

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SEPTIEMBRE – DICIEMBRE 2010

JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN*

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

1. INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CARTA Y SU INTERCONEXION CON EL CONVENIO EUROPEO DE DERE- CHOS HUMANOS

Auto TJUE de 12 de noviembre de 2010,
Asparuhov Estov y otros, C-339710
STJUE (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010,
Volker und Markus Schecke, C-92 y 93/09
STJUE de 22 de diciembre de 2010,
DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft, C-279/09

Es probable que una cierta desconfianza hacia el rumbo que el TJUE imprimiría al ámbito de aplicación de la Carta una vez dotada de valor

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

jurídico primario llevara a algunos Estados miembros como el Reino Unido o Polonia¹, o más tarde a la República Checa, a exigir un régimen particular tendente a limitar su ámbito de aplicación. Y ello a pesar de que su texto afirma claramente que no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de esta organización² y que sus disposiciones se dirigen «a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»³. En el lado inverso se sitúan los particulares y sus consejeros, que saludan la primacía reconocida por el Tratado de Lisboa con su alegación inmisericorde en todo tipo de litigios con objeto de impugnar la legalidad de cualquier reglamentación nacional, sin preocuparse realmente de su verdadero ámbito de aplicación material. Esto fue lo que ocurrió en el asunto *Asparuhov Estov y otros*⁴, que planteaba si la imposibilidad de recurrir judicialmente en el ordenamiento búlgaro un plan general de ordenación urbana vulneraba el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo.

Una resolución del Ministro de Desarrollo regional y de Obras públicas de Bulgaria modificó el plan de ordenación de la ciudad de Sofía en relación con dos terrenos cuyo uso se reservaba a zonas verdes. A pesar de que la Ley búlgara sobre la ordenación del territorio impedía recurrir judicialmente estos planes, los afectados plantearon un litigio en el que alegaban que la falta de reconocimiento del derecho a recurrir estas resoluciones era incompatible con el artículo 47 de la Carta sobre la tutela judicial efectiva, planteando el juez nacional varias cuestiones prejudiciales.

Teniendo en cuenta este contexto claramente extracomunitario, no sorprende que el TJUE se considere manifiestamente incompetente para responder a las cuestiones planteadas, sin dejarse llevar por el canto de sirenas que representaba la literalidad de las dos primeras cuestiones, que al margen del contexto fáctico del asunto, esbozaban un problema de alcance general sobre si cabía admitir la posibilidad de excluir del control judicial previsto en el artículo 47 de la Carta actos administrativos que menoscabaran derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión y, en

¹ Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido (*DO* 2007, C-306, p. 156).

² Declaración relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aneja al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 (*DO* 2010, C-83, p. 335).

³ Artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴ Auto TJUE de 12 de noviembre de 2010, *Asparuhov Estov y otros*, C-339710.

caso afirmativo, en base a qué criterios debían delimitarse esos actos. Ávido por despejar cualquier *vent de méfiance*, el TJUE se limita a recordar la literalidad del artículo 51, apartado 1, de la Carta y el principio de atribución de competencias recordado no sólo en el artículo 4 TUE sino también en la Declaración relativa a la Carta aneja al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa⁵. Es curioso observar, sin embargo, que en el apartado 13, el Tribunal recuerda su reiterada jurisprudencia, según la cual, las exigencias derivadas de la protección de los Derechos fundamentales vinculan a los Estados miembros en todos los casos en que deben aplicar el Derecho de la Unión, estando obligados en lo posible a no menoscabar tales exigencias⁶; lo que parece evocar la sutil distinción entre la aplicación del Derecho de la Unión, claramente justificable a la luz de las disposiciones de la Carta; y las situaciones que no suponen aplicación de este Derecho aunque presentan otros elementos de conexión con este último⁷. O podría ser entendido como un mensaje dirigido hacia aquellos Estados miembros que poseen un régimen particular en la aplicación de determinados capítulos de la Carta, recordándoles que incluso en esos ámbitos materiales aún estarían obligados vía principios generales del Derecho a respetar en toda la medida de lo posible las exigencias derivadas de los Derechos fundamentales. Y es que más allá de los guiños que los políticos suelen hacer a sus electorados, no es fácil encontrar jurídicamente un *cas de figure* en el que un Estado miembro beneficiario de un régimen particular viole disposiciones de la Carta sujetas a excepción y, sin embargo, no se vea compelido a respetar las mismas exigencias derivadas quizás no ya de la Carta, aunque sí del CEDH⁸ o de los principios generales.

⁵ *Ibid.*

⁶ Vid., por ejemplo, STJCE de 11 de octubre de 2007, *Möllendorf y Möllendorf-Niehuus*, C-117/06, *Rec.* p. I-8361, apdo. 78.

⁷ En este sentido, el TJUE afirma en el apdo. 14: «Dado que la resolución de remisión no contiene ningún elemento concreto que permita considerar que la resolución del Ministerski savet na Republika Bulgaria, de 16 de diciembre de 2009, constituye una medida de aplicación del Derecho de la Unión o que presente otros elementos de conexión con este último, no queda acreditada la competencia del Tribunal de Justicia para responder a la presente petición de decisión prejudicial».

⁸ Puede recordarse, en este sentido, que la Declaración relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales, *supra* nota 2, señala: «La Carta [...], que tiene carácter jurídicamente vinculante, confirma los Derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros».

Relacionada con esta cuestión de interconexión de sistemas se encuentra el equilibrio entre principios potencialmente contradictorios presente en el asunto *Volker und Markus Schecke*⁹, en particular, el principio de transparencia frente al de respeto de la vida privada, éste último en relación con la protección de datos de carácter personal. Los demandantes en el litigio principal dudaban de la validez de la legislación de la Unión que exige la publicación de los importes concedidos a los agricultores con cargo a los fondos de la PAC, así como sus nombres y su municipio de residencia, planteándose así una cuestión constitucional importante. Como afirmó en sus Conclusiones la Abogado General Sharpston, este asunto planteaba en esencia si el objetivo de conseguir transparencia en la gestión financiera de la PAC puede, en principio, prevalecer sobre el derecho fundamental de las personas al respeto de su vida privada y datos personales y, en tal caso, dónde debe residir el equilibrio entre ambos¹⁰. Además de situar el litigio sobre este complejo equilibrio, el TJUE contribuye a precisar la articulación de las fuentes de protección de los Derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular, los principios que se desprenden del CEDH, de la Carta y de los instrumentos específicos de derecho derivado. Y ello como consecuencia de los términos en que el juez *a quo* había planteado sus cuestiones, al circunscribir la posible infracción del derecho a la protección de datos exclusivamente al artículo 8 CEDH, posiblemente debido a que su cuestión era anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Ello no es óbice, sin embargo, para que la Gran Sala del TJUE se sitúe de forma prioritaria sobre el artículo 6 TUE para privilegiar como norma de referencia la Carta, sin ni siquiera evocar su ámbito de aplicación *ratione temporis*. Y centrándose en sus disposiciones, el Tribunal estima que el artículo 8, apartado 1, de la Carta, que protege los datos de carácter personal y que está íntimamente ligado al derecho al respeto de la vida privada, consagrado en su artículo 7; no constituye una prerrogativa absoluta, sino que al igual que el resto de Derechos fundamentales debe considerarse en relación con su función en la sociedad¹¹, autorizándose el tratamiento de datos, según el artículo 8, apartado 2, de la Carta; si se hace de modo leal, para fines concretos y sobre la base del

⁹ STJUE (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010, *Volker und Markus Schecke*, C-92 y 93/09.

¹⁰ Vid. sus Conclusiones presentadas el 17 de junio de 2010.

¹¹ En este sentido, STJCE de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00, *Rec. p. I-5659*, apdo. 80; y jurisprudencia citada.

consentimiento del afectado o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley. El TJUE recuerda también, de un lado, el artículo 52, apartado 1, de la Carta, que permite introducir limitaciones al ejercicio de los derechos protegidos en este instrumento siempre que respeten una serie de condiciones; y, de otro, la interconexión con el CEDH en virtud de sus artículos 52.3 y 53, sobre la que afirma que las limitaciones al derecho a la protección de datos de carácter personal que pueden establecerse legítimamente se corresponden con las toleradas en el contexto del artículo 8 CEDH¹².

La aplicación de estos principios al examen de la validez de los reglamentos controvertidos lleva al TJUE a juzgar que la publicación en internet de los datos relativos a los beneficiarios de las ayudas y los montantes percibidos constituye una injerencia en su vida privada en el sentido del artículo 7 de la Carta debido al acceso que terceros pueden tener a estos datos, sin que tenga incidencia alguna que se refieran a actividades profesionales, estableciendo otra clara convergencia con la doctrina del Tribunal de Estrasburgo como supremo intérprete de los Derechos fundamentales, órgano que ha declarado la «vida privada» no debe interpretarse restrictivamente y que «ninguna razón de principio permite excluir las actividades profesionales (...) del concepto de ‘vida privada’¹³ y, por consiguiente, superando antiguas diferencias de apreciación sobre el ámbito de aplicación del artículo 8 CEDH, que en realidad parecían más aparentes que reales¹⁴.

¹² STJUE (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010, *Volker und Markus Schecke*, C-92 y 93/09, apdo. 52.

¹³ Vid., entre otras, STEDH de 16 de febrero de 2000, *Amann / Suiza*, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-II, § 65; STEDH 4 de mayo de 2000, *Rotaru / Rumanía*, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-V, § 43.

¹⁴ Hasta ahora los conflictos entre ambas jurisdicciones parecen haber sido más bien escasos, siendo los principales el referido al concepto de domicilio en el marco del artículo 8 CEDH y el relativo al derecho de réplica a las Conclusiones del Abogado General en los procedimientos ante el TJUE. Sobre este último, pueden compararse las STJCE de 8 de febrero de 2000, *Emesa Sugar*, C-17/98, *Rec.* p. I-675; STJCE de 11 de julio de 2006, *Comisión / Cresson*, C-432/04, *Rec.* p. I-6387, apdos. 49-52; con la STEDH de 10 de febrero de 1996, *Vermeulen / Bélgica*; STEDH de 7 de junio de 2001, *Kress / Francia*. Sin embargo, la relevancia de estos ejemplos es bastante relativa porque en el primer caso, no estaba claro si la doctrina del TEDH sobre el artículo 8 CEDH incluía los locales comerciales cuando el TJCE dictó su fallo en el asunto *Hoechst*, STJCE de 21 de septiembre de 1989, 46/87 y 227/88, *Rec.* p. 2859. De hecho, poco tiempo después de que el TEDH aclarara este aspecto el TJCE mostró una particular deferencia, acomodando su jurisprudencia a este nuevo desarrollo, vid. STJCE de 28 de junio de 2005, *Roquette Frères*, C-94/00, *Rec.*

Aún era necesario despejar el argumento de la inexistencia de injerencia en la vida privada de los demandantes al haber sido informados en sus formularios de ayudas de la publicación obligatoria de sus datos, lo cual planteaba la controvertida cuestión de la incidencia del consentimiento de la víctima a una violación de sus Derechos fundamentales. El TJUE, sin embargo, cree innecesario abordar este delicado aspecto por cuanto la legislación comunitaria cuestionada no exige realmente el consentimiento de los afectados sino que se limita a prescribir que se informe a los beneficiarios de la posibilidad de publicar sus datos. Por consiguiente, esta normativa sólo establece un compromiso de información a los beneficiarios de que sus datos pueden ser publicados, no pretendiendo, por tanto, basar el tratamiento en el consentimiento de los beneficiarios afectados.

Finalmente, en cuanto a la justificación de la injerencia el TJUE aceptó que la publicación respondía a un objetivo de interés general reconocido por la Unión como es aumentar la transparencia sobre la utilización de los fondos comunitarios de la PAC y mejorar su correcta gestión financiera, en particular, intensificando el control público del dinero empleado, lo cual permite garantizar una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, así como una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración para con los ciudadanos en un sistema democrático. Al reforzarse el control público sobre la utilización de los importes abonados por los fondos europeos, la publicación de los datos de los beneficiarios contribuye a que la administración utilice apropiadamente esos fondos públicos permitiendo que los ciudadanos participen más activamente en el debate público suscitado por las decisiones relativas a las orientaciones de la PAC. Admite, igualmente, que la medida es proporcionada en cuanto permite aumentar la transparencia en lo que respecta a la utilización de tales ayudas agrícolas. Sin embargo, es en el análisis de la necesidad de la injerencia donde el TJUE considera que el Consejo y la Comisión no habían ponderado equilibradamente, por un lado, el interés de

p. I-9011. Sobre esta evolución, puede verse, entre otros, MISCHO, J.: «Hoechst, Colas, Roquette: illustration d'une convergence», en COLNERIC, N. / EDWARD, D. / PUISOCHET, J.-P. / RUIZ-JARABO COLOMER, D. (eds.): *Une communauté de droit - Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV Berliner Wissenschafts, Berlín, 2003, pp. 137 y ss. En cuanto al segundo aparente conflicto interpretativo relativo al derecho de réplica a las Conclusiones del Abogado General del TJUE, es bastante dudoso que se tratara de una contradicción real puesto que el TJCE no parece que se alejara de la doctrina del TEDH, limitándose simplemente a realizar una diferente valoración del papel y del cometido que esta figura desempeña en el procedimiento jurisdiccional comunitario.

la Unión en garantizar la transparencia de su actuación y la utilización óptima de los fondos públicos y, por otro, los Derechos fundamentales consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta, en particular, mediante formas alternativas de publicación menos lesivas como podrían ser la limitación de la publicación a los datos de los beneficiarios en función de los períodos durante los que hubieran percibido ayudas, de su frecuencia o, incluso, del tipo y magnitud de las mismas. Rechaza, asimismo, el argumento alegado por los Estados miembros intervinientes que justificaban la necesidad de esta publicación invocando el importante porcentaje del presupuesto de la Unión que representa la PAC, recordando para ello que no es posible atribuir una primacía automática al objetivo de la transparencia frente al derecho a la protección de datos, ni siquiera en presencia de intereses económicos importantes.

Finalmente, una tercera ilustración de la importancia de la Carta en la actual articulación de las fuentes de protección de los Derechos fundamentales viene constituida por el asunto *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft*¹⁵, en el que una jurisdicción alemana planteaba si el principio de efectividad se oponía a una normativa nacional que supedita el ejercicio de la acción de responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión al pago anticipado de costas procesales sin que proceda conceder asistencia jurídica gratuita a una persona jurídica, aunque no pueda satisfacer ese pago de forma anticipada. Después de centrar el asunto en el principio de tutela judicial efectiva y recordar su fundamento histórico en Derecho de la Unión en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en el CEDH, el TJUE procede a reformular la cuestión prejudicial, centrando su análisis de forma prioritaria en el artículo 47 de la Carta, cuyo párrafo tercero establece expresamente que se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre que sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia. Esta prioridad acordada a la Carta no implica, sin embargo, que sea la única norma de referencia que el TJUE tenga en cuenta en el fallo, sino que al igual que en los anteriores asuntos recuerda el artículo 52, apartado 3, de la Carta y precisa que en virtud de sus explicaciones¹⁶, el sentido y alcance de los derechos garantizados no sólo se determinarán por el texto del CEDH, sino también por la jurisprudencia del

¹⁵ STJUE de 9 de noviembre de 2010, *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft*, C-279/09.

¹⁶ DO C-303, 2007, p. 17.

TEDH. Por lo que se refiere más concretamente al artículo 47, apartado 3, de la Carta, el TJUE señala que el último párrafo de estas explicaciones cita la STEDH en el asunto *Airey / Irlanda*¹⁷, en virtud de la cual debe concederse asistencia jurídica gratuita cuando su inexistencia haga ineficaz la garantía de la tutela judicial efectiva, aunque este fallo no precisa si tal asistencia debe concederse a las personas jurídicas, ni la naturaleza de los conceptos que debe cubrir. A falta de una respuesta concreta en este fallo de Estrasburgo, el TJUE cree necesario interpretar el artículo 47, apartado 3, de la Carta en su contexto, a la luz de las demás normas del ordenamiento de la Unión, del Derecho de los Estados miembros y de la jurisprudencia del TEDH, fórmula usual en materia de interpretación de tratados, aunque revela de nuevo el carácter ecléctico y conciliador que el TJUE parece continuar otorgando a las fuentes de los Derechos fundamentales. En el marco del principio de la primacía del texto, descubre el TJUE que si bien los dos primeros párrafos del artículo 47 de la Carta se refieren a las personas físicas, desde un punto de vista estrictamente lingüístico no excluye a las personas jurídicas, mientras que de la interpretación sistemática deduce que se encuentra dentro del título VI de la Carta, relativo a la justicia, y en el cual se enuncian otros principios procesales que resultan de aplicación tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Asimismo, el hecho de que no figure dentro del Título IV de la Carta, relativo a la solidaridad, indica que este derecho no está concebido principalmente como una prestación social, a diferencia de lo que parece suceder en el ámbito del ordenamiento alemán donde surgió la cuestión prejudicial. Por otra parte, su inclusión en el artículo de la Carta relativo a la tutela judicial efectiva indica, según el TJUE, que la necesidad de conceder esta asistencia debe apreciarse tomando como punto de partida el derecho de la propia persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados y no el interés general de la sociedad, aunque éste pueda constituir uno de los criterios de apreciación de la necesidad de esta asistencia. En cuanto al análisis del Derecho de los Estados miembros, el TJUE pone de relieve —siguiendo las Conclusiones del Abogado General Mengozzi— la ausencia de un principio realmente común compartido por el conjunto de los Estados miembros en esta materia. Finalmente, es en relación con el análisis de la jurisprudencia del TEDH donde el TJUE encuentra una inspiración real, cuyo tratamiento presenta la novedad de que ya no se trata de una mera referencia estática mediante la cita de algunos

¹⁷ STEDH *Airey / Irlanda* de 9 de octubre de 1979, Serie A n.º 32, p. 11.

fallos concretos, sino que articula un razonamiento más dinámico y discursivo, haciendo de la jurisprudencia del supremo intérprete europeo de los Derechos fundamentales un cuerpo vivo mediante un análisis interactivo y profundo, que lejos de constituir una casualidad parece a todas luces representar la forma sutil que tiene el TJUE de saludar las negociaciones de adhesión de la Unión al CEDH. Este análisis serio y profundo de la jurisprudencia del TEDH le lleva a deducir que la concesión de la asistencia jurídica gratuita a personas jurídicas no está, en principio, excluida, siendo relevantes a efectos de su reconocimiento las normas aplicables y la situación de la persona jurídica de que se trate. Habida cuenta de todas estas consideraciones, el TJUE estima que corresponde al juez nacional comprobar si los requisitos para la concesión de la asistencia jurídica gratuita constituyen una limitación del derecho de acceso a los tribunales que pueda afectar a la propia esencia de este derecho, si persiguen un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido, pudiendo tomar en consideración el objeto del litigio, la existencia de posibilidades razonables de que el demandante salga vencedor del proceso, la importancia que para éste tiene el objeto del proceso, la complejidad del Derecho y del procedimiento aplicables, así como la capacidad del demandante de defender eficazmente su causa. Para valorar la proporcionalidad, el juez nacional puede también tener en cuenta el importe de las costas que deben abonarse anticipadamente y si pueden representar o no un obstáculo insuperable al acceso a la justicia. Y por lo que respecta más concretamente a la persona jurídica, el juez nacional puede tomar en consideración su situación, en particular, su forma societaria, si tiene ánimo de lucro, los recursos económicos de sus socios o accionistas y la posibilidad de que éstos consigan las cantidades necesarias para ejercitar la acción.

