

**TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

ENERO-ABRIL 2005

FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE*

1. INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

En sentencia de 18 de enero, *Comisión c. Consejo* (C-257/01) el TJCE desestima el recurso de la Comisión contra el Reglamento (CE) n.º 789/2001 del Consejo, por el que el Consejo se reserva competencias de ejecución en relación con determinadas disposiciones detalladas y procedimientos prácticos de examen de solicitudes de visado, y el Reglamento 790/2001 del Consejo, por el que el Consejo se reserva competencias de ejecución en relación con determinadas normas de desarrollo y procedimientos prácticos para la realización de controles y vigilancia en las fronteras. Por ello confirma las competencias de ejecución que el Consejo se había reservado en materia de examen de solicitudes de visado y de control en las fronteras.

El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, firmado en 1990, contiene las normas relativas al cruce de fronteras exteriores y a los visados. Las normas de desarrollo —disposiciones normativas e instrucciones prácticas— de dichas reglas fueron establecidas por el Manual común (MC) y por la Instrucción consular común (ICC). Tras la incorporación del acervo de Schengen en el marco jurídico e institucional de la Unión Europea por el Tratado de Amsterdam, el Consejo adoptó los dos Reglamentos controvertidos en 2001, mediante los cuales, al reservarse competencias de ejecución en materia de solicitudes de visado y de vigilancia de las fron-

* Miembro del Servicio Jurídico, Comisión Europea.

teras, se separó del régimen de Derecho común, según el cual la ejecución de los actos de base del Consejo incumbe a la Comisión. De este modo, se establecieron dos tipos de procedimiento para la ejecución y la actualización del MC y de la ICC: por una parte, ciertas disposiciones pueden ser modificadas por decisión unánime del Consejo; por otra, los Estados miembros pueden comunicar al Consejo las modificaciones que deseen introducir en otras disposiciones.

En primer lugar, la Comisión sostenía que el Consejo no había demostrado que el carácter de las medidas de ejecución previstas por los Reglamentos pueda justificar el ejercicio de competencias de ejecución por este último. El TJCE recuerda que, en el sistema del Tratado, el ejercicio de la competencia de ejecución de un acto de base incumbe normalmente a la Comisión. Excepcionalmente, el Consejo puede reservarse el ejercicio directo de las competencias de ejecución, en casos específicos, decisión que deberá motivar pormenorizadamente, en función de la naturaleza y el contenido del acto de base que se deba aplicar o modificar. El TJCE señala que los considerandos de los Reglamentos impugnados justifican la competencia que se ha reservado el Consejo. Analizadas en su contexto específico, muestran claramente la justificación de la reserva de ejecución efectuada en su favor y permiten al TJCE ejercer su control.

En efecto, señala, en primer lugar, que, antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, dos años antes de la adopción de los Reglamentos impugnados, la política de visados del mismo modo que la política de las fronteras exteriores quedaban, en general, excluidas de la competencia de la Comunidad Europea, pero estaban comprendidas en los procedimientos organizados en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea. En segundo lugar, el título IV del Tratado CE contiene, en los artículos 67 CE y 68 CE, excepciones o disposiciones especiales, de carácter evolutivo, por lo que se refiere a los procedimientos de elaboración del Derecho derivado y de la remisión prejudicial. De este modo, el artículo 67 CE, apartados 1 y 2, prevé un período transitorio de cinco años, tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, en el que, en principio, el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento. Tras este período, el Consejo legislará a propuesta de la Comisión únicamente y podrá decidir, por unanimidad, la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 251 CE a todos o parte de los ámbitos incluidos en dicho título IV y la adaptación de las disposiciones relativas a las com-

petencias del TJCE. Disposiciones de este tipo ponen de manifiesto la especificidad de la materia regulada por los Reglamentos impugnados, que, hasta el 1 de mayo de 1999, estaba incluida, fundamentalmente, en el ámbito de los procedimientos organizados en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea, dado que, en un primer momento, los autores del Tratado no quisieron reconocer a la Comisión el monopolio de la iniciativa en esta materia. En tercer lugar, las disposiciones enumeradas taxativamente en el artículo 1 de los Reglamentos impugnados tienen un contenido claramente delimitado. Aunque representan una parte considerable de la ICC y del MC, también es cierto que no agotan en absoluto la materia de los visados y del control de las fronteras exteriores. En cuarto lugar, del octavo considerando del Reglamento n.º 789/2001 y del quinto considerando del Reglamento n.º 790/2001 se desprende que el Consejo se comprometió a examinar las condiciones en que las competencias de ejecución reservadas por dichos Reglamentos podrían atribuirse a la Comisión tras un período transitorio de tres años. En consecuencia, considera que el Consejo estimó fundadamente que se encontraba en un caso específico y motivó suficientemente la decisión de reservarse, con carácter transitorio, la competencia de ejecutar un conjunto de disposiciones enumeradas taxativamente en la ICC y el MC.

En segundo lugar, la Comisión había sostenido que el Consejo sólo tenía la alternativa de reservarse competencias de ejecución o de confiárselas a la Comisión; sin embargo, no podía autorizar a los Estados miembros a que modificaran o actualizaran determinadas partes de la ICC o del MC —en particular, la lista de documentos que sirven como permiso de residencia y la lista de casos de solicitudes de visa que requieren una consulta a las autoridades centrales. El TJCE subraya que las modificaciones que los Estados miembros pueden introducir en ciertas disposiciones de la ICC o del MC (unilateralmente o de común acuerdo con los demás Estados miembros) forman parte del mecanismo de intercambio de información de carácter fáctico que sólo poseen los Estados miembros. En este contexto, bien concreto y transitorio (a la espera del desarrollo del acervo de Schengen en el marco jurídico e institucional de la Unión Europea), el TJCE considera que no puede reprocharse al Consejo que haya establecido un procedimiento de comunicación, por parte de los Estados miembros, de las modificaciones que están autorizados a introducir, salvo que se hubiera acreditado que el procedimiento así establecido es susceptible de perjudicar la aplicación eficaz y correcta de la IC o del MC, algo

que la Comisión no había demostrado. La Comisión tampoco había demostrado la necesidad de recurrir a un procedimiento uniforme, cuando la ICC remite a las leyes y prácticas nacionales.

2. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO

2.1. En la sentencia de 15 de marzo, *España c. Eurojust* (C-160/03) el TJCE declara inadmisibles un recurso contra diversos puntos de siete convocatorias de candidaturas para la contratación de agentes temporales publicadas por Eurojust. El artículo 41 UE no establece que el artículo 230 CE sea aplicable a las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal que figuran en el título VI del Tratado de la Unión Europea, puesto que la competencia del TJCE en este ámbito está mencionada expresamente en el artículo 35 UE, al que remite el artículo 46 UE, letra b). En cualquier caso, España se había opuesto a que las convocatorias de candidaturas impugnadas se consideren actos adoptados en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea. De ello deduce que no cabía declarar la admisibilidad del recurso interpuesto sobre la base del artículo 230 CE.

Por lo que respecta al derecho a la tutela judicial efectiva en el marco de la comunidad de Derecho señala que los actos impugnados en el presente caso no quedan sustraídos a todo control jurisdiccional. Los principales interesados, a saber, los candidatos a los distintos puestos de trabajo que figuran en las convocatorias impugnadas, tenían acceso al órgano jurisdiccional comunitario en las condiciones previstas en el artículo 91 del Estatuto de los funcionarios. En el supuesto de tal recurso, se admite la intervención de los Estados miembros en el litigio conforme al artículo 40 del Estatuto del TJCE y, en su caso, pueden interponer un recurso de casación contra la sentencia del TPI como se deriva del artículo 56, párrafos segundo y tercero, del mismo Estatuto.

2.2. La sentencia de 15 de marzo, *Comisión c. AMI y otros* (C-294/02) contiene precisiones interesantes sobre la capacidad procesal de sociedades inmersas en procedimientos concursales.

Un recurso contra una sociedad es inadmisiblesi, en la fecha de su interposición, dicha sociedad no tenía capacidad jurídica ni capacidad procesal. La ley aplicable a este respecto es la ley con arreglo a la cual se ha constituido la sociedad de que se trata, en este caso, la ley alemana.

Había quedado acreditado que en el Derecho alemán una sociedad de responsabilidad limitada pierde su capacidad procesal con su disolución, que presupone la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil, previa comprobación de la falta de patrimonio. Por lo tanto, la cancelación constituye una presunción de la inexistencia de patrimonio.

