vínculo profesional con una de las partes en el litigio (al estar enjuiciándose la responsabilidad del tribunal de la ciudad de Sofía) podía por sí solo suscitar en el demandante dudas legítimas sobre la imparcialidad objetiva de los magistrados y su independencia respecto de la otra parte en el litigio, *ibíd.*, § 47. Además, las dudas del demandante podían verse reforzadas por el hecho de que, según las reglas presupuestarias pertinentes, el pago de la indemnización que se le concedería en caso de que se estimara el recurso debía imputarse al presupuesto del tribunal de la ciudad de Sofía, *ibíd.*, § 48.

¹⁸ DO L 293, p. 3.

¹⁹ STJCE de 29 de abril de 2004, *Comisión/Austria*, C-194/01, *Rec.* p. I-4579, apdo. 41. Asimismo, en la STJCE de 16 de febrero de 1982, *Halyvourgiki y Helleniki Halyvourgia/Comisión*, 39/81, 43/81, 85/81 y 88/81, *Rec.* p. 593, apdos. 9-15, el TJCE estimó que los actos adoptados entre la fecha de la firma del Tratado de adhesión y la de su entrada en vigor se imponen de pleno derecho a los nuevos Estados miembros a partir del día de la entrada en vigor del citado Tratado.

asunto radicaba, sin embargo, en que el Reglamento controvertido había sido adoptado sobre la base del Acta de adhesión de Polonia a la UE, lo que llevó a este país a proponer interesantes argumentos relacionados con la necesidad de que los candidatos disfruten del estatuto de litigantes privilegiados en el marco del control de legalidad para evitar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva. En su opinión, al haber sido adoptado este Reglamento sobre la base del Acta de adhesión y ser destinatario en su condición de Estado miembro, tenía derecho a interponer recurso en un plazo de dos meses a partir de su adhesión, el 1 de mayo de 2004, o alternativamente que se le hubiese permitido interponer un recurso de anulación como litigante privilegiado en el plazo de dos meses desde que se publicó en el DOUE. Y ello porque como litigante ordinario no habría podido interponer antes de la adhesión recurso de anulación contra el citado acto con arreglo al artículo 230 CE, párrafo cuarto, ya que, por una parte, el Reglamento constituía en su opinión un acto de aplicación general y no una decisión individual y, por otra parte, no le afectaba directa e individualmente en el sentido de la jurisprudencia del TJCE. El TPICE rechaza esta alegación señalando que aunque los Estados terceros, incluidos los nuevos Estados miembros antes de la adhesión, no pueden reclamar para sí el estatuto contencioso privilegiado que el sistema comunitario confiere a los Estados miembros, gozan de la capacidad procesal que este último reconoce a las personas jurídicas, en particular, a las entidades infraestatales, las cuales se encuentran individualmente afectadas por un acto de alcance general cuando les impide ejercer como consideren oportuno sus competencias propias²⁰, lo cual debe aplicarse, según el TPICE, a los nuevos Estados miembros antes de su adhesión con respecto a los actos comunitarios adoptados tras su firma del Tratado de adhesión, deduciendo, además, que el Reglamento controvertido afectaba directa e individualmente a Polonia en cuanto persona jurídica. Mucho nos tememos, sin embargo, que la solución es menos evidente que lo que el TPICE deja entrever. De hecho, aún reconociendo en sus alegaciones esta jurisprudencia relativa a las entidades infraestatales, este país consideró que únicamente podía considerarse que afectaban individualmente a las citadas entidades los actos que les impiden ejecutar sus funciones de la manera que consideren apropiada, algo que en su opinión el Reglamento n.º 1972/2003 no hacía por cuanto

²⁰ Vid., en este sentido, STPICE de 30 de abril de 1998, *Vlaams Gewest/Comisión*, T-214/95, *Rec. p. II-717*, apdo. 29; STPICE de 15 de junio de 1999, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia/Comisión*, T-288/97, *Rec. p. II-1871*, apdo. 31.

no limitó sus derechos a este respecto. Ante la duda frente a su legitimación en el marco de un recurso directo, cualquier persona jurídica podría tratar de entablar un procedimiento a nivel nacional invitando al órgano jurisdiccional a plantear la correspondiente cuestión prejudicial al TJCE. Sin embargo, esta vía está cerrada para los países candidatos dado que para ellos el artículo 234 CE no ha entrado aún en vigor. Por ello, si bien las normas comunitarias relativas a los plazos procesales son de aplicación estricta en virtud del principio de seguridad jurídica, no estaría de más reconocer la viabilidad de su alteración para los países candidatos como una circunstancia totalmente excepcional en nombre de la tutela judicial efectiva, cuando no esté del todo clara su legitimación activa en el marco de un recurso directo planteado contra un acto de alcance general antes de la entrada en vigor del acta de adhesión.

Desde un punto de vista más general, resulta poco creíble que los países candidatos puedan ser asimilados sin más a personas jurídicas porque constituyen futuros Estados miembros, cuyos intereses son tomados en consideración desde la firma del Acta de adhesión, la cual formaliza el equilibrio de cargas y beneficios entre los actuales y los futuros miembros de la Unión. En nombre de un equilibrio más o menos similar, el TJCE impuso en el pasado la legitimación activa del Parlamento para la defensa de sus prerrogativas frente al silencio de los tratados y quizás no estaría de más reconocer la misma legitimación semiprivilegiada a los países candidatos a la adhesión o bien considerar el *dies a quo* en el marco del recurso de anulación a partir de la entrada en vigor del acta de adhesión con objeto de salvaguardar su derecho a la protección jurisdiccional efectiva. Con todo, quizás no era este asunto el adecuado para un desarrollo de estas características debido a que en opinión del TPICE estaba clara su legitimación como persona jurídica y, especialmente, porque se le permitió examinar el fondo de sus alegaciones contra el Reglamento n.º 735/2004, que vino a añadir nuevos productos al régimen transitorio controvertido²¹; y sobre el cual, el recurso no tenía carácter extemporáneo. A pesar de ello, el TPICE desestimó una por una todas las alegaciones del demandante, desestimando por consiguiente el recurso de anulación. Con todo, no es descartable que en otros asuntos futuros se planteen más dudas en cuanto a la legitimación de los países candidatos. Consciente de ello, el TPICE parece dejar la puerta abierta a futuros desarrollos, al estimar que Polonia no

²¹ Reglamento (CE) n.º 735/2004 de la Comisión, de 20 de abril de 2004, *DO L* 114, p. 13.

había explicado en qué medida sus circunstancias eran totalmente excepcionales y requerían apartarse del principio de aplicación estricta de los plazos procesales²².

Por lo demás, el TPICE rechaza de forma bastante formalista la alegación de Polonia sobre la falta de publicación del Reglamento en su lengua. En opinión de este país, el Reglamento iba dirigido a los Estados miembros de la Unión Europea a 1 de mayo de 2004, por lo que su publicación debería haberse realizado en las veinte lenguas oficiales de la Unión de conformidad con el Acta de adhesión. Esto implicaba en su opinión que el proceso de publicación del referido Reglamento no terminó el 11 de noviembre de 2003, sino el 1 de mayo de 2004, fecha en la que o a partir de la cual dicho Reglamento fue publicado en todas las lenguas oficiales. Para el Tribunal, sin embargo, en la fecha de adopción del Reglamento controvertido las lenguas oficiales eran sólo once en virtud del régimen lingüístico vigente²³. Las lenguas de los nuevos Estados miembros, en cambio, entraron en vigor el 1 de mayo de 2004, por lo que opinión del TPICE la Comisión no estaba obligada a publicar el Reglamento en lengua polaca el 11 de noviembre de 2003, pudiendo interpretarse a partir de las versiones lingüísticas publicadas en dicha fecha.

3.- MERCADO INTERIOR, LIBRE CIRCULACIÓN Y CIUDADANÍA EUROPEA

DEFINICIÓN DE MEDIDAS DE EFECTO EQUIVALENTE Y DIFICULTADES PARA GESTIONAR LA JURISPRUDENCIA *KECK Y MITHOUARD*: HACIA UNA NUEVA DEFINICIÓN BASADA EN LOS EFECTOS DE LA MEDIDA SOBRE EL ACCESO AL MERCADO

* STJCE de 4 de junio de 2009,
Mickelsson y Roos, C-142/05

En nuestra crónica anterior informábamos del fallo del TJCE en el asunto C-110/05 *Comisión / Italia*, en el que el TJCE sostuvo que las medidas nacionales sobre el uso de los productos caían, en principio, dentro del ámbito de aplicación del artículo 28 CE, aunque podían justificarse²⁴.

²² STPICE de 10 de junio de 2009, *Polonia / Comisión*, T-257, 258/04, apdo. 48.

²³ Artículo 4 del Reglamento n.º 1 del Consejo, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la CEE en su versión modificada, *DO* 1958, 17, p. 385.

²⁴ STJCE (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009, *Comisión / Italia*, C-110/05.

De este modo, el TJCE rechazaba indirectamente extender la denostada jurisprudencia *Keck y Mithouard*²⁵, según la cual, las medidas estatales sobre las modalidades de venta caen, en principio, fuera del ámbito de aplicación de la prohibición contenida en el art. 28 CE, a las reglas sobre modalidades de uso de los productos, negándose así a crear una categoría suplementaria de medidas excluidas de la prohibición de obstáculos a la libre circulación de mercancías. En este nuevo asunto, la Abogada General Kokott había propuesto volver sobre el tema, sugiriendo en sus Conclusiones la ampliación del ámbito de aplicación de la jurisprudencia *Keck y Mithouard* y el TJCE confirma el rechazo de esta tesis, cuya aceptación podría seguramente cuestionar la coherencia del principio de libre circulación de mercancías, además de hacer escapar a todo control jurisdiccional este tipo de normativas. Por otro lado, la orientación jurisprudencial que inspira este nuevo fallo podría interpretarse como la confirmación de un nuevo enfoque para determinar el ámbito de aplicación del artículo 28 CE, que se basa en la noción de acceso al mercado y que tal vez esté inspirada en la jurisprudencia sobre exacciones de efecto equivalente a derechos de aduana²⁶.

La petición de decisión prejudicial de este nuevo fallo se presentó en el marco de un proceso penal entablado por el Ministerio fiscal sueco con los señores Mickelsson y Roos por haber infringido la prohibición de uso de motos acuáticas en aguas situadas fuera de las vías de navegación públicas prevista en la legislación de este país. Aunque los inculpados reconocieron los hechos, alegaron que la aplicación de dicha normativa era contraria al artículo 28 CE y a la Directiva 94/25/CE sobre embarcaciones de recreo²⁷. Ante esta situación, el órgano jurisdiccional nacional planteó al TJCE si los artículos 28 CE a 30 CE o la Directiva 94/25 se oponían a una normativa nacional que prohíbe el uso de motos acuáticas en lugares distintos de las vías de navegación públicas autorizadas por las autoridades locales.

²⁵ STJCE de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard*, C-267/91 y C-268/91, *Rec.* p. I-6097.

²⁶ Vid., en particular, STJCE de 1 de julio de 1969, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders / Brachfeld*, 2/69, *Rec.* p. 211; en el que la tasa controvertida se aplicaba a los diamantes importados, los cuales no encontraban en competencia con productos nacionales puesto que en Bélgica no hay producción de diamantes y sin embargo el Tribunal no dudó de calificar la tasa como exacción de efecto equivalente dada el obstáculo que provocaba en el acceso al mercado.

²⁷ DO L 164/15, en su versión modificada por la Directiva 2003/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de junio de 2003, DO L 214, p. 18.

Es de destacar que en su respuesta para determinar el ámbito de aplicación del artículo 28 CE el TJCE no se refiere a la fórmula *Dassonville*²⁸, ni menciona la jurisprudencia *Keck y Mithouard*; inclinándose por reiterar el criterio del acceso al mercado, tomando en cuenta, en particular, los efectos de una medida nacional que consistan en tratar de manera menos favorable a los productos que provengan de otros Estados miembros. Se trata de un criterio que ya había afirmado en el fallo en el asunto *Comisión / Italia* antes citado, siguiendo el análisis propuesto por el Abogado General Bot en sus Conclusiones en aquel asunto y que algunos autores han alabado por volver a una senda que el TJCE probablemente nunca debió abandonar.

Sobre este interesante criterio, el TJCE afirma que aun en el caso de que la normativa nacional objeto del litigio no tenga por objeto ni por efecto tratar de manera menos favorable a los productos procedentes de otros Estados miembros, la restricción del uso que impone puede tener, dependiendo de su alcance, una influencia considerable sobre el comportamiento de los consumidores, que puede afectar, a su vez, al acceso de dicho producto al mercado de este Estado miembro²⁹. En este sentido, el TJCE se refirió a que las posibilidades de usar motos acuáticas en Suecia eran marginales, por lo que los consumidores, al conocer estas restricciones, sólo tendrían un interés reducido en adquirir este producto³⁰.

Sobre la posible justificación de la medida, el Gobierno sueco invocó la protección del medio ambiente del artículo 30 CE porque con esta limitación del uso de motos acuáticas a determinadas zonas se evitaban consecuencias negativas para la fauna cuando dichas embarcaciones se conducen durante un período prolongado de tiempo en un área reducida o a gran velocidad. Si bien el TJCE estimó que no cabía excluir que medidas diferentes a esta prohibición pudieran garantizar cierto grado de protección del medio ambiente, no podía negarse a los Estados miembros la posibilidad de lograr este objetivo mediante la adopción de normas generales que sean, por un lado, necesarias en atención a las particularidades geográficas del Estado miembro afectado y, por otro, fáciles de aplicar y controlar por las autoridades nacionales³¹. Sobre el carácter supuestamente necesario de la

²⁸ STJCE de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, 8/74, *Rec.* p. 837.

²⁹ STJCE *Mickelsson y Roos*, apdo. 26, reiterando STJCE *Comisión/Italia*, apdo. 56.

³⁰ STJCE *Mickelsson y Roos*, apdos. 27-28.

³¹ *Ibid.*, apdo. 36; fórmula que reitera igualmente lo establecido en la STJCE *Comisión/Italia*, apdo. 67.

medida controvertida, señaló que la redacción del propio Reglamento nacional permite presumir que en las zonas que deben designarse mediante disposiciones de aplicación, pueden utilizarse motos acuáticas sin provocar riesgos o molestias inadmisibles para el medio ambiente, de lo que dedujo que una prohibición general de uso de dichos productos fuera de las vías de navegación públicas era una medida que iba más allá de lo necesario para lograr el objetivo de la protección del medio ambiente. Aceptó, no obstante, su carácter proporcional si las autoridades nacionales competentes estaban obligadas a adoptar las medidas de aplicación y habían ejercido efectivamente esta competencia en un plazo razonable tras la entrada en vigor de dicho Reglamento. Si se respetaban todas estas condiciones, el TJCE estimó que la normativa controvertida podía estar justificada por el objetivo de la protección del medio ambiente, aunque haciendo un uso quizás excesivo de la subsidiariedad jurisdiccional, estimó que correspondía al tribunal remitente verificar si se cumplían dichos requisitos en el asunto principal, justificándolo de forma clásica en la clara separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJCE³², opción quizás justificada por la complejidad coyuntural del asunto. En efecto, cuando ocurrieron los hechos la normativa nacional acababa de entrar en vigor y, como consecuencia de ello, las autoridades nacionales no habían tenido tiempo suficiente de adoptar la normativa de desarrollo que era la que en opinión del TJCE daba carácter proporcionado a la medida. De ahí que el TJCE indique al juez nacional que esta circunstancia no afecte a la proporcionalidad de la medida. Asimismo, en virtud del principio general del Derecho comunitario de aplicación retroactiva, según el caso, de la ley penal más favorable y de la pena más leve, los inculpados debían tener la posibilidad de alegar esta normativa de desarrollo aunque hubiese sido adoptada con posterioridad a los hechos como condición para que la medida siga siendo proporcionada y, por tanto, siga estando justificada conforme al objetivo de la protección del medio ambiente.