Antes de alcanzar esta conclusión el TJUE había desechado un argumento interesante relacionado con el principio de separación de poderes. En opinión del demandante en el asunto principal, el Estado miembro no sólo era el causante del perjuicio que había sufrido sino que, además, era quien debía garantizar su tutela judicial efectiva. En opinión del TJUE, el Derecho de la Unión no se opone a que un Estado miembro reúna las funciones de legislador, administrador y juez, siempre que estas funciones se ejerzan respetando el principio de separación de poderes propio del funcionamiento de un Estado de Derecho.

PRIMACÍA Y EFECTO DE EXCLUSIÓN DEL DERECHO NACIONAL: A LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO ENTRE LAS EXIGENCIAS DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL RESPETO DE LA AUTONOMÍA PROCESAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS

STJUE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2010,
Winner Wetten, C-409/06

STJUE (Gran Sala) de 5 de octubre de 2010,
Elchinov, C-173/06

STJUE de 22 de diciembre de 2010,
Comisión / Eslovaquia, C-507/08

De conformidad con la posición adoptada por el Tribunal en la Sentencia *Simmmenthal*, y confirmada posteriormente por jurisprudencia reiterada, en caso de conflicto entre una disposición de Derecho interno y una norma de Derecho comunitario directamente aplicable, el juez nacional está obligado a garantizar la plena eficacia de esta norma dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, la citada disposición, incluso si es posterior, y sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional. En el asunto *Winner Wetten* el órgano jurisdiccional remitente pretendía saber si podía establecerse una excepción a esta obligación, es decir, si podía seguir aplicando con carácter excepcional y transitorio su normativa nacional en materia de apuestas deportivas cuando esa normativa constituye una restricción no justificada a la libre prestación de servicios en tanto no contribuye a limitar las actividades de apuestas de modo coherente y sistemático teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht) había decretado su mantenimiento transitorio¹⁸. Este último dato otorgaba al asunto una solemnidad importante, lo cual llevó a presentar observaciones nada menos que a nueve Estados miembros. Y es que no se trataba de una cuestión baladí sino que el TJUE estaba llamado a pronunciarse sobre la articulación de las exigencias de la primacía del Derecho de la Unión frente a la posición retenida por el Tribunal Constitucional alemán en cuanto a los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad de una Ley del Land de Baviera sobre el monopolio público de apuestas deportivas a la luz del artículo 12 de la Ley Fundamental relativo a la libertad profesional. Por consiguiente, se planteaba la articulación de la primacía

¹⁸ STJUE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, C-409/06.

en un contexto en el que una disposición nacional había sido juzgada inconstitucional y su incompatibilidad con el Derecho de la Unión era patente a la luz de la jurisprudencia del TJUE¹⁹.

El TJUE comienza recordando las exigencias resultantes del principio de primacía resultante de la jurisprudencia *Simmmenthal*²⁰ y *Factortame*²¹ y las implicaciones del principio de tutela judicial efectiva como principio general del Derecho de la Unión. A continuación procede a aclarar que el Bundesverfassungsgericht no se pronunció sobre la compatibilidad del monopolio público sobre las apuestas deportivas con las libertades de establecimiento y servicios, sino que más bien se consideró incompetente para ello. Y aunque cree legítimo que esta jurisdicción decidiese en el marco de la declaración de inconstitucionalidad mantener con carácter transitorio los efectos de la normativa interna, esta circunstancia no impide que un tribunal nacional que declare que dicha normativa infringe disposiciones del Derecho de la Unión dotadas de efecto directo decida con arreglo al principio de primacía no aplicar la citada normativa en el marco del litigio del que conoce. Así pues, como afirmó el Abogado General Bot en sus excelentes conclusiones, el control de constitucionalidad y el de la conformidad con el Derecho comunitario deben poder producir sus efectos sin colisionar el uno con el otro²², aunque el TJUE afirma de forma solemne que no puede admitirse que normas de Derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, menoscaben la unidad y la eficacia del Derecho de la Unión²³.

¹⁹ En particular, STJCE de 6 de noviembre de 2003, *Gambelli y otros*, C-243/01, *Rec.* p. I-13031.

²⁰ STJCE de 9 de marzo de 1978, *Simmmenthal*, 106/77, *Rec.* p. 629, apdo. 17.

²¹ STJCE de 19 de junio de 1990, *Factortame y otros*, C-213/89, *Rec.* p. I-2433, apdo. 18.

²² Conclusiones del Abogado General Bot, presentadas el 26 de enero de 2010, apdo. 72.

²³ La solución retoma la doctrina *Filipiak* que abordaba un problema similar en el que la legislación polaca en materia de impuesto sobre la renta, que resultaba contraria a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, había sido declarada no conforme a la Constitución de dicho Estado miembro por su Tribunal Constitucional, aunque este órgano había pospuesto la fecha en la que dicha legislación perdería su fuerza obligatoria, STJCE de 19 de noviembre de 2009, *Filipiak*, C-314/08, apdo. 84. El juez nacional que conocía de un litigio entre la administración tributaria y un contribuyente que había ejercido una de estas libertades de circulación, preguntaba al TJUE si el principio de primacía le imponía no aplicar la citada legislación a pesar de la prolongación de sus efectos por el Tribunal Constitucional. Conforme a su jurisprudencia *Simmmenthal*, el Tribunal recordó que dicho conflicto debía resolverse por el órgano jurisdiccional nacional mediante la aplicación del Derecho comunitario, dejando inaplicada la disposición contraria de la legislación nacional, y no mediante la declaración de nulidad de dicha disposición que es competencia de los órganos

De forma más general, es decir, con independencia de la resolución del Bundesverfassungsgericht, se planteaba si el efecto de exclusión de la normativa nacional que se deriva del principio de primacía podía suspenderse durante el tiempo necesario para adecuar dicha normativa a las mencionadas disposiciones del Tratado, en particular, debido a los imperativos vinculados con la protección del orden social y la protección de los ciudadanos contra los riesgos ligados a los juegos de azar; debiendo evitarse la situación de vacío jurídico que se derivaría de la exclusión inmediata de la referida norma. Sobre este aspecto, todos los Estados miembros que presentaron observaciones defendieron el reconocimiento de la existencia de un principio que autorizaría en circunstancias excepcionales el mantenimiento provisional de los efectos de una norma nacional declarada contraria al Derecho de la Unión directamente aplicable, justificándolo en una analogía con la limitación temporal de los fallos del TJUE de anulación o de invalidez en presencia de consideraciones imperiosas de seguridad jurídica que afecten a todos los intereses. Si bien el TJUE no excluye de manera general que consideraciones similares puedan conducir por analogía y con carácter excepcional a suspender provisionalmente el efecto de exclusión que ejerce una norma de la Unión directamente aplicable sobre el Derecho nacional, considera que tal suspensión sólo puede ser decretada por el propio TJUE y excluye de manera particular que ésta sea la circunstancia en el caso de autos, toda vez que no existen consideraciones imperiosas de seguridad jurídica que puedan justificarla. Por consiguiente, no parece que sea descartable que en un escenario distinto el TJUE llegue a reconocer este efecto suspensivo. Quizás por ello el fallo del TJUE no retoma el interesante argumento expuesto por el Abogado General Bot en sus Conclusiones sobre la posible violación de la tutela judicial efectiva de los justiciables que implicaría la aplicación por el juez nacional de una norma de Derecho interno cuando su conformidad con el Derecho comunitario hubiera sido impugnada legítimamente por un demandante, lo cual suponía en su opinión la negación misma del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo²⁴.

Conectado también con esta problemática el TJUE dictó sentencia en el período de referencia en el asunto *Elchinov*, que versaba sobre la confor-

y tribunales del Estado miembro de que se trate. El Tribunal añadió que la prórroga por el Tribunal Constitucional de la fecha en la que las disposiciones nacionales controvertidas perderían su vigencia no obstaba a que el juez nacional, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario dejara inaplicadas dichas disposiciones en su litigio.

²⁴ Conclusiones del Abogado General Bot, apdos. 103-109.

midad de una disposición procesal búlgara con el Derecho de la Unión y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto²⁵. Concretamente, se preguntaba si un órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar una norma nacional que le obliga a tener en cuenta las instrucciones de un tribunal superior tras anular una sentencia de instancia cuando tales instrucciones tienen visos de ser contrarias al Derecho de la Unión. Cuestionaba por tanto el juez *a quo* la vigencia de la doctrina sentada en 1974 por el TJUE en el asunto *Rheinmühlen I*, en el que declaró que «una norma de Derecho nacional, que vincule a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior, no puede privar a aquéllos de la facultad de someter al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación del Derecho comunitario al que se refieran tales valoraciones jurídicas»²⁶. Es interesante destacar que el Abogado General Cruz Villalón había propuesto en sus Conclusiones superar esta doctrina que privilegia la primacía del Derecho de la Unión por ser tributaria de unas circunstancias procesales e históricas distintas de las actuales y, en su lugar, invitaba al TJUE a dar un contenido más sustantivo al principio de de autonomía procesal de los Estados miembros²⁷. En su opinión, en la actualidad ya no parecía necesario que un tribunal de instancia pudiera obviar su organización jerárquica interna a fin de preservar la efectividad del Derecho de la Unión pues el titular de los derechos que confiere aquél puede ahora acudir a una acción de responsabilidad por acto judicial²⁸; y, si lo permite su Derecho interno, también tendrá a su disposición la revisión de oficio del acto que confirmó la sentencia ilegal²⁹. Incluso el procedimiento por incumplimiento podía ahora servir —en opinión del Abogado General Cruz Villalón— para tutelar a la parte que ha sufrido la interpretación errónea del Derecho de la Unión por parte del tribunal superior³⁰, sobre todo en aquellos casos en que los Estados miembros prevén recursos extraordinarios de revisión para anular sentencias firmes que son declaradas ilegales por el TJUE en el marco de un incumplimiento. De todo ello deducía que un particular disponía en la actualidad de vías procesales efectivas y alternativas a las que resultaban

²⁵ STJUE (Gran Sala) de 5 de octubre de 2010, *Elchinov*, C-173/06.

²⁶ STJCE de 16 de enero de 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, *Rec.* p. 33, apdo. 4.

²⁷ Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, presentadas el 10 de junio de 2010, puntos 23 y ss.

²⁸ STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01, *Rec.* p. I-10239.

²⁹ STJCE de 13 de enero de 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, *Rec.* p. I-837.

³⁰ STJCE de 9 de diciembre de 2003, *Comisión / Italia*, C-129/00, *Rec.* p. I-14637.

del fallo del TJUE en el asunto *Rheinmühlen I*, pudiendo ejercer una acción de responsabilidad frente al Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión, en cuyo desarrollo el tribunal nacional competente podría plantear una cuestión prejudicial para que el TJUE declarara si había existido un error manifiesto de Derecho y de confirmarse la infracción, el órgano remitente dictaría Sentencia y resarciría al recurrente. En caso de que los tribunales jurisdiccionales no apreciaran de forma efectiva la acción de responsabilidad, el Abogado General estimaba que quedaría el remedio subsidiario del recurso por incumplimiento, que el particular podría, mediante denuncia, instar a la Comisión a plantear.

Arriesgada propuesta la que planteaba el Abogado General, aunque no desprovista de sentido. Y ello porque la protección de la seguridad jurídica de las situaciones anteriores creadas de buena fe llevó al TJUE a declarar en el asunto *Kühne & Heitz*, que un acto administrativo nacional confirmado por un fallo de última instancia cuya interpretación del Derecho de la Unión se demuestra incorrecta con posterioridad como consecuencia de una resolución del TJUE no exige, sin embargo, su revisión³¹; aunque dudamos que esta doctrina del TJUE implique otorgar preferencia en toda circunstancia al principio de seguridad jurídica, que protege la fuerza de cosa juzgada del fallo nacional³². Parecería más bien que el principio de seguridad jurídica —y la firmeza de las resoluciones que de él se deriva— 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

³¹ En su sentencia *Kühne & Heitz*, el TJCE declaró que un acto administrativo nacional confirmado por una sentencia de última instancia cuya interpretación del Derecho de la Unión se demuestra incorrecta con posterioridad como consecuencia de una resolución del Tribunal de Justicia no exige, sin embargo, su revisión. En la misma línea, la Sentencia recaída en el asunto *Kapferer* dio un paso más, aplicando este planteamiento a una resolución judicial con fuerza de cosa juzgada dictada por una instancia inferior, STJUE de 16 de marzo de 2006, *Kapferer*, C-234/04, *Rec. p. I-2585*; declarando que «el Derecho [de la Unión] no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas de procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario para la decisión en cuestión», apdo. 21. El paso del tiempo no ha hecho sino confirmar esta jurisprudencia, tal como sucedió en los asuntos i.21, *Kempter y Fallimento Olimpiclub*, Sentencias de 19 de septiembre de 2006, i-21 *Germany y Arcor*, C-392/04 y C-422/04, *Rec. p. I-8559*; de 12 de febrero de 2008, *Willy Kempter*, C-2/06, *Rec. p. I-411*; y de 3 de septiembre de 2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08.

³² Al menos, cuando la norma europea cuya primacía se invoque se ha adoptado al amparo de una competencia exclusiva de la Unión, vid. STJCE de 18 de julio de 2007, *Lucchini*, C-119/05, *Rec. p. I-6199*.

primacía y efectividad del Derecho de la Unión³³. 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 el TJUE en el asunto *Lucchini*³⁴, en el que declaró que el Derecho comunitario se oponía a la aplicación de una disposición nacional que consagra el principio de cosa juzgada cuando constituya un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario; y así lo hizo nuevamente en el asunto *Fallimento Olimpiclub*³⁵, en el que se cuestionaba 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.

Con todo, es comprensible que esta doctrina lleve al Abogado General a proponer al TJUE a avanzar por este camino. Pero se trata de una apuesta arriesgada porque podría venir a socavar los mismos fundamentos de la primacía que tantos esfuerzos costó garantizar y sobre la que el TJUE ya estableció de manera concreta que sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese su eficacia por el hecho de negar al Juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias³⁶; o que las exigencias de efectividad y de aplicación uniforme del Derecho comunitario confieren al juez nacional la facultad de suspender una disposición de su Derecho interno supuestamente incompatible con el Derecho comunitario con el fin de garantizar con carácter provisional los derechos conferidos por el Tratado aun cuando su legislación nacional no lo permita³⁷.

³³ Véanse, a tal efecto, STJCE de 22 de marzo de 1961, *SNUPAT/Alta Autoridad*, 42/59 y 49/59, *Rec.* p. 99; STJCE 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.

³⁴ STJCE de 18 de julio de 2007, *Lucchini*, C-119/05, *Rec.* p. I-6199.

³⁵ STJCE de 3 de septiembre de 2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08.

³⁶ STJCE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Rec.* p. 629, apdos. 22-23.

³⁷ STJCE de Sentencia de 19 de junio de 1990, *Factortame y otros*, C-213/89, *Rec.* p. I-2433.

En todo caso, es bastante dudoso que los remedios alternativos que señala el Abogado General para privilegiar la autonomía procesal de los Estados miembros constituyan remedios efectivos que salvaguarden el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo. Ello parece ser especialmente así con respecto al principio de responsabilidad del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión que tenga su origen en un fallo judicial interno, que sólo puede dar lugar a una pretensión de indemnización del perjuicio soportado, aunque es dudoso que eso colme su derecho a la tutela judicial efectiva. Y lo mismo puede decirse del recurso por incumplimiento, cuya articulación corresponde en virtud de una potestad discrecional a la Comisión sin que pueda verse forzada por un particular. Además, obligar a un particular en estas circunstancias a ejercer una acción de responsabilidad frente al Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión o hacerle esperar a que la Comisión articule un recurso por incumplimiento difícilmente parece respetar el derecho fundamental a que un asunto se resuelva en un plazo razonable, tal como está reconocido en el artículo 6 CEDH y que goza de tal importancia en la jurisprudencia del TEDH que la mera privación de esta garantía constituye un perjuicio dotado de plena autonomía.

Comoquiera que sea, el TJUE privilegia en su fallo la primacía del Derecho de la Unión y, en particular, la defensa del reenvío prejudicial. Y ello pese a que la cuestión planteada no parecía excluir el supuesto en que un órgano jurisdiccional nacional tuviera la intención de resolver un asunto sin plantear una remisión prejudicial, apartándose de las valoraciones jurídicas efectuadas en el mismo por el órgano jurisdiccional superior por considerarlas incompatibles con el Derecho de la Unión. La razón seguramente se deba a que el TJUE decide centrarse en lo que ocurre en el caso de autos en el que el órgano jurisdiccional remitente había planteado una petición de decisión prejudicial dirigida a clarificar las dudas que alberga con respecto a la correcta interpretación del Derecho de la Unión. Quizás por ello el TJUE se centra en defender la facultad que tienen los órganos jurisdiccionales nacionales que no resuelven en última instancia de plantear al TJUE cuestiones prejudiciales cuando albergan dudas acerca de la interpretación del Derecho de la Unión. Una vez centrada la cuestión en este ámbito, el TJUE estima que el juez nacional que haya ejercido la facultad que le otorga el artículo 267 TFUE, párrafo segundo, está vinculado a la hora de resolver el litigio principal por la interpretación de las disposiciones de que se trate realizada por el TJUE y debe, en su caso, obviar las

valoraciones del órgano jurisdiccional superior si estima que son incompatibles con el Derecho de la Unión.

Finalmente, el asunto C-507/08 *Comisión / Eslovaquia* se inscribe también en la búsqueda del equilibrio entre las exigencias del Derecho de la Unión y el respeto de la autonomía procesal de los Estados miembros confirmando una vez más que esta articulación está forjada de una sutileza extraordinaria³⁸. La Comisión reprochaba a Eslovaquia no haber recuperado una ayuda de Estado declarada incompatible con el Mercado Único, la cual adoptaba la forma de una condonación de deuda tributaria a favor de una sociedad en el marco de un concurso de acreedores sancionado mediante resolución judicial con fuerza de cosa juzgada. Por consiguiente, se planteaba de nuevo el problema del alcance de la obligación que pesa sobre los Estados miembros en cuanto a la recuperación de ayudas declaradas ilegales y la posibilidad de justificar el incumplimiento de este deber invocando la existencia de resoluciones judiciales nacionales dotadas de fuerza de cosa juzgada que harían imposible la restitución. Esta controvertida cuestión ya había sido tratada en el asunto *Lucchini* en cuyo fallo el Tribunal declaró que el Derecho comunitario se oponía a la aplicación de una disposición nacional que consagrara el principio de cosa juzgada, cuando su aplicación constituía un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario y cuya incompatibilidad había sido declarada por una decisión firme de la Comisión³⁹. Sin embargo, la situación difería en el presente asunto por cuanto la resolución judicial dotada de fuerza de cosa juzgada era anterior a la Decisión de la Comisión que exigía la recuperación, mientras que en el asunto *Lucchini* el fallo judicial era posterior. Este grácil detalle lleva al TJUE a considerar que esa doctrina no sea directamente pertinente en el presente asunto y, de forma más general, a adoptar una posición relativamente favorable al respeto del principio de cosa juzgada, aprovechando para recordar su importancia tanto en los ordenamientos nacionales como en el de la Unión en términos de buena administración de justicia y de seguridad jurídica. De ello resulta que la primacía conoce a veces atenuaciones, admitiendo el juez de la Unión que el Derecho de la Unión no obliga en todos los casos a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a las resoluciones judiciales, aunque ello permita subsanar una vulneración del Derecho de la Unión⁴⁰.

