

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

MAYO – AGOSTO 2010

JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN*

1. INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.
2. CONTENCIOSO Y SISTEMA JURISDICCIONAL.
3. MERCADO INTERIOR, LIBRE CIRCULACIÓN Y CIUDADANÍA EUROPEA.
4. COMPETENCIA.
5. APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES.
6. DERECHO SOCIAL.
7. RELACIONES EXTERIORES.
8. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.
9. ESPAÑA ANTE LA JURISDICCIÓN DE LA UNIÓN.

1. INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN FRENTE A LA CUESTIÓN PRIORITARIA DE CONSTITUCIONALIDAD DE FRANCIA

STJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2010, *Melki*, C-188 y 189/10

Bastante expectación había despertado, especialmente en la doctrina francesa, la respuesta que el TJUE estaba llamado a dar sobre la compatibilidad entre la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE y la cuestión prioritaria de constitucionalidad de Francia¹. Se trata de un nuevo mecanis-

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Derecho Público, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Profesor *Jean Monnet* de Derecho e Instituciones de la Unión Europea.

¹ Vid., entre otros, DUTHEIL DE LA ROCHERE, J., “La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen”, *RTD Eur.*, vol. 46-2010, n.º 3, pp. 577-587; FABBRINI, F.,

mo procesal fruto de una reforma constitucional desarrollada en este país en 2009 que instaura un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales. Su aspecto controvertido parecía ser que obligaba a los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro a priorizar la conformidad constitucional de una disposición interna cuando al mismo tiempo se planteaba su conformidad con el Derecho de la Unión, lo cual según la *Cour de Cassation* podía privar a todos los órganos jurisdiccionales nacionales de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial al TJUE no sólo antes, sino también una vez que el Conseil constitutionnel se hubiese pronunciado, por cuanto sus decisiones no son susceptibles de recurso y se imponen a todas las jurisdicciones internas. La cuestión planteada por la *Cour de Cassation* se refería a si el Derecho nacional podía limitar la libertad de un órgano jurisdiccional para plantear al TJUE una cuestión prejudicial en aplicación del artículo 267 TFUE.

En virtud de una motivación plasmada de diplomacia interjurisdiccional que hará historia y que es acreedora de mérito si tenemos en cuenta la urgencia del procedimiento debido al sustrato material del asunto enmarcado en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia cuyo comentario abordamos en aquella sección, limitándonos aquí a explorar su vertiente institucional; el TJUE desentraña el *imbroglio* suscitado por la cuestión planteada por el juez *a quo*, considerada por algunos como perturbadora y para otros como valiente, a través de una interpretación que trata de evitar el conflicto. Las dudas expresadas por la doctrina estaban seguramente motivadas por la interpretación exagerada que había realizado aquel órgano en su resolución de remisión en la que mostraba su convicción de que la reforma impedía al juez que debía conocer del fondo de un litigio plantear una cuestión prejudicial al TJUE cuando tramitase una cuestión prioritaria de constitucionalidad. Para alcanzar esta conclusión, había partido de la premisa de que cuando el *Conseil Constitutionnel* examinara una cuestión de constitucionalidad también debía apreciar su conformidad con el Derecho de la Unión. En ese caso, estimaba la *Cour de Cassation*, el juez del fon-

“Kelsen in Paris: France’s Constitutional Reform and the Introduction of a *Posteriori* Constitutional Review of Legislation”, *German Law Journal*, vol. 9-2008, n° 10, pp. 1297-1312; CARRASSONNE, G. / MOLFESSIS, N., “La Cour de cassation à l’assaut de la question prioritaire de constitutionnalité”, *Le Monde*, 23 de abril de 2010; SARMIENTO, D., “L’arrêt Melki: esquisse d’un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de foud français”, *RTD eur.*, vol. 46-2010, n.º 3, pp. 588-598; SIMON, D. / RIGAUX, A., “Drôle de drame: La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité”, *Europe*, 2010, n° 5, pp. 5 y ss. ; *Id.*, “Solange, le mot magique su dialogue des juges...”, *Europe*, 2010, n° 7, pp. 7 y ss.

do que remitió la cuestión no podría, antes de esa remisión, pronunciarse sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión, ni plantear una cuestión prejudicial al TJUE; ni tampoco una vez que el *Conseil constitutionnel* hubiese considerado conforme con el Derecho de la Unión la Ley controvertida, por cuanto aquel fallo vincularía a todos los órganos jurisdiccionales de este país.

Frente a esta interpretación maximalista, los gobiernos de Francia y Bélgica expusieron en sus observaciones ante el TJUE otra alternativa, de carácter más posibilista, estimando que el Derecho de la Unión no se oponía a esta legislación, dado que no modificaba, ni desvirtuaba la función y las competencias del juez nacional en la aplicación del Derecho de la Unión. Para sustentar esa alegación, el Gobierno francés se apoyó sustancialmente en la misma interpretación dada a la referida legislación por el *Conseil Constitutionnel*² y por el *Conseil d'Etat*³ en resoluciones dictadas poco después de la remisión prejudicial al TJUE. Según esa interpretación, está excluido que una cuestión prioritaria de constitucionalidad tenga por objeto plantear al *Conseil Constitutionnel* la compatibilidad de una Ley con el Derecho de la Unión, incumbiendo a los órganos jurisdiccionales ordinarios de los diferentes órdenes examinar esta conformidad, aplicar ellos mismos —y según su propia apreciación— el Derecho de la Unión y plantear cuestiones prejudiciales al TJUE, al mismo tiempo o después de remitir una cuestión prioritaria de constitucionalidad. Es más, añadió el Gobierno francés, el órgano jurisdiccional nacional puede resolver sobre el fondo si concurren ciertos requisitos, sin esperar la resolución sobre la constitucionalidad de la norma interna o bien adoptar las medidas provisionales o cautelares necesarias para garantizar la protección inmediata de los derechos que reconoce a los particulares el Derecho de la Unión. En opinión de este Gobierno, junto con el belga, cuyo interés en el asunto estaba relacionado con una cuestión similar que tiene planteada el TJUE, el verdadero objeto de este mecanismo procesal es garantizar a los

² Resolución del Conseil Constitutionnel n° 2010-605 DC de 12 de mayo de 2010. Previamente, este mismo órgano en su Decisión n° 2009-595 DC de 3 de diciembre de 2009, que revisó la Ley Orgánica que estableció esta reforma ya presagiaba esta interpretación alternativa, al afirmar: “(...) *cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne (...)*», apdo. 14.

³ Resolución del Conseil d'État n° 312305 de 14 de mayo de 2010.

justiciables que su solicitud de examen de constitucionalidad de una disposición interna será efectivamente tramitada, sin que la remisión al *Conseil Constitutionnel* pueda quedar excluida a causa de la incompatibilidad de la disposición controvertida con el Derecho de la Unión.

Y esta interpretación conforme de la Ley nacional con los Tratados es la que acoge el TJUE en este análisis *in abstracto* de la norma francesa, que contrasta en cierta medida con la firmeza empleada antaño cuando los principios carecían de la certeza actual⁴; aunque aprovecha para recordar los fundamentos del sistema de cooperación que constituye la remisión prejudicial y, de forma más concreta, para señalar que en la medida en que el Derecho nacional prevé la obligación de iniciar un procedimiento incidental de control de constitucionalidad, el funcionamiento del sistema establecido por el artículo 267 TFUE exige, por una parte, que ese juez esté facultado para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión y, por otra, para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, dicha disposición legislativa nacional si la considera contraria al Derecho de la Unión. Preocupado, asimismo, por el mantenimiento de su monopolio en la interpretación del Derecho de la Unión, el TJUE estima a través de un *obiter dictum* que si el carácter prioritario de un procedimiento incidental de control de constitucionalidad condujera a la derogación de una Ley que se limite a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una Directiva a causa de la falta de conformidad con la Constitución, el TJUE podría quedar en la práctica privado de la posibilidad de realizar, a petición de los tribunales de ese Estado competentes en cuanto al fondo, el control de validez de la Directiva en relación con los mismos motivos inherentes a las exigencias del Derecho primario y, en especial, de los derechos reconocidos por la Carta; afirmación que creemos adquiere todo su valor al hilo de las preocupaciones expresadas por el propio TJUE sobre la necesidad de preservar la posibilidad de pronunciarse sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión antes de que un litigio alcance el Tribunal de Estrasburgo una vez vigente la adhesión de la Unión al CEDH⁵. Y la necesidad de preservar este mono-

⁴ Puede recordarse en este sentido el famoso *dictum* en el asunto *Simmenthal*, que planteaba una cuestión muy próxima, STJCE de 9 de marzo de 1978, 106/77, *Rec.* p. 629.

⁵ Vid. en este sentido el documento de reflexión publicado por el TJUE el 5 de mayo de 2010: “Adhesión de la UE al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, accesible en http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/.

polio —y probablemente también evitar futuros procedimientos de responsabilidad ante el TEDH sin haber tenido la posibilidad de pronunciarse con carácter previo⁶— le lleva a afirmar que en este supuesto, antes de que pueda efectuarse este control de constitucionalidad, los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están, en principio, obligados en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, a preguntar al TJUE sobre la validez de dicha Directiva, y a deducir a continuación las consecuencias que se deriven del fallo prejudicial, salvo que el mismo órgano que promueva el control de constitucionalidad ya haya planteado esa cuestión. Por consiguiente, la cuestión de si la Directiva es válida tiene carácter preferente respecto a la obligación de su adaptación al Derecho interno, sin que la delimitación dentro de un plazo estricto de la duración del examen por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales pueda impedir una remisión prejudicial sobre la validez de esa Directiva. Una vez realizadas todas estas consideraciones que tratan de preservar su monopolio interpretativo, el TJUE estima que el artículo 267 TFUE no se opone a la legislación francesa, siempre que los demás órganos jurisdiccionales nacionales sigan estando facultados para plantear al TJUE toda cuestión prejudicial que consideren necesaria en cualquier momento del procedimiento e, incluso, una vez finalizado el

⁶ De acuerdo con la doctrina del TEDH, tal vez sea el Estado miembro el que deba responder del ilícito en semejante supuesto porque fue el ejercicio de su margen de apreciación el que produjo la violación del Convenio. Ésta fue la doctrina que aplicó el TEDH en el asunto *Cantoni / Francia*, STEDH (Gran Sala) de 15 de noviembre de 1996, demanda n° 17862/91, *Reports of Judgements and Decisions*, 1996-V, p. 1614; que planteaba la responsabilidad de este Estado parte en un contexto en el que el ilícito de enmarcaba en la incorporación a su ordenamiento de una Directiva comunitaria sobre la definición de los medicamentos. No obstante, el énfasis que pone el TJUE en el asunto *Melki* en que el Estado miembro se limite a adaptar su Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una Directiva podría referirse a un supuesto de falta de discrecionalidad en esta incorporación, es decir, a una Directiva muy detallada, escenario en el que a falta de un *lex specialis* no es descartable que sea la organización la que deba responder en aplicación del art. 16 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales relativo a las decisiones, autorizaciones y recomendaciones dirigidas a los Estados miembros. Éste no fue, sin embargo, el contexto del asunto *Cantoni*, por cuanto Francia disponía de margen de apreciación en la definición de los medicamentos. Vid., por el contrario, SIMON, D., “Des influénces reciproques entre CJCE et CEDH: Je t’aime, moi non plus”, *Pouvoirs: Revue française d’études constitutionnelles et politiques*, 2001, n° 96, pp. 31-50 (39); quien da a entender que el TEDH ejercerá su control incluso si un Estado miembro se limita a reproducir literalmente lo previsto en una Directiva.

control incidental de constitucionalidad; así como para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión; y para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional si la consideran contraria al Derecho de la Unión. Incumbe al tribunal remitente verificar si la legislación nacional controvertida puede interpretarse de manera conforme con estas exigencias del Derecho de la Unión.

Todo parece indicar que será esta interpretación posibilista la que el TJUE está dispuesto a aplicar en esta etapa del proceso de integración para resolver cuestiones semejantes⁷ que tiene actualmente planteadas y que también están relacionadas con el principio de primacía. Sirva como botón de muestra la petición prejudicial presentada por un Tribunal de Lieja (Bélgica) en el asunto *Claude Chartry*, C-457/09; que plantea la compatibilidad con los Tratados de una Ley de 2009 que impone un recurso previo ante la *Cour Constitutionnelle* a todo juez nacional que declare que un contribuyente ha sido privado de la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 6 CEDH, sin que dicho juez haya podido garantizar inmediatamente

⁷ El TJUE ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre disposiciones nacionales que limitaban la posibilidad de que un órgano jurisdiccional nacional plantee una cuestión prejudicial, pronunciándose sistemáticamente en favor de la posibilidad más amplia de que los órganos jurisdiccionales planteen cuestiones relativas a la validez y a la interpretación del Derecho de la Unión. Puede recordarse en este sentido la reciente Sentencia *Kücükdeveci* de 19 de enero de 2010, C-555/07, en la que subrayó la facultad de apreciación de que disponen los órganos jurisdiccionales nacionales. En el asunto que dio origen a este fallo, la cuestión planteada era saber si un órgano jurisdiccional nacional debía formular una cuestión prejudicial al TJUE sobre la interpretación del Derecho de la Unión antes de poder dejar sin aplicación una disposición nacional que creía contraria a dicho Derecho cuando, de conformidad con el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente no podía dejar sin aplicación la disposición nacional sin que hubiese sido declarada previamente inconstitucional por el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional federal alemán). El TJUE declaró que incumbía al órgano jurisdiccional nacional que conociese de un litigio entre particulares garantizar la observancia del Derecho de la Unión, dejando si es preciso sin aplicación cualquier disposición contraria de la normativa nacional, con independencia del ejercicio de la facultad de que dicho órgano dispone en el marco del artículo 267 TFUE, párrafo segundo, de formular una cuestión prejudicial sobre la interpretación del Derecho de la Unión. En efecto, en el apdo. 55 de dicha Sentencia, el TJUE afirmó: “el carácter facultativo de esta remisión es independiente de los procedimientos que el Derecho interno imponga al juez nacional para dejar sin aplicación una disposición nacional que éste estime contraria a la Constitución”.

te la aplicabilidad directa del Derecho de la Unión al litigio del que conoce, ni ejercer el control del respeto de este Derecho una vez que la *Cour constitutionnelle* haya reconocido la compatibilidad de la Ley nacional con los Derechos fundamentales garantizados en la Constitución de este país. No obstante, el posibilismo desplegado por el TJUE para evitar conflictos interjurisdiccionales no implica que no salvaguarde de forma efectiva su monopolio interpretativo. No otra cosa puede deducirse de la reciente STJUE (Gran Sala) de 5 de octubre de 2010, *Elchinov*, C-173/09, en relación con la obligación de un tribunal inferior de observar las instrucciones dictadas por otro superior; en la que afirma que el Derecho de la Unión se opone a que el órgano jurisdiccional inferior se encuentre vinculado con arreglo al Derecho procesal nacional por las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano superior si, habida cuenta de la interpretación que ha solicitado al TJUE, estima que dichas valoraciones son incompatibles con este Derecho; solución contraria a la propuesta que había realizado el Abogado General Cruz Villalón en sus Conclusiones en este asunto. Este fallo y el dictado en el asunto *Melki* parecen complementarse mutuamente y responder plenamente a las consternaciones expresadas por la *Cour de Cassation* francesa, en especial, cuando aquella expresaba sus dudas una vez que el *Conseil Constitutionnel* se hubiese pronunciado sobre la constitucionalidad de una disposición interna.

TRANSPARENCIA: PRECISIONES SOBRE EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA DIVULGACIÓN DE DOCUMENTOS Y ACERCA DE LA NECESIDAD DE NO PERJUDICAR LAS ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN

STJUE (Gran Sala) de 29 de junio de 2010,
Comisión / Bavarian Lager, C-28/08 P,
STJUE (Gran Sala) de 29 de junio de 2010,
Comisión / Technische Glaswerke Ilmenau, C-139/07 P

El asunto *Bavarian Lager* confirma la importancia del nivel de protección que el Derecho de la Unión otorga a la intimidad, haciendo prevalecer este valor frente a la difusión de datos de carácter personal en el marco del procedimiento de acceso a los documentos de las instituciones. Como se sabe, el Reglamento que regula esta materia insta a las instituciones de la Unión a denegar el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de la intimidad de la persona de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de datos per-

sonales⁸, mientras que el Reglamento relativo a la protección de datos personales precisa que estos datos sólo pueden transferirse a destinatarios distintos de las instituciones y los organismos comunitarios si demuestran que los necesitan para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público⁹. En la confrontación entre ambas normas, el Tribunal de Primera Instancia adoptó una concepción muy favorable a la transparencia, permitiendo el acceso a los documentos con el riesgo de comprometer la buena administración de los procedimientos por incumplimiento y la protección de los datos de carácter personal y la vida privada. Aquel fallo traía causa de un procedimiento de infracción seguido por la Comisión contra el Reino Unido a propósito de la reglamentación sobre distribución de cerveza. En el marco de la fase precontenciosa de dicho procedimiento, la Comisión organizó una reunión con representantes del Gobierno británico y la Confédération des Brasseurs du Marché Commun. La empresa Bavarian Lager, que no había sido invitada a esta reunión, solicitó acceso al Dictamen motivado, el cual nunca llegó a ser enviado al Reino Unido, al decidir la Comisión archivar el procedimiento. Considerando que el acceso a este documento revelaría la identidad de ciertos participantes en esta reunión, lo cual consideró contrario a la protección de la vida privada; la Comisión denegó esta petición, negativa que fue impugnada judicialmente por esta empresa ante el Tribunal de Primera Instancia. El problema era que esta jurisdicción había ceñido su análisis sobre la conculcación de la vida privada exclusivamente al art. 8 del CEDH y a la jurisprudencia del TEDH; sin tomar en consideración la reglamentación de la Unión relativa a la protección de datos de carácter personal, en particular, el Reglamento (CE) n° 45/2001. Esta forma de proceder es rechazada en casación por el TJUE, haciendo prevalecer el objetivo de la protección de datos de carácter personal sobre la transparencia porque en su opinión: “la interpretación particular y limitativa dada por el Tribunal al artículo 4, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 1049/2001 no responde al equilibrio que el legislador de la Unión quería establecer entre estos

⁸ Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, *DO* L 145, p. 43.