³² *Ibid.*, apdo. 41.

LAS LEGISLACIONES NACIONALES PUEDEN RESERVAR A LOS FARMACÉUTICOS LA TITULARIDAD Y EXPLOTACIÓN DE LAS FARMACIAS PARA SALVAGUARDAR LA SALUD PÚBLICA

*STJCE (Gran Sala) de 19 de mayo de 2009,
Comisión / Italia, C-531/06

*STJCE (Gran Sala) de 19 de mayo de 2009,
Apothekerkammer des Saarlandes y otros, C-171, 172 /07.

¿Pueden limitar los Estados miembros la titularidad y gestión de las farmacias exclusivamente a los titulados en farmacia? A esta interesante cuestión responde el TJCE en estos dos fallos. En el asunto *Comisión/Italia*, la Comisión había demandado por incumplimiento a este país alegando que su normativa infringía las libertades de establecimiento (43 CE) y de capitales (56 CE) en la medida en que impedía que las personas físicas que no dispusieran de título de farmacéutico y las personas jurídicas que no estuvieran compuestas únicamente por socios farmacéuticos explotaran una farmacia, mientras que en los asuntos acumulados *Apothekerkammer des Saarlandes y otros*, el TJCE respondió a una remisión prejudicial planteada por una jurisdicción alemana sobre prácticamente cuestiones similares.

Aunque el TJCE consideró que ambas legislaciones constituían una restricción a ambas libertades, admitió que podían justificarse en la salud pública como exigencia imperativa de interés general en el sentido de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad. La Comisión había señalado que la exclusión de no farmacéuticos no era adecuada para garantizar la realización de dicho objetivo, dado que se basaba en la presunción errónea de que un farmacéutico que explota una oficina de farmacia está menos inclinado a primar su interés personal a costa del interés general que quien no es farmacéutico. En segundo lugar, sostuvo que la citada normativa era desproporcionada ya que el objetivo de protección de la salud pública podía lograrse a través de medidas menos restrictivas de las libertades garantizadas por los artículos 43 CE y 56 CE, como la presencia obligatoria de un farmacéutico en la farmacia, la obligación de contratar un seguro o un sistema de controles adecuados y de sanciones eficaces. Sin embargo, el TJCE consideró que la explotación de una farmacia por una persona que carezca de dicha condición puede suponer un riesgo para la seguridad y la calidad de la distribución de medicamentos al por menor, dado que el ánimo de lucro en este tipo de explotaciones no está limitado por los principios profesionales que caracte-

rizan la actividad del farmacéutico, su experiencia profesional y la responsabilidad que les corresponde frente a una eventual infracción de las normas legales o deontológicas que no sólo pondría en peligro el valor de su inversión, sino también su propia existencia profesional³³. El TJCE acepta el carácter necesario y proporcionado del obstáculo a las libertades porque la medida alternativa sugerida en el procedimiento, a saber, la contratación obligatoria de un seguro de responsabilidad civil por hecho ajeno no evitaría los riesgos para la independencia de la profesión de farmacéutico seguridad porque sólo permitiría al paciente obtener una indemnización económica a posteriori en concepto de reparación de daños y perjuicios eventualmente sufridos, pero no impediría en absoluto que el titular de la farmacia ejerciera su influencia sobre los farmacéuticos contratados³⁴.

Asimismo, el TJCE rechaza el argumento relativo a la incoherencia de la prohibición de la normativa italiana, la cual permitía con carácter excepcional la explotación de farmacias a los herederos que no tuvieran la condición de farmacéuticos. Sin embargo, el TJCE consideró que la Comisión no había demostrado la incoherencia de dicha excepción, que tiene carácter estrictamente temporal y que se justifica por la protección de los derechos e intereses patrimoniales legítimos de los familiares del farmacéutico fallecido, estableciéndose, además, que debía explotarse bajo la responsabilidad de un farmacéutico titulado³⁵. También rechazó de forma implícita el argumento la disociación que en el asunto *Apothekerkammer des Saarlandes y otros* habían realizado los demandados sobre la necesidad de diferenciar los aspectos relativos a la explotación, la gestión o la administración de las farmacias de los relativos a las relaciones con terceros. En su opinión, la necesidad de poseer esta cualificación profesional se justificaba en los últimos aspectos, pero no en los primeros, ya que la exigencia de protección de la salud pública sólo afectaba al aspecto externo de la actividad farmacéutica, es decir el referido a la relación con terceros y, más concretamente, con los proveedores y pacientes. De forma más explícita el Abogado General Bot afirmó en sus Conclusiones no estar convencido respecto el argumento de que debían diferenciarse los aspectos internos (propiedad, administración y gestión de la farmacia) y externos

³³ STJCE *Comisión / Italia*, apdo. 63, STJCE *Apothekerkammer des Saarlandes y otros*, apdo. 37.

³⁴ STJCE *Comisión / Italia*, apdo. 86, STJCE *Apothekerkammer des Saarlandes y otros*, apdo. 56.

³⁵ STJCE *Comisión / Italia*, apdo., 69.

(relaciones con terceros) de la actividad farmacéutica. En su opinión, una persona, a la vez propietario y empleador, que posee una farmacia influye inevitablemente en la política seguida por ésta en materia de dispensación de medicamentos. Por tanto, la elección efectuada por el legislador alemán de vincular la competencia profesional y la propiedad económica de la farmacia resultaba justificada en relación con el objetivo de protección de la salud pública³⁶. En efecto, aunque la persona al frente de la gestión de la farmacia fuera un titulado tendría que seguir inevitablemente la política dictada por el gestor, la cual estaría guiada por imperativos económicos, corriendo el riesgo de vulnerar la independencia de los farmacéuticos contratados induciéndoles a vender cuanto antes aquellos medicamentos cuyo almacenamiento ya no fuera rentable o efectuar reducciones en los gastos de funcionamiento que afectasen a las modalidades de distribución al por menor de los medicamentos³⁷. Por consiguiente, el TJCE consideró que la elección efectuada por los legisladores italiano y alemán de vincular la competencia profesional y la propiedad económica de la farmacia resultaba justificada en relación con el objetivo de protección de la salud pública. Finalmente, el TJCE deslindó esta solución de la aplicada en el fallo en el asunto C-140/03 *Comisión/Grecia*, en el que declaró que Grecia incumplía el TCE al supeditar la apertura de establecimientos de óptica en este país a la condición de una autorización expedida a nombre un óptico titulado³⁸, jurisprudencia que no podía trasladarse al ámbito de la distribución de medicamentos al por menor por los peculiares caracteres de este producto y su mercado. En opinión del TJCE, a diferencia de los productos de óptica, los medicamentos prescritos o utilizados por motivos terapéuticos pueden resultar gravemente perjudiciales para la salud si se consumen de forma innecesaria o incorrecta, sin que el consumidor pueda advertirlo durante su administración. Además, la venta de medicamentos sin justificación médica supone un derroche de recursos financieros públicos que no es comparable con el resultante de la venta injustificada de productos de óptica.

Se trata de un fallo importante que aplacará los temores expresados por el sector farmacéutico, cuyas peculiaridades están siendo cuestionadas últimamente en el marco de otros procedimientos jurisdiccionales pendientes

³⁶ Conclusiones del Abogado General Bot en el asunto *Apothekerkammer des Saarlandes y otros*, apdo. 49.

³⁷ STJCE *Comisión / Italia*, apdo. 64, STJCE *Apothekerkammer des Saarlandes y otros*, apdo. 40.

³⁸ STJCE de 21 de abril de 2005, *Comisión/Grecia*, C-140/03, *Rec. p. I-3177*.

de resolución ante el TJCE, en particular, una cuestión prejudicial planteada por una jurisdicción española en la que se cuestiona con respecto a la libertad de establecimiento la legalidad de la legislación asturiana sobre apertura de farmacias, que al igual que en otras Comunidades Autónomas supedita esta autorización a módulos de población y distancias mínimas, aunque el sistema otorga más puntos si los candidatos demuestran experiencia previa en la explotación de farmacias en esta región. En opinión del Abogado General Poiares Maduro, cuyas Conclusiones presentó el pasado 20 de septiembre, la libertad de establecimiento se opone a esta legislación debido a la prioridad que otorga a quienes hayan ejercido previamente en Asturias. Con respecto al requisito de la distancia mínima entre oficinas de farmacia, el Abogado General estima que corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si está justificada la distancia específica que se impone³⁹. Posiblemente el método seguido por el TJCE en los fallos comentados marque la senda que seguirá en este otro asunto, en el que también se mezclan intereses comerciales y de salud pública. La importancia del fallo se desprende fundamentalmente de la solemnidad de las observaciones preliminares del TJCE que dejan presentir la importancia acordada a la búsqueda de una solución equilibrada entre esos intereses contrapuestos. El TJCE considera, en efecto, que «la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que el Estado miembro puede decidir qué nivel de protección de la salud pública pretende asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel. Dado que éste puede variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación»⁴⁰, que el TJCE no censurará más que en caso exceso indebido. Y esta apreciación procede asimismo de la especificidad del producto en cuestión, los medicamentos, cuyos efectos terapéuticos los distinguen sustancialmente de otras mercancías y por ello impone una apreciación particular debido a la especificidad de los vendedores y los clientes.

³⁹ Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en los asuntos acumulados José Manuel Blanco Pérez y María del Pilar Chao Gómez, C-570 y 571/07, presentadas el 30 de septiembre de 2009.

⁴⁰ STJCE *Comisión / Italia*, apdo. 36, STJCE *Apothekerkammer des Saarlandes y otros*, apdo. 19.

EL DERECHO COMUNITARIO NO PRESCRIBE EN LA ACTUALIDAD
CRITERIOS GENERALES PARA EL REPARTO DE COMPETENCIAS EN-
TRE LOS ESTADOS MIEMBROS A FIN DE ELIMINAR LA DOBLE IM-
POSICIÓN

*STJCE de 16 de julio de 2009,
Damseaux, C-128/08

Aunque la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad figura entre las finalidades del Tratado, los Estados miembros apenas han firmado convenios multilaterales con este objetivo en el marco del artículo 293 CE, de ahí que siga correspondiéndoles eliminar esta irregularidad sin que el Derecho comunitario prescriba la administración tributaria que deba proceder de forma prioritaria en este sentido. Así responde el TJCE a la cuestión planteada por un Tribunal de Lieja, que tenía ante así planteada la reclamación de un residente belga, cuyos dividendos habían sido objeto de doble imposición. Entre 2005 y 2007 este ciudadano percibió dividendos de la sociedad anónima Total, con domicilio social en Francia, a los que la administración tributaria francesa practicó una retención en la fuente del 25 %. No obstante, en aplicación de un Convenio franco-belga de 1964 para evitar la doble imposición, pudo solicitar el reembolso de una parte de dicha retención, reduciéndola hasta el 15 %, aunque en su opinión debería habersele permitido imputar todo el impuesto francés en la retención a cuenta belga o que la administración belga hubiese renunciado a la retención con el fin de suprimir la doble imposición. Y esta jurisdicción pregunta al TJCE si la libre circulación de capitales o el artículo 293 CE impedían la doble imposición parcial de los dividendos de acciones de sociedades establecidas en otros Estados miembros, que hace recaer sobre ellos una presión fiscal mayor que la mera retención a cuenta de los dividendos distribuidos por sociedades nacionales. En el marco de esta cuestión, el TJCE responde que estos dividendos pueden ser objeto de doble imposición cuando ambos Estados miembros deciden ejercer su competencia tributaria y someterlos a imposición por cuenta del accionista. Se trata de restricciones no prohibidas por el Tratado, siempre que no sean discriminatorias. Por consiguiente, de conformidad con el reparto de las competencias tributarias acordado entre Francia y Bélgica, los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en el primer país a un residente belga pueden ser gravados en ambos Estados miembros. A continuación el TJCE aclara que no cabe considerar que corresponda necesariamente al Estado de residencia evitar esta doble imposición porque supondría

conferir prioridad en la imposición al Estado miembro de la fuente, teniendo en cuenta, además, que el Convenio suscrito entre ambos países no obliga de forma incondicional al Estado de residencia del accionista a evitar la doble imposición.

UN PLAZO DE PRESCRIPCIÓN FISCAL ESPECÍFICO Y PARTICULARMENTE LARGO PARA LOS DEPÓSITOS SITUADOS EN OTROS ESTADOS MIEMBROS NO ES DESPROPORCIONADO CON RESPECTO AL OBJETIVO DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL

*STJCE de 11 de junio de 2009,
X (C-155/08) y *Passenheim-van Schoot* (C-157/08)

El Tribunal Supremo de los Países Bajos (*Hoge Raad der Nederlanden*) plantea en estas cuestiones prejudiciales si las libertades de servicios o de capitales se oponen a la legislación holandesa con arreglo a la cual, en caso de que se oculten a las administraciones tributarias activos procedentes del ahorro o sus rendimientos, el plazo para practicar la liquidación complementaria es de cinco años cuando aquellos se poseen en el país, ampliándose hasta doce años cuando se poseen en otro Estado miembro. Y aunque el TJCE responde que esta diferencia puede hacer menos atractivo para los contribuyentes transferir activos a otro Estado miembro, suponiendo una restricción a las libertades de servicios y de capitales, puede justificarse en virtud de razones imperiosas de interés general como la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales y la lucha contra el fraude fiscal, siempre que respete el principio de proporcionalidad, en el sentido de que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue, y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo. En opinión del TJCE, la normativa holandesa es adecuada por cuanto puede disuadir a los contribuyentes de ocultar estos activos a la hacienda pública con el fin de no exponerse posteriormente a una liquidación complementaria. Sin embargo, con respecto al test de la necesidad, el TJCE diferencia dos hipótesis. La primera corresponde a una situación en la que los elementos imponibles en un Estado miembro y situados en otro se ocultaron a la administración tributaria del primero y ésta no dispone de indicio alguno sobre la existencia de dichos elementos que permita emprender una investigación. En este caso, ese primer Estado miembro se encuentra imposibilitado de dirigirse a las autoridades competentes del otro con el fin de que le transmitan la información necesaria para la correcta liquidación del impuesto. En estas circunstancias, el hecho de someter los elementos imponibles

ocultados a la hacienda pública a un plazo de liquidación complementaria ampliado a doce años no sobrepasa lo necesario para garantizar la eficacia de los controles tributarios y luchar contra el fraude fiscal.

Ahora bien, la situación es distinta cuando la administración tributaria nacional dispone de indicios sobre los elementos ocultados en otro Estado miembro que permiten iniciar una investigación. En esta segunda hipótesis no puede justificarse la aplicación de un plazo ampliado para la liquidación complementaria puesto que existen medidas menos restrictivas que pueden lograr el mismo objetivo, en particular, la asistencia mutua a través de la Directiva 77/799/CEE⁴¹ o los convenios bilaterales. De la misma forma, que la multa impuesta por la ocultación de dichos activos y rendimientos extranjeros se calcule de forma proporcional al importe de la liquidación complementaria y de acuerdo con este período más largo de doce años está justificado en el marco de las libertades comunitarias de servicios y capitales si los activos poseídos en ese otro Estado miembro se ocultaron a la administración tributaria nacional, la cual no dispone de indicio alguno sobre su existencia que le permita iniciar una investigación.