³⁸ STJUE de 5 de octubre de 2010, *Comisión / Eslovaquia*, C-507/08.

³⁹ STJCE de 18 de julio de 2007, *Lucchini*, C-119/05, *Rec.* p. I-6199, apdo. 63.

⁴⁰ STJUE de 5 de octubre de 2010, *Comisión / Eslovaquia*, C-507/08, apdo. 60.

Es cierto, sin embargo, que como destacó el Abogado General Cruz Villalón en sus Conclusiones y el TJUE reproduce con aceptación, las autoridades del Estado miembro demandado disponían con arreglo al Derecho nacional de argumentos que probablemente le habrían permitido recuperar la ayuda controvertida. Así, aunque disfrutaban de fuerza de cosa juzgada, no podía descartarse que las resoluciones judiciales hubieran dejado de constituir un obstáculo a la recuperación de la ayuda si Eslovaquia hubiera invocado el hecho sobrevenido de la Decisión de la Comisión que le obligaba a devolver la ayuda en el marco de un recurso extraordinario de revisión⁴¹. Esta inacción o, al menos, falta de justificación, lleva al TJUE a juzgar que este Estado miembro no había aportado pruebas suficientes que permitieran considerar que emprendió todos los trámites posibles con el fin de obtener el reembolso de la ayuda en cuestión.

TRANSPARENCIA: PRECISIONES SOBRE EL ALCANCE DE LA EXCEPCIÓN RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

STJUE (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2010,
Suecia / API y Comisión, C-514, 528 y 532/07 P

El asunto *Suecia / API y Comisión* permite al TJUE pronunciarse sobre la interpretación de la excepción relativa a la protección de los procedimientos jurisdiccionales prevista en el artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos, que permite denegar este acceso cuando la divulgación suponga un perjuicio para la protección de los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico⁴². En primera instancia esta excepción había sido objeto de una interpretación estricta, estimando el TG parcialmente la demanda de anulación de la Decisión de la Comisión que rechazaba el acceso de la Asociación de la Prensa Internacional (API) a ciertos escritos procesales de asuntos sustanciados ante el TJUE⁴³.

El TJUE examina la cuestión con delicadeza puesto que afecta a su propia función jurisdiccional y señala que los escritos procesales presenta-

⁴¹ Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, presentadas el 9 de septiembre de 2010, apdo. 58, STJUE *Comisión / Eslovaquia*, punto 61.

⁴² Reglamento (CE) n.º 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (*DO L 145*, p. 43).

⁴³ STPICE de 12 de septiembre de 2007, *API / Comisión*, T-36/04, *Rec.* p. II-3201.

dos en un procedimiento jurisdiccional poseen características muy concretas, al guardar relación, por su propia naturaleza, con la actividad jurisdiccional antes que con la actividad administrativa de la Comisión, con lo cual parece compartir en cierta medida el punto de vista del Abogado General Poaires Maduro, para quien debía corresponder al Tribunal, y no a la Comisión, decidir si el público debía tener acceso a los documentos de un asunto concreto⁴⁴. El Abogado General llegó incluso a proponer que el TJUE afirmara su competencia exclusiva para decidir sobre estas solicitudes de acceso, dada su mejor situación para evaluar imparcialmente si podía perturbar el equilibrio y la integridad del procedimiento judicial o menoscabar otros intereses legítimos⁴⁵. Realmente no parece ir descaminado el Abogado General por cuanto es el criterio que parecieron privilegiar los Estados miembros cuando adoptaron el Tratado de Ámsterdam, cuyo artículo 255 CE (actualmente artículo 15 TFUE) no incluía la institución judicial; algo que no pasa desapercibido al TJUE al afirmar que se deduce tanto del tenor de las disposiciones pertinentes de los Tratados, como del sistema del Reglamento n.º 1049/2001 y de la finalidad de la normativa de la Unión en la materia, que la actividad jurisdiccional como tal está excluida del ámbito de aplicación del derecho de acceso a los documentos previsto por dicha normativa. No obstante, el TJUE no llega hasta afirmar su competencia exclusiva en este ámbito, aunque legitima la exclusión de la actividad jurisdiccional del ámbito de aplicación del derecho de acceso, sin distinguir entre las distintas fases del procedimiento, justificándolo en la necesidad de garantizar durante todo el procedimiento que los debates entre las partes y la deliberación del órgano jurisdiccional que conoce del asunto pendiente se desarrollen serenamente. En caso de divulgación de los escritos procesales, nada excluiría —según el TJUE— que pudieran ejercerse, aunque sólo fuera en la percepción del público, presiones externas sobre la actividad jurisdiccional, pudiendo perjudicarse la serenidad de los debates.

Analiza a continuación si la Comisión, contrariamente a lo que afirmó el TG, puede basarse en presunciones generales que se apliquen a ciertas categorías de documentos para rechazar el acceso y, en particular, para la protección del procedimiento jurisdiccional. Y el TJUE avala esta forma de proceder realizando un interesante paralelismo con el Estatuto del TJUE y los reglamentos de procedimiento de los órganos jurisdiccionales de la

⁴⁴ Conclusiones del Abogado General Poaires Maduro, presentadas el 1 de octubre de 2009, punto 14.

⁴⁵ *Ibid.*, puntos 15 y 39.

Unión, los cuales limitan la notificación de los documentos del procedimiento a las partes y a las instituciones de la Unión cuyos actos se impugnan, sin que prevean el acceso de terceros. A la vista de estas consideraciones, concluye que el TG incurrió en un error de Derecho al considerar que la Comisión estaba obligada, una vez celebrada la vista, a valorar de forma concreta cada uno de los documentos solicitados para comprobar si, a la vista de su contenido específico, su divulgación podía perjudicar la protección del procedimiento jurisdiccional con el que guardaba relación. No obstante, este error no tiene ninguna incidencia sobre la Sentencia apelada puesto que el TG había rechazado los argumentos de la API. En consecuencia, se anula únicamente la fundamentación del fallo dictado en primera instancia.

2. SISTEMA JURISDICCIONAL

TEMPUS REGIT ACTUM: LA TÍMIDA APERTURA DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LOS PARTICULARES SERÁ APLICABLE A LAS DEMANDAS INTRODUCIDAS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA

Autos TG (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2010,
Norilsk Nickel Harjavalta y Umicore/Comisión, T-532/08;
Etimine y Etiproducs/Comisión, T-539/08

Dos recursos de anulación dirigidos contra varias normas de adaptación al progreso técnico de la regulación de ciertas sustancias peligrosas han permitido al TG pronunciarse sobre la aplicación *ratione temporis* del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, que establece una tímida apertura de la legitimación de los particulares para plantear un recurso de anulación contra actos reglamentarios que le afecten directamente y no incluyan medidas de ejecución. En este supuesto, los particulares no tendrán que demostrar la afectación individual. Los recursos habían sido interpuestos el 5 de diciembre de 2008, habiéndose presentado una adaptación de las pretensiones y de los motivos de nulidad antes del 1 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Se planteaba, por consiguiente, si esta flexibilización de la legitimación de los particulares introducida por el Tratado de Lisboa podía aplicarse al examen de la admisibilidad de las demandas introducidas antes de esta fecha aunque examinadas por el Tribunal con posterioridad, cuestión sobre la que podían sostenerse dos tesis

contradictorias: bien esta modificación del Tratado puede enmarcarse en las reglas de procedimiento que tradicionalmente son de aplicación inmediata a los asuntos en curso; o bien esta nueva norma de legitimación debe considerarse una regla sustantiva, la cual no es susceptible de aplicarse a situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado. Como es lógico, el ejecutivo comunitario defendía esta última tesis justificándolo en la reiterada jurisprudencia en virtud de la cual la admisibilidad de un recurso debe apreciarse habida cuenta de la situación existente en el momento de la interposición de la demanda, además de las posibles consecuencias arbitrarias que en opinión de esta institución podrían producirse dependiendo de si el TG se pronuncia sobre la admisibilidad del recurso antes o después de la entrada en vigor de la reforma de Lisboa. Por el contrario, los demandantes defendían su aplicación inmediata por cuanto ninguna disposición del Tratado de Lisboa prevé que las normas del TCE continúen aplicándose durante un período transitorio después del 1 de diciembre de 2009.

El TG constata que el TFUE no contiene ninguna disposición transitoria específica que precise el ámbito de aplicación *ratione temporis* del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, aunque recuerda que en la aplicación temporal de las normas que establecen los requisitos de admisibilidad de un recurso ante el juez de la Unión es jurisprudencia consolidada el principio *tempus regit actum*. Por consiguiente, los requisitos de admisibilidad deben apreciarse en el momento de la interposición del recurso, esto es, en el momento en que se presenta el escrito de la demanda, siendo únicamente posible su subsanación antes de que venza el plazo para recurrir. No aclara si la reforma operada en el recurso de anulación de los particulares por el Tratado de Lisboa sería de naturaleza procesal o de carácter sustantivo, limitándose a afirmar que aun suponiendo que las cuestiones de competencia jurisdiccional tengan la consideración de normas de procedimiento debe tenerse en cuenta el principio *tempus regit actum*.

Como consecuencia de ello, habrá que esperar a que sean juzgadas las demandas introducidas con posterioridad al 1 de diciembre de 2009 para saber cómo debe interpretarse la oscura noción de actos reglamentarios de los que habla el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, es decir, si excluye los actos de naturaleza legislativa⁴⁶; salvo que en el marco de un eventual

⁴⁶ O el acento debe ponerse más bien en el margen de apreciación del que disponen los Estados miembros. Como parece deducirse de la STG de 2 de marzo de 2010, *Arcelor / Parlamento y Consejo*, T-16/04, apdo. 123: «(...) esta solución no queda desvirtuada por el

recurso de casación el TJUE no retenga la opinión del Tribunal de instancia. Algo que posiblemente no deba descartarse si nos atenemos al reciente fallo en el asunto C-283/09 *Weryński*⁴⁷. Se trataba de una petición de decisión prejudicial presentada por un órgano jurisdiccional nacional antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa con arreglo al antiguo artículo 68 CE, apartado 1, en cuya virtud sólo aquellos órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no fueran susceptibles de recurso judicial interno estaban facultados para plantear una cuestión prejudicial a fin de obtener una interpretación de los actos basados en el Título IV del antiguo TCE sobre Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. Sin embargo, se daba la circunstancia de que las resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional nacional eran susceptibles de recurso por lo que aplicando la letra del Tratado en la versión vigente en la fecha de presentación de la cuestión prejudicial, ésta debería haberse declarado inadmisibile.

Lejos de ello, sin embargo, el TJUE admite la prejudicial en virtud del objetivo perseguido por el artículo 267 TFUE de instaurar una cooperación eficaz con los órganos jurisdiccionales nacionales y, especialmente, del principio de economía procesal. Y ello porque la inadmisibilidad habría conducido a que el tribunal remitente hubiese podido reiterar la misma cuestión una vez entrado en vigor el Tratado de Lisboa, que concede este derecho a cualquier órgano jurisdiccional nacional, lo que produciría un exceso de formalidades procedimentales y un alargamiento innecesario de la duración del procedimiento principal. Por consiguiente, el TJUE se estima competente, desde el 1 de diciembre de 2009, para conocer las cuestiones prejudiciales que emanen de órganos jurisdiccionales cuyas decisiones sean susceptibles de recurso judicial interno, aunque se hubiesen planteado con anterioridad a dicha fecha⁴⁸. Es probable que el contexto del recurso de anulación sea diferente al presente en este asunto y plantee una proble-

artículo 263 TFUE, párrafo cuarto. En efecto (...) los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para la ejecución de la Directiva impugnada».

⁴⁷ STJUE de 17 de febrero de 2011, *Weryński*, C-283/09.

⁴⁸ Aunque basándose en otros fundamentos, la solución coincide con la que había propuesto en sus Conclusiones la Abogado General Kokott, quien había señalado que si bien el Tratado de Lisboa no entró en vigor hasta después de recibirse la petición de decisión prejudicial en el TJUE, el régimen normativo del TFUE debía aplicarse a esta petición también *ratione temporis* porque sobre la cuestión de la facultad de remisión debía ser determinante el momento de decisión sobre la petición y no el de su recepción, vid. sus Conclusiones presentadas el 2 de septiembre de 2010, apdo. 22.

mática diferente, en particular, por lo que respecta al objetivo de proteger al Tribunal de Justicia de una posible sobrecarga, aunque lo que implica en el asunto *Weryński* el principio de economía procesal, en el marco del recurso de anulación muy bien podría serlo el derecho a una tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta su importancia en el ordenamiento jurídico de la Unión, su valor jurídico primario reconocido en el artículo 47 de la Carta y la jurisprudencia del TEDH sobre los artículos 6 y 13 CEDH, sin olvidar los trabajos preparatorios del artículo 263.4 TFUE que pusieron de relieve algunas zonas grises donde aquella tutela no parecía estar asegurada en toda circunstancia.

3. MERCADO INTERIOR, LIBRE CIRCULACIÓN Y CIUDADANÍA EUROPEA

PONDERACIÓN EQUILIBRADA ENTRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DIMANANTES DE LA CIUDADANÍA EU- ROPEA Y LAS CONSIDERACIONES SECURITARIAS DE LU- CHA CONTRA EL TRÁFICO DE DROGAS

STJUE (Gran Sala) de 23 de noviembre de 2010, *Tsakouridis*, C-145/09

El ámbito de la ciudadanía europea continúa en constante desarrollo propiciado fundamentalmente por la confrontación de valores fundamentales europeos cuya ponderación se pide de forma recurrente al TJUE en los últimos tiempos. Así lo demuestra el asunto *Tsakouridis*, que planteaba los problemas asociados a las condiciones de expulsión de un ciudadano de la Unión que disfruta de un derecho de residencia permanente en un Estado miembro. Este derecho se encuentra definido en el artículo 28 de la Directiva 2004/38/CE, relativa a la libertad de circulación y de residencia⁴⁹; que prevé que sólo por razones imperiosas de seguridad pública puede adoptarse una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión que haya residido los diez años anteriores en el territorio del Estado miembro de acogi-

⁴⁹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158, p. 77; corrección de errores en DO 2004 L 229, p. 35, y en DO 2007, L 204, p. 28).

da. Además, la protección contra la expulsión es objeto de una atención particular en el marco de una jurisprudencia constante y bien construida. En el lado opuesto se sitúa la lucha contra el crimen organizado, en particular, el tráfico de drogas y la toxicomanía, interés general europeo de primer orden presente en la agenda legislativa de la Unión⁵⁰. Esta confrontación ontológica se planteaba en un contexto fáctico relativamente usual. Un nacional griego, aunque nacido en Alemania en 1978, país en el que dispone de un permiso de residencia indefinido desde 2001, fue condenado a partir de entonces a varias penas. Durante varios intervalos de tiempo se marchó a Grecia para explotar un negocio volviendo después a Alemania. En 2005, el Landgericht Stuttgart le condenó a más de seis años por tráfico ilegal de estupefacientes en cantidad elevada en el marco de organización criminal. Posteriormente, perdió el derecho de entrada y residencia en el territorio alemán y se le apercibió con una decisión de expulsión a Grecia, considerando las autoridades alemanas que existían motivos imperiosos de seguridad pública y que su conducta representaba una amenaza real para el orden público. Interpuso un recurso contra esa resolución, el cual se consideró fundado porque sólo era un miembro secundario de la organización criminal, había participado en el delito a causa de sus obligaciones familiares, se había criado en Alemania donde había seguido su formación escolar y mantenía lazos estrechos con su padre que vivía en este país, no advirtiéndose, por consiguiente, que existiera tanto peligro para el orden público. En este contexto, el Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg planteó al TJUE, por una parte, si el concepto de motivos imperiosos de seguridad pública sólo abarcaba consideraciones ligadas a la protección del Estado miembro y de sus instituciones y, por otra, si las ausencias repetidas y prolongadas del territorio del Estado miembro de acogida tenían incidencia en el cómputo del plazo de diez años necesario para obtener la protección contra la expulsión.

El TJUE se resiste a sucumbir a la tentación de acoger los argumentos securitarios que proponían los Estados miembros intervinientes, actitud que podría poner en peligro la integridad del dispositivo de protección elabora-

⁵⁰ En particular, en la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas *DO L 335*, p. 8; que establece en su primer considerando que el tráfico de droga representa una amenaza para la salud, la seguridad y la calidad de la vida de los ciudadanos de la Unión, así como para la economía legal, la estabilidad y la seguridad de los Estados miembros.

do en torno al ciudadano europeo y los miembros de su familia frente a las medidas de expulsión del territorio del Estado miembro de residencia. En su lugar, traza un equilibrio digno de elogio, precisando, en primer lugar, que una medida de expulsión debe basarse en un examen individual de la situación del interesado, teniendo en cuenta criterios tales como la edad, el estado de salud, el centro de sus intereses personales, familiares y profesionales, la duración de las ausencias del Estado miembro de acogida y la intensidad de los vínculos con el país de origen, siendo la residencia en el país miembro de acogida durante los diez años previos a la expulsión el criterio decisivo para la concesión de una protección reforzada. Por otra parte, señala que dicha medida de expulsión sólo puede justificarse por «motivos imperiosos de seguridad pública» o por «motivos graves de orden público o seguridad pública», en el sentido del artículo 28 de la Directiva 2004/38, si, habida cuenta de la excepcional gravedad de la amenaza, tal medida es necesaria para proteger los intereses que pretende garantizar y dicho objetivo no pueda alcanzarse con medidas menos estrictas. Por último, en relación con el contenido de la noción de «motivos imperiosos de seguridad pública» el TJUE da orientaciones claras y precisas, suponiendo no sólo la existencia de un ataque a la seguridad pública, sino, además, que presente un nivel particularmente elevado de gravedad en circunstancias excepcionales.