⁹ Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, *DO* 2001, L 8, p. 1.

dos Reglamentos”¹⁰. En consecuencia, el TJUE anula el fallo y decide resolver definitivamente el litigio, estableciendo que la Decisión de la Comisión que denegaba el acceso no infringió los Reglamentos nº 45/2001 y nº 1049/2001 y desestimando, en consecuencia, el recurso de Bavarian Lager contra dicha Decisión.

En el asunto *Comisión / Technische Glaswerke Ilmenau* es la protección del objetivo de las actividades de inspección e investigación de las instituciones la que es objeto de interpretación en el siguiente contexto fáctico. En 1998, Alemania notificó a la Comisión diversas medidas dirigidas a garantizar el saneamiento financiero de la sociedad Technische Glaswerke Ilmenau (TGI), entre ellas, una exoneración parcial de pago y un préstamo bancario. Mediante varias decisiones de 2001, la Comisión declaró que constituían ayudas de Estado incompatibles con el Mercado Único. El recurso de anulación interpuesto por la sociedad TGI contra dicha Decisión fue desestimado por los tribunales de la Unión. En 2002, TGI solicitó acceder a todos los documentos del expediente sobre ayudas de Estado que la afectaban, aunque el ejecutivo de la Unión desestimó dicha solicitud porque podía perjudicar sus actividades de inspección e investigación. La empresa TGI interpuso entonces un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia solicitando la anulación de esta Decisión, petición que fue acogida, reprochando a la Comisión no haber examinado de manera concreta e individual los documentos objeto de la solicitud de acceso¹¹. Es el recurso de casación contra este fallo el que da lugar a que el TJUE se pronuncie sobre la correcta interpretación de la disposición del Reglamento que permite a las instituciones denegar el acceso a un documento cuya divulgación pueda suponer un perjuicio para el desarrollo de sus actividades de inspección e investigación a través de un fallo que da la razón a la Comisión y que resuelve el asunto en cuanto al fondo. Con todo, el TJUE subraya que para justificar la denegación de acceso a un documento, no basta, en principio, con que dicho documento esté incluido en el ámbito de una actividad exceptuada por el Reglamento, sino que la institución debe también explicar la razón por la que el acceso puede menoscabar concreta y efectivamente tal actividad. No obstante, para dar esta explica-

¹⁰ STJUE *Bavarian Lager*, apdo. 65.

¹¹ STPICE de 14 de diciembre de 2006, *Technische Glaswerke Ilmenau / Comisión*, T-237/02.

ción la Institución puede basarse en presunciones generales que se apliquen a determinadas categorías de documentos, toda vez que consideraciones de carácter general similares pueden aplicarse a solicitudes de divulgación relativas a documentos de igual naturaleza. En lo que concierne a los procedimientos de control de las ayudas de Estado, el TJUE señala que tal presunción puede resultar del hecho de que dichos procedimientos únicamente están abiertos contra el Estado miembro responsable de la concesión de la ayuda. En efecto, en el marco de dichos procedimientos los interesados, a excepción del Estado miembro responsable de la concesión de la ayuda, no tienen derecho a consultar los documentos del expediente administrativo de la Comisión. Para alcanzar esta conclusión, el TJUE realiza un extraño paralelismo guiado por las Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott¹², entre el derecho a consultar el expediente administrativo en el marco de un procedimiento de control incoado de conformidad con el artículo 108 TFUE, apartado 2; y el derecho de acceso a los documentos con arreglo al Reglamento n° 1049/2001. En opinión del TJUE, aunque es cierto que ambos se distinguen jurídicamente, no lo es menos que conducen a una situación comparable desde un punto de vista funcional. Ciertamente, desde el punto de vista de la consulta del expediente en el marco de la normativa procesal, sólo las partes del procedimiento tienen derecho a consultar el expediente. Y en el procedimiento de examen de las ayudas establecido en el artículo 108 TFUE y en el Reglamento (CE) n° 659/1999¹³, esta condición se reconoce exclusivamente al Estado miembro de que se trate. Pero más allá de estos formalismos, no es menos cierto que otras partes interesadas pueden estar legitimadas para interponer un recurso contra una Decisión en materia de ayudas si resultan afectadas directa e individualmente. Aunque es correcto que no por ello se convierten en partes del procedimiento de ayuda, debería dárseles la oportunidad de preparar los fundamentos de su demanda permitiéndoles la consulta del expediente. Lejos de ello, sin embargo, el TJUE concluye que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de interpretación del Reglamento relativo al acceso a los documentos, al no haber reconocido la existencia de una presunción general de que la divulgación de los documentos del

¹² Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott, presentadas el 8 de septiembre de 2009, puntos 88 y ss.

¹³ Reglamento del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE [artículo 88 CE], *DO* L 83, p. 1.

expediente administrativo perjudicaría, en principio, a la protección del objetivo de las actividades de investigación.

2. CONTENCIOSO Y SISTEMA JURISDICCIONAL

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO Y PRINCIPIO DE COSA JUZGADA

STJUE (Gran Sala) de 29 de junio de 2010,
Comisión / Luxemburgo, C-526/08

La Comisión reprochaba a Luxemburgo la incorrecta adaptación del Derecho interno a la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos procedentes de fuentes agrarias¹⁴, en particular, en relación con la prohibición de aplicar fertilizantes durante determinados períodos, la capacidad de almacenamiento del estiércol y la aplicación de fertilizantes en terrenos inclinados. Sin embargo, lo peculiar de este litigio es que el Tribunal ya se pronunció en 2001 sobre una reclamación similar¹⁵, circunstancia que le permite examinar en que medida este hecho se opone a un nuevo recurso en virtud del principio de cosa juzgada, alegándose también por parte del demandado el principio *non bis in idem*. El Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre pretensiones análogas en procedimientos por incumplimiento del Derecho de la Unión y siempre las ha desestimado afirmando que los contextos fácticos y/o jurídicos eran diferentes¹⁶, aunque nunca hasta ahora se había pronunciado expresamente sobre si dicho principio podía ser realmente invocable en el marco del procedimiento de infracción¹⁷.

¹⁴ DO L 375, p. 1.

¹⁵ STJCE de 8 de marzo de 2001, *Comisión/Luxemburgo*, C-266/00, *Rec.* p. I-2073.

¹⁶ Vid., por ejemplo, STJCE de 8 de noviembre de 2001, *Comisión/Italia*, C-127/99, *Rec.* p. I-8305, apdos. 27 y ss.; STJCE de 8 de abril de 2008, *Comisión/Italia*, C-337/05, *Rec.* p. I-2173, apdo. 25, STJCE de 2 de octubre de 2008, *Comisión/Italia*, C-157/06, *Rec.* p. I-7313, apdo 19.

¹⁷ En la STJCE de 8 de septiembre de 2005, *Comisión/España*, C-416/02, *Rec.* p. I-7487, apdo. 65, el Tribunal parece dejar abierta esta cuestión abierta, cuando señala: “(...) aun suponiendo que el principio *non bis in idem* fuera aplicable a los procedimientos por incumplimiento, basta con señalar que, en el presente asunto, esta circunstancia es irrelevante para la admisibilidad de la imputación (...)”. En la STJCE de 12 de julio de 2005,

En efecto, Luxemburgo sostenía la inadmisibilidad del recurso por infringir el artículo 258 TFUE, en la medida en que varios motivos alegados por la Comisión vulneraban los principios de cosa juzgada y *non bis in idem* por coincidir con los que esta institución ya formuló en el marco del asunto fallado en 2001. En opinión de este Gobierno, si la Comisión consideraba que no había adoptado las medidas para la ejecución de aquella Sentencia, debería haber actuado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 260 TFUE, apartado 2; y no incoar un nuevo procedimiento sobre la base del artículo 258 TFUE. Frente a estos argumentos, la Comisión señaló que si bien el presente procedimiento se inspiraba en el anterior, abarcaba una argumentación diferente, en particular, una nueva normativa nacional, así como motivos distintos. En cuanto al principio *non bis in idem*, la Comisión sostuvo que no era aplicable en este asunto, habida cuenta de que no se trataba de un procedimiento represivo de naturaleza administrativa o penal. En su opinión, aun suponiendo que ese principio pudiera aplicarse a los recursos por incumplimiento, no concurrían en el caso de autos los requisitos para su aplicación, la cual debía supeditarse al triple requisito de identidad de hechos, unidad de infractor y unidad de bien jurídico protegido.

Después de resaltar la importancia que tiene el principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el TJUE recuerda que de su jurisprudencia resulta que este principio también es aplicable en los procedimientos por incumplimiento, aunque la fuerza de cosa juzgada sólo afecta a los extremos de hecho y de Derecho que han sido efectiva o necesariamente zanjados por la resolución judicial de que se trate. A continuación, el Tribunal procede a examinar el marco fáctico y jurídico de los dos procedimientos para determinar si existía en esencia una identidad de hecho y de Derecho entre ellos, rechazando que así fuera realmente. En cuanto al principio *non bis in idem*, es interesante destacar la opinión de la Abogado General Juliane Kokott, quien había afirmado en sus Conclusiones en este asunto no estar convencida de que este principio se aplicara al procedimiento por infracción, sino más bien a procedimientos sancionadores en los que inter-

Comisión/Francia, C-304/02, *Rec.* p. I-6263, apdo. 84; la aplicación de este principio se analizó desde otra perspectiva, al haber sido alegado por varios Estados miembros que la imposición cumulativa de una multa coercitiva y de una suma a tanto alzado vulneraría este principio al tomarse en consideración por partida doble el mismo período de incumplimiento. En opinión del TJUE, cada sanción tenía una función distinta, por lo que debía determinarse de manera que cumpla cada una de ellas tal función.

venga el Derecho penal¹⁸. En su opinión, no era ésta la naturaleza de un procedimiento judicial especial de ejecución de sentencias, es decir, un procedimiento ejecutivo, cuyas sanciones son distintas de las sanciones represivas; por lo que si fuera necesario para ejecutar el título controvertido podrían repetirse medidas coercitivas. El TJUE, por el contrario, admite o, al menos, no rechaza abiertamente la invocación de este principio al caso de autos, aunque a continuación excluye su aplicación concreta por falta de identidad de hecho y de Derecho entre ambos asuntos. Aparentemente, daba la razón a los argumentos alegados por Polonia, que había intervenido en la vista oral señalando que el procedimiento por incumplimiento del Tratado con arreglo al artículo 258 TFUE constituía una unidad con el procedimiento de ejecución del artículo 260 TFUE y el Tribunal ha calificado de sanciones las multas coercitivas y sumas a tanto alzado de este último artículo, de lo que deducía que resultaba aplicable este principio¹⁹. Finalmente, la falta de identidad de hecho y de Derecho entre ambos asuntos también lleva al TJUE a rechazar la aplicabilidad del artículo 260 TFUE, aunque sin llegar a discutir su verdadero efecto preclusivo²⁰.

¹⁸ Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott, presentadas el 28 de enero de 2010, punto 31. Deducción que extrae del análisis del artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales, del artículo 4 del Protocolo Adicional nº 7 del CEDH y del artículo 54 del Convenio de aplicación del Convenio de Schengen de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, instrumento que en su opinión tiene por objeto la protección de los ciudadanos de la Unión frente a nuevos procedimientos penales por los mismos hechos en otro Estado contratante, *ibíd.*, punto 32.

¹⁹ *Ibíd.*, apdo. 30.

²⁰ La Abogado General Juliane Kokott dio una serie de razones a favor de negar este efecto, basándose fundamentalmente en la potestad discrecional que detenta el ejecutivo comunitario para articular ambos recursos, vid. sus Conclusiones, puntos 61 y ss. La opinión inversa fue defendida por el Abogado General Fennelly en sus Conclusiones en el asunto C-334/94, *Comisión/Francia*, STJUE de 7 de marzo de 1996, *Rec.* p. I-1307; basándose fundamentalmente en el tenor literal del artículo 260 TFUE, apdo. 2, de lo que deducía que la Comisión debía seguir el procedimiento establecido en dicha disposición cuando no haya tenido lugar un cumplimiento completo de una primera Sentencia. A favor de la preclusión pensamos que se encuentra el lenguaje imperativo que utiliza esta disposición (“indicará el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva”). No es menos cierto, sin embargo, que la discrecionalidad podría deducirse de la “estimación” que debe realizar la Comisión en el marco del art. 260.2 TFUE. Otro argumento a favor de limitar el carácter de *lex specialis* del art. 260, TFUE, apdo. segundo, sería la práctica de la Comisión, institución que suele impugnar la falta de una completa adaptación del Derecho interno a las directivas mediante un primer procedimiento por incumplimiento, y, a continuación, inicia uno o incluso varios procedimientos al amparo del 258 TFUE,

CUESTIÓN PREJUDICIAL DE VALIDEZ: ADMISIBILIDAD, INTENSIDAD DEL CONTROL, PROPORCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

STJUE de 8 de julio de 2010,
Afton Chemical, C-343/09

No deberían subestimarse las aportaciones de este fallo prejudicial dictado por la Sala Cuarta del TJUE en cuanto a la admisibilidad de un reenvío prejudicial, la intensidad del control desarrollado por el Tribunal y las condiciones de aplicación del principio de cautela en el marco de la legislación de la Unión. Sobre la admisibilidad, conviene subrayar que la cuestión prejudicial de validez de la Directiva 2009/30/CE²¹ se planteaba en condiciones particulares puesto que el plazo para su incorporación al Derecho británico aún no había concluido, lo cual llevó a afirmar a la Comisión y al Parlamento que el litigio era artificial y la cuestión planteada hipotética. Es cierto, sin embargo, que el Derecho británico puede condicionar la incorporación de una Directiva a su validez, autorizando un control de legalidad antes, incluso, de la expiración del plazo de incorporación. Lo curioso es que este país ya había manifestado su intención de incorporar esta Directiva, lo que llevó al TJUE a rechazar su carácter hipotético. También alegaba la Comisión que la admisibilidad de esta cuestión sería una forma de eludir el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, relativo al recurso de anulación de las personas físicas y jurídicas contra actos de alcance general, con lo cual hacía alusión indirectamente a la preclusión

basándose en una adaptación incompleta o deficiente, práctica que no parece haber sido objetada hasta ahora ni por el Tribunal, ni por los Estados miembros. En opinión de la Abogado General Kokott, esta práctica se muestra favorable a limitar una posible especialidad del artículo 260 TFUE, apdo. 2, frente al artículo 258 TFUE a los recursos que expresamente tengan por objeto el cumplimiento deficiente de una Sentencia con arreglo al artículo 258 TFUE; mientras que los procedimientos que tengan por objeto otras infracciones que se añadan a un cumplimiento deficiente de las sentencias, podrían basarse en el artículo 258 TFUE hasta el límite que permita la fuerza de cosa juzgada de sentencias anteriores, Conclusiones, punto 70. Ya sabemos, sin embargo, el limitado valor que el TJUE suele otorgar en su jurisprudencia a estas prácticas institucionales.

²¹ Directiva 2009/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 98/70/CE en relación con las especificaciones de la gasolina, el diesel y el gasóleo, se introduce un mecanismo para controlar y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, se modifica la Directiva 1999/32/CE del Consejo en relación con las especificaciones del combustible utilizado por los buques de navegación interior y se deroga la Directiva 93/12/CEE, *DO* L 140. p. 88.

de vías procesales en virtud de la jurisprudencia *TWD Textilwerke Deggendorf*²². Es cierto, sin embargo, que para que se dé esta preclusión, el recurso de anulación del particular hubiese debido ser admisible sin lugar a dudas, al afectarle dichas disposiciones directa e individualmente. Ciertas dudas sobre esta afectación parecen llevar al TJUE a estimar procedente la prejudicial de validez, y ello pese a que la empresa Alston, demandante en el litigio principal, detenta una posición cuasi monopolística en el mercado y a la aparente ausencia de poder de apreciación de los Estados miembros en cuanto a la incorporación de la Directiva; lo cual quizás no excluía totalmente su afectación directa e individual. Pero seguramente el TJUE era consciente de que al menos ciertas dudas se cernían sobre esta cuestión y, por ello, opta por establecer una formulación categórica, según la cual, la demandante en el asunto principal “no estaba indiscutiblemente legitimada” (frente al “sin lugar a dudas” que venía utilizando hasta ahora) para solicitar la anulación de las disposiciones controvertidas sobre la base del artículo 263 TFUE, pudiendo invocar la invalidez de las disposiciones controvertidas en el marco del recurso interpuesto con arreglo al Derecho nacional, aun cuando no las hubiese recurrido en anulación ante los órganos jurisdiccionales de la Unión. Desde el punto de vista de una adecuada tutela judicial efectiva, creemos que se trata de una solución muy correcta, como lo es también no sólo la actitud propensa de los órganos jurisdiccionales nacionales para admitir pretensiones meramente declarativas a fin de eliminar la incertidumbre sobre la legalidad de un acto comunitario, de lo cual es un paradigma digno de imitación por parte de otros ordenamientos procesales nacionales este recurso declarativo planteado ante la High Court of Justice relativo al control de legalidad en relación con “la intención y/o la obligación” del Gobierno de un Estado miembro de adaptar su Derecho interno a una Directiva”; sino, especialmente, la propensión del TJUE —a pesar de la tentación a que pudiera inducirle su cada vez mayor carga de trabajo— a estimar que no se trata de cuestiones hipotéticas o puramente abstractas, sino referidas a derechos futuros sobre los que debe otorgarse una tutela jurisdiccional efectiva. Esta actitud parcialmente más permisiva que se ob-

²² STJCE de 9 de marzo de 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, C-188/92, *Rec.* p. I-833, apdos 13, 17 y 24. Vid., asimismo, STJCE de 15 de febrero de 2001, *Nachi Europe*, C-239/99, *Rec.* p. I-1197, apdo. 37; STJUE de 2 de julio de 2009, *Bavaria y Bavaria Italia*, C-343/07, *Rec.* p. I-5491, apdo. 39.

serva en su jurisprudencia reciente puede ciertamente favorecer esta tutela como ya lo demostró en la Sentencia recaída en el asunto *British American Tobacco* que giraba en torno a la validez de la Directiva que prohíbe el patrocinio de los productos del tabaco y cuya validez había sido impugnada en el marco de un procedimiento ante la misma jurisdicción británica que en este asunto antes de que hubiera vencido el plazo fijado para adaptar el Derecho nacional²³.