El segundo problema era que en la fecha de interposición del recurso se habían instado dos procedimientos concursales contra dos sociedades con arreglo a las legislaciones nacionales aplicables a cada una de ellas. Conforme a las disposiciones nacionales pertinentes de Derecho alemán un recurso como el interpuesto por la Comisión habría sido, en estas circunstancias, declarado inadmisibles de haberse interpuesto contra estas sociedades ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Habida cuenta de que ni el Estatuto del TJCE ni su Reglamento de Procedimiento contienen disposiciones específicas acerca del curso que debe darse a los recursos interpuestos contra partes concursales en procedimientos concursales, han de deducirse las normas aplicables de los principios comunes a los Derechos procesales de los Estados miembros en la materia. A este respecto, consiera que la mayoría de los Derechos procesales de los Estados miembros prevén que los acreedores no pueden alegar aisladamente sus créditos en vía jurisdiccional en contra de una persona que sea objeto de un procedimiento concursal, sino que deben seguir las normas del procedimiento aplicable, de tal modo que, de no hacerlo así, el recurso será inadmisibles. Los Estados miembros están, por otra parte, obligados a respetar mutuamente los procedimientos incoados en alguno de ellos. Las instituciones comunitarias se beneficiarían de una ventaja injustificada en comparación con los demás acreedores, si les fuera posible reclamar sus créditos en los procedimientos sustanciados ante los órganos jurisdiccionales comunitarios, cuando esté excluido el ejercicio de toda acción ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Por ello declara inadmisibles el recurso de la Comisión en la medida en que se dirige contra dos de las empresas.

3. MERCADO INTERIOR Y LIBRE CIRCULACION

3.1. En la sentencia de 15 de marzo, *Bidar* (C-209/03) el TJCE considera que una ayuda que se concede mediante préstamos subvencionados o becas a los estudiantes que residen legalmente en el Estado miembro de acogida y destinada a sufragar sus gastos de manutención está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Tratado CE a efectos de la

prohibición de discriminación establecida en el artículo 12 CE, párrafo primero. Esta disposición se opone a una normativa nacional que únicamente conceda el derecho a una ayuda que sufrague sus gastos de manutención a los estudiantes que estén establecidos en el Estado miembro de acogida, excluyendo que un nacional de otro Estado miembro obtenga, en su condición de estudiante, el estatuto de persona establecida, aun cuando dicho nacional resida legalmente y haya efectuado una parte importante de sus estudios de enseñanza secundaria en el Estado miembro de acogida y, por consiguiente, haya establecido un vínculo real con la sociedad del referido Estado.

3.2. La sentencia de 17 de febrero, *Oulane* (C-215/03), considera que de acuerdo con el artículo 4.2, párrafo tercero, de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, el reconocimiento por un Estado miembro del derecho de estancia de un destinatario de servicios nacional de otro Estado miembro no puede estar supeditado a la presentación por dicho nacional de un documento de identidad o un pasaporte válido, si su identidad y su nacionalidad pueden probarse inequívocamente por otros medios. Para el TJCE la obligación de presentar un documento de identidad o un pasaporte válido tiene por objeto, por una parte, simplificar la solución de los problemas relacionados con la prueba del derecho de residencia no sólo para los ciudadanos sino también para las autoridades nacionales y, por otra, establecer los requisitos máximos que un Estado miembro puede exigir a los interesados para reconocer su derecho de residencia. No obstante, el hecho de que dicha prueba sólo pueda consistir, en todos los casos, en la presentación de un documento de identidad o un pasaporte válido va claramente más allá de los objetivos de la Directiva 73/148. Si, pese a no presentar un documento de identidad o un pasaporte válido, el interesado puede, no obstante, acreditar inequívocamente su nacionalidad por otros medios, el Estado miembro de acogida no puede cuestionar su derecho de residencia debido únicamente a que no presentó uno u otro de los documentos mencionados.

Considera también que el artículo 49 CE se opone a que los nacionales de los Estados miembros estén obligados en otro Estado miembro a presentar un documento de identidad o un pasaporte válido para acreditar su nacionalidad, si dicho Estado miembro no impone a sus propios nacio-

nales una obligación general de identificación, permitiéndoles probar su identidad por cualquier medio admitido en el Derecho nacional. Según la jurisprudencia nacional, la legislación neerlandesa no establece una obligación universal y general de identificación, sino obligaciones limitadas que se circunscriben a determinadas situaciones. Una de esas obligaciones se refiere al control de los extranjeros. Según dicha jurisprudencia, la persona que, durante un control, declara ser de nacionalidad neerlandesa, debe acreditar la verosimilitud de su declaración. Además de la presentación de un documento de identidad, un pasaporte válido o incluso un permiso de conducir expedido en los Países Bajos, la verosimilitud de la identidad puede deducirse de la consulta de los datos de que dispongan las autoridades locales neerlandesas. En cambio, si un ciudadano declara ser nacional de otro Estado miembro, pero no puede presentar un documento de identidad o un pasaporte válido, las autoridades nacionales lo retienen hasta que presente dichos documentos.

El TJCE considera también que la adopción de una medida de internamiento con fines de expulsión de un nacional de otro Estado miembro, motivada por la no presentación de un documento de identidad o un pasaporte válido, aun cuando no exista una amenaza para el orden público, constituye un obstáculo injustificado a la libre prestación de servicios y, por lo tanto, vulnera el artículo 49 CE.

3.3. La sentencia de 12 de abril, *Keller* (C-145/03) da respuesta a una petición que se inscribía en el marco de un litigio entre los herederos de la Sra. Keller, subrogados en los derechos de ésta en el curso del procedimiento principal, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA). Dicho litigio se originó por la negativa de este último, denominado, cuando ocurrieron los hechos del litigio principal, INSALUD, a reembolsar los gastos de la asistencia hospitalaria recibida por la Sra. Keller en una clínica suiza.

El TJCE considera que el artículo 22.1, letras a), inciso i), y c), inciso i), del Reglamento n.º 1408/71 y el artículo 22.1 y 3 del Reglamento n.º 574/72 han de interpretarse en el sentido de que la institución competente que consintió, mediante la expedición de un formulario E 111 o de un formulario E 112, que uno de sus beneficiarios de la seguridad social recibiera asistencia médica en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente está vinculada por los diagnósticos relativos a la necesidad de asistencia urgente de carácter vital, efectuados durante el período de validez del formula-

rio por médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia, así como por la decisión de tales médicos adoptada, durante ese mismo período, basándose en dichos diagnósticos y en los conocimientos médicos del momento, de trasladar al interesado a un establecimiento hospitalario situado en otro Estado, aun en el caso de que éste sea un Estado tercero. No obstante, en tal situación, el derecho del asegurado a las prestaciones en especie servidas por cuenta de la institución competente está sujeto a la condición de que, según la legislación aplicada por la institución del Estado miembro de estancia, ésta esté obligada a servir a una persona que está afiliada a ella las prestaciones en especie correspondientes a dicha asistencia. En tales circunstancias, la institución competente no tiene derecho ni a exigir el regreso del interesado al Estado miembro competente para someterle en él a un control médico, ni a hacer que se le examine en el Estado miembro de estancia, ni a supeditar los diagnósticos y las decisiones anteriormente mencionadas a una aprobación por su parte.

El TJCE pone el acento en el objetivo que persigue el artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71 y a la función que cumplen los formularios E 111 y E 112 en el sistema creado por dicho artículo. Al garantizar al asegurado sometido a la legislación de un Estado miembro, cuyo estado de salud requiere de modo inmediato una prestación sanitaria durante una estancia en otro Estado miembro o que cuenta con una autorización de la institución competente para desplazarse a otro Estado miembro a fin de recibir en el mismo la asistencia apropiada a su estado de salud, el acceso a la asistencia en este otro Estado miembro en condiciones de cobertura tan favorables como aquellas de que disfrutaban los beneficiarios a quienes se aplica la legislación de este último Estado, el artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71 contribuye a facilitar la libre circulación de los asegurados y, en la misma medida, la prestación de servicios médicos transfronterizos entre los Estados miembros.