A continuación procede a deslindarlo de la noción de «seguridad pública» recordando su jurisprudencia sobre este último concepto⁵¹ y acomete la cuestión de si la lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada está incluida en el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública» que justifique la expulsión de un

⁵¹ En materia de seguridad pública, el TJUE ha declarado que ésta comprende tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior (vid., en particular, STJCE de 26 de octubre de 1999, *Sirdar*, C-273/97, *Rec.* p. I-7403, apdo. 17; STJCE de 11 de enero de 2000, *Kreil*, C-285/98, *Rec.* p. I-69, apdo. 17; STJCE de 13 de julio de 2000, *Albore*, C-423/98, *Rec.* p. I-5965, apdo. 18, STJCE de 11 de marzo de 2003, *Dory*, C-186/01, *Rec.* p. I-2479, apdo. 32. Asimismo, el Tribunal ha declarado que el ataque al funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, además del riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos, o, incluso, el ataque a intereses militares, pueden afectar a la seguridad pública (vid., en particular, STJCE de 10 de julio de 1984, *Campus Oil* y otros, 72/83, *Rec.* p. 2727, apdos. 34-35; STJCE de 17 de octubre de 1995, *Werner*, C-70/94, *Rec.* p. I-3189, apdo. 27; STJCE de 13 de julio de 2000, *Albore*, C-423/98, *Rec.* p. I-5965, apdo. 22, y STJCE de 25 de octubre de 2001, *Comisión/Grecia*, C-398/98, *Rec.* p. I-7915, apdo. 29).

ciudadano que reside durante más de diez años en el Estado miembro de acogida. Y sobre ello alcanza una conclusión afirmativa, señalando que el tráfico de estupefacientes mediante banda organizada constituye una criminalidad difusa, dotada de medios económicos y operativos impresionantes y que tiene con mucha frecuencia conexiones transnacionales. Al constituir la toxicomanía un mal grave para el individuo y entrañar un peligro económico y social para la humanidad, el TJUE estima que el tráfico de estupefacientes mediante banda organizada puede presentar un nivel de intensidad capaz de amenazar directamente la tranquilidad y la seguridad física de la población en su conjunto o de una gran parte de ella.

Al aplicar la Directiva 2004/38 procede a ponderar de forma más concreta, por un lado, el carácter excepcional de la amenaza para la seguridad pública en razón de la conducta personal del interesado, evaluada, en su caso, en el momento en que se produce la decisión de expulsión, tomando como referencia, en particular, las penas que pueden aplicarse y las solicitadas, el nivel de implicación en la actividad criminal, la gravedad del perjuicio y, en su caso, la tendencia a reincidir y, por otro, el riesgo de poner en peligro la reinserción social del ciudadano de la Unión en el Estado en el que está verdaderamente integrado, la cual redundará en interés no sólo de este último, sino también de la Unión Europea en general. Según el fallo, la pena impuesta debe ser tomada en consideración como uno de estos factores. Una condena a una pena de cinco años no puede provocar una decisión de expulsión, como prevé la normativa nacional, sin tener en cuenta todos los aspectos descritos, algo que corresponde examinar al juez nacional. En el contexto de este examen, debe tener en cuenta los Derechos fundamentales en la medida en que sólo pueden alegarse motivos de interés general para justificar una medida nacional que pueda obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de los trabajadores si dicha medida tiene en cuenta tales derechos y, en concreto, el derecho al respeto de la vida privada y familiar tal como se formula en el artículo 7 de la Carta y en el artículo 8 CEDH.

Para determinar si la injerencia considerada es proporcionada al fin legítimo perseguido, en este caso la protección de la seguridad pública, deben tenerse en cuenta, en particular, el carácter y la gravedad de la infracción cometida, la duración de la residencia del interesado en el Estado miembro de acogida, el período transcurrido desde que se cometió la infracción y la conducta del interesado durante este período, así como la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el Estado miem-

bro de acogida. En el caso de un ciudadano de la Unión que haya pasado legalmente la mayor parte, o incluso la totalidad, de su infancia y de su juventud en el Estado miembro de acogida, deberán apuntarse, según el TJUE, razones muy sólidas para justificar la expulsión. En cualquier caso, al haber declarado que un Estado miembro puede considerar que el consumo de estupefacientes constituye un peligro para la sociedad que puede justificar medidas especiales frente a los extranjeros, el TJUE considera que corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar, tomando en consideración todos los datos mencionados, si la conducta del sujeto en cuestión está comprendida en los conceptos de «motivos graves de orden público o seguridad pública» o «motivos imperiosos de seguridad pública» y si la medida de expulsión respeta los requisitos anteriormente citados.

SOBRE PRINCESAS Y COFFEE-SHOPS: PRECISIONES SOBRE EL ESTATUTO DE LA CIUDADANÍA EUROPEA

STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09

STJUE de 16 de diciembre de 2010, *Josemans*, C-137/09

Por motivos de orden público y, específicamente, en aplicación de su legislación nacional sobre la abolición de la nobleza en virtud del principio constitucional de igualdad entre los ciudadanos⁵², un Estado miembro puede legítimamente rechazar el reconocimiento del nombre de un residente ciudadano de la Unión que contiene un título nobiliario otorgado en otro Estado miembro. Así resulta del fallo del TJUE en el asunto *Sayn-Wittgenstein*⁵³ en respuesta a la cuestión planteada por el Tribunal Supremo administrativo de Austria, que deseaba saber si la legislación de este país era compatible con el artículo 21 TFUE relativo a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión. El asunto principal se refería a una nacional austriaca adop-

⁵² Como explica perfectamente en sus Conclusiones la Abogado General Sharpston, presentadas el 14 de octubre de 2010, tras la Primera Guerra Mundial, tanto Austria como Alemania se convirtieron en repúblicas, aboliendo la nobleza y todos los privilegios y títulos pertenecientes a la misma. Desde entonces, es ilegal como una cuestión de Derecho Constitucional que los austriacos ostenten cualquier título nobiliario, prohibición que se extiende al uso de partículas como «von» o «zu» como parte del apellido. En Alemania, sin embargo, se optó por otro enfoque: los títulos existentes, aunque dejaron de poder ser ostentados como tales, pasaron a formar parte del apellido familiar, transmitiéndose a todos los hijos, sujetos únicamente a variaciones en función del sexo en los supuestos en que un elemento tenga versiones masculina y femenina, por ejemplo, Fürst (Príncipe) y Fürstin (Princesa).

⁵³ STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

tada de adulta en Alemania por un nacional alemán cuyo apellido incluía un antiguo título nobiliario. A raíz de ello, fue inscrita con ese mismo apellido en el registro civil austriaco. Al cabo de quince años la administración de este país rectificó esa inscripción eliminando los elementos del apellido indicativos de nobleza, a lo que se opuso la princesa surgiendo el contencioso que dio origen a estas cuestiones prejudiciales.

Con carácter preliminar, el TJUE estima que si bien en el estado actual del Derecho de la Unión, las normas que rigen el apellido de una persona y el uso de títulos nobiliarios es competencia de los Estados miembros, su ejercicio debe respetar el Derecho de la Unión, de lo que deduce que la situación de la demandante en el litigio principal entra en su ámbito de aplicación material. Señala, además, que una normativa nacional que resulte desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades que el artículo 21 TFUE, apartado 1, reconoce a todo ciudadano de la Unión. En cuanto a su justificación, el TJUE realiza una interesante afirmación de principio, al admitir que en el contexto de la historia constitucional austriaca, la Ley de abolición de la nobleza, como elemento de la identidad nacional, puede ser tomada en cuenta al ponderar los intereses legítimos con el derecho de libre circulación de las personas reconocido por el Derecho de la Unión. A partir de esta consideración todo parecía indicar que era la identidad constitucional austriaca la que iba a servir de justificación a esta restricción, teniendo en cuenta, además, lo previsto en el artículo 4, apartado 2, TUE en relación con la obligación de la Unión de respetar la identidad nacional de los Estados miembros inherente a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales. Lejos de ello, sin embargo, y aunque más adelante cita esta última disposición, el TJUE prefiere basar la justificación en el orden público, a pesar de ser objeto de una interpretación estricta en el ordenamiento jurídico de la Unión. Y una vez que apunta los trazos jurisprudenciales fundamentales de este difuso concepto es cuando procede a reafirmar su fallo añadiendo lo previsto en el artículo 4, apartado 2, TUE; forma de proceder explicable posiblemente por la necesidad de evitar que esta última disposición comience a aflorar en todo tipo de contenciosos como posible justificación de toda clase de obstáculos.

Curiosas son también las cuestiones que se planteaban en el asunto *Josemans*⁵⁴, petición presentada en el marco de un litigio entre el gestor de

⁵⁴ STJUE de 16 de diciembre de 2010, *Josemans*, C-137/09.

un coffee shop y el Alcalde del municipio de Maastricht por decretar el cierre temporal del establecimiento al haber admitido en el mismo a personas no residentes en los Países Bajos, incumpliendo las disposiciones en vigor en dicho municipio. El Raad van State deseaba saber si esta normativa se oponía a las libertades de mercancías o servicios, así como al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en relación con la ciudadanía de la Unión. El TJUE prefiere vincular el asunto con las disposiciones que garantizan la libre prestación de servicios, de lo que deduce que los ciudadanos de la Unión que no residan en los Países Bajos y que desean ir a los coffee shops del municipio de Maastricht para consumir productos legales deben considerarse destinatarios de servicios, sin que considere necesario pronunciarse sobre la interpretación del artículo 21 TFUE. A continuación, afirma que esta medida restrictiva de la libre circulación de servicios puede estar justificada por el objetivo de lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva si es adecuada para garantizar su realización y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo, llegando a la conclusión de que no puede declararse incoherente que un Estado miembro adopte medidas para hacer frente a un flujo importante de residentes procedentes de otros Estados miembros que desean disfrutar de la comercialización de productos que, por su propia naturaleza, están sometidos a una prohibición de venta en todos los demás Estados miembros. Por consiguiente, considera esta normativa adecuada y proporcionada al objetivo que persigue, desechando que medidas menos restrictivas pudieran ser igual de eficaces. Entre ellas, en el procedimiento se apuntó permitir el acceso a los coffee shops a los no residentes aunque denegándoles la venta de cannabis, posibilidad rechazada por ser difícil de controlar y vigilar con precisión, además de poder incitar en el interior de los coffee shops el comercio ilícito o la reventa de cannabis por residentes a los no residentes.

LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y JUEGOS DE AZAR:
UN MONOPOLIO PÚBLICO DEBE PERSEGUIR DE MANERA
COHERENTE Y SISTEMÁTICA LA LUCHA CONTRA LOS
PELIGROS VINCULADOS A LOS JUEGOS DE AZAR

STJUE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2010,
Carmen Media Group, C-46/08

STJUE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2010,
Markus Stoß y otros, C-316, 358, 359, 360, 409 y 410/07

STJUE de 9 de septiembre de 2010,
Engelmann, C-64/08

El gran reto al que se enfrenta el juez de la Unión en el marco de la interacción entre la protección del consumidor frente a la ludopatía y el respeto de las libertades de establecimiento y servicios es encontrar un terreno común que permita un cierto acomodo de ambos intereses. El TJUE estima que los Estados miembros gozan de una amplia facultad de apreciación para determinar, según su propia escala de valores, las exigencias que comporta la protección del consumidor y el orden social, teniendo en cuenta las particularidades de orden moral, religioso o cultural, así como las consecuencias perjudiciales para el individuo y la sociedad que, desde un punto de vista moral y económico llevan consigo los juegos y las apuestas⁵⁵. Habida cuenta de esta amplia facultad de apreciación, no se requiere, desde el punto de vista del criterio de la proporcionalidad, que la medida restrictiva adoptada por un Estado miembro se corresponda con una concepción compartida por todos los demás en lo tocante a las modalidades de protección del interés legítimo de que se trate⁵⁶. No obstante, el respeto de esta amplia facultad estatal no implica una inmunidad absoluta por cuanto libertad de apreciación no implica una competencia discrecional⁵⁷. Para que pueda ser juzgado compatible con los Tratados, el TJUE exige que el sistema nacional de apuestas se funde sobre criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano de modo que establezcan los límites del

⁵⁵ Vid. STJUE de 6 de marzo de 2007, *Placanica y otros*, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, *Rec. p. I-1891* apdo. 47; y jurisprudencia citada; STJUE de 8 de septiembre de 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International*, C-42/07, *Rec. p. I-7633*, apdo. 57 y jurisprudencia citada; STJUE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2010, *Markus Stoß y otros*, C-316, 358, 359, 360, 409 y 410/07, apdo. 76.

⁵⁶ STJUE de 28 de abril de 2009, *Comisión/Italia*, C-518/06, *Rec. p. I-3491*, apdos. 83-84.

⁵⁷ STJUE de 3 de junio de 2010, *Sporting Exchange*, C-203 y 258/08, apdos. 49-50.

ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria⁵⁸.

Varias jurisdicciones alemanas planteaban al TJUE la conformidad con esta doctrina de los monopolios regionales para la organización de apuestas deportivas y loterías. En los asuntos *Carmen Media Group*⁵⁹ y *Markus Stoß y otros*⁶⁰ la Gran Sala del TJUE juzga incompatibles con las libertades de servicios y establecimiento este monopolio por no perseguir de manera coherente y sistemática la lucha contra los peligros vinculados a los juegos de azar⁶¹. En el marco de la posible justificación del obstáculo a estas libertades, el TJUE admite razones imperiosas de interés general como prevenir la incitación al gasto excesivo en el juego y luchar contra la adicción, siempre que sean adecuadas y se limiten a las restricciones estrictamente. A este respecto, el TJUE considera que para canalizar la apetencia del juego y la explotación de los juegos en un circuito controlado, los Estados miembros tienen libertad para establecer monopolios públicos, dada su aptitud para controlar los riesgos derivados del sector de los juegos de azar de modo más eficaz que un régimen que autorice a operadores privados a organizar juegos de apuestas. A continuación, indica que el hecho de que unos juegos estén sujetos a un monopolio público y otros a un régimen de autorizaciones concedidas a operadores privados no puede cuestionar, por sí solo, la coherencia del sistema alemán por cuanto esos juegos tienen características distintas. Sin embargo, a la vista de las comprobaciones he-

⁵⁸ *Ibid.*; STJUE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2010, *Carmen Media Group*, C-46/08, apdo. 64; STJUE de 9 de septiembre de 2010, *Engelmann*, C-64/08, apdo. 54.

⁵⁹ STJUE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2010, *Carmen Media Group*, C-46/08.

⁶⁰ STJUE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2010, *Markus Stoß y otros*, C-316, 358, 359, 360, 409 y 410/07.

⁶¹ En los asuntos acumulados C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 y C-410/07, los Verwaltungsgerichte (tribunales administrativos) de Gießen y de Stuttgart debían resolver litigios entre intermediarios de apuestas deportivas y las autoridades alemanas que les prohibieron ofrecer en el Land de Hesse o de Baden-Württemberg apuestas deportivas organizadas por las empresas austríacas Happybet Sportwetten y Web.coin, la empresa maltesa Tipico, la sociedad británica Happy Bet y la sociedad Digibet, domiciliada en Gibraltar. Dichas empresas disponían en sus respectivos países de licencias para organizar las apuestas deportivas. En el asunto C-46/08, el Schleswig-Holsteinische Verwaltungsgericht (tribunal administrativo de Schleswig Holstein) debía decidir, en cambio, si el Land de Schleswig Holstein actuó conforme a Derecho al denegar la solicitud de la empresa Carmen Media Group para poder ofrecer apuestas deportivas en Alemania vía Internet, siendo así que en Gibraltar, donde ésta está domiciliada, dispone de una licencia «off-shore» que le autoriza a organizar apuestas sólo fuera de Gibraltar.

chas en estos asuntos, el TJUE señala que la normativa alemana no limita de una manera coherente y sistemática los juegos de azar dado que por una parte los titulares de monopolios públicos desarrollan campañas publicitarias intensivas con el fin de maximizar el beneficio generado por las loterías, alejándose con ello de los objetivos que justifican la existencia de tales monopolios; y, por otra, en relación con los juegos de casino o los juegos automatizados, que están excluidos del monopolio público aunque presentan un potencial de riesgo de adicción mayor que los otros juegos sujetos a dicho monopolio, las autoridades alemanas aplican o toleran políticas para fomentar la participación en ellos. En tales circunstancias el TJUE considera que no puede alcanzarse eficazmente el objetivo preventivo de dicho monopolio, de modo que este último deja de estar justificado. Por último, el TJUE recuerda nuevamente que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para fijar el nivel de protección contra los peligros derivados de los juegos de azar. En consecuencia, a falta de toda armonización en la materia, no están obligados a reconocer las autorizaciones concedidas por otros Estados miembros en este ámbito⁶². Por los mismos motivos y teniendo en cuenta los riesgos que presentan los juegos de azar por Internet en comparación con los juegos de azar tradicionales, los Estados miembros también pueden prohibir la oferta de juegos de azar por Internet.

SUPEDITAR A AUTORIZACIÓN PREVIA LA ASISTENCIA SANITARIA PROGRAMADA EN OTRO ESTADO MIEMBRO CON EQUIPOS MATERIALES ONEROSOS NO INCUMPLE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

STJUE (Gran Sala) de 5 de octubre de 2010, *Comisión/Francia*, C-512/08
STJUE (Gran Sala) de 5 de octubre de 2010, *Elchinov*, C-173/09

Al margen de situaciones específicas relacionadas, en particular, con el estado de salud del afiliado o con el carácter urgente de la asistencia necesaria, en el asunto C-512/08 *Comisión/Francia* el TJUE declaró compatible con la libre prestación de servicios una normativa que supedita a la exigencia de autorización previa la asistencia programada en otro Estado

⁶² En el asunto *Engelmann*, STJUE de 9 de septiembre de 2010, C-64/08; la Sala Cuarta del TJUE alcanza la misma conclusión a propósito de la reglamentación austriaca, que reserva la explotación de los juegos de azar exclusivamente a las sociedades anónimas establecidas en Austria y que limita la duración de las concesiones a quince años.

miembro que requiere el uso de equipos materiales onerosos fuera de las infraestructuras hospitalarias. Tal exigencia se manifiesta en el estado actual del Derecho de la Unión como una restricción justificada —según el Tribunal— para salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social y evitar riesgos para la organización de la política de salud pública, los cuales están vinculados al hecho de que, con independencia del medio, hospitalario o no, es necesario que los equipos materiales onerosos puedan ser objeto de una política de planificación en lo que se refiere, en especial, a su número y reparto geográfico, a fin de contribuir a garantizar en la totalidad del territorio nacional una oferta de asistencia de vanguardia que sea racionalizada, estable, equilibrada y accesible, pero también para evitar en la medida de lo posible todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos.

En cambio, en la sentencia *Elchinov*, el Tribunal declaró que una normativa que excluía en todos los casos la cobertura de asistencia hospitalaria dispensada sin autorización previa en otro Estado miembro no es conforme con la libre prestación de servicios, ni con el artículo 22 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71⁶³. Si bien el Derecho de la Unión no se opone, en principio, a un sistema de autorización previa, como se manifiesta en el fallo anterior, en opinión del TJUE es necesario que se justifiquen los requisitos para la concesión de dicha autorización. No ocurre así, según el Tribunal, con la normativa de que se trata en este asunto, en la medida en que priva al beneficiario de la seguridad social de toda cobertura en circunstancias en que debido a su estado de salud o a la necesidad de recibir una asistencia urgente en un establecimiento hospitalario, no haya podido solicitar tal autorización o no haya podido esperar a la respuesta de la institución competente y ello pese a reunir los requisitos necesarios para tal cobertura. En opinión del Tribunal, no cabe esperar que esta solución ponga en peligro la consecución de los objetivos de planificación hospitalaria, ni constituya un perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social.