En cuanto a la intensidad del control de validez de la Directiva desarrollado por el TJUE, el demandante en el asunto principal impugnaba la apreciación realizada por las instituciones al prescribir la limitación de la presencia del aditivo metálico tricarbonilo metilciclopentadienilo de manganeso (MMT) en los combustibles a partir de 2011 y su progresiva reducción hasta prohibirlo completamente si la evaluación del riesgo lo justificaba. Tratándose, no obstante, de un contexto técnico complejo y cambiante, el TJUE estima que el legislador de la Unión dispone de una amplia facultad de apreciación que implica un control judicial limitado de su ejercicio, aunque éste debe abarcar en todo caso no sólo la naturaleza y el alcance de las disposiciones adoptadas, sino también, en cierta medida, la comprobación de los datos de base. Tras realizar esta comprobación, en particular, de los documentos científicos relativos a los efectos del MMT sobre la salud humana y el medio ambiente, el TJUE considera que el Parlamento y el Consejo no incurrieron en ningún error manifiesto de apreciación.

Finalmente, en relación con la alegación de la violación del principio de cautela, el TJUE procede a controlar su correcta aplicación vinculándolo al examen de la proporcionalidad de la medida, seguramente siguiendo a la Abogado General Juliane Kokott que había identificado correctamente en sus Conclusiones que la Directiva estaba basada en la cláusula general de armonización establecida en el artículo 114 TFUE, y no directamente en el art. 191.2 TFUE, que establece expresamente que la política de medio ambiente debe basarse, entre otros, en el principio de cautela²⁴. Ello no es óbice, sin embargo, para que el TJUE vincule ambas disposiciones otorgando quizás a este principio un ámbito de aplicación general, señalando que los objetivos de protección de la salud, del medio ambiente y de

²³ STJCE de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco*, C-491/01, *Rec.* p. 1-11453.

²⁴ Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott, presentadas el 6 de mayo de 2010, punto 54.

los consumidores se encuentran recogidos tanto en el artículo 114 TFUE, apartado 3, en relación con los cuales el legislador debe basarse en un nivel de protección elevado teniendo en cuenta, especialmente, cualquier novedad basada en hechos científicos; como en el artículo 191 TFUE, apartados 1 y 2, en los que se dispone que la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente se basará, entre otros, en el principio de cautela. Una vez confirmada la aplicación de este principio, el TJUE analiza si de los documentos científicos y de los debates mantenidos durante la tramitación de la Directiva (CE) nº 2009/30, los efectos del MMT sobre la salud y el medio ambiente habían sido objeto de una evaluación científica a cargo de un organismo público o un ente independiente, sobre lo que alcanza una conclusión negativa. Es cierto, sin embargo, que los estudios presentados por los profesionales del sector divergían enormemente en función de si el estudio invocado había sido realizado por la industria automovilística o por los productores de MMT. Estas contradicciones infundieron serias dudas al legislador de la Unión debido a la falta de datos científicos fiables y suficientes sobre la inocuidad del MMT. En estas circunstancias de incertidumbre, el TJUE admite que el legislador de la Unión pueda adoptar medidas de protección en virtud del principio de cautela sin tener que esperar a que se demuestren plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos, lo cual parece demostrar que el mencionado principio de cautela o precaución goza de plena salud en Derecho de la Unión²⁵.

²⁵ Sobre su alcance en Derecho de la Unión pueden verse, entre otros, los trabajos de GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “El principio de precaución en el Derecho de la UE: la aplicación de un principio general basado en la incertidumbre”, *Derecho de los negocios*, 2005, nº 174, pp. 5-23; *Id.*, “El TJCE confirma su jurisprudencia relativa al principio de precaución: la Sentencia *Monsanto Agricultura Italia SpA y otros*”, *Unión Europea Aranzadi*, vol. 31-2004, nº 6, pp. 5-15; *Id.*, “El principio de precaución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Un principio de buen gobierno?”, *Estudios sobre consumo*, 2004, nº 68, pp. 9-26; *Id.*, “El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria: la Sentencia *Virginiamicina* (asunto T-13/99)”, *RDCE*, vol. 6-2002, nº 13, pp. 925-942; y JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, P., “Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea”, *Política y Sociedad*, vol. 40-2003, nº 3, pp. 7-22.

3. MERCADO INTERIOR, LIBRE CIRCULACIÓN Y CIUDADANÍA EUROPEA

SUPEDITAR LA APERTURA DE NUEVAS FARMACIAS A LÍMITES DEMOGRÁFICOS Y GEOGRÁFICOS PUEDE ESTAR JUSTIFICADO SI NO IMPIDE GARANTIZAR UN ABASTECIMIENTO DE MEDICAMENTOS SEGURO Y DE CALIDAD A LA POBLACIÓN

STJUE (Gran Sala) de 1 de junio de 2010,
Blanco Pérez y Chao Gómez, C- 570 y 571/07

Los límites demográficos y geográficos que suelen establecer algunas normativas nacionales sobre creación de nuevas farmacias constituyen una restricción de la libertad de establecimiento, aunque pueden ser compatibles con el Derecho de la Unión si no impiden la creación de un número suficiente de farmacias capaces de garantizar una atención farmacéutica adecuada en las zonas con características demográficas particulares. Así lo establece el TJUE en el marco de una petición de decisión prejudicial que cuestionaba la legalidad del procedimiento asturiano de apertura de nuevas farmacias con respecto a la libertad de establecimiento. En 2002, el Principado de Asturias decidió organizar un concurso para la concesión de autorizaciones de nuevas farmacias sobre la base de un Decreto que limita las que se pueden crear en una zona en función de su población²⁶ y de la distancia entre ellas, que debe ser como mínimo de 250 metros. Asimismo, el Decreto establece los criterios que permiten realizar la selección entre los farmacéuticos que compiten, atribuyendo puntos según la experiencia profesional y docente de los candidatos. Los farmacéuticos José Manuel Blanco Pérez y María del Pilar Chao Gómez deseaban abrir una nueva farmacia en esta región sin que se les aplicase el régimen de planificación territorial establecido en el Decreto asturiano, por lo que interpusieron un recurso contra este concurso. Al albergar dudas sobre su compatibilidad con la libertad de establecimiento consagrada en el Tratado, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias planteó una cuestión prejudicial.

El TJUE considera que los requisitos relacionados con la densidad demo-

²⁶ En principio, sólo se puede crear una farmacia por módulo de 2.800 habitantes, y tan sólo puede crearse una farmacia adicional si se sobrepasa dicha proporción, la cual se creará por la fracción superior a 2.000 habitantes.

gráfica y la distancia mínima entre farmacias establecido por el Decreto asturiano constituyen restricciones de la libertad de establecimiento, aunque pueden estar justificadas siempre que se apliquen de manera no discriminatoria, estén motivadas por razones imperiosas de interés general, sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo. En primer lugar, el TJUE admite que estos requisitos se aplican sin discriminación por razón de nacionalidad. A continuación, considera que la finalidad de estas restricciones es garantizar un abastecimiento de medicamentos seguro y de calidad a la población, objetivo que constituye a su juicio una razón imperiosa de interés general que puede justificar una normativa como la controvertida en los asuntos principales. Por otro lado, afirma que la normativa es adecuada para garantizar este objetivo, dado que no puede excluirse que, a falta de toda regulación, los farmacéuticos se concentren en las localidades consideradas atractivas, de manera que otras menos atractivas no dispondrían de un número suficiente de farmacéuticos para garantizar una atención farmacéutica segura y de calidad. No obstante, el TJUE señala que la aplicación uniforme de las normas de base de 2.800 habitantes y 250 metros entre las farmacias podría no garantizar un acceso adecuado a la atención farmacéutica en zonas que presenten ciertas particularidades demográficas. En primer lugar, si el requisito del número mínimo de 2.800 habitantes se aplicase de manera estricta en determinadas zonas rurales cuya población está normalmente dispersa y es menos numerosa, algunos habitantes se encontrarían fuera del alcance local razonable de una farmacia y se verían así privados de un acceso adecuado a la atención farmacéutica. En segundo lugar, en determinadas zonas de gran concentración demográfica, la aplicación estricta del requisito de la distancia mínima de 250 metros podría dar lugar a una situación en la que el perímetro previsto para una única farmacia incluyera a más de 2.800 habitantes. Sin embargo, la legislación española establece ciertas medidas de ajuste que permiten atenuar las consecuencias de la aplicación estricta de la norma de base de 2.800 habitantes, permitiendo a las comunidades autónomas que establezcan módulos de población inferiores para las zonas en las que, en función de sus características, no sea posible, aplicando los criterios generales, hacer que las farmacias situadas en tales zonas particulares sean más accesibles para el segmento de la población que la rodea. Además, según esta norma, las comunidades pueden autorizar, en función de la concentración de la población, una distancia entre las farmacias inferior a 250 metros y aumentar, de este modo, el número de farmacias disponibles en las zonas de gran concentración de población. En estas circunstancias, el Tribunal considera que corres-

ponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si las autoridades competentes ejercitan la facultad que atribuye la legislación nacional en toda zona geográfica que posea características demográficas particulares.

Por último, el TJUE considera que la normativa de Asturias no va más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad, a pesar de los interesantes argumentos planteados por la Plataforma para la Libre Apertura de Farmacias y por la Comisión Europea, para quienes bastaría con establecer normas que fijasen un número mínimo de farmacias en zonas geográficas determinadas. De este modo, no se autorizaría ninguna nueva implantación de farmacias —como en el sistema actual— en zonas que ya cuenten con un número suficiente de farmacias hasta que cada zona geográfica determinada dispusiera del número mínimo requerido de farmacias. Sin embargo, la apertura de nuevas farmacias sería libre a partir del momento en que cada una de estas zonas dispusiese del número mínimo de farmacias. Para responder a este argumento hay una importante referencia del TJUE al margen de apreciación de los Estados miembros en virtud del cual pueden considerar que el sistema de mínimos no permite lograr —con la misma eficacia que el sistema controvertido— el objetivo de garantizar el abastecimiento seguro y de calidad de medicamentos en las zonas poco atractivas²⁷. En opinión del TJUE, es posible que en algunas regiones existan una o varias zonas geográficas en las que todavía no se haya alcanzado el número mínimo necesario de farmacias. Por tanto, la posibilidad de instalar nuevas farmacias sólo se presenta en esas zonas que presentan lagunas. Sin embargo, en lo que respecta a otras regiones, puede darse la situación de que todas sus zonas geográficas ya hayan alcanzado el número mínimo necesario de farmacias y por tanto en el sistema alternativo de mínimos todo su territorio esté disponible para el libre establecimiento de los farmacéuticos, incluso las zonas más atractivas. Ahora bien, en opinión del Tribunal esta situación podría perjudicar el objetivo nacional de canalizar a los farmacéuticos hacia las zonas desprovistas de farmacias sin importar la región de que se trate por cuanto no puede excluirse que los farmacéuticos tiendan a sumarse a los farmacéuticos instalados en las regiones saturadas en lugar de contemplar la posibilidad de instalarse en las zonas desprovistas de farmacias en las regiones que no están saturadas.

²⁷ STJUE (Gran Sala) de 1 de junio de 2010, *Blanco Pérez y Chao Gómez*, C-570 y 571/07, apdos. 106 y sig., especialmente, 111.

De todo ello, el TJUE deduce que los requisitos relacionados con la densidad demográfica y la distancia mínima entre farmacias no se oponen a la libertad de establecimiento si no impiden garantizar una atención adecuada en las zonas geográficas con características demográficas particulares, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

UNA INTERVENCIÓN LIMITADA DIRIGIDA A Luchar CONTRA LOS
PRECIOS EXCESIVOS PUEDE REVELARSE PROPORCIONADA

STJUE (Gran Sala) de 8 de junio de 2010,
Vodafone y otros, C-58/08

La protección del consumidor se impone sobre la libre competencia o, al menos, así parece deducirse del fallo recaído en este asunto en el que el TJUE afirma que teniendo presente la importancia que reviste el objetivo de protección de los consumidores, una intervención de duración limitada en un mercado sujeto a la competencia —como es en el caso de autos el de las llamadas en itinerancia o *roaming*— que permita asegurar de forma inmediata la protección de aquellos frente a los precios excesivos se revela proporcionada en relación con el objetivo pretendido, aun si puede conllevar consecuencias económicas negativas para algunos operadores. El TJUE legitima así la facultad de la Unión para imponer límites a los precios facturados por los operadores de telefonía móvil en interés del Mercado Interior. Estas afirmaciones se producen en el marco del examen de la validez del Reglamento sobre itinerancia, norma que establece los precios máximos que pueden facturar los operadores de móviles por las llamadas de voz recibidas y realizadas por un usuario fuera de su red e impone un límite máximo de los precios al por mayor de itinerancia, es decir, el precio pagado por la red del usuario a la red extranjera utilizada por ese usuario²⁸.

²⁸ Reglamento (CE) n° 717/2007 (CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2007, relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad y por el que se modifica la Directiva 2002/21/CE, DO L 171, p. 32. En su versión original, estaba previsto que el Reglamento expiraría el 30 de junio de 2010. En junio de 2009, el Reglamento fue modificado por un nuevo Reglamento, que extendió los límites tarifarios máximos a los SMS y a las comunicaciones de datos y prolongó la validez del Reglamento hasta el 30 de junio de 2012, vid. 2 Reglamento (CE) n° 544/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 717/2007 relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad y la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DO L 167, p. 12.

Como era de esperar, los principales operadores europeos de telefonía móvil impugnaron su validez ante la High Court of Justice of England and Wales, planteando este órgano al TJUE si la Unión estaba facultada para adoptarlo basándose en el artículo 114 TFUE; y si el legislador de la Unión vulneró los principios de subsidiariedad y/o de proporcionalidad al fijar precios máximos al por menor.

A la cuestión sobre la base jurídica del Reglamento el TJUE responde de forma afirmativa, observando que esta norma tiene efectivamente por objeto mejorar las condiciones de funcionamiento del Mercado Interior por lo que podía adoptarse con fundamento en el artículo 114 TFUE, conclusión categórica frente a la aparente ausencia de lógica de las alegaciones de los demandantes, que pretendían hacer valer que esta materia ya había sido objeto de una armonización exhaustiva por la Directiva (CE) n° 2002/21 en el sector de la telefonía móvil, lo que en su opinión impedía que el Reglamento controvertido pretendiera una nueva armonización de esta materia porque supondría un uso no permisible del artículo 114 TFUE. Sin embargo, olvidaban que el TJUE ya ha afirmado de forma reiterada que el hecho de que se haya adoptado previamente en un determinado ámbito una armonización exhaustiva basada en esta disposición “no implica en modo alguno que el legislador comunitario no pueda modificar o adaptar tales normas y, en caso necesario, establecer otras nuevas, con el fin de alcanzar los objetivos” de las medidas de armonización iniciales²⁹. La conclusión inversa conduciría al absurdo de que una vez adoptada una norma de armonización exhaustiva ya no puede modificarse. Tampoco las consideraciones de protección de los consumidores impiden el recurso a esta base jurídica³⁰ porque la misma no eclipsa esta dimensión, sino más bien al contrario, el art. 114 TFUE impone a la Comisión tomar como base un nivel elevado de protección de los consumidores. Ello quiere decir que al elaborar sus propuestas, la Comisión debe necesariamente tener en cuenta la dimensión de la protección de los consumidores porque como señaló el Abogado General Poaires Maduro en sus Conclusiones en este asunto, la armonización debe poder perseguir los diversos objetivos políticos usualmente pretendidos por las medidas nacionales que debe reemplazar la legislación comunitaria, lo que en su opinión quería decir que el artículo 114 TFUE

²⁹ Vid., por ejemplo, STJCE de 8 de noviembre de 2007, *Gintec*, C-374/05, *Rec.* p. I-9517, apdo. 29.

³⁰ STJUE (Gran Sala) de 8 de junio de 2010, *Vodafone y otros*, C-58/08, apdo. 36.

permitía al legislador de la Unión perseguir y ponderar diversos fines de regulación una vez que su competencia nacía de la necesidad de armonizar una materia determinada³¹.

En relación con la proporcionalidad del Reglamento y la fijación no sólo de límites máximos de los precios al por mayor, sino también de los practicados al por menor, el TJUE aprecia que los límites máximos de los precios al por menor pueden considerarse aptos y necesarios para proteger a los consumidores frente a niveles de precios elevados, conclusión a la que llega tras comprobar que antes de proponer su adopción, la Comisión había realizado un estudio exhaustivo de las alternativas y evaluado el impacto económico de los diferentes tipos de regulación. Y este análisis le llevó a la conclusión de que a través de la exclusiva regulación de los mercados al por mayor no se lograría el resultado deseado por cuanto los operadores no habrían estado sometidos a ninguna presión competitiva, pues para la mayoría de los consumidores la itinerancia no desempeña un papel decisivo en su elección de operador. El TJUE señala, además, que las medidas adoptadas tienen un carácter excepcional que se justifica por las características singulares de los mercados de itinerancia.

Finalmente, en relación con el examen de esta norma con el principio de subsidiariedad, el TJUE concluye, guiado por las indicaciones del ejecutivo comunitario en el preámbulo de la norma, que dada la interdependencia entre los precios al por menor y al por mayor, el legislador europeo podía estimar legítimamente que era necesario un enfoque común a nivel de la Unión para garantizar el funcionamiento ordenado del Mercado Interior, permitiendo así a los operadores actuar en un marco regulador único y coherente.