La realización de este objetivo se basa en un reparto de responsabilidades entre la institución competente y la institución del Estado miembro de estancia. En efecto, corresponde a la institución competente decidir, en el supuesto contemplado en el artículo 22.1, letra c), la concesión de la autorización que permita al beneficiario de la seguridad social desplazarse a otro Estado miembro con fines médicos; establecer, conforme a su normativa nacional, la duración del servicio de las prestaciones en el Estado miembro de estancia y asumir el coste de dichas prestaciones. Por otro lado, corresponde a la institución del Estado miembro de estancia

servir tales prestaciones, según las disposiciones de la legislación que aquélla aplique, como si el beneficiario de la seguridad social de que se trate fuera uno de sus afiliados. De esta regla de reparto de responsabilidades se desprende que, toda vez que consintió, al expedir un formulario E 111 o un formulario E 112, que uno de sus beneficiarios de la seguridad social que se encuentra en uno de los supuestos previstos en el artículo 22.1 del Reglamento n.º 1408/71, recibiera asistencia médica fuera del Estado miembro competente, la institución competente se remite a los médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia, que ejercen en el marco de su función, llamados a hacerse cargo del interesado en este último Estado, y está obligada a aceptar y reconocer los diagnósticos efectuados y las opciones terapéuticas dictadas por tales médicos como si emanaran de médicos autorizados que hubieran tenido que prestar asistencia al asegurado en el Estado miembro competente, sin perjuicio de la posible existencia de un comportamiento abusivo.

Considera irrelevante, a efectos de determinar el carácter vinculante para la institución competente de tales diagnósticos y decisiones, que el Estado al que dichos médicos decidieron trasladar al interesado no sea miembro de la Unión Europea, puesto que la decisión terapéutica así tomada es competencia de los médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia y de dicha institución. En estas circunstancias, no cabe sostener que los diagnósticos efectuados y las decisiones tomadas en materia terapéutica por médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia deben someterse a aprobación por la institución competente. En efecto, tal tesis supone ignorar la regla del reparto de responsabilidades que subyace en el artículo 22.1, letras a), inciso i), y c), inciso i), del Reglamento n.º 1408/7, así como el principio de reconocimiento recíproco de competencias profesionales de los médicos, y va en contra de los intereses del paciente que necesita asistencia urgente de carácter vital.

Los demandados en el litigio principal alegaban que el objetivo de planificación y organización de la oferta hospitalaria se pondría en peligro si a los beneficiarios de la seguridad social les estuviera permitido acceder libremente a prestaciones sanitarias en cualquier Estado, incluido un Estado tercero. Aunque el TJCE admite que tal objetivo puede justificar que la cobertura, por la institución competente, de la asistencia recibida fuera del Estado miembro competente se supedite a una autorización previa de dicha institución, no resultan, en cambio, pertinentes las consi-

deraciones relacionadas con dicho objetivo cuando la institución competente ha consentido precisamente, mediante la expedición de un formulario E 111 o de un formulario E 112, que uno de sus asegurados reciba asistencia hospitalaria fuera del Estado miembro competente.

Mediante la segunda cuestión planteada, el órgano jurisdiccional remitente solicitaba en esencia al TJCE que determinaran las condiciones y modalidades de asunción de los gastos de la asistencia médica recibida en un Estado tercero en circunstancias tales como las del asunto principal. El TJCE responde que en el caso de que los médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia opten, por razones de urgencia vital y habida cuenta de los conocimientos médicos del momento, por el traslado del asegurado a un establecimiento hospitalario situado en el territorio de un Estado tercero, el artículo 22.1, letras a), inciso i), y c), inciso i), del Reglamento n.º 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que la institución del Estado miembro de estancia ha de asumir el coste de la asistencia prestada en aquel Estado de conformidad con la legislación que ella aplique, en condiciones idénticas a las que disfrutaban los beneficiarios de la seguridad social a quienes se aplica dicha legislación. Por lo que respecta a la asistencia que figura entre las prestaciones previstas en la legislación del Estado miembro competente, corresponde posteriormente a la institución de este último Estado soportar la carga de las prestaciones así realizadas, reembolsando a la institución del Estado miembro de estancia en las condiciones establecidas en el artículo 36 del Reglamento n.º 1408/71. Toda vez que la institución del Estado miembro de estancia no asumió el coste de la asistencia prestada en un establecimiento situado en un Estado tercero, que ha quedado acreditado que la persona afectada tenía derecho a que así fuera y que dicha asistencia figura entre las prestaciones previstas en la legislación del Estado miembro competente, corresponde a la institución competente reembolsar directamente a la referida persona o a sus derechohabientes el coste de tal asistencia a fin de garantizarle un nivel de asunción del coste equivalente al que dicha persona habría disfrutado si se hubiera aplicado lo dispuesto en el artículo 22.1 del Reglamento n.º 1408/71.

3.4. La sentencia de 10 de marzo, *Laboratoires Fournier* (C-39/04) considera que el artículo 49 CE es contrario a la legislación de un Estado miembro que reserva exclusivamente a las actividades de investigación realizadas en el territorio de este Estado miembro el beneficio de un crédito fiscal en materia de investigación. El Gobierno francés sostenía que

la normativa nacional controvertida en el litigio principal está justificada por el objetivo de promover la investigación y por la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales. Aunque el TJCE acepta que la promoción de la investigación y del desarrollo constituyen una razón imperiosa de interés general, añade que dicha promoción no puede justificar una medida nacional que impide que se beneficie de un crédito fiscal en materia de investigación cualquier actividad de investigación que no haya sido realizada en el Estado miembro de que se trata. En efecto, tal normativa se opone frontalmente al objetivo de la política comunitaria en el ámbito de la investigación y del desarrollo tecnológico, que, conforme al artículo 163.1 CE es, en especial, «fortalecer las bases científicas y tecnológicas de su industria y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional». El apartado 2 del mismo artículo precisa, en particular que, para ello, la Comunidad «apoyará [los] esfuerzos de cooperación [de las empresas], fijándose, en especial, como objetivo, permitir a [éstas] la plena utilización de las potencialidades del mercado interior, en particular por medio de [...] la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación».

3.5. La sentencia de 21 de abril, *Comisión c. Grecia* (C-140/03) declara que Grecia ha incumplido el artículo 43 CE al adoptar y mantener en vigor una Ley relativa al ejercicio de la profesión de óptico y a los comercios de artículos de óptica, que no permite a un óptico diplomado, persona física, explotar más de una óptica. También declara que Grecia ha incumplido los artículos 43 CE y 48 CE al adoptar y mantener en vigor dos Leyes de desarrollo del sistema nacional de seguridad social y otras disposiciones, que supeditan la posibilidad de que una persona jurídica abra una óptica en Grecia a los requisitos de que la autorización para abrir y explotar la óptica se expida a nombre de un óptico titulado, persona física, el titular de la autorización para explotar la óptica participe al menos en un 50% en el capital de la sociedad y en sus beneficios y pérdidas, la sociedad sea colectiva o comanditaria, y dicho óptico participe, como máximo, en otra sociedad propietaria de una óptica, a condición de que la autorización para abrir y explotar ésta se expida a nombre de otro óptico titulado.

4. APROXIMACION DE LEGISLACIONES

4.1. En su sentencia de 11 de enero, *Stadt Halle* (C-26/03), el TJCE concluye que el artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, relativa a los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras debe interpretarse en el sentido de que la obligación de los Estados miembros de garantizar una posibilidad de recurso eficaz y rápido contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras se aplica asimismo a las decisiones adoptadas sin un procedimiento formal de contratación pública y con anterioridad a una licitación formal y, en particular, a la decisión que establece si un determinado contrato está o no comprendido dentro del ámbito de aplicación personal y material de la Directiva 92/50 (contratos públicos de servicios), en su versión modificada. Dispone de esta posibilidad de recurso cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener el contrato de que se trate y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción, siempre que exista una manifestación de la voluntad de la entidad adjudicadora que pueda producir efectos jurídicos. Por tanto, los Estados miembros no están autorizados a supeditar la posibilidad de recurso al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase.

En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva. El TJCE recuerda que una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

Recuerda el TJCE que con arreglo a su jurisprudencia no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad

pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan. En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. A este respecto, señala, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta. En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.

La sentencia de 13 de enero, *Comisión c. España* (C-84/03) declarar que España ha incumplido las Directivas 93/36/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y 93/37/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas y, en particular, al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y, en concreto, en el artículo 1.3 de dicho Texto Refundido a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las mencionadas Directivas; al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido y, en concreto, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan

contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas.

Con respecto a los convenios de colaboración, recuerda que conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. En consecuencia, dado que excluye *a priori* del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española constituía una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37.

En sentencia de 3 de marzo, *Fabricom* (C-21/03 y C-34/03), el TJCE concluye que las Directivas comunitarias sobre contratación pública se oponen a una norma nacional conforme a la cual se prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia.

