

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA*

SEPTIEMBRE – DICIEMBRE 2009

JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN**

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

* El Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, entró en vigor el pasado 1 de diciembre de 2009. Modifica el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, pasando este último a denominarse «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (TFUE). Únicamente subsiste la Comunidad Europea de la Energía Atómica o «Euratom» (Protocolo nº 1 por el que se modifican los Protocolos anejos al Tratado de la Unión Europea, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y/o al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica). El Tratado de Lisboa introduce modificaciones en cuanto a la organización y las competencias del Tribunal de Justicia, que según el artículo 19 TUE se denominará en adelante Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), mientras que el Tribunal de Primera Instancia de las de las Comunidades Europeas pasa a llamarse Tribunal General (TGUE). En esta crónica de jurisprudencia utilizaremos estos nuevos acrónimos en los comentarios de fallos dictados con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Con respecto a la cita de artículos de los tratados, acompañaremos todas las referencias de la nueva numeración en el TUE o en el TFUE con independencia de la fecha del fallo.

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

1. ESPAÑA ANTE LA JURISDICCIÓN COMUNITARIA

Infracción del Derecho de la Unión imputable al Tribunal Supremo.

* STJCE de 12 de noviembre de 2009,
Comisión / España, C-154/08

Los servicios prestados a una Comunidad Autónoma por los Registradores de la Propiedad, en su condición de liquidadores titulares de una Oficina Liquidadora de Distrito Hipotecario, deben tributar por IVA, al tratarse, según el Tribunal, de una actividad económica independiente. En consecuencia, considera que España ha infringido el Derecho de la Unión al no respetar el sistema común de este impuesto¹. Lo particular del fallo es el origen de este incumplimiento, que se encontraba en una Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2003, en la que confirmando la interpretación del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, estimó de forma categórica que los registradores-liquidadores son meros funcionarios que forman parte de la administración pública, por lo que las primas de recaudación que perciben constituye únicamente una indemnización para costear los gastos realizados durante la liquidación y recaudación de los impuestos y no una retribución de los servicios prestados. Más allá de esta dudosa interpretación, el problema era más bien que el Tribunal Supremo constituía en este litigio una jurisdicción de última instancia contra cuya resolución no cabía recurso alguno y, sin embargo, no planteó una cuestión prejudicial con arreglo al artículo 234 CE (267 TFUE) sobre la interpretación de la Sexta Directiva y su aplicación a las actividades de los registradores-liquidadores.

Merece la pena destacar que España invocó la dificultad para subsanar este incumplimiento debido a la independencia del poder judicial. El Tribunal, sin embargo, recuerda que puede existir incumplimiento incluso cuando el ilícito es atribuible a una institución constitucionalmente independiente², aunque es cierto que ya tuvo en cuenta las peculiaridades del Poder Judicial en el asunto C-129/00 *Comisión/Italia*, cuyo fallo reitera, en particular, que si bien no cabe tomar en consideración decisiones judi-

¹ Artículos 2 y 4, apdos. 1 y 2, de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme (DO L 145, p. 1).

² STJCE de 9 de diciembre de 2003, *Comisión/Italia*, C-129/00, *Rec.* p. I 14637, apdo. 29.

ciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo, la situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa que no ha sido desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o, incluso, confirmada por éste³. Nótese, sin embargo, que en aquel asunto el Tribunal se concentró en la conducta de la administración italiana basaba en una sentencia de una jurisdicción de aquel país, mientras que en el presente asunto se trataba de un claro incumplimiento imputable a un órgano jurisdiccional nacional. A pesar de ello, el presente fallo presenta menos expectativas de las esperadas por la negativa de la Comisión a incluir en su recurso la infracción del artículo 234 CE (267 TFUE) por parte de nuestro país⁴. En caso contrario, quizás hubiese servido para esclarecer la jurisprudencia *Köbler* sobre responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario imputables a los órganos jurisdiccionales nacionales. A pesar de aquí no hay particulares que hayan sufrido daños y a los que haya que indemnizar, podríamos plantearnos como mera elucubración teórica si se habría planteado un escenario *Köbler* en el supuesto de que la Comisión hubiese incluido en su recurso la infracción del artículo 234 CE (267 TFUE). Y la respuesta parece bastante dudosa porque recordemos que en aquel fallo el Tribunal afirmó que para determinar si se daba una violación suficientemente caracterizada eran elementos importantes, entre otros, el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada y el carácter intencional, añadiendo que se daba esta violación cuando la resolución se hubiera dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia⁵. Es dudoso, sin embargo, si este es el escenario que aquí se presentaba, teniendo en cuenta, además, que la Sentencia del Supremo resultaba de un recurso de casación en interés de la Ley. Con todo, este pronunciamiento, junto con el recaído en el asunto C-129/00 *Comisión/Italia*, pensamos que indican una tendencia clara, que no es otra que el abandono del abstencionismo que hasta hace poco practicaba la Comisión Europea para perseguir incumplimientos que tuvieran su origen en fallos de tribunales nacionales

³ *Ibid.*, apdo. 32.

⁴ En respuesta a una pregunta planteada por el Tribunal en la vista, la Comisión señaló que su recurso no contemplaba esta infracción, STJCE de 12 de noviembre de 2009, *Comisión / España*, C-154/08, apdo. 65.

⁵ STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01, apdos. 54-56.

debido, entre otras razones, a la especificidad de la función jurisdiccional, lo cual podría plantear problemas a la hora de implementar el fallo del TJUE debido al principio de cosa juzgada; la nula habilidad de los Estados miembros para negociar en la fase precontenciosa y, finalmente, el papel que cumplen los órganos jurisdiccionales nacionales como aliados en la implementación del Derecho de la Unión a través de una buena relación interinstitucional, la cual podría quedar dañada. Hoy, sin embargo, parece que ha llegado una época de madurez. Y como prueba de ello, no sólo los fallos aquí comentados, sino también el recaído en el asunto C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*, sobre la fricción entre el principio de primacía y una disposición nacional que consagra el principio de cosa juzgada, cuyo comentario abordamos más adelante.

Que la Comisión renuncie a veces a interponer recurso no puede engendrar una práctica institucional, ni generar una confianza legítima en los Estados miembros.

* STJCE de 6 de octubre de 2009,
Comisión/España, C-562/07

Hasta el 31 de diciembre de 2006, la normativa española establecía una diferencia de trato entre los contribuyentes residentes y no residentes en lo que respecta al tipo impositivo que gravaba las ganancias patrimoniales generadas por la transmisión de bienes, inmuebles u otros poseídos en territorio español. Mientras que las ganancias de los residentes se gravaban con un tipo único del 15 %, las obtenidas por los no residentes se sometían a un tipo del 35 %. En consecuencia, la normativa española es claramente discriminatoria y recibe, por ello, la condena del TJUE. Lo particular de este asunto es que este régimen fiscal se derogó a partir de 2007⁶ y, sin embargo, la Comisión dejó transcurrir casi un año entre el momento en que se puso fin a este incumplimiento y la interposición del recurso; lo que lleva a nuestro país a cuestionar la admisibilidad del recurso alegando que vulneraba los principios de confianza legítima, cooperación leal con los Estados miembros y seguridad jurídica, además de incurrir en desviación de poder. El argumentario de nuestro país es interesante porque si bien

⁶ Con la entrada en vigor de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio *BOE* n.º 285, de 29 de noviembre de 2006, p. 41734; corrección de errores en *BOE* n.º 57, de 7 de marzo de 2007, p. 9634.

reconoce la potestad discrecional que detenta la Comisión para decidir sobre la oportunidad de interponer un recurso por incumplimiento, alega una práctica reiterada y continua consistente en no interponer dicho recurso cuando el Estado miembro infractor ha puesto fin al incumplimiento después del vencimiento del plazo fijado en el dictamen motivado, pero antes de la interposición del recurso, la cual habría sido vulnerada al interponer su recurso casi un año después de que se hubiese puesto fin al incumplimiento reprochado, sin haber informado previamente al Estado miembro interesado de su intención de apartarse de su práctica habitual y sin tener ningún motivo válido. Con respecto al principio de seguridad jurídica, España alegó que para evitar poner a los Estados miembros en una grave situación de inseguridad jurídica, el derecho reconocido a la Comisión de elegir libremente el momento en que inicia este procedimiento debería limitarse a los casos en que el infractor persiste en el incumplimiento que se le reprocha. En cuanto a la desviación de poder, nuestro país sostuvo que la Comisión desvirtuó la finalidad de este recurso en la medida en que lo utilizaba para alcanzar dos objetivos ajenos a esa finalidad. De un lado, sancionarle porque los órganos jurisdiccionales españoles no han planteado cuestiones prejudiciales en materia de imposición directa; y, de otro, mover al Tribunal a pronunciarse con el fin de garantizar a los ciudadanos una aplicación correcta del Derecho comunitario, aproximando así el objeto de este recurso al procedimiento prejudicial.

Consciente de la potestad discrecional de la Comisión, el TJUE rechaza estos argumentos, señalando que la circunstancia de que esta institución haya renunciado a veces a interponer un recurso cuando un Estado miembro pone fin al incumplimiento una vez transcurrido el plazo señalado en el dictamen motivado no puede originar en dicho Estado una confianza legítima que pueda afectar a la admisibilidad porque este procedimiento se basa en la comprobación objetiva del incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que le impone el Derecho comunitario. Ni tampoco puede generar en el Estado miembro interesado una confianza legítima sobre el archivo del procedimiento cuando la Comisión no introduce su recurso inmediatamente después del vencimiento del plazo fijado en el dictamen motivado⁷, ni vulnerar el principio de seguridad jurídica la falta de pronunciamiento explícito de la Comisión sobre el archivo del

⁷ Es cierto, no obstante, que la duración excesiva del procedimiento administrativo previo puede constituir un vicio que dé lugar a la inadmisibilidad de un recurso por incumplimiento, aunque para que ello sea así el comportamiento de la Comisión debe haber aumen-

procedimiento. Finalmente, en cuanto a la supuesta desviación de poder, el Tribunal reitera su jurisprudencia consagrada, según la cual, la Comisión no necesita demostrar la existencia de un interés en ejercitar la acción, ni indicar los motivos que le llevaron a interponer el recurso⁸, añadiendo en términos muy formalistas que el objeto del recurso coincidía con el objeto del litigio tal como aparece definido en el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado, denegando que esta institución incurriera en desviación de poder.

La fiscalidad española de las loterías es discriminatoria.

* STJCE de 6 de octubre de 2009
Comisión/España, C-153/08

La fiscalidad de las loterías en nuestro país incumple la libre prestación de servicios. En efecto, la normativa del IRPF grava los ingresos procedentes de todas las loterías, juegos y apuestas organizadas fuera de España, mientras que los ingresos procedentes de determinadas loterías, juegos y apuestas organizados en nuestro país están exentos. Se trata, en particular, de los premios de las loterías y apuestas organizadas por la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado y por los órganos o entidades de las Comunidades Autónomas, así como de los sorteos organizados por la Cruz Roja Española y la ONCE. El problema, identificado claramente por el Abogado General Mengozzi en sus Conclusiones presentadas el 16 de julio de 2009, es que esta legislación no está formulada en términos generales que permitan a cualquier organismo que cumpla una serie de criterios objetivos beneficiarse de la exención, sino que se refiere explícitamente a determinadas entidades nacionales como la Cruz Roja española, aunque se impide que disfrute de la exención, por ejemplo, la Cruz Roja francesa. Y si bien es legítimo que un Estado miembro reserve la concesión de ventajas fiscales a los organismos que persigan determinados objetivos de interés general, ninguno puede, según la jurisprudencia del

tado la dificultad de rebatir sus argumentos, lesionando el derecho de defensa del Estado miembro interesado, STJUE de 8 de diciembre de 2005, *Comisión/Luxemburgo, C-33/04, Rec. p. I-10629, apdo. 76 y jurisprudencia citada.*

⁸ Entre otras, sentencias de 1 de febrero de 2001, *Comisión/Francia, C-333/99, Rec. p. I-1025, apdo. 24*; de 13 de junio de 2002, *Comisión/España, C-474/99, Rec. p. I-5293, apdo. 25*, y de 8 de diciembre de 2005, *Comisión/Luxemburgo, antes citada, apdos. 65 y 66*).

Tribunal, reservar estas ventajas exclusivamente a los organismos establecidos en su territorio⁹.

A pesar de que la normativa española constituye una medida claramente discriminatoria, que sólo puede justificarse eventualmente con arreglo a las excepciones expresamente previstas en los artículos 45 y 46 CE (51 y 52 TFUE), el Gobierno español alegó exigencias imperativas de carácter social, fundamentalmente, que estas exenciones se establecieron en consideración a determinadas cualidades particulares de los organizadores y las actividades de carácter social o de asistencia sin ánimo de lucro que desarrollan, así como que la exención persigue la prevención del blanqueo de capitales, la lucha contra el fraude y la protección de los consumidores. Nuestro país trataba así de sacar partido del amplio margen de apreciación que el Tribunal parece haber reconocido a los Estados miembros en materia de juegos de azar para proteger a los consumidores y el orden social¹⁰. Sin embargo, las exigencias imperativas sólo pueden justificar como es sabido medidas indistintamente aplicables. Este simple motivo hubiese bastado para evitar entrar en la valoración de estas justificaciones. Sin embargo, en una aparente invitación al Tribunal para proceder a un *revirement* jurisprudencial, el Abogado General Mengozzi estimó que dadas las particularidades de orden moral, religioso o cultural, así como las consecuencias perjudiciales para el individuo y la sociedad que en su opinión llevan consigo los juegos y las apuestas, era difícil establecer en este ámbito una distinción clara entre razones justificativas de medidas discriminatorias y de medidas indistintamente aplicables. El Tribunal, sin embargo, rechaza categóricamente este planteamiento y se aferra a su jurisprudencia tradicional, en virtud de la cual, una restricción que tenga carácter discriminatorio, como la planteada en este asunto, sólo es compatible con el Derecho comunitario si puede ampararse en una disposición que establezca expresamente una excepción, como el artículo 46 CE (52 TFUE), a saber, el orden público, la seguridad y la salud públicas; y si dicha restricción respeta el principio de proporcionalidad; rechazando que este pudiera ser el caso de la normativa española.

⁹ STJCE de 27 de enero de 2009, *Persche*, C-318/07, apdos. 44 y 50.

¹⁰ STJCE de 24 de marzo de 1994, *Schindler*, C-275/92, *Rec.* p. I-1039; STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Läärä y otros*, C-124/97, *Rec.* p. I-6067; STJCE de 21 de octubre de 1999, *Zenatti*, C-67/98, *Rec.* p. I-7289; así como el comentario a la STJCE de 8 de septiembre de 2009, *Liga Portuguesa de Fútbol Profesional y Bwin International*, C-42/07, cuyo comentario que abordamos más adelante en esta crónica.

Las medidas vascas de reducción de impuestos constituyen ayudas estatales incompatibles con el mercado interior.

* STPICE de 9 de septiembre de 2009,

Territorio Histórico de Álava y otros / Comisión, T-30/01 a T-32/01, T-86/02 a T-88/02, T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01

Con arreglo al régimen foral vasco, los territorios históricos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa pueden regular, bajo determinadas condiciones, el régimen fiscal aplicable en dichos territorios. En este contexto, adoptaron diversas medidas de reducción de impuestos, en particular, una exención del impuesto de sociedades para algunas empresas de reciente creación, una reducción de su base imponible y un crédito fiscal del 45 % del importe de las inversiones. La Comisión estimó que dichas medidas constituían ayudas de Estado incompatibles con el mercado interior y ordenó a nuestro país su supresión y recuperación. Contra esta Decisión, los territorios históricos interpusieron varios recursos en los que solicitaban, por una parte, la anulación de la Decisión de la Comisión de iniciar el procedimiento de investigación formal y, por otra, la anulación de las Decisiones definitivas. El 6 de marzo de 2002, el TPICE dictó sentencia sobre las decisiones individuales de la Comisión que se referían al crédito fiscal del 45% y a la reducción de la base imponible del impuesto de sociedades¹¹. Al interponerse recursos de casación ante el Tribunal de Justicia contra dichas sentencias, los presentes procedimientos quedaron suspendidos hasta que se conociera el resultado de aquellos. El TJCE confirmó las sentencias del TPICE¹², tras lo cual se reanudó la tramitación del presente procedimiento. En esta nueva Sentencia, el TPICE desestima nuevamente la totalidad de los motivos invocados por los demandantes, confirmando una vez más que estas medidas constituyen ayudas de Estado incompatibles con el mercado interior. En lo que respecta a las exenciones fiscales para algunas empresas de reciente creación, el TPICE declara que la Comisión actuó legítimamente al considerar que las exenciones fiscales controvertidas, que liberaban a

¹¹ Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2002, *Diputación Foral de Álava y otros/Comisión* (T-127/99, T-129/99 y T-148/99, *Rec.* p. II-1275), y *Diputación Foral de Álava y otros/Comisión* (T-92/00 y T-103/00, *Rec.* p. II-1385).

¹² Pronunciándose sobre un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión, el Tribunal de Justicia declaró que el Reino de España había incumplido sus obligaciones al no ejecutar las Decisiones impugnadas, STJCE de 14 de diciembre de 2006, *Comisión/España*, C-485/03 a C-490/03, *Rec.* p. I-11887.

las empresas beneficiarias de unas cargas que en principio hubieran debido soportar, constituían ayudas de funcionamiento y no tenían el carácter de ayudas a la inversión o a la creación de empleo. Asimismo, las reducciones de la base imponible del impuesto de sociedades y los créditos fiscales controvertidos también fueron calificados correctamente por la Comisión como ayudas estatales, recordando el TPICE que el concepto de ayuda comprende, no sólo prestaciones positivas como las subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos, añadiendo que podían afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros y falsear o amenazar falsear la competencia, además de constituir una ventaja selectiva que favorecía a determinadas empresas. Finalmente, el Tribunal estima que los créditos fiscales y las reducciones de la base imponible no pueden justificarse por la naturaleza o por la economía del sistema fiscal vasco debido a que los objetivos de política económica alegados eran externos al sistema fiscal (fomento de la inversión y de la creación de empresas y el mantenimiento de su capacidad contributiva) no constituyendo una circunstancia que permita que las medidas controvertidas eludan la calificación de ayudas estatales. Según el Tribunal, el hecho de que estos territorios dispongan de una autonomía fiscal reconocida y protegida por la Constitución española no les dispensa del respeto de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas estatales. Además, el Tribunal recuerda que las decisiones de la Comisión no excluyen la posibilidad de que las ayudas individuales se consideren total o parcialmente compatibles con el mercado interior en función de sus méritos propios.

2. INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Primacía y disposición nacional que consagra el principio de cosa juzgada.