CIUDADANÍA EUROPEA: EL TJCE CLARIFICA LOS DERECHOS DE LOS DEMANDANTES DE EMPLEO EN OTRO ESTADO MIEMBRO.

* STJCE de 4 de junio de 2009, *Vatsouras* (C-22/08) y *Koupatantze* (C-23/08)

Cómo conciliar los derechos de la ciudadanía europea y, al mismo tiempo, evitar los riesgos que representa el turismo de carácter social es la disyuntiva fundamental que plantea este asunto del TJCE. Se trata de una cuestión que fue abordada no hace mucho en el asunto *Collins*⁴², que instauró el requisito de que quienes buscan empleo y ejercen la libre circulación deben ostentar un «vínculo» con el Estado anfitrión para acceder a las ayudas de carácter social. Puede recordarse, sin embargo, que la Directiva 2004/38 sobre el derecho de residencia de los ciudadanos⁴³ se desmarcó

⁴¹ Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos, *DO* n.º L 336/15; en su versión modificada por el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Austria, la República de Finlandia y el Reino de Suecia y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, *DO* 1994, C 241, p. 21 y 1995, L 1, p. 1.

⁴² STJCE de 23 de marzo de 2004, C-138/02, *Rec.* p. I-2703.

⁴³ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circula-

de esta jurisprudencia, prohibiendo la concesión de ayudas sociales a los que hayan ejercido la libre circulación y busquen empleo en un Estado miembro. En efecto, su artículo 24.2 establece que durante los primeros tres meses de residencia o durante el tiempo en que busquen trabajo, el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder prestaciones de asistencia social. Al restringir temporalmente este derecho sin limitación alguna, se permite denegar los subsidios a sujetos que, incluso solicitando empleo, poseen ya ese vínculo con el país de acogida. Dudando de la compatibilidad de esta disposición con los principios de no discriminación y de libre circulación de trabajadores una jurisdicción social alemana pide al TJCE que analice la validez de esta disposición de la Directiva en el marco de dos asuntos bastante similares que hacen referencia a dos ciudadanos griegos que se trasladaron a Alemania y trabajaron durante períodos breves y por escasa cuantía, solicitando una ayuda de carácter asistencial para proveer a su manutención. Antes de abordar la cuestión prejudicial, el TJCE se afana en aportar algunas precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su interpretación porque detecta un error en el planteamiento de esta jurisdicción, al haberse basado aquella en la premisa de que los ciudadanos griegos no eran trabajadores en el sentido del artículo 39 CE porque consideró que la actividad laboral desarrollada en Alemania fue menor y breve, de lo que dedujo que era insuficiente para garantizar su subsistencia. Sin embargo, el TJCE reitera su consagrada jurisprudencia sobre la autonomía del concepto de trabajador a efectos del Derecho de la Unión, sin importar la duración del contrato o la cuantía de los ingresos, incluso inferiores al mínimo vital. Con todo, plenamente respetuoso con el principio de autonomía jurisdiccional, el TJCE establece que corresponde corroborar al tribunal *a quo* si las actividades ejercidas por estos ciudadanos griegos los convierten en trabajadores a efectos del Derecho de la Unión. En caso afirmativo, estos ciudadanos mantienen el estatuto de trabajadores durante, al menos, seis meses, siempre y cuando se hayan inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo⁴⁴.

A continuación, el TJCE aborda la validez del artículo 24.2 de esta Directiva en relación con los principios de no discriminación y de libre

lar y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, DO L 158, p. 77, y sus correcciones de errores en DO 2004, L 229, p. 35, y DO 2007, L 204, p. 28.

⁴⁴ Artículo 7, apartado 3, letra c), de la Directiva 2004/38.

circulación de trabajadores. Como ya sabemos, en virtud de esta disposición, el Estado miembro de acogida no está obligado a conceder prestaciones de asistencia social, entre otros, a quienes busquen empleo durante el período más prolongado en el que tienen derecho a permanecer en dicho Estado. El problema es conciliar esta disposición con el derecho a la igualdad de trato regulada en el apartado 2 del 39 CE que según reiterada jurisprudencia abarca los nacionales de un Estado miembro que buscan empleo en otro⁴⁵, orientación que no ha hecho sino confirmar la creación de la ciudadanía de la Unión y la interpretación del derecho a la igualdad de trato del que gozan quienes ostentan dicha ciudadanía. Por todo ello, no es posible, en opinión del TJCE, excluir del ámbito de aplicación del artículo 39 CE, apartado 2, una prestación de naturaleza financiera destinada a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro, aunque al mismo tiempo, confirmando plenamente la jurisprudencia *Collins*⁴⁶, considera legítimo que el legislador nacional sólo conceda estas prestaciones tras asegurarse de la existencia de un vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado laboral del Estado de acogida, lo cual podría comprobarse, entre otros medios, mediante la constatación de que esta persona ha buscado empleo de manera efectiva y real durante un período razonable.

Aparte de la constatación de la existencia de un vínculo real y efectivo con el mercado de trabajo, otra cuestión esencial a tener en cuenta viene constituida por los elementos constitutivos de dicha prestación, especialmente, sus objetivos y los requisitos para su concesión. Para examinar este último aspecto, el Tribunal nacional debe analizar la prestación conforme a sus resultados y no a su estructura formal, siguiendo literalmente las extraordinarias Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo en este asunto, una muestra más de la excelencia intelectual a la que nos tenía acostumbrados y que tanto nos enseñó sobre el Derecho de la Unión. En opinión del que fuera Abogado General del TJCE, el objetivo de la ayuda debe analizarse conforme a sus resultados y no a la estructura formal de la prestación porque, en caso contrario, bastaría con que sus normas reguladoras eliminaran cualquier mención al afán rehabilitador de la ayuda para poderla negar a los ciudadanos comunitarios que ejerzan la libre circulación para procurarse un empleo. Por consiguiente, la excepción establecida

⁴⁵ Entre otras, STJCE de 15 de septiembre de 2005, *Ioannidis*, C-258/04, *Rec.* p. I-8275, apdo. 21.

⁴⁶ STJCE *Collins*, apdo. 70.

en el artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/83 debe interpretarse de conformidad con el artículo 39 CE, apartado 2; y, en consecuencia, independientemente de su calificación en la normativa nacional. En el caso de autos, un indicio de que la prestación alemana está destinada a facilitar el acceso al trabajo está constituido —en opinión del TJCE— por el requisito que exige que el interesado sea capaz de ejercer una actividad profesional, lo que quiere decir que no se trata meramente de una prestación de asistencia social, sino de un instrumento de inserción laboral.

LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: EL TJCE CONDENA LAS LEYES AUSTRIACAS QUE OBLIGAN A LOS AGENTES DE PATENTES A CONTRATAR UN MANDATARIO NACIONAL Y A LOS MÉDICOS A DISPONER DE UNA CUENTA ÚNICA EN UN BANCO REGIONAL

* STJCE de 11 de junio de 2009,
Comisión/Austria, C-564/07.

* STJCE de 25 de junio de 2009,
Comisión/Austria, C-356/08

El TJCE examina en estos dos fallos la conformidad de dos normas austriacas con la libre prestación de servicios. En el primer asunto se trata de la Ley relativa a los agentes de patentes, en virtud de la cual, sólo pueden prestar estos servicios en Austria si han suscrito un seguro de responsabilidad profesional. En opinión del TJCE esta obligación se aplica de forma no discriminatoria, está inspirada en la razón imperiosa de interés general relativa a la protección de los consumidores como destinatarios de estos servicios y es adecuada para lograr este objetivo. En cambio, la obligación de que estos mismos agentes designen una representante nacional cuando prestan servicios en Austria es considerada un obstáculo a la libre prestación de servicios, confirmando la jurisprudencia en este sentido⁴⁷. Aunque el TJCE avala teóricamente la justificación alegada por el Estado demandado, el cual había afirmado que esta exigencia estaba dirigida a prevenir las dificultades y los retrasos y garantizar que la duración de estos procedimientos sea conforme al artículo 6 CEDH, admitiendo que puede alegarse como razón imperativa de interés general para justificar obstáculos a esta libertad, considera que esta exigencia de la ley austriaca va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo porque los actuales

⁴⁷ En este sentido, STJCE de 13 de febrero de 2003, *Comisión/Italia*, C-131/01, *Rec.* p. I-1659, apdo. 42; STJCE de 6 de marzo de 2003, *Comisión/Luxemburgo*, C-478/01, *Rec.* p. I-2351, apdo. 19.

medios de comunicación electrónica ofrecen la posibilidad de asegurar de manera apropiada las comunicaciones necesarias con las autoridades judiciales y administrativas.

En el segundo fallo, el TJCE condena la obligación impuesta a los médicos establecidos en el land de Alta-Austria de disponer de una cuenta única en un banco regional donde deben ingresar sus honorarios. Aunque el recurso de la Comisión contemplaba la violación de las libertades de servicios, establecimiento y capitales, el TJCE se ciñe al análisis de la primera de estas libertades estimando que se trata de un obstáculo frente a los médicos como destinatarios de servicios ofrecidos por los bancos establecidos en otros Estados miembros, así como en relación con los bancos que deseen prestar servicios a los médicos establecidos en esta región. Como justificación de este obstáculo, el país demandado invocó la necesidad de lograr una simplificación administrativa, la prevención del fraude y la garantía de un saldo suficiente para garantizar el pago de las cotizaciones al colegio de médicos. Como era de esperar, sin embargo, el TJCE la considera desproporcionada en cuanto existen medidas alternativas que obstaculicen menos esta libertad como la transmisión de información pertinente al colegio de médicos por los organismos oficiales de seguridad social y las mutualidades de seguro con el fin de verificar el cálculo de las cotizaciones.

4. AGRICULTURA

EL TJCE CONFIRMA LA VALIDEZ DEL REGISTRO DE LA INDICACIÓN GEOGRÁFICA PROTEGIDA «BAVARIA» PARA CERVEZA PROCEDENTE DE UNA ZONA DELIMITADA DE ALEMANIA

STJCE de 2 de julio de 2009,
Bavaria y Bavaria Italia, C-343/07

Una jurisdicción italiana desea saber en esencia si, teniendo en cuenta los requisitos procedimentales y sustantivos establecidos por el Reglamento n.º 2081/92⁴⁸, el nombre *Bayerisches Bier* fue válidamente registrado a nivel comunitario como una Indicación Geográfica Protegida (IGP) reservada exclusivamente para designar la cerveza procedente de una zona delimitada de Alemania y en qué medida esta reserva afecta a la validez o al uso de marcas preexistentes utilizadas para cerveza en las que figura el nombre

⁴⁸ Reglamento (CEE) n.º 2081/92 del Consejo, de 14 de julio de 1992, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, *DO L 208*, p. 1.

«Bavaria»⁴⁹. Esta cuestión se suscitó en un litigio entre una asociación de cerveceros alemanes de la región de Baviera (*Bayerischer Brauerbund*) y la cervecera holandesa Bavaria NV, que distribuye cerveza en Italia. La IGP *Bayerisches Bier* fue una de las que generó mayor debate en el procedimiento de registro a nivel comunitario. El Gobierno alemán transmitió el pliego de condiciones definitivo a la Comisión en marzo de 2000, Institución que consideró fundada dicha solicitud, presentando al Comité de reglamentación un proyecto con objeto de registrarla a nivel comunitario. No obstante, varios Estados miembros se opusieron, en particular, los Países Bajos, debido precisamente a la existencia de marcas que incluían la expresión «Bayerisches Bier» o sus traducciones y, por otra parte, el carácter genérico de este término o sus traducciones. Tras un análisis de las cuestiones planteadas y una investigación formal en todos los Estados miembros, la Comisión concluyó que los argumentos formulados carecían de fundamento, por lo que presentó un segundo proyecto al Comité. Sin embargo, al no alcanzarse la mayoría exigida, éste no emitió dictamen alguno, por lo que la Comisión convirtió su proyecto en propuesta de Reglamento al Consejo que fue adoptada por esta última institución en 2001⁵⁰. En el preámbulo de este Reglamento se establece expresamente que de acuerdo con los hechos y la información disponible, el registro de esta IGP no podía inducir a error a los consumidores sobre la verdadera identidad del producto, aclarándose, además, que la IGP y la marca Bavaria no se encontraban en la situación contemplada en el apartado 3 del artículo 14 del Reglamento (CEE) n.º 2081/92, disposición que impide el registro de una denominación frente a una marca de renombre o notoria si habida cuenta de la duración de su uso, el registro puede inducir a error al consumidor sobre la auténtica identidad del producto.

Como ya ocurrió con otros expedientes conflictivos, las dudas suscitadas durante el procedimiento de registro vuelven a aflorar, esta vez ante el TJCE, quien constata que las instituciones comunitarias consideraron de

⁴⁹ Se han iniciado dos procedimientos relacionados con el presente asunto ante los tribunales comunitarios, a saber, el 6 de diciembre de 2007 el asunto *Bavaria/Consejo*, T 178/06, ante el TPICE, y el 20 de marzo de 2008 el asunto *Bayerischer Brauerbund*, C-120/08, ante el TJCE, siendo ambos suspendidos hasta que el TJCE se pronunciara en el presente asunto.

⁵⁰ Reglamento (CE) n.º 1347/2001 del Consejo, de 28 de junio de 2001, que completa el anexo del Reglamento (CE) n.º 1107/96 de la Comisión, relativo al registro de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 17 del Reglamento (CEE) n.º 2081/92 del Consejo, *DO* L 182, p. 3.

forma correcta que *Bayerisches Bier* cumplía las condiciones de fondo para ser registrada como IGP, sin que se hubiera convertido en una denominación genérica al no haber desaparecido el vínculo directo entre la reputación de la cerveza bávara y su origen geográfico. Además, la existencia entre 1960 y 1970 de las marcas colectivas *Bayrisch Bier* y *Bayrisches Bier*, así como cinco convenios bilaterales para proteger esta denominación demuestran —en opinión del TJCE— su falta de carácter genérico.

Sobre el conflicto entre esta IGP y las marcas preexistentes a su registro a nivel comunitario, el TJCE recuerda que la cuestión depende del momento en que este conflicto se manifiesta. Si se produce en el procedimiento de registro, las instituciones comunitarias pueden rechazar el registro sobre la base de un análisis previo sobre la posibilidad de error del consumidor en cuanto a la identidad de los productos. Sin embargo, una vez que la IGP ha sido registrada, corresponde a las jurisdicciones nacionales verificar que la marca en cuestión fue registrada de buena fe antes del día de depósito de la solicitud de registro de la IGP y que aquella no adolecía de vicios de nulidad.