El TJCE acepta que, en efecto, por una parte, la persona que haya participado en determinados trabajos preparatorios puede verse favorecida a la hora de formular su oferta, en virtud de la información que haya podido obtener sobre el contrato público en cuestión al realizar los mencionados trabajos. Pues bien, todos los licitadores deben disponer de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas. Por otra parte, dicha persona puede encontrarse en una situación que dé lugar a un conflicto de intereses, en el sentido de que si licita en el mismo contrato público, puede influir involuntariamente en las condiciones de éste, orientándolo en un sentido que le sea favorable. Esta situación podría falsear la competencia entre los licitadores. Por tanto, teniendo en cuenta que la persona que haya efectuado determinados trabajos preparatorios podría

hallarse en tal situación, no cabe afirmar que el principio de igualdad de trato obligue a tratarla del mismo modo que a cualquier otro licitador.

Sin embargo, destaca que una norma como la controvertida en el litigio principal no concede a la persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios ninguna posibilidad de demostrar que, en su caso particular, no se plantean los problemas expuestos anteriormente. Pues bien, esta norma va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de la igualdad de trato entre todos los licitadores. En efecto, la aplicación de la mencionada norma puede llevar a excluir del procedimiento de adjudicación a personas que hayan realizado determinados trabajos preparatorios aun cuando su participación en dicho procedimiento no implique riesgo alguno para la competencia entre los licitadores.

4.2. La sentencia de 21 de abril, *Lindberg* (C-267/03) aporta precisiones importantes sobre la Directiva 83/189/CEE del Consejo, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. Considera el TJCE que unas disposiciones nacionales como las de la Ley sueca sobre loterías, pueden constituir un reglamento técnico con arreglo al artículo 1.9 de la Directiva 83/189 (en su versión modificada por la Directiva 94/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo), en la medida en que establecen una prohibición de organizar juegos de azar mediante la explotación de ciertas máquinas recreativas y de azar, en tanto se demuestre que el alcance de la prohibición controvertida es tal que no permite utilización alguna distinta de la meramente marginal que puede esperarse razonablemente del producto de que se trata o, si no fuera así, en tanto se demuestre que esta prohibición puede afectar significativamente a la composición, naturaleza o comercialización de dicho producto.

El problema derivaba del hecho que la medida no se refería necesariamente al producto o a su envase como tales y no fija, por tanto, una de las características requeridas de un producto con arreglo al artículo 1.2 de la Directiva 83/189. Mediante la Directiva 94/10, aplicable *ratione temporis* al litigio principal, se introdujo en la Directiva 83/189 una segunda categoría de reglamentos técnicos con la denominación de «otro requisito». A la vista del origen de esta disposición, señala el TJCE que una medida nacional como la prohibición controvertida en el litigio principal parece específicamente comprendida en el concepto de «otro requisito» introducido por la Directiva 94/10 en la Directiva 83/189 para am-

pliar el ámbito de aplicación de esta última y, en consecuencia, no está incluida en la categoría de las especificaciones técnicas.

En segundo lugar, concluye que la redefinición en una normativa nacional de un servicio vinculado a la construcción de un producto, en particular el consistente en explotar ciertas máquinas recreativas y de azar puede constituir un reglamento técnico que debe ser notificado en virtud de la Directiva 83/189, en su versión modificada por la Directiva 94/10, si esta nueva normativa no se limita a reproducir o sustituir, sin añadir especificaciones técnicas ni otros requisitos nuevos o adicionales, reglamentos técnicos existentes debidamente notificados a la Comisión, siempre que éstos hayan sido adoptados tras la entrada en vigor de la Directiva 83/189 en el Estado miembro de que se trate.

Finalmente, considera que el paso, en la normativa nacional, de un régimen de licencia a un régimen de prohibición puede ser una circunstancia relevante a efectos de la obligación de notificación prevista por la Directiva 83/189, en su versión modificada por la Directiva 94/10.

4.3. En la sentencia de 20 de enero, *Glaxosmithkline* (C-296/03) el TJCE ha precisado que el plazo fijado en el artículo 6.1, párrafo primero, de la Directiva 89/105/CEE del Consejo, relativa a la transparencia de las medidas que regulan la fijación de precios de los medicamentos para uso humano y su inclusión en el ámbito de los sistemas nacionales del seguro de enfermedad, es un plazo imperativo que las autoridades nacionales no pueden sobrepasar. Corresponde a los Estados miembros determinar si el incumplimiento del plazo no se opone a que las autoridades competentes adopten formalmente una nueva decisión cuando la decisión anterior ha sido anulada en vía judicial, posibilidad que sólo puede ejercitarse en un plazo razonable, que, en cualquier caso, no puede exceder del plazo previsto en dicho artículo. En la sentencia de 20 de enero, *Merck, Sharp & Dohme* (C-254/03), añadió que esta disposición no impone la inclusión automática de un medicamento en la lista de especialidades farmacéuticas cubiertas por el sistema del seguro de enfermedad en caso de incumplimiento del plazo fijado en dicho artículo.

4.4. La sentencia de 10 de marzo, *easyCar* (C-336/03) interpreta que el artículo 3.2 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «con-

tratos de suministro de servicios de transporte» incluye los contratos de suministro de servicios de alquiler de vehículos.

4.5. La sentencia de 17 de marzo, *The Gillette Company* (C-228/03) resuelve una petición presentada en el marco de un litigio entre, por una parte, las sociedades *The Gillette Company* y *Gillette Group Finland Oy* y, por otra, la sociedad *LA-Laboratories Ltd Oy*, relativo a la mención por parte de esta última de las marcas *Gillette* y *Sensor* en los envoltorios de los productos que comercializa.

El TJCE concluye que la licitud del uso de la marca con arreglo al artículo 6.1, letra c), de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, depende de si este uso es necesario para indicar el destino de un producto. El uso de la marca ajena por un tercero es necesario para indicar el destino de un producto comercializado por éste cuando dicho uso constituye en la práctica el único modo de proporcionar al público una información comprensible y completa sobre este destino, con objeto de mantener el sistema de competencia no falseado en el mercado de este producto.

El órgano jurisdiccional remitente deseaba también saber cómo debe interpretarse el requisito del artículo 6.1, letra c), de la Directiva 89/104, con arreglo al cual el uso de la marca por un tercero en el sentido de esta disposición se realiza conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. Para el TJCE el requisito de «prácticas leales», en el sentido del artículo 6.1, letra c), de la Directiva 89/104, constituye esencialmente la expresión de una obligación de lealtad con respecto a los intereses legítimos del titular de la marca. El uso de la marca no resulta conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial, especialmente cuando se realiza de modo que puede inducir a pensar que existe un vínculo comercial entre el tercero y el titular de la marca; afecta al valor de la marca al obtener indebidamente una ventaja de su carácter distintivo o de su reputación; desacredita o denigra dicha marca, o el tercero presenta su producto como imitación o réplica del producto que lleva la marca ajena. El hecho de que un tercero utilice una marca ajena para indicar el destino del producto que comercializa no implica necesariamente que lo presente como si fuera de la misma calidad o tuviera características equivalentes a las del producto que lleva esta marca. El que eventualmente el tercero pueda presentar el producto que comercializa como si fuera de la

misma calidad o tuviera características equivalentes a las del producto cuya marca utiliza constituye un elemento que el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta a la hora de comprobar que tal uso se realice conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. En el caso de que un tercero que utilice una marca ajena comercialice, además de piezas de recambio o accesorios, el mismo producto con el que está previsto utilizar tales piezas de recambio o accesorios, tal uso estará comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 6.1 letra c), de la Directiva 89/104 siempre y cuando sea necesario para indicar el destino del producto comercializado por el tercero y se realice conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial.

5. DERECHO DE LA COMPETENCIA

5.1. La sentencia de 15 de febrero, *Comisión c. Tetra Laval* (C-12/03 P) desestima un recurso de casación interpuesto por la Comisión contra la sentencia del TPI de 25 de octubre de 2002, *Tetra Laval/Comisión* (T-5/02, Rec. p. II-4381), mediante la cual dicho Tribunal anuló la Decisión 2004/124/CE de la Comisión, por la que se declaraba la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común y el funcionamiento del Acuerdo EEE (Asunto COMP/M. 2416 - Tetra Laval/Sidel).

La sentencia contiene importantes precisiones sobre el control jurisdiccional de decisiones relativas a concentraciones de empresas. El TJCE admite que la Comisión dispone de cierto margen de apreciación en materia económica, pero ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. Un control de este tipo es aún más necesario cuando se trata de un análisis prospectivo que viene exigido por el examen de un proyecto de concentración que produce un efecto de conglomerado.