* STJCE de 3 de septiembre de 2009,
Fallimento Olimpiclub, C-2/08

El TJUE tiende a encontrar el punto de equilibrio entre el respeto de los principios fundamentales de los derechos procesales nacionales y las exigencias de la primacía del Derecho de la Unión en un examen casuístico

de forma que cuando aquellas disposiciones hacen imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario, analiza la confrontación teniendo en cuenta el lugar que ocupan dentro del conjunto del procedimiento nacional y su desarrollo ante las diversas instancias. Tratándose de las normas nacionales que confieren firmeza a las resoluciones judiciales o administrativas hay que tener en cuenta que contribuyen a la seguridad jurídica, que también constituye un principio fundamental del Derecho comunitario¹³. A la luz de este último principio, el Tribunal ha reconocido que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que han adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos¹⁴. Por consiguiente, el Derecho comunitario no obliga en principio a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas de procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a las resoluciones, aunque ello le permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario. No obstante, de la jurisprudencia del TJUE también se desprende que el principio de seguridad jurídica —y la firmeza de las resoluciones, que se deriva de dicho principio— no es absoluto en el sentido de prevalecer en cualquier situación, sino que debe conciliarse con otros valores dignos de protección, como los principios de primacía y efectividad del Derecho de la Unión¹⁵. Así, en la medida en que las normas nacionales que confieran firmeza a las resoluciones constituyan un obstáculo para dichos principios, los órganos jurisdiccionales nacionales —y, en su caso, los órganos administrativos— pueden estar obligados en determinadas circunstancias a no aplicar dichas normas. Así procedió en el asunto *Lucchini*¹⁶, en el que declaró que el Derecho comunitario se oponía a la aplicación de una disposición nacional como el artículo 2909 del Código Civil italiano, que consagra el principio de cosa juzgada, cuando constitu-

¹³ En este sentido, véanse, entre otras, STJCE de 13 de enero de 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, *Rec. p. I-837*, apdo. 24; de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Rec. p. I-3055*, apdo. 46, y de 12 de febrero de 2008, *Willy Kempter*, C-2/06, *Rec. p. I-411*, apdo. 37.

¹⁴ Entre otras, STJCE *Eco Swiss*, apdos. 46-47; STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01, *Rec. p. I-10239*, apdo. 38.

¹⁵ Véanse, a tal efecto, las sentencias de 22 de marzo de 1961, *SNUPAT/Alta Autoridad*, 42/59 y 49/59, *Rec. p. 99*; sentencia de 19 de septiembre de 2006, *i-21 Alemania y Arcor*, C-392/04 y C-422/04, *Rec. p. I-8559*, apdo. 52; así como las excelentes Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en este último asunto.

¹⁶ STJCE de 18 de julio de 2007, *Lucchini*, C-119/05, *Rec. p. I-6199*.

ya un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario; y así lo hace nuevamente en este fallo, en el que se cuestiona nuevamente esta misma disposición nacional, abonando aparentemente una tendencia jurisprudencial dirigida a relativizar el valor de estas disposiciones nacionales, exigiendo su inaplicación a fin de respetar la primacía de las disposiciones del Derecho comunitario.

El factor clave de este nuevo asunto se encuentra en el alcance específico y bastante poco ortodoxo de la interpretación dada al principio de cosa juzgada por el Tribunal Supremo italiano (*Corte Suprema di Cassazione*) en materia impositiva. En efecto, al interpretar el artículo 2909 del Código Civil italiano, los órganos jurisdiccionales se han atenido durante mucho tiempo al principio de diferenciación de las sentencias, con arreglo al cual, cada ejercicio fiscal es conceptualmente diferente de otros ejercicios y da lugar a una relación jurídica entre el contribuyente y las autoridades tributarias diferente, de modo que cuando las controversias se refieren a ejercicios fiscales distintos relativos al mismo impuesto (aunque versen sobre cuestiones idénticas) son resueltas de manera independiente por distintas sentencias, cada litigio conserva su autonomía y la sentencia que le pone fin no está revestida de fuerza de cosa juzgada respecto a los litigios relativos a otros ejercicios fiscales. No obstante, el Tribunal Supremo italiano modificó recientemente este criterio, abandonando el principio de diferenciación de las sentencias, de forma que la solución que se deduzca de una sentencia dictada en un litigio, cuando las apreciaciones correspondientes se refieran a cuestiones similares, puede invocarse útilmente en otro litigio, aunque aquella se refiera a un ejercicio fiscal diferente¹⁷. El problema de semejante interpretación es que impide a un tribunal nacional examinar si una determinada operación constituye una práctica abusiva cuando una decisión sobre dicha cuestión ya estuviera incluida en una sentencia firme dictada por otro tribunal nacional, aunque en relación con un período impositivo distinto. Por ello, el Tribunal Supremo italiano plantea la cuestión de si es compatible con el principio de efectividad esta interpretación.

¹⁷ Sentencia Corte Suprema di Cassazione n.º 13916/06: «[...] cuando dos procedimientos entre las mismas partes versan sobre la misma situación jurídica y uno de ellos ha finalizado mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, las apreciaciones realizadas respecto de esta situación jurídica o de la solución de cuestiones de hecho o de Derecho relativas a un punto fundamental común a los dos asuntos, formando por tanto la premisa lógica indispensable para la decisión contenida en el fallo de la sentencia, se oponen al reexamen del mismo punto jurídico, devenido entretanto firme, aunque el procedimiento posterior persiga finalidades diferentes de las que constituyeron el objeto y el 'petitum' de la primera».

Después de recordar la importancia que tiene el principio de fuerza de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el TJUE procede a examinar si esta interpretación puede justificarse a la luz de la salvaguardia del principio de seguridad jurídica, habida cuenta de las consecuencias que de ello se desprenden para la aplicación del Derecho comunitario. En opinión del Tribunal, dicha interpretación no sólo impide poner en tela de juicio una resolución judicial revestida de fuerza de cosa juzgada, aunque implique una infracción del Derecho comunitario, sino que también impide discutir, con ocasión de un control judicial de otra resolución relativa al mismo contribuyente o sujeto pasivo, pero correspondiente a otro ejercicio fiscal, cualquier declaración acerca de un punto fundamental común contenido en una resolución judicial revestida de fuerza de cosa juzgada. Esta aplicación tendría como consecuencia, según el TJUE, que en el supuesto de que la resolución judicial definitiva se basare en una interpretación de normas comunitarias relativas a prácticas abusivas en materia de IVA contraria al Derecho comunitario, la aplicación incorrecta de estas normas se reproduciría en cada nuevo ejercicio fiscal, sin que fuera posible corregir esta interpretación errónea. En estas circunstancias, el TJUE declara que obstáculos de tal envergadura a la aplicación efectiva de las normas comunitarias no pueden estar razonablemente justificados por el principio de seguridad jurídica y, por tanto, deben considerarse contrarios al principio de efectividad.

A la búsqueda de los principios generales: el Tribunal niega la existencia de un principio que proteja a los accionistas minoritarios.

* STJCE de 15 de octubre de 2009,
Adiolux, C-101/08

Los principios generales del Derecho comunitario ocupan un lugar destacado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, otorgándole gran importancia para integrar vacíos normativos. Como afirmara Ruiz-Jarabo, el propio ordenamiento jurídico se da a sí mismo estos principios como normas superiores y con carácter no sólo informador, sino también conformador y transformador del sistema, normas que proceden del propio ordenamiento jurídico y que se extraen de su conjunto a través de un proceso de abstracción e inducción lógica, cumpliendo finalmente las funciones de garantizar la certeza

y seguridad jurídica¹⁸. Y a pesar de su importancia, el Tribunal ha renunciado hasta ahora a realizar una clara y estricta clasificación de estos principios, seguramente a fin de garantizarse la flexibilidad que necesita para resolver las cuestiones jurídicas que se le plantean con independencia de las diferencias terminológicas. Así, si bien sabemos que se caracterizan porque encarnan principios básicos de la Unión y de sus Estados miembros, lo que explica su rango de Derecho primario dentro de la jerarquía normativa, dentro de esta amplia categoría encontramos principios de muy distinto alcance. Algunos, de extraordinaria importancia, como la protección de los Derechos fundamentales, desarrollada y garantizada hasta ahora por la jurisdicción comunitaria bajo dicha denominación genérica; o los principios estrechamente vinculados a los principios estructurales de la Unión, como la libertad, la democracia y el Estado de Derecho, del que a su vez dimanarían principios como los de proporcionalidad, claridad jurídica; o principios generales de buena administración, como la protección de la confianza legítima, *non bis in idem*, el derecho de defensa, el deber de motivación de los actos jurídicos o el principio de investigación de oficio. Asimismo, entrarían en esta categoría el principio de fuerza mayor o principios propios del Derecho privado o del Derecho internacional. En definitiva, una categoría abstracta que tal vez necesitaría una cierta concreción. Y de ahí la importancia de este asunto en el que la *Cour de Cassation* luxemburguesa pidió al TJUE que dilucidara si existe un principio general de Derecho de la Unión sobre la igualdad de los accionistas en virtud del cual los accionistas minoritarios se hallan protegidos por la obligación del accionista dominante que tome o que ejerza el control de una sociedad de ofrecer a aquellos la posibilidad de comprar sus acciones en las mismas condiciones que las convenidas en el momento de la adquisición de una participación en esa sociedad que confiera o refuerce el control del accionista dominante.

Para que este principio jurídico realmente exista, debería tener una importancia tan primordial en el Derecho societario de la Unión que fuera posible encontrar su concreción en el Derecho primario o en un número significativo de disposiciones de Derecho derivado. Sin embargo, el análisis detenido del Derecho derivado, centrado fundamentalmente en el Derecho de Sociedades¹⁹, lleva al TJUE a responder negativamente a la cues-

¹⁸ RUIZ-JARABO, D., «Técnica jurídica de protección de los Derechos humanos en la Comunidad Europea», *RIE*, vol. 17-1990, n.º 1, pp. 151-184 (174).

¹⁹ El órgano jurisdiccional remitente se refirió a varias disposiciones de Derecho derivado, a saber, los artículos 20 y 42 de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, Segunda Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías e

tión de si este principio existe de forma autónoma o como expresión en el Derecho societario del principio general de igualdad. Según el TJUE, los principios generales tienen estatus constitucional, mientras que el principio propuesto por la empresa demandante en el asunto principal se caracteriza por un grado de detalle que requeriría que el Derecho derivado analizado hubiese sido redactado sin dejar lugar a dudas de su carácter vinculante²⁰. Sin embargo, como señaló en sus Conclusiones la Abogado General, V. Trstenjak, y el Tribunal recoge con aceptación, dichas disposiciones se limitan esencialmente a regular situaciones muy específicas en materia de Derecho societario, al imponer a la sociedad determinadas obligaciones para proteger a todos los accionistas, pero carecen del alcance general que, por definición, es inherente a los principios generales del Derecho. En su magnífico análisis, la Abogado General basa la inexistencia de este principio en tres razones. En primer lugar, la igualdad de los accionistas carece de rango constitucional tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos nacionales. Asimismo, no existe en la doctrina una opinión marcada sobre su existencia. Finalmente, carece de la validez general típica de los principios generales del Derecho.

Llama la atención la insistencia, tanto de la Abogado General como del TJUE, sobre el valor constitucional de los principios. Si bien es cierto que el asunto *Kadi* el TJUE ya afirmó indirectamente este estatus²¹; es la pri-

exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (*DO* 1977, L 26, p. 1); el tercer principio general y la decimoséptima disposición complementaria del Código de conducta europeo relativo a las transacciones referentes a los valores mobiliarios (*DO* L 212, p. 37), el punto 2, letra a), del esquema C que figura en el anexo de la Directiva 79/279/CEE del Consejo, de 5 de marzo de 1979, sobre coordinación de las condiciones de admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en una bolsa de valores (*DO* L 66, p. 21), así como el artículo 3, apdo. 1, letra a), de la Directiva 2004/25 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición (*DO* L 142, p. 12), interpretado a la luz del octavo considerando de ésta última Directiva.

²⁰ STJCE *Adiolutx*, apdo. 34.

²¹ Al señalar que «(...) las obligaciones impuestas por un Acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del Tratado CE, entre los que figura el principio, según el cual, todos los actos comunitarios deben respetar los Derechos fundamentales, pues el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos», STJCE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, C-402/05 P y C-415/05 P, *Rec. p.* I-6351, apdo. 285.

mera vez que parece realizar una aseveración tan rotunda sobre la naturaleza de los principios, que parecen reflejar los valores fundamentales de la sociedad europea, la idea de limitación del poder público, simbolizando, además, el núcleo sustantivo de una Comunidad de Derecho. La duda que surge es si principios generales como fuerza mayor, buena fe, abuso del derecho, entre otros, deberían o no quedar fuera de esta etiqueta constitucional. Aunque podría pensarse que carecen de este estatus, no hay duda de que inspiran la acción del legislador, es decir, forman parte de la gramática del lenguaje jurídico y, en consecuencia, el Tribunal los aplica de forma cotidiana, al igual que cualquier otro órgano jurisdiccional. Pero entonces ¿Dónde debería estar el límite? Para tratar de comprender este enrevesado panorama, quizás sea de alguna ayuda la distinción que hace el Derecho francés entre los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, deducidos por el Consejo Constitucional francés y por el Consejo de Estado, los cuales poseen estatus constitucional. Se trata de principios esenciales del Derecho francés creados por el legislador y aunque no están escritos en la Constitución, se han sido erigidos como cánones de constitucionalidad, imponiéndose tanto al legislador como a la administración. Y, de otro lado, los «principios generales del derecho», los cuales prevalecen sobre los actos reglamentarios adoptados por el ejecutivo, pero no sobre las leyes. Trasladando este esquema a la Unión, podría pensarse que los principios que abarcan Derechos fundamentales son de indudable naturaleza constitucional; y, de otra parte, los principios usualmente descritos como «principios generales comunes a los ordenamientos de los Estados miembros» a los que se refiere el artículo 288 CE (340 TFUE), los cuales también parecen poseer estatus constitucional porque los Tratados contienen una referencia explícita a este Derecho común europeo. No hay duda de que esta referencia a la naturaleza constitucional creará debate, aunque confiemos en que el Tribunal arroje luz sobre este tema en futuros desarrollos.

Desde otra perspectiva, la estricta apreciación que el Tribunal desarrolla en este fallo quizás pueda apreciarse como una reacción frente a aquellos que han criticado un cierto activismo judicial debido al uso y abuso de los principios generales, las cuales parecen totalmente exageradas. En efecto, como señaló hace años el antiguo Presidente del Tribunal, el Profesor Rodríguez Iglesias, cuando el Tribunal tiene que aplicar un principio debe adoptar una decisión que no es automática y que implica una elección de carácter interpretativo, pero se trata de una tarea estrictamente judi-

cial que no puede tacharse de activismo judicial puesto que no se trata de inventar principios, sino de deducirlos del Derecho internacional, de los ordenamientos nacionales, de la sistemática de los tratados o de los mismos tratados a través de una importante expresión de interacción entre diferentes sistemas jurídicos que constituye la principal herramienta de desarrollo judicial del Derecho de la Unión y que podría pensarse que es inherente a la función judicial²².

Primer reexamen para salvaguardar la unidad o coherencia del Derecho de la Unión.

* STJUE de 17 de diciembre de 2009,
M / EMEA, C-197/09 RX-II

Conforme al artículo 256(2) TFUE, el Tribunal General es competente para conocer de los recursos que se interpongan contra las resoluciones de los tribunales especializados. Con carácter excepcional, estas resoluciones podrán ser reexaminadas por el Tribunal de Justicia en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión. Se trata de un procedimiento de control objetivo ajeno a toda iniciativa de las partes que puede iniciarse a instancias del primer Abogado General²³. Este es el primer asunto en que se pide al TJUE que ejerza esta competencia de reexamen sobre una Sentencia del Tribunal General²⁴, en la que actuando como órgano jurisdiccional de casación frente a un fallo del Tribunal de la Función Pública (TFUE) interpretó el concepto de «litigio cuyo estado permite su resolución definitiva»²⁵ de modo que le permitía pronunciarse en cuanto al fondo, a pesar de que el recurso de casación del que conocía versaba exclusivamente sobre el examen del tratamiento que el Tribunal de la Función Pública había dado a una excepción de inadmisibilidad sin que hubiese habido previamente ningún debate contradictorio en cuanto al fondo. Se trataba de un litigio entre un agente temporal y la Agencia Europea

²² RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., «Reflections on the General principles of Community Law», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 1, 1998-1999, pp. 1-16 (16). Es interesante, asimismo, consultar la monografía de GROUSSOT, X., *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006; donde de forma ilustrativa afirma: «principles d'ont fall from heaven» (p. 10).

²³ Artículo 62 del Estatuto del TJUE.

²⁴ STPICE (Sala de Casación) de 6 de mayo de 2009, M/EMEA, T-12/08 P.

²⁵ En el sentido de los artículos 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia y 13, apdo. 1, del anexo a dicho Estatuto.

de Evaluación de Medicamentos (EMA) en el que aquel había pedido la constitución de una comisión de invalidez tras sufrir un accidente de trabajo, petición que le fue denegada. Solicitó la anulación de esta negativa y una indemnización y el litigio fue declarado inadmisibile por el TFUE. Contra este Auto presentó recurso de casación ante el TGUE por estimar que adolecía de un error de Derecho en la medida en que había declarado inadmisibles sus pretensiones. Y en vez de limitarse a resolver la excepción de inadmisibilidad, el TGUE consideró que el estado del asunto le permitía resolverlo definitivamente, declarando fundadas las pretensiones de anulación del demandante y su petición de indemnización.

En el marco del reexamen, el TJUE considera que el Tribunal General interpretó incorrectamente el concepto de «litigio cuyo estado permite su resolución definitiva», puesto que impidió a la Agencia expresar eficazmente su opinión sobre el fundamento de las pretensiones indemnizatorias y, por lo tanto, vulneró el principio de contradicción derivado de los requisitos vinculados al derecho a un juicio justo.

Para examinar si se había producido una vulneración de la unidad o coherencia del Derecho de la Unión, el TJUE tiene en cuenta una serie de circunstancias, entre las que hay que destacar, en primer lugar, la novedad del fallo del TGUE, al constituir la primera resolución en la que declaraba fundado un recurso de casación contra un Auto del TFUE que estimaba una excepción de inadmisibilidad sin examinar el fondo del asunto. Por consiguiente, podía constituir un precedente para futuros asuntos. En segundo lugar, el hecho de que el TGUE se apartara de la jurisprudencia reiterada del TJUE sobre el concepto de «litigio cuyo estado permite su resolución definitiva». En tercer lugar, estos errores afectaban a normas de procedimiento que no forman parte exclusivamente del Derecho de la Función Pública, sino que son aplicables con independencia de cual sea la materia en cuestión. Finalmente, el importante lugar que ocupan las normas incumplidas en el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular, el Estatuto del Tribunal y su Anexo constituyen Derecho primario. Todas estas circunstancias, consideradas conjuntamente, llevan al TJUE a confirmar que el fallo del TGUE vulneró la unidad y la coherencia del Derecho comunitario.