SOBRE LA PECULIAR EXCEPCIÓN DE LOS JUEGOS DE AZAR

STJUE de 8 de julio de 2010,

Sjöberg, C-447 y 448/08

STJUE de 3 de junio de 2010,

Sporting Exchange, C-203 y 258/08

Cada vez son más frecuentes normativas estatales que someten las apuestas deportivas a un régimen de exclusividad con el fin de proteger a los consumidores frente a la ludopatía, aunque a veces sirva también como

³¹ Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, presentadas el 1 de octubre de 2009, punto 8.

subterfugio para reconducir los pingües beneficios que esta actividad reporta. En qué medida estas normativas permiten alcanzar este objetivo de protección frente a la ludopatía a la luz de la libre prestación de servicios viene dando lugar en los últimos tiempos a un contencioso rico en matices que parece delinear los contornos de una excepción particular en un sector no armonizado como es el del juego, en el que cada Estado miembro mantiene una regulación diferente, cuyo único elemento común es la existencia de medidas destinadas a controlar el desarrollo de la actividad. El impacto de las nuevas tecnologías hace todavía más complejo este problema porque gracias a los nuevos medios de comunicación, los juegos en línea no conocen fronteras. Ante este desafío, el gran reto al que se enfrenta el juez de la Unión es encontrar un terreno común que permita un cierto respeto de las libertades consagradas por el Tratado.

Después de los primeros fallos en este sector del juego, el TJUE estima que los Estados miembros gozan de una amplia facultad de apreciación para determinar, según su propia escala de valores, las exigencias que comporta la protección del consumidor y el orden social, teniendo en cuenta las particularidades de orden moral, religioso o cultural, así como las consecuencias perjudiciales para el individuo y la sociedad que, desde un punto de vista moral y económico llevan consigo los juegos y las apuestas³². Habida cuenta de esta amplia facultad de apreciación de que disponen los Estados miembros, no se requiere, desde el punto de vista del criterio de la proporcionalidad, que la medida restrictiva adoptada por un Estado miembro se corresponda con una concepción compartida por todos los demás en lo tocante a las modalidades de protección del interés legítimo de que se trate³³. El respeto de esta amplia facultad estatal no significa, sin embargo, que ciertas legislaciones no sean juzgadas incompatibles con el Tratado por cuanto libertad de apreciación no implica una competencia discrecional. Para su adecuación con los Tratados, el TJUE exige que el sistema nacional se funde sobre criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano de modo que establezcan los límites del ejercicio de

³² Vid. STJCE de 6 de marzo de 2007, *Placanica y otros*, C-338, 359 y 360/04, *Rec.* p. I-1891 apdo. 47; y jurisprudencia citada; STJCE de 8 de septiembre de 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International*, C-42/07, *Rec.* p. I-7633, apdo. 57 y jurisprudencia citada.

³³ STJCE de 28 de abril de 2009, *Comisión/Italia*, C-518/06, *Rec.* p. I-3491, apdos. 83-84.

la facultad de apreciación de las autoridades para evitar que pueda utilizarse de manera arbitraria.

Teniendo en cuenta esta doctrina, en el asunto C-203/08 *Sporting Exchange* sobre los juegos de azar ofrecidos por Internet el TJUE rechaza aplicar el principio de reconocimiento mutuo a la licencia obtenida por un operador en otro Estado miembro pese a haber demostrado en el Estado de establecimiento el cumplimiento de unos requisitos legales y haber superado los controles ejercidos por las autoridades competentes de este último Estado. Y ello se debe a que la licencia obtenida en el Estado miembro de establecimiento no es una garantía suficiente para proteger al consumidor contra los riesgos de fraude y criminalidad, habida cuenta de las dificultades a las que, en este contexto, pueden verse confrontadas las autoridades para evaluar la honradez y cualidades profesionales de los operadores. Como ya ocurrió en el asunto *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, influye expresamente en esta valoración que se trate de juegos de azar accesibles por Internet dada la falta de contacto directo entre el consumidor y el operador, por lo que a juicio del TJUE es más fácil que se cometan eventuales fraudes contra los consumidores, aportando en consecuencia riesgos diferentes y de mayor envergadura en comparación con los mercados tradicionales de este sector. En el caso de autos se trataba de una sociedad que ofrecía sus servicios únicamente a través de Internet y por teléfono a partir del Reino Unido, poniendo a disposición de los destinatarios de servicios una plataforma para las apuestas sobre los acontecimientos deportivos y las carreras de caballos al amparo de licencias británicas y maltesas, sin disponer de ningún establecimiento en los Países Bajos. Esta sociedad alegaba que las autoridades neerlandesas estaban obligadas, por una parte, a reconocer la licencia de la que era titular en el Reino Unido y, por otra, a respetar el principio de transparencia en la concesión de licencias. En relación con las restricciones a la libre prestación de servicios derivadas específicamente del procedimiento de concesión y renovación de la licencia a favor de un único operador, el TJUE estima que pueden considerarse justificadas si el Estado miembro de que se trate decide otorgar o renovar la licencia a un operador público cuya gestión esté sometida a la vigilancia directa del Estado o a un operador privado sobre cuyas actividades los poderes públicos puedan ejercer un estrecho control. En tales situaciones, la concesión o la renovación en favor de tal operador, sin haber seguido ningún procedimiento de licitación, de derechos exclusivos para la explotación de juegos de azar no resulta desproporcionada a la luz de los objetivos perseguidos por la normativa neerlandesa.

De la misma forma, en el asunto *Procedimientos penales contra Otto Sjöberg y Anders Gerdin*, el TJUE estima que la normativa sueca que prohíbe la promoción de juegos de azar organizados en Internet por operadores privados en otros Estados miembros con fines lucrativos es conforme con el Derecho de la Unión, aunque se opone a una normativa nacional que sanciona de manera diferente la promoción de juegos de azar organizados sin autorización en Suecia y fuera de este Estado miembro. En el asunto principal, los Sres. Sjöberg y Gerdin eran redactores jefe y responsables de edición de los periódicos Expressen y Aftonbladet, respectivamente. Entre 2003 y 2004, publicaron en la sección deportiva de sus rotativos, que estaban dirigidos al público sueco, anuncios de loterías ofrecidas en Internet por las empresas Expekt, Unibet, Ladbrokes y Centrebet, establecidas en Malta y el Reino Unido. Tales hechos fueron calificados como infracciones de la Ley sueca sobre loterías y cada uno fue condenado en primera instancia al pago de una multa penal. El Svea hovrätt (Tribunal de apelación de Estocolmo) plantea la conformidad con el Derecho de la Unión de las normas que fundamentan estas condenas y, más concretamente, de las disposiciones que fijan las penas aplicables a la promoción en Suecia de juegos organizados fuera de dicho Estado miembro. En su Sentencia, el TJUE señala que la normativa sueca, que tiene por efecto prohibir la promoción en Suecia tanto de juegos de azar organizados lícitamente en otros Estados miembros cuanto de juegos organizados sin autorización en Suecia. No obstante, observa que establece sanciones penales únicamente para la promoción de juegos de azar organizados en otro Estado miembro y no para la promoción de tales juegos organizados sin autorización en Suecia, castigándose esta última infracción sólo con una sanción administrativa. Existe, no obstante, una divergencia de interpretación de esta norma entre los demandados y el Gobierno sueco, por lo que el TJUE concluye que si las dos infracciones son objeto de un trato equivalente, el régimen nacional no puede considerarse discriminatorio. En cambio, si las personas que llevan a cabo la promoción de juegos de azar organizados en Suecia sin autorización incurrir en sanciones menos severas que las que se imponen a quienes realizan la publicidad de tales juegos organizados en otros Estados miembros, este régimen implicaría una discriminación contraria al Derecho de la Unión. Con estos fallos, el TJUE contribuye a la formación de un Derecho unionista en un sector particularmente sensible para los Estados miembros como ponen de relieve el elevado número de sus intervenciones en estos asuntos.

4. COMPETENCIA

EN EL CONTEXTO DE LA ACEPTACIÓN DE COMPROMISOS DE LAS EMPRESAS, EL RESPETO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EXIGE QUE LA COMISIÓN SE LIMITE A VERIFICAR QUE RESPONDEN A LOS PROBLEMAS DETECTADOS

STJUE (Gran Sala) de 29 de junio de 2010,
Comisión / Alrosa, C-441/07 P

Las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad cuando la Comisión acepta y declara vinculantes los compromisos de una empresa que afectan a los intereses de otra era el principal envite interpretativo que tenía planteado el TJUE en este recurso de casación. Se trataba de una cuestión de cierta relevancia porque de su respuesta dependía esencialmente el alcance de la nueva facultad para adoptar decisiones vinculantes sobre compromisos que el artículo 9 del Reglamento (CE) n° 1/2003 concede a la Comisión³⁴.

El asunto encontraba su origen en el contrato de aprovisionamiento exclusivo por un período de cinco años que fue firmado entre la sociedad luxemburguesa De Beers y la rusa Alrosa, que operan en el mercado mundial de producción y suministro de diamantes en bruto, sector en el que ambas ocupan el primer y segundo puesto en cifras de facturación. Mediante este contrato, Alrosa se comprometía a suministrar una determinada cantidad de diamantes al año a la primera sociedad. Notificaron el contrato a la Comisión y esta institución decidió abrir dos procedimientos basados en los artículos 101 y 102 TFUE por considerar que se trataba de un acuerdo contrario a la competencia y por el abuso de posición dominante que presuntamente había ejercido la sociedad luxemburguesa De Beers. La entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 1/2003 permitió a las partes beneficiarse del nuevo procedimiento de compromisos previsto en su artícu-

³⁴ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, *DO* L 1, p. 1. Su art. 9, apartado 1, establece: “Cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, ésta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas (...)”.

lo 9, por lo que ambas propusieron a la Comisión unos compromisos conjuntos, que preveían la reducción progresiva de sus transacciones mutuas. No obstante, el ejecutivo no lo aceptó, lo que llevó a la sociedad luxemburguesa De Beers a presentar unilateralmente un nuevo compromiso que preveía el cese definitivo de toda compra de diamantes en bruto a Alrosa a partir de 2009, adoptando la Comisión una Decisión que lo convertía en obligatorio. No estando de acuerdo con esta ruptura de las transacciones, la sociedad rusa planteó un recurso de anulación que fue acogido por el Tribunal de Primera Instancia, órgano que consideró que la prohibición absoluta de toda relación comercial entre las dos sociedades era manifiestamente desproporcionada³⁵. Consideró, además, que la Comisión no había respetado el derecho de Alrosa a ser oída con respecto a los compromisos individuales propuestos por De Beers. La Comisión consideró entonces que los jueces de instancia habían ido demasiado lejos en la apreciación del principio de proporcionalidad y en la interpretación del derecho a ser oído, planteando un recurso de casación cuya resolución era esperada con expectación después de que la Abogado General Kokott acogiera plenamente en sus motivadas Conclusiones los dos argumentos planteados por el ejecutivo³⁶. Y siguiendo muy de cerca sus mismos planteamientos, el TJUE casa la Sentencia dictada en primera instancia.

Comienza el TJUE recordando en su fallo que el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho de la Unión y que como tal se aplica a los procedimientos de compromisos del Derecho de la Competencia. No obstante, la dificultad era precisar el alcance y los límites de las obligaciones que debían deducirse de este principio y el alcance del control jurisdiccional que debía ser ejercido. Sobre estos aspectos el razonamiento del TJUE difiere del realizado en primera instancia en cuanto al punto de partida. Los jueces de instancia habían asimilado las implicaciones del principio de proporcionalidad cuando la Comisión en el marco del art. 7 del Reglamento (CE) n° 1/2003 ordena a las empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada y en el contexto de la aceptación de compromisos del art. 9 de este Reglamento. Sin embargo, el TJUE considera errónea esta asimilación por cuanto ambas disposiciones persiguen objetivos diferentes: la primera consiste en poner fin a la infracción y la

³⁵ STPICE de 11 de julio de 2007, *Alrosa/Comisión*, T-170/06, *Rec.* p. II-2601.

³⁶ Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott, presentadas el 17 de septiembre de 2009.

segunda en responder a las inquietudes que el análisis preliminar suscitó en la Comisión. Ello quiere decir que en el marco de esta última disposición, la Comisión queda dispensada de la obligación de calificar la infracción y de constatar su existencia, reduciéndose su papel a examinar y eventualmente aceptar los compromisos propuestos por las empresas afectadas, tomando en consideración los problemas detectados en su análisis preliminar y los objetivos que persigue. Por consiguiente, la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Comisión en el contexto del artículo 9 del Reglamento nº 1/2003 se reduce a una verificación de que los compromisos propuestos responden a sus inquietudes, debiendo también tomar en consideración los intereses de terceros. Por lo que respecta al control jurisdiccional, estima que se dirige únicamente a averiguar si la apreciación efectuada por la Comisión es manifiestamente errónea sin que esta institución esté obligada a buscar por sí misma soluciones menos rigurosas o más moderadas que los compromisos que se le han propuesto. En cambio, con objeto de aplicar el principio de proporcionalidad, los jueces de instancia examinaron otras soluciones menos gravosas, entre ellas, unas eventuales adaptaciones de los compromisos conjuntos³⁷, solución que es censurada por el TJUE considerando que al actuar así procedieron a una valoración personal de unas circunstancias económicas complejas, reemplazando la apreciación de la Comisión por la suya propia y menoscabando el margen de apreciación de la Comisión, en vez de controlar la legalidad de la apreciación efectuada por esta institución. Nos preguntamos si esta forma de proceder del Tribunal de instancia no estaba en parte motivada para hacer frente de las críticas que a menudo se vierten sobre su jurisprudencia en relación con el pleno respeto de las garantías previstas en el CEDH en el examen de los asuntos de competencia. Como se sabe, una de las garantías que se deducen del art. 6 de este Convenio es la existencia de un tribunal independiente e imparcial dotado de plena jurisdicción que ofrezca todas las garantías de un proceso equitativo. Ciertamente, en relación con la legalidad de la multa impuesta por el ejecutivo la jurisdicción de la Unión posee plena jurisdicción según el artículo 31 del Reglamento (CE) nº 1/2003, pudiendo sustituir eventualmente su propia valoración a la del ejecutivo comunitario, pero no la posee sobre otros aspectos o, al menos, no la suele ejercer, dejándose llevar demasiado a menudo por el poder de apreciación del que disfruta el ejecutivo comunitario bajo una aparente indul-

³⁷ *Ibid.*, puntos 128-129 y 137 a 153.

gencia y limitándose sancionar el error manifiesto de apreciación o a controlar la coherencia y la objetividad de la justificación de la Decisión, lo cual ha sido considerado por algunos autores contrario al art. 6 CEDH³⁸. Si se trata de críticas motivadas o no lo sabremos una vez vigente la adhesión de la Unión al CEDH, salvo que previamente la cuestión alcance Estrasburgo por la intermediación de los Estados miembros.

En cuanto al respeto del derecho de la sociedad Alrosa a ser oída en el marco del procedimiento de abuso de posición dominante seguido contra De Beers, el Tribunal de instancia había partido de la premisa de que tanto la Comisión como las dos empresas habían considerado siempre interconectados los procedimientos tramitados por la Comisión en base a los artículos 101 y 102 TFUE, constituyendo de hecho un único procedimiento. De ello dedujo que debería habersele reconocido a Alrosa los derechos de una “empresa afectada” en el sentido del Reglamento nº 1/2003³⁹, pese a no ostentar *stricto sensu* esta condición en este procedimiento. Por consiguiente, juzgó que tenía derecho a ser oída y no a ser considerada simplemente como un tercero interesado. Dando nuevamente la razón a la Abo-

³⁸ Vid. Las críticas de ANDREANGELI, A. / BROUWER, O. / DE FEYDEAU, D. / FORRESTER, I. / GERADIN, D. / KOMNINOS, A. / HOFSTETTER, K. / KATSOUALACOS, Y. / LEMAIRE, C. / O'REGAN, M. / ORTIZ BLANCO, L. / SLATER, D. / THOMAS, S. / ULPH, D. / WAELBROECK, D. / ZINSMEISTER, A., “Enforcement by the Commission - The decisional and enforcement structure in antitrust cases and the Commission’s fining system”, Fifth Annual Conference of the Global Competition Law Centre, 11-12 June 2009, www.coleurope.eu; FORRESTER, I., “Due process in EC Competition Cases: A distinguished Institution with Flawed Procedures”, *ELRev.*, vol. 34-2009, pp. 817 y ss.; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, “The fining policy of the European Commission in competition cases”, ICC doc. nº 225/659 de 2 de Julio de 2009; SLATER, D. / THOMAS, S. / WAELBROECK, D., “Competition law proceedings before the European Commission: no need for reform?”, *European Competition Journal*, 2009, pp. 97 y ss.; WAELBROECK, D. / FOSSELARD, D., “Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Cases be left to an Independent Judge? - The Impact of the European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedures”, *Yearbook of European Law*, vol. 15-1995, pp. 111 y ss. (120). Contra, puede verse, CASTILLO DE LA TORRE, F., “Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases”, *World Competition - Law and Economics Review*, vol. 32-2009, pp. 505 y ss.; WILS, W., “The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition - Law and Economics Review*, vol. 27-2004, nº 2, pp. 208 y ss.; *Id.*, “The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR”, *World Competition - Law and Economics Review*, vol. 33-2010, nº 1, pp. 5-29.

³⁹ Art. 27, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 1/2003.

gado General Koott, el TJUE considera que únicamente deberían reconocerse a Alrosa los derechos que se otorgan a una “empresa afectada” en el procedimiento abierto en virtud del artículo 102 TFUE si se acreditase que la Comisión incoó, sin causa objetiva, dos procedimientos distintos por unos mismos hechos, lo cual no había sido constatado. Por el contrario, la apertura de dos procedimientos administrativos distintos por parte de la Comisión estaba en opinión del TJUE objetivamente justificada sobre bases jurídicas sustantivas distintas. En el marco del análisis del abuso de posición dominante sólo De Beers podía ser destinataria, como empresa presuntamente dominante en el mercado, del pliego de cargos y de la Decisión de la Comisión con que concluyó dicho procedimiento. Si bien la empresa que se estime perjudicada tiene la posibilidad de proteger sus derechos interponiendo un recurso contra dicha decisión, ello no significa que una empresa en tal situación adquiera la calidad de “parte”, sino que disponía sólo de los derechos más restringidos de un tercero interesado. Sobre este aspecto, el razonamiento del TJUE parece discutible porque la Comisión procedió a dar por zanjado este procedimiento de abuso de posición dominante sólo y únicamente cuando aceptó los compromisos presentados por De Beers, pero ello también implicaba el fin del procedimiento emprendido en el marco del art. 101 TFUE que afectaba también a Alrosa, por tanto, no alcanza la convicción que ambos procedimientos no estuvieran realmente interconectados. La duda es, sin embargo, si esta sola razón es suficiente para entender conculcado el derecho de esta última sociedad a ser oída en cuanto empresa afectada o aquel derecho estaba suficientemente protegido bajo su estatuto de tercero interesado. Al fin y al cabo, su apreciación durante todo el íter procedimental y no sólo al final tampoco habría podido cambiar las cosas por cuanto la aceptación de los compromisos individuales de De Beers por parte de la Comisión no dependía de la postura que ella o cualquier otra empresa adoptasen al respecto.