Considera que aunque el TPI precisó, en la sentencia recurrida, que la demostración de los efectos de conglomerado contrarios a la competencia de una concentración del tipo de la notificada requiere un examen preciso, apoyado en pruebas sólidas («convincing evidence»), de las circuns-

tancias supuestamente constitutivas de tales efectos, no añadió en modo alguno un requisito relativo al grado de exigencia probatoria, limitándose a recordar la función esencial de la prueba, que no es otra que la de convencer del fundamento de una tesis o, como en el caso de autos, de una decisión en materia de concentraciones. Un análisis prospectivo, como los que resultan necesarios en materia de control de las concentraciones, requiere ser efectuado con gran atención, puesto que no se trata de examinar hechos del pasado, en relación con los cuales se dispone con frecuencia de numerosos datos que permiten comprender sus causas, ni tan siquiera de hechos presentes, sino precisamente de prever hechos que se producirán en el futuro, según una probabilidad mayor o menor, en el caso de que no se adopte ninguna decisión que prohíba la concentración proyectada o que precise las condiciones de la misma. Así pues, el análisis prospectivo consiste en examinar de qué modo podría una operación de concentración modificar los factores que determinan la situación de la competencia en un mercado dado, a fin de verificar si dicha operación supondría un obstáculo significativo para una competencia efectiva. Un análisis de este tipo requiere imaginar las diversas relaciones de causa a efecto posibles, para dar prioridad a aquellas cuya probabilidad sea mayor.

El análisis de una operación de concentración de tipo «conglomerado» es un análisis prospectivo en el cual la consideración de un lapso de tiempo proyectado hacia el futuro, por un lado, y el apalancamiento necesario para que exista un obstáculo significativo para una competencia efectiva, por otro, implican que las relaciones de causa a efecto no se perciben con nitidez, adolecen de incertidumbre y son difíciles de determinar. En este contexto, es sumamente importante la calidad de las pruebas que presenta la Comisión para acreditar la necesidad de una decisión que declare la operación de concentración incompatible con el mercado común, puesto que tales pruebas deben confirmar las apreciaciones de la Comisión según las cuales, de no adoptarse una decisión de ese tipo, resultaría plausible una evolución económica como la que sirve de base a dicha institución. Es por ello que considera que el TPI no incurrió en ningún error de Derecho al recordar los criterios del control judicial que ejerce o al precisar la calidad de las pruebas que ha de aportar la Comisión para demostrar que concurren los requisitos del artículo 2.3 del Reglamento sobre concentraciones.

No obstante, también considera que resultaría contrario al objetivo de prevención del Reglamento exigir a la Comisión que analice, respecto de

cada proyecto de concentración, en qué medida los incentivos para la adopción de comportamientos contrarios a la competencia podrían verse reducidos, o incluso eliminados, como consecuencia de la ilegalidad de dichos comportamientos, de la posibilidad de que sean descubiertos y reprimidos por las autoridades competentes, tanto a nivel comunitario como nacional, y de las sanciones pecuniarias que podrían acarrear. En efecto, un análisis como el exigido por el TPI obligaría a un examen exhaustivo y detallado de la normativa de los diversos ordenamientos jurídicos que pudieran aplicarse, así como de la política represiva practicada en estos últimos. Por lo demás, para que resulte útil, un análisis de este tipo presupone un elevado grado de probabilidad en cuanto a los hechos que se considera pueden ser objeto de reproche por formar parte de un comportamiento contrario a la competencia. Por ello, en la fase de valoración del proyecto de concentración, un análisis para verificar la probable existencia de una infracción del artículo 82 CE y comprobar si la misma será objeto de sanción en varios ordenamientos jurídicos sería demasiado especulativo e impediría a la Comisión basar su valoración en el conjunto de hechos pertinentes a fin de verificar si sustentan la descripción de una evolución económica como el apalancamiento.

Del examen del segundo motivo de casación en su conjunto deduce que, si bien es verdad que el TPI incurrió en error de Derecho al descartar las conclusiones de la Comisión relativas a la adopción por la nueva entidad de comportamientos que podían dar lugar a un apalancamiento, no es menos cierto que dicho TPI declaró legítimamente que la Comisión debería haber tenido en cuenta los compromisos asumidos por Tetra en relación con el comportamiento futuro de dicha nueva entidad. En efecto, en lo que atañe a la consideración de los compromisos de comportamiento de Tetra, el TPI declaró acertadamente que el hecho de que aquella sociedad propusiera compromisos relativos a su comportamiento futuro es un factor que la Comisión debía tener en cuenta necesariamente al valorar la probabilidad de que la nueva entidad se comportara de un modo tal que permitiera la creación de una posición dominante en uno o varios de los mercados pertinentes. Por consiguiente, aun cuando este motivo de casación estaba parcialmente fundado, no justifica la impugnación de la sentencia recurrida por haber anulado la Decisión controvertida, en la medida en que tal anulación tiene su fundamento, en particular, en la negativa de la Comisión a tomar en consideración los referidos compromisos.

5.2. La sentencia de 22 de febrero, *Comisión c. max.mobil* (C-141/02 P) anula la sentencia del TPI de 30 de enero de 2002, *max.mobil/Comisión* (T-54/99). La sociedad *max.mobil*, demandante en primera instancia, había solicitado a la Comisión que declarase que la Austria había infringido el artículo 82 en relación con el artículo 86.1 CE.

El TJCE considera que del tenor literal del artículo 86.3 CE y del sistema del conjunto de las disposiciones de este artículo se desprende que la Comisión no está obligada a actuar en el sentido de dichas disposiciones y los particulares no pueden exigir que esta institución se pronuncie de un modo determinado. La circunstancia de que el demandante tenga un interés directo e individual en la anulación de la decisión por la que la Comisión se niega a dar curso a su denuncia no le da derecho a impugnar esta decisión. En efecto, no cabe considerar que el escrito mediante el cual la Comisión informó a la sociedad *max.mobil* de que no tenía intención de actuar contra Austria produzca efectos jurídicos vinculantes de manera que no constituye un acto impugnabile contra el que pueda dirigirse un recurso de anulación. El demandante no puede tampoco invocar un derecho a interponer un recurso basándose en el Reglamento n.º 17, que no se aplica al artículo 86 CE. Esta apreciación no es contraria al principio de buena administración ni a ningún otro principio general del Derecho comunitario. Para el TJCE ningún principio general del Derecho comunitario requiere que una empresa esté legitimada para impugnar ante el juez comunitario la negativa de la Comisión a actuar contra un Estado miembro, sobre la base del artículo 86 CE. Por tanto, la sociedad *max.mobil* no estaba legitimada para impugnar ante el TPI la decisión de la Comisión por la que ésta se negaba a reprimir y sancionar una supuesta infracción de las normas sobre la competencia derivada de la decisión del Gobierno austriaco de no diferenciar los importes de los cánones exigidos, respectivamente, a esta sociedad y a su competidora, *Mobilkom*, por la explotación de sus redes de telefonía móvil.

5.3. La sentencia de 13 de enero, *Pape* (C-175/02) aclara que la prohibición de ejecución establecida en el artículo 88.3 CE última frase, no puede aplicarse a una exacción salvo en el caso de que ésta, o una parte específica de su recaudación, esté *obligatoriamente* destinada a la financiación de una ayuda. Cuando existe dicha vinculación, la recaudación del tributo afecta directamente a la cuantía de la ayuda y, en consecuencia, a la valoración de la compatibilidad de esta ayuda con el mercado común.

En la misma línea, la sentencia de 13 de enero, *Streek Westelijk Noord-Brabant* (C-174/02) concluye que el artículo 88.3 CE, última frase debe interpretarse en el sentido de que puede ser invocado por un justiciable sujeto a una tasa que forme parte de una medida de ayuda y que sea percibida vulnerando la prohibición de ejecución prevista en esta disposición, independientemente de la cuestión de si este justiciable resulta afectado por la distorsión de la competencia derivada de la medida de ayuda. No obstante la prohibición que establece el artículo 88.3 CE, última frase, sólo se aplica a una tasa si existe una relación vinculante entre el destino de la recaudación de esta tasa y la medida de ayuda en cuestión. El hecho de que la ayuda se conceda en forma de exención de la tasa o que la pérdida de ingresos derivada de esta exención sea, por necesidades de estimación del presupuesto del Estado miembro de que se trate, compensada por un aumento de la tasa no bastan por sí mismos para crear dicha relación.