Se trata de un precedente importante que arroja luz sobre que debe entenderse por vulneración de la unidad o coherencia del Derecho de la Unión, en cuyo examen parece que constituyen elementos importantes el carácter constitucional de las normas infringidas y el carácter de preceden-

te del fallo del TGUE. E ilustra, sin duda, el camino que seguirá el TJUE si el Tribunal General llega finalmente a ejercer su competencia en materia de resolución de cuestiones prejudiciales, cuyos fallos también podrán ser objeto de reexamen conforme al artículo 256(3) TFUE en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión.

Recursos propios y material militar y de doble uso: varios Estados miembros vulneran el Derecho de la Unión.

* STJUE (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2009
Comisión/Finlandia, Suecia, Alemania, Grecia, Dinamarca, Italia,
C-284/05, C-294/05, C-372/05, C-387/05, C-409/05, C-461/05 y C-239/06

Como estimó el Abogado General Ruiz-Jarabo en una de sus últimas y magistrales Conclusiones, hay una clara tensión entre las dos concepciones del artículo 346 TFUE (antiguo 296 CE), una patrocinada por los Estados miembros sobre la idea de una soberanía omnipresente en materia de defensa, frente a otra, más *comunitarista*, que reduce su potencialidad a unos contornos más estrechos²⁶. Y el Tribunal contribuye en estos fallos a rechazar una concepción absolutista de las reservas vinculadas a la defensa y a la seguridad nacional, aunque eventualmente puede tomar en consideración excepciones necesarias y proporcionadas desde el momento en que se demuestren como justificadas. Esta pequeña introducción pretende poner de manifiesto la importancia política y jurídica de estos fallos en los que se cuestionaba la negativa de algunos Estados miembros para contabilizar como recursos propios de la Unión los derechos de aduana percibidos sobre la importación de material de guerra y productos de doble uso. Todos los demandados excusaron la omisión de las liquidaciones al abrigo del artículo 346 TFUE, pues consideraban que el devengo de estos derechos de aduana sobre material militar procedente de países terceros entrañaría un grave riesgo para sus intereses esenciales de seguridad. Frente a esta interpretación, el Tribunal recuerda que el Código de aduanas comunitario prevé sin ninguna duda posible la percepción de derechos de aduana sobre los bienes de uso militar procedente de países terceros, sin que haya sido establecida ninguna exoneración posible, apreciación que confirma, además, el Reglamento (CE) n.º 150/2003 del Consejo, de 21 de enero de 2003, por el que se suspenden los derechos de importación sobre determinadas

²⁶ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, presentadas el 10 de febrero de 2009, apdo. 177.

armas y equipos militares²⁷, que implica evidentemente que las reglas sobre la unión aduanera se aplican a estos productos.

Más allá de estos argumentos, el debate jurídico se focalizó sobre el ámbito de aplicación de los artículos 346 a 348 TFUE (antiguos 296 a 298 CE) y la pretendida reserva relativa a la seguridad nacional. Y sobre ello el Tribunal recuerda su jurisprudencia consagrada, según la cual, si bien corresponde a los Estados miembros establecer las medidas adecuadas para garantizar su seguridad interior y exterior, no por ello se sustraen totalmente a la aplicación del Derecho comunitario²⁸. Por consiguiente, no existe una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública porque reconocer su existencia podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme de estas normas. A ello el Tribunal añade que los artículos 346 y 347 TFUE deben ser objeto de interpretación estricta y que la primera de estas disposiciones no puede interpretarse como si atribuyera a los Estados miembros la facultad de establecer excepciones a las disposiciones del Tratado mediante la mera invocación de dichos intereses. Dicho en otros términos, la seguridad nacional no autoriza que cualquier medida nacional se sustraiga al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, aunque puede justificar una excepción concreta a la aplicación de estas reglas si los Estados miembros pueden demostrar la necesidad de recurrir a esta excepción con objeto de proteger sus intereses esenciales de seguridad²⁹. Sin embargo, el Tribunal no se muestra convencido de los argumentos expuestos por los demandados consistentes en la necesidad de que los procedimientos aduaneros comunitarios garanticen la seguridad o la posibilidad de que se produzcan riesgos para la confidencialidad impuesta por los países terceros exportadores en los acuerdos con ellos suscritos. Por consiguiente, los argumentos defensivos articulados alrededor de los riesgos para la seguridad son firmemente rechazados por el Tribunal.

²⁷ DO L 25, p. 1.

²⁸ Véanse las sentencias de 26 de octubre de 1999, *Sirdar*, C-273/97, *Rec.* p. I-7403, apdo. 15, y de 11 de enero de 2000, *Kreil*, C-258/98, *Rec.* p. I-69, apdo. 15).

²⁹ El mismo razonamiento siguió el Tribunal en su sentencia de 16 de septiembre de 1999, *Comisión/España* (C-414/97, *Rec.* p. I-5585), fallo en el que declaró que existía incumplimiento por parte de nuestro país por no demostrar que la exención del IVA aplicable a las importaciones y adquisiciones de armamento, munición y material de uso exclusivamente militar, establecida por la ley española, estuviera justificada por la necesidad de proteger nuestros intereses esenciales de seguridad de dicho Estado miembro, con arreglo al artículo 296 CE, apdo. 1), letra b).

Para finalizar, el Tribunal debía pronunciarse sobre la solicitud de limitación de los efectos de estos fallos en el tiempo, demanda fundada en la confianza legítima que la inacción prolongada durante muchos años de la Comisión y la adopción del Reglamento (CE) n.º 150/2003 habrían provocado en los Estados demandados. Es cierto que el debate que subyace en estos recursos se remonta hasta la década de los años setenta y nunca hasta ahora habían cristalizado en procesos judiciales de incumplimiento. El Tribunal estima, sin embargo, que la Comisión no abandonó en ningún momento su posición de principio. De hecho, durante las negociaciones del Reglamento n.º 150/2003 exhibió su firme voluntad de no desistir de la percepción de estos derechos a través de una declaración, reservándose las oportunas iniciativas al respecto. Aparte de ello, a día de hoy el Tribunal aún no ha despejado la duda, y tampoco lo hace en este asunto, de si los fallos dictados en el marco de un recurso por incumplimiento pueden tener los mismos efectos *ratione temporis* que las sentencias prejudiciales, las únicas sobre las que el Tratado admite la limitación de sus efectos temporales para salvaguardar el principio general de seguridad jurídica.

¿Retorno de la doble base jurídica?: la reglamentación de los residuos posee exclusivamente fines medioambientales mientras que la contribución al fondo internacional para Irlanda participa de la cohesión económica y social

* STJCE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2009, *Comisión/ Parlamento y Consejo*, C-411/06

* STJCE de 3 de septiembre de 2009, *Parlamento / Consejo*, C-166/07

No hay duda de que el Reglamento (CE) n.º 1013/2006 relativo a los traslados de residuos³⁰ tiene como objetivo la protección del medio ambiente y, por consiguiente, se basó válidamente —al menos en parte— en el artículo 175 CE, apartado 1 (192.1 TFUE), aunque este litigio se refiere a si dicha norma persigue, asimismo, un objetivo de política comercial, es decir, si esta política tiene componentes vinculados de modo indisociable con la protección del medio ambiente de tal importancia como para fundamentar una doble base jurídica³¹. A pesar de que en los últimos tiempos el Tri-

³⁰ DO L 190, p. 1.

³¹ Los artículos 133 CE y 175 CE, apartado 1 (207 y 192.1 TFUE).

bunal ve con menos reservas el recurso a una doble base jurídica³², estima en el fallo que los objetivos medioambientales deben considerarse principales o preponderantes, conclusión que resulta corroborada —en opinión del Tribunal— por el examen del contexto normativo en el que se enmarca el Reglamento impugnado. Rechaza, asimismo, la existencia de una práctica institucional alegada por la Comisión en apoyo de su recurso, consistente en los actos comunitarios que fueron adoptados en el pasado sobre esta doble base jurídica y que fueron aceptados por el Consejo³³, de lo que deducía una suerte de *estoppel* por parte de esta última institución, al haber admitido la posibilidad de adoptar actos sobre la doble base jurídica propuesta, en particular, al adoptar el Reglamento n.º 1420/1999, que establecía medidas análogas a las enunciadas en el Reglamento impugnado. No obstante, ya sabemos lo reacio que es el Tribunal para aceptar de forma general estas prácticas institucionales y, de forma particular, en cuanto a la elección de la base jurídica, habiendo condenado ya en varias ocasiones este mismo argumento. En efecto, una simple práctica institucional no puede contravenir las normas del Tratado y no puede, por tanto, crear un precedente que vincule a las instituciones en cuanto a la base jurídica correcta³⁴. Por el contrario, el Tribunal estima que la determinación de la base jurídica debe hacerse en consideración a la finalidad y al contenido propio del acto, y no en atención a la base jurídica considerada para la adopción de

³² Vid., en este sentido, el comentario de la STJCE de 3 de septiembre de 2009, *Parlamento/Consejo*, C-166/07, que realizamos a continuación en esta crónica. Otra ilustración es la STJCE de 6 de noviembre de 2008, *Parlamento/Consejo*, C-155/07; STJCE de 3 de septiembre de 2009, *Parlamento/Consejo*, C-166/07.

³³ Entre otros, Reglamento (CEE) n.º 3254/91 del Consejo, de 4 de noviembre de 1991, por el que se prohíbe el uso de ceptos en la Comunidad y la introducción en la Comunidad de pieles y productos manufacturados de determinadas especies animales salvajes originarias de países que utilizan para su captura ceptos o métodos no conformes a las normas internacionales de captura no cruel (*DO L 308*, p. 1), la Decisión 98/392/CE del Consejo, de 23 de marzo de 1998, relativa a la celebración por la Comunidad Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 y del Acuerdo de 28 de julio de 1994 relativo a la aplicación de la parte XI de dicha Convención (*DO L 179*, p. 1); Reglamento (CE) n.º 1420/1999 del Consejo, de 29 de abril de 1999, por el que se establecen normas y procedimientos comunes aplicables a los traslados de ciertos tipos de residuos a determinados países no miembros de la OCDE (*DO L 166*, p. 6).

³⁴ Entre otras, pueden verse STJCE de 23 de febrero de 1988, *Reino Unido/Consejo*, 68/86, *Rec.* p. 855, apdo. 24, y de 26 de marzo de 1996, *Parlamento/Consejo*, C-271/94, *Rec.* p. I-1689, apdo. 24.

otros actos comunitarios que presentan características similares³⁵. Es cierto, no obstante, que aunque el Tribunal rechaza de plano la existencia de esta práctica institucional, ésta puede constituir un factor pertinente del contexto en el que dicho acto se inscribe, de modo que confirme la elección de la base jurídica resultante del examen de su finalidad y contenido. En efecto, como señaló en sus Conclusiones el Abogado General Poiars Maduro, este análisis contextual ha llevado al Tribunal a justificar explícitamente esta misma doble base jurídica en varios asuntos³⁶. Sin embargo, aplicando este análisis contextual al presente asunto la tesis que se alcanza sigue siendo contraria a la elección de la doble base jurídica porque el Reglamento impugnado tiende a aplicar el Convenio de Basilea para el control de la eliminación y el transporte transfronterizo de residuos peligrosos³⁷, recuperando en gran medida el tenor del Reglamento n.º 259/93³⁸, al que sustituye. Y se da la circunstancia de que este último Reglamento, que establecía un régimen similar al previsto en el acto impugnado, fue adoptado exclusivamente sobre la política medioambiental, elección que confirmó en 1994 el Tribunal de Justicia frente al artículo 95 CE (114 TFUE), considerando

³⁵ En la sentencia de 10 de enero de 2006, *Comisión/Parlamento y Consejo*, C 178/03, *Rec. p. I 107*, relativa a la base jurídica del Reglamento (CE) n.º 304/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativo a la exportación e importación de productos químicos peligrosos (*DO L 63*, p. 1), el Tribunal de Justicia aceptó que tanto desde el punto de vista de su finalidad como de su contenido, dicho Reglamento contenía dos componentes, comercial y medioambiental, vinculados entre sí de modo tan indisoluble que se imponía la utilización de esa doble base jurídica.

³⁶ Vid., por ejemplo, el Reglamento (CE) n.º 304/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativo a la exportación e importación de productos químicos peligrosos (*DO L 63*, p. 1); que aplicaba en el ámbito comunitario el Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (*DO 2003*, L 63, p. 27); el cual, de acuerdo con la STJCE de 10 de enero de 2006, *Comisión/Consejo*, C 94/03, *Rec. p. I-1*, también debería haber tenido este doble fundamento al existir una evidente convergencia entre las disposiciones de estos dos actos. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha respaldado explícitamente la elección del artículo 95 CE (114 TFUE) como base jurídica de una Directiva tras un análisis de su finalidad y contenido al constatar que modificaba otra anterior basada en la misma disposición, STJCE de 10 de febrero de 2009, *Irlanda/Parlamento y Consejo*, C-301/06, apdos. 73-74.

³⁷ Firmado en Basilea el 22 de marzo de 1989, aprobado en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 93/98/CEE del Consejo, de 1 de febrero de 1993, *DO L 39*, p. 1.

³⁸ Reglamento (CEE) n.º 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea (*DO L 30*, p. 1).

que la incidencia de este Reglamento sobre el mercado interior era accesorio³⁹. Por consiguiente, el Tribunal rechaza que el Reglamento impugnado tenga componentes de política comercial que exijan utilizar una doble base jurídica.

Distinto es el resultado en cuanto al análisis de la contribución de la Unión Europea al Fondo Internacional para Irlanda, organización internacional creada en virtud del Tratado angloirlandés de 1986, cuyos miembros son los dos Gobiernos contratantes, los cuales se comprometen a cooperar para fomentar la paz, la estabilidad y la prosperidad en la isla de Irlanda promoviendo la reconciliación, el respeto de los Derechos humanos, la cooperación contra el terrorismo y el desarrollo de una colaboración económica, social y cultural. Entre los donantes a esta organización se encuentra la Unión Europea, girando el contencioso en torno al Reglamento que establece el marco jurídico para esta contribución financiera para el período 2007-2010, el cual fue adoptado sobre la base del artículo 308 CE (352 TFUE). Este proceso de conciliación responde a imperativos políticos cuya realización reposa sobre acciones de orden económico y social, lo cual lleva al Parlamento Europeo a exigir el reemplazo de la cláusula de imprevisión por el artículo 159 CE (175 TFUE) relativo a la cohesión económica y social.

El TJUE comienza abordando las condiciones de aplicación de esta cláusula de imprevisión en el sistema jurídico comunitario, a saber: «suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten no obstante necesarios para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr alguno de los objetivos establecidos por dicho Tratado»⁴⁰. Por consiguiente, el recurso a esta base jurídica no está justificado más que cuando ninguna otra disposición del Tratado confiere a las instituciones comunitarias la competencia necesaria para adoptar el acto de que se trate. Estas condiciones de aplicación imponen la búsqueda de la base jurídica pertinente en caso de concurso de bases jurídicas, debiéndose operar la elección en función de elementos objetivos, entre los que deben figurar, en opinión del Tribunal, el fin y el contenido del acto⁴¹, lo cual le lleva a apreciar las competencias atribuidas a las instituciones sobre el fundamento de la cohesión económica y

³⁹ STJCE de 28 de junio de 1994, *Parlamento/Consejo*, C-187/93, *Rec.* p. I-2857.

⁴⁰ STJCE de 3 de septiembre de 2009, *Parlamento/Consejo*, C-166/07, apdo. 41.

⁴¹ *Ibid.*, apdo. 42.

social para confrontarlas con el contenido del Reglamento. Y de este análisis deduce que puede considerarse perfectamente que una acción participe de la cohesión desde el momento en que obra a favor del progreso económico y social de una zona particular de la Unión, incluso si en el trasfondo existe un plan político vinculado a lograr la paz y la reconciliación pacífica entre las facciones antaño opuestas. De todo ello el Tribunal deduce que existe aquí una acción específica de cohesión económica y social, sin que ello implique que el Reglamento pueda ser adoptado exclusivamente sobre esta base. En efecto, contrariamente a la opinión del Parlamento, apoyado por el Abogado General Bot, el Tribunal estima que la cohesión económica y social no es suficiente para englobar la acción comunitaria debido al hecho de que el Fondo constituye una organización internacional de la que la Unión no es miembro, lo cual impide garantizar que la contribución comunitaria se dirija exclusivamente a acciones destinadas a promover el progreso económico y la cohesión social⁴². Esta superación del ámbito material de la cohesión económica y social impone, en opinión del Tribunal, que el Reglamento se funde también sobre el artículo 308 CE (352 TFUE).

Desde una perspectiva más general, el fallo parece demostrar que el Tribunal es menos reticente que en el pasado para apreciar la viabilidad de una doble base jurídica. Finalmente, aunque no hay ningún asidero entre los considerandos del fallo y se trate sólo de una mera especulación teórica, quizás se trate de otro precedente que abona la tendencia jurisprudencial a dar preferencia a las disposiciones que asocian más estrechamente al Parlamento con la adopción del acto⁴³. Y no cabe duda de que en este asunto sumar las dos bases jurídicas como fundamento del último Reglamento impugnado tiene esta consecuencia, indirecta quizás, puesto que introduce el procedimiento de codecisión (artículo 159.4 CE – 175, apdo. 3 TFUE) en la ejecución de la cláusula de imprevisión del artículo 308 CE (352 TFUE).

⁴² *Ibid.*, apdo. 59.

⁴³ Vid., por ejemplo, STJCE de 11 de junio de 1991, *Comisión/Consejo* («Dióxido de titanio»), C-300/89, *Rec.* p. I-2867.

3. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO

La ausencia de motivación de un acto constituye un motivo de orden público que debe analizarse de oficio, aunque previamente las partes deben poder formular observaciones.

* STJUE (Gran Sala) de 2 de diciembre de 2009, *Comisión/Irlanda y otros*, C-89/08 P

No es muy habitual que el TJUE case una Sentencia del Tribunal General por violación de los Derechos fundamentales de las partes en el procedimiento, aunque esto fue lo que ocurrió en este asunto sobre ayudas de Estado. La Comisión había adoptado una Decisión declarando parcialmente incompatibles con el mercado interior ciertas ayudas otorgadas por Francia, Italia e Irlanda, la cual fue anulada por el Tribunal General exclusivamente sobre el fundamento de que la Comisión no había justificado de forma suficiente esta Decisión⁴⁴. El problema era que ninguna de las partes en el procedimiento había alegado este argumento, ni el Tribunal les había dado la oportunidad de presentar observaciones sobre este particular, haciendo girar la Comisión en torno a este vicio procedimental su recurso de apelación. El TJUE recuerda, en primer lugar, que la falta o insuficiencia de motivación constituye un motivo de orden público que puede, e incluso debe, ser examinado de oficio por el juez comunitario. Por consiguiente, el juez comunitario de instancia no trascendió el marco del litigio y no infringió las normas de procedimiento. No obstante, vulneró el principio de contradicción y el derecho de defensa porque el juez comunitario no puede fundamentar su decisión en un motivo examinado de oficio, aunque sea de orden público, sin haber instado previamente a las partes a formular sus observaciones sobre dicho motivo.