Por consiguiente, el TJUE anula la sentencia y acto seguido considera que puede resolver definitivamente el litigio. A este respecto, considera que el argumento de Alrosa de que no se ha respetado su derecho a ser oída no puede acogerse debido a su condición de tercero interesado. Además, concluye que la Comisión no incurrió en un error de Derecho ni en un error manifiesto de apreciación ni violó, tampoco, el principio de proporcionalidad al adoptar su decisión. Alrosa no demostró que los compromisos individuales propuestos por De Beers —que la Comisión convirtió en obligatorios— sobrepasaran manifiestamente lo que era necesario para responder a

las inquietudes expresadas por dicha institución en su análisis preliminar. Por lo tanto, desestima el recurso y confirma la Decisión de la Comisión.

5. APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES

* PROPIEDAD INTELECTUAL

FUNCIÓN ESECÍFICA DEL DERECHO DE PATENTE SOBRE SECUENCIAS GENÉTICAS: LA EXCLUSIVIDAD SÓLO PUEDE INVOCARSE RESPECTO A UNA INVENCIÓN QUE EJERCE EFECTIVAMENTE LA FUNCIÓN PARA LA QUE SE PATENTÓ

STJUE (Gran Sala) de 6 de julio de 2010,
Monsanto Technology, C-428/08

La empresa Monsanto no puede prohibir la comercialización de harina de soja argentina que contiene, en estado residual, una secuencia de ADN patentada por dicha sociedad. Así se deduce de este interesante fallo que da la oportunidad al TJUE de pronunciarse por primera vez sobre la patentabilidad de las secuencias de ADN, afirmando que este Derecho de propiedad intelectual no confiere a su titular una protección absoluta que le permita impedir que aquella se utilice en un producto de transformación. En el asunto principal, la empresa Monsanto es titular desde 1996 de una patente europea sobre una secuencia de ADN de enzimas que introducida una planta de soja (conocida como soja RR) la hace resistente a un herbicida bastante habitual en la agricultura, lo cual permite a los agricultores eliminar las malas hierbas sin dañar los cultivos de soja. La importancia económica del asunto era notable puesto que el debate se centraba en la cuestión de saber si esta secuencia de ADN podía estar protegida por la Directiva 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas⁴⁰. A través de esta alegación esta empresa pretendía defenderse de las importaciones de soja modificada genéticamente procedente de Argentina, país en el que este producto se cultiva en grandes cantidades y

⁴⁰ Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, *DO* L 213, p. 13. En particular, por su art. 9 que establece: “La protección conferida por una patente a un producto que contenga información genética o que consista en información genética se extenderá (...) a toda materia a la que se incorpore el producto y en la que se contenga y ejerza su función la información genética.”

donde la invención de Monsanto no está protegida. Los análisis realizados por esta empresa habían revelado la presencia de trazas del ADN característico de la soja RR en la harina importada lo cual acreditaba que se había producido con este tipo de soja. En el marco de este litigio, un Tribunal de La Haya plantea al TJUE si la mera presencia de la secuencia de ADN protegida por una patente europea es suficiente para apreciar una violación de la patente de Monsanto.

Y el Tribunal responde recurriendo a una doctrina clásica en su jurisprudencia sobre derechos de propiedad intelectual, la de la función específica de estos derechos, señalando que la Directiva sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas supedita la protección conferida por la patente al requisito de que la información genética que contiene el producto o en la que consiste dicho producto ejerza efectivamente su función en esa misma materia⁴¹. A este respecto, el TJUE señala que la función de la invención de Monsanto se ejerce cuando la información genética protege a la planta de soja que la contiene contra la acción del herbicida. Ahora bien, esta función ya no puede ejercerse cuando la misma se encuentra en estado residual en la harina de soja, que es una materia inerte obtenida tras varias operaciones de transformación de la soja. Por consiguiente, tal protección no puede concederse porque exista la posibilidad de que la información genética contenida en la harina de soja vuelva a ejercer su función en otra planta. El Tribunal sigue así las Conclusiones del Abogado General Mengozzi quien en sus motivadas Conclusiones invitaba al TJUE a situar la Directiva en su contexto global. En su opinión, de su preámbulo y de su artículo 9 debía deducirse que la patentabilidad de una secuencia de ADN debía subordinarse a la indicación de la función que aseguraba la invención, sin que la protección debiera poder llegar a ser absoluta⁴².

En caso de no poder prevalecerse de una interpretación favorable a su causa, la empresa Monsanto pretendía beneficiarse de la Ley holandesa anterior a la Directiva que concedía una protección absoluta del producto

⁴¹ Normalmente, el TJUE ha utilizado la noción de objeto específico de los derechos de propiedad intelectual, aunque en materia de indicaciones geográficas se refiere al concepto de función específica, vid. STJCE de 20 de febrero de 1975, *Comisión/Alemania* (“Sekt”), 12/74, *Rec.* p. 181, apdo. 7; STJCE de 9 de junio de 1992, *Delhaize*, C-47/90, *Rec.* p. 3669, apdo. 16; STJCE de 10 de noviembre de 1992, *Exportur*, C-3/91, *Rec.* p. I-5529, apdo. 24; STJCE de 16 de mayo de 2000, *Bélgica/España*, C-388/95, *Rec.* p. I-3123, apdo. 23.

⁴² Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi, presentadas el 9 de marzo de 2010, punto 20.

patentado en el momento de otorgarse la patente, lo cual lleva al juez *a quo* a plantear si la armonización realizada por el artículo 9 de la Directiva era exhaustiva, cuestión que es respondida por el TJUE en sentido afirmativo tras realizar un análisis sistemático y teleológico de esta norma, impidiendo por tanto que esta pretensión prospere. Finalmente, el Tribunal holandés preguntaba si los artículos 27 y 30 del Acuerdo ADPIC, que se refieren respectivamente, a la patentabilidad y a las excepciones a los derechos conferidos por la patente, podían influir en la interpretación del artículo 9 de la Directiva, a lo que el TJUE responde que incluso realizando una interpretación conforme de la Directiva con este Tratado internacional, la solución sería la misma aportada a las cuestiones prejudiciales por cuanto ninguna disposición del Acuerdo ADPIC exige reconocer a las secuencias genéticas una protección “absoluta”, es decir, que abarque todos los posibles usos.

NUEVA VICTORIA JUDICIAL PARA LA DENOMINACIÓN DE ORIGEN CHECA BUDWEISER: LA EMPRESA NORTEAMERICANA ANHEUSER-BUSCH NO PUEDE REGISTRAR ESTE TÉRMINO COMO MARCA COMUNITARIA

STJUE de 29 de julio de 2010,
Anheuser-Busch/OAMI, C-214/09 P

Una nueva victoria judicial para la fábrica de cerveza checa Budìjovický Budvar en su eterna lucha para impedir que la fábrica de cerveza americana Anheuser-Busch utilice la denominación Budweiser. En esta ocasión, se trataba de la oposición al registro como marca comunitaria de este signo denominativo para la cerveza y bebidas malteadas alcohólicas y no alcohólicas que la firma americana pretendía ante la OAMI (Oficina de Armonización del Mercado Interior). Para impedirlo, la fábrica checa invocó no sólo varias denominaciones de origen que incluían el término “Budweiser” sobre la base del artículo 8, apartado 4, del Reglamento nº 40/94⁴³, sino especialmente su marca denominativa internacional anterior, protegida en Alemania y en Austria, presentando pruebas que demostraban su condición de titular de la marca anterior. El problema era, sin embargo,

⁴³ Reglamento (CE) nº 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, *DO* 1994, L 11, p. 1; aplicable al litigio principal y que fue posteriormente derogado y sustituido por el Reglamento (CE) nº 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria, *DO* L 78, p. 1.

que la protección otorgada a esta marca expiró durante el período señalado por la OAMI para presentar las pruebas en apoyo de su oposición. No obstante, a pesar de que la OAMI no le instó a presentar la prueba de su renovación durante ese período, la sociedad lo hizo a iniciativa propia aunque en una fase posterior del procedimiento de oposición. A pesar de ello, la Oficina desestimó la solicitud de marca comunitaria de Anheuser-Busch por considerarla idéntica a la marca anterior de Budějovický Budvar para designar los mismos productos. Contra esta resolución, la firma americana Anheuser-Busch interpuso un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, órgano que confirmó la resolución de la OAMI por estimar que el derecho de uso comercial del término “Budweiser” para la cerveza ya había sido atribuido en Alemania y en Austria a Budějovický Budvar. Asimismo, declaró que la fábrica de cerveza checa no estaba obligada a aportar de oficio la prueba de la renovación de su marca anterior durante el período probatorio⁴⁴. Anheuser-Busch recurrió en casación ante el TJUE alegando, en particular, que, dado que la protección otorgada a la marca anterior había expirado antes de finalizar el período probatorio, la empresa checa debería haber presentado la prueba de su renovación dentro de ese plazo. Siguiendo lo afirmado en el fallo en primera instancia, el TJUE declara que Budějovický Budvar no tenía obligación de aportar de oficio la prueba de la renovación, estando sólo obligada a esta presentación si la OAMI se la hubiera pedido expresamente. El TJUE da por tanto la razón a la empresa checa a pesar de que las nuevas reglas relativas a la presentación de pruebas ante la OAMI, en vigor desde 2005, establecen ahora para el oponente una obligación explícita de aportar la prueba de la renovación de su marca anterior. No obstante, estas reglas no pueden aplicarse a juicio del TJUE con carácter retroactivo. Habida cuenta de que ninguno de los motivos invocados es fundado, el Tribunal desestima el recurso de casación de Anheuser-Busch en su totalidad.

⁴⁴ STPICE de 25 de marzo de 2009, *Anheuser-Busch/OAMI – Budějovický Budvar* (“Budweiser”), T-191/07.

* *PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES*

EN TODO EL ÁMBITO REGULADO POR LA DIRECTIVA SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS, LOS ESTADOS MIEMBROS PUEDEN ADOPTAR NORMAS MÁS ESTRUCTAS

STJUE de 3 de junio de 2010,
Caja Madrid / AUSBANC, C-484/08

La Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores⁴⁵ es aplicable, en principio, a todas las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual, aunque establece dos excepciones en su artículo 4, apartado 2, que dispone: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.” No obstante, la normativa española adoptada para dar cumplimiento a esta Directiva no incorporó estas excepciones, permitiendo a los jueces apreciar el carácter abusivo de una cláusula que se referiera al objeto principal del contrato, incluso en supuestos en los que haya sido redactada de antemano por un profesional de manera clara y comprensibile. La duda interpretativa surge en el marco de un litigio impulsado por AUSBANC, una organización de protección de consumidores de productos bancarios, a través de una acción de nulidad mediante la que pretendía obligar a Caja Madrid a eliminar la cláusula de redondeo del tipo de interés de las hipotecas por estimar que no había sido negociada individualmente con los prestatarios y, por tanto, exigía su nulidad de conformidad con el artículo 8, apartado 2, en relación con los artículos 1, 2 y 10 *bis*, apartado 1, de la Ley general 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de consumidores y usuarios. Caja Madrid alegaba por el contrario que el redondeo del tipo de interés constituía una regla de determinación de un elemento esencial del contrato de préstamo, dado que el interés remuneratorio es la contraprestación que debe abonar el prestatario por el capital recibido. Entendía, por consiguiente, que el control del carácter abusivo efectuado con arreglo al Derecho español infringía el artículo 4, apartado 2, de la

⁴⁵ 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.

Directiva 93/13, ya que no podía apreciarse el carácter abusivo cuando las mencionadas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible. Tras varios incidentes procesales, el asunto llegó ante el Tribunal Supremo, jurisdicción que plantea al TJUE si la Directiva se opone a que un Estado miembro establezca en beneficio de los consumidores un control del carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales a pesar de la excepción prevista en la Directiva.

El TJUE recuerda en primer lugar que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional tanto en lo que se refiere a capacidad de negociación como a nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en su contenido. A continuación, siguiendo una interpretación literal y sistemática declara que la Directiva sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada⁴⁶. Por consiguiente, los Estados miembros pueden mantener o adoptar normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que tengan por objeto garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. Este es el caso de una disposición que autorice la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de todas las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor.

Desde una perspectiva más general, la motivación desarrollada por el TJUE es interesante en la medida en que aporta precisiones sobre el razonamiento que debe prevalecer en cuanto a la extensión de las obligaciones de los Estados miembros en el desarrollo de directivas no exhaustivas, las cuales dejan cierto grado de autonomía, aunque esa autonomía debe encauzarse hacia la realización de los objetivos de la Directiva⁴⁷.

⁴⁶ Su artículo 8 dispone: “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.”

⁴⁷ Vid. a título de ejemplo el apdo. 40 del fallo, donde el TJUE afirma: “(...) no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apdo. 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

* *CONTRATACIÓN PÚBLICA*

LA ATRIBUCIÓN DE LA GESTIÓN DE PLANES DE PENSIONES SISTEMA EMPLEO INSTAURADOS POR CONVENIOS COLECTIVOS DEBE SEGUIR LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

STJUE (Gran Sala) de 15 de julio de 2010,
Comisión / Alemania, C-271/08

La Comisión cuestionaba en este asunto la Ley alemana para la mejora de los planes de pensiones de jubilación sistema empleo que conducía en sustancia a que las administraciones locales y empresas municipales de este país confiaran de forma directa la gestión de estos planes a organismos públicos sin plantear previamente una licitación a escala europea. Para Alemania, apoyada por Dinamarca y Suecia, estas adjudicaciones quedaban fuera del ámbito de aplicación de las Directivas 92/50 y 2004/18⁴⁸ sobre contratación pública en atención a su naturaleza y objeto por cuanto suponían la ejecución de un convenio colectivo negociado entre interlocutores sociales.

A pesar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la negociación colectiva y la finalidad social de esta norma alemana apreciada en su conjunto, el TJUE estima que no cabe admitir una elusión automática para las empresas municipales de las obligaciones derivadas de estas directivas que dan aplicación a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito de la contratación pública. Y aunque admite el carácter fundamental del derecho a la negociación colectiva y la protección constitucional de la que goza en Alemania, el TJUE estima de forma solemne que con arreglo al artículo 28 de la Carta, este derecho debe ser ejercitado de conformidad con el Derecho de la Unión, debiendo conciliarse con las exigencias derivadas de las libertades comunitarias, que las directivas 92/50 y 2004/18 pretenden aplicar, y con el principio de proporcionalidad. Frente a las alegaciones del Estado miembro demandado proponien-

⁴⁸ 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; y desde el 1 de febrero de 2006, en virtud del artículo 20 en relación con los artículos 23 a 55 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, *DO L 134*, p. 114.

do extender al presente contexto el razonamiento seguido en los asuntos *Albany*⁴⁹ y *Van der Woude*⁵⁰, en los que declaró que a pesar de los efectos restrictivos de la competencia que le son inherentes, un convenio colectivo celebrado entre organizaciones representativas de empresarios y trabajadores que aplique un régimen de pensiones complementario gestionado por un fondo de pensiones cuya afiliación es obligatoria no estaba comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1; el TJUE estima que este razonamiento no prejuzga en absoluto una cuestión diferente como es el respeto de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en materia de contratos públicos en relación con la designación de las entidades aseguradoras a las que se encomienda la ejecución de la medida de conversión salarial en cuestión, en el marco de un convenio colectivo de trabajo para empleados públicos. Y ello porque no puede considerarse que sea inherente al propio ejercicio de la libertad de los interlocutores sociales y del derecho a la negociación colectiva la vulneración de las directivas que dan aplicación a las libertades comunitarias en el ámbito de la contratación pública. El TJUE estima, además, que el hecho de que un acuerdo o una actividad estén excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la competencia no entraña automáticamente que ese acuerdo o esa actividad también queden liberados del cumplimiento de las exigencias derivadas de las disposiciones de estas directivas, cuyas disposiciones responden a requisitos de aplicación propios. Asimismo, y quizás ésta sea la razón más importante, a diferencia del objetivo acordado por los interlocutores sociales de mejorar el nivel de las pensiones de los trabajadores de la función pública local, la designación de entidades y empresas en un convenio colectivo como ocurre en el presente asunto no afecta a la esencia del derecho de negociación colectiva. A la luz de todas estas consideraciones, el TJUE concluye que la circunstancia de que las adjudicaciones de contratos controvertidas sean consecuencia de la aplicación de un convenio colectivo no conduce, como tal, a excluir del ámbito de aplicación de las Directivas 92/50 y 2004/18 el supuesto que constituye el objeto del presente asunto. Finalmente, en cuanto a la cuestión de saber si son conciliables las exigencias vinculadas a la consecución del objetivo social perseguido en este caso por las partes en la negociación colectiva con las derivadas de las Directivas 92/50 y 2004/18,

⁴⁹ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.* p. I-5751.

⁵⁰ STJCE de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98, *Rec.* p. I-7111.

el TJUE responde de forma afirmativa por cuanto la aplicación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos no excluye que el concurso imponga a los licitadores interesados condiciones acordes con los intereses de los trabajadores afectados, sin que los elementos de solidaridad que en opinión del Estado demandado persigue esta normativa sean, de por sí, incompatibles con la aplicación de un procedimiento de estas características.