NO AFECTA A SU CONFORMIDAD CON EL TCE EL HECHO DE QUE EL RÉGIMEN DE CUOTAS LÁCTEAS NO TENGA EN CUENTA EL CARÁCTER DEFICITARIO DE UN ESTADO MIEMBRO

*STJCE de 14 de mayo de 2009,
Azienda Agricola Disarò Antonio y otros, C-34/08

El sistema de cuotas lácteas se encuentra bastante cuestionado en la actualidad por los productores debido a los excedentes y a los bajos precios del mercado, aunque siempre ha sido objeto de un importante número de contenciosos⁵¹. El aspecto interesante de este fallo es el análisis que realiza el TJCE de la conformidad de este régimen con los objetivos de la PAC, enumerados en el artículo 33 CE, apartado 1; y los principios de no discriminación y proporcionalidad, en el marco de una cuestión prejudicial planteada por una jurisdicción italiana sobre la validez del Reglamento que renueva el sistema de cuotas lácteas⁵². Como es sabido, este sistema prevé

⁵¹ Vid., entre otros, STJCE de 25 de marzo de 2004, *Azienda Agricola Ettore Ribaldi e.a.*, C-480 a 482/00, C- 484/00, C- 489/00 a C-491/00 y C-497/00 a 499/00, *Rec.* p. I-2943; STJCE de 12 de diciembre de 2006, *Werner / Consejo y Comisión*, T-373/94, *Rec.* p. II-4631.

⁵² Reglamento (CE) n.º 1788/2003 del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, por el que se establece una tasa en el sector de la leche y de los productos lácteos, *DO L 270*, p. 123.

la fijación de cantidades de referencia nacional e individual para cada productor. Aquellos productores que sobrepasen la cuota individual asignada deben abonar una tasa suplementaria. En el litigio nacional, lo que impugnaban los productores italianos de leche era la determinación de las cantidades de referencia nacionales por no tener en cuenta el carácter deficitario de producción láctea en Italia frente a la demanda interna, lo que consideraban contrario a los objetivos de la PAC y a los principios de proporcionalidad y no discriminación. Ateniéndose a su jurisprudencia clásica⁵³, el TJCE estima que el carácter deficitario de un Estado miembro no es un criterio pertinente para la determinación de la cantidad de referencia nacional. A continuación recuerda que si el Consejo debe conciliar los diferentes objetivos de la PAC, puede establecer una preeminencia temporal de un objetivo sobre los demás, en este caso, el objetivo esencial de estabilización de los mercados en el marco del amplio margen de apreciación de que dispone esta Institución. Sobre la discriminación entre los productores de los diferentes Estados miembros, el TJCE reenvía a su análisis anterior, a lo que añade que esta discriminación no puede constatarse puesto que el Reglamento se funda sobre criterios objetivos adaptados al funcionamiento de esta organización común de mercado. Y sobre el carácter desproporcionado del Reglamento en relación con las consecuencias desfavorables para los productores de Estados deficitarios, el TJCE declina la invitación que le había realizado la Abogado General Verica Trstenjak para que no limitara el control al carácter manifiestamente inapropiado de la medida⁵⁴, lo que parecía indicar una invitación para que el TJCE realizara un análisis exhaustivo del carácter necesario, proporcionado y apropiado de esta medida de intervención agrícola. Lejos de ello, sin embargo, el TJCE se limita a constatar a través de un rechazable y limitado análisis que el Reglamento no es manifiestamente inapropiado para la persecución del objetivo esencial de estabilización de los mercados, desechando esta propuesta mucho más garantista para que desarrollara un control objetivo del ejercicio del poder discrecional del Consejo de Ministros en este ámbito.

⁵³ Vid., en particular, STJCE de 20 de septiembre de 1988, *España / Consejo*, 203/86, Rec. p. 4563.

⁵⁴ Conclusiones de la Abogado General Verica Trstenjak en el asunto *Azienda Agricola Disarò Antonio y otros*, C-34/08, presentadas el 3 de marzo de 2009, apdos. 60-61.

EL RÉGIMEN COMUNITARIO DE AYUDAS AL DESARROLLO RURAL
NO SE OPONE A QUE UN ESTADO MIEMBRO RESTRINJA, DEBIDO A
LA INSUFICIENCIA DE FONDOS PRESUPUESTARIOS, LA CATEGORÍA
DE BENEFICIARIOS

*STJCE de 4 de junio de 2009,
JK Otsa Talu, C-241/07

El Reglamento (CE) n.º 1257/1999 sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del FEOGA⁵⁵ trata de completar los diversos instrumentos de la PAC mediante el establecimiento de una política de desarrollo rural de carácter duradero mediante el apoyo financiero a los productores que utilicen métodos agropecuarios que permitan proteger el medio ambiente, mantener el campo y mejorar el bienestar animal. En Estonia, la Ley de aplicación de la PAC establece las condiciones y el procedimiento para el otorgamiento de estas ayudas, completada con un Reglamento del Ministro de Agricultura que debido a la falta de recursos se modificó en 2005 otorgarlas exclusivamente a los productores que ya fueron beneficiarios en el ejercicio presupuestario precedente.

Un productor que se había visto denegar estas ayudas promovió un litigio por considerar esta legislación era contraria, entre otros, a los principios de confianza legítima y proporcionalidad, el cual llega tras varias instancias procesales ante el Tribunal Supremo de este país (*Riigikohus*). Según este órgano jurisdiccional, la cuestión que se plantea en el litigio principal es si es legal modificar, durante el período de ayuda, los requisitos de su concesión de manera que se reduzcan los solicitantes seleccionables. En su opinión, la normativa comunitaria aplicable no contiene disposiciones detalladas a este respecto, aunque se inclina a pensar que esta limitación de beneficiarios no constituye una solución equitativa, debiéndose, en su lugar, reducir de manera proporcional todas las solicitudes.

Según el TJCE, teniendo en cuenta el contexto inherente a la insuficiencia de fondos presupuestarios constatada en este país, la elección llevada a cabo por el legislador nacional se inscribe en el margen de maniobra de que disponen los Estados miembros en virtud de este Reglamento. Por lo

⁵⁵ Reglamento (CE) n.º 1257/1999 del Consejo, de 17 de mayo de 1999, sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA) y por el que se modifican y derogan determinados Reglamentos, *DO* L 160, p. 80), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 2223/2004 del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, *DO* L 379.

que respecta más concretamente al principio de confianza legítima, el TJCE recuerda su jurisprudencia, según la cual, en el ámbito de la PAC los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente, que puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las autoridades competentes⁵⁶. De esta manera, el demandante en el litigio principal no podía confiar legítimamente en que el régimen de ayudas agroambientales permaneciera sin cambios durante todo el período correspondiente. Finalmente, sobre el principio de proporcionalidad el TJCE estima que Estonia, tras proceder a apreciar globalmente las consecuencias vinculadas a la insuficiencia presupuestaria, no excedió los límites de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa comunitaria: un desarrollo rural respetuoso con el medio ambiente. En definitiva, ante la insuficiencia de fondos presupuestarios un Estado miembro puede restringir legítimamente la categoría de beneficiarios de las ayudas al desarrollo rural a los agricultores que ya eran beneficiarios de estas ayudas.

5. COMPETENCIA

UNA ÚNICA REUNIÓN ENTRE EMPRESAS COMPETIDORAS PUEDE CONSTITUIR UNA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA

*STJCE de 4 de junio de 2009,
T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08

Este asunto prejudicial ofrecía al Tribunal de Justicia la oportunidad de precisar las exigencias que se imponen en la comprobación de una práctica concertada que tenga una finalidad contraria a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1. Se desarrolla en los Países Bajos y en el sector de la telefonía móvil. Los cinco operadores que se reparten el mercado nacional se reunieron en 2001 para discutir la reducción de la retribución estándar a los distribuidores por los abonos de postpago en los que los minutos de llamada utilizados se facturan con posterioridad al cliente. Esta única reunión bastó para que la autoridad holandesa en materia de competencia condenara a estas empresas por haber celebrado un acuerdo que restringía sensiblemente la competencia o concertar sus prácticas en relación con los abonos de telefonía móvil. Esta Decisión fue anulada en

⁵⁶ En materia de organizaciones comunes de mercado, puede verse STJCE de 7 de septiembre de 2006, *España/Consejo*, C-310/04, *Rec.* p. I-7285, apdo. 81.

primera instancia hasta que el asunto llega al *College van Beroep voor het Bedrijfsleven* que estimó necesario preguntar al TJCE los que criterios que deben observarse para apreciar si una práctica concertada tiene por objeto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado común.

Según el TJCE, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado que su objeto es contrario a la competencia, bastando para esto último que pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, esta práctica sólo tiene que ser apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. La cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en qué medida, únicamente es relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios.

En segundo lugar, por lo que respecta al intercambio de información entre competidores, el TJCE recuerda que los criterios de coordinación y cooperación constitutivos de una práctica concertada deben interpretarse a luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual, todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común⁵⁷. Aunque esta autonomía no impide que los operadores se adapten con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, se opone, en opinión del TJCE, a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores que pretenda influir en el comportamiento de un competidor actual o potencial, o desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar, si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas y el volumen de dicho mercado. En opinión del TJCE, en un mercado oligopolístico fuertemente concentrado, como el que caracteriza la telefonía móvil en los Países Bajos, el intercambio de información puede permitir a las empresas conocer la posición

⁵⁷ Entre otras, STJCE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie y otros/Comisión*, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, *Rec. p.* 1663, apdo. 173; de 14 de julio de 1981, *Züchner*, 172/80, *Rec. p.* 2021, apdo. 13, de 31 de marzo de 1993, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, *Rec. p.* I-1307, apdo. 63, y de 28 de mayo de 1998, *Deere/Comisión*, C-7/95 P, *Rec. p.* I-3111, apdo. 86.

en el mercado así como las estrategias comerciales de sus competidores y, de este modo, alterar sensiblemente la competencia subsistente entre los operadores económicos⁵⁸. De todo ello, el TJCE deduce que una práctica concertada tiene un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, cuando por su contenido y su objetivo, y teniendo en cuenta su contexto jurídico y económico, es apta para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común de manera concreta. A estos efectos, no es necesario, según el TJCE, que se impida, restrinja o falsee efectivamente la competencia, ni que exista una relación directa entre la práctica concertada y los precios al consumo final. El intercambio de información entre competidores tendrá un objetivo contrario a la competencia, añade el TJCE, cuando sea apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado previsto por las empresas partícipes.

Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba si en el marco del examen de la relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado de las empresas participantes en ella, el juez nacional está obligado a aplicar la presunción de que existe una relación de causalidad, según la cual, las referidas empresas tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores⁵⁹, o si, en lo relativo a la carga de la prueba, puede aplicar las normas del Derecho nacional. En definitiva, el juez nacional partía de la idea de que esta presunción se enmarca en el sistema procesal nacional, por lo que avanzaba la idea de que esta cuestión del nexo de causalidad debía regirse, en virtud del principio de autonomía institucional y procesal, por el Derecho nacional relativo a la prueba. Para el TJCE, sin embargo, la apreciación de este dato se vincula a la apreciación misma de las prácticas y, por lo tanto, a las reglas de fondo; de lo que deduce que las autoridades y jurisdicciones nacionales no pueden referirse a su Derecho nacional, sino que deben aplicar el artículo 81 CE, apartado 1, tal como ha sido interpretado por el TJCE, en particular, teniendo en cuenta la presunción de causalidad enunciada en la jurisprudencia del TJCE.

La tercera cuestión es, sin duda, la más interesante. Mientras que generalmente los intercambios de información se escalonan en el tiempo, en el

⁵⁸ En este sentido, STJCE de 28 de mayo de 1998, *Deere/Comisión*, C-7/95 P, *Rec.* p. I-3111, apdos. 88 y sig.

⁵⁹ En este sentido, STJCE de 8 de julio de 1999, *Comisión/Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, *Rec.* p. I-4125, y *Hüls/Comisión*, C-199/92 P, *Rec.* p. I-4287.

asunto principal los operadores de telefonía móvil se habían reunido una sola vez para evocar la cuestión controvertida de la remuneración de los distribuidores, los cuales alegaban que era imposible que adaptaran su comportamiento a la salida de una única reunión por lo que esta presunción no podía darse en esta situación. Esta tesis no es seguida por el TJCE, quien siguiendo en ésta y en las anteriores cuestiones las extraordinarias Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott, estima que depende del objeto de la concertación y de las correspondientes circunstancias del mercado cuántas veces, con qué frecuencia y en qué forma tienen que entrar en contacto los competidores para llegar a concertar su comportamiento en el mercado. Por lo tanto, en opinión del TJCE, el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si tuvieron la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada para determinar su comportamiento y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Cabe deducir de todo ello que según el TJCE.

EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN CON LAS JURISDICCIONES NACIONALES EN MATERIA DE COMPETENCIA, LA COMISIÓN PUEDE PRESENTAR DE OFICIO OBSERVACIONES EN UN LITIGIO PENDIENTE

*STJCE de 11 de junio de 2009,
X BV, C-429/07

Este asunto constituye un nuevo episodio del cártel relativo a los paneles de yeso condenado por la Comisión mediante una Decisión de 2002⁶⁰, confirmada posteriormente tanto por el TPICE⁶¹ como por el TJCE⁶². Este nuevo litigio nacional se refiere a la deducibilidad fiscal de las multas impuestas a una de las empresas, cuya cuantía repercutió parcialmente so-

⁶⁰ Decisión 2005/471/CE de la Comisión, de 27 de noviembre de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE contra las empresas BPB PLC, Gebrüder Knauf Westdeutsche Gipswerke KG, Société Lafarge SA y Gyproc Benelux NV (Asunto COMP/E-1/37.152 — Paneles de yeso), *DO* 2005, L 166, p. 8

⁶¹ STPICE de 8 de julio de 2008, *Saint Gobain Gyproc Belgium/Comisión*, T-50/03, *Rec.*, p. II-114; *Knauf Gips/Comisión*, T-52/03, *Rec.*, p. II-115; *BPB/Comisión*, T-53/03, *Rec.*, p. II-1333; y *Lafarge/Comisión*, T-54/03, *Rec.*, p. II-120.

⁶² Las empresas Knauf y Lafarge interpusieron recurso de casación ante el TJCE contra estas sentencias del TPICE que desestimaban sus recursos, asuntos C-407/08 P y C-413/08 P, pendientes ante este Tribunal.

bre una de sus filiales holandesas, la empresa X BV, en el seno del grupo del que aquella es sociedad matriz. El juez fiscal holandés admite la deducibilidad parcial de esta multa y la Comisión que tiene noticia de este expediente por la prensa decide intervenir de oficio en el procedimiento nacional en aplicación del artículo 15, apartado 3, del Reglamento 1/2003⁶³. He aquí el interés jurisdiccional de este asunto porque como es sabido este artículo es la clave de bóveda de la cooperación entre las jurisdicciones nacionales y las autoridades especializadas en materia de competencia, en el marco de la descentralización llevada a cabo por este y otros Reglamentos adoptados por la Comisión en ese mismo año. Para lograr esta cooperación, esta disposición establece que cuando la aplicación coherente de los artículos 81 y 82 CE lo requiera, la Comisión, por propia iniciativa, podrá presentar observaciones escritas u orales a los órganos jurisdiccionales nacionales. Por lo tanto, esta intervención del ejecutivo comunitario se limita a su carácter necesario para una aplicación coherente de los artículos 81 u 82 CE y el debate en este asunto nacional se centraba precisamente en dilucidar si se reunía o no este supuesto, para cuya interpretación se solicita la cooperación del TJCE. Y frente a la concepción restrictiva defendida por el Gobierno holandés y las partes a nivel nacional, que estimaban que este procedimiento no versaba sobre la calificación de los comportamientos en el marco de los artículos 81 y 82 CE, sino únicamente sobre el sistema de sanciones; el TJCE, siguiendo las Conclusiones del Abogado General Mengozzi, estima que existe un vínculo estrecho entre la prohibición de ciertos comportamientos y las sanciones que acompañan estas prohibiciones. En opinión del TJCE, la efectividad de las sanciones impuestas por las autoridades de la Red Europea de Competencia es una condición para la aplicación coherente de los artículos 81 y 82 CE, que después de efectividad puede ser cuestionada si se admite su deducibilidad fiscal. Por ello, el TJCE estima coherente que la Comisión pueda intervenir de oficio para presentar observaciones escritas en este tipo de procedimiento nacional.