En efecto, como afirmó el Abogado General Bot en sus Conclusiones y el TJUE recoge con aceptación, el principio de contradicción no sólo se opone a que el juez comunitario base su decisión en hechos o documentos de los que alguna de las partes no ha podido tener conocimiento y sobre los que no pudo formular observaciones, sino que también implica, con carácter general, el derecho de las partes a conocer y discutir los elementos examinados de oficio por el juez y sobre los cuales tiene intención de fundamentar su decisión.

⁴⁴ STPICE de 12 de diciembre de 2007, *Irlanda y otros / Comisión*, T-50, 56, 62 y 69/06, *Rec.* p. II-172.

4. MERCADO INTERIOR, LIBRE CIRCULACIÓN Y CIUDADANÍA EUROPEA

El Tribunal confirma las peculiaridades de los juegos de azar.

* STJCE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2009,
Liga Portuguesa de Fútbol Profesional y Baw International, C-42/07

La problemática de la conformidad de las legislaciones nacionales en materia de juegos de azar con el Derecho comunitario ha dado lugar a una jurisprudencia relativamente abundante, aunque sigue suscitando múltiples cuestiones debido a las peculiaridades de este sector. Este asunto tenía por objeto apreciar la conformidad de la legislación portuguesa que concede a un único operador el derecho exclusivo de proponer apuestas mutuas por Internet. El beneficiario de este monopolio es el Departamento de Juegos de la Santa Casa de la Misericordia de Lisboa, un organismo con varios siglos de existencia y sin ánimo de lucro que tiene encomendada la financiación de asuntos de interés público y que posee el derecho exclusivo de organizar y explotar loterías y apuestas mutuas en todo el territorio nacional y en los medios electrónicos de comunicación, pudiendo sancionar a quien vulnere este derecho exclusivo. Y esto fue precisamente lo que le ocurrió a Baw International Ltd., una empresa de apuestas en línea establecida en Gibraltar, y la Liga Portuguesa de Fútbol Profesional; multadas ambas por proponer apuestas mutuas por vía electrónica y publicitarlas. El órgano jurisdiccional remitente ante el que recurrieron estas sanciones plantea la cuestión de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de esta legislación en la medida en que contempla esta exclusividad respecto de las apuestas mutuas por internet.

Para el TJUE, esta normativa impide a operadores privados establecidos en otros Estados miembros, donde ofrecen legalmente servicios análogos, proponer juegos de azar por internet en el territorio de dicho Estado miembro y, por tanto, da lugar a una restricción a la libre prestación de servicios (artículo 49 CE – 56 TFUE); aunque dadas las particularidades propias de la oferta de juegos de azar por internet, el Tribunal evalúa si puede considerarse justificada por el objetivo de lucha contra el fraude y la criminalidad. Por lo que respecta al examen de la necesidad de este régimen, el Tribunal recuerda que el sector de los juegos de azar ofrecidos por internet no ha sido objeto de armonización comunitaria y, por lo tanto, un Estado miembro puede considerar insuficientes los controles ejerci-

dos por el país en el que el operador se encuentre establecido, no constituyendo una garantía para proteger a los consumidores nacionales contra los riesgos de fraude y criminalidad y para evaluar la honradez y cualidades profesionales de los operadores. Por otro lado, dada la falta de contacto directo entre el consumidor y el operador, los juegos de azar accesibles por internet suponen riesgos diferentes y de mayor importancia en comparación con los mercados tradicionales de estos juegos. Además, no puede excluirse, en opinión del Tribunal, la posibilidad de que un operador que patrocina ciertas competiciones deportivas sobre las que acepta apuestas, goce de una situación que le permita influir directa o indirectamente en el resultado final con el fin de aumentar sus beneficios. De estas consideraciones el Tribunal deduce que la restricción controvertida puede, dadas las particularidades propias de la oferta de juegos de azar por internet, considerarse justificada por el objetivo de lucha contra el fraude y la criminalidad.

Este fallo permite al TJUE precisar su jurisprudencia relativa a la regulación de los juegos y apuestas en los Estados miembros, confirmando una vez más las peculiaridades de este sector⁴⁵, que también han llevado a otras jurisdicciones internacionales a establecer una excepción sobre las medidas restrictivas adoptadas por los Estados para proteger la moral o mantener el orden público⁴⁶. Pese a ello, no deja de plantear ciertas dudas

⁴⁵ Vid., en relación con la concesión de un derecho exclusivo a una única entidad, STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Läära y otros* (C-124/97, *Rec.* p. I-6067), a propósito de la legislación finlandesa que concedía a una asociación de Derecho público controlada por el Estado el derecho exclusivo de explotar máquinas tragaperras. En relación con la concesión de derechos exclusivos a un número limitado de operadores económicos, STJCE de 21 de octubre de 1999, *Zenatti* (C-67/98, *Rec.* p. I-7289) y STJCE de 6 de noviembre de 2003, *Gambelli y otros* (C-243/01, *Rec.* p. I-13031); a propósito de la legislación italiana en materia de apuestas sobre acontecimientos deportivos o carreras de caballos, y la STJCE de 11 de septiembre de 2003, *Anomar y otros* (C-6/01, *Rec.* p. I-8621), a propósito de la ley portuguesa que somete los juegos de casino a un sistema de concesión.

⁴⁶ Los juegos de azar y de dinero por Internet pueden presentar importantes riesgos para el orden público, los cuales fueron descritos en el procedimiento sustanciado ante el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) entre Antigua y Barbuda y Estados Unidos a propósito de la prohibición norteamericana de suministro transfronterizo de servicios de juegos y apuestas en línea. A la vista de estos riesgos para el orden público y de los peligros de los juegos en línea para los consumidores, el Órgano de Apelación de la OMC estimó que las medidas restrictivas eran necesarias para proteger la moral pública y mantener el orden público, vid. Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/AB/R, aprobado el 7 de abril de 2005, apdo. 327. En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal de la AELC a propósito de la legisla-

en cuanto a la apreciación de elección de la medida nacional menos restrictiva sobre el comercio de servicios.

El Tribunal constitucional italiano plantea por primera vez una cuestión prejudicial.

* STJCE de 17 de noviembre de 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri y otros*, C-169/08

Después de sus reticencias históricas sobre la primacía del Derecho comunitario y la negación de su cualidad de órgano jurisdiccional nacional en el sentido del artículo 234 CE (267 TFUE), el Tribunal constitucional italiano ha decidido romper su inercia y plantear una cuestión prejudicial entrando así en el reducido grupo de jurisdicciones constitucionales que hasta ahora ha decidido participar en esta cooperación judicial⁴⁷ con el TJUE. En efecto, el presente asunto es un ejemplo especialmente claro de

ción noruega que confería a una empresa pública el derecho exclusivo de explotar máquinas tragaperras para proteger a los consumidores y el orden público. Así, en la Sentencia de 14 de marzo de 2007, *EFTA Surveillance Authority/Norway*, E-1/06, *EFTA Court Report*, p. 7, apdo. 51; estimó: «[in] the Court's view, it is reasonable to assume that a monopoly operator in the field of gaming machines subject to effective control by the competent public authorities will tend to accommodate legitimate concerns of fighting gambling addiction better than a commercial operator or organisations whose humanitarian or socially beneficial activities partly rely on revenues from gaming machines. Furthermore, it is plausible to assume that in principle the State can more easily control and direct a wholly State owned operator than private operators. Through its ownership role, the State has additional ways of influencing the behaviour of the operator besides public law regulations and surveillance».

⁴⁷ Según la Abogado General Juliane Kokott, hasta el momento, los Tribunales Constitucionales que ya han planteado peticiones de decisión prejudicial son: el Tribunal Constitucional austriaco, Sentencias de 8 de noviembre de 2001, «*Adria-Wien Pipeline*», C-143/99, *Rec. p. I-8365*; de 8 de mayo de 2003, *Wählergruppe Gemeinsam*, C-171/01, *Rec. p. I-4301*, y de 20 de mayo de 2003, *Österreichischer Rundfunk y otros*, C-465/00, C-138/01 y C-139/01, *Rec. p. I-4989*; el Tribunal Constitucional belga (anteriormente, Cour d'arbitrage), STJCE de 16 de julio de 1998, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins*, C-93/97, *Rec. p. I-4837*, Auto TJCE de 1 de octubre de 2004, *Clerens* (C-480/03, no publicado en la Recopilación), así como las STJCE de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros*, C-305/05, *Rec. p. I-5305*, y de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, C-212/06, *Rec. p. I-1683*; aún pendientes están los asuntos *Bressol y otros*, C-73/08, y *Base y otros*, C-389/08. Recientemente, el Tribunal de Justicia dictó la Sentencia de 9 de octubre de 2008, *Sabatauskas y otros*, C-239/07, en un asunto planteado por el Tribunal Constitucional lituano (Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas).

que también en los procedimientos que se sustancian ante los tribunales constitucionales nacionales pueden plantear cuestiones de Derecho comunitario decisivas para la resolución de un contencioso constitucional, máxime si como establece la Constitución italiana en su artículo 117, apartado 1, el poder legislativo debe observar las obligaciones derivadas del Derecho comunitario. De este modo, como señala la *Corte costituzionale* para justificar la pertinencia de sus cuestiones prejudiciales, el Derecho comunitario se convierte en «parte del criterio para examinar la constitucionalidad» en el procedimiento de inconstitucionalidad y «concretiza» las exigencias que la Constitución impone a la legislación. Puede destacarse, asimismo, que en su resolución de remisión la *Corte Costituzionale* aporta elementos sobre la admisibilidad de su petición de decisión prejudicial por lo que respecta a su condición de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE (267 TFUE), alegando que el concepto de órgano jurisdiccional en el sentido de esta disposición ha de deducirse del Derecho comunitario y no de la calificación en Derecho interno y, por consiguiente, queriendo zanjar aparentemente un viejo debate, estima que reúne todos los requisitos para presentar esta petición de decisión prejudicial. Es curioso observar, sin embargo, que con un silencio bastante evocador, el TJUE omite entrar en esta controversia, limitándose a responder la cuestión material planteada sobre la conformidad de una Ley regional sarda con la libre prestación de servicios y el concepto de ayudas de Estado en la medida en que establece un impuesto regional sobre escalas turísticas de aeronaves destinadas al transporte privado de personas y de embarcaciones de recreo cuyo pago únicamente se exige a las empresas domiciliadas fuera del territorio de esta región. Como era de esperar, la respuesta del TJUE es la inadecuación de esta norma con el Derecho de la Unión puesto que su aplicación tiene como consecuencia encarecer los servicios de todos los sujetos pasivos del impuesto que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio regional en comparación con los prestados por los operadores establecidos en dicho territorio. Rechaza, asimismo, las justificaciones ofrecidas por la región de Cerdeña sobre el objetivo de protección del medioambiente que en su opinión perseguiría esta norma, no encontrándose residentes y no residentes en situaciones objetivamente comparables por lo que su diferente trato no constituiría una restricción de la libre prestación de servicios. Para el Tribunal, sin embargo, la medida es inadecuada para perseguir este objetivo puesto que tanto residentes como no residentes participan en la degrada-

⁴⁸ DO 2001, L 12, p. 1.

ción del medio ambiente. Finalmente, el Tribunal concluye que esta norma no sólo constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios sino también una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE (actualmente 107 TFUE).

Aplicación de los principios de cooperación leal y no discriminación en el marco del Tratado EURATOM.

* STJCE (Gran Sala) de 27 de octubre de 2009, *ČEZ*, C-115/08

Hasta la actualidad la jurisprudencia se ha centrado básicamente en las medidas impuestas por un Estado miembro que restringen la libertad de los agentes económicos para establecerse en ese Estado a fin de ejercer una actividad económica o que restringen las posibilidades de que se trasladen fuera de ese Estado miembro para establecerse en otro. En el presente asunto, sin embargo, el Tribunal se encontraba confrontado ante una situación diferente, dado que tenía que decidir sobre la posible repercusión extraterritorial de la legislación interna austriaca. Se trataba de la empresa ČEZ, que explota una instalación nuclear en Temelín (Chequia) autorizada por el Gobierno de este país en 1985. Esta empresa fue demandada por la propietaria de un terreno en territorio austriaco en el que ha instalado una escuela de agricultura, a unos 60 km. de la central nuclear. El código civil austriaco faculta al propietario de una finca para exigir que los propietarios de fincas vecinas, incluidas las situadas en otro Estado, garanticen que la explotación de esas fincas vecinas no produzca efectos que sobrepasen los niveles habituales en el lugar y obstaculicen sustancialmente los usos localmente admitidos. Además, en el caso de una amenaza inmediata y concreta de perturbación que pueda causar un daño irreparable puede obtenerse una orden cautelar fundada en el riesgo para impedir la utilización del terreno que crea esa amenaza. No obstante, si la instalación fue autorizada por la administración, sólo puede exigirse una indemnización. En opinión del *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo austriaco) el problema es que la expresión «instalación autorizada por la administración» no se extiende a las instalaciones que posean una autorización administrativa extranjera, lo cual genera una diferencia de trato entre instalaciones nacionales y las situadas en otros Estados miembros. En efecto, si bien el Abogado General Poiares Maduro propuso al Tribunal encarar el asunto desde la perspectiva de la libertad de establecimiento y los posibles efectos

transfronterizos de esta interpretación de la legislación nacional, el TJUE prefiere orientar su solución sobre la base del principio de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado CEEA y ello, incluso, si este instrumento carece de una disposición que se corresponda explícitamente con el artículo 12 CE (18 TFUE). No obstante, en opinión del TJUE, esta disposición no es más que la expresión concreta del principio general de igualdad, que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión, de lo que deduce que resultaría contrario a la finalidad y coherencia de los Tratados que las discriminaciones por razón de la nacionalidad no estuvieran también prohibidas en el ámbito de aplicación del TCEEA. Una vez despejadas las dudas sobre la aplicabilidad de este principio, el Tribunal estima que una jurisdicción austriaca debe tener en cuenta la autorización de explotación otorgada por las autoridades checas a esta central nuclear. Para alcanzar este resultado procede a examinar en profundidad el TCEEA, deduciendo que el marco jurídico comunitario, en el cual se inscriben parcialmente las autorizaciones de funcionamiento de las centrales nucleares, contribuye de forma esencial a garantizar la protección. Afirma, seguidamente, que desde el momento en que un Estado miembro aprueba una disposición interna que impide la interposición de una demanda de cesación de perturbaciones cuando proceden de una instalación que posee una autorización administrativa, dicho Estado miembro no puede, en principio, excluir de su ámbito de aplicación las instalaciones nucleares situadas en otros Estados miembros.

Es curioso observar que en ningún momento el debate giró en torno al Reglamento (CE) n.º 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 mercantil⁴⁸ por el tenor en que habían sido formuladas las cuestiones prejudiciales por la jurisdicción *a quo*, que presupuso en todo momento que la resolución que debía adoptar estaría investida de la autoridad reconocida por este Reglamento, por lo que el Tribunal consideró que no procedía pronunciarse sobre esta cuestión. Es muy probable, sin embargo, que de haberse abordado este debate, las autoridades checas habrían podido invocar legítimamente el carácter manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido como motivo para rechazar la ejecución del fallo de la jurisdicción austriaca⁴⁹; y es probable que esta objeción hubiese sido fundada porque la interpreta-

⁴⁹ Artículo 34, punto 1 del Reglamento (CE) n.º 44/2001.

ción del código civil austriaco implicaba la adopción de un criterio totalmente cerrado, que atendía exclusivamente al ámbito interno respecto a un problema con efectos transnacionales.

5. AGRICULTURA

El Tribunal confirma la exclusividad del régimen comunitario de protección de las denominaciones de origen.

* STJCE de 8 de septiembre de 2009,
Budjovický Budvar / Rudolf Ammersin GMBH, C-478/07

Casi dieciocho años han tenido que transcurrir para que el TJUE confirme el carácter exhaustivo del Reglamento sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios⁵⁰, lo que quiere decir que se opone a la aplicación de un régimen de protección nacional o previsto en tratados bilaterales cuando una denominación quede comprendida en su ámbito de aplicación formal y material y no haya sido objeto de una solicitud de registro ante la Comisión Europea. Algunos ya habíamos avanzado este carácter exclusivo tras realizar una interpretación teleológica y sistemática del Reglamento (CEE) n.º 2081/92, aspecto que, además, quedaba plenamente confirmado por el análisis de los trabajos preparatorios en el Consejo⁵¹. Aunque es cierto que otros fallos parecían presagiar esta idea de la exhaustividad de esta regulación comunitaria⁵², era necesario un pronunciamiento claro del

⁵⁰ El sistema comunitario de protección de las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas protegidas de los productos agrícolas y alimenticios se estableció mediante el Reglamento (CEE) n.º 2081/92 del Consejo, de 14 de julio de 1992 (*DO L 208*, p. 1). Con posterioridad este régimen fue objeto de algunas enmiendas mediante Reglamento (CE) n.º 510/2006 del Consejo, de 20 de marzo de 2006, sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios (*DO L 93*, p. 12).

⁵¹ CORTÉS MARTÍN, J.M., *La protección de las indicaciones geográficas en el comercio internacional e intracomunitario*, MAPA, Madrid, 2003, pp. 451-463.