6. DERECHO SOCIAL

LAS TRABAJADORAS QUE A CAUSA DE SU EMBARAZO SEAN DISPENSADAS DE TRABAJAR O DESTINADAS A OTRO PUESTO DEBEN PERCIBIR LOS COMPLEMENTOS LIGADOS A SU CONDICIÓN PROFESIONAL

STJUE de 1 de julio de 2010,
Gassmayr y Parviainen, C-194/08 y C-471/08

El hecho de que una trabajadora se vea obligada a dejar de trabajar a causa de su embarazo o sea destinada a otro puesto no exime al empresario del pago de todos los complementos ligados a su condición profesional. En cambio, no pueden reclamar los complementos que tienden a compensar los inconvenientes inherentes al ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares cuando no ejercen efectivamente esas funciones. Así lo decide el TJUE en el marco de dos asuntos prejudiciales procedentes de órganos jurisdiccionales de Austria y de Finlandia que pedían al Tribunal que se pronunciara sobre el cálculo de los ingresos que deben abonarse a las trabajadoras durante su embarazo o su permiso de maternidad cuando están provisionalmente destinadas a otro puesto de trabajo o dispensadas de trabajar. El contexto fáctico en los asuntos principales se refería a una trabajadora que antes de su embarazo ejercía como médico en una clínica austriaca percibiendo además de su salario base, un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo durante las horas extraordinarias que efectuaba. Durante su embarazo dejó de trabajar por prescripción médica y después del parto disfrutó del permiso de maternidad. Dado que el Derecho austriaco excluye el pago de un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo a quien no preste efectivamente esos servicios, se le denegó el pago de ese complemento durante su baja maternal. En el segundo asunto, una azafata alemana trabajaba an-

tes de su embarazo como jefa de cabina para la compañía aérea Finnair. Una parte importante de su remuneración consistía en complementos ligados a su condición de superior jerárquica y a los inconvenientes específicos inherentes a la organización del tiempo de trabajo en el sector del transporte aéreo. Durante su embarazo fue destinada provisionalmente a un puesto de oficina en tierra hasta el comienzo de su permiso de maternidad. A raíz de ese traslado dejó de percibir el complemento relativo a su condición de jefa de cabina. Las cuestiones se referían a si la Directiva sobre las trabajadoras embarazadas⁵¹ permite que los empresarios denieguen el pago a esas trabajadoras de ciertos complementos que habían percibido antes de su embarazo.

El TJUE observa que durante el destino provisional en otro puesto de trabajo o la dispensa de trabajar ninguna de estas trabajadoras podían ejercer las funciones atribuidas antes de su embarazo, mientras que ambos complementos constituían elementos de su remuneración que dependían del ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares que tendían a compensar los inconvenientes inherentes a esas funciones, de lo que deduce que podían someterse al requisito de que realizaran efectivamente prestaciones específicas en contrapartida. Añade, no obstante, que una trabajadora en estas circunstancias debe poder percibir unos ingresos consistentes en su salario base mensual, así como los componentes de la remuneración y los complementos inherentes a su condición profesional, tales como los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales.

Respecto a las trabajadoras que disfrutaban de un permiso de maternidad, el Tribunal recuerda que su situación no puede asimilarse a la de los trabajadores que ocupan efectivamente su puesto de trabajo. Así pues, no pueden reclamar el mantenimiento íntegro de su remuneración ni el pago de un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo. Por otra parte, la misma Directiva prevé que los ingresos mínimos que deben pagarse a esas mujeres son equivalentes a los que recibiría la trabajadora interesada en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud. Por último, el TJUE recuerda la necesidad de preservar el efecto útil de la Directiva y los objetivos que persigue, a saber la protec-

⁵¹ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apdo. 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), *DO* L 348, p. 1.

ción de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y señala que los Estados miembros están facultados para mantener en favor de las trabajadoras en las circunstancias de los presentes asuntos la totalidad de su remuneración y, por tanto, unos ingresos más elevados que los que garantiza la Directiva.

7. RELACIONES EXTERIORES

LUCHA CONTRA LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO INTERNACIONAL *VERSUS* PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: HACIA UN CONTENCIOSO DE TERCERA GENERACIÓN

STJUE (Gran Sala) de 29 de junio de 2010,
E. y F., C-550/09

La doctrina jurisprudencial relativa al control jurisdiccional de las medidas dirigidas a luchar contra la financiación del terrorismo internacional continúa enriqueciéndose día a día incluso si sus principios fundamentales pueden considerarse bien asentados a partir de los postulados sentados por el TJUE en los asuntos *Yusuf y Kadi*⁵², aunque continúe generando múltiples cuestiones intelectuales y jurisdiccionales. Buena muestra de ello es el asunto *E. y F.*, que planteaba el problema inédito de la incidencia sobre los ordenamientos nacionales, en particular, en el procedimiento penal, de la inscripción en las listas “negras” de personas sospechosas de participar en actividades terroristas por parte de las instituciones de la Unión⁵³. Como se recordará, con el fin de aplicar determinadas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, el Consejo adoptó varias una posiciones comunes⁵⁴ y reglamentos⁵⁵ que ordenaban la congelación de los fondos de

⁵² STJCE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo y Comisión*, C-402 y 415/05 P, *Rec.* p. I-6351.

⁵³ No se trata, sin embargo, de la primera cuestión prejudicial relacionada con esta problemática, vid., por ejemplo, STJCE de 11 de octubre de 2007, *Möllendorf y Möllendorf – Niehuus*, C-117/06, *Rec.* p. I-8361.

⁵⁴ Por lo que afecta a este asunto, vid. Posición Común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, *DO L 344*, p. 93.

⁵⁵ Por lo que afecta a este asunto, vid. Reglamento (CE) n° 2580/2001 del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, *DO L 344*, p. 70.

las personas y entidades incluidas en una lista elaborada y regularmente actualizada por el Consejo y prohibían que se pusieran directa o indirectamente fondos a disposición de las personas y entidades incluidas en dicha lista. En el procedimiento penal seguido contra los imputados en el procedimiento principal se les acusa de haber pertenecido desde 2002 al Devrimci Halk Kurtulus Partisi-Cephesi (DHKP-C), cuyo objetivo, según el escrito de acusación, consiste en subvertir el orden estatal en Turquía mediante la lucha armada. A raíz de estos hechos se decretó contra ellos prisión provisional. En 2002, esta organización fue incluida en la lista de la Unión, manteniéndose desde entonces a través de diversas decisiones. No obstante, hasta junio de 2007 estas decisiones se adoptaron sin que a las personas y entidades relacionadas en la lista se les indicasen los motivos específicos de su inclusión, lo cual ya originó varios fallos que anularon la inclusión de este grupo en la lista⁵⁶. A raíz de ellos, el Consejo modificó el procedimiento de inclusión y con ocasión de la adopción de una nueva actualización de la lista⁵⁷, ofreció a las personas y grupos afectados una exposición de los motivos que justificaban su inclusión. El Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) albergaba dudas sobre la validez de la inclusión del DHKP-C en la lista, preguntando al TJUE si la anulación por el Tribunal de Primera Instancia de la inclusión de este grupo debía aplicarse de forma retroactiva pese a que esta entidad no instó la anulación directa de dicha inclusión.

El TJUE subraya de forma solemne que la Unión es una Unión de Derecho cuyas instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos, en particular, con el TFUE y con los principios generales del Derecho. Para ello, este Tratado ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a encomendar al TJUE el control de legalidad de los actos de las instituciones de la Unión, de lo que deduce que toda parte tiene derecho, en el marco de un procedimiento nacional, a alegar la invalidez de disposiciones contenidas en actos de la Unión que constituyan la base jurídica de una decisión o un acto nacionales adoptados contra ella, instando a dicho órgano jurisdiccional, que no es competente para declarar por sí mismo tal invalidez, a interrogar al Tribunal por la

⁵⁶ Vid., entre otras, STPICE de 12 de diciembre de 2006, *Organización de Modjahedines del Pueblo de Irán / Consejo*, T-228/02, *Rec.* p. II-4665.

⁵⁷ Decisión 2007/445/CE del Consejo, de 28 de junio de 2007, por la que se aplica el artículo 2, apdo. 3, del Reglamento nº 2580/2001 y se derogan las Decisiones 2006/379 y 2006/1008/CE, *DO L* 169, p. 58.

vía de una remisión prejudicial. Ahora bien, revalidando plenamente la jurisprudencia *TWD Textilwerke Deggendorf* relativa a la preclusión de vías procesales, el TJUE estima que el reconocimiento de este derecho presupone que dicha parte no dispusiese del derecho a interponer, con arreglo al artículo 263 TFUE, un recurso directo contra esas disposiciones⁵⁸. Como se recordará, en virtud de esta jurisprudencia, la cuestión prejudicial de validez no es admisible si las partes tuvieron la facultad de introducir un recurso directo de anulación que hubiese sido admisible sin lugar a dudas⁵⁹. Sin embargo, en sintonía con lo expuesto en sus Conclusiones por el Abogado General Mengozzi, el TJUE considera que no hay lugar para aplicar en este asunto esta preclusión por cuanto no podía considerarse a los imputados “directa e individualmente afectados” sin lugar a dudas. Ello se debe a que los imputados no fueron objeto de tal inclusión, sino que aquella se refería únicamente al DHKP-C. Ni tampoco podría considerárseles legitimados sin lugar a dudas en cuanto representantes de esta entidad porque nada demostraba que el puesto que ocupaban en esta entidad les confiriese el poder de representarla en el marco de un recurso de anulación interpuesto ante el juez de la Unión. Por consiguiente, los imputados no estaban, a diferencia del DHKP-C, indiscutiblemente legitimados para interponer un recurso directo de anulación contra la referida inclusión, lo que lleva al TJUE a admitir examinar la validez de la inscripción, en particular, en relación con la obligación de motivación de los actos en virtud del art. 296 TFUE.

Y sobre este argumento, el TJUE afirma que las Decisiones anteriores a junio de 2007 no estaban acompañadas de una motivación sobre los requisitos legales para la aplicación del Reglamento al DHKP-C y de una exposición de los motivos específicos y concretos por los que el Consejo justificaba su inclusión en la lista, omisión que privaba a los Sres. E y F de las indicaciones necesarias para verificar la exactitud y la pertinencia de los factores que dieron lugar a dicha inclusión. Esta falta de motivación puede frustrar, a juicio del TJUE, el adecuado control jurisdiccional de su legalidad en cuanto al fondo, control que resulta indispensable para que

⁵⁸ Vid. STJCE de 9 de marzo de 1994, *TWD*, C-188/92, *Rec.* p. I-833, apdo. 23. En el mismo sentido, STJCE de 15 de febrero de 2001, *Nachi Europe*, C-239/99, *Rec.* p. I-1197, apdo. 36.

⁵⁹ STJCE de 12 de diciembre de 1996, *The Queen / Intervention Board for Agricultural Produce, ex parte Accrington Beef*, C-241/95, *Rec.* p. I-6699; STJCE de 2 de julio de 2009, *Bavaria y Bavaria Italia*, C-343/07, *Rec.* p. I-5491, apdo. 40.

pueda garantizarse un adecuado equilibrio entre las exigencias de la lucha contra el terrorismo internacional y la protección de los derechos y libertades fundamentales. Frente a la alegación del Consejo de que la Decisión de 2007 convalidó retroactivamente la inclusión del DHKP-C en la lista, el TJUE declara que dicha Decisión no puede, en ningún caso, contribuir a fundamentar una condena penal por hechos correspondientes al período anterior a su entrada en vigor por cuanto tal interpretación sería contraria al principio de irretroactividad de las disposiciones que pueden servir de base a una condena penal. En estas circunstancias, el Tribunal declara que incumbe al órgano jurisdiccional nacional dejar sin aplicación, en el marco del procedimiento principal, las decisiones del Consejo adoptadas antes de junio de 2007, sin que puedan contribuir a fundamentar actuaciones penales contra los imputados durante ese período.

SANCIONES CONTRA MYANMAR Y SUS DIRIGENTES

STG de 19 de mayo de 2010,
Pye Phyto Tay Za, T-181/08

A la vista de la situación política existente en Myanmar, el Consejo viene adoptando desde 1996 una serie de sanciones selectivas contra los dirigentes de este país, entre las que cabe destacar la prohibición de venta y suministro de armas, la asistencia técnica, financiación o ayuda financiera relacionadas con actividades militares y la exportación de equipos que pudieran utilizarse para la represión interna. Impuso igualmente un bloqueo sobre los recursos económicos de los miembros del Gobierno de este país y de toda persona física o jurídica, entidad u organismo relacionado con ellos, prohibiéndolas, además, viajar a los países de la Unión, así como facilitar préstamos o créditos financieros a determinadas empresas de propiedad estatal y adquirir o ampliar participaciones en dichas empresas. Como la situación en materia de Derechos humanos no ha mejorado desde entonces ni se han obtenido progresos visibles hacia un proceso de democratización que no excluya a ninguna de las partes y en vista de la gravedad de la situación de este país, el Consejo consideró necesario continuar e incrementar la presión sobre este régimen militar.

Entre las personas que se benefician de las medidas económicas del Gobierno de Myanmar se encontraba a juicio del Consejo el Sr. Pye Phyto Tay Za, al ser hijo de un dirigente de una empresa que se beneficia del régimen militar. Este hecho hace que su padre se considere asociado al

régimen y su hijo beneficiario indirecto. Como consecuencia de ello, ambos fueron incluidos en el Anexo del Reglamento (CE) n° 194/2008 que obligaba a bloquear todos sus activos económicos⁶⁰. En el marco del control de legalidad de esta medida, el demandante alega en primer lugar una interpretación estricta de la base jurídica de esta norma, los artículos 75 y 215 TFUE, los cuales a su juicio no podían constituir una base jurídica suficiente para establecer estas sanciones. Trataba así de alegar a favor de su causa lo declarado por el TJUE en el asunto *Kadi*⁶¹, en el que declaró que estos artículos no otorgaban a las instituciones competencia para congelar fondos de ciertas personas sin que exista vínculo alguno con el régimen gobernante de un país tercero. En efecto, en aquel célebre fallo, el TJUE rechazó la interpretación de la Comisión que preconizaba que bastaba con que las medidas restrictivas de que se trate estuvieran dirigidas contra personas o entidades que se encontraran en un país tercero o estuvieran asociadas de otro modo con dicho país. El TJUE basó este rechazo en que supondría ampliar excesivamente el alcance de estos artículos sin tener en absoluto en cuenta el requisito, derivado de su propio tenor, en cuanto a que las medidas adoptadas deben estar dirigidas contra países terceros⁶². Según el TG, este argumento no puede extrapolarse a este asunto debido a que el Reglamento controvertido está claramente dirigido contra un país tercero mientras que en aquel asunto se trataba de medidas dirigidas directamente contra Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y las personas asociadas y fueron adoptadas, por tanto, sin que existiera vínculo alguno con el régimen gobernante de un país tercero. Además, el Tribunal recuerda la jurisprudencia en virtud de la cual a efectos de estos artículos cabe incluir en el concepto de países terceros a los dirigentes de tales países y a los individuos y entidades asociados con dichos dirigentes

⁶⁰ El Reglamento (CE) n° 194/2008 del Consejo, de 25 de febrero de 2008, por el que se renuevan y refuerzan las medidas restrictivas aplicables a Birmania/Myanmar y se deroga el Reglamento (CE) n° 817/2006, *DO* L 66, p. 1; aplicó algunas de las medidas restrictivas establecidas en las Posiciones Comunes 2006/318 y 2007/750. Con posterioridad, la Comisión modificó sus anexos que contienen las listas de personas, entidades y organismos sometidos a las medidas restrictivas mediante el Reglamento (CE) n° 385/2008 de, de 29 de abril de 2008, *DO* L 116, p. 5; y después a través del Reglamento (CE) n° 353/2009 de 28 de abril de 2009, *DO* L 108, p. 20, norma ésta última contra la que se dirige el recurso de anulación.

⁶¹ STJCE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, C-402 y 415/05 P, *Rec.* p. I-6351.

⁶² *Ibid.*, apdo. 168.

o controlados directa o indirectamente por ellos⁶³, pudiéndose afirmar que un individuo está asociado con los dirigentes de un país tercero si existe un vínculo suficiente entre dicho individuo y el régimen de que se trate. Este es el caso del demandante, por cuanto el Consejo consideró en lo que respecta a los familiares de los dirigentes empresariales que era lícito presumir que se beneficiaban de la función desempeñada por los dirigentes, de modo que nada se oponía, en opinión del TG, a la conclusión de que también los familiares se beneficiaban de las medidas económicas del Gobierno. No obstante, esta presunción puede ser refutada si el demandante consigue demostrar que no mantiene un estrecho vínculo con el dirigente que forma parte de su familia, lo cual según el Tribunal no ha logrado acreditar ni previamente ante el Consejo, ni en el marco de este procedimiento, en particular, demostrando el verdadero origen de los fondos que le permitieron ser accionista de dos sociedades de su padre establecidas en Singapur.

La misma suerte corre el argumento relativo a la ausencia de motivación del acto impugnado, puesto que el TG considera que el Consejo expuso las razones por las que ciertas medidas restrictivas adoptadas contra la Unión de Myanmar se aplicaban de forma concreta al demandante. Y algo similar ocurre con las alegaciones relativas a la violación de ciertos Derechos fundamentales. En relación con el derecho a un juicio justo, el TG estima que no cabe extrapolar su jurisprudencia anterior, en particular, su fallo en el asunto *Organización de Modjahedines del pueblo de Irán*⁶⁴, porque el Reglamento controvertido en este último asunto afectaba a personas supuestamente implicadas personalmente en actividades terroristas, mientras que el régimen de sanciones controvertido en el presente asunto va dirigido contra un país tercero, de lo que deduce la extraña y poco convincente conclusión de que en un procedimiento normativo que desemboca en la adopción de sanciones contra un país tercero aplicables a ciertas categorías de nacionales de dicho país, el derecho de defensa no se aplica a tales personas⁶⁵, y ello a pesar de que el Reglamento les afecta directa e individualmente. Sin embargo, da la impresión de que el propio Tribunal se halla poco convencido de esta afirmación por cuanto procede a demos-

⁶³ *Ibid.*, apdo. 166.

⁶⁴ STPICE de 12 de diciembre de 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Consejo*, T-228/02, *Rec. p.* II-4665.