5.4. A caballo entre el derecho de las ayudas y el derecho de la energía está la sentencia de 14 de abril, *AEM SpA* (C-128/03 y C-129/03). El TJCE concluye que una medida como la controvertida en el litigio principal, que con carácter transitorio impone únicamente a las empresas productoras y distribuidoras de energía eléctrica procedente de centrales hidroeléctricas y geotérmicas un incremento del canon por el acceso a la red nacional de transmisión de electricidad y por el uso de esta red, con el fin de compensar la ventaja generada en favor de dichas empresas durante el período transitorio en virtud de la liberalización del mercado de la electricidad como consecuencia de la adaptación del Derecho interno a la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, constituye una diferenciación entre empresas en materia de cargas que resulta de la naturaleza y de la estructura del sistema de cargas considerado. En consecuencia, esta diferenciación no constituye en sí misma una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE. Sin embargo, el examen de una ayuda no puede separarse del de los efectos de su modo de financiación. Si el destino del incremento del canon por el acceso a la red nacional de transmisión de electricidad y por el uso de esta red está obligatoriamente vinculado a un régimen de ayuda nacional, en el sentido de que los ingresos recaudados en virtud de dicho incremento se destinan imperiosamente a la financiación de la ayuda en cuestión, como ocurre en el litigio princi-

pal, el referido incremento forma parte integrante de dicho régimen y, por ende, debe examinarse junto con éste.

La regla del acceso sin discriminación a la red nacional de transmisión de electricidad consagrada en la Directiva 96/92 no se opone a que un Estado miembro adopte una medida transitoria, como la controvertida en el litigio principal, por la que se impone sólo a determinadas empresas productoras y distribuidoras de electricidad un incremento del canon por el acceso a dicha red y por el uso que se haga de ésta, con el fin de compensar la ventaja generada en favor de dichas empresas durante el período transitorio en virtud de la modificación del marco normativo como consecuencia de la liberalización del mercado de la electricidad debido a la adaptación del Derecho interno a la citada Directiva. Sin embargo, incumbe al órgano jurisdiccional remitente garantizar que el incremento del canon no exceda de lo que sea necesario para compensar la referida ventaja.

5.5. Sentencia de 14 de abril, *Bélgica c. Comisión* (C-110/03) desestima un recurso de anulación contra el Reglamento (CE) n.º 2204/2002 de la Comisión, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo.

El TJCE desestima los diferentes motivos basados en que el Reglamento impugnado no garantiza el objetivo de transparencia y seguridad jurídica, en la vulneración de los principios generales del Derecho comunitario que son los principios de subsidiariedad, de proporcionalidad, de coherencia de las actuaciones comunitarias y de no discriminación, y en una violación del Tratado, en la medida en que, tras la entrada en vigor del artículo 137 CE, apartado 3, introducido en dicho Tratado por el Tratado de Amsterdam, el Reglamento impugnado ya no podía adoptarse sobre la base del Reglamento (CE) n.º 994/98 del Consejo, sobre la aplicación de los artículos [87] y [88] del Tratado CE a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales.

Sobre el último motivo, para el TJCE aun cuando el Reglamento n.º 994/98 y el Reglamento impugnado tienen incidencia en el fomento del empleo, su objetivo principal es determinar las ayudas que son compatibles con el mercado común y excluirlas de la obligación de notificación. De este modo, desarrollan concretamente el artículo 87 CE, apartado 3, según el cual determinadas ayudas, que persiguen objetivos de interés general, pueden resultar compatibles con el mercado común en la medida en que sus objetivos justifican la distorsión de la competencia. Por ello

concluye que el Consejo adoptó válidamente el Reglamento n.º 994/98 sobre la base del artículo 89 CE y que dicho Reglamento podía constituir una base jurídica para el Reglamento impugnado incluso tras la inserción del artículo 137 CE por el Tratado de Amsterdam.

El Gobierno belga alegaba también que el Reglamento impugnado, al limitarse a afirmar que se aplica a los regímenes que constituyen ayudas de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, sin definir el concepto de ayuda de Estado, vulneraba el principio de seguridad jurídica que implica que un acto jurídico ha de ser claro y previsible. A este respecto, el TJCE recuerda que el artículo 7 CE, apartado 1, párrafo segundo, exige que cada institución actúe dentro de los límites de las competencias atribuidas por el Tratado. En el presente caso, el Consejo, mediante el Reglamento n.º 994/98, confirió a la Comisión la facultad de declarar que determinadas categorías de ayudas son compatibles con el mercado común y no están sujetas a la obligación de notificación. En relación con el artículo 87 CE, el Consejo se limitó así a facultar a la Comisión a aplicar el apartado 3 de dicho artículo, que recoge las excepciones al principio de incompatibilidad de las ayudas enunciado en el apartado 1 del mismo artículo. En cambio, no le confirió ninguna competencia para interpretar el artículo 87 CE, apartado 1, que define el concepto de ayudas de Estado. Por tanto, la Comisión no estaba facultada para dar una definición vinculante y general del concepto de ayudas de Estado. Actuó, de este modo, dentro de los límites de sus competencias y, por consiguiente, no vulneró los principios generales de seguridad jurídica, subsidiariedad y proporcionalidad.

6. DERECHO SOCIAL

La sentencia de 1 de febrero, *Comisión c. Austria* (C-203/03) declara que Austria ha incumplido los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, al haber mantenido una prohibición general del empleo de mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo, con un número limitado de excepciones previstas para el primer caso.

La sentencia contiene interesantes precisiones sobre el artículo 307 CE. El Gobierno austriaco sostenía que, con independencia de las razones de

orden médico alegadas, las restricciones al empleo de mujeres en la industria minera subterránea, dentro de los límites previstos por la nueva normativa, se justificaban igualmente por el hecho de que Austria se encuentra vinculada por el Convenio n.º 45 de la OIT, que ratificó en 1937. Aunque Austria podía, en principio, ampararse en el artículo 307 CE, párrafo primero, para mantener en vigor las disposiciones nacionales que aplican las referidas obligaciones, el TJCE tiene en cuenta que el párrafo segundo del mismo precepto establece que, en la medida en que los convenios anteriores a efectos del párrafo primero de dicho artículo sean incompatibles con el Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. Entre los medios apropiados para eliminar tal incompatibilidad, a los que hace referencia el artículo 307 CE, párrafo segundo, figura, en particular, la denuncia del convenio controvertido.

No obstante, destaca que, con posterioridad a su adhesión a la Comunidad Europea, Austria únicamente tuvo oportunidad de denunciar el Convenio n.º 45 de la OIT, según las reglas establecidas en el artículo 7.2 de dicho Convenio, durante el año siguiente al 30 de mayo de 1997. Sin embargo, en aquel momento aún no se había declarado de forma suficientemente clara la incompatibilidad entre la prohibición regulada en dicho Convenio y las disposiciones de la Directiva 76/207, como para poder exigir del Estado miembro la denuncia del Convenio. Con arreglo al artículo 7.2 del Convenio n.º 45 de la OIT, la próxima ocasión de que dispondrá Austria para denunciar dicho Convenio tendrá lugar a la expiración del período de diez años que comenzó el 30 de mayo de 1997. Por lo tanto, concluye que Austria no ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al Derecho comunitario al haber mantenido en vigor disposiciones nacionales como las contenidas en la normativa nacional controvertida. Es por ello que desestima el recurso por lo que se refiere a la prohibición de emplear a mujeres en el sector de la industria minera subterránea.

La sentencia de 10 de marzo, *Nikoloudi* (C-196/02) concluye que el Derecho comunitario, en particular el antiguo artículo 119 del Tratado CE y la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no consti-

tuye una discriminación directa por razón de sexo que perjudique a las mujeres la existencia y aplicación, en sí mismas, de una disposición de Derecho griego (el Estatuto General del Organismos Tilepikoinonion Ellados), que reserva sólo a las trabajadoras del servicio de limpieza y, por tanto, únicamente a las mujeres, la contratación por tiempo indefinido para trabajar a tiempo parcial. No obstante, excluir, a continuación, la posibilidad de formar parte del personal estatutario haciendo referencia, de modo aparentemente neutro en cuanto al sexo del trabajador, a una categoría de trabajadores que, en virtud de una normativa nacional con fuerza de ley, esté integrada exclusivamente por mujeres, constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 76/207. Para que no exista discriminación directa por razón de sexo, el elemento característico de la categoría a la que pertenece el trabajador excluido debe poder situar a este trabajador en una situación objetivamente diferente, respecto a su integración en el personal estatutario, de la de quienes estén incluidos. Aun cuando la categoría en cuestión no esté compuesta exclusivamente de mujeres, si afecta a un número muy superior de mujeres que de hombres semejante situación es una discriminación indirecta contraria al artículo 3 de la Directiva 76/207.