⁵² En este sentido, los fallos recaídos en los asuntos *Gorgonzola* y *Chiciak* y *Fol* pusieron de relieve las limitaciones que afectan a los Estados miembros desde el momento en el que solicitan a la Comisión la inscripción de una denominación. La sentencia *Gorgonzola* declaró que el argumento de que la protección concedida por un Estado miembro a una denominación de origen subsiste después de su registro, siempre que tenga un alcance superior a la tutela comunitaria, se contradice con el texto del Reglamento, «que sólo autoriza a

Tribunal en este sentido. Y seguramente no es casual que haya elegido para proclamar de forma solemne este carácter precisamente el litigio que más controversias jurídicas ha suscitado durante los últimos cien años por la atribución del uso exclusivo de las denominaciones Budweiser y Bud, que ha enfrentado por toda Europa a la cervecera norteamericana Anheuser-Busch Inc. y a la checa Budějovický Budvar, problemática que el TJUE ya tuvo ocasión de abordar en 2003 a petición del Tribunal mercantil de Viena⁵³. Tras un largo periplo por instancias judiciales superiores, el asunto regresó —todavía sin resolver— a esta misma jurisdicción, que decidió plantear nuevas preguntas prejudiciales antes de adoptar su fallo. La cervecera checa trata de impedir que un distribuidor vienés de bebidas comer-

los Estados miembros a conservar la tutela nacional de una denominación hasta la fecha en la que se tome una decisión sobre su registro como denominación protegida comunitaria», STJCE de 4 de marzo de 1999, *Consortio per la tutela del formaggio Gorgonzola*, C-87/97, *Rec.* p. I-1301, apdo. 18. La sentencia Chiciak y Fol falló que un Estado miembro no puede modificar una denominación de origen cuyo registro haya solicitado de conformidad con el Reglamento ni protegerla en el ámbito nacional, pero también vinculó taxativamente el afán uniformizador del Reglamento y su carácter excluyente, al disponer que «tiene por objeto garantizar una protección uniforme en la Comunidad a las indicaciones geográficas», añadiendo que «hay que reconocer que dicha protección uniforme procede del registro efectuado con arreglo a normas específicamente previstas por el Reglamento», STJCE de 9 de junio de 1998, C-129 y 130/97, *Rec.* p. I-3315, apdo. 25. En este sentido, declaró que la norma comunitaria establece «la obligación de registro comunitario de las indicaciones geográficas para que estas últimas puedan gozar de protección en cualquier Estado miembro», definiendo el marco comunitario que, en adelante, debe regular esta protección, *ibid.*, apdo. 26. Una declaración similar señaló el Tribunal en el asunto Warsteiner, STJCE de 7 de noviembre de 2000, *Warsteiner*, C-312/98. *Rec.* p. I-9187, apdo. 50. En el fallo en este asunto afirmó que «el objetivo perseguido por el Reglamento n.º 2081/92 no puede comprometerse por la aplicación, junto con dicho Reglamento, de normas nacionales protectoras de indicaciones de procedencia geográfica que no están comprendidas en su ámbito de aplicación», apdo. 49. A *sensu contrario*, esta afirmación parecía implicar que una regulación nacional de indicaciones geográficas cualificadas, a las que se extiende el Reglamento comunitario, sí podría poner en peligro el cumplimiento de la finalidad de la norma europea. Por tanto, al menos implícitamente la jurisprudencia parecía asumir la exclusividad del régimen comunitario y consiguientemente el carácter preceptivo de la inscripción comunitaria contenida en el considerando duodécimo del Reglamento n.º 2081/92. Y de ello podía deducirse que si el registro es obligatorio para las denominaciones incluidas en el ámbito del Reglamento, que, además, tiene carácter exclusivo, una indicación de estas características que no hubiera sido comunicada para su registro comunitario en el plazo correspondiente debía permanecer sin tutela, puesto que el Reglamento excluía la protección paralela nacional, ya que ese régimen nacional había perdido su validez.

⁵³ STJCE de 18 de noviembre de 2003, *Budějovický Budvar*, C-216/01, *Rec.* p. I-13617.

cialice con la marca American Bud cerveza producida en Estados Unidos, basándose en que el uso de dicha denominación es contrario a las disposiciones de un Convenio bilateral celebrado en 1976 entre Austria y la antigua República Socialista de Checoslovaquia. En opinión del demandante en el litigio principal, la denominación «Bud» constituiría una denominación protegida en el marco de este Convenio que quedaría reservada exclusivamente para la cerveza procedente de Chequia. Para resolver esta cuestión, el órgano jurisdiccional vienés pregunta nuevamente por las condiciones en las que quedaría protegida esta denominación en virtud del citado Convenio bilateral, pidiendo aclaraciones sobre las afirmaciones del Tribunal en su fallo de 2003, en particular, su apartado 101, donde declaró que, si de las comprobaciones del órgano jurisdiccional remitente se desprende que, según las condiciones de hecho y las concepciones que prevalecen en Chequia, la denominación «Bud» designa una región o un lugar del territorio de ese Estado y que su protección en dicho Estado está justificada a la luz de los criterios del artículo 36 TFUE, este artículo tampoco se opone a que dicha protección se extienda al territorio de otro Estado miembro, como es, en el caso de autos, la República de Austria. Y el Tribunal señala que esta denominación podría constituir una indicación de procedencia geográfica simple e indirecta, es decir, una denominación para la que no existiría una relación directa entre una cualidad determinada, una reputación u otra característica del producto y un origen geográfico específico, denominación que, además, no es un nombre geográfico, aunque es idónea al menos para informar al consumidor de que el producto procede de un lugar, una región o un país determinado. Si el Tribunal *a quo* calificase la denominación «Bud» como indicación de procedencia geográfica simple su protección quedaría fuera del registro comunitario y el posible obstáculo a la libre circulación de mercancías debe examinarse desde la perspectiva del principio de la libre circulación de mercancías⁵⁴. Centrado el análisis en este aspecto, el TJUE considera que la jurisdicción nacional debe verificar si, según la concepción que prevalece en Chequia, esta denominación es idónea al menos para informar al consumidor de que el producto procede de una región o de un lugar del territorio de dicho Estado miembro y no ha adquirido carácter genérico. En caso afirmativo, el TJUE afirma que el Derecho comunitario no se opone a la protección nacional

⁵⁴ Como afirmó el Abogado General Ruiz-Jarabo en sus Conclusiones en este asunto, presentadas el 5 de febrero de 2009, este tipo de indicaciones caen fuera del ámbito del Reglamento comunitario, pero provocan, sin duda, un obstáculo al comercio, apdo. 91.

de tal indicación de procedencia geográfica simple, ni a que dicha protección se extienda al territorio de otro Estado miembro. Es extraño observar que aún tratándose de una indicación de procedencia simple, el TJUE admite la justificación del obstáculo al comercio en la excepción de la propiedad industrial del artículo 30 CE (36 TFUE). Desde nuestro punto de vista, sin embargo, a falta de unas características que vinculen el producto con el territorio del que procede, justificar este obstáculo en la propiedad industrial llevaría a los Estados miembros a otorgar un monopolio de uso en el comercio a determinados productores nacionales, cuando lo lógico, desde el punto de vista de la medida menos restrictiva para el comercio, parecería ser que los ordenamientos nacionales se limiten a otorgar una protección de estas indicaciones simples contra el riesgo de error de los consumidores sobre el verdadero origen del producto. Desde esta perspectiva, la justificación del obstáculo que provoca esta protección nacional no debería ser la excepción de la propiedad industrial del artículo 30 CE (36 TFUE), sino la exigencia imperativa de protección de los consumidores, siempre que la medida sea indistintamente aplicable y reúna la exigencia de proporcionalidad. En este sentido, el Abogado General Jacobs descartó categóricamente en sus Conclusiones el asunto C-312/98 *Warsteiner* que la protección nacional de las indicaciones de procedencia neutras pudiera ampararse en la excepción de la propiedad industrial⁵⁵. Y, a pesar de ello, el Tribunal continúa insistiendo sobre este aspecto, cuestionando los mismos fundamentos de esta disciplina y su jurisprudencia anterior⁵⁶.

El aspecto quizás más novedoso de esta nueva remisión prejudicial es que la jurisdicción *a quo* parece haber cambiado de criterio puesto que apunta que esta denominación debe calificarse más bien como denominación de origen que designa productos cuyas singularidades se deben a factores naturales o humanos de su lugar de procedencia. Por ello, deseaba

⁵⁵ «(..) No estoy convencido de que la declaración en términos generales por el Tribunal de Justicia de que el objetivo de ese Convenio «puede considerarse incluido en el ámbito de la protección de la propiedad industrial y comercial, en el sentido del artículo 30 CE (actualmente art. 36 TFUE) deba aplicarse al ámbito mucho más reducido de las indicaciones de procedencia geográfica simples, tanto menos cuanto actualmente las denominaciones de origen están incluidas en el ámbito del Reglamento, y protegidas en el orden comunitario en virtud del mismo», apdo. 53, STJCE de 7 de noviembre de 2000, *Rec.* p. I-9187. Vid., en el mismo sentido, sus Conclusiones en el asunto C-325/00, *Comisión/Alemania*, apdo. 42, STJCE de 5 de noviembre de 2002, *Rec.* p. I-9977.

⁵⁶ En particular, STJCE de 20 de febrero de 1975, *Comisión/Alemania* («Sekt»), 12/74, *Rec.* p. 181.

saber si el Reglamento comunitario se oponía a la protección de esta denominación cuyo registro no había sido solicitado a la Comisión de conformidad con el mencionado Reglamento. En efecto, cuando se adhirió a la Unión Europea, Chequia únicamente solicitó la protección comunitaria para tres indicaciones de procedencia relativas a la cerveza producida en la ciudad de České Budějovice, a saber, «Budějovické pivo», «Českobudějovické pivo» y «Budějovický měšťanský var», que designan una cerveza fuerte originaria de este país. Según el Tribunal, el Reglamento comunitario reviste carácter exhaustivo, de manera que se opone a la aplicación de un régimen de protección previsto en un Tratado bilateral si la referida denominación no ha sido objeto de una solicitud de registro al amparo del mencionado Reglamento, alcanzando esta conclusión de una interpretación *a contrario* de la autorización expresa concedida a los Estados miembros, con sujeción a determinados requisitos, para mantener con carácter transitorio la protección nacional de las indicaciones geográficas cualificadas existentes. En opinión del Tribunal, resultaría difícil entender estos regímenes específicos si el régimen de protección comunitario de tales indicaciones revistiera un carácter no exhaustivo que implicara que los Estados miembros conservaran en todo caso la facultad ilimitada de mantener tales títulos nacionales.

6. APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES

* PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

El consumidor que denuncia un contrato suscrito a distancia no está obligado a indemnizar al vendedor por el uso del producto.

* STJCE de 3 de septiembre de 2009,
Messner, C-489/07

Esta petición de decisión prejudicial presenta la peculiaridad de que ya fue planteada una primera vez, aunque de forma distinta, por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, como instancia anterior en el mismo litigio⁵⁷. No obstante, la House of Lords, como tribunal de apelación, mantiene dudas sobre el alcance exacto de la respuesta proporcionada por el Tribunal de Justicia, por lo que vuelve a plantear la misma cuestión sobre la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. El debate se ceñía sobre la licitud de la legisla-

⁵⁷ STJCE de 9 de febrero de 2006, *O'Byrne*, C-127/04, *Rec.* p. I-1313.

ción inglesa, que permite al vendedor reclamar una indemnización por el uso de un bien adquirido en virtud de un contrato a distancia en el caso de que el consumidor ejerza su derecho de rescisión dentro de plazo. Y el TJUE afirma que es contraria a lo dispuesto en el artículo 6, apartados 1, segunda frase, y 2, de la Directiva 97/7/CE⁵⁸ porque sólo permitiría a los consumidores ejercer el derecho de rescisión pagando dicha indemnización, lo que estaría en clara contradicción con el tenor y la finalidad de esta Directiva, al privarles de la posibilidad de hacer uso, con total libertad y sin ninguna presión, del plazo de reflexión para examinar y probar el bien adquirido a distancia. No obstante, la solución es distinta, según el Tribunal, si el consumidor usó el bien de forma incompatible con principios de Derecho civil como la buena fe o el enriquecimiento sin causa.

* *TRANSPORTES*

Los pasajeros de vuelos retrasados pueden exigir una indemnización.

* STJCE de 19 de noviembre de 2009,
Sturgeon y otros, C-402 y 432/07

Cuando un vuelo llegue al destino final con más de tres horas de retraso desde la hora de llegada prevista, los pasajeros pueden solicitar a la compañía aérea una compensación a tanto alzado. Así lo declara el TJUE en este fallo en respuesta a diversas cuestiones planteadas por el *Bundesgerichtshof* (Alemania) y el *Handelsgericht Wien* (Austria), órganos que debían pronunciarse sobre los recursos interpuestos por varios pasajeros que llegaron a sus destinos con más de veintidós horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista ante el silencio del Reglamento comunitario sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos⁵⁹, que se limita a fijar expresamente estas indemnizaciones para los vuelos cancelados. Sin embargo, este silencio del Reglamento no impide al TJUE responder de forma afirmativa tras realizar una interpretación sistemática del Reglamento y comparar esta situación con la de los pasajeros de vuelos cancelados.

⁵⁸ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (*DO* L 144, p. 19).

⁵⁹ Reglamento (CE) n.º 261/2004 por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (*DO* 2004, L 46, p. 1).

En opinión del Tribunal, no estaría justificado que se tratara a los pasajeros de vuelos retrasados de modo distinto si llegan a su destino final tres o más horas después de la hora de llegada inicialmente prevista, salvo que la compañía aérea puede probar que el retraso se debió a circunstancias extraordinarias que escapaban a su control efectivo que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables. A este respecto, el Tribunal recuerda que no puede considerarse que un problema técnico surgido en una aeronave constituya una circunstancia extraordinaria, a menos que se derive de acontecimientos que, por su naturaleza o por su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad de la compañía aérea y escapen a su control efectivo.

* *CONTRATACIÓN PÚBLICA*

La cooperación público-privada en la gestión de servicios públicos a examen.

* STJCE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, C-206/08

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

A pesar del Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones⁶⁰, esta fórmula de gestión de los servicios públicos —cada vez más utilizada por las administraciones— continúa generando interrogantes por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, algo completamente normal teniendo en cuenta la gran diversidad de formas de delegación de la actividad pública en los diferentes Estados miembros. Curiosamente, además, el mayor número de dudas parece que se generan en el ámbito del suministro de agua potable y evacuación de aguas residuales, sector en el que se enmarcan los dos asuntos objeto de este comentario.

En el primero de ellos, el asunto *Eurawasser*, el órgano jurisdiccional alemán pregunta si en el marco de un contrato, la circunstancia de que la otra parte contratante no obtenga la remuneración directamente de la entidad adjudicadora, sino de los terceros usuarios del servicio basta por sí misma para calificar el contrato como de concesión de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17⁶¹. En caso

⁶⁰ COM(2004) 327 final, de 30 de abril de 2004.

⁶¹ Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (*DO* L 134, p. 1).

de respuesta negativa a esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente plantea si el contrato debe calificarse como de concesión de servicios cuando la otra parte contratante asume total o en su mayor parte el riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es muy limitado debido a la configuración jurídico-pública del servicio.

Después de comparar las directivas pertinentes, el Tribunal reitera una vez más que la diferencia entre un contrato y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador⁶², mientras que en el caso de una concesión de servicios la contrapartida consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañada de un pago. El litigio principal partía explícitamente de la base de que el contrato controvertido establecía que la otra parte contratante no estaba retribuida directamente por la entidad adjudicadora, sino por una remuneración de Derecho privado que la entidad adjudicadora le autorizaba a recaudar de terceros, lo que lleva al Tribunal a considerar que el hecho de que el prestador de servicios sea remunerado por los usuarios responde a la exigencia de una contrapartida establecida en el artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17⁶³. Sobre la interpretación del concepto de «derecho a explotar» en el sentido de esta Directiva, el Tribunal considera que el elemento fundamental es que exista un riesgo inherente a la explotación económica del servicio. Si la entidad adjudicadora sigue soportando la totalidad del riesgo sin exponer al prestatario a las incertidumbres del mercado, la atribución de la explotación del servicio requerirá la aplicación de las formalidades previstas por la Directiva 2004/14 para proteger la transparencia y la competencia, la operación constituirá un contrato de servicios y la contrapartida no consistirá en el derecho a explotar el servicio. La dificultad en el asunto principal residía en el hecho de que la prestación de servicios de agua implica riesgos económicos muy

⁶² Entre otras, puede verse STJCE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, *Rec. p. I* 8585, apdo. 39.

⁶³ Dicho criterio resultaba ya de la jurisprudencia del TJCE anterior a la entrada en vigor de la Directiva 2004/17. Según dicha jurisprudencia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación (véase, en este sentido, STJCE de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, apdo. 58; el Auto de 30 de mayo de 2002, *Buchhändler-Vereinigung*, C-358/00, *Rec. p. I*-4685, apdo.s 27 y 28, así como las sentencias de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, C-382/05, *Rec. p. I*-6657, apdo. 34, y de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Italia*, C-437/07, apdo. 29).

limitados, lo que llevó a algunos de los intervinientes a afirmar que para que constituya una concesión es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable. El TJUE rechaza, sin embargo, esta objeción cuantitativa basándose en que es hasta cierto punto normal que algunos sectores de actividad sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. Y amparando plenamente estas colaboraciones público-privadas estima que debe permitirse que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar un servicio público, incluso si el riesgo derivado de la explotación es muy limitado. En todo caso, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional apreciar si se ha producido esta transferencia de riesgos, sin que sea suficiente los que se derivan de las modificaciones de la normativa acaecidas durante la ejecución del contrato.

Por otra parte, el asunto *Acoset* permitía al Tribunal examinar el complejo régimen jurídico de estos mecanismos de colaboración público-privada desde la perspectiva de su compatibilidad con las libertades de establecimiento y servicios (49 y 56 TFUE), así como con el régimen peculiar de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (106 TFUE). El *Tribunale Amministrativo Regionale* de Sicilia preguntaba si estas disposiciones se oponen a que se adjudique directamente un servicio público integrado de aguas que exija la realización previa de ciertas obras a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado ha sido seleccionado mediante licitación pública. La duda que planteaba la jurisdicción *a quo* era si debía o no realizarse una doble licitación, una para seleccionar a la empresa privada que formaría parte de la sociedad de economía mixta y otra para otorgar esta concesión a dicha sociedad.

Después de realizar un concienzudo análisis de la cuestión tratando de buscar un elemental criterio de eficacia en la gestión administrativa, el Abogado General Ruiz-Jarabo llegó a la conclusión de que recurrir a una doble licitación casaba mal con el ahorro de trámites que debe inspirar las colaboraciones público-privadas institucionalizadas, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y la adjudicación.

cación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos⁶⁴, apreciación que el TJCE acoge plenamente. Según el fallo, en la medida en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario. En caso contrario, añade el Tribunal, recurrir a un doble procedimiento, primero para seleccionar al socio privado de la sociedad de capital mixto y luego para adjudicar la concesión a dicha sociedad, podría disuadir a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer colaboraciones público-privadas institucionalizadas a causa de la dilación inherente a la aplicación de dichos procedimientos y de la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado.

7. DERECHO MEDIOAMBIENTAL

Extensión de la legitimación activa de las asociaciones sobre la base de la directiva de evaluación de impacto.

* STJCE de 15 de octubre de 2009,
Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening, C-263/08

El Tribunal Supremo sueco (*Högsta domstolen*) plantea si una normativa nacional puede garantizar el acceso a la justicia únicamente a organizaciones no gubernamentales de protección medioambiental con un mínimo de dos mil socios, cuestión que suponía examinar la Directiva 85/337/CEE sobre evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente⁶⁵, tras la reforma de 2003 para adap-

⁶⁴ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, presentadas el 2 de junio de 2009, apdo. 85.