⁶⁵ STG de 19 de mayo de 2010, *Pye Phyto Tay Za*, T-181/08, apdo. 123.

trar a continuación que el demandante tuvo realmente oportunidad de conocer las razones de hecho y de Derecho que justificaban el establecimiento de las medidas restrictivas por cuanto fueron publicadas en el Diario oficial, así como también se le permitió exponer oportunamente su punto de vista ante el Consejo antes de la adopción del Reglamento o con ocasión del reexamen periódico que esta institución lleva a cabo. No obstante, parece dudar de si realmente se le otorgó el trámite de audiencia previa por cuanto afirma que en cualquier caso esta audiencia no habría podido desembocar en un resultado diferente debido a que ni en las observaciones que formuló ante el Consejo, ni las razones invocadas en el presente recurso, existe información que pueda inducir al Consejo a reconsiderar su apreciación de la situación política existente en Myanmar o de la situación personal del demandante. En efecto, el demandante no discute ni la descripción de la situación política de Myanmar en el Reglamento impugnado, ni las funciones profesionales de su padre o su relación familiar con él; ni acredita haberse disociado de su padre de tal modo que la posición de éste último como dirigente de empresas importantes ya no le aporte beneficio alguno.

El TG rechaza igualmente el argumento relativo a la violación de la tutela judicial efectiva por cuanto tuvo la oportunidad de interponer un recurso de anulación y la ha ejercitado de forma efectiva. En cuanto al examen de la violación del derecho de propiedad y de proporcionalidad, el TG se libra a un examen clásico de la legalidad de las restricciones sobre este derecho, teniendo en cuenta el objetivo de interés general para la comunidad internacional que persigue el Reglamento impugnado tal como se interpreta en materia de sanciones en la jurisprudencia del TJUE y del TEDH. Además, el Reglamento impugnado mantiene en opinión del TG el equilibrio entre las exigencias del interés general y las relacionadas con los intereses del demandante por cuanto no se le impide disponer de los recursos económicos bloqueados que sean necesarios para sufragar gastos básicos e imprescindibles. Finalmente, el demandante invocó la violación de ciertos principios jurídicos como consecuencia de la naturaleza penal que a su juicio tiene la imposición de este bloqueo de activos. Sobre ello, estima el TG quizás de forma excesivamente categórica que estas medidas restrictivas no son de naturaleza penal por cuanto no son bienes confiscados como productos de un crimen, sino bloqueados con carácter cautelar, de lo que deduce que tales medidas no constituyen una sanción penal, ni implican acusación alguna de este carácter. Omite, sin embargo, la rica jurispuden-

cia del TEDH sobre este particular y olvida que para este órgano jurisdiccional la naturaleza penal de las sanciones es un concepto autónomo para cuya calificación tiene en cuenta que se trate de sanciones que por su naturaleza, su grado de severidad, su duración o sus modalidades de ejecución causarían un perjuicio importante a la víctima⁶⁶. Si bien posiblemente no se trate de este tipo de sanciones, el hecho de que desde 2003 el demandante haya visto congelado sus fondos merece una justificación más contundente en cuanto al deslinde de este tipo de sanciones con aquellas otras de naturaleza penal a la luz de la jurisprudencia del TEDH.

8. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

ESPACIO SCHENGEN Y DERECHO DE PERSECUCIÓN EN CALIENTE (HOT PURSUIT)

STJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2010,
Melki, C-188 y 189/10

La policía de los Estados miembros del Espacio Schengen pueden ejercer controles de identidad en una zona de 20 kilómetros más allá de su frontera siempre que esa competencia se delimite para evitar que su ejercicio posea un efecto equivalente a las inspecciones fronterizas, en particular, teniendo en cuenta el comportamiento de los afectados y los riesgos de perturbación del orden público. Ello quiere decir que la renuncia voluntaria a su soberanía que los Estados participantes en el Espacio Schengen han consentido para eliminar los controles en las fronteras delimita, aunque no impide, el ejercicio de una potestad tradicional como es la de la persecución en caliente (*hot pursuit*), institución últimamente vinculada al Derecho del mar, en cuyo ámbito su ejercicio puede enmarcarse en el Derecho internacional general⁶⁷; aunque tradicionalmente también ha sido practicada en otros espacios, bien es cierto que de forma mucho más controvertida y

⁶⁶ Esta doctrina parece iniciarse con la STEDH de 8 de junio de 1976, *Engel y otros / Países Bajos*, A 22, apdo. 81. Vid., asimismo, STEDH de 21 de febrero de 1984, *Öztürk / Alemania*, A 73, apdo. 49; STEDH de 9 de octubre de 2003, *Ezeh y Connors / Reino Unido*, demandas n° 39665/98 y 40086/98, apdos. 83 y 100; STEDH de 16 de diciembre de 1997, *Tejedor Garcia*, demanda n° 142, 1996, 761 y 962/1996, *ECR 1997-VIII*, apdo. 27.

⁶⁷ Siendo a estos efectos el art. 111 del Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar una mera codificación.

carente, por tanto, de valor consuetudinario⁶⁸. Esta controversia es la que motivó que los Estados se lanzaran a concluir —especialmente a partir del s. XIX— acuerdos bilaterales que permitieran su ejercicio sobre una base recíproca y bajo condiciones especiales, en particular, que la persecución comenzara inmediatamente después de la comisión del delito y sólo hasta unos determinados límites espaciales. A pesar de su objetivo primordial de eliminar los controles en las fronteras, el Código de fronteras Schengen parece preservar esta importante cuestión securitaria al establecer su artículo 21 que: “La supresión del control en las fronteras interiores no afectará: a) al ejercicio de las competencias de policía (...) en virtud de su Derecho interno, en la medida en que (su) ejercicio no tenga un efecto equivalente a las inspecciones fronterizas. Y la misma disposición señala expresamente que el ejercicio de esta competencia no podrá, en particular, considerarse equivalente al ejercicio de inspecciones fronterizas cuando las medidas policiales: no tengan como objetivo el control de fronteras; estén basadas en información y experiencia policiales de carácter general sobre posibles amenazas a la seguridad pública y estén destinadas, en particular, a combatir la delincuencia transfronteriza; estén concebidas y se ejecuten de un modo claramente diferenciado de las inspecciones sistemáticas de personas en las fronteras exteriores; se lleven a cabo sirviéndose de inspecciones aleatorias (...)”⁶⁹. Sobre esta base, el artículo 78-2 del Código de procedimiento penal francés, en su versión vigente al tiempo de los hechos de este asunto, disponía que los funcionarios de policía judicial podrán requerir que acredite su identidad por cualquier medio a toda persona sobre la que existan motivos razonables para sospechar que ha cometido o se dispone a cometer una infracción, pudiendo incluso controlarse la identidad de toda persona, con independencia de su comportamiento, para prevenir una perturbación del orden público, en especial de la seguridad de las personas o de los bienes. El problema es que esta norma añade que en una zona comprendida entre la frontera terrestre con los Estados partes del Espacio Schengen y una línea cuyo trazado discurre a 20 kilómetros de esa frontera también podrá controlarse esta identidad con vistas a verificar el cumplimiento de las obligaciones de poseer, llevar consigo y presentar los títulos y documentos previstos por la Ley.

⁶⁸ Vid., entre otros, POULANTZAS, N. M., *The Right to Hot Pursuit in International Law*, Nijhoff, 2ª ed., La Haya, 2002.

⁶⁹ Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), DO L 105, p. 1.

Sobre la base de esta disposición, los Sres. Melki y Abdeli, nacionales argelinos en situación irregular en Francia, fueron objeto de un control policial en la zona comprendida entre la frontera terrestre de Francia con Bélgica y una línea cuyo trazado discurre a 20 kilómetros de esa frontera, dictándose posteriormente contra ellos una orden de expulsión y una decisión de internamiento. Ante la Cour de Cassation, alegaban que esta disposición del Código de procedimiento penal era contraria al principio de libre circulación de personas en cuanto autorizaba controles en las fronteras con los demás Estados miembros, lo cual lleva a este órgano a interpelar al TJUE sobre la correcta interpretación del artículo 67 TFUE, apartado 2, que prevé que la Unión Europea garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores.

El TJUE comienza recordando que junto a esta disposición, el artículo 72 TFUE recoge la reserva relativa al ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior. Respecto a la cuestión de si el ejercicio de las competencias de control concedidas por el artículo 78-2, párrafo cuarto, del Código de procedimiento penal tiene un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas, el TJUE estima que esta norma autoriza los controles con independencia del comportamiento de la persona interesada y de circunstancias específicas que acrediten un riesgo de perturbación del orden público, además de no contener precisiones, ni limitaciones de la competencia así atribuida, relativas, en particular, a la intensidad y a la frecuencia de los controles que puedan realizarse con ese fundamento jurídico. El TJUE juzga necesarias estas precisiones a fin de evitar que la aplicación práctica de esa competencia por las autoridades facultadas conduzca a controles que tengan un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas, en el sentido del artículo 21, letra a), del Código de fronteras Schengen. Para dar cumplimiento a lo previsto en este Código, interpretado a la luz de la exigencia de seguridad jurídica, una legislación nacional que atribuya a las autoridades de policía una competencia para efectuar controles de identidad, limitada a la zona fronteriza con otros Estados miembros e independientemente del comportamiento de la persona controlada y de circunstancias específicas que acrediten un riesgo de perturbación del orden público, debe prever, según el TJUE, la necesaria delimitación de la competencia atribuida a esas autoridades, en particular, orientando la facultad de apreciación de la que disponen estas últimas en la aplicación práctica de dicha competencia y garantizando en todo caso

que su ejercicio práctico no pueda tener un efecto equivalente a las inspecciones fronterizas.

LOS PALESTINOS DESPLAZADOS QUE RECIBEN ASISTENCIA EFECTIVA DEL ORGANISMO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS NO PUEDEN BENEFICIARSE DE LAS DISPOSICIONES DEL CONVENIO DE GINEBRA

STJUE (Gran Sala) de 17 de junio de 2010,
Bolbol, C-31/09

La doctrina jurisprudencial relativa a las condiciones de obtención del estatuto de refugiado en Europa se expande de forma paulatina en los últimos tiempos. Después de fijar la extensión de la protección subsidiaria acordada a los refugiados⁷⁰ y precisado las condiciones de derogación de este estatuto⁷¹, el TJUE se pronuncia en este fallo sobre la situación particular de los refugiados de origen palestino. Como se sabe, esta cuestión se rige a nivel internacional, entre otros instrumentos, por el Convenio de Ginebra⁷², cuyo art. 1 establece a quiénes y en qué circunstancias debe reconocerse la condición de refugiado, así como las consecuencias que implica dicho reconocimiento. En el contexto de la Unión Europea, las obligaciones que derivan de este Convenio se recogen en la Directiva 2004/83⁷³. Con arreglo al Convenio, el término “refugiado” se aplica a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera de su país y no pueda o no quiera acogerse a causa de dichos temores

⁷⁰ STJCE de 17 de febrero de 2009, *Elgafaji*, C-465/07, *Rec.* p. I-921. Sobre este fallo puede verse, ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., NJIKI, M.R., “TJCE - Sentencia de 17.02.2009, *Elgafaji* c. Staatssecretaris van Justitie - C-465/07 - Política europea de asilo y refugio - Artículo 3 CEDH - Protección subsidiaria - Amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado – Prueba”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2010, nº 35, pp. 239-255.

⁷¹ STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, C-175, 176, 178 y 179/08.

⁷² Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, *BOE* nº 252, de 21 de octubre de 1978.

⁷³ Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, *DO* L 304, p. 12 (corrección de errores *DO* 2005, L 204, p. 24).

a esta protección; o careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual no pueda o no quiera regresar a él a causa de dichos temores. No obstante, este Convenio establece que dichas disposiciones no son aplicables a las personas que reciban protección o asistencia de un organismo de Naciones Unidas distinto del ACNUR como puede ser en esta zona el Organismo de Obras Públicas y Socorro a los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS, más conocido por sus siglas en inglés UNRWA), pudiendo retomar los beneficios derivados de este régimen convencional cuando dicha protección o asistencia haya cesado, sin que la suerte de estas personas se haya solucionado definitivamente.

En 2007, la Sra. Bolbol, apátrida, llegó a Hungría en compañía de su marido procedente de la Franja de Gaza, lugar donde nunca obtuvo protección, ni asistencia efectiva del UNRWA. No deseando volver a este lugar debido a la situación de inseguridad reinante como consecuencia de los enfrentamientos diarios entre Al Fatah y Hamas, presentó una solicitud de asilo ante la oficina húngara de inmigración, la cual se le denegó sobre la base de que el Convenio de Ginebra no imponía el reconocimiento incondicional del estatuto de refugiado si el individuo no había abandonado su país de origen a causa de un temor fundado de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. En estas circunstancias, un Tribunal de Budapest plantea al TJUE por las circunstancias específicas en las que un desplazado palestino tiene derecho a obtener la condición de refugiado. Y el TJUE comienza recordando el derecho aplicable en materia de asilo. Se trata de las disposiciones de la Directiva 2004/83/CE, las cuales deben interpretarse a la luz de la estructura general y de la finalidad de la misma, con observancia del Convenio de Ginebra; debiendo tal interpretación respetar la Carta de los Derechos Fundamentales. La cuestión fundamental se centraba en descifrar si a efectos de la aplicación del artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/83/CE debía considerarse que una persona recibe protección y asistencia de un organismo de Naciones Unidas por el mero hecho de que tenga derecho a dicha protección o asistencia o, por el contrario, es necesario que la haya obtenido efectivamente. Conforme a esta disposición los nacionales de terceros países o los apátridas quedarán excluidos de ser refugiados en caso de que “estén comprendidos en el ámbito de aplicación de la sección D del artículo 1 del Convenio de Ginebra en lo relativo a la protección o asistencia de un órgano u organismo de las Na-

ciones Unidas distinto del ACNUR”. Por consiguiente, la cuestión era saber si una persona que podía teóricamente beneficiarse de esta protección —como era el caso de la Sra. Bolbol, aunque nunca la había solicitado— podía beneficiarse del estatuto de refugiado en la Unión.

Sin olvidar los intereses de los Estados miembros, preocupados por limitar al máximo las solicitudes de asilo, el TJUE estima que del tenor claro del artículo 1, sección D, del Convenio de Ginebra resulta que únicamente las personas que obtienen efectivamente la ayuda prestada por el UNRWA están incluidas en el ámbito de aplicación de la cláusula de exclusión del estatuto de refugiado que se menciona en dicho artículo, que, como tal, debe ser interpretada de modo estricto, no pudiendo aplicarse, en consecuencia, a las personas que sólo han podido recibir protección o asistencia de dicho órgano. Recurre el TJUE a la máxima *in claris non fit interpretatio*, aunque como las Conclusiones de la Abogado General Sharpston dejan entrever⁷⁴, la disposición correspondiente del Convenio de Ginebra dista mucho de estar clara. En efecto, la CIJ aún no ha tenido oportunidad de pronunciarse a pesar de la competencia interpretativa que mantiene sobre todo el Convenio y, por otra parte, ha sido objeto de interpretaciones muy diversas por parte de los órganos jurisdicciones nacionales, contradicciones que también quedaron patentes en este asunto a través de los diferentes argumentos presentadas por los Estados miembros que presentaron observaciones.

EL TJUE NO SE ESTIMA COMPETENTE PARA INTERPRETAR EL CONVENIO RELATIVO AL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA

STJUE (Gran Sala) de 4 de mayo de 2010,
TNT Express Nederland, C-533/08

En caso de daño o de pérdida debido al transporte, el expedidor de la mercancía, el receptor o el transportista pueden presentar una demanda ya sea de indemnización de daños y perjuicios de la persona que sea titular del poder de disposición (expedidor o receptor) e, inversamente, una demanda del transportista dirigida a obtener la declaración de que no fue responsable del daño o que, a lo sumo, lo fue limitadamente por una cantidad máxima. A este respecto, las disposiciones en materia de indemniza-

⁷⁴ Conclusiones de la Abogado General Sharpston, presentadas el 4 de marzo de 2010, punto 37.

ción de daños y perjuicios del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, firmado en Ginebra el 19 de mayo de 1956, en su versión modificada por el Protocolo de Ginebra de 5 de julio de 1978 (CMR) son interpretadas de modo diferente por los órganos jurisdiccionales de los Estados partes. La superación del límite de responsabilidad se interpreta por algunas jurisdicciones en sentido estricto y por otras en sentido más amplio. Esto puede provocar una carrera de ambas partes hacia el órgano jurisdiccional que defienda la interpretación que le sea más favorable con la consecuencia de procedimientos paralelos ante los órganos jurisdiccionales de Estados diferentes. Esto fue lo que ocurrió en este asunto en el que un transportista (TNT Express Nederland B.V.) no entregó una mercancía a su destino pactado en Alemania desde los Países Bajos. Con todo, interpuso ante los tribunales holandeses una demanda dirigida a obtener una resolución conforme a la cual se declarase que no era responsable frente a la aseguradora del receptor (AXA Versicherung AG), mientras que ésta última planteó al mismo tiempo una demanda ante los tribunales alemanes frente a TNT dirigida a obtener la reparación del perjuicio que su asegurado había sufrido como consecuencia de la pérdida de la mercancía. En este último procedimiento, TNT propuso la excepción de litispendencia con arreglo al artículo 31, apartado 2, del CMR, aunque el tribunal alemán rechazó este argumento por considerar que ambos no versaban sobre la misma causa⁷⁵ y condenó, en consecuencia, al transportista al pago de una indemnización. La aseguradora pidió entonces ante los tribunales holandeses la ejecución del fallo, la cual fue recurrida en casación por TNT ante el Hoge Raad (Tribunal Supremo), jurisdicción que plantea varias cuestiones sobre la interconexión entre el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁷⁶ y las reglas de competencia judicial, reconocimiento y ejecución del CMR. La cuestión se centraba en la correcta interpretación del art. 71 del Reglamento, en virtud del cual, cuando el litigio está comprendido en el ámbito de aplicación de un convenio especial,

⁷⁵ El artículo 31, apartado 2, del Convenio CMR establece que una nueva acción es en principio inadmisibile cuando ya esté pendiente un procedimiento “por la misma causa y entre las mismas partes” (regla *lis pendens*). Sin embargo, entre los Estados parte del Convenio no existe acuerdo respecto a la interpretación de esta regla de litispendencia, por lo que no se excluyen procedimientos paralelos.