⁶³ Reglamento (CE) n.º 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (*DO L 392*, p. 1).

4. AGRICULTURA

SOBRE EL CONFLICTO ENTRE UNA INDICACIÓN GEOGRÁFICA PROTEGIDA Y UNA MARCA

STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Bavaria*, C-120/08

El Bundesgerichtshof (Alemania) planteaba en este asunto varias cuestiones prejudiciales relativas al conflicto entre una Indicación Geográfica Protegida (IGP) y una marca en el marco del Reglamento (CE) n.º 510/2006⁶⁴. En el procedimiento principal se enfrentaban el titular colectivo de la IGP «Bayerisches Bier», registrada a nivel europeo con efectos a partir del 5 de julio de 2001, y la empresa Bavaria. El juez *a quo* pedía esencialmente que se indicaran las pautas para determinar si la IGP «Bayerisches Bier» gozaba de prioridad en el tiempo sobre la marca de Bavaria, de modo que pudiera extinguirse la protección de esta última. Debe recordarse que estas partes ya se enfrentaron en el procedimiento principal que dio lugar al asunto *Bavaria y Bavaria Italia*⁶⁵, en el que el TJUE consideró que el registro de esta IGP era completamente válido, por lo que el TJUE circunscribe el presente asunto a aclarar la interpretación de las normas que regulan el conflicto entre ambos derechos de propiedad industrial. En opinión del TJUE, el conflicto que dio lugar al litigio principal se regula por el artículo 14, apartado 1, del Reglamento n.º 2081/92 vigente cuando esta IGP se registró. Dicha norma de conflicto prevé un motivo de denegación de la solicitud de registro de la marca controvertida o, con carácter subsidiario, su nulidad, siendo la fecha de referencia para la aplicación de esta norma de conflicto la fecha de publicación de la IGP prevista en el artículo 6, apartado 2, del Reglamento n.º 2081/92. Asimismo, el TJUE recuerda que en la medida en que el sistema establecido por el Reglamento n.º 2081/92 es un régimen de protección uniforme y exhaustivo⁶⁶, debe considerarse como un sistema completo que no deja a los Estados miembros la facultad de colmar una laguna según su Derecho interno.

⁶⁴ DO L 93, p. 12.

⁶⁵ STJCE de 2 de julio de 2009, C-343/07, *Rec.* p. I-5491.

⁶⁶ En este sentido, STJCE de 8 de septiembre de 2009, *Budějovický Budvar*, C-478/07, *Rec.* p. I-7721, apdos. 114-115.

5. COMPETENCIA

EL SECRETO PROFESIONAL NO SE APLICA A LAS COMUNICACIONES MANTENIDAS EN EL SENO DE UNA EMPRESA CON UN ABOGADO INTERNO

STJUE (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010,
Akzo Nobel Chemicals Ltd / Comisión, C-550/07 P

El TJUE ya tuvo ocasión de pronunciarse en 1982 en la Sentencia *AM & S* sobre la misma cuestión que se le planteaba en este asunto, a saber, si conforme al Derecho de la Unión la protección garantizada como Derecho fundamental de las comunicaciones entre un abogado y su cliente (secreto profesional) abarcaba también el intercambio de opiniones e información entre los administradores de una empresa y su abogado interno, que trabaja por cuenta de la empresa⁶⁷. Y en aquel fallo el Tribunal interpretó el secreto profesional en el sentido de que la protección que confería no se extendía a las comunicaciones con el abogado interno en el seno de la empresa. Así pues, de aquel fallo podía deducirse que las comunicaciones entre un jurista y su cliente estaban protegidas por el secreto profesional únicamente cuando aquél estaba sometido como abogado a las obligaciones normalmente derivadas de la disciplina profesional y, además, no estaba vinculado a su cliente mediante una relación laboral. Bastantes años después surge la misma cuestión, lo cual plantea de forma más general si los valores vigentes en la época en que se dictó aquel fallo han evolucionado, en particular, teniendo en cuenta el carácter vinculante de que goza hoy el artículo 7 de la Carta relativo al respeto de las comunicaciones en relación con sus artículos 47, párrafos primero y segundo, segunda frase, y 48, apartado 2 (derecho a hacerse aconsejar, defender y representar y respeto de los derechos de la defensa), así como la perspectiva de la próxima adhesión de la UE al CEDH.

Y la respuesta, al menos en relación con esta cuestión, es negativa según el TJUE, confirmando de este modo el fallo que el TG había dictado en primera instancia⁶⁸. En efecto, este órgano había declarado que si bien era cierto que el reconocimiento específico del papel de abogado de em-

⁶⁷ STJUE de 18 de mayo de 1982, *AM & S / Comisión*, 155/79, *Rec.* p. 1575.

⁶⁸ STG de 17 de septiembre de 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd.*, T-125 y T-253/03, *Rec.* p. II-3523.

presa y la protección de la correspondencia mantenida con éste en virtud de la confidencialidad se encontraba relativamente más extendidos en la actualidad que en el momento en que se pronunció el fallo del TJUE en el asunto *AM & S*, no resultaba posible identificar tendencias uniformes —o claramente mayoritarias— en los ordenamientos jurídicos nacionales⁶⁹, existiendo un gran número de Estados miembros que excluían a los abogados de empresa de la protección de la confidencialidad. Por otro lado, su examen de Derecho comparado reveló que un número considerable de Estados miembros no permitía que los abogados de empresa se inscribieran en los Colegios de Abogados y, por tanto, no les atribuían la condición de abogados⁷⁰. Manteniendo esta misma solución, el TJUE considera que no puede deducirse ninguna tendencia preponderante a favor de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones en el seno de las empresas con sus abogados internos⁷¹, fundamentalmente porque la situación jurídica en los Estados miembros de la Unión no ha evolucionado en los años transcurridos desde que se dictó la Sentencia *AM & S*, en una medida que permita plantearse una evolución de la jurisprudencia en esta materia. La solución dotada de cierta artificiosidad ha sido objeto de críticas posiblemente fundadas⁷², que podrían llevar a las empresas a externalizar este tipo de servicios para garantizar la confidencialidad de sus comunicaciones, además de contrastar con su doctrina en el asunto *Ordre des barreaux francophones y germanophone* en el que el Tribunal declaró que un abogado no estaría en condiciones de cumplir adecuadamente su misión de asesoramiento, defensa y representación del cliente, quedando éste, por tanto, privado de los derechos que le confiere el artículo 6 CEDH, si en el contexto de un procedimiento judicial o de su preparación estuviera obligado a cooperar con los poderes públicos transmitiéndoles la información obtenida con ocasión de las consultas jurídicas efectuadas en el marco de tal procedimiento⁷³.

⁶⁹ *Ibid.*, apdo. 170.

⁷⁰ *Ibid.*, apdo. 171.

⁷¹ STJUE (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd / Comisión*, C-550/07 P, apdo. 74.

⁷² Vid., entre otros, DI FEDERICO, G.: «Case C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission*, Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 14 September 2010», *CMLRev.*, vol. 48-2011, pp. 581-602; STEFANELLI, J.N.: «The Negative Implications of EU Privilege Law under *Akzo Nobel* at Home and Abroad», *ICLQ*, vol. 60-2011, pp. 545-556.

⁷³ STJCE de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones y germanophone y otros*, C-305/05, apdo. 32.

Aunque ciertamente el contexto de este último fallo puede ser distinto, nos interesa destacar que previamente el Tribunal tuvo debidamente en cuenta la jurisprudencia del TEDH sobre el concepto de proceso justo contemplado en el artículo 6 CEDH, a diferencia de su forma de proceder en *Akzo*, obviando lo previsto en el artículo 52.3 de la Carta posiblemente porque la solución no está del todo clara en la jurisprudencia de Estrasburgo⁷⁴.

Más allá de la solución particular, del razonamiento del TJUE parece que puede ser destacada la importancia que continúa otorgando a los valores comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Como se sabe, en Derecho de la Unión la protección del secreto profesional tiene el rango de un principio general del Derecho con carácter de Derecho fundamental, el cual se deduce, por una parte, de los principios comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, de otra del CEDH, en particular, de sus artículos 8, apartado 1 (protección de la correspondencia) en relación con el artículo 6, apdos. 1 y 3, letra c), (derecho a un juicio justo). Pero en las circunstancias actuales este derecho también se deduce de la Carta, incluso si en la fecha en que sucedieron los hechos este instrumento aún no tenía efectos jurídicos de Derecho primario. No es menos cierto, sin embargo, que como fuente de conocimiento del Derecho ya permitía en ese momento interpretar los Derechos fundamentales garantizados por el Derecho de la Unión⁷⁵. Con todo, el razonamiento del TJUE sigue siendo el mismo de antaño, a saber, indagar en los valores inherentes a los ordenamientos de los Estados miembros y en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los Derechos humanos a los cuales los Estados miembros se han adherido, en particular, el CEDH; para indagar si se ha producido una evolución. Tampoco de la jurisprudencia del

⁷⁴ Vid., en este sentido, las Conclusiones de la Abogado General Kokott, presentadas el 29 de abril de 2010, apdos. 141 y ss.; quien limitándose fundamentalmente a la STEDH de 24 de julio de 2008, *André y otros / Francia*, demanda n.º 18603/03, estimó que el TEDH no se había pronunciado hasta hoy a favor del reconocimiento del secreto profesional a las comunicaciones con el abogado interno en el seno de una empresa.

⁷⁵ Si el contexto fáctico se hubiese producido bajo la vigencia de la Carta y aun suponiendo que el derecho a consejo, defensa y representación que confiere este instrumento también se extienda a las consultas con los abogados internos, la Abogado General Kokott afirmó en sus Conclusiones en este asunto que ello no excluía seguramente que al recurrir a abogados internos puedan aplicarse determinadas restricciones justificadas objetivamente. En su opinión, la intensidad de la protección que ofrece un Derecho fundamental puede ser mayor o menor dependiendo de las circunstancias, Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott, presentadas el 29 de abril de 2010, apdo. 145, argumentación acogida por el TJUE en el fallo, *STJUE Akzo Nobel Chemicals Ltd.*, apdos. 95-96.

TEDH puede deducirse con claridad la premisa inversa. Es cierto que el TEDH amplía la protección del artículo 8 del CEDH a las dependencias mercantiles, pero indica al mismo tiempo que esta protección no debe tener necesariamente la misma intensidad que en el caso de dependencias privadas⁷⁶.

Esta última referencia a la jurisprudencia del TEDH tiene importancia porque de la respuesta a esta cuestión prejudicial no sólo dependía en último término el alcance más o menos extenso de las facultades de verificación de la Comisión en asuntos de competencia con arreglo a los artículos 20 y 21 del Reglamento n.º 1/2003, sino que era también importante en relación con la compatibilidad material, en particular, respecto a la aplicación del Derecho Europeo de la Competencia por la Comisión y el respeto de las garantías previstas en el CEDH⁷⁷, respeto que parece cuestionarse

⁷⁶ En la STEDH de 16 de diciembre de 1992, *Niemietz / Alemania*, demanda n.º 13710/88, serie A, n.º 251-B, apdo. 29, el TEDH señala: «(...) Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un ‘cercle intime’ où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d’en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle (...) Il paraît, en outre, n’y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de ‘vie privée’ comme excluant les activités professionnelles ou commerciales (...) Plus généralement, interpréter les mots ‘vie privée’ et ‘domicile’ comme incluant certains locaux ou activités professionnels ou commerciaux répondrait à l’objet et au but essentiels de l’article 8 (artículo 8): prémunir l’individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (...). Pero a continuación el TEDH añade: «Les États contractants ne s’en trouveraient pas indûment bridés car ils conserveraient, dans la mesure autorisée par le paragraphe 2 de l’article 8 (artículo 8-2), leur droit d’ingérence et celui-ci pourrait fort bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d’autres cas». Asimismo, en la STEDH de 16 de abril de 2002, *Société Colas Est y otros/Francia*, demanda n.º 37971/97, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-III, el Tribunal señala: «(...) Dans le prolongement de l’interprétation dynamique de la Convention, la Cour considère qu’il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l’angle de l’article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels», apdo. 41. Pero algunos apartados más adelante añade: «(...) à supposer que le droit d’ingérence puisse aller plus loin pour les locaux commerciaux d’une personne morale (...)», apdo. 49.

⁷⁷ Subyacen algunas dudas en relación con la intensidad del control que debe desarrollar el TJUE para respetar las garantías que se desprenden del artículo 6 CEDH, en particular, que contra las decisiones de la Comisión en materia de competencia intervenga un tribunal dotado de plena jurisdicción que ofrezca todas las garantías de un proceso equitativo. No cabe duda de que el artículo 261 TFUE le permite ejercer esta competencia jurisdiccional plena cuando un Reglamento le atribuye esta competencia y se da la circunstancia de que el artículo 31 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 así lo hace para resolver los recursos interpuestos contra las decisiones que imponen una multa, pudiendo suprimirla, reducirla o aumentar-

últimamente por algunos autores⁷⁸, mientras que es asegurado por otros⁷⁹. Ya sabemos las aparentes preocupaciones que plantea esta cuestión en rela-

la. Sin embargo, no la posee sobre otros aspectos, sobre los que demasiado a menudo se deja guiar por el poder de apreciación del que disfruta el ejecutivo comunitario bajo una aparente indulgencia, limitándose a sancionar el error manifiesto de apreciación o a controlar la coherencia y la objetividad de la justificación de la Decisión, mientras que otras veces es grato comprobar que se esfuerza por analizar y motivar sus fallos de manera contundente. Así, en el asunto *Comisión/Scott*, STJUE de 2 de septiembre de 2010, C-290/07 P, el TJUE precisó los límites del control jurisdiccional realizado por el Tribunal General cuando la identificación de una ayuda de Estado plantea graves dificultades de evaluación. La Comisión reprochaba al Tribunal de instancia haberse excedido en los límites de su control jurisdiccional al identificar errores de método y de cálculo característicos de un incumplimiento de la obligación de tramitar de manera diligente el procedimiento de investigación formal contemplado en el TFUE. El TJUE estimó este motivo recordando, primero, los principios recogidos en la sentencia *Tetra Laval*, STJCE de 15 de febrero de 2005, *Comisión/Tetra Laval*, C-12/03 P, *Rec.* I-987, apdo. 39, de donde se desprende que el juez de la Unión no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también controlar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. Este recordatorio va acompañado, sin embargo, de un límite importante, según el cual, en el marco de este control, no corresponde al juez de la Unión sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia.

⁷⁸ ANDREANGELI, A. / BROUWER, O. / DE FEYDEAU, D. / FORRESTER, I. / GERADIN, D. / KOMNINOS, A. / HOFSTETTER, K. / KATSOUACOS, Y. / LEMAIRE, C. / O'REGAN, M. / ORTIZ BLANCO, L. / SLATER, D. / THOMAS, S. / ULPH, D. / WAELBROECK, D. / ZINSMEISTER, A.: «Enforcement by the Commission - The decisional and enforcement structure in antitrust cases and the Commission's fining system», Fifth Annual Conference of the Global Competition Law Centre, 11-12 June 2009, <http://www.coleurope.eu/template.asp?pagename=gclcfifthannual>; FORRESTER, I.: «Due process in EC Competition Cases: A distinguished Institution with Flawed Procedures», *ELRev.*, vol. 34-2009, pp. 817 y ss.; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE: «The fining policy of the European Commission in competition cases», ICC doc. n.º 225/659 de 2 de Julio de 2009; LENAERTS, K. / VANHAMME, J.: «Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process», *CMLRev.*, vol. 34-1997, pp. 531-569 (557); SLATER, D. / THOMAS, S. / WAELBROECK, D.: «Competition law proceedings before the European Commission: no need for reform?», *College of Europe Research Papers in Law*, n.º 5/2008, www.coleurope.eu; publicado también en *European Competition Journal*, 2009, pp. 97 y ss.; WAELBROECK, D. / FOSSELARD, D.: «Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Cases be left to an Independent Judge? - The Impact of the European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedures», *Yearbook of European Law*, vol. 15-1995, pp. 111 y ss. (120).

⁷⁹ Vid. CASTILLO DE LA TORRE, F.: «Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases», *World Competition*, vol. 32-2009, pp. 505 y ss.; así como WILS, W.: «The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in

ción con el respeto de la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión una vez vigente la adhesión al CEDH. En este sentido, algunos han planteado si una vez vigente la adhesión, el TEDH aplicará las disposiciones del CEDH y, eventualmente, sus protocolos adicionales, a los actos de la Unión, estableciendo una interpretación de estas disposiciones que se impondrá en este orden jurídico, incluido el TJUE; institución que, sin embargo, debería conservar el monopolio de esta tarea. No se trata de una preocupación nueva, sino que en el pasado ya se expresaron ciertas dudas entre la compatibilidad de la adhesión y la preservación de la autonomía del Derecho de la Unión, dudas que parecen transpirar en el Tratado de Lisboa cuando en el Protocolo sobre la adhesión se afirma la necesidad de preservar las características específicas de la Unión y su Derecho y en una Declaración aneja al acta final de la Conferencia intergubernamental que adoptó este Tratado relativa al apartado 2 del artículo 6 del TUE se señala que la adhesión debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión. Es dudoso, sin embargo, que este conflicto llegue realmente a producirse y así lo demuestra un amplísimo acervo jurisprudencial del TJUE que avala esta protección, citando cada vez con mayor frecuencia disposiciones concretas del CEDH y refiriéndose de forma detallada a la jurisprudencia del TEDH, tendencia que no hará sino aumentar en el futuro a la vista de lo que establece el artículo 52.3 de la Carta. Todo ello quiere decir que de evolucionar la doctrina del TEDH, no albergamos ninguna duda de que el TJUE estará dispuesto a revisar su propia jurisprudencia como ya ocurrió en el pasado reciente con el respeto a la vida privada en relación con la inviolabilidad de los locales de las empresas. Si bien en un principio el TJUE dedujo que no existía un principio general que consagrara este derecho⁸⁰, corrigió más tarde esta afirmación señalando que debía tener en cuenta la jurisprudencia posterior del TEDH, ampliando aquel derecho a los referidos locales⁸¹.

EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis», *World Competition - Law and Economics Review*, vol. 27-2004, n.º 2, pp. 208 y ss.; *Id.*: «The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR», *World Competition*, vol. 33-2010, n.º 1, pp. 5-29.

⁸⁰ STJUE de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst / Comisión*, 46/87 y 227/88, *Rec.* p. 2859.

⁸¹ STJUE de 28 de junio de 2005, *Roquette Frères*, C-94/00, *Rec.* p. I-9011.

EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA DEBEN PODER DEFENDER LA LEGALIDAD DE SUS DECISIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES INTERNOS

STJUE (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010, *VEBIC*, C-439/08

El proceso de transformación de la aplicación de las disposiciones de competencia desde una perspectiva centralizada, como la existente bajo la vigencia del Reglamento (CEE) n.º 17⁸², a un régimen descentralizado, como el establecido por el Reglamento (CE) n.º 1/2003⁸³, exige la instauración de mecanismos aptos para asegurar la aplicación efectiva, eficaz, uniforme y coherente de los artículos 101 y 102 TFUE, según las diferentes expresiones utilizadas por esta última norma, lo cual viene planteando de forma recurrente en los últimos tiempos las facultades que deben corresponder a las autoridades nacionales de competencia cuando aplican esta normativa de la Unión. El asunto *VEBIC* brindaba una nueva oportunidad al TJUE para continuar concretando esta cuestión sobre un aspecto particular que se prestaba a una cierta fricción con el principio de autonomía procesal de los Estados miembros al pedírsele que determinara el alcance de la intervención de estas autoridades ante los órganos jurisdiccionales nacionales en el marco de los recursos interpuestos contra sus resoluciones. Esencialmente, el órgano jurisdiccional remitente pretendía que se dilucidara si la necesidad de garantizar la efectividad de los artículos 101 y 102 TFUE obliga a que una autoridad nacional de competencia esté legitimada para participar como parte recurrida en un procedimiento judicial que cuestione la validez de una de sus decisiones. La cuestión se planteaba en el marco de un recurso judicial contra una resolución del Consejo belga de la competencia en el que sólo participaba la parte recurrente en el litigio principal, sin que existiera parte recurrida. Según el juez *a quo*, una situación en que ningún representante del interés público de la competencia participa

⁸² Reglamento de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado (*DO* 1962, 13, p. 204; *EE*. 08/01, p. 22). Reglamento modificado en último lugar por el Reglamento (CE) n.º 1219/1999 del Consejo, de 10 de junio de 1999 (*DO* L 148, p. 5).

⁸³ Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (*DO* 2003, L 1, p. 1).

en el procedimiento incoado ante un órgano jurisdiccional podía plantear dudas sobre la conformidad de la normativa interna controvertida con el Derecho de la Unión, en particular, con los artículos 2, 15, apartado 3, y 35, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003.

Inspirándose en las excelentes Conclusiones del Abogado General Mengozzi, el TJUE estima que la obligación que incumbe a una autoridad nacional de competencia de garantizar la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 TFUE exige que disponga de legitimación para participar como parte recurrida en un procedimiento jurisdiccional incoado contra una de sus resoluciones, correspondiéndoles calibrar la necesidad y utilidad de esta intervención en relación con la aplicación efectiva del Derecho de la competencia. En caso contrario, es decir, si se impide defender a estas autoridades la legalidad de sus resoluciones en aras del interés general, tanto el Abogado General como el TJUE estimaron que el órgano jurisdiccional nacional corría el riesgo de quedar totalmente «cautivo» de los motivos y alegaciones formulados por los recurrentes⁸⁴. En un ámbito como el de la comprobación de infracciones de las normas de competencia y la imposición de multas, que implica apreciaciones jurídicas y económicas complejas, el TJUE considera que la mera existencia de este riesgo puede comprometer la aplicación efectiva de estas normas.

Aunque la solución retenida por el TJUE puede parecer que se inmiscuye en el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, teniendo en cuenta que el artículo 35, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 deja a los ordenamientos jurídicos internos la regulación procesal de los recursos jurisdiccionales contra las decisiones de las autoridades de la competencia así designadas, no debe olvidarse que tal regulación no debe ser contraria al principal objetivo de este Reglamento, que es garantizar la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 TFUE por dichas autoridades. La esencia de aquel principio parece que queda salvaguardada por cuanto ante la inexistencia de normativa de la Unión, los Estados miembros serán competentes para designar el órgano u órganos que formando parte de la autoridad nacional de competencia deban disponer de la facultad de participar en estos procedimientos jurisdiccionales.

⁸⁴ Conclusiones del Abogado General Mengozzi, presentadas el 25 de marzo de 2010, apdo. 74; STJUE (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010, *VEBIC*, C-439/08, apdo. 58.

6. APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES

* FISCALIDAD

EN CASO DE FRAUDE, LA EXENCIÓN DE IVA EN LAS ADQUISICIONES INTRACOMUNITARIAS PUEDE SER RECHAZADA

STJUE (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010, *R*, C-285/09
STJUE (Gran Sala) de 26 de octubre de 2010, *Ingrid Schmelz*, C-97/09

El Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo federal alemán) planteaba en este asunto una cuestión de interpretación de la Sexta Directiva sobre el IVA⁸⁵ en relación con la exención de entregas intracomunitarias. Deseaba saber si el Estado miembro de origen de las mercancías puede considerar no exento de este impuesto al vendedor sujeto pasivo radicado en ese Estado de origen que, pese a haber realizado efectivamente una entrega intracomunitaria, ha ocultado ciertos datos relativos a la operación, facilitando así al comprador radicado en el Estado miembro de destino la evasión del impuesto. Basándose en el asunto *Collée*⁸⁶, el Abogado General Cruz Villalón había propuesto que existían medidas menos desproporcionadas en relación con los principios de neutralidad y territorialidad que la sanción consistente en rechazar la exoneración del impuesto⁸⁷. En su opinión, de este fallo podía deducirse que el Tribunal pretendió otorgar una clara prioridad a la aplicación del principio de territorialidad, aun cuando hubiera existido mala fe⁸⁸. Sin embargo, el TJUE hizo caso omiso de sus fundamentadas Conclusiones y optó por una solución más salomónica, afirmando que el Estado miembro de partida de la entrega intracomunitaria puede denegar la aplicación de la exención basándose en las competencias que le corresponden en virtud de la Sexta Directiva con el fin de asegurar la aplicación correcta y simple de las exenciones y de evitar todo fraude, evasión fiscal o abusos eventuales.

⁸⁵ 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).

⁸⁶ STJCE de 27 de septiembre de 2007, C-146/05, *Rec.* p. I-7861.

⁸⁷ Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, presentadas el 29 de junio de 2010.

⁸⁸ *Ibid.*, punto 102.

En el asunto *Ingrid Schmelz* el Tribunal tuvo que comprobar la compatibilidad con la libre prestación de servicios del régimen especial de las pequeñas empresas establecido en la Sexta Directiva sobre el IVA y en el artículo 283, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/112/CE⁸⁹, que permite a los Estados miembros conceder a las pequeñas empresas establecidas en su territorio una franquicia del IVA con pérdida del derecho a deducir, pero excluyen de esta posibilidad a las pequeñas empresas establecidas en otros Estados miembros. Según el TJUE, si bien dicho régimen constituye una restricción a la libre prestación de servicios, en esta fase de la evolución del régimen de este impuesto, tanto el objetivo consistente en garantizar la eficacia de la inspección tributaria con vistas a combatir el fraude, la evasión fiscal y los eventuales abusos como el objetivo del régimen especial de las pequeñas empresas para reforzar su competitividad justifican que la aplicación de la franquicia del impuesto se circunscriba a las actividades de las pequeñas empresas establecidas en el territorio del Estado miembro en el que se devengue dicho impuesto. En particular, el Estado miembro de acogida no está en condiciones de controlar eficazmente las actividades que desarrolla una empresa que no está establecida en su territorio, teniendo en cuenta que las normas sobre asistencia administrativa⁹⁰ no son idóneas para garantizar un intercambio útil de información en lo que atañe a las actividades de estas pequeñas empresas.

⁸⁹ Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (*DO* L 347, p. 1).

⁹⁰ Reglamento (CE) n.º 1798/2003 del Consejo, de 7 de octubre de 2003 (*DO* L 264, p. 1) y Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos (*DO* L 336, p. 15).

* *PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES*

PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES: EL TJUE CONFIRMA LA INCOMPATIBILIDAD DE UNA NORMATIVA QUE PROHÍBE DE FORMA GENERAL LAS VENTAS CON REGALOS Y PRECISA LOS DEBERES DE APRECIACIÓN DEL JUEZ NACIONAL

STJUE (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010,
Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, C-540/08

STJUE (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010,
VB Pénzügyi Lízing, C-137/08

En el asunto *Mediaprint Zeitungs* el juez nacional planteaba si la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores⁹¹ se oponía a una disposición nacional que prohíbe de forma general las ventas con prima. Se trata de una cuestión ya examinada por el TJUE⁹², aunque el aspecto innovador del presente asunto era si alteraba esta compatibilidad el hecho de que la normativa nacional no sólo tuviera por objeto proteger a los consumidores, sino también la preservación del pluralismo de los medios de comunicación o la protección de los competidores más débiles.

Y reiterando aquella jurisprudencia, el TJUE consideró que las campañas promocionales que supeditan la participación gratuita del consumidor en un concurso a la adquisición de bienes o la contratación de servicios se inscribían claramente en el marco de la estrategia comercial de un operador y tenían por objeto directo la promoción y el incremento de sus ventas, de lo que dedujo que constituyen prácticas comerciales en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva y, en consecuencia, estaban incluidas en su ámbito material. En opinión del Tribunal, esta conclusión no quedaba desvirtuada por el hecho de que la Comisión presentara en 2001

⁹¹ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales), (DO L 149, p. 22).

⁹² STJCE de 23 de abril de 2009, *VTB-VAB* y *Galatea*, C-261 y 299/07; STJCE de 14 de enero de 2010, *Plus*, C-304/08. Ambas remisiones prejudiciales planteaban al Tribunal la cuestión de la compatibilidad con la Directiva 2005/29 de prohibiciones de ofertas conjuntas establecidas por los Estados miembros.

una propuesta de Reglamento⁹³ sobre esta temática que después retiró en 2006, lo cual había sido alegado por el demandante en el asunto principal y por los Gobiernos austriaco y belga para excluir del ámbito material de la Directiva las prácticas de promoción de ventas. Seguidamente, el TJUE recordó que la Directiva llevaba a cabo una armonización completa de las normas relativas a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, por lo que, como prevé expresamente su artículo 4, los Estados miembros no podían adoptar medidas más restrictivas que las definidas en su articulado, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores. En su anexo I establece una lista exhaustiva de treinta y una prácticas comerciales que, con arreglo al artículo 5, apartado 5, se consideran desleales «en cualquier circunstancia». En consecuencia, se trata de las únicas prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9 de la Directiva. Por consiguiente, las prácticas que consisten en ofrecer a los consumidores primas vinculadas a la adquisición de productos o la contratación de servicios no pueden prohibirse en cualquier circunstancia, sino únicamente a raíz de un análisis específico que permita comprobar su carácter desleal. Sin embargo, la legislación austriaca prohíbe con carácter general cualquier operación comercial que vincule la oferta de primas a la adquisición de productos o a la contratación de servicios por lo que no puede considerarse conforme con la Directiva.

En el asunto *VB Pénzügyi Lízing* el juez nacional planteaba en el contexto del examen de una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva el papel que correspondía al TJUE a la hora de garantizar la aplicación uniforme en todos los Estados miembros del nivel de protección de los consumidores impuesta por la Directiva sobre cláusulas abusivas⁹⁴ y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de sus disposiciones. El TJUE afirmó que el artículo 267 TFUE debía interpretarse en el sentido de que la competencia del TJUE comprendía la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», a la que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y su anexo, incumbiendo al juez nacional pronunciarse, teniendo en cuenta dichos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual

⁹³ COM(2001) 546 final, propuesta que después modificó, COM(2002) 585 final.

⁹⁴ Directiva n.º 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DO L 95*, p. 29).

particular en función de las circunstancias propias del caso. Sobre si tiene la obligación de acordar de oficio la práctica de la prueba con el fin de determinar los elementos de hecho y de Derecho necesarios para apreciar la existencia de una cláusula de ese tipo, cuando, conforme al Derecho nacional las pruebas sólo pueden practicarse a instancia de parte, el TJUE afirmó que debía comprobar inicialmente si la cláusula estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, acordar incluso de oficio estas diligencias de prueba.

También planteaba el juez *a quo* si el Estatuto del Tribunal de Justicia se oponía a una disposición nacional que obliga al juez que inicie un procedimiento de remisión prejudicial a comunicar de forma simultánea esta remisión al Ministro de Justicia⁹⁵. Después de recordar los principios en los que se basa el mecanismo prejudicial, el TJUE afirmó que una obligación de estas características no podía considerarse una injerencia en el mecanismo de diálogo jurisdiccional establecido en el artículo 267 TFUE por cuanto se trata de una simple obligación de información sin que constituya un requisito para dicha remisión. Por consiguiente, no incide en la facultad de dichos órganos jurisdiccionales de interponer una petición de decisión prejudicial, ni menoscaba las prerrogativas que les confiere el artículo 267 TFUE. Asimismo, como estimó la Abogado General Trstenjak en sus Conclusiones⁹⁶ y el TJUE recoge con aceptación, no existían indicios de los que pudiera inferirse que esta obligación de información pudiera disuadir a los órganos de plantear al TJUE una petición de decisión prejudicial, ni podía apreciarse que un eventual incumplimiento de dicha obligación pudiera producir consecuencias jurídicas que interfirieran en el procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE.

⁹⁵ La cuestión se refería concretamente al artículo 23, párrafo primero, del Estatuto que dispone que la decisión del órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento y somete el asunto al Tribunal de Justicia será notificada a este último por dicho órgano jurisdiccional y que, a continuación, el Secretario del Tribunal de Justicia notificará tal decisión, entre otros y según corresponda, a las partes litigantes, a los Estados miembros y a la Comisión, y a otras instituciones, órganos u organismos de la Unión; la cual no contiene ninguna indicación acerca de otras medidas de información que pueda tomar el órgano jurisdiccional nacional al someter al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial.

⁹⁶ Conclusiones de la Abogado General Trstenjak, presentadas el 6 de julio de 2010, apdo. 74.

* *PROPIEDAD INTELECTUAL*

APLICAR UN CANON A LOS SOPORTES DE REPRODUCCIÓN ADQUIRIDOS POR EMPRESAS Y PROFESIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA COPIA PRIVADA NO ES CONFORME CON EL DERECHO DE LA UNIÓN

STJUE de 21 de octubre de 2010,
PADAWAN, C-540/08

La normativa española que adaptó el Derecho interno a la Directiva relativa a los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información⁹⁷ permite la reproducción de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente. En este marco, los fabricantes, importadores o distribuidores deben abonar a las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual una compensación única, determinada para cada medio de reproducción, bajo la forma de canon por copia privada con objeto de que los titulares de los derechos perciban una retribución adecuada por la utilización de sus obras o prestaciones protegidas. La Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) reclamó a la sociedad PADAWAN, comercializadora de CD-R, CD-RW, DVD-R y aparatos de MP3, este canon por copia privada por los soportes digitales comercializados entre 2002 y 2004. Al considerar que la aplicación del canon independientemente del uso privado, profesional o comercial a los que dichos soportes serían destinados era contraria a la Directiva, PADAWAN se opuso al pago. La Audiencia Provincial de Barcelona preguntó al TJUE los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar el importe y el sistema de percepción de la compensación equitativa.

En el fallo, el TJUE recuerda que esta compensación equitativa debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por el autor tras la reproducción no autorizada de su obra protegida, constituyendo este perjuicio el criterio básico para calcular su importe. Recuerda, además, que la Directiva obliga a mantener un justo equilibrio entre los titulares de los derechos y los usuarios de prestaciones protegidas. Por lo tanto, la persona que realiza tal reproducción para su uso privado es quien, en principio, debe reparar el perjuicio, financiando la compensación que se abonará al

⁹⁷ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (*DO L 167*, p. 10).

titular. No obstante, este perjuicio derivado de cada utilización privada puede resultar mínimo y no dar origen a una obligación de pago y, por otro lado, pueden presentarse dificultades prácticas para identificar los usuarios privados y obligarles a indemnizar a los titulares de los derechos. En estas circunstancias, los Estados miembros tienen la facultad de establecer un canon por copia privada que grave a las personas que disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital por constituir la premisa fáctica necesaria para que obtengan copias privadas, aunque nada les impide repercutirlo en el precio de los soportes de reproducción o del servicio de reproducción, de modo que los usuarios privados asuman la carga y se respetan los requisitos del justo equilibrio.

Seguidamente, el Tribunal declara que existe una necesaria vinculación entre la aplicación del canon por copia privada y la utilización para realizar reproducciones privadas. Por consiguiente, la aplicación indiscriminada del canon en relación con todo tipo de equipos y soportes de reproducción digital, incluido el supuesto de que éstos sean adquiridos para fines manifiestamente ajenos a la copia privada, no resulta conforme con la Directiva. En cambio, una vez que los equipos en cuestión se han puesto a disposición de particulares para fines privados, no es necesario verificar en modo alguno que éstas hayan realizado efectivamente copias privadas, ni que hayan causado efectivamente un perjuicio a los autores. Se presume legítimamente que dichas personas físicas se benefician íntegramente de tal puesta a disposición, es decir, se supone que explotan plenamente las funciones de que están dotados los equipos⁹⁸, incluida la de reproducción. Así pues, la mera capacidad de dichos equipos o aparatos para realizar copias basta para justificar la aplicación del canon por copia privada, siempre y cuando hayan sido puestos a disposición de particulares como usuarios privados.

⁹⁸ En este mismo sentido, STJUE de 7 de diciembre de 2006, *SGAE*, C-306/05.

7. DERECHO SOCIAL

ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y DISCRIMINACIONES POR RAZÓN DE LA EDAD

STJUE (Gran Sala) de 12 de octubre de 2010, *Andersen*, C-499/08
STJUE (Gran Sala) de 12 de octubre de 2010, *Rosenbladt*, C-45/09

La Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁹⁹ incluye la edad como motivo de discriminación que debe combatirse. Además, favorecer el empleo de los séniors y el envejecimiento activo constituye desde hace tiempo un objetivo político presente en la agenda de las prioridades de empleo de la Unión impulsado por consideraciones demográficas y económicas que la crisis económica no ha hecho sino poner aún más en evidencia. Y pese a estos factores que tratan de favorecer el empleo de los mayores, la Directiva 2000/78 no está exenta de ambigüedad puesto que su artículo 6 contempla varios factores que pueden justificar las diferencias de trato basadas en la edad. Además, la jurisprudencia del TJUE ha reconocido a este respecto un amplio margen de maniobra a los Estados miembros siempre que respeten un condicionado no demasiado exigente. De ahí el interés de los asuntos *Andersen* y *Rosenbladt* que daban la oportunidad a la Gran Sala del TJUE de precisar su jurisprudencia sobre discriminación por razón de la edad en lo relativo a las condiciones de despido de trabajadores de mayor edad¹⁰⁰.

En el primero de estos asuntos se cuestionaba una indemnización especial por despido que se otorga en el ordenamiento jurídico danés a los trabajadores que han estado al servicio de la misma empresa durante un mínimo de doce años. Dicha indemnización no se paga a aquellos que puedan beneficiarse en la fecha de su despido de una pensión de jubilación al amparo de un plan de pensiones profesional, incluso si el interesado tiene la intención de continuar trabajando. El Tribunal considera que esta normativa contiene una diferencia de trato directamente basada en la edad y a continuación examina su posible justificación. Sobre ello declara que esta

⁹⁹ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16).