⁶⁵ Directiva del Consejo, de 27 de junio de 1985, (DO L 175, p. 40), en la versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997 (DO L 73, p. 5),

tarla al Convenio de Aarhus de 1998 sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales. La definición de «público interesado» es probablemente la clave de bóveda del edificio construido por este Convenio y siguiendo sus mismas definiciones, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 85/337 modificada realiza una distinción entre «público interesado» y «público», a fin de diferenciar entre quienes tienen un interés directo en la ejecución de un proyecto ambiental y los que ostentan una posición ajena a la iniciativa. Para resaltar la importancia de los movimientos asociativos en defensa del medio ambiente, esta misma disposición añade que constituye «público interesado» las organizaciones no gubernamentales que trabajen en favor de la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos pertinentes previstos por la legislación nacional. Conforme a la Directiva, las consecuencias prácticas de constituir «público interesado» son el acceso a la información ambiental, la participación real en el curso del procedimiento administrativo de evaluación y la garantía de acceso a los tribunales para impugnar la legalidad de las decisiones sujetas a evaluación de impacto siempre que hayan sufrido «el menoscabo de un derecho» o bien ostenten «un interés suficiente». A diferencia de lo que sucede con las personas físicas y jurídicas, las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección del medio ambiente gozan siempre de la condición de «público interesado», en la medida en que se ajusten a los requisitos pertinentes previstos por la legislación nacional. Una vez que una organización ambiental responde a esta definición, el artículo 10 bis de esta Directiva establece expresamente la presunción de que ha sufrido «el menoscabo de un derecho» o bien ostenta un «interés suficiente». Tras esta pequeña introducción de la Directiva es fácil adivinar las respuestas que el TJUE daría a las cuestiones prejudiciales planteadas por el juez *a quo*, basadas fundamentalmente en el interés en ejercitar una acción jurisdiccional por parte de estas asociaciones. En particular, el Tribunal Supremo sueco preguntaba si el artículo 10 bis de la Directiva 85/337 exige que los miembros del público interesado tengan la posibilidad de presentar un recurso contra la decisión de autorización de un proyecto aun cuando haya

y por la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo (*DO L 156*, p. 17).

tenido la posibilidad de participar en el procedimiento de autorización e invocar su postura en él. A la vista de la trascendencia que adquiere la definición de público interesado en el Convenio de Aarhus y en la Directiva 85/337 modificada, cuya finalidad expresa es garantizar «la participación del público en la adopción de [...] decisiones ambientales» y «fomentar [...] en particular, la de organizaciones no gubernamentales que trabajan en favor de la protección del medio ambiente», el TJUE rechaza de forma categórica una interpretación de sus preceptos que tenga por efecto dificultar el acceso de las organizaciones medioambientales a los procedimientos administrativos y judiciales; y ello porque la definición de «público interesado», aplicada a las organizaciones ambientales, abre las puertas al ejercicio de todas las facultades sustanciales del Convenio y de la Directiva 85/337 modificada. Según el Tribunal, la circunstancia de que las normas nacionales dejen un amplio margen para participar en una fase previa del procedimiento de elaboración de la decisión no puede justificar que el recurso jurisdiccional contra la decisión adoptada esté sujeto a requisitos restrictivos.

Con respecto a la limitación del acceso a la justicia únicamente a organizaciones no gubernamentales de protección medioambiental con un mínimo de dos mil socios, el Tribunal estima que la Directiva 85/337 no se refiere exclusivamente a operaciones de envergadura regional o nacional, sino también a proyectos de dimensiones más reducidas, de los que se pueden ocupar con mayor facilidad las asociaciones locales con pocos socios. Y recogiendo las apreciaciones de la Abogado General Sharpston, el TJUE estima que esta normativa puede provocar un filtro de los recursos en materia medioambiental directamente contrario al espíritu de dicha Directiva, deduciendo de todo ello la flagrante contradicción entre el artículo 10 *bis* de la Directiva 85/337 y la legislación sueca.

Es curioso observar que a pesar de la invitación de la Abogado General, el Gobierno sueco renunció a invocar la reserva introducida por dicho país al artículo 9, apartado 2, del Convenio de Aarhus, seguramente por albergar dudas de su licitud a la luz del objeto y fin del Convenio. En este sentido, la Guía de aplicación de este instrumento apunta sin remilgos a la Ley sueca cuando afirma que en el marco de este Convenio es absolutamente excesivo que las partes establezcan un número mínimo de socios de las asociaciones medioambientales para poder ejercer los derechos allí previstos.

8. DERECHO SOCIAL

La obligación de consulta con los representantes de los trabajadores nace con la adopción de decisiones estratégicas que obliguen al empresario a proyectar despidos colectivos.

* STJCE de 10 de septiembre de 2009,
Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK y otros, C-44/08

El Tribunal se enfrentó en este ámbito con un problema inédito hasta ahora: el alcance de la obligación de información y consulta con los representantes de los trabajadores establecida en el artículo 2 de la Directiva 98/59/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos⁶⁶, en particular, al momento en que nace esta obligación para el empresario, respondiendo que la cuestión clave es la adopción, dentro de un grupo de empresas, de decisiones estratégicas o cambios de actividad que obliguen al empresario a examinar o proyectar despidos colectivos. Por lo que respecta a la designación del obligado a llevar a cabo estas consultas, el Tribunal señala que el único destinatario de las obligaciones en materia de información, consulta y notificación es el empresario. En el caso de un grupo de empresas formado por una sociedad matriz y una o varias filiales, esta obligación sólo nace para la filial en la que pueden realizarse estos despidos colectivos. Finalmente, en lo referente a la terminación de este proceso, el Tribunal aclara que en el caso de un grupo de empresas debe haber sido concluido antes de que la filial, siguiendo eventualmente instrucciones directas de su sociedad matriz, extinga los contratos de los trabajadores afectados por dichos despidos.

El acceso a las prácticas preparatorias para las profesiones jurídicas puede supeditarse a la posesión de conocimientos vastos y profundos del derecho interno.

*STJUE de 10 de diciembre de 2009,
Peæla, C-345/08

El Tribunal retiene en este fallo una concepción particularmente restrictiva de la equivalencia de conocimientos en el marco de la admisión a unas prácticas preparatorias para el ejercicio de la profesión jurídica. Los

⁶⁶ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998 (DO L 225, p. 16).

hechos se referían a Alemania, país donde el ejercicio de cualquier profesión jurídica requiere superar un primer examen de Estado, tras haber realizado los estudios de Derecho, y un segundo examen jurídico de Estado, tras unas prácticas preparatorias que tienen una duración de dos años y se llevan a cabo en un órgano jurisdiccional civil o penal, en una administración pública o con un abogado. Si un nacional de otro Estado miembro posee una licenciatura en Derecho que le permita acceder en este país a la formación de postgrado para ejercer la profesión de abogado, puede solicitar que sus conocimientos y aptitudes se declaren equivalentes a los certificados por la superación del primer examen de Estado en las materias denominadas obligatorias⁶⁷, apreciándose la equivalencia sobre la base del título universitario extranjero y de cualquier otro título o certificado pertinente presentados. Si la apreciación comparativa muestra que no existe equivalencia o que es sólo parcial, el interesado puede solicitar realizar un examen de aptitud.

El Ministerio de Justicia del Land de Mecklemburgo-Pomerania Occidental denegó a un nacional polaco la admisión a las prácticas preparatorias sin haber aprobado dicho examen de aptitud pese a haber obtenido el título de Magister en la Facultad de Derecho de la Universidad de Poznań (Polonia) y los títulos académicos de Master of German and Polish Law y Bachelor of German and Polish Law y tras haber cursado estudios de Derecho alemán y polaco en la Universidad de Fráncfort del Oder (Alemania). Según el Ministerio de Justicia, no podía reconocerse la equivalencia de los conocimientos de un Derecho extranjero, como el polaco, habida cuenta de las diferencias que existen en relación con el Derecho alemán. Ante esta negativa, interpuso un recurso ante el Tribunal administrativo de Schwerin (Alemania), jurisdicción que solicita al Tribunal de Justicia que precise los criterios que el Derecho comunitario impone en la apreciación de la equivalencia de los conocimientos jurídicos que se ha de llevar a cabo como consecuencia de una solicitud de admisión directa, sin aprobar las pruebas previstas a tal efecto, a unas prácticas preparatorias para las profesiones jurídicas.

El Tribunal constata, en primer lugar, que esta situación no está incluida en el ámbito de aplicación de las directivas pertinentes en materia de libre circulación de abogados⁶⁸ por lo que esta falta de armonización

⁶⁷ Esta posibilidad se creó en Alemania como consecuencia de una Sentencia anterior del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2003, *Morgenbesser*, C-313/01.

⁶⁸ La Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado

faculta a los Estados miembros para definir los conocimientos y cualificaciones necesarios. No obstante, con el fin de conciliar los requisitos nacionales con los imperativos del ejercicio efectivo de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario, en particular, la libre circulación de trabajadores y la libertad de establecimiento, el Tratado obliga a los Estados miembros a examinar la equivalencia del conjunto de la formación del candidato y su experiencia, académica y profesional, antes de poder exigir al candidato que realice un examen de aptitud. Esta comparación debe permitir que las autoridades del Estado miembro de acogida se aseguren objetivamente de que el título extranjero acredita conocimientos y cualificaciones, si no idénticos, al menos equivalentes a los acreditados por el título nacional, apreciación que debe hacerse teniendo en cuenta exclusivamente el grado de conocimientos y de cualificación que, atendidas la naturaleza y la duración de los estudios y formaciones prácticas correspondientes, ese título permite presumir a favor de su titular. Y contrariamente a lo alegado por el demandante en el litigio principal, el Tribunal afirma que los conocimientos y la experiencia acreditados han de examinarse en relación con la cualificación profesional exigida por la normativa del Estado miembro de acogida. Por lo tanto, no basta con haber obtenido un diploma comparable en el Estado de origen puesto que no son las cualificaciones con relación a ese Estado las que se van a tener en cuenta, sino las del Estado de acogida. En caso contrario, la argumentación del demandante llevada a sus últimas consecuencias equivaldría, según el Tribunal, a admitir que un candidato pueda acceder a las prácticas preparatorias sin poseer los más mínimos conocimientos tanto de Derecho alemán como de la lengua de este país. Si bien puede entenderse esta posición por las características particulares de las profesiones jurídicas, el razonamiento denota cierta severidad en perjuicio del reconocimiento de cualificaciones.

Finalmente, el Tribunal debía responder si para el examen de la equivalencia que se ha de realizar procede rebajar, aunque sea levemente, el

miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título (*DO* L 77, p. 36) sólo es de aplicación al abogado plenamente cualificado como tal en su Estado miembro de origen. Tampoco pueden calificarse estas prácticas jurídicas de «profesión regulada», en el sentido de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (*DO* 1989, L 19, p. 16), en su versión modificada por la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001 (*DO* L 206, p. 1), separable de las profesiones jurídicas alemanas propiamente dichas, como la de abogado.

nivel de conocimientos de Derecho del Estado miembro de acogida exigidos a fin de dar efecto útil al artículo 39 CE (45 TFUE). Y a esta cuestión el Tribunal responde de forma negativa, afirmando que el efecto útil de esta disposición no impone que el acceso a una actividad profesional en un Estado miembro esté sometido a requisitos inferiores a los normalmente requeridos a los nacionales, aunque tampoco priva a los Estados miembros de la facultad de rebajar la cualificación exigida. Tampoco es preciso que, en la práctica, la posibilidad de un reconocimiento parcial por parte del Estado miembro de acogida sea meramente ficticia. Sobre este reconocimiento parcial, el Tribunal afirma que en la medida en que la superación de los exámenes jurídicos nacionales, como el primer examen de Estado, es la prueba de la adquisición de conocimientos a la vez vastos y profundos en los ámbitos jurídicos de que se trata, no bastan meros conocimientos puntuales para que el interesado tenga derecho a solicitar el reconocimiento parcial de sus cualificaciones, aunque acoge con aceptación la respuesta dada por el Gobierno alemán a una pregunta formulada por el Tribunal durante la vista, según la cual, cabe la posibilidad de realizar el examen de aptitud de forma parcial exclusivamente sobre aquellas materias sobre las que el candidato no haya demostrado conocimientos correspondientes al nivel requerido.

9. RELACIONES EXTERIORES

El Tribunal confirma la competencia compartida entre la Unión y sus miembros en la ejecución de los acuerdos OMC

* Dictamen 1/08 del Tribunal de Justicia (Gran Sala)
de 30 de noviembre de 2009

En su célebre Dictamen 1/94 el Tribunal estimó que el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) estaba en su mayor parte (con excepción del suministro transfronterizo) comprendido en el ámbito de las competencias compartidas entre la Unión y sus Estados miembros⁶⁹. Y en esta ocasión, añade que también la modificación de las listas de compromisos en el marco del artículo XXI de este Acuerdo poseen este carácter, aportando para ello precisiones interesantes sobre las competencias respectivas de ambos sujetos y sobre la base jurídica de los actos de conclusión de esos acuerdos. Se

⁶⁹ Dictamen 1/94, de 15 de noviembre de 1994, *Rec.* p. I-5267.

trataba de responder a una petición de Dictamen de la Comisión en el marco del artículo 300, apdo. 6 (218, apdo. 11 TFUE) que planteaba, en esencia, si la modificación de compromisos específicos de la Unión y sus miembros debido a la ampliación de la UE de 2004 que la Comisión había negociado con países terceros debía ser concluida exclusivamente por la Unión o con el concurso de sus Estados miembros en el marco de acuerdos mixtos. En opinión de la Comisión, la naturaleza de los ajustes compensatorios acordados no excedían de las competencias internas de la Unión, ni tenían como consecuencia una armonización en un ámbito excluido por el Tratado, de modo que el artículo 133 CE, apartado 6, párrafo segundo (207, apdo. 6 TFUE) no resultaba aplicable por lo que su celebración era competencia exclusiva de la Unión. Por el contrario, los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo consideraban que se trataba de una competencia compartida.

El objeto exacto de estos acuerdos es la cuestión que la Gran Sala del Tribunal aborda en primer lugar, sosteniendo una posición contraria a la Comisión, al señalar que «aunque las modificaciones y retiradas de compromisos proyectadas por un miembro de la OMC hayan sido fijadas unilateralmente por éste, una vez negociados los ajustes compensatorios, éstos y dichas modificaciones y retiradas quedan vinculados indisolublemente», tratándose, en consecuencia, de compromisos convencionales. Seguidamente, el Tribunal constata que la existencia de una competencia comunitaria en el marco de la política comercial común para concluir estos acuerdos es incuestionable, teniendo en cuenta, además, que el comercio de servicios está expresamente previsto desde el Tratado de Niza en el artículo 133.5 CE (actualmente 207, apdos. 1 y 4 TFUE). No obstante, esta constatación no tiene incidencia, según el TJUE, sobre el carácter exclusivo o compartido de esta competencia, punto sobre el que se oponían la Comisión, apoyada por el Parlamento, con el Consejo y el elevado número de Estados miembros que presentaron observaciones.

A continuación el Tribunal aborda la inquietud expresada por la Comisión sobre la necesidad de unidad y de rapidez en la acción externa y sobre las dificultades que pueden aparecer en caso de participación conjunta en la celebración de estos acuerdos. Y recordando su Dictamen 1/94 reafirma que el problema del reparto de competencias no puede solucionarse en función de las eventuales dificultades que puedan suscitarse al gestionar los acuerdos de que se trate⁷⁰. Seguidamente realiza una exégesis del artícu-

⁷⁰ Dictamen 1/94, apdo. 107. En este mismo sentido, Dictamen 2/00, de 6 de diciembre de 2001, *Rec. p. I-9713*, apdo. 41.

lo 133 CE, apartado 6, párrafo segundo (actualmente 207, apdo. 4 TFUE), afirmando que la Unión no puede celebrar por sí sola acuerdos que afectan a servicios identificados en esta disposición, puesto que dicho artículo refleja una inquietud por impedir que pueda regularse el comercio de tales servicios mediante acuerdos internacionales que la Unión celebre por sí sola en virtud de su competencia externa en materia comercial. Y al establecer una acción común de la Unión y de sus miembros por la competencia que comparten, este artículo del Tratado permite simultáneamente perseguir el interés comunitario en la ejecución de una política comercial externa global, coherente y eficiente, y tener en cuenta los intereses particulares que los Estados miembros pueden desear defender en los ámbitos sensibles que dicha disposición identifica. Según el Tribunal, la exigencia de unidad en la representación internacional de la Unión requiere, además, una estrecha cooperación entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias en el proceso de negociación y de conclusión de tales acuerdos.

Y un razonamiento similar aplica el Tribunal a los servicios de transportes, en particular, marítimos y aéreos. En virtud del artículo 133 CE, apartado 6, párrafo tercero (207, apdo. 5 TFUE), la negociación y celebración de acuerdos internacionales en el ámbito de los transportes seguirán sujetas a las disposiciones del título V del Tratado y del artículo 300 CE (218 TFUE). Según la Comisión y el Parlamento, esta disposición debía interpretarse en el sentido de que sólo es aplicable en presencia de acuerdos que tengan por objeto exclusivamente o principalmente los transportes; sin que fuera este el caso de los acuerdos proyectados, cuyo objeto en opinión de estas instituciones era el comercio de servicios en general, teniendo los servicios de transporte sólo carácter accesorio. Para el Tribunal, sin embargo, esta disposición del Tratado trata de resolver un posible conflicto de bases jurídicas, precisando que la negociación y celebración de acuerdos en el ámbito de los transportes «seguirán» sujetas a las disposiciones del Tratado relativas a la política de transportes, lo cual refleja la voluntad de mantener una forma de *statu quo ante* en la materia; posición que ya mantuvo en su Dictamen 1/94⁷¹, en el que afirmó que los acuerdos internacionales en materia de transportes no estaban comprendidos en el ámbito de la política comercial común con independencia de que versaran sobre normas de seguridad como las controvertidas en el asunto *AETR*⁷² o

⁷¹ Dictamen 1/94, antes citado, apdos. 48 a 53. En el mismo sentido, Dictamen 2/92, antes citado, apdo. 27.

⁷² STJCE de 31 de marzo de 1971, *Comisión/Consejo* («AETR»), 22/70, *Rec.* p. 263.

que constituyeran, al igual que el AGCS, acuerdos de naturaleza comercial. Finalmente, el Tribunal rechaza la práctica legislativa alegada por la Comisión para defender el carácter accesorio de los servicios de transporte con respecto al objeto esencialmente comercial de los acuerdos de que se trata. Según el Tribunal, una mera práctica del Consejo no puede ir contra las normas del Tratado y, por consiguiente, no puede crear un precedente que vincule a las instituciones de la Comunidad en cuanto a la elección de la base jurídica correcta.

Derechos humanos y sanciones par luchar contra el terrorismo y contra la proliferación nuclear.