En segundo lugar, considera que cuando afecte a un número muy superior de trabajadoras que de trabajadores, la exclusión total del empleo a tiempo parcial en relación con el cálculo de la antigüedad constituye una discriminación indirecta por razón de sexo contraria a la Directiva 76/207, a menos que esta exclusión se explique por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo. Un cómputo proporcional del empleo a tiempo parcial, al realizar dicho cálculo, también es contrario a esta Directiva, a menos que el empresario pruebe que está justificado por factores cuya objetividad dependa, en particular, de la finalidad perseguida por la consideración de la antigüedad y, si se trata de un reconocimiento de la experiencia adquirida, de la relación entre la naturaleza de la función desempeñada y la experiencia que el ejercicio de esta función proporciona después de un determinado número de horas de trabajo efectuadas.

Cuando un empleado alega que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato en su perjuicio y presenta hechos que permiten presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, el Derecho comunitario, en particular la Directiva 97/80/CE del Consejo, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, debe interpretarse

en el sentido de que corresponde a la parte demandada probar que no se ha vulnerado dicho principio.

7. DERECHO MEDIOAMBIENTAL

7.1. La sentencia de 26 de abril, *Comisión c. Irlanda* (C-494/01) contiene interesantes consideraciones sobre la carga de la prueba en recursos por incumplimiento en materia medioambiental.

La Comisión solicitaba al TJCE que declarara que Irlanda había incumplido los artículos 4, 5, 8, 9, 10, 12, 13 y 14 de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, relativa a los residuos, en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, al no haber adoptado todas las medidas necesarias para garantizar la correcta aplicación de dichas disposiciones.

El TJCE explica que la Comisión no puede pretender que se declare un incumplimiento específico de Irlanda relativo a las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva que se refiera a una situación fáctica determinada que no se haya mencionado en el procedimiento administrativo previo. En efecto, una imputación tan específica debe alegarse necesariamente en la fase administrativa previa con objeto de que el Estado miembro afectado pueda subsanar la situación concreta que ha sido denunciada o formular adecuadamente las alegaciones que en su defensa estime pertinentes, dado que una defensa de este tipo puede llevar a que la Comisión retire tal imputación y puede contribuir a delimitar el objeto del litigio de que posteriormente conocerá el TJCE.

En cambio, en la medida en que el recurso pretende denunciar un incumplimiento de carácter general de las disposiciones de la Directiva, basado en la actitud de las autoridades irlandesas que se mostraron sistemática y constantemente tolerantes respecto de situaciones que no se ajustaban a dicha Directiva, no puede excluirse, en principio, la aportación de datos adicionales en la fase del procedimiento ante el TJCE, que acrediten el carácter general y continuado del incumplimiento alegado. La Comisión puede precisar sus imputaciones iniciales en su recurso, siempre que no modifique el objeto del litigio. Pues bien, al presentar nuevas pruebas que ilustran las imputaciones formuladas en su dictamen motivado, basadas en un incumplimiento de carácter general de las disposiciones de la Directiva, la Comisión no modifica el objeto del litigio. En el presente caso, contrariamente a lo que sostenía el Gobierno irlandés, el TJCE considera que la Comisión podía referirse válidamente en apoyo de su recur-

so, como ejemplos de los incumplimientos de carácter general que denunciaba y a pesar de que no se hubieran mencionado durante el procedimiento administrativo previo, a los hechos relativos a determinados vertidos ilegales de residuos en grandes cantidades, a veces peligrosos de los que tuvo conocimiento tras haber emitido su dictamen motivado.

Sobre la carga de la prueba recuerda que, en un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE, corresponde a la Comisión probar la existencia del incumplimiento alegado. Es la Comisión quien debe aportar al TJCE los datos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin poder basarse en una presunción. No obstante, los Estados miembros están obligados, en virtud del artículo 10 CE, a facilitar a la Comisión el cumplimiento de su misión, que consiste, en particular, según el artículo 211 CE, en velar por la aplicación de las disposiciones del Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud del mismo. Desde este punto de vista, es preciso tener en cuenta el hecho de que, por lo que se refiere a la comprobación de la correcta aplicación en la práctica de las disposiciones nacionales destinadas a garantizar la ejecución efectiva de la Directiva, la Comisión, que no dispone de facultades propias de investigación en la materia, depende en gran medida de los elementos proporcionados por los eventuales denunciadores así como por el Estado miembro afectado. En estas circunstancias, las comprobaciones necesarias que hayan de realizarse sobre el terreno incumben, en primer lugar, a las autoridades nacionales, y ello con un espíritu de cooperación leal, con arreglo al deber de cada Estado miembro de facilitar a la Comisión el cumplimiento de su misión general. De este modo, cuando la Comisión invoca determinadas denuncias detalladas en las que consten incumplimientos repetidos de las disposiciones de la Directiva, incumbe al Estado miembro afectado rebatir de forma concreta los hechos alegados en dichas denuncias. Asimismo, cuando la Comisión ha aportado suficientes pruebas que ponen de relieve que las autoridades de un Estado miembro han llevado a cabo, de forma repetida y continuada, una práctica que es contraria a las disposiciones de una Directiva, incumbe al Estado miembro rebatir de manera fundada y pormenorizada los datos presentados y las consecuencias que de ellos se derivan.

7.2. Por su parte la sentencia de 14 de abril, *Deponiezweckverband Eiterköpfe* (C-6/03) trataba de la facultad de los Estados miembros de adoptar medidas de mayor protección en el ámbito medioambiental. Concluye

que el artículo 5.1 y 2 de la Directiva 1999/31/CE del Consejo, relativa al vertido de residuos, no se opone a una medida nacional que establezca límites para la admisión en vertederos de residuos biodegradables inferiores a los señalados por la Directiva, incluso cuando estos límites sean tan bajos que obliguen a someter dichos residuos a un tratamiento mecánico-biológico o a incinerarlos con anterioridad a su vertido; fije plazos más cortos que los de la Directiva para reducir la cantidad de residuos destinados a vertederos; no sólo se aplique a los residuos biodegradables, sino también a las sustancias orgánicas no biodegradables, y no sólo se aplique a los residuos municipales, sino también a otros residuos que sean eliminables como residuos municipales. Añade que el principio comunitario de proporcionalidad no es aplicable a las medidas nacionales de mayor protección adoptadas en virtud del artículo 176 CE que superen los requisitos mínimos previstos por una directiva comunitaria en el ámbito del medio ambiente, siempre que no afecten al resto de disposiciones del Tratado.

7.3. Finalmente, la sentencia de 13 de enero, *Dragaggi* (C-117/03) considera que el artículo 4.5 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, debe interpretarse en el sentido de que las medidas de protección previstas en el artículo 6.2 y 4 de esta Directiva sólo son obligatorias por lo que respecta a los lugares que, de conformidad con el artículo 4.2 párrafo tercero, de la citada Directiva, están incluidos en la lista de lugares seleccionados como lugares de importancia comunitaria aprobada por la Comisión mediante el procedimiento previsto en el artículo 21 de dicha Directiva. En cuanto a los lugares que pueden clasificarse como lugares de importancia comunitaria, que figuran en las listas nacionales remitidas a la Comisión, y, en especial, a los lugares en los que existen tipos de hábitats naturales prioritarios o especies prioritarias, los Estados miembros están obligados a adoptar, en virtud de la Directiva 92/43, medidas de protección apropiadas, visto el objetivo de conservación perseguido por la Directiva, para proteger el interés ecológico pertinente que dichos lugares tienen a nivel nacional.

8. RELACIONES EXTERIORES

8.1. En la sentencia de 1 de marzo, *Van Parys* (C-377/02), el órgano jurisdiccional nacional pedía esencialmente al TJCE que apreciara la

validez de varios Reglamentos a la luz de los artículos I y XIII del GATT de 1994. El TJCE concluye que un operador económico no puede invocar ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que una normativa comunitaria es incompatible con determinadas normas de la OMC, aun cuando el Órgano de Solución de Diferencias, previsto en el artículo 2.1 del Memorándum de entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, que constituye el anexo 2 del Acuerdo por el que se establece la OMC, haya declarado la incompatibilidad de dicha normativa con las citadas normas.