⁶³ Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1, p. 1).

EL TJCE CONFIRMA EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE DEL SISTEMA DE RECOGIDA DE ENVASES ALEMÁN *DER GRÜNE PUNKT*

*STJCE (Gran Sala) de 16 de julio de 2009,
Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland / Comisión, C-385/07 P

La cuestión principal que se planteaba en este recurso de casación era si la recurrente podía prevalerse del distintivo *Der Grüne Punkt* para exigir que los fabricantes y distribuidores le pagaran un canon por la totalidad de los envases marcados con este distintivo, aun cuando la recogida de una parte de dichos envases no se llevara a cabo mediante el sistema de la recurrente, sino mediante el de un competidor. Este sistema se enmarcaba en un Decreto alemán adoptado para prevenir y reducir el impacto sobre el medio ambiente de los residuos de envases y con tal fin imponía a los fabricantes y distribuidores la obligación de recoger gratuitamente los envases usados en el punto de venta u otro cercano y someterlos a una valorización (sistema individual). Sin embargo, el Decreto dispensaba de estas obligaciones a los fabricantes y distribuidores que se adhirieran a un sistema de recogida regular que garantizara en el conjunto de la zona de comercio habitual del distribuidor la recogida regular de los envases de venta usados en el domicilio del consumidor final o en sus proximidades, para someterlos a valorización (sistema colectivo). DSD es una sociedad que explota desde 1991 un sistema colectivo en el conjunto del territorio alemán. Sus relaciones con los fabricantes y distribuidores que se adhieren a su sistema se rigen por un contrato que tiene por objeto la utilización del distintivo *Der Grüne Punkt*. Mediante la firma del referido contrato, la empresa que se adhiere queda autorizada, a cambio del pago de una remuneración, a marcar con este distintivo sus envases incluidos en el sistema DSD. El problema para la Comisión es que esta empresa había abusado de su posición de dominio dado que el canon que cobraba a los fabricantes y distribuidores no estaba vinculado a la utilización efectiva de dicho sistema, sino que se calculaba sobre la base del número de envases con el distintivo DGP que las empresas adheridas comercializan en Alemania. No obstante, estos fabricantes y distribuidores debían marcar con este distintivo todos sus envases que fueran destinados al consumo en Alemania. Y de la investigación llevada a cabo por la Comisión se desprende que el modo de cálculo del canon era contrario al deseo de algunos fabricantes de poder recurrir a su propio sistema individual o a otro sistema colectivo para gestionar una parte de sus envases. El TPICE ya confirmó el abuso de posi-

ción dominante⁶⁴ y en casación el TJCE confirma este abuso rechazando los argumentos de la demandante basados en la ausencia de motivación del fallo recurrido, la desnaturalización del contrato de utilización del distintivo, la infracción del Derecho comunitario de marcas, la violación del artículo 82 CE, la infracción del Reglamento n.º 17 y la violación del principio de proporcionalidad, entre otros. Únicamente acoge el TJCE el octavo motivo, basado en la violación del derecho fundamental a una duración razonable del proceso, que ya ha sido objeto de comentario en el apartado dedicado al contencioso de esta crónica.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA COMUNIDAD IMPUTABLE AL EXAMEN DE LA COMISIÓN POR EL QUE DECLARA INCOMPATIBLE CON EL MERCADO COMÚN UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

*STJCE (Gran Sala) de 16 de julio de 2009,
Comisión/Schneider Electric, C-440/07 P

La Comisión impugnó en casación la Sentencia del TPICE de 11 de julio de 2007⁶⁵, parcialmente estimatoria del recurso de responsabilidad extracontractual de la Comunidad por haber impedido una operación de concentración, actuación que posteriormente anuló el citado Tribunal. Y el TJCE anula el fallo en la medida en que condenaba a la Comunidad a reparar el daño invocado por la empresa Schneider derivado de la reducción del precio de cesión de Legrand, aunque mantiene la indemnización por los gastos a los que tuvo que hacer frente para participar en la reanudación del procedimiento de examen de la operación de concentración. Éste es esencialmente el fallo del TJCE en este complejo y farragoso asunto en el que se debate una infracción del derecho de defensa de las empresas en un procedimiento administrativo y el daño ocasionado por esa conculcación de un derecho fundamental. Como estimó en sus Conclusiones el Abogado General Ruiz-Jarabo, más que la abultada cuantía reclamada, nada menos que 1.700 millones de euros, revestía gran importancia la eventual incidencia del pronunciamiento en la política económica del órgano comunitario encargado del cuidado de la competencia en Europa, por las graves

⁶⁴ STPICE de 24 de mayo de 2007, *Duales System Deutschland/Comisión*, T-151/01, Rec. p. II-1607.

⁶⁵ STPICE de 11 de julio de 2007, *Schneider Electric/Comisión*, T-351/03, Rec. p. II-2237.

repercusiones que podía tener para las empresas, las instituciones comunitarias y las administraciones nacionales.

Las dos sociedades francesas Schneider Electric y Legrand comunicaron a la Comisión un plan de adquisición del control de la segunda de esas empresas por la primera a través de una oferta pública de canje en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento (CEE) n.º 4064/89⁶⁶. Schneider se dedica a la producción y venta de equipos y sistemas en los sectores de la distribución eléctrica, del control industrial y la automatización, mientras que Legrand se ocupa de instalaciones eléctricas de baja tensión. En 2001, la Comisión remitió a Schneider un pliego de cargos señalando que su actuación engendraría una posición de dominio en ciertos mercados sectoriales nacionales, adoptando con posterioridad una Decisión de incompatibilidad. No obstante, la STPICE *Schneider I*⁶⁷ anuló esta Decisión por los errores de análisis y de apreciación del impacto de la operación sobre los mercados sectoriales nacionales fuera de Francia, así como la violación del derecho de defensa de Schneider al no permitir aquel acto calibrar en toda su amplitud las dificultades para la competencia identificadas por la Comisión en el mercado francés de distribución de material eléctrico de baja tensión⁶⁸. En particular, esta sociedad no tuvo oportunidad de sugerir una cesión de activos de cierta envergadura u otros remedios para resolver esas dificultades para la competencia. En 2003, Schneider interpuso un recurso de indemnización, vertebrando sus alegaciones en torno a las dos ilegalidades de la Decisión de incompatibilidad reconocidas en la STPICE *Schneider I*: Por un lado, las deficiencias del análisis efectuado por la Comisión del impacto de la operación en los mercados sectoriales nacionales fuera de Francia; y, por otro, la vulneración del derecho de defensa de la demandante por la articulación insuficiente en el pliego de cargos de la objeción basada en la yuxtaposición. Y el análisis en primera

⁶⁶ Reglamento del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO L 395, p. 1, rectificado (DO 1990, L 257, p. 13) y modificado por el Reglamento (CE) n.º 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, DO L 180, p. 1. La última versión, el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, DO L 24, p. 1, no era aplicable a este asunto.

⁶⁷ STPICE de 22 de octubre de 2002, Schneider Electric/Comisión, T-310/01, *Rec.* p. II-4071.

⁶⁸ Asimismo, en la Sentencia de igual fecha *Schneider II*, anuló la Decisión de separación, por entender que constituía una aplicación de la incompatibilidad, STPICE de 22 de octubre de 2002, Schneider Electric/Comisión, T-77/02, *Rec.* p. II-4201. Al no haber recurrido la Comisión ninguno de esos dos pronunciamientos, adquirieron fuerza de cosa juzgada.

instancia se centró en saber si la violación del derecho de defensa de la empresa gala constituía una ilegalidad suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confería derechos a los particulares, para lo que el TPICE siguió el criterio consagrado por la jurisprudencia de la inobservancia manifiesta y grave por una Institución comunitaria de los límites marcados a su facultad de apreciación⁶⁹. Para el TPICE, la redacción del pliego de cargos constituía una violación manifiesta y grave del artículo 18, apartados 1 y 3, del Reglamento, pues, según la sentencia *Schneider I*, la demandante no podía saber que de no ofrecer medidas correctoras adecuadas para reducir o eliminar las situaciones de yuxtaposición de sus posiciones con las de Legrand en los mercados sectoriales franceses, perdería cualquier opción de conseguir una declaración de compatibilidad con el mercado común. Asimismo, confirmó la existencia de una relación de causalidad lo bastante estrecha como para generar un derecho a indemnización entre la ilegalidad cometida y los dos tipos de perjuicios sufridos por la demandante: los gastos para participar en la reanudación del procedimiento de examen de la operación tras la anulación de la Decisión; y la reducción del precio de cesión que Schneider hubo de conceder al adquirente de los activos de Legrand para alcanzar un aplazamiento del efecto de esta cesión hasta una fecha en la que los procedimientos jurisdiccionales entonces pendientes ante el juez comunitario de instancia no se vieran privados de su objeto antes de haber acabado. De todas esas circunstancias, dedujo que la violación del derecho de defensa de la Decisión de incompatibilidad mantenía un nexo directo con tal retraso, ya que ese lapso era imprescindible para que Schneider ejerciera su derecho a una decisión válida de compatibilidad de la operación notificada y a ser oída con todas las garantías. No obstante, para cuantificar exactamente las sumas adeudadas por la Comisión, el TPICE remitía *pro futuro* a unos procedimientos *ad hoc*, en los que las partes dirimirían el monto total del resarcimiento.

Recurrida en casación por la Comisión, el TJCE confirma el fallo del TPICE en la medida en que condena a la Comunidad a reparar el perjuicio correspondiente a los gastos en que había incurrido Schneider para participar en la reanudación del examen de la operación iniciado por la Comisión tras la anulación de sus dos Decisiones. Sin embargo, con respecto al perjuicio sufrido por Schneider debido a la reducción del precio de cesión de Legrand, el TJCE declara que el TPICE erró al considerar que existía

⁶⁹ Entre otras, STJCE de 19 de abril de 2007, Holcim (Deutschland)/Comisión, C-282/05 P, *Rec.* p. I-2941, apdo. 47, y la jurisprudencia allí citada.

una relación de causalidad directa entre la falta de la Comisión y dicho perjuicio. En consecuencia, el TJCE anula parcialmente el fallo del TPICE en la medida en que condenaba a la Comunidad a reparar el daño invocado por Schneider debido al importe de la reducción del precio de cesión de Legrand.

6. APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES

**PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES*

EL TJCE RECUERDA A LOS JUECES NACIONALES LA OBLIGACIÓN DE EXAMINAR DE OFICIO LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES

*STJCE de 4 de junio de 2009,
Pannon GSM, C-243/08

El TJCE recuerda en este fallo la protección que confiere la Directiva sobre las cláusulas abusivas a los consumidores⁷⁰, la cual se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor no invoque el carácter abusivo por ignorar sus derechos o porque los gastos que acarree el ejercicio de una acción jurisdiccional le disuadan de defenderlos. Esta cuestión se planteó en el marco de un litigio entre una ciudadana húngara y una empresa de telefonía móvil que habían suscrito un contrato en el que se otorgaba la competencia para conocer de su aplicación o interpretación a los tribunales del domicilio de la empresa, que radicaba en una población alejada del domicilio de aquella, siendo las posibilidades de transporte entre ambas localidades muy escasas. De no haber existido esta cláusula, el tribunal territorialmente competente habría sido según el Código de Enjuiciamiento Civil húngaro el del domicilio de la abonada. En tales circunstancias, el juez *a quo* albergaba dudas sobre el carácter eventualmente abusivo de esta cláusula, planteando al TJCE varias cuestiones sobre la interpretación de la Directiva, en particular, si en la apreciación de su propia competencia territorial debía examinar de oficio el carácter abusivo de la mencionada cláusula. Y a ello el TJCE responde afirmativamente, señalando que la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor no invoque el carácter abusivo de una cláusula contractual por ignorar sus derechos o porque los gastos que

⁷⁰ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, *DO L 95*, p. 29.

acarree el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos. Por consiguiente, el papel del juez nacional en materia de protección de los consumidores no se circunscribe, en opinión del TJCE, a una mera facultad, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para ello, incluso en el momento de apreciar su propia competencia territorial. Y cuando deduzca de dicho examen que la cláusula es abusiva, se abstendrá de aplicarla, salvo que el consumidor, tras ser informado, renuncie a invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula.

LOS ESTADOS MIEMBROS PUEDEN EXTENDER EL RÉGIMEN DE LA DIRECTIVA SOBRE RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS A AQUELLOS UTILIZADOS CON FINES PROFESIONALES

*STJCE de 4 de junio de 2009,
Moteurs Leroy Somer, C-285/08

Si bien es cierto que el TJCE ha reiterado insistentemente que los Estados miembros no disponen de ningún margen de apreciación en el marco de la Directiva 85/374/CEE sobre productos defectuosos⁷¹, que establece un régimen de responsabilidad objetiva, favorable a las víctimas, puesto que sólo deben probar la existencia de un daño, el defecto del producto y el nexo de causalidad entre ambos; vetándose por consiguiente que instauren un régimen de responsabilidad distinto⁷² y procediendo, en consecuencia, a una armonización completa que deslegitima el poder normativo de los Estados miembros en este ámbito particular; no lo es menos que este efecto integracionista sólo opera dentro del ámbito de aplicación material de los productos de uso privado. Esto quiere decir que si bien reglamenta de manera exhaustiva ciertos aspectos de este régimen, carece de la vocación de armonizar de manera exhaustiva la integralidad del denso ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos. Por consiguiente, fuera de las hipótesis cubiertas por la Directiva, los Estados miembros son libres de determi-

⁷¹ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, *DO L 210*, p. 29.

⁷² STJCE de 10 de enero de 2006, *Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199*, apdo. 22, y jurisprudencia citada.

nar las modalidades del régimen de responsabilidad por productos defectuosos de uso profesional, pudiendo, no obstante, aplicar el mismo régimen que el previsto en esta Directiva para los productos de uso privado. El ordenamiento francés había optado por equiparar ambos regímenes, lo cual lleva a la Cour de Cassation a plantear al TJCE la cuestión de si es conforme a la Directiva establecer un régimen de responsabilidad objetiva también para los productos de uso profesional. Y a esta cuestión responde el TJCE afirmando que nada en el texto de la Directiva permite concluir que el legislador comunitario pretendiera privar a los Estados miembros de la facultad de establecer un régimen de responsabilidad objetiva similar respecto de la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional.

**PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL*

EL DERECHO DE ACCESO A LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DEBE ACOMODARSE A UN PLAZO DE CONSERVACIÓN DE LAS INFORMACIONES COMUNICADAS

*STJCE de 7 de mayo de 2009,
Rijkeboer, C-553/07

¿Durante cuánto tiempo las autoridades competentes deben conservar los datos de carácter personal a fin de proteger el derecho de acceso sobre los destinatarios de estos datos? Ésta era sustancialmente la cuestión planteada al TJCE por el *Raad van Sttat* holandés, que debía resolver un litigio planteado por un ciudadano de este país que consideraba que la limitación de este período sólo a un año, prevista en la legislación holandesa, era contraria a la Directiva 95/46/CE sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales⁷³. El problema es que su artículo 12, apartado a), no define si deben conservarse estos datos, limitándose a establecer la obligación de que los Estados miembros garanticen a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento (...) libremente, sin restricciones y con una periodicidad razonable y sin retrasos ni gastos excesivos, la confirmación de la existencia o inexistencia del tratamiento de datos que le conciernen, así como información sobre los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes se comuniquen di-

⁷³ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *DO* L 281, p. 31.

chos datos. Se sumaba, además, la complejidad de tener que armonizar dos exigencias opuestas: De un lado, el grado de protección a acordar a los Derechos fundamentales y libertades de las personas por lo que respecta a su vida privada frente al tratamiento de estos datos y, de otro, la necesidad de no establecer una carga excesiva sobre los responsables del tratamiento, en particular, cuando los destinatarios son numerosos o la frecuencia de comunicación elevada, para lo cual el TJCE sigue la técnica de ponderar los bienes e intereses, bastante frecuente en su jurisprudencia cuando tiene que resolver asuntos sobre Derechos fundamentales⁷⁴.

Frente al aparente silencio de la Directiva sobre esta cuestión, el TJCE recurre al método teleológico de interpretación, estimando que el objetivo de esta Directiva es principalmente la protección de los derechos y libertades fundamentales⁷⁵. Deduce, además, que para preservar el efecto útil de sus artículos 12, 14, 22 y 23, el derecho de acceso no debe limitarse al presente, sino que debe abarcar también el pasado porque en caso contrario la persona interesada no podría ejercer de manera eficaz el derecho de rectificación, supresión o bloqueo de los datos presuntamente ilícitos o incorrectos, así como plantear eventualmente un recurso jurisdiccional para obtener la reparación del perjuicio sufrido, derechos todos ellos garantizados por esta Directiva. Sin embargo, estos derechos deben poder acomodarse a un plazo de conservación, que debe fijar cada Estado miembro teniendo en cuenta la necesidad de preservar un justo equilibrio entre el interés de las personas afectadas y la carga que representa para las autoridades competentes la conservación de estos datos para su gestión a petición de los interesados.

⁷⁴ En el ámbito de la protección de datos, pueden verse las STJCE de 6 noviembre de 2003, *Lindqvist*, C-101/01, *Rec.* p. I-12971, apdo. 82; STJCE de 29 de enero de 2008, *Promusicae*, C-275/06, *Rec.* p. I-271, apdo. 66.

⁷⁵ Vid., en este sentido, STJCE de 20 mayo de 2003, *Österreichischer Rundfunk y otros*, C-465/00, C-138 y 139/01, *Rec.* p. I-4989; STJCE de 29 de enero de 2008, *Promusicae*, C-275/06, *Rec.* p. I-271.

**PROPIEDAD INTELECTUAL*

MARCAS Y PUBLICIDAD COMPARATIVA: ES DESLEAL EL USO POR UN TERCERO DE UN SIGNO SIMILAR A UNA MARCA DE RENOMBRE PARA BENEFICIARSE DE SU PODER DE ATRACCIÓN, SU REPUTACIÓN Y SU PRESTIGIO SIN OFRECER COMPENSACIÓN ECONÓMICA ALGUNA

*STJCE de 18 de junio de 2009,
L'Oréal y otros, C-487/07

La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley. A esta delicada interfaz entre el monopolio derivado de la titularidad de una marca y los derechos de los competidores en el marco de la publicidad comparativa tenía encomendada el TJCE la misión de responder en el marco de este asunto que enfrentaba ante la Court of Appeal inglesa a las empresas de cosméticos L'Oréal, Lancôme y Granier contra tres empresas que comercializaban con cierta ostentación imitaciones de sus perfumes y envases a través de listas comparativas, remitidas a los vendedores, que indicaban la marca denominativa del perfume de lujo imitada por el perfume comercializado. Esta acción llevó a las primeras a plantear un litigio por considerar que la utilización de las listas comparativas y la imitación de los frascos y envases de sus productos constituían una vulneración de los derechos derivados de sus marcas, mientras que los demandados amparaban su conducta en la publicidad comparativa en el sentido de la Directiva 84/450⁷⁶. A la jurisdicción nacional de reenvío se le planteó la necesidad de interpretar la posible armonización de esta última Directiva con los derechos conferidos por la marca en virtud de la Directiva 89/104⁷⁷, que confiere a su titular un derecho exclusivo, facul-

⁷⁶ Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, *DO* L 250, p. 17, en su versión modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, *DO* L 290, p. 18.

⁷⁷ Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, *DO* 1989, L 40, p. 1, y 3 *bis*, apartado 1, de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, *DO* L 250, p. 17, en su versión modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, *DO* L 290, p. 18.

tándole para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, de cualquier signo idéntico, aunque no exista por parte del público riesgo de confusión. Y en lo que respecta a la utilización de envases y frascos similares a los de los perfumes de lujo comercializados por L'Oréal y otros, el órgano jurisdiccional remitente se preguntó al TJCE sobre el concepto de «ventaja desleal» cuando las marcas gozan de renombre en el Estado miembro⁷⁸. Abordando en primer lugar esta última cuestión, el debate se centra en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 89/104, el cual establece en favor de las marcas de renombre una protección más extensa, pues puede prescindirse del principio de especialidad⁷⁹, además de bastar con que se establezca un vínculo entre ambos signos en la mente del público, aunque no los confunda. Entre las infracciones que prohíbe esta disposición estarían el perjuicio causado al carácter distintivo de la marca anterior; a su renombre o la ventaja desleal obtenida de ambas conductas. Según el TJCE, el concepto de ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca (también designado con los términos «parasitismo» o «free-riding») no se vincula al perjuicio sufrido por la marca, sino a la ventaja obtenida por el tercero del uso del signo idéntico o similar. Dicho concepto incluye, en particular, los casos en los que, gracias a una transferencia de la imagen de la marca o de las características proyectadas por aquella hacia los productos designados por el signo idéntico o similar, existe una explotación manifiesta de la marca de renombre. El órgano jurisdiccional remitente había señalado la existencia de un vínculo entre, por una parte, determinados envases empleados por los demandados y, por otra, determinadas marcas relacionadas con envases y frascos de los demandantes, el cual confería una ventaja comercial a los primeros. Asimismo, constaba en autos que la similitud entre dichas marcas y los productos comercializados por los demandados había sido buscada deliberadamente para crear una asociación en la mente del público entre los perfumes de lujo y sus imitaciones, con el fin de facilitar la comercialización de estas últimas. Según el TJCE, para apreciar si en esas circunstancias puede declararse la existencia de una ventaja desleal obtenida del carácter distintivo o del renombre de la marca,

⁷⁸ En el sentido del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 89/104.

⁷⁹ Sobre la interpretación de esta disposición de la Directiva 89/104/CEE, pueden verse, entre otras, las STJCE de 22 de junio de 2000, *Marca Mode*, C-425/98, *Rec.* p. I-4861, apdo. 36; STJCE de 23 de octubre de 2003, *Adidas-Salomon y Adidas Benelux*, C-408/01, *Rec.* p. I-12537, apdo. 27; STJCE de 10 de abril de 2008, *adidas y adidas Benelux*, C-102/07, *Rec.* p. I-2439, apdo. 40.

el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta, en particular, si el objetivo del uso de envases y de frascos similares es beneficiarse con fines publicitarios del carácter distintivo y del renombre de las marcas con las que se comercializan esos perfumes, añadiendo que cuando un tercero pretenda aprovecharse de una marca de renombre mediante el uso de un signo similar para beneficiarse de su poder de atracción, su reputación y su prestigio, y explotar el esfuerzo comercial realizado por el titular de la marca para crear y mantener su imagen sin ofrecer a cambio compensación económica alguna y sin hacer ningún esfuerzo a estos efectos, debe considerarse que la ventaja obtenida del carácter distintivo o del renombre de dicha marca mediante tal uso es desleal. En otros términos, el TJCE consagra sin ambigüedad la teoría del parasitismo, dando de esta forma la razón a los demandantes en el litigio principal.

Sobre el uso de las listas comparativas, el TJCE confirma en la línea del asunto *O2 Holdings*⁸⁰ que se enmarcan en la publicidad comparativa en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 84/450; aunque en el plano fáctico hay una diferencia puesto que la comparación no versaba sobre los precios, sino sobre una de las características de los productos: el olor. Con todo, el problema permanece siendo el mismo, debiéndose operar una conciliación entre los derechos derivados de la marca y los de los competidores a realizar publicidad comparativa. Si bien el TJCE ya ha declarado que determinados usos con fines meramente descriptivos que se pretenden no menoscaban ninguno de los intereses que pretende proteger⁸¹, la situación es sustancialmente diferente cuando este uso tiene un objetivo publicitario. Sobre este particular, corresponde al juez nacional apreciar si el uso que se hace de las marcas en estas circunstancias puede menoscabar sus funciones de comunicación, inversión o publicidad. A ello el TJCE añade que en la medida en que las mencionadas marcas gozan de renombre, también puede prohibirse su uso en las listas comparativas con arreglo al artículo 5, apartado 2, de la Directiva 89/104, cuya aplicabilidad no exige necesariamente la existencia de un riesgo de perjuicio para la marca o su titular, siempre que el tercero obtenga una ventaja desleal del uso de dicha marca.

Finalmente, sobre la interpretación de obtener indebidamente ventaja o presentar un bien como imitación o réplica, en el sentido del artículo 3 bis de la Directiva sobre publicidad comparativa, el TJCE debía apreciar si a

⁸⁰ STJCE de 12 de junio de 2008, *O2 Holdings y O2 (UK)*, C-533/06, *Rec.* p. I-4231.

⁸¹ STJCE de 14 de mayo de 2002, *Hölterhoff*, C-2/00, *Rec.* p. I-4187, apdo. 16.

pesar de no existir riesgo de confusión en la mente del público, la ventaja derivada de la utilización de las listas comparativas por los demandados había sido obtenida indebidamente de la reputación de las marcas protegidas. Y sobre esta cuestión el TJCE estima que dado que la Directiva 84/450 considera contraria a la competencia leal y, por consiguiente, ilícita que una publicidad comparativa presente los productos del anunciante como una imitación de un producto que lleva una marca, la ventaja obtenida por el anunciante gracias a esta publicidad es el fruto de una competencia desleal y, por lo tanto, debe considerarse que se ha obtenido indebidamente de la reputación de dicha marca. Carece a estos efectos de pertinencia, como señaló en sus Conclusiones del Abogado General Mengozzi y el TJCE recoge con aceptación, la cuestión de si el mensaje publicitario indica que se trata de una imitación del producto protegido por la marca en su conjunto o únicamente la imitación de una de sus características esenciales, en este caso, el olor de los productos en cuestión.

*CONTRATACIÓN PÚBLICA

SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LA COOPERACIÓN INTERMUNICIPAL Y A LAS ENTIDADES PÚBLICO-PRIVADAS PARA LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

*STJCE (Gran sala) de 9 de junio de 2009,
Comisión/Alemania, C-480/06

*STJCE de 15 de octubre de 2009,
Acoset, C-196/08

La cooperación entre entidades locales para la gestión de servicios públicos no debe someterse a los procedimientos de las directivas sobre contratación pública si se rige por objetivos de interés público y se garantiza el principio de igualdad de trato. Así lo declara el TJCE en el asunto C-480/06 *Comisión/Alemania* que tenía por objeto principal dilucidar si Alemania había incumplido la normativa comunitaria sobre contratación pública al no haber procedido a la licitación de un contrato celebrado entre el servicio de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y cuatro circunscripciones administrativas vecinas, destinado a garantizar la gestión mancomunada del tratamiento de sus residuos en una nueva instalación de valorización térmica destinada a producir electricidad y calor. Mediante este contrato, el servicio de limpieza urbana de Hamburgo reservaba una determinada capacidad para los cuatro municipios vecinos a cambios de un pre-

cio determinado. La Comisión consideraba que las autoridades alemanas debían haber procedido a un procedimiento de licitación a escala europea en virtud del artículo 8 en relación con los títulos III a VI de la Directiva 92/50 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios⁸². Alemania consideraba, sin embargo, que este contrato era la culminación de una operación interna de la Administración por el que las partes contratantes se proporcionaban entre sí una asistencia administrativa en el desempeño de una misión de servicio público y, en consecuencia, no entraba dentro del ámbito de aplicación de esta Directiva puesto que el servicio de limpieza urbana de Hamburgo podía considerarse como un organismo de Derecho público que ofrecía asistencia administrativa a entidades públicas vecinas a cambio del reembolso de sus gastos de funcionamiento y no como un prestador de servicios que actúa a cambio de una remuneración. Y el TJCE está de acuerdo con esta argumentación, señalando que este contrato debe analizarse como la culminación de una acción de cooperación intermunicipal con la finalidad de permitir a la ciudad de Hamburgo construir y hacer explotar una instalación de tratamiento de residuos en las condiciones económicas más favorables posibles. En esta valoración no pasaron desapercibidas al TJCE las obligaciones que se derivan de las directivas sobre medio ambiente, en particular, la Directiva 75/442/CEE relativa a los residuos⁸³, que obliga a los Estados miembros a establecer planes de gestión que incluyan, en particular, medidas apropiadas para fomentar la racionalización de su recogida, clasificación y tratamiento; siendo una de las medidas más importantes la búsqueda de un tratamiento en una instalación lo más cercana posible⁸⁴. Finalmente, el TJCE señala que esta colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la

⁸² Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, *DO L* 209, p. 1.

⁸³ Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, *DO L* 194, p. 39.

⁸⁴ De conformidad con la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 75/442/CEE, *DO L* 78, p. 32.

Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto a sus competidores.

Por su parte, en el asunto C-196/08 *Acoset* se cuestionaba la cooperación público-privada, fórmula cada vez más utilizada por la administración para la gestión de servicios públicos, en particular, si la gestión integral de un servicio público de agua por una sociedad de economía mixta que contaba con un socio privado encargado de la ejecución debía o no someterse a una doble licitación. Se trataba de un grupo de municipios italianos vecinos que habían celebrado un convenio de cooperación para la constitución de una autoridad local responsable del servicio integrado de aguas. Como fórmula de gestión del mencionado servicio, esta entidad escogió el de una sociedad de economía mixta de capital público mayoritario, adjudicándose directamente la ejecución del mencionado servicio, aunque acompañada de un socio privado minoritario que seleccionó mediante licitación a escala europea, al que encomendaría la explotación en exclusiva de este servicio integrado y la ejecución de las obras conexas. Tras una extraña anulación de esta licitación, el asunto llegó a una jurisdicción italiana, la cual decidió plantear al TJCE si las libertades de servicios y establecimiento o las disposiciones en materia de libre competencia se oponían a la adjudicación directa de un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado se selecciona mediante licitación pública. En realidad, la duda que se planteaba era si debía procederse a una doble licitación: una para seleccionar la sociedad de capital mixto adjudicataria del servicio y otra para seleccionar al socio privado. Para deslindar el régimen jurídico de la cooperación público-privada, lo primero que tenía que dilucidar el TJCE era si se trataba de un contrato o de una concesión, importante diferenciación por cuanto si a la entidad de capital mixto se le asignara la ejecución de un contrato público, las directivas comunitarias sobre contratación pública ofrecerían las pautas de publicidad y las fórmulas de selección del socio privado que ha de llevarla a cabo, cuando su importe supere los límites económicos que esas normas prevén. En cambio, si se trataba de una concesión de servicios o de un contrato público no cubierto por dichas Directivas, los principios y las libertades del Tratado constituirían su única expresión. Y a ello responde el TJCE decantándose por calificar este régimen como concesión de servicios públicos, los cuales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las directivas sobre contratación pública, aunque las auto-

ridades públicas están obligadas a respetar las normas fundamentales del TCE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Sobre la necesidad de proceder a una doble licitación, el TJCE recoge con aceptación lo afirmado por el Abogado General Ruiz-Jarabo en sus motivadas Conclusiones, en las que afirmó que recurrir a una doble licitación casaba mal con el ahorro de trámites que debía inspirar las colaboraciones público-privadas institucionalizadas, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos. Si se recurriera a un doble procedimiento, primero para seleccionar al socio privado de la sociedad de capital mixto y luego para adjudicar la concesión a dicha sociedad, ello podría disuadir a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer estas colaboraciones institucionalizadas a causa de la dilación inherente a la aplicación de dichos procedimientos y a la incertidumbre jurídica que generaría la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado.