* STJUE de 3 de diciembre de 2009,

Hassan y Ayadi / Consejo y Comisión, C-399/06 P, C-403/06

* STPICE de 30 de septiembre de 2009, *Sisón / Consejo*, T-341/07

* STPICE de 2 de septiembre de 2009, *El Morabit / Consejo*, T-37/07

* STPICE de 14 de octubre de 2009, *Bank Melli Irán/Consejo*, T-390/08

La jurisprudencia relativa al control jurisdiccional de las medidas anti-terroristas no deja de enriquecerse día a día incluso si los fallos que comentamos en la presente crónica se inscriben en una línea de continuidad doctrinal que en estos momentos puede ya considerarse bien asentada. En efecto, los asuntos *Hassan y Ayadi* confirman plenamente los principios expuestos en el fallo del Tribunal en el asunto *Kadi*⁷³. Recordemos que el Tribunal de instancia había considerado que existían límites estructurales impuestos por el Derecho internacional general que le impedirían ejercer el control jurisdiccional de la legalidad interna de los reglamentos que imponían estas sanciones desde el punto de vista de los principios generales del Derecho comunitario relativos a la protección de los Derechos fundamentales porque implicaría, en su opinión, examinar incidentalmente la legalidad de los actos del Consejo de Seguridad, aunque se estimó facultado para controlar incidentalmente esta legalidad desde el punto de vista del *ius cogens*⁷⁴. En definitiva, se abstuvo de controlar la legalidad de las sanciones impuestas a los señores Hassan y Ayadi por considerar que aplicaban en la Unión las Resoluciones del Consejo de Seguridad, las cuales consti-

⁷³ 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.

⁷⁴ STPICE de 12 de julio de 2006, *Hassan/Consejo y Comisión* (T-49/04) *Ayadi/Consejo* (T-253/02), *Rec.* p. II-2139.

tuían, en su opinión, actos de gobierno y, por lo tanto, debían escapar al control judicial en virtud del artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas para evitar socavar el sistema de esta organización internacional, además de perjudicar gravemente las relaciones internacionales de la Unión y sus Estados miembros; doctrina que fue claramente desautorizada por el TJUE en la casación del asunto *Kadi*. Estos recursos de casación se apoyaban en los mismos fundamentos jurídicos que esta última Sentencia y de ahí que el TJUE confirme sin sorpresas que las decisiones recurridas adolecían de los mismos errores de Derecho y, por lo tanto, debían anularse por la violación de los Derechos fundamentales de los recurrentes. Esta violación se producía, en particular, porque el Consejo de Ministros no había comunicado a los recurrentes los datos utilizados en su contra en un plazo razonable tras la imposición de las sanciones, impidiendo a los afectados dar a conocer oportunamente su punto de vista. En definitiva, no se habían respetado su derecho de defensa, ni su derecho a ser oídos.

A la vista de esta doctrina, el Consejo ha comenzado a comunicar a los sospechosos los motivos de cargo y esto ha generado el inicio de un contencioso que podríamos denominar de segunda generación, en el que los demandantes cuestionan si el fundamento de estas sanciones es o no correcto. Esto ocurría en el asunto T-341/07 *Sison*, cuyas sanciones ya fueron objeto de un procedimiento ante el TPICE⁷⁵, órgano que decidió anularlas debido a que la decisión que las imponía se había adoptado en un procedimiento en el que no se había respetado el derecho de defensa⁷⁶. Antes de que se dictara aquel fallo, el Consejo adoptó una nueva decisión manteniendo inscrito el nombre del demandante en la lista de medidas restrictivas, aunque previamente le notificó una exposición de los motivos invocados y le dio un plazo para presentar observaciones. En este nuevo asunto, el demandante impugna nuevamente esta decisión basándose en la vulneración de las obligaciones de motivación y en un error manifiesto de apreciación, argumentos que son desechados por infundados. Mayor éxito tuvo, en cambio, en relación con el fundamento jurídico de la decisión del Consejo. En efecto, conforme al artículo 1 de la Posición Común 2001/931⁷⁷, la lista en cuestión debe confeccionarse sobre la base de informaciones concretas o de elementos del expediente que muestren que una autori-

⁷⁵ STPICE de 11 de julio de 2007, *Sison/Consejo*, T-47/03.

⁷⁶ STPICE *Sison*, apdo. 226.

⁷⁷ 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).

dad competente ha adoptado una decisión respecto de las personas, grupos y entidades mencionados, tanto si se trata de la apertura de investigaciones en relación con un acto terrorista basada en pruebas o indicios serios y creíbles, como si se trata de una condena por dichos hechos. El Consejo había basado su decisión en varias resoluciones de tribunales internos, en particular, del Consejo de Estado holandés y de un Tribunal de Distrito de La Haya, aunque el Tribunal de instancia considera que ninguna de ellas constituye una decisión adoptada por una autoridad competente en el sentido de la citada Posición Común, fundamentalmente porque no contenían una «condena» del demandante, ni constituían una apertura de investigaciones o procedimientos en relación con un acto terrorista. En opinión del Tribunal, para poder ser invocada válidamente por el Consejo, una decisión de apertura de investigaciones o procedimientos debe inscribirse en el marco de un procedimiento nacional que tenga por objeto directo y principal la imposición de una medida preventiva o represiva en relación con la lucha contra el terrorismo. Se trata, por tanto, de una interpretación restrictiva del concepto de «apertura de investigaciones o procedimientos» que queda confirmada por las diferentes versiones lingüísticas del artículo 1, apartado 4, de la Posición Común 2001/931/PESC. En opinión del Tribunal, no cumple esta exigencia la resolución de una autoridad judicial nacional que sólo se pronuncia con carácter accesorio e incidental sobre la posible implicación del interesado en tal actividad, en el marco de un litigio que versa, por ejemplo, sobre derechos y obligaciones de carácter civil. En efecto, los procedimientos jurisdiccionales nacionales que sirvieron de base al Consejo no tenían por objeto la represión de la posible participación del demandante en actos de terrorismo, sino únicamente el control de legalidad de la resolución del Secretario de Estado de Justicia que denegaba el reconocimiento del estatuto de refugiado y la concesión de un permiso de residencia en los Países Bajos. Si bien es cierto que con ocasión de estos procedimientos estos tribunales internos tuvieron conocimiento del expediente del Servicio holandés de seguridad interior relativo a la pretendida implicación del demandante en determinadas actividades terroristas en Filipinas, ni dichos órganos jurisdiccionales, ni el Ministerio fiscal neerlandés decidieron iniciar un procedimiento contra el demandante en los Países Bajos en relación con tales actividades. En estas circunstancias, el Tribunal considera que estas sentencias no constituían decisiones nacionales que justificaran una decisión comunitaria de congelación de fondos y anula, por tanto, las sanciones impuestas al demandante.

Distinta es la suerte del recurso introducido ante el TPICE por Mohamed El Morabit, súbdito marroquí con residencia en los Países Bajos, que en 2006 fue condenado por el Tribunal de Distrito de Rotterdam por su participación en una organización criminal con fines terroristas. Posteriormente, planteó recurso ante el Tribunal de Apelación de La Haya y, entre tanto, fue inscrito en la lista del Consejo sobre la base de la Posición Común 2001/931/PESC y el Reglamento (CE) n.º 2580/2001, habiéndosele informado previamente de los motivos de su inclusión. Ante el Tribunal de instancia alegaba que para preservar la presunción de inocencia la noción de condena en virtud de aquella Posición Común debía interpretarse como una condena definitiva, argumento que es rechazado en virtud de la obligación que tiene el Consejo de revisar periódicamente los motivos que le llevaron a incluir los nombres de los presuntos terroristas en la lista. Por otra parte, la congelación de fondos tiene un carácter limitado en el tiempo y no entraña, en opinión del Tribunal, una confiscación, sino todo lo más una congelación provisional. En efecto, la Decisión del Consejo basada en una decisión previa de una autoridad nacional no constituye una constatación de que se ha cometido una infracción, sino que se adopta en el marco de un procedimiento administrativo que tiene una función puramente preventiva y como único fin permitir perseguir eficazmente la lucha contra la financiación del terrorismo. De todo ello el Tribunal deduce que el Consejo había respetado las obligaciones impuestas por la reglamentación comunitaria puesto que se basó en una condena de una jurisdicción nacional e informó al demandante de los motivos de su inclusión en la lista litigiosa. De forma similar, rechaza el argumento de la desproporción de las medidas de congelación de fondos teniendo en cuenta el interés tan fundamental que tiene para la comunidad internacional la lucha por todos los medios posibles contra las medidas que amenazan la paz y la seguridad internacionales. La importancia de estos objetivos justifican —en opinión del Tribunal— las consecuencias económicas negativas sufridas por el demandante, aunque al mismo tiempo recuerda la posibilidad que esta reglamentación otorga a los Estados miembros para autorizar la utilización de fondos congelados para cubrir necesidades humanitarias esenciales.

También podría incluirse en el contencioso que hemos denominado de segunda generación el asunto T-390/08 *Bank Melli Iran*, que presenta una problemática similar aunque se inscribe en el marco del régimen de medidas restrictivas dirigidas a presionar a Irán para que ponga fin a las actividades nucleares que crean un riesgo de proliferación. El origen de este

régimen de sanciones también se encuentra en resoluciones del Consejo de Seguridad que en 2006 identificó una serie de personas y entidades implicadas en la proliferación nuclear, cuyos fondos y recursos económicos debían ser congelados⁷⁸; y exhortó «a todos los Estados a que se mantengan vigilantes en lo que respecta a las actividades que las instituciones financieras de su territorio mantienen con todos los bancos domiciliados en Irán, en particular con el Banco Melli y el Banco Saderat, y sus sucursales y filiales en el extranjero, con el fin de evitar que esas actividades contribuyan a [la proliferación nuclear]»⁷⁹. Por consiguiente, las sanciones contra la entidad demandante no fueron impuestas directamente por el Consejo de Seguridad, sino identificadas de forma autónoma por el Consejo de la Unión Europea⁸⁰. Realizando un paralelismo con su jurisprudencia en materia de sanciones para luchar contra el terrorismo, el Tribunal de instancia afirma que el Consejo está obligado en la medida de lo posible a poner en conocimiento de las entidades afectadas, mediante notificación individual, las medidas de congelación de fondos, obligación que había sido incumplida en esta ocasión. No obstante, se daba la circunstancia de que la Comisión bancaria francesa notificó el mismo día de su adopción a la sucursal de la sociedad demandante en París la decisión impugnada y su publicación en el Diario Oficial. Así pues, la demandante fue informada, en tiempo oportuno y de fuente oficial, acerca de la adopción de estas sanciones, así como sobre el extremo de que podía consultar en el Diario Oficial la motivación de la misma. Y esta notificación suple, en opinión del Tribu-

⁷⁸ Resolución 1737 (2006), que fue actualizada por varias resoluciones posteriores, y en especial por la Resolución 1747 (2007), del Consejo de Seguridad.

⁷⁹ Resolución 1803 (2008) del Consejo de Seguridad, de 3 de marzo de 2008, apdo. 10.

⁸⁰ La Resolución 1737 (2006) fue aplicada mediante la Posición Común 2007/140/PESC del Consejo, de 27 de febrero de 2007, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra Irán (*DO L* 61, p. 49). Su artículo 5, apdo. 1, letra a), prevé la congelación de todos los fondos que pertenezcan a las personas y a las entidades designadas en la Resolución 1737 (2006) del Consejo de Seguridad, al igual que todos los fondos que sean pertenencia o propiedad o estén bajo el control o a disposición, directa o indirecta, de esas personas o esas entidades. El artículo 5, apdo. 1, letra b), de la Posición Común 2007/140 prevé, además, que se aplicarán las mismas medidas, en particular, a las personas o entidades que el Consejo de la Unión Europea considere que se dedican, están directamente vinculadas o prestan apoyo a la proliferación nuclear. Según el artículo 7, apdo. 2, de la Posición Común 2007/140, el Consejo, por unanimidad, elaborará y modificará la lista de las personas o entidades afectadas por las medidas de congelación de fondos en virtud del artículo 5, apdo. 1, letra b), de dicha Posición Común. En cuanto atañe a las competencias de la Comunidad Europea, la Resolución 1737 (2006) fue aplicada por el Reglamento (CE) n.º 423/2007 del Consejo, de 14 de abril de 2007, sobre la adopción de medidas restrictivas contra Irán (*DO L* 103, p. 1).

nal, la obligación del Consejo, impidiendo a la demandante alegar válidamente la imposibilidad de conocer en el momento oportuno la motivación de la decisión impugnada y apreciar su fundamentación. Y recordando su jurisprudencia añade que el Consejo no está obligado a proceder de oficio a dar audiencia al interesado, habida cuenta de la posibilidad de interponer inmediatamente un recurso ante el Tribunal de instancia que asiste a las entidades afectadas.

Incluso si los principios de base se encuentran bien asentados, todos estos fallos parecen ilustrar la sutilidad del examen concreto de las situaciones propias de cada recurso, en un contencioso que llega a ser a la vez cuantitativamente considerable y jurídicamente cada vez más complejo.

Precisiones sobre los deberes de los Estados miembros frente a los acuerdos anteriores a su adhesión.

* STJCE de 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Finlandia*, C-118/07

* STJCE de 22 de octubre de 2009, *Bogiatzi (épouse Ventouras)*, C-301/08

Recurrir a los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades existentes entre los convenios celebrados con países terceros antes de su adhesión a la Unión y los Tratados comunitarios es un deber que tienen los Estados miembros en virtud del artículo 351 TFUE, párrafo segundo. Sin embargo, el alcance de esta obligación no era hasta hace poco del todo diáfano, en particular, si este deber existía incluso en el supuesto de que la competencia comunitaria sobre la que versa la materia del tratado bilateral aún no había sido ejercida por las instituciones como puede ser el caso de las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de capitales, que atribuyen competencia al Consejo para restringir, en determinados supuestos, los movimientos de capitales y pagos entre los Estados miembros y países terceros, posibilidad que choca de lleno con los acuerdos bilaterales en materia de inversiones, los cuales suelen garantizar la libertad de transferencia en divisa libremente convertible de los pagos vinculados a una inversión. Recientemente, sin embargo, el Tribunal respondió que para garantizar el efecto útil de estas disposiciones de los tratados, era necesario que estas medidas puedan, en caso de ser adoptadas, aplicarse inmediatamente a los países terceros, sin que deba esperarse a que la incompatibilidad se presente realmente para que los Estados miembros reformen o denuncien esos convenios⁸¹.

⁸¹ STJCE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2009, *Comisión / Austria*, C-205/06; STJCE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2009, *Comisión / Suecia*, C-249/06.

En este fallo el Tribunal confirma plenamente esta jurisprudencia en el marco de un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra Finlandia en el que analiza la compatibilidad de varios tratados bilaterales de inversiones. El primer convenio examinado es el concluido entre este país y la Federación de Rusia, el cual carece de disposiciones que permitan aplicar de forma inmediata las eventuales restricciones a los movimientos de capitales y pagos que eventualmente pudiera acordar el Consejo, lo que podría llevar a un incumplimiento por parte de este Estado miembro de sus obligaciones comunitarias. A esta carencia se une la inacción del demandado durante la fase precontenciosa para iniciar alguna actuación en relación con el país tercero afectado para eliminar el riesgo de conflicto que pueda surgir, sin que sea suficiente, en opinión del Tribunal, la posibilidad de recurrir a otros medios ofrecidos por el Derecho internacional, como la suspensión del convenio o, incluso, su denuncia; debido a que son demasiado inciertos en sus efectos para garantizar que las medidas adoptadas por el Consejo puedan ser aplicadas eficazmente y en los plazos exigidos.

En cuanto a los convenios de inversiones celebrados con Bielorrusia, China, Malasia, Sri Lanka y la República de Uzbekistán, su peculiaridad residía en que a diferencia del anterior, contenían una cláusula que garantiza la protección de las inversiones dentro de los límites autorizados por la legislación de la Parte contratante y de conformidad con el Derecho internacional; y Finlandia pretendía hacer valer que sus obligaciones comunitarias formaban parte de su derecho interno y podían, en consecuencia, oponerse a sus cocontratantes, permitiéndole de esta forma cumplir plenamente las obligaciones comunitarias que pudieran derivarse de la adopción por el Consejo de medidas restrictivas. El Tribunal considera, sin embargo, que estas cláusulas no parecen garantizar que así sea, puesto que de una interpretación de buena fe, conforme a su sentido corriente en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, siguiendo lo establecido en el Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados, es demasiado incierta en cuanto a su alcance y efectos la posibilidad de que permita a Finlandia cumplir con sus obligaciones comunitarias.

Como ya expusimos en la crónica de enero-abril 2009, las consecuencias de estos fallos desde un punto de vista práctico son muy importantes en la medida en que los Estados miembros han celebrado más de mil convenios bilaterales o multilaterales de estas características que incluyen cláusulas similares en materia de transferencias de capitales y pagos. Conscien-

te quizás de esta problemática, el Tribunal rechaza que se trate de una interpretación demasiado amplia del artículo 351 TFUE, párrafo segundo, afirmando que estos fallos no prejuzgan en ningún caso las obligaciones de los Estados miembros en otras circunstancias, limitándose a declarar que la propia existencia de estos convenios bilaterales en los términos en que han sido redactados podría obstaculizar el ejercicio de las competencias atribuidas al Consejo en materia de circulación de capitales.

Por otra parte, el asunto *Bogiatzi* da la oportunidad al TJUE de precisar su jurisprudencia *International Fruit*, en virtud de la cual, cuando la Unión asume competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de un convenio internacional y, por consiguiente, sus disposiciones tienen efecto vinculante para la Unión, el Tribunal es competente para interpretar dicho convenio, aun cuando éste no haya sido ratificado por la Comunidad⁸². En realidad, esta especie de sucesión impropia sólo ha sido reconocida hasta ahora por el Tribunal con respecto al Acuerdo GATT, donde había una clara voluntad de los Estados miembros por vincular el devenir de la Comunidad con este acuerdo internacional. Más allá de este supuesto, sin embargo, es dudoso que el artículo 351 TFUE tenga por efecto transferir a la Unión los compromisos contraídos anteriormente por los Estados miembros, consagrando una especie de efecto de sustitución o sucesión de la Unión por sus Estados miembros en lo referente a los compromisos susceptibles de influir en el ejercicio de competencias atribuidas a esta organización internacional porque sería poco compatible con el relativismo imperante en el Derecho internacional, que hace poco creíble que las reglas que vinculan a los miembros de una organización puedan también vincular a la organización que por definición es un sujeto distinto dotado de una personalidad jurídica propia. Más razonable parece considerar que la sumisión de las organizaciones internacionales a los principios que dimanar de los tratados suscritos por sus Estados miembros debe derivar de una voluntad clara de los creadores de este nuevo sujeto⁸³, algo que en la Unión se cumplía plenamente desde hace años con el Acuerdo GATT, pero en el momento actual de desarrollo de las competencias de la Unión no se cumple con el Convenio examinado en este

⁸² STJCE de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Company y otros*, 21/72 a 24/72, *Rec.* p. 1219, apdo. 18.