Recuerda la jurisprudencia reiterada que, teniendo en cuenta su naturaleza y su espíritu, los Acuerdos OMC no forman parte en principio de las normas respecto a las cuales el TJCE controla la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias. Tan sólo en el supuesto de que la Comunidad tenga el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC o cuando el acto comunitario se remita expresamente a disposiciones precisas de los Acuerdos OMC, corresponderá al TJCE controlar la legalidad del acto comunitario de que se trate en relación con las normas de la OMC. Pues bien, en este caso, al asumir, después de la adopción de la resolución del OSD de 25 de septiembre de 1997, el compromiso de atenerse a las normas de la OMC y, en particular, a los artículos I, apartado 1, y XIII del GATT de 1994, la Comunidad no tenía el propósito de asumir una obligación particular en el marco de la OMC que pueda justificar una excepción a la imposibilidad de invocar normas de la OMC ante el órgano jurisdiccional comunitario y permitir que éste controle la legalidad de las disposiciones comunitarias controvertidas en relación con las citadas normas.

En efecto, destaca en primer lugar que, aunque exista una resolución del OSD que declare la incompatibilidad con las normas de la OMC de medidas adoptadas por un Miembro, no es menos cierto que el sistema de solución de diferencias en el marco de la OMC reserva un importante papel a la negociación entre las Partes. En tales circunstancias, imponer a los órganos jurisdiccionales la obligación de abstenerse de aplicar las normas jurídicas internas que sean incompatibles con los Acuerdos OMC tendría como consecuencia privar a los órganos legislativos o ejecutivos de las Partes contratantes de la posibilidad de alcanzar, siquiera fuera con carácter temporal, una solución negociada, posibilidad que les confiere en particular el artículo 22 de dicho Memorándum.

En el caso concreto, el TJCE considera que la negociación mediante

la cual la Comunidad intentó conciliar sus obligaciones derivadas de los Acuerdos OMC con los compromisos suscritos en relación con los Estados ACP y con las exigencias inherentes a la ejecución de la política agrícola común, habría podido verse comprometida por la posibilidad reconocida al órgano jurisdiccional comunitario de controlar la legalidad de las medidas comunitarias controvertidas en relación con las normas de la OMC al expirar el plazo concedido por el OSD para el cumplimiento de su resolución. En efecto, la expiración de este plazo no implica que la Comunidad haya agotado las posibilidades previstas por el Memorándum de entendimiento para encontrar una solución a la diferencia existente entre ella y otras Partes. En tales circunstancias, imponer al órgano jurisdiccional comunitario, por el mero hecho de la expiración de dicho plazo, que controle la legalidad de las medidas comunitarias de que se trata a la luz de las normas de la OMC podría debilitar la posición de la Comunidad en la búsqueda de una solución de la diferencia mutuamente satisfactoria y conforme con las citadas normas.

8.2. Por otro lado, en línea con sus sentencias anteriores, el TJCE considera en su sentencia de 12 de abril, *Simutenkov* (C-265/03) que el artículo 23.1 del Acuerdo de colaboración y cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación de Rusia, por otra, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, de una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo pueden alinear en las competiciones de ámbito estatal un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

9. COOPERACION JUDICIAL

9.1. En la sentencia de 1 de marzo, *Owusu* (C-281/02) el TJCE se ha pronunciado sobre la compatibilidad de la excepción de *forum non conveniens* con el Convenio de Bruselas (Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil). Concluye que el Convenio de Bruselas se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado contratan-

te decline la competencia que le confiere el artículo 2 de dicho Convenio por considerar que un órgano jurisdiccional de un Estado no contratante constituye un foro más adecuado para conocer del litigio de que se trate, aun cuando la cuestión de la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante no se plantee o el litigio no tenga ningún punto de conexión con otro Estado contratante.

Señala de entrada que el artículo 2 del Convenio de Bruselas tiene carácter imperativo y que las únicas excepciones a la regla de principio que contiene son las que están expresamente contenidas en dicho Convenio. Pues bien, constaba que los autores del Convenio no previeron una excepción basada en la teoría del *forum non conveniens*, a pesar de que la cuestión fue debatida al elaborarse el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido, como se desprende del informe sobre dicho Convenio, presentado por el Sr. Schlosser.

La aplicación de la teoría del *forum non conveniens*, que deja un amplio margen de apreciación al juez que conoce del asunto para decidir si un foro extranjero es más adecuado para resolver el fondo del litigio, puede afectar a la previsibilidad de las reglas de competencia establecidas en el Convenio de Bruselas, en particular la de su artículo 2, y, por consiguiente, al principio de seguridad jurídica como fundamento de dicho Convenio. La protección jurídica de las personas establecidas en la Comunidad también se vería afectada. En efecto, por una parte, el demandado, que generalmente estará en mejor posición para defenderse ante los órganos jurisdiccionales de su domicilio, no podrá, en circunstancias como las del procedimiento principal, prever razonablemente ante qué otro órgano jurisdiccional puede ser demandado. Por otra parte, en el supuesto de que se alegue una excepción basada en la existencia de un foro extranjero más adecuado para conocer del litigio, corresponderá al demandante probar que el tribunal extranjero de que se trate podría dictar una resolución injusta o, si el órgano jurisdiccional que conoce del litigio decide acoger la excepción, que dicho tribunal no es competente para conocer del litigio o que el demandante, en realidad, no obtendrá una tutela efectiva de sus derechos ante ese tribunal, independientemente del coste que supone la interposición de un nuevo recurso ante el órgano jurisdiccional de otro Estado y la dilación de los plazos del procedimiento. Además, aceptar la excepción de *forum non conveniens* en el marco del Convenio de Bruselas pondría en peligro la aplicación uniforme de las reglas de competencia que éste contiene, en la medida en que solamente un número limitado de Estados contratantes reconoce dicha excepción, siendo así que el obje-

tivo del Convenio es precisamente establecer reglas comunes y excluir las reglas nacionales exorbitantes.

También particularmente relevante es la sentencia de 28 de abril, *St. Paul Dairy Industries* (C-104/03) en la que considera que el artículo 24 de del Convenio de Bruselas debe interpretarse en el sentido de que no está comprendida en el concepto de «medidas provisionales o cautelares» una medida que ordena el examen de un testigo con el fin de permitir al solicitante evaluar la oportunidad de una acción eventual, determinar el fundamento de tal acción y apreciar la pertinencia de los motivos que pueden invocarse en ese contexto.

El artículo 24 del Convenio autoriza a un órgano jurisdiccional de un Estado contratante a resolver sobre una solicitud de medida provisional o cautelar aunque no sea competente para conocer del fondo del litigio. La excepción a la competencia prevista en el artículo 24 del Convenio pretende evitar a las partes el perjuicio resultante del alargamiento de los plazos inherentes a todo procedimiento internacional. Conforme a dicha finalidad, considera como «medidas provisionales o cautelares» a efectos del artículo 24 las medidas que, en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio, van dirigidas a mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al juez que conoce del fondo del asunto.

En el litigio principal, la medida solicitada, a saber el examen, ante un órgano jurisdiccional de un Estado contratante, de un testigo domiciliado en el territorio de dicho Estado va encaminada a determinar los hechos de los que puede depender la solución de un litigio futuro para el que será competente un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante. Dicha medida tiene por objeto permitir al solicitante evaluar la oportunidad de una acción eventual, determinar el fundamento de tal acción y apreciar la pertinencia de los motivos que pueden invocarse en ese contexto. Tal medida no responde a la finalidad perseguida por el artículo 24 del Convenio. La concesión de una medida de este tipo puede utilizarse fácilmente para eludir, en la fase de la instrucción, las reglas de competencia establecidas en los artículos 2 y 5 a 18 del Convenio. Por lo demás, una solicitud para examinar un testigo en circunstancias como las del litigio principal podría utilizarse como un medio para eludir las reglas que regulan, con las mismas garantías y con los mismos efectos para todos los justiciables, la transmisión y el tratamiento de las peticiones formuladas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con objeto de que se realicen diligencias de obtención de pruebas en otro Estado miembro

[Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil].

En la sentencia de 20 de enero, *Gruber* (C-464/01), el TJCE concluye que una persona que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional no puede invocar las reglas de competencia específicas establecidas en los artículos 13 a 15 de dicho Convenio, salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional. A tal efecto, dicho órgano jurisdiccional debe tener en cuenta el conjunto de elementos fácticos pertinentes que se deriven objetivamente de los autos; en cambio, no es preciso tener en cuenta las circunstancias o los elementos que el cocontratante podía haber conocido al celebrarse el contrato, salvo que la persona que invoca su calidad de consumidor se haya comportado de tal manera que diera la impresión a la otra parte contratante de que estaba actuando con fines profesionales.

9.2. La sentencia de 10 de marzo, *Miraglia* (C-469/03) aclara que el principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, no se aplica a una decisión de las autoridades judiciales de un Estado miembro de archivar un asunto después de que el ministerio fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos, sin que exista apreciación alguna en cuanto al fondo.