7. DERECHO MEDIOAMBIENTAL

EL TJCE INTERPRETA VARIAS DISPOSICIONES DE LA DIRECTIVA AARHUS

*STJCE de 16 de julio de 2009,
Comisión / Irlanda, C-427/07

El TJCE interpreta en este interesante fallo las directivas 2003/35/CE que establece medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente⁸⁵ y 2003/4/CE relativa al acceso del público a la información en materia de medio ambiente⁸⁶, consideradas como el primer y segundo pilar del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente⁸⁷. La Comisión había agrupado en el presente recurso imputacio-

⁸⁵ Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003 (*DO L* 156, p. 17).

⁸⁶ Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003.

⁸⁷ Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, hecho en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998, instrumento de ratificación en *BOE* n.º 40, de 16 febrero 2005, p. 5535.

nes procedentes de dos procedimientos administrativos previos. En primer lugar, reprochaba a Irlanda el incumplimiento por el daño causado a una zona costera situada en Commogue Marsh, Kinsale, en el condado de Cork, por un proyecto de carretera privada sobre el que no constaba ninguna autorización y sobre el que no se había llevado a cabo ninguna evaluación previa de sus efectos sobre el medio ambiente, a pesar del carácter sensible del emplazamiento, contrariamente a las exigencias establecidas por la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11⁸⁸. En segundo lugar, requería a Irlanda por la falta de adaptación del Derecho interno a la Directiva 2003/35.

Si bien el TJCE reconoce que la Directiva 85/337 concede a los Estados miembros un margen de apreciación para especificar los proyectos que han de someterse a una evaluación o para fijar los criterios o umbrales que se deben utilizar, deben siempre someter a dicha evaluación los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente debido a su naturaleza, su dimensión o su localización, de lo que dedujo que Irlanda incumplía esta Directiva porque únicamente sometía a evaluación los proyectos de construcción de carreteras privadas en el supuesto de que formaran parte de otros que sí estuvieran claramente incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva por lo que su legislación tenía por efecto permitir que determinados proyectos realizados de manera aislada eludieran sistemáticamente la evaluación aunque pudieran tener efectos significativos sobre el medio ambiente.

En cuanto a la falta de adaptación por Irlanda a su Derecho interno de la Directiva 2003/35, la Comisión se refería, entre otros motivos, al coste de los procedimientos jurisdiccionales. De la Directiva 85/337 se deduce que los procedimientos establecidos en el marco de estas disposiciones no deben tener un coste prohibitivo y la Comisión reprochaba a Irlanda la falta de adaptación por lo que se refiere a esta exigencia, afirmando que no existía, en materia de costas, ningún límite aplicable al importe que el demandante cuyas pretensiones no hubieran prosperado tendría que abonar y ninguna disposición legal contenía referencias al coste no prohibitivo de los procedimientos. Y el TJCE consideró esta alegación fundada porque aunque los órganos jurisdiccionales irlandeses tienen la facultad de renun-

⁸⁸ Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, *DO L 175*, p. 40; en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, *DO L 73*, p. 5.

ciar a condenar en costas a la parte cuyas pretensiones sean desestimadas, pudiendo hacer que la otra parte soporte los gastos realizados por aquélla, sólo se trata de una práctica jurisdiccional. En opinión del TJCE, esta mera práctica de carácter incierto no puede, habida cuenta de las exigencias planteadas por la jurisprudencia reiterada del TJCE, constituir una ejecución válida de las obligaciones que resultan de esta Directiva.

Por otra parte, la Comisión denunciaba que Irlanda no había puesto a disposición del público las informaciones prácticas relativas al acceso a las vías de recursos administrativos y judiciales, como imponen el artículo 10 bis, párrafo sexto, de la Directiva 85/337, insertado por el artículo 3, punto 7, de la Directiva 2003/35, y el artículo 15 bis, párrafo sexto, de la Directiva 96/61, insertado por el artículo 4, punto 4, de la misma Directiva; alegación que también consideró fundada el TJCE. Recordó en este sentido que uno de los fundamentos principales de la Directiva 2003/35 es favorecer el acceso a la justicia en materia medioambiental, en la línea del Convenio de Aarhus, aclarando que la obligación de poner a disposición del público una información práctica relativa al acceso a las vías de recursos administrativos y judiciales debe analizarse como una obligación de resultado preciso por cuyo cumplimiento deben velar los Estados miembros, sin que sea suficiente la mera puesta a disposición mediante publicación en papel o por vía electrónica de las normas relativas a las vías de recurso administrativas y judiciales, sino que deben establecerse dispositivos legales o reglamentarios específicos sobre los derechos ofrecidos al público. Finalmente, el TJCE reprochó a Irlanda haber incumplido el deber de información a la Comisión, desechando la alegación de Irlanda de que la adaptación de su ordenamiento jurídico interno había sido declarada por la jurisprudencia de sus órganos jurisdiccionales, precisando que este país debería haber comunicado a la Comisión el estado preciso de dicha jurisprudencia, permitiéndole de este modo comprobar si dicho Estado había ejecutado efectivamente la Directiva 2003/35 con la mera aplicación del Derecho nacional existente antes de su entrada en vigor.

LA DIRECTIVA RESIDUOS Y EL PRINCIPIO QUIEN CONTAMINA PAGA

*STJCE de 16 de julio de 2009,
Futura Immobiliare y otros C-254/08

¿El principio quien contamina paga debe interpretarse en el sentido de que el coste soportado por el poseedor de los residuos debe ser proporcional a la cantidad realmente entregada para su eliminación? Ésta es la cuestión que se planteaba en un litigio entre unos hoteleros y una entidad local italiana, que se quejaban de soportar un mayor gravamen en la tasa de residuos que los particulares que ocupaban viviendas, la cual permite al TJCE pronunciarse sobre la interpretación del principio de más rancia tradición en materia de política comunitaria del medio ambiente⁸⁹. En su defensa los hoteleros afirmaban que la tasa estaba calculada en función de su capacidad para generar ingresos y no en su efectiva generación de residuos. Sin embargo, en opinión del TJCE, en el estado actual del Derecho comunitario no existe ninguna normativa adoptada sobre la base del artículo 175 CE que imponga a los Estados miembros un método concreto en cuanto a la financiación del coste de la eliminación de los residuos urbanos, de modo que aquella puede garantizarse, a elección del Estado miembro, indistintamente mediante una tasa, un canon o cualquier otra modalidad. Además, como señaló la Abogada General Juliane Kokott en sus Conclusiones, a menudo resulta difícil y oneroso determinar el volumen exacto de residuos urbanos entregados para su recogida por cada poseedor. Esta indefinición del estado actual del Derecho comunitario en este sector lleva al TJCE a estimar que no cabe considerar contraria al principio quien contamina paga una normativa nacional que establece una tasa calculada sobre la base de una estimación del volumen de residuos y no sobre la base de la cantidad de residuos realmente generada y entregada para su recogida, disponiendo las autoridades nacionales de un amplio margen de apreciación a este respecto, salvo que imputen costes manifiestamente desproporcionados respecto de los volúmenes de residuos que pueden generar, aspecto que corresponde corroborar a la jurisdicción nacional.

⁸⁹ Artículo 15, letra a), de la Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos, *DO* L 114, p. 9.

8. DERECHO SOCIAL

EL TJCE CONDENA LA DISCRIMINACIÓN CONSISTENTE EN DESVALORIZAR LA EXPERIENCIA PROFESIONAL ADQUIRIDA POR LOS MENORES DE EDAD

*STJCE de 18 de junio de 2009,
Hütter, C-88/08

El Tribunal Supremo federal de Austria (*Oberster Gerichtshof*) plantea al TJCE una interesante cuestión prejudicial sobre la compatibilidad con el artículo 6 de la Directiva 2000/78 sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁹⁰ de una norma nacional que permite a los empleadores no tener en cuenta períodos de experiencia profesional adquiridos antes de la mayoría de edad. Según las autoridades nacionales, el objetivo de esta medida es evitar desfavorecer a las personas que hayan cursado estudios secundarios, no incitar a los alumnos a abandonar este tipo de estudios y, más genéricamente, que no resulte costoso para el sector público el aprendizaje dirigido a favorecer la inserción de los jóvenes aprendices en el mercado laboral. En opinión del TJCE, es evidente que una normativa de esta naturaleza establece una diferencia de trato entre personas en función de la edad a la que hayan adquirido su experiencia profesional, criterio que puede conducir a una diferencia de trato entre personas que hayan cursado los mismos estudios y adquirido la misma experiencia profesional, y ello exclusivamente en función de sus respectivas edades. Por tanto, en opinión del TJCE, la normativa austriaca establece una diferencia de trato basada directamente en la edad, que no obstante podría justificarse si se demuestra que está dirigida a lograr una finalidad legítima, incluidos los objetivos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograrla son adecuados y necesarios, según dispone el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78. Y aunque el TJCE considera legítimos los objetivos perseguidos por la normativa nacional, desestima que los medios empleados para lograrlos sean adecuados y necesarios, a pesar de reconocer una amplia facultad de apreciación a los Estados miembros al elegir las medidas que les permitan lograr sus objeti-

⁹⁰ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *DO* L 303, p. 16.

vos en materia social y laboral. Y ello porque esta normativa no se limita a retribuir la experiencia, sino que establece, a igualdad de experiencia, una diferencia de trato en función de la edad a la que se haya adquirido dicha experiencia, de lo que el TJCE deduce que este criterio vinculado a la edad no tiene relación directa con el objetivo declarado. Tampoco la norma es adecuada para lograr el objetivo de no desfavorecer la enseñanza secundaria general frente a la formación profesional porque en realidad el criterio de la edad a la que se adquirió la experiencia anterior se aplica independientemente del tipo de enseñanza cursada, excluyendo tanto el cómputo de la experiencia adquirida antes de los 18 años de edad por alguien que haya cursado enseñanza general como la adquirida por una persona procedente de la formación profesional. En opinión del TJCE sería más coherente a la luz de la Directiva 2000/78 para lograr este objetivo establecer un criterio basado directamente en el tipo de estudios cursados sin atender a la edad de las personas.

LOS JUECES NACIONALES DEBEN GARANTIZAR A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME QUE LOS EMPRESARIOS CUMPLAN TODAS SUS OBLIGACIONES EN CASO DE DESPIDO COLECTIVO

*STJCE de 16 de julio de 2009,
Mono Car Styling, C-12/08

Este asunto ofrecía al TJCE la oportunidad de aclarar algunos aspectos de la normativa comunitaria en materia de despidos colectivos. En particular, la cuestión principal que debía resolver requería determinar si la Directiva 98/59/CE⁹¹ confiere derechos directamente a los trabajadores y, en caso afirmativo, si tales derechos son individuales o colectivos. También debía dilucidar al hilo de este análisis si dicha Directiva permite que una norma nacional limite los supuestos de impugnación de un despido colectivo en el caso de vulneración de uno de sus preceptos. Se trataba de varias cuestiones prejudiciales planteadas por una jurisdicción social de Lieja que conoce de una serie de demandas presentadas por trabajadores afectados por un despido colectivo promovido por una empresa que atravesaba dificultades económicas. Para hacer frente a esta contingencia, la empresa alcanzó

⁹¹ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, *DO* L 225, p. 16.

un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el que se fijaba el número de trabajadores que se despedirían y se establecían las indemnizaciones y medidas de apoyo. Tanto los representantes de los trabajadores como los organismos laborales locales reconocieron el cumplimiento por la empresa del procedimiento de información y consulta previsto en la normativa sobre despidos colectivos. El litigio principal surgió por la demanda presentada a título individual por algunos de los trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo, que consideraban que la empresa había vulnerado algunas obligaciones procedimentales previstas en esta normativa. Y las dudas de la jurisdicción belga surgen porque la legislación nacional limita las imputaciones que pueden formularse en el marco de estas demandas individuales sobre el modo en que el empresario ha aplicado el procedimiento de información y consulta previsto en dicha Directiva y, por otra, supedita su admisibilidad a la notificación previa por los representantes del personal en el seno del consejo de empresa y por el trabajador afectado al empresario.

De forma categórica el TJCE deduce del tenor y de la lógica interna de esta Directiva que el derecho de información y consulta que regula esta Directiva está destinado a los representantes de los trabajadores, y no a los trabajadores a título individual, es decir, está concebido en beneficio de los trabajadores como colectivo y tiene una naturaleza colectiva. Debido a las restricciones que plantea la normativa belga sobre el recurso individual de los trabajadores podía plantearse un posible conflicto con su tutela judicial efectiva y de ahí que el juez nacional planteara en su segunda cuestión si esta normativa era compatible con el artículo 6 CEDH. Ante esta cuestión, el TJCE recuerda que, en principio, incumbe al Derecho nacional determinar la legitimación y el interés de un justiciable para ejercitar una acción judicial, aunque el Derecho comunitario exige que se respeten los principios de equivalencia y efectividad y que la normativa nacional no vulnere el derecho a una tutela judicial efectiva. De hecho, el artículo 6 de la Directiva 98/59 permite a los Estados miembros establecer procedimientos a favor de los trabajadores a título individual, aunque esto no puede cambiar, en opinión del TJCE, la naturaleza colectiva del derecho de información y consulta. De ello, deduce que los límites y requisitos impuestos por la normativa nacional para el ejercicio de ese recurso individual no vulneran el principio a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, el órgano jurisdiccional nacional deseaba averiguar si el artículo 2 de la Directiva 98/59 se oponía a la Ley belga en la medida en

que reducía las obligaciones del empresario que tenía la intención de proceder a un despido colectivo. Y siguiendo las Conclusiones del Abogado General Mengozzi, el TJCE comprueba que efectivamente las obligaciones de la ley nacional no se corresponden fielmente con lo exigido por la Directiva. No obstante, esa misma Ley establece la obligación a cargo del empresario de respetar el procedimiento de información y consulta prevista en los convenios colectivos aplicables, dándose la circunstancia de que el convenio aplicable en este sector reproducía íntegramente todas las obligaciones de la Directiva, lo cual lleva al TJCE a encargar al juez nacional la tarea de comprobar si la ley nacional habida cuenta de esta circunstancia puede interpretarse en el sentido de que no exime al empresario del deber de cumplir el conjunto de las obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Directiva 98/59. De forma implícita el TJCE parece detectar el problema de que en un sector determinado no exista un convenio colectivo cuyas obligaciones coincidan con las de la Directiva y ante esta eventualidad, representaría una incoherencia con respecto a su jurisprudencia clásica imponer obligaciones a un particular a través de una Directiva o que sus disposiciones puedan ser invocadas en el marco de una relación horizontal. De ahí que recurra al principio de interpretación conforme, a través del cual el juez nacional, en el marco de sus competencias y tomando en consideración el conjunto de normas nacionales, debe garantizar la eficacia de esta Directiva a fin de evitar que se reduzcan las obligaciones del empresario.