⁸³ En este sentido, DAVID, E.: «Le droit applicable aux organisations internationales» en *Mélanges en hommage Michael Waelbroeck*, vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 3-22 (15).

asunto o con el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques⁸⁴.

Sin embargo, se trata de una cuestión controvertida y de ahí la importancia de este asunto, que daba la oportunidad al Tribunal para decidir si este efecto de sucesión o sustitución se había dado con respecto al Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, en virtud de las competencias que han sido ejercidas hasta ahora en esta materia por la Unión⁸⁵. El Tribunal comienza recordando que la Unión no es parte contratante de este Convenio, aunque sí lo eran todos los Estados miembros en el momento en que tuvieron lugar los hechos en el litigio principal, lo cual le lleva a examinar si en virtud del ejercicio de competencias en esta materia, la Unión ha asumido las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en la aplicación de este Convenio. Después de examinar el Derecho derivado, el Tribunal concluye que la Unión no ha asumido todas las competencias en su ámbito de aplicación, sin que sea suficiente, recalca el Tribunal, que todos los Estados miembros sean partes contratantes del Convenio⁸⁶. De todo ello deduce que este Convenio no forma parte de las normas del ordenamiento jurídico comunitario cuya interpretación es competencia del Tribunal de Justicia.

10. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Interpretación de los plazos máximos de internamiento en el marco de la directiva retorno de inmigrantes.

* STJCE de 30 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, C-357/09 PPU

La duración máxima del internamiento a efectos de la expulsión fue uno de los aspectos más discutidos de la Directiva retorno de inmigrantes a causa de las considerables diferencias que existían entre las legislaciones y prácticas de los Estados miembros⁸⁷ y la indudable erosión de Derechos

⁸⁴ STJCE de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, C-308/06, *Rec.* p. I-4057.

⁸⁵ Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, en su versión modificada en último lugar por los cuatro Protocolos adicionales de Montreal de 25 de septiembre de 1975.

⁸⁶ En el mismo sentido, STJCE de 14 de julio de 1994, *Peralta*, C-379/92, *Rec.* p. I-3453, apdo. 16; STJCE, *Intertanko y otros*, apdo. 48.

⁸⁷ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular *DO* L 348, p. 98 (en adelante Directiva «retorno»).

humanos que puede provocar porque equivale a una privación de libertad en el sentido del artículo 5 CEDH a la que debe aplicarse, por tanto, la exigencia de justificación. Es cierto que este instrumento no somete a ningún límite absoluto el plazo de detención a efectos de expulsión, aunque de la jurisprudencia del TEDH se desprende que las autoridades nacionales deben actuar con la diligencia necesaria para garantizar que la duración de tal detención sea lo más breve posible. Si, por el contrario, el procedimiento no se tramita con la diligencia exigida, la detención deja de estar justificada en relación con esta disposición del CEDH⁸⁸. De ahí la importancia de este asunto, en el que se pedía por primera vez al Tribunal que aclarara determinados aspectos de la aplicación del plazo máximo de internamiento a efectos de la expulsión y que desde la perspectiva de la jurisprudencia del TJUE se inserta en el proceso continuo y delicado tendente a conciliar el derecho innegable del Estado a controlar la entrada y permanencia de los extranjeros en su territorio y su interés en prevenir los abusos de derecho en materia de inmigración y de asilo a fin de preservar las exigencias de la Comunidad de Derecho y el grado de protección ofrecido a los individuos inmigrantes en virtud del Derecho internacional de los Derechos humanos y del Derecho comunitario. No en vano el Tribunal desarrolla en este fallo una interpretación estricta de este plazo máximo de internamiento teniendo en cuenta que constituye una privación de libertad y, por tanto, las circunstancias en las que está permitido constituyen una excepción a una garantía fundamental de la libertad individual.

En la Directiva «retorno» el legislador comunitario ha previsto un plazo máximo de internamiento a efectos de expulsión de seis meses⁸⁹, aunque permite prolongarlo durante un período complementario de 12 meses a lo sumo si existe falta de cooperación del extranjero o se dan demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria⁹⁰. Y aunque la fecha límite de adaptación de los ordenamientos nacionales es el 24 de diciembre de 2010, Bulgaria la llevó a cabo el 15 de mayo de 2009 mediante una modificación de su Ley de extranjería, surgiéndole la duda al Tribunal de lo contencioso-administrativo de Sofía de si debía aplicar el plazo máximo previsto en la Directiva a las detenciones iniciadas con an-

⁸⁸ Vid., entre otras, STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal / Reino Unido*, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, apdo. 113; STEDH de 8 de octubre de 2009, *Mikolenko / Estonia* (aún no publicada en el *Recueil*), apdos. 59-61.

⁸⁹ Artículo 15, apdo. 5.

⁹⁰ Artículo 15, apdo. 6.

terioridad a esta adaptación. A ello responde el Tribunal de forma afirmativa porque en caso contrario las personas podrían permanecer internadas durante un período superior a los plazos máximos previstos en la Directiva.

También plantea el tribunal *a quo* si en este plazo debe incluirse el período durante el que la ejecución de la resolución de expulsión estuvo suspendida a causa del examen de una solicitud de asilo presentada por el extranjero, durante cuya tramitación permaneció en el centro de internamiento temporal. Sobre ello el TJUE recuerda los regímenes jurídicos diferentes a los que se someten el internamiento a efectos de la expulsión⁹¹ y la detención de un solicitante de asilo, en virtud de las Directivas 2003/9⁹² y 2005/85⁹³ y de las disposiciones nacionales aplicables. Con arreglo a esta última Directiva no debe considerarse que el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro se halla en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro hasta que entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo. Y a tenor del artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2005/85, los Estados miembros no mantendrán a una persona detenida por la única razón de que sea solicitante de asilo. Incumbe, por tanto, al tribunal remitente determinar si la permanencia del extranjero en el centro de internamiento temporal durante el período en el que era solicitante de asilo se ajustaba a los requisitos previstos por las disposiciones comunitarias y nacionales relativas al ámbito del asilo. Ahora bien, si acredita que durante la tramitación de las solicitudes de asilo, el internamiento siguió estando basado en el régimen nacional anterior de internamiento a efectos de la expulsión o en el régimen de la Directiva 2008/115, ese período también debe computarse. De la misma forma, el período durante el que la ejecución de la orden de expulsión administrativa en la frontera estuvo suspendida a causa de un procedimiento jurisdiccional interpuesto por el interesado contra dicha orden, también debe computarse para el cálculo del período máximo de internamiento.

El tribunal remitente plantea, asimismo, la delicada cuestión de si a pesar de los esfuerzos realizados por las autoridades de un Estado miem-

⁹¹ Regulado por la Directiva 2008/115.

⁹² Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (*DO* L 31, p. 18).

⁹³ Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (*DO* L 326, p. 13, corrección de errores en *DO* 2006 L 236, p. 36).

bro para encontrar un tercer país seguro que pudiera acoger a un extranjero, no se ha logrado ningún acuerdo y el plazo máximo de internamiento se ha agotado, cómo debe interpretarse la perspectiva razonable de expulsión. Recordemos que conforme al artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2008/115: «Cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o que hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente». Sin embargo, para el TJUE la perspectiva razonable de expulsión no se plantea si el plazo máximo de internamiento se ha agotado. En ese supuesto, la persona debe ponerse en libertad de forma inmediata. Tampoco existe una perspectiva razonable de expulsión cuando habida cuenta de los citados plazos parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país. Finalmente, el TJUE afirma de forma categórica que el artículo 15, apartado 6, de la Directiva 2008/115 no autoriza en ningún caso que se sobrepase el plazo máximo definido en esa disposición, ni siquiera si el interesado carece de documentos válidos, da muestras de comportamiento agresivo o no dispone de medios de subsistencia propios, ni de una vivienda, o de medios facilitados con ese objeto por el Estado miembro. No obstante, parece dejar abierta la posibilidad de que aunque la Directiva no permita prolongar este internamiento, razones de orden público y de seguridad pública sobre la base del Derecho nacional pueda en determinadas condiciones justificar la prolongación de este internamiento, como de forma nítida apuntó el Abogado General Mazák en sus Conclusiones en este asunto⁹⁴.

La voluntad real del legislador no fue la de imponer a los Estados miembros la obligación de expulsar a los inmigrantes irregulares.

* STJCE de 22 de octubre de 2009, *Zurita García*, C-261/08

Sobre los tratados autenticados en diversas lenguas, el artículo 33 del Convenio de Viena insta la regla general de equivalencia de las versiones. No existiría, por tanto, ninguna regla internacional que consagre la

⁹⁴ Conclusiones del Abogado General Mazák, presentadas el 10 de noviembre de 2009, en el asunto C-357/09 PPU, *Kadzoev*, nota 38: «(...) un internamiento, a causa de un comportamiento agresivo, con un diferente fundamento jurídico de Derecho nacional, como por ejemplo, en su caso, una legislación dirigida a preservar el orden público, o el Derecho penal, sigue siendo posible».

primacía de una lengua sobre las demás versiones igualmente autenticadas. No obstante, el apartado cuarto de esta disposición del Convenio de Viena establece que cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los principios tradicionales de interpretación se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta de su objeto y fin, disposición que según la CIJ goza de valor consuetudinario⁹⁵. Como consecuencia de nuestra diversidad lingüística, el TJUE se ha enfrentado con frecuencia a este problema y esto es precisamente lo que ocurrió en el asunto *Zurita García*. Existía una discordancia entre el tenor de la versión en castellano y las demás versiones lingüísticas del artículo 11, apartado 3, del Código de fronteras Schengen⁹⁶. En efecto, mientras que en su versión en castellano, dicho apartado impone una obligación, en la medida en que prevé que, si no se refuta la presunción, el nacional de un tercer país «será expulsado» del territorio del Estado miembro de que se trate por sus autoridades competentes, en todas las demás versiones lingüísticas, la expulsión aparece como facultativa para dichas autoridades.

Y el Tribunal reitera su jurisprudencia consagrada, según la cual, la necesidad de una aplicación y, por ende, de una interpretación uniforme excluye que dicho texto sea considerado de manera aislada en una de sus versiones, exigiendo, por el contrario, que sea interpretado en función tanto de la voluntad real de su autor como del objetivo perseguido por éste a la luz, en particular, de las versiones adoptadas en todas las lenguas⁹⁷. A ello el Tribunal añade que la formulación utilizada en una de las versiones lingüísticas de una disposición comunitaria no puede constituir la única base de la interpretación de esta disposición; ni tampoco se le puede reconocer un carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas porque en opinión del Tribunal este enfoque sería incompatible con la exigencia de uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario, que constituye también

⁹⁵ CIJ, asunto *Lagrand* (Alemania / Estados Unidos), Sentencia de 27 de junio de 2001, *CIJ Rec. 2001*, p. 466 (502), apdo. 101.

⁹⁶ Reglamento (CE) n.º 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, *DOUE* n.º L 105/1.

⁹⁷ STJCE *Zurita García*, apdo. 54 (en el mismo sentido, STJCE de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, 29/69, *Rec.* p. 419, apdo. 3; de 7 de julio de 1988, *Moksel Import und Export*, 55/87, *Rec.* p. 3845, apdo. 15; de 20 de noviembre de 2001, *Jany y otros*, C-268/99, *Rec.* p. I-8615, apdo. 47, y de 27 de enero de 2005, *Junk*, C-188/03, *Rec.* p. I-885, apdo. 33).

jurisprudencia consagrada⁹⁸. La solución al caso de autos que el Tribunal aplicó fue la de considerar que la voluntad real del legislador no fue imponer a los Estados miembros la obligación de expulsar de su territorio al nacional de un tercer país que no consigue refutar la presunción contemplada en el apartado 1 de dicho artículo, sino dejarles la facultad para hacerlo debido a que la versión en castellano era la única que se distanciaba del sentido de las demás versiones lingüísticas⁹⁹.

En la ejecución de la Euroorden un Estado miembro puede distinguir en determinadas circunstancias entre nacionales y ciudadanos de otros Estados miembros.

* STJCE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2009, *Wolzenburg*, C-123/08

El Tribunal debía resolver la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una legislación nacional que establece un tratamiento diferenciado entre los propios nacionales y los de los demás Estados miembros en lo referente a la negativa a ejecutar una orden de detención europea. La legislación de los Países Bajos que aplica la Decisión Marco europea¹⁰⁰ únicamente establece una excepción a dicha inaplicación para los nacionales de otros Estados miembros si han residido legalmente durante un período continuado de cinco años en este país y disponen de un permiso de residencia por tiempo indefinido, planteándose su compatibilidad con aquella. El Tribunal comienza señalando que los Estados miembros no pueden infringir el Derecho comunitario al aplicar una Decisión marco, en particular, la prohibición de discriminación y la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, indicando a continuación que el artículo 4, apartado 6, de la Decisión Marco debe interpretarse en el sentido de que tratándose de ciudadanos de la Unión, el Estado miembro de ejecución de la orden no puede, además de establecer un requisito relativo a la duración de la residencia, supeditar la no ejecución a otros requisitos adicionales de carácter

⁹⁸ STJCE de 12 de noviembre de 1998, *Institute of the Motor Industry*, C-149/97, *Rec.* p. I-7053, apdo. 16; de 3 de abril de 2008, *Endendijk*, C-187/07, *Rec.* p. I-2115, apdo. 23, y de 9 de octubre de 2008, *Sabatauskas y otros*, C-239/07, *Rec.* p. I-7523, apdo. 38.

⁹⁹ STJCE *Zurita García*, apdo. 56.

¹⁰⁰ Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (*DO L 190*, p. 1).

administrativo, como disponer de un permiso de residencia por tiempo indefinido. Por último, el Tribunal llega a la conclusión de que el principio de no discriminación no se opone a la legislación de un Estado miembro de ejecución con arreglo a la cual la autoridad judicial competente de dicho Estado se niega a ejecutar una orden de detención europea dictada contra uno de sus nacionales para que se ejecute una pena privativa de libertad, mientras que tal negativa, cuando se trata de un nacional de otro Estado miembro que tiene un derecho de residencia como ciudadano de la Unión, está supeditada al requisito de haber residido legalmente durante un período continuado de cinco años en su territorio, dado que dicho requisito tiene como objetivo cerciorarse de que los nacionales de los demás Estados miembros están suficientemente integrados, sin que dicho requisito vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: un juez puede aplicar la ley del país con el que in contrato esté relacionado más estrechamente.

* STJCE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2009, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF)*, C-133/08

El Tribunal interpreta por primera vez en este fallo el Convenio de Roma relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹⁰¹ en el marco de varias cuestiones prejudiciales relativas a su artículo 4. Con cierta solemnidad, el Abogado General Bot afirmó en sus Conclusiones, y el Tribunal reproduce, que este Convenio se celebró con el fin de proseguir la obra de unificación jurídica en el ámbito del Derecho internacional privado iniciada por el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales¹⁰². Según el Convenio de Roma, las partes tienen libertad para elegir la ley aplicable al contrato que celebran. A falta de elección, el contrato se rige por la ley del país con el que presente lazos más estrechos. Además, el Convenio establece una presunción a favor del lugar de residencia de la parte que realiza la prestación y de los criterios especiales de conexión, en particular, para el contrato de transporte de mercancías. A este respecto, el Tribunal declaró que el criterio de conexión previsto en el artículo 4, apartado 4, del citado Convenio

¹⁰¹ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (*DO* L 266, p. 1).

¹⁰² *DO* 1972, L 299, p. 32.

únicamente se aplica a un contrato de fletamento, distinto del «contrato para un solo viaje», cuando su objeto principal no es la mera puesta a disposición de un medio de transporte, sino el transporte de las mercancías propiamente dicho. El Tribunal añadió que el artículo 4, apartado 5, de dicho Convenio debe interpretarse en el sentido de que, cuando del conjunto de circunstancias resulte claramente que el contrato presenta lazos más estrechos con un país distinto del determinado sobre la base de alguno de los criterios previstos en los apartados 2 a 4 de dicho artículo 4 del mismo Convenio, incumbirá al juez descartar tales criterios y aplicar la ley del país con el que el contrato presente lazos más estrechos. Por último, el Tribunal declara que una parte del contrato podrá regirse excepcionalmente por una ley diferente de la que se aplique al resto del contrato cuando el objeto de dicha parte sea autónomo.

La responsabilidad parental debe concebirse en función del interés superior del menor y del criterio de proximidad

* STJUE de 23 de diciembre de 2009, *Detiček*, C-403/09 PPU

En este procedimiento prejudicial de urgencia el Tribunal de Justicia debía pronunciarse sobre el alcance del artículo 20 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹⁰³, disposición que establece que en esas materias y en caso de urgencia, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro pueden adoptar medidas provisionales o cautelares en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud de este Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro sea competente para conocer sobre el fondo.

El asunto se inscribe en un contexto fáctico particularmente común en los últimos tiempos: los cónyuges Jasna Detiček, de nacionalidad eslovena, y Maurizio Sgueglia, de nacionalidad italiana, vivían en Italia donde tuvieron una hija. No obstante, en 2007 empezaron a tramitar su divorcio en Italia y el juez competente para conocer sobre el fondo decidió conceder provisionalmente la custodia de la menor al padre. El mismo día en que el órgano jurisdiccional italiano dictó la medida provisional, la madre se marchó a Eslovenia con la menor, logrando poco después que los jueces eslo-

¹⁰³ Por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (DO L 338, p. 1).

venos le otorgaran una medida provisional de custodia de su hija. La cuestión que se plantea es determinar si en estas circunstancias el órgano jurisdiccional del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la menor podía adoptar dicha medida provisional con arreglo al artículo 20 del Reglamento nº 2201/2003. Y la respuesta que da el Tribunal es negativa, es decir, el juez esloveno no puede adoptar esa decisión porque el reconocimiento de una situación de urgencia en este asunto sería contrario al objetivo de este Reglamento, que es evitar los traslados o retenciones ilícitos de menores entre Estados miembros.

Además de una decidida voluntad para luchar contra estos traslados ilícitos de menores que parece expresar el Tribunal, llama la atención los desarrollos que realiza en materia de protección de los Derechos fundamentales. Y ello porque parafraseando el Convenio internacional de los Derechos del niño, cuyo vigésimo aniversario de su aprobación se celebraba justo días antes de que dictara este fallo, el Tribunal recuerda que las normas de competencia que establece el Reglamento n.º 2201/2003 en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular, en función del criterio de proximidad, criterios, además, reafirmados en el preámbulo de este Reglamento. En efecto, su considerando trigésimo tercero afirma que este Reglamento reconoce los Derechos fundamentales y observa los principios consagrados en el artículo 24 de la Carta. Y uno de esos Derechos fundamentales del menor, recuerda el Tribunal, es precisamente que pueda mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus progenitores, cuyo respeto se confunde incontestablemente con el interés superior de todo menor.