¹⁰⁰ Sobre el tema puede verse además STJCE de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, *Rec.* p. I-8531.

indemnización tiene por objeto facilitar a los trabajadores con una antigüedad importante en una misma empresa la transición hacia un nuevo empleo. A continuación, afirma que esta limitación se basa en la premisa de que las personas que perciben una pensión de jubilación deciden, por regla general, abandonar el mercado laboral, garantizando que los trabajadores no acumulen la indemnización y una pensión de jubilación. De forma genérica considera que la protección de los trabajadores con una antigüedad importante en la empresa y la ayuda a su reinserción profesional que se persigue con la indemnización constituyen objetivos legítimos de política de empleo y del mercado de trabajo, medida justificada «objetiva y razonablemente», en el marco del Derecho nacional, tal como está previsto en la Directiva 2000/78. Por lo que respecta a su proporcionalidad a la vista de sus objetivos, el Tribunal considera que al excluir de la indemnización especial por despido a los trabajadores que van a percibir una pensión de jubilación de su empresario, dicha limitación no es manifiestamente inadecuada para alcanzar los objetivos antes citados. No obstante, estima que excede de lo que es necesario para alcanzar dichos objetivos por cuanto tiene el efecto de excluir de indemnización no sólo a todos los trabajadores que efectivamente van a percibir una pensión de jubilación de su empresario, sino también a todos aquellos que pueden percibir tal pensión, aunque pretendan continuar su carrera profesional.

En el asunto *Rosenbladt*, se cuestionaba la Ley alemana de igualdad de trato que prevé que las cláusulas de extinción automática de los contratos de trabajo por el hecho de haber alcanzado el trabajador la edad de jubilación pueden quedar exentas de la prohibición de discriminación por motivos de edad. Según la normativa alemana, la facultad de establecer tales cláusulas puede atribuirse a los interlocutores sociales y plasmarse en un convenio colectivo. El órgano jurisdiccional remitente pedía sustancialmente que se dilucidara si la extinción automática del contrato de trabajo al alcanzar el trabajador la edad normal de jubilación incurría en la prohibición de discriminación por motivos de edad prevista en la Directiva 2000/78. Constata el Tribunal, en primer lugar, que esta cláusula de extinción supone una diferencia de trato basada directamente en la edad, examinando a continuación su eventual justificación. A este respecto, considera que la medida en cuestión no establece un régimen imperativo de jubilación forzosa, sino un modo de extinción de las relaciones laborales vinculando la edad con el reconocimiento del derecho a una pensión de jubilación, al margen de los supuestos de dimisión o despido. En lo que atañe al objetivo de la

normativa controvertida, el Tribunal observa que el referido mecanismo descansa en un equilibrio entre consideraciones de índole política, económica, social, demográfica y/o presupuestaria y depende de que se opte entre prolongar la duración de la vida activa de los trabajadores o, por el contrario, prever la jubilación temprana de estos últimos. Asimismo, recuerda que las mencionadas cláusulas de extinción automática forman parte, desde hace mucho tiempo, del Derecho del trabajo de numerosos Estados miembros y están muy extendidas en las relaciones laborales. Así pues, al garantizar a los trabajadores cierta estabilidad en el empleo y, a largo plazo, la promesa de una fecha de jubilación previsible —ofreciendo al mismo tiempo a los empresarios cierta flexibilidad en la gestión de su personal—, estas cláusulas constituyen el reflejo de un equilibrio entre intereses divergentes pero legítimos, que se inscriben en un complejo contexto de relaciones laborales estrechamente vinculadas a las opciones políticas en materia de jubilación y de empleo. En opinión del TJUE, debe considerarse, en principio, que los objetivos así perseguidos justifican «objetiva y razonablemente» una diferencia de trato por motivos de edad.

Aunque los dispositivos previstos en los asuntos *Andersen* y *Rosenblatt* responden a objetivos diferentes, una lectura apresurada de ambos fallos dificulta encontrar la lógica subyacente en ellos. En efecto, en el primero el TJUE rechaza la potestad de un Estado miembro para restringir las oportunidades de encontrar un nuevo empleo para los trabajadores que han alcanzado la edad máxima de jubilación, mientras que admite en el segundo la cláusulas de ruptura automática de los contratos de trabajo para las personas que han alcanzado la edad de 65 años aunque deseen seguir trabajando, lo cual no hace sino confirmar lo controvertido de estos límites de edad en cuanto a su oportunidad, su legalidad y su utilidad económica¹⁰¹.

¹⁰¹ Sobre el tema pueden verse las críticas de BREDT, S.: «Compulsory Retirement as an Instrument to Strengthen Labour Market Opportunities for Young Employment Seekers? An Annotation to the European Court of Justice's Decision C-411/05 – Palacios de la Villa», *European Journal of Social Security*, 2008, pp. 190 y ss.; TEMMING, F.: «The Palacios Case: Turning Point in Age Discrimination Law?», *European Law Reporter*, 2007, pp. 382 y ss.

8. RELACIONES EXTERIORES

SANCIONES ANTITERRORISTAS: EL TRIBUNAL GENERAL DESPEJA LAS DUDAS SOBRE LA INTENSIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL Y MARCA CIERTAS DISTANCIAS CON EL FALLO DEL TJUE EN EL ASUNTO *KADI*STG de 30 de septiembre de 2010, *Kadi / Comisión* («Kadi II»), T-85/09STG de 7 de diciembre de 2010, *Sofiane Fahas / Consejo*, T-49/07STG de 9 de septiembre de 2010, *Stichting Al-Aqsa / Consejo*, T-348/07

No es tarea sencilla tratar de alcanzar un justo equilibrio entre el Derecho fundamental a un control jurisdiccional efectivo que debe poseer todo individuo cuyos fondos han sido congelados en virtud de una medida comunitaria y la necesidad de luchar contra el terrorismo internacional de conformidad con las decisiones vinculantes adoptadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Se trata de un tema cuyos postulados esenciales fueron sentados por el TJUE en el asunto *Kadi*¹⁰², que se enmarca en la ejecución de competencias regladas por la Unión en virtud de resoluciones del Consejo de Seguridad. Este fallo no sólo ha hecho correr ríos de tinta sino que parece enfrentar a las dos instancias de la jurisdicción de la Unión sobre una, al menos aparente, distinta concepción de la interrelación entre ordenamientos jurídicos. Recordemos que en primera instancia, el TG desestimó el recurso, declarando que de los principios que rigen la articulación de las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico comunitario se desprende que el Reglamento n.º 881/2002 en la medida en que se dirigía a aplicar una Resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta, que no deja ningún margen de apreciación, no podía ser objeto de control jurisdiccional en cuanto a su legalidad interna salvo en lo que se refiere a su compatibilidad con las normas de *ius cogens*, entendido como un orden internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna; por lo que esta norma disfrutaba, con esta salvedad, de inmunidad jurisdiccional¹⁰³.

¹⁰² 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.

¹⁰³ STPICE de 21 de septiembre de 2005, *Kadi/Consejo y Comisión*, T-315/01, *Rec.* p. II-3649.

A pesar de los artículos 25 y 103 de la Carta y de los artículos 347 y 351 TFUE, el TJUE anuló en casación este fallo y el Reglamento n.º 881/2002 en la medida en que afectaba al demandante. Y aunque señaló que los compromisos asumidos en el marco de Naciones Unidas se imponían cuando la Unión procedía a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta, estimó que el control de validez de todo acto comunitario desde el punto de vista de los Derechos fundamentales por parte del Tribunal debía considerarse la expresión en una Comunidad de Derecho de una garantía constitucional derivada del Tratado como sistema jurídico autónomo que no podía ser menoscabada por un acuerdo internacional, ni siquiera la propia Carta de Naciones Unidas. Declaró, asimismo, que la tesis del control restringido constituía un error de Derecho puesto que con arreglo a las competencias que les confiere el Tratado, los tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los Derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta¹⁰⁴.

¹⁰⁴ El Tribunal puso de relieve que la aplicación de las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta debía producirse conforme a la normativa aplicable al respecto en el ordenamiento jurídico interno de cada miembro de la ONU, 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. 298; que los principios que regulan el ordenamiento jurídico internacional creado por las Naciones Unidas no implican que resulte imposible proceder a un control jurisdiccional de la legalidad interna de un acto comunitario como el Reglamento impugnado desde el punto de vista de los Derechos fundamentales por el hecho de que dicho acto esté destinado a aplicar tal resolución (apdo. 299), que, por otra parte, dicha inmunidad de jurisdicción carece por completo de base en el Tratado (apdo. 300), que el control de la validez de todo acto comunitario desde el punto de vista de los Derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia debe considerarse la expresión, en una comunidad de Derecho, de una garantía constitucional derivada del Tratado como sistema jurídico autónomo y que no puede ser menoscabada por un «acuerdo internacional» (apdo. 316), y que, por consiguiente, «con arreglo a las competencias que les confiere el Tratado, los tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los Derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (...)», (apdo. 326).

Para ejecutar este fallo del TJUE, la Comisión remitió en octubre de 2008 un escrito al Sr. Kadi, informándole de los motivos indicados en el resumen facilitado por el Comité de Sanciones de la ONU a petición de la Unión, por lo que anunciaba su intención de adoptar un nuevo acto legislativo con el fin de mantener su nombre en la lista, instándole a que presentara observaciones sobre los motivos indicados. El Sr. Kadi solicitó a la Comisión que aportase pruebas que corroborasen las afirmaciones y aseveraciones que figuraban en el resumen de motivos y que se le diese la posibilidad de formular observaciones sobre dichas pruebas. Asimismo, intentó refutar mediante pruebas las alegaciones formuladas en el resumen de motivos, estimando que podía responder a estas acusaciones aunque fuesen de carácter general. En noviembre de 2008, la Comisión adoptó un nuevo Reglamento¹⁰⁵ que mantenía la congelación de sus fondos y, posteriormente, le respondió señalando que al transmitirle el resumen de motivos facilitado por el Comité de Sanciones e instarle a presentar observaciones había cumplido con el fallo del TJUE, considerando que dicha Sentencia no le obligaba a transmitirle las pruebas adicionales que había solicitado.

Este nuevo Reglamento es el que trata de anular el Sr. Kadi en el marco del presente asunto y que el TG procede a anular a través de un control intenso de la norma y sus motivaciones tras constatar que había sido adoptada violando sus derechos de defensa y constituía una restricción injustificada sobre su derecho de propiedad. Por consiguiente, el tribunal de instancia aplica plenamente los postulados del TJUE en el asunto *Kadi I*, aunque al mismo tiempo deja patente un aparente desacuerdo con algunos planteamientos doctrinales sentados en aquel fallo. En primer lugar, mediante la extraña afirmación, en virtud de la cual, el TG no se encuentra vinculado en virtud del artículo 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia por las cuestiones de Derecho dirimidas en aquel fallo¹⁰⁶, que más adelante parece rectificar cuando reconoce que fue dictado por la Gran Sala del TJUE con la intención manifiesta de dictar una Sentencia de principio. Y creemos que se trata de una afirmación cuanto menos extraña porque aunque formalmente esta ausencia de vinculación puede ser correcta, parece contener una concepción restrictiva de la autoridad de los fallos del TJUE

¹⁰⁵ Reglamento (CE) n.º 1190/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2008, por el que se modifica por centesimoprimera vez el Reglamento n.º 881/2002 (*DO L 322*, p. 25).

¹⁰⁶ STG de 30 de septiembre de 2010, *Kadi / Comisión* («Kadi II»), T-85/09, apdo. 112.

que contradice, además, la propia jurisprudencia del tribunal de instancia, que tradicionalmente hace converger sus fallos con las soluciones dictadas por el supremo intérprete de los tratados de la Unión al margen de las obligaciones dimanantes de la autoridad de cosa juzgada en sentido estricto, y en particular, en caso de ausencia de identidad de partes pero identidad de objeto del proceso¹⁰⁷.

En segundo lugar, el TG marca distancias con la plena autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión dictada por el TJUE, y el carácter *self-contained* que de ella parece desprenderse, señalando expresamente que comparte las dudas expresadas por la doctrina en relación con la dudosa plena conformidad de aquel fallo no sólo con los Tratados de la Unión, sino especialmente con el Derecho internacional, en concreto, con los artículos 25 y 103 de la Carta; que, además, ha dado lugar a fallos completamente contradictorios por otras jurisdicciones, que el TG no omite recordar citando de manera poco habitual algunos de esos fallos¹⁰⁸. Sobre ello señala que «[el] control jurisdiccional puede interferir con las prerrogativas del Consejo de Seguridad, en particular, por lo que atañe a la definición de lo que constituye una amenaza para la paz o la seguridad internacionales, a la constatación de la existencia de dicha amenaza y a la determinación de los medios para acabar con ella». O cuando más adelante afirma: «parece (...) que el Tribunal de Justicia ha interpretado el marco constitucional del Tratado (...) como un ordenamiento jurídico puramente autónomo, no subordinado a las normas superiores del Derecho internacional, en el caso de autos el Derecho emanado de la Carta (...)»¹⁰⁹. Y aunque no deja de

¹⁰⁷ Vid., por ejemplo, Auto TPICE de 8 de agosto de 2002, *VVG International*, T-155/02 R, *Rec. p. II-3239*; donde se pliega a los postulados de la STJCE de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores*, C-50/00 P, *Rec. p. I-6677*.

¹⁰⁸ Un enfoque más bien similar al adoptado por el TG siguieron la resolución del Tribunal federal de Lausanne (Suiza) de 14 de noviembre de 2007, en el asunto 1A.45/2007, *Youssef Mustapha Nada / Secrétariat d'État pour l'Économie*; y la Sentencia de la Cámara de los Lores del Reino Unido de 12 de diciembre de 2007, en el asunto *Al-Jedda / Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 58, que es actualmente objeto del asunto n.º 27021/08, *Al-Jedda / Reino Unido*, pendiente ante el TEDH.; otros han seguido más bien el enfoque del TJUE al considerar que el sistema de designación del Comité de Sanciones es incompatible con el derecho fundamental a un recurso jurisdiccional efectivo ante un tribunal independiente e imparcial, vid. en este sentido, la Sentencia del Tribunal Federal de Canadá de 4 de junio de 2009, *Abousfian Abdelrazik / The Minister of Foreign Affairs and the Attorney General of Canada*, [2009] FC 580.

¹⁰⁹ STG de 30 de septiembre de 2010, *Kadi / Comisión* («Kadi III»), T-85/09, apdos. 114 y 119.

reconocer la seriedad de estas críticas, considera pese a todo inapropiado poner en entredicho las cuestiones de Derecho ya zanjadas por el TJUE; máxime teniendo en cuenta su intención manifiesta de dictar un fallo de principio. Por tanto, si debe darse una respuesta a dichas críticas, corresponde hacerlo en opinión del TG al propio TJUE en el marco de futuros asuntos que se le planteen, algo que tendrá pronto la oportunidad de hacer en el marco de los recursos de casación que ya han sido presentados¹¹⁰.

Una vez apuntada esta diferente concepción de la interconexión entre los tratados comunitarios y la Carta, procede a aplicar un control pleno y riguroso de la legalidad del Reglamento, tal como se deduce del fallo del TJUE en el asunto *Kadi*, dejando de lado su doctrina sobre el control restringido por el hecho de que la norma controvertida aplicara resoluciones del Consejo de Seguridad¹¹¹. Sugiriendo posiblemente una doctrina de protección equivalente al estilo *Solange* o *Bosphorus*, el TG afirma que debe proceder así mientras resulte evidente que los procedimientos de revisión del Comité de Sanciones no ofrecen las garantías de una tutela judicial efectiva. Teniendo en cuenta que las medidas de que se trata afectan de forma notable y duradera a los Derechos fundamentales del demandante, este control, añade el TG, debe recaer indirectamente sobre las apreciaciones de fondo realizadas por el propio Comité de Sanciones y sobre los elementos de prueba en que se basan dichas apreciaciones. Este control completo le lleva a considerar que el derecho de defensa del Sr. Kadi sólo se respetó de forma puramente formal y aparente por cuanto la Comisión no tuvo debidamente en cuenta su opinión, impidiéndole expresar su punto de vista, además de no permitirle acceder, ni siquiera de forma restringida, a las pruebas utilizadas en su contra. El TG llama la atención sobre el hecho de que esta denegación fue realizada sin una previa ponderación de los intereses del demandante con la necesidad de proteger la confidencialidad de la información. Los escasos elementos de información y las vagas alegaciones que figuran en el resumen de motivos resultaban, según el TG, manifiestamente insuficientes para que hubiese podido refutar eficazmente sus acusaciones. Por otra parte, la Comisión tampoco hizo ningún esfuerzo para refutar los elementos probatorios aportados por el demandante en su descargo. Y tras realizar un análisis profundo de la jurisprudencia

¹¹⁰ Este fallo del TG ha sido objeto de varios recursos de casación por parte de la Comisión (C-584/10), del Consejo (C-593/10) y del Reino Unido (C-595/10).

¹¹¹ Doctrina que aplicó el TG en su Sentencia de 21 de septiembre de 2005, *Kadi / Consejo y Comisión*, T-315/01, *Rec. p. II-3649*.

del TEDH¹¹², considera justificados los motivos alegados por el demandante, deduciendo que el Reglamento impugnado había sido adoptado violando sus derechos de defensa, sin que la posibilidad que tiene el demandante de ser oído por el Comité de Sanciones con vistas a obtener su exclusión de la lista permitiera subsanar esta violación; y al no haberle permitido acceder a los elementos de prueba violando también su derecho a un recurso jurisdiccional efectivo. Por último, el TG señala que habida cuenta del alcance

¹¹² En particular, el fallo del TEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros / Reino Unido*, (aún no publicado), en el que recordó que cuando a una persona se le priva de la libertad porque existen motivos razonables para sospechar que ha cometido una infracción, la equidad del proceso garantizada por el artículo 5, apartado 4, CEDH exige que a esa persona se le dé la posibilidad de cuestionar oportunamente las alegaciones hechas contra ella, lo cual generalmente supone la transmisión de todos los elementos que hay en su contra. Asimismo, el TEDH recordó las restricciones que pueden aplicarse al derecho a la transmisión de todas las pruebas pertinentes, cuando exista un interés público importante que aconseje la confidencialidad, como por ejemplo la protección de testigos vulnerables o de las fuentes de información, siempre y cuando el detenido conserve la posibilidad de cuestionar oportunamente las alegaciones. A continuación, procedió a realizar una apreciación caso por caso del carácter suficiente o no, a la hora de ejercitar el derecho de defensa, de la información y de los elementos de prueba transmitidos a los demandantes y concluyó que existía una violación del artículo 5, apartado 4, del CEDH cuando los elementos no confidenciales habían sido exclusivamente afirmaciones generales y cuando el tribunal nacional se había basado únicamente o de un modo determinante en documentos secretos. Así, en un caso en el que las acusaciones no confidenciales dirigidas contra determinados demandantes habían contenido alegaciones precisas con respecto, por ejemplo, a la compra de equipos de telecomunicación claramente identificados, a la posesión de algún determinado documento relativo a supuestos terroristas designados por su nombre y a encuentros con tales supuestos terroristas en lugares y fechas determinados, el TEDH estimó que las alegaciones en cuestión eran suficientemente detalladas como para permitir a los interesados ponerlas oportunamente en entredicho. En cambio, en un caso en el que esencialmente se había reprochado a determinados demandantes haber recaudado fondos destinados a organizaciones terroristas vinculadas con Al-Qaida, y en el que de la información no confidencial que les atañía se desprendería que por una cuenta bancaria habían circulado importantes cantidades de dinero y que se habían llevado a cabo estafas con el fin de recaudar fondos, pero en el que los elementos que debían demostrar el vínculo entre el dinero recibido y el terrorismo no se habían puesto en conocimiento de los demandantes, el TEDH estimó que no habían tenido la posibilidad de poner realmente en entredicho las imputaciones que se les hacían. Asimismo, en un caso en el que las acusaciones no confidenciales que recaían sobre determinados demandantes, basadas principalmente en la supuesta pertenencia de los interesados a organizaciones islamistas radicales vinculadas con Al-Qaida, tenían un carácter muy general y en el que los elementos utilizados contra ellos figuraban, esencialmente, en documentos secretos, el TEDH estimó que los interesados no habían tenido la posibilidad de poner oportunamente en entredicho las alegaciones formuladas contra ellos.

general y de la persistencia de las medidas de congelación de fondos, el Reglamento también constituye una restricción injustificada de su derecho de propiedad.