9. RELACIONES EXTERIORES

EL TPICE ANULA NUEVAMENTE LA CONGELACIÓN DE FONDOS DE UN PRESUNTO TERRORISTA POR VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

*STPICE de 11 de junio de 2009,
Othman/Consejo, T-318/01

Al término de diversas peripecias procesales particularmente complejas, el demandante en este asunto, el Sr. Omar Mohammed Othman, nacional jordano que desde 1993 reside en el Reino Unido, donde obtuvo asilo político provisional en 1994; ha obtenido la anulación de las sanciones adoptadas sobre la base del Reglamento (CE) n.º 881/2002⁹², merced a la trans-

⁹² Reglamento (CE) n.º 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas perso-

posición que realiza el TPICE al caso de autos de la jurisprudencia del TJCE en el célebre asunto *Kadi*⁹³. Las circunstancias de los demandantes eran similares por lo que el TPICE accede sin problemas a aplicar la misma solución al constatar que el Sr. Othman nunca fue informado de las razones que condujeron a su inscripción inicial en la lista de sospechosos de financiar el terrorismo internacional, ni tampoco posteriormente tuvo conocimiento de las pruebas de cargo, todo lo cual conduce al TPICE a fallar que se habían conculcado sus derechos de defensa y, por vía de consecuencia, su derecho a un recurso jurisdiccional efectivo⁹⁴. Tratándose de los efectos de las medidas restrictivas de congelación de fondos sobre el derecho de propiedad del demandante, el TPICE recuerda que las sanciones previstas por los Reglamentos comunitarios adoptadas en ejecución de Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas conculcan este derecho, restricción que califica como considerable habida cuenta del alcance general y de la duración efectiva de las medidas restrictivas que le fueron impuestas⁹⁵. Al no haber tenido siquiera la posibilidad de debatir la proporcionalidad de las restricciones aportadas sobre el ejercicio de este derecho, el TPICE califica esta medida como una restricción injustificada⁹⁶. Todo ello quiere decir que el TPICE aplica sin sobresaltos al caso de autos la jurisprudencia del TJCE en el asunto *Kadi*.

Más remarcable parece, en cambio, su rechazo a retomar el razonamiento del TJCE en lo relativo a la solicitud de diferir los efectos de la anulación del Reglamento controvertido. Como se recordará, en el asunto *Kadi* el TJCE decidió de oficio retrasar tres meses desde la fecha del fallo los efectos de la anulación para salvaguardar las necesidades de la lucha contra la financiación del terrorismo internacional. En el presente asunto, sin embargo, el TPICE rechaza esta solicitud a pesar de haber sido expresamente solicitada por el Consejo y los coadyuvantes, debido a que el Consejo de Ministros había tenido tiempo suficiente para remediar estas violaciones y adoptar, eventualmente, una nueva medida restrictiva contra el demandante ajustada a derecho. En efecto, para el Consejo era fácil discer-

nas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 467/2001, DO L 139, p. 9.

⁹³ STJCE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi* y *Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, C-402/05 P y C-415/05 P.

⁹⁴ Vid., en el mismo sentido, STJCE *Kadi*, apdos. 348-349.

⁹⁵ STJCE *Kadi*, apdo. 369.

⁹⁶ STJCE *Kadi*, apdo. 370.

nir que el demandante en este asunto se encontraba en las mismas circunstancias que el demandante en el asunto *Kadi* por lo que habría podido deducir directamente las consecuencias de aquel fallo. Debe tenerse en cuenta, no obstante, lo dispuesto en el artículo 60, párrafo segundo, del Estatuto del Tribunal de Justicia, en cuya virtud, las resoluciones del TPICE que anulan un Reglamento sólo producen efecto a partir de la expiración del plazo del recurso de casación o si se interpone casación a partir de su desestimación. Esto quiere decir que pese a no acceder a retrasar los efectos de la anulación, el Consejo tendrá además del tiempo transcurrido desde que se pronunció la STJCE en el asunto *Kadi*, un plazo mínimo de dos meses, ampliado, por razón de la distancia, en un plazo de diez días a partir de la notificación de esta Sentencia, para paliar las violaciones declaradas adoptando, en su caso, una nueva medida restrictiva, esta vez ajustada a derecho.

La importancia del fallo reside en el abandono por parte del TPICE de su doctrina para abstenerse de controlar estas sanciones por considerar que aplicaban en la Comunidad las Resoluciones del Consejo de Seguridad, las cuales constituían, en su opinión, actos de gobierno y, por lo tanto, debían escapar al control judicial en virtud del artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, para evitar socavar el sistema de Naciones Unidas y perjudicar gravemente las relaciones internacionales de la Comunidad y los Estados miembros⁹⁷, doctrina que fue claramente desautorizada por el TJCE en la casación del asunto *Kadi*. Como se sabe, en los distintos fallos sobre las sanciones contra la financiación del terrorismo internacional el TPICE distinguió dos hipótesis, según que la Comunidad hubiera ejecutado competencias regladas o discrecionales en virtud de resoluciones del Consejo de Seguridad. Respecto a las primeras, consideró que existían límites estructurales impuestos por el Derecho internacional general que le impedirían ejercer el control jurisdiccional de la legalidad interna de los reglamentos que imponían estas sanciones desde el punto de vista de los principios generales del Derecho comunitario relativos a la protección de los Derechos fundamentales porque implicaba, en su opinión, el examen incidental de la legalidad de los actos del Consejo de Seguridad, aunque se estimó, no obstante, facultado para controlar incidentalmente esta legalidad desde el

⁹⁷ Problema que se plateaba en los asuntos *Yusuf*, STPI de 21 de septiembre de 2005, T-306/01, *Rec.* p. II-3533; y *Kadi*, STPI de 21 de septiembre de 2005, T-315/01, *Rec.* p. II-3649, *Ayadi*, STPICE de 12 de julio de 2006, T-253/02, *Rec.* p. II-2139; y *Hassan*, STPICE de 12 de julio de 2006, T-49/04, *Rec.* p. II-52.

punto de vista del *ius cogens*. La solución fue diferente cuando la Comunidad ejerció competencias discrecionales en virtud de resoluciones del Consejo de Seguridad, dado que estas últimas listas no habían sido elaboradas por el Consejo de Seguridad sino por el Consejo de Ministros de la UE dentro del ejercicio de una potestad discrecional. En este supuesto, la alegación sobre la injusta inclusión de los demandantes en estas listas no afectaba al controvertido tema de la revisión jurisdiccional de las resoluciones del Consejo de Seguridad y, por tanto, dejaba más espacio al TPICE para que procediera a su completa revisión, lo que le condujo a condenar sin ningún tipo de restricción el procedimiento de inclusión en estas listas⁹⁸. El fallo del TJCE en el asunto *Kadi* obligaba al TPICE a eliminar esta sutil distinción, armonizando completamente ambos supuestos, lo cual ha supuesto una indudable buena noticia desde el punto de vista de la protección de los Derechos fundamentales, aunque quedan aún muchos interrogantes que desvelar desde el punto de vista de la coherencia jurídico-internacional de la Unión Europea.

10. JUSTICIA, LIBERTAD Y SEGURIDAD

PUEDE EXIGIRSE LA TRANSMISIÓN DE ACTOS NOTARIALES ENTRE LOS DIFERENTES ESTADOS MIEMBROS A TRAVÉS DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

*STJCE de 25 de junio de 2009,
Roda Golf & Beach Resort, C-14/08

El Tratado de Ámsterdam creó un Espacio de Justicia, Libertad y Seguridad dando así a la Comunidad una nueva dimensión debido a la transferencia del TUE al TCE del régimen que permite la adopción de medidas dentro del ámbito de la cooperación judicial en las materias civiles que tienen una incidencia transfronteriza. En el marco de dicha transferencia, la Comunidad adoptó el Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil⁹⁹, versión renovada y comunitarizada del Convenio de 1997 del

⁹⁸ Como ocurrió, entre otras, en la STPICE de 12 de diciembre de 2006, *Organización de Modjahedines del Pueblo de Irán / Consejo*, T 228/02, Rec. p. II-4665; STPICE de 11 de julio de 2007, *Sisión / Consejo*, T-47/03, Rec. p. II-2047.

⁹⁹ DO L 160, p. 37.

Tercer pilar; cuyo objetivo es mejorar y acelerar la transmisión entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil a efectos de su notificación y traslado. Un aspecto no meridianamente resuelto por este Reglamento es, sin embargo, el concepto de documento extrajudicial y para aclarar esta cuestión un juzgado español planteó una cuestión prejudicial para averiguar si este Reglamento sería aplicable a un conjunto de cartas privadas, remitidas notarialmente a este juzgado por una empresa inmobiliaria para su ulterior notificación en el Reino Unido a una serie de clientes comunicándoles la rescisión unilateral de contratos de compraventa de vivienda.

Pero no es ésta la única cuestión de interpretación que encierra esta remisión prejudicial, sino que, en realidad, el TJCE tenía la oportunidad de aclarar otras importantes y variadas controversias jurídicas. En primer lugar, se discutía la admisibilidad de la cuestión prejudicial, pues mientras que la juez de reenvío aducía ser un órgano de última instancia, de conformidad con el artículo 68 CE, la Comisión no compartía ese criterio, por lo que el TJCE tuvo que pronunciarse, sin antecedente previo, sobre la aplicación al mencionado precepto. Avalando plenamente los argumentos soberbiamente defendidos en sus Conclusiones por el Abogado General Ruiz-Jarabo a favor de la teoría del litigio concreto para salvaguardar el principio de la tutela judicial efectiva, en detrimento de aquella que promueve interpretar el concepto de órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial interno basándose en la situación del órgano remitente dentro de la estructura orgánica judicial, el TJCE rechaza esta primera excepción de inadmisibilidad estimando implícitamente que es el litigio concreto el que ha de tenerse en cuenta, siguiendo su jurisprudencia en el marco de las cuestiones prejudiciales ordinarias del artículo 234 CE¹⁰⁰. Por consiguiente, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier, a pesar de no culminar la pirámide jurisdiccional nacional, estaba facultado para formular una cuestión prejudicial del artículo 68 CE, cuando sus fallos no admitan posterior recurso. Restaba, no obstante, por determinar, según las normas procesales españolas, si los particulares podían impugnar los pronunciamientos de ese órgano judicial. En sus Conclusiones, el Abogado General había hecho referencia a una cierta heterogeneidad en la jurisprudencia española en cuanto a la posibilidad de interponer recursos contra una resolución como la que debía dictar el juez remitente en el litigio principal, mientras que la

¹⁰⁰ Entre otras, STJCE de 4 de junio de 2002, *Lykeskog*, C-99/00, *Rec.* p. I-4839.

Comisión había citado diversos autos judiciales nacionales que admitían tal posibilidad. En realidad, sin embargo, la jurisprudencia española sobre esta cuestión es contradictoria, además de existir una controversia académica al respecto, en la que parte de la doctrina se decanta por negar toda posibilidad de recurso en este tipo de procedimientos. El TJCE opta por zanjar la cuestión, estimando que no le corresponde resolver dicha controversia, y confía plenamente en lo afirmado por el juez remitente, el cual había señalado en su petición de decisión prejudicial que la resolución que debía dictar en el litigio principal tendría el carácter de última instancia

Una vez confirmado que el Juzgado remitente actuaba como última instancia, restaba dilucidar si podía plantear la cuestión prejudicial al tratarse de notificación de documentos extrajudiciales en un contexto extraprocesal. La cuestión prejudicial se había planteado con motivo de un recurso de reposición interpuesto contra la negativa del Secretario judicial de dar traslado al acta controvertida en el litigio principal. En el marco de dicho recurso, la única parte procesal era la demandante en el litigio principal. Sin embargo, aplicando su jurisprudencia sobre el artículo 234 CE, el TJCE estima que aun cuando pueda considerarse que el secretario judicial que tramita una solicitud de notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales, con arreglo al Reglamento n.º 1348/2000, actúa en calidad de autoridad administrativa, sin que deba al mismo tiempo resolver un litigio, no sucede lo mismo en el caso del juez encargado de pronunciarse acerca del recurso interpuesto contra la negativa de dicho secretario judicial a proceder a la notificación o traslado solicitados¹⁰¹. Por consiguiente, el TJCE estima que el juez *a quo* conoce de un litigio y ejerce una función jurisdiccional.

En tercer lugar, el TJCE tenía que resolver el tema de fondo, el concepto de «documento extrajudicial», uno de los aspectos más ambiguos del

¹⁰¹ Vid., por analogía, STJCE de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, C-210/06, apdo. 57; en la que el Tribunal estimó que un tribunal ante el que se sustancie un recurso de apelación contra una resolución de un tribunal inferior competente para la llevanza de un registro que deniega tal solicitud de inscripción, apelación por la que se pretende la anulación de esa resolución que, según se alega, menoscaba un derecho del demandante, conoce de un litigio y realiza una función judicial. Por consiguiente, en tal caso, debe, en principio, considerarse que el tribunal que resuelve en sede de apelación es un órgano jurisdiccional facultado para plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 234 CE, vid. STJCE de 15 de mayo de 2003, *Salzmann*, C-300/01, Rec. p. I-4899; de 13 de diciembre de 2005, *SEVIC Systems*, C-411/03, Rec. p. I-10805; de 11 de octubre de 2007, *Möllendorf y Möllendorf-Niehuus*, C-117/06, Rec. p. I-8361.

Reglamento n.º 1348/2000. Y lo primero que afirma es que se trata de un concepto de Derecho comunitario, frente a las afirmaciones realizadas de forma unánime por el gran número de Estados miembros que intervinieron en este procedimiento. Sobre el ámbito de aplicación del Reglamento 1348/2000, el TJCE, guiado por la finalidad de este acto, estima que la cooperación judicial que instaura no puede limitarse a los procedimientos judiciales, sino que también debe poder manifestarse al margen de tales procedimientos en la medida en que tal cooperación tenga incidencia transfronteriza y sea necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior. Finalmente, el TJCE sale al paso de la preocupación mostrada por el Gobierno español sobre el riesgo de que una interpretación extensa del concepto de documento extrajudicial pueda imponer una excesiva carga para los órganos judiciales nacionales, estimando que las obligaciones derivadas de este Reglamento no han de recaer necesariamente sobre estos órganos, puesto que en virtud de su artículo 2, los organismos transmisores y receptores pueden ser funcionarios públicos, autoridades u otras personas, siendo competencia de los Estados miembros la decisión al respecto. Por lo tanto, tienen libertad para designar a entidades distintas de los órganos judiciales nacionales. Además, el TJCE añade que la notificación o traslado por intermediación de los organismos transmisores y receptores no es el único canal de notificación o traslado previsto en este Reglamento, puesto que su artículo 14 autoriza a efectuar esta notificación directamente por correo, posibilidad admitida en la mayoría de los Estados miembros.