⁷⁶ DO 2001, L 12, p. 1.

en principio, conviene aplicar las reglas enunciadas en éste y no las establecidas en el Reglamento nº 44/2001. La empresa TNT había basado su oposición a la ejecución en los Países Bajos del fallo del tribunal alemán en la alegación de que este reconocimiento sería manifiestamente contrario al orden público neerlandés por cuanto de la regla de litispendencia prevista en el CMR debía desprenderse que el tribunal alemán no era competente para conocer de la acción de AXA. Por el contrario, esta última empresa estimaba que con arreglo al artículo 35, apartado 3, del Reglamento nº 44/2001, la competencia del juez alemán no podía ser fiscalizada por el juez neerlandés, ya que el criterio del orden público no podía aplicarse a las reglas de la competencia. Así las cosas, la cuestión se ceñía a si las reglas de competencia judicial previstas en el CMR constituían un Convenio especial, en particular, sus reglas sobre litispendencia y fuerza ejecutiva de las resoluciones, algo que el TJUE acepta aunque aclarando que dicha aplicación no puede menoscabar los principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión. Por consiguiente, esas reglas son aplicables siempre que presenten un alto grado de previsibilidad, faciliten una buena administración de justicia, permitan reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos y garanticen, además, en condiciones al menos tan favorables como las previstas en el mencionado Reglamento, la libre circulación de resoluciones en materia civil y mercantil y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión (*favor executionis*).

También planteaba el juez *a quo* si el TJUE era competente para interpretar el artículo 31 CMR que establece los criterios de elección de foro y, en caso afirmativo, que proporcionara una interpretación concreta de dicho artículo. No obstante, el TJUE estima que no puede interpretar dicho Convenio al no existir una cláusula que le atribuya esta competencia, ni constituir una norma que forme parte del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 267 TFUE. La vinculación no vendría para la Unión ni siquiera en virtud de una sucesión funcional por haber asumido las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en su ámbito de aplicación. Como se sabe, esta sucesión impropia sólo ha sido admitida por el TJUE de forma excepcional en relación con el Acuerdo GATT de 1947 mucho antes de que la entonces Comunidad se adhiriera a la OMC⁷⁷. La

⁷⁷ Vid., en particular, STJCE de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Company y otros*, 21/72 a 24/72, *Rec. p.* 1219, apdo. 18.

conclusión era pues lógica en relación con el CMR, incluso si en el ámbito del Derecho procesal civil internacional corresponde a la Unión la competencia para adoptar medidas dirigidas a garantizar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial⁷⁸, e, incluso, haber declarado el propio TJUE que la Unión ha adquirido la competencia externa exclusiva para celebrar acuerdos internacionales en este ámbito⁷⁹. El TJUE no explica esta negativa, aunque seguramente tiene razón la Abogado General Kokott cuando justifica en sus Conclusiones que no cabe hablar de sucesión funcional por cuanto el CMR sólo regula las cuestiones procesales civiles de modo marginal, siendo su contenido esencial la normativa de contratos de transporte de mercancías por carretera, sector este último en el que la Unión no ha hecho un amplio uso de sus competencias en materia de transportes⁸⁰. Aparte de ello, la razón fundamental quizás se deba a que tampoco parece existir necesidad de establecer esta sucesión funcional, como sí parecía haberla respecto al GATT de 1947. Y ello porque el mismo artículo 71 del Reglamento nº 44/2001 parece oponerse a que la Unión ocupe el lugar de los Estados miembros como parte en acuerdos relativos a materias especiales porque según su tenor y a pesar de la actividad del legislador de la Unión en este ámbito, los acuerdos de los Estados miembros no deben, como tales, verse afectados. Por tanto, no puede considerarse que la Unión esté vinculada por las reglas de la competencia judicial, reconocimiento y ejecución previstas en el CMR, aclarando el TJUE una vez más que el citado Convenio debe interpretarse de acuerdo con el Reglamento nº 44/2001, afirmación que más que una suerte interpretación conforme *à rebours* parece seguir la lógica de los tratados sucesivos sobre la misma materia entre partes coincidentes⁸¹. Como consecuencia de ello, las mencionadas reglas sólo pueden

⁷⁸ Artículo 81 TFUE, apartado 2, letra a).

⁷⁹ Dictamen TJCE 1/03 de 7 de febrero de 2006, (“Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”), *Rec.* p. I-1145.

⁸⁰ Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott, presentadas el 28 de enero de 2010, punto 61.

⁸¹ Vid. art. 30.3 del Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969: “Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida (...), el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”, *BOE*, nº 142, de 13 de Junio de 1980, 1155 *U.N.T.S.* 331.

aplicarse en el seno de la Unión si se respetan los principios que inspiran dicho Reglamento.

9. ESPAÑA ANTE LA JURISDICCION DE LA UNIÓN

En la Sentencia de 20 de mayo, *Comisión / España* (C-308/08) el Tribunal consideró insuficientemente probado que el acondicionamiento de una carretera en el Parque de Doñana pudiera conllevar el riesgo de provocar la desaparición del lince ibérico. No obstante, añadió que la situación del lugar en su conjunto podría no ser satisfactoria a la vista de las exigencias de conservación de esta especie previstas en la Directiva hábitats. Como es sabido, esta norma prevé la creación de una red ecológica europea, denominada “Natura 2000”, compuesta por lugares que albergan tipos de hábitats naturales y de especies de interés comunitario con el fin de garantizar su mantenimiento o, en su caso, su restablecimiento en un estado de conservación favorable⁸². En diciembre de 1997, España propuso como lugar de importancia comunitaria el parque natural de Doñana en Andalucía debido principalmente a la presencia del lince ibérico, procediendo la Comisión a incluir este lugar en la lista comunitaria en julio de 2006. Tres años después, se aprobó un proyecto de acondicionamiento de un camino rural que bordea y atraviesa parcialmente ese parque natural mediante su transformación en carretera. El asfaltado se supeditó a varias medidas, entre otras, la construcción de pasos de fauna, la señalización adecuada y el vallado a lo largo del tramo de camino que atraviesa la zona forestal, que es la zona más adecuada para la conservación del lince ibérico. Además, estos acondicionamientos fueron objeto de una serie de medidas complementarias. La Comisión consideró que estas actuaciones en un área excepcionalmente sensible para la subsistencia del lince ibérico fragmentaba el hábitat de esta especie, dificultaba su dispersión y la conexión entre las distintas zonas de agrupamiento y exponía a los ejemplares jóvenes a un riesgo de muerte por atropello, iniciando un procedimiento por infracción.

En el fallo, el Tribunal recuerda que los Estados miembros no pueden autorizar intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de esos lugares, aunque a la vista de los distintos ele-

⁸² 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, *DO L* 206, p. 7.

mentos aportados por el ejecutivo comunitario, no considera demostrado que la ejecución del proyecto tuviera una incidencia real en la fragmentación del hábitat del lince ibérico en el parque de Doñana. En esta consideración del Tribunal seguramente influyó el hecho de que desde que finalizó la ejecución de las medidas correctoras complementarias no se había producido ningún atropello, frente a las dos muertes acaecidas entre 2000 y 2004. Sin embargo, desde una perspectiva más general, el Tribunal consideró que algunos elementos del expediente parecían indicar que la situación de conjunto de Doñana podría no ser satisfactoria respecto de las exigencias de conservación de esta especie.

En la Sentencia de 15 de junio, *Comisión / España* (C-211/08); la Gran Sala del Tribunal avaló plenamente la interpretación realizada por las autoridades españolas del Reglamento (CEE) nº 1408/71⁸³, señalando que nuestro país sólo debe reembolsar la asistencia hospitalaria no planificada recibida en otro Estado miembro hasta el nivel de cobertura prevista en nuestra legislación. Según la legislación española en materia de Seguridad Social, son totalmente gratuitos los servicios prestados por el sistema nacional de salud español a sus afiliados. Sin embargo, según el mecanismo previsto en el Reglamento (CEE) nº 1408/71, cuando un afiliado al sistema español de Seguridad Social recibe en otro Estado miembro asistencia hospitalaria no planificada, es decir, un tratamiento hospitalario que resulta necesario debido a la evolución de su estado de salud durante una estancia temporal en ese otro Estado, el sistema español reembolsa a la institución que dispensa dicha asistencia los gastos asumidos en función del nivel de cobertura en vigor en nuestro país⁸⁴. Por consiguiente, el afiliado no tiene derecho, en principio, a que nuestro sistema se haga cargo de la parte del coste del tratamiento no cubierta por el Estado miembro de estancia y que queda a cargo de sus afiliados.

⁸³ Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, *DO* 1997, L 28, p. 1, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, *DO* L 392). Este Reglamento ha sido sustituido por el Reglamento (CE) nº 883/2004 desde el 1 de mayo de 2010, *DO* L 166, p. 1.

⁸⁴ No obstante, en casos excepcionales de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital dispensada en otro Estado miembro, a los que no se refería este asunto, el sistema español reembolsa la totalidad de los gastos.

Este recurso se originó a raíz de una denuncia formulada por un afiliado al sistema de Seguridad Social español que había tenido que ser hospitalizado de modo imprevisto durante una estancia en Francia y a su regreso a España tuvo que enfrentarse a la denegación del reembolso de la parte de los gastos de hospitalización que le había hecho pagar el país gallo con arreglo a su legislación. La Comisión consideraba que nuestra normativa vulneraba el principio de libre prestación de servicios en la medida en que negaba a los afiliados españoles el reembolso de la parte del coste del tratamiento no cubierta por la institución del Estado miembro de estancia, obstaculizando tanto la prestación de servicios de asistencia hospitalaria como la prestación de servicios turísticos o educativos. Muy distinta, sin embargo, es la interpretación del Tribunal, que desestima en términos generales que la normativa española obstaculice esta libre prestación de servicios de asistencia hospitalaria, de servicios turísticos o de servicios educativos, matizando que debe distinguirse entre los casos en que el tratamiento es imprevisto y aquellos otros de asistencia planificada autorizada en otro Estado miembro. Tratándose de un asegurado cuyo desplazamiento tenga, por ejemplo, una finalidad turística o educativa, y no responda, como ocurre con la asistencia planificada, a una insuficiencia del sistema sanitario nacional al que está afiliado, las condiciones en las que tiene lugar una hospitalización en un Estado miembro pueden ser más o menos ventajosas para el asegurado, lo cual no es sino la consecuencia de las disparidades nacionales existentes en materia de cobertura social y del objetivo del Reglamento nº 1408/71, que se limita a coordinar las legislaciones nacionales sin armonizarlas. Esta razón ha llevado al Tribunal a establecer en su jurisprudencia sobre la libre prestación de servicios una distinción entre asistencia planificada y tratamientos imprevistos. En efecto, sobre este punto, el Tribunal destaca que los casos en que se recurre a asistencia planificada en otro Estado miembro resultan de una evaluación objetiva de la falta de disponibilidad, en el Estado miembro de afiliación, del tratamiento de que se trate o de un tratamiento que tenga el mismo grado de eficacia, en un plazo aceptable desde el punto de vista médico. Por consiguiente, a diferencia del régimen de los tratamientos imprevistos, en los casos de asistencia planificada, el Estado de afiliación debe, en virtud de las normas relativas a la libre prestación de servicios y, por tanto, más allá de sus obligaciones derivadas de la aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71, garantizar al asegurado un nivel de cobertura tan ventajoso como el que le habría concedido en caso de que hubiera estado dis-

ponible esa asistencia en su propio sistema de salud. Ahora bien, cuando la asistencia hospitalaria no planificada se produce en circunstancias de urgencia o debido a la gravedad de la enfermedad o del accidente o a la imposibilidad médica de repatriación no puede atribuirse a nuestra normativa ninguna restricción sobre la libre prestación de servicios de asistencia hospitalaria por prestadores establecidos en otro Estado miembro. Y ello porque en esos casos, el asegurado no puede elegir entre ser hospitalizado en el Estado miembro de la estancia temporal o adelantar su regreso a España.

A diferencia de la asistencia planificada, el número de casos de tratamientos imprevistos tiene un carácter imprevisible e incontrolable, según el Tribunal. En este contexto, considera que la aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 se basa en una compensación global del riesgo. En efecto, los casos en los que la asistencia hospitalaria no planificada dispensada en otro Estado miembro implican que el Estado miembro de afiliación deba asumir una carga económica más elevada que la que habría soportado si sus establecimientos hospitalarios hubiesen prestado dicha asistencia se compensan globalmente con los casos en los que, por el contrario, la aplicación de la normativa del Estado miembro de estancia tiene como resultado una carga financiera sobre el Estado miembro de afiliación menos elevada que la que habría derivado de la aplicación de su propia normativa. Por lo tanto, el hecho de imponer a un Estado miembro la obligación de garantizar a sus propios afiliados un reembolso adicional cada vez que el nivel de cobertura aplicable en el Estado miembro de estancia a los gastos hospitalarios imprevistos sea inferior al aplicable en virtud de su propia normativa supondría quebrantar la estructura del sistema introducido por el Reglamento (CEE) nº 1408/71. En efecto, en ese supuesto, el Estado miembro de afiliación se vería sistemáticamente expuesto a la carga financiera más elevada, ya sea con arreglo a la normativa del Estado miembro de estancia que estableciese un nivel de cobertura superior al previsto por la normativa del Estado miembro de afiliación o como consecuencia de la aplicación de esta última normativa en caso contrario. Por consiguiente, el Tribunal desestima el recurso de la Comisión.

En la Sentencia de 3 de junio, *Comisión / España* (C-487/08), el TJUE consideró que nuestro país incumplía la libre circulación de capitales al supeditar la exención de los dividendos que distribuyen las sociedades residentes en nuestro país al requisito de que las sociedades beneficiarias tengan en el capital de aquellas un porcentaje de participación más elevado si residen en nuestro país que si lo hacen en otros Estados miembros. En el caso de

autos la norma controvertida era el artículo 30, apartado 2, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en cuya virtud los dividendos distribuidos por una sociedad residente en España a otra sociedad residente también en este país y que haya tenido durante un período ininterrumpido no inferior a un año una participación, directa o indirecta, igual o superior al 5 % en el capital de la sociedad distribuidora de los dividendos podrán ser íntegramente deducidos de la renta imponible de la sociedad beneficiaria y, además, en virtud del artículo 140, apartado 4, letra d), de la misma Ley, no están sujetos a retención en la fuente. En cambio, con arreglo al artículo 14, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, los dividendos distribuidos por una sociedad residente en España a una sociedad residente en otro Estado miembro únicamente están exentos si la sociedad beneficiaria poseía en el capital de la sociedad distribuidora de los dividendos una participación directa de, al menos, el 20 %. Por consiguiente, el Tribunal deduce que en lo que atañe a las sociedades beneficiarias que poseen entre el 5 % y el 20 % del capital de la sociedad distribuidora de dividendos, nuestra legislación establece una diferencia de trato entre las sociedades beneficiarias residentes en España y las residentes en otro Estado miembro, al estar exentos de tributación únicamente los dividendos repartidos a las primeras. Esta diferencia de trato, añade el Tribunal, puede disuadir a las sociedades establecidas en otros Estados miembros de realizar inversiones en España, constituyendo una restricción a la libre circulación de capitales. Sobre la posibilidad de justificación, el Tribunal aborda en primer lugar el análisis del artículo 65 TFUE que establece que esta libertad se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a “(...) aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia (...)”, aunque según el apartado tercero de este mismo artículo, estas disposiciones nacionales no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos. Según reiterada jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en este asunto pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado es preciso que la diferencia de trato resultante afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o esté justificada por razones imperiosas de interés general⁸⁵.

⁸⁵ Vid. STJCE de 6 de junio de 2000, *Verkooijen*, C-35/98, *Rec.* p. I-4071, apdo. 43; STJCE de 7 de septiembre de 2004, *Manninen*, C-319/02, *Rec.* p. I-7477, apdo. 29; STJCE de 8 de noviembre de 2007, *Amurta*, C-379/05, *Rec.* p. I-9569, apdo. 32; STJCE de 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Italia*, C-540/07, *Rec.*, p. I-10983, apdo. 49.

En consecuencia, el TJUE procede a dilucidar si a la vista del objetivo de nuestra normativa fiscal, las sociedades residentes en España y las que residen en otro Estado miembro se encuentran en situaciones comparables. Según el Tribunal, a partir del momento en que un Estado miembro, de forma unilateral o por vía convencional, somete al impuesto sobre la renta no sólo a los accionistas residentes sino también a los no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de los mencionados accionistas no residentes se asemeja a la de los residentes. En efecto, el mero ejercicio por ese mismo Estado de su potestad tributaria, con independencia de cualquier tributación en otro Estado miembro, da lugar a un riesgo de tributación en cadena o de doble imposición económica. En tal caso, para que los beneficiarios no residentes no se enfrenten a una restricción a la libre circulación de capitales el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios debe velar para que, en relación con el mecanismo previsto en su Derecho nacional para evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición económica, los no residentes estén sujetos a un trato equivalente al que disfrutaban los residentes. Sin embargo, nuestro país optó por ejercer su potestad tributaria sobre los dividendos distribuidos a sociedades residentes en otros Estados miembros. Las sociedades no residentes que perciben tales dividendos se encuentran, en consecuencia, en una situación comparable a la de las residentes en cuanto al riesgo de tributación en cadena de los dividendos distribuidos por las residentes, de manera que las sociedades beneficiarias no residentes no pueden ser tratadas de modo diferente a las sociedades beneficiarias residentes. Para el TJUE está claro que el tratamiento fiscal desfavorable de los dividendos distribuidos a sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro se deriva del ejercicio exclusivo por nuestro país de su potestad tributaria y, por lo tanto, este tratamiento desfavorable le es imputable.

Sobre la posibilidad de neutralizar dicha diferencia a través de convenios de doble imposición, el TJUE estima que la mayor parte de los convenios celebrados por nuestro país establecen que la cantidad deducida o imputada en concepto del impuesto percibido en España no podrá exceder de la parte del impuesto del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria —calculado antes de la deducción— correspondiente a las rentas gravadas en España. Por consiguiente, la diferencia de trato únicamente podrá neutralizarse si los dividendos procedentes de España se gravan suficientemente en el otro Estado miembro. Ahora bien, si dichos dividendos no son gravados, o no lo son en una medida suficiente, no podrá deducirse

el importe del impuesto percibido en España o una parte de éste. En tal caso, la aplicación del convenio para evitar la doble imposición no puede compensar la diferencia de trato a que da lugar la normativa interna.