Del fallo es interesante extraer la intensidad del control jurisdiccional ejercido por el TG. Según la Comisión y los Gobiernos coadyuvantes, en relación con actos comunitarios de aplicación de sanciones decididas por el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad el Tribunal debía limitarse a verificar el respeto de las garantías procesales por parte de la autoridad comunitaria afectada, sin que en opinión de estos intervinientes el TJUE se hubiese pronunciado acerca del alcance del control jurisdiccional de los motivos en los que se basa la medida comunitaria de ejecución. Por su parte, el Consejo defendía también este control restringido invitando al TG a adoptar el mismo enfoque que cuando las instituciones comunitarias llevan a cabo apreciaciones relativas a objetivos complejos y definidos con amplitud, escenario en el que las instituciones suelen gozar de una amplia facultad discrecional y sus decisiones únicamente se anulan si incurren en un error manifiesto de apreciación o si adolecen de desviación de poder. Estas alegaciones invitaban al TG a determinar el nivel de control que debía desarrollar, concediendo una atención especial al contexto internacional en el que el Reglamento impugnado había sido adoptado y conciliando, por una parte, las preocupaciones legítimas de seguridad en cuanto a la naturaleza y a las fuentes de información tenidas en cuenta para adoptar este acto y, por otra, la necesidad de permitir que el justiciable disfrute en grado suficiente de la protección que ofrecen las normas de procedimiento. Y sobre ello el tribunal de instancia estimó que el control ejercido por el juez comunitario sobre las medidas comunitarias de congelación de fondos únicamente puede considerarse efectivo si recae, indirectamente, sobre las apreciaciones de fondo realizadas por el propio Comité de Sanciones, así como sobre los elementos en que se basan dichas apreciaciones¹¹³. En su opinión, así debía deducirse de la doctrina *Kadi*, en la que el TJUE hizo recaer su control jurisdiccional, «en principio completo», no sólo sobre la aparente correcta fundamentación del acto impugnado, sino también sobre los elementos de prueba y de información en los que se basaban las apreciaciones realizadas en aquel acto¹¹⁴. Al mismo tiempo, esta forma de pro-

¹¹³ STG de 30 de septiembre de 2010, *Kadi / Comisión* («Kadi II»), T-85/09, apdo. 129.

¹¹⁴ *Ibid.*, apdo. 135, apoyándose en 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, apdos. 342-344; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal / Reino Unido*, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-V, § 131.

ceder también supone alinear el control de este tipo de sanciones con su propia jurisprudencia sobre control de la ejecución por la Unión de competencias discrecionales sobre la base de resoluciones del Consejo de Seguridad, en particular, con el fallo recaído en el asunto *OMPI* en el que señaló que tanto la motivación de una decisión inicial de congelación de fondos como la de las decisiones subsiguientes no sólo deben referirse a los requisitos legales de aplicación del Reglamento de base, en particular, la existencia de una decisión nacional adoptada por una autoridad competente, sino también a las razones específicas y concretas por las que la Unión consideró, en el ejercicio de su facultad discrecional de apreciación, que el interesado debía ser objeto de una medida de congelación de fondos¹¹⁵.

Después de desentrañar la intensidad del control que convenía ejercer sobre estas sanciones, el TG añadió que en el examen de la legalidad convenía tener en cuenta la dimensión temporal¹¹⁶. Se trata de una cuestión importante porque aunque la Comisión y el Consejo reiteraron varias veces que se trataba de medidas preventivas, lo cierto es que la imposición de estas medidas es particularmente opresiva para sus destinatarios. No olvidemos que desde hace ya aproximadamente diez años el demandante está sometido a un régimen que congela indefinidamente la totalidad de sus fondos y activos, de los que no puede disponer sin obtener previa autorización del Comité de Sanciones. Como se recordará, el TJUE ya señaló sobre este particular que la restricción al ejercicio del derecho de propiedad del demandante que suponía la congelación de sus fondos debía calificarse de considerable, habida cuenta de su alcance general y del hecho de que se le venía aplicando desde el 20 de octubre de 2001¹¹⁷. Y aunque el

¹¹⁵ STG de 12 de diciembre de 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran / Consejo*, T-228/02, *Rec.* p. II-4665, apdos. 143-146 y 151. Sobre este fallo puede verse, entre otros, CORTÉS MARTÍN, J. M.: «La lucha contra el terrorismo ante la reforma de los Tratados aprobada en Lisboa», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.): *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, pp. 469-498; ECKES, C.: «Court of Justice: Case T-228/02, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran v. Council and UK (OMPI)», *CMLRev.*, vol. 44-2004, n.º 4, pp. 1117-1129.

¹¹⁶ STG *Kadi II cit.*, apdo. 148.

¹¹⁷ STJUE *Kadi I cit.*, apdo. 358. De la misma forma en la Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 27 de enero de 2010, Her Majesty's Treasury (Respondent) / Mohammed Jabar Ahmed and Others (Appellants), Her Majesty's Treasury (Respondent) / Mohammed al-Ghabra (Appellant) and R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) / Her Majesty's Treasury (Appellant), [2010] UKSC 2, apdos. 60 y 192; también se consideró que no era exagerado afirmar que las personas de este modo

TG consideró que la discusión de esta cuestión excedía los límites de este litigio, tal como quedaba definido en los motivos articulados en la demanda, estimó que el principio de un control jurisdiccional completo y riguroso resultaba especialmente justificado teniendo en cuenta que las medidas restrictivas afectan de manera notable y duradera los Derechos fundamentales del interesado¹¹⁸.

En materia de intensidad del control ejercido sobre estas sanciones es interesante reseñar también el asunto *Sofiane Fahas*¹¹⁹, que a diferencia del anterior se enmarca en la ejecución por la Unión de competencias discrecionales sobre la base de resoluciones del Consejo de Seguridad¹²⁰. Esta vez el TG impone la solución inversa constatando que el Consejo había respetado de forma escrupulosa la obligación de comunicar al demandante los motivos de su mantenimiento en la lista controvertida, permitiéndole formular observaciones. En cuanto a la obligación de motivación *stricto sensu*, el TG la considera igualmente observada en relación con las informaciones relativas al procedimiento jurisdiccional en curso ante una jurisdicción italiana sobre las actividades terroristas imputadas al demandante. Son igualmente considerados infundados los motivos relativos al respeto de la presunción de inocencia, la violación del derecho de tutela judicial efectiva, la vulneración del derecho a un juez imparcial y el respecto del derecho a un juicio justo, así como los motivos sobre error de apreciación y desviación de poder.

Finalmente, en materia de control de la legalidad de las sanciones dirigidas a luchar contra la financiación internacional del terrorismo debe mencionarse el asunto *Stichting Al-Aqsa*, en el que el TG anula los actos del Consejo que ordenaban la congelación de fondos de la entidad demandante al haberse derogado la decisión nacional que le servía de fundamento. El 3 de abril de 2003, el Ministro de Asuntos Exteriores neerlandés adoptó una resolución sancionadora en materia de terrorismo (*Sanctieregeling terrorisme 2003*), que ordenaba la congelación de los fondos y activos económicos de la *Stichting Al-Aqsa*, una fundación de Derecho neerlandés que se

designadas son de hecho «prisioneras» de las autoridades estatales debido a que su libertad de movimiento se ve seriamente restringida por no tener acceso a sus fondos y a los efectos que la congelación de fondos tenía sobre ellas mismas y sobre su familia, que podía llegar a ser devastadores.

¹¹⁸ STG *Kadi II cit.*, apdo. 151.

¹¹⁹ STG de 7 de diciembre de 2010, *Sofiane Fahas / Consejo*, T-49/07.

¹²⁰ Vid., entre otras muchas, STG de 12 de diciembre de 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Consejo*, T-228/02, *Rec.* p. II-4665.

define como una institución de ayuda social islámica que presta apoyo financiero a diferentes organizaciones en Israel, Cisjordania y la franja de Gaza para hacer frente a situaciones de emergencia humanitaria. Esta resolución consideraba que las transferencias de fondos realizadas por esta fundación se destinaban a organizaciones que apoyaban el terrorismo en Oriente Medio, en particular Hamás. Stichting Al-Aqsa intentó suspender la aplicación de esta norma, aunque su recurso de medidas provisionales fue desestimado. Poco después el Consejo actualizó la lista incluyendo en la misma a dicha entidad a pesar de que la resolución neerlandesa había sido derogada. La Decisión comunitaria fue anulada por el TG en 2007¹²¹, por lo que el Consejo procedió a adoptar una nueva Decisión en la que figuraba Al-Aqsa¹²², aunque corrigiendo su dinámica anterior, esta vez puso en su conocimiento una exposición de los motivos que justificaban su inclusión. En relación con la demandante en este asunto, el Consejo invocó la norma nacional a pesar de encontrarse derogada y la resolución jurisdiccional denegando su suspensión provisional en tanto decisión adoptada por una autoridad nacional competente. En el marco del recurso contra esta nueva Decisión del Consejo, el TG admite que la resolución de medidas provisionales, considerada conjuntamente con la *Sanctieregeling*, constituye una decisión de una autoridad nacional competente que puede, en principio, justificar la adopción de una medida comunitaria de congelación de fondos. No obstante, añade que comprobar la existencia de esta decisión nacional y su seguimiento es indispensable para mantener esta medida. Ahora bien, tras la derogación de la *Sanctieregeling*, ni ésta ni la resolución de medidas provisionales, cuyos efectos jurídicos dependen de la existencia de aquella, pueden servir de fundamento a la congelación de los fondos, poniendo de relieve que el Consejo debería haber apreciado que el Derecho nacional ya no ofrecía una fundamentación que justificara jurídicamente de manera suficiente el mantenimiento de la medida comunitaria. Por consiguiente, anula respecto a Al Aqsa las medidas impugnadas, añadiendo que el Consejo tiene la obligación de eliminar los mismos vicios o ilegalidades de todas las medidas sucesivas si las decisiones nacionales que les sirven de fundamento han sido derogadas o sustituidas, incumpliendo en caso con-

¹²¹ STG de 11 de julio de 2007, *Al-Aqsa / Consejo*, T-327/03, *Rec.* p. II-79.

¹²² Decisión 2007/445/CE del Consejo, de 28 de junio de 2007, por la que se aplica el artículo 2, apdo. 3, del Reglamento (CE) n.º 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se derogan las Decisiones 2006/379/CE y 2006/1008/CE (*DO L* 169, p. 58).

trario la obligación que imponen los Tratados de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de una Sentencia de un juez de la Unión¹²³.

9. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

EL MERO HECHO DE HABER PERTENECIDO A UNA ORGANIZACIÓN TERRORISTA NO EXCLUYE AUTOMÁTICAMENTE A UNA PERSONA DEL ESTATUTO DE REFUGIADO

STJUE (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010,
B y D, C-57/09 y C-101/09

El Tribunal precisó en este fallo las modalidades de aplicación de la causas de exclusión del estatuto de refugiado previstas en la Directiva 2004/83/CE que establece normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional¹²⁴. En virtud de su artículo 12, apartado 2, letra b) y c), los nacionales de terceros países o los apátridas quedarán excluidos de ser refugiados en caso de que existan motivos fundados para considerar que han cometido un grave delito común o son culpables de actos contrarios a las finalidades y principios de Naciones Unidas. Estas cláusulas de exclusión desempeñan un papel fundamental en la preservación de la credibilidad del sistema creado por el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en la prevención de posibles abusos, tratando de evitar, por una parte, que quienes cometen delitos graves o crímenes no políticos puedan sustraerse a la justicia invocando el Derecho de los refugiados y, por otra, que se reconozca el estatuto de refugiado a quienes, debido a su conducta, no sean «dignos» de protección internacional, con independencia de que hayan dejado de ser socialmente peligrosos. No debe olvidarse, asimismo, que el derecho a buscar asilo frente a las persecuciones está reconocido como un

¹²³ En este mismo ámbito puede verse la STG de 29 de septiembre de 2010, *Al-Faqih y otros/Consejo*, T-135 a 138/06, que supone una mera aplicación de la jurisprudencia *Kadi* del TJUE, procediendo el TG a anular el Reglamento en lo que afecta a los demandantes en este asunto, aunque sin diferir los efectos temporales del fallo.

¹²⁴ Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (*DO L 304*, p. 12).

derecho fundamental de la Unión y que la Carta lo incluye en el capítulo relativo a las libertades, además de la importancia fundamental de la protección contra la devolución.

Ambos asuntos afectaban a nacionales turcos de origen kurdo que habían pertenecido a organizaciones terroristas inscritas en posiciones comunes del Consejo, que impugnaban las resoluciones de denegación y de revocación del reconocimiento del derecho de asilo (asunto *B*) y del estatuto de refugiado (asunto *D*). Con carácter preliminar se planteaba una cuestión de cierta complejidad en relación con la admisibilidad de las prejudiciales en la medida en que los hechos de los asuntos principales no entraban en el ámbito de aplicación temporal de la Directiva, aunque el Derecho alemán anterior a esta norma se remitía al contenido de las disposiciones del Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, al igual que lo hace la Directiva. Lejos de considerarla una situación puramente interna, el TJUE estima que existe en estas circunstancias un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones tomadas de dicho Convenio por el Derecho nacional y el Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualquiera que sean las condiciones en que deban aplicarse¹²⁵, admitiendo por consiguiente responder a las cuestiones planteadas.

La primera de ellas solicitaba al TJUE la interpretación de los conceptos de grave delito común y actos contrarios a las finalidades y principios de Naciones Unidas cuando una persona ha pertenecido a una organización incluida en la lista del Consejo¹²⁶ y apoyado activamente y desde una posición destacada la lucha armada llevada a cabo por dicha organización. El TJUE estima, en primer lugar, que aun cuando se cometan con un objetivo supuestamente político, los actos de naturaleza terrorista, caracterizados por su violencia contra la población civil, deben ser considerados graves delitos comunes en el sentido del citado apartado b) del artículo 12, apartado 2 de la Directiva y son, en principio, contrarios a los fines y principios de Naciones Unidas con independencia de la participación de un Estado. Nada señala, en cambio, acerca de la delicada distinción entre una infrac-

¹²⁵ En el mismo sentido, STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, C-175 a 179/08, apdo. 48.

¹²⁶ Se trataba, en particular, de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (*DO* L 344, p. 93), adoptada el 27 de diciembre de 2001 con el fin de aplicar la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad.

ción de naturaleza política y una de derecho común, en contraste con las motivadas Conclusiones del Abogado General Mengozzi sobre esta cuestión¹²⁷.

En cuanto al grado de implicación del interesado, el TJUE estima que tanto la Directiva como el Convenio de Ginebra solo permiten excluir a una persona del estatuto de refugiado cuando hay «motivos fundados» para considerar que «[ha] cometido» un grave delito común fuera del país de refugio antes de ser admitido como refugiado o «se [ha] hecho [culpable]» de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas», de lo que deduce que la autoridad competente del Estado miembro de que se trate únicamente puede aplicar las excepciones tras haber procedido a una evaluación individual de los hechos concretos con el fin de determinar si existen motivos fundados para pensar que los actos cometidos por el interesado están comprendidos en uno de los dos casos de exclusión. Por consiguiente, el mero hecho de que la persona haya pertenecido a esa organización no puede llevar aparejada su exclusión automática del estatuto de refugiado, lo que quiere decir que los actos intencionales de participación en las actividades de un grupo terrorista, definido en el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo¹²⁸, que los Estados miembros están obligados a tipificar como delitos, no puede desencadenar la aplicación automática de las cláusulas de exclusión de la Directiva, que exigen un examen completo de todas las circunstancias específicas de cada caso concreto, poniendo, además de relieve el TJUE el distinto contexto en que se adoptaron ambas normas, ésta última de carácter esencialmente humanitario.

En relación con el nivel de prueba exigible, el TJUE considera que para aplicar las cláusulas de exclusión de la Directiva es necesario poder imputar a la persona interesada una parte de responsabilidad por los actos cometidos por la organización durante el período en que era miembro. Esta imputación individual debe apreciarse a la luz de criterios concretos como el papel que desempeñó efectivamente en la perpetración de los actos, su grado de conocimiento que se suponía que tenía de estas actividades, las posibles presiones a las que pudo verse sometido u otros factores que pudieron influir en su comportamiento y su posición en el seno de la organización como era, en particular, el caso de D. El TJUE acepta que ocupar

¹²⁷ Vid. Conclusiones del Abogado General Mengozzi, presentadas el 1 de junio de 2010, apdos. 54 y ss.

¹²⁸ Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (*DO L* 164, p. 3).

una posición preeminente en una organización que emplea métodos terroristas puede constituir una presunción de responsabilidad individual por los actos cometidos por esa organización, aunque sólo de naturaleza *iuris tantum*, que puede ser revertida en virtud del conjunto de circunstancias pertinentes.

La segunda cuestión planteaba si la exclusión del estatuto de refugiado presupone que la persona interesada sigue representando un peligro para el Estado miembro de acogida. Sobre este particular el TJUE recuerda que las cláusulas de exclusión tanto del Convenio de Ginebra como de la Directiva fueron instituidas con el fin de excluir del estatuto de refugiado a las personas consideradas indignas de la protección y de evitar que la concesión de dicho estatuto permita a los autores de delitos graves eludir la responsabilidad penal. De ello deduce que no es acorde con ese doble objetivo subordinar la exclusión de dicho estatuto a la existencia de un peligro actual para el Estado miembro de acogida. Ni tampoco es necesario, estima el Tribunal en respuesta a la tercera cuestión, que se realice un examen de proporcionalidad antes de excluir una persona del estatuto de refugiado, examen propio de una cuestión distinta como es la de determinar si esa persona puede ser expulsada a su país de origen.

Finalmente, la última cuestión examinada era la que quizás revestía mayor interés al plantear si un Estado miembro podía reconocer el derecho de asilo en virtud de su Derecho constitucional sobre una base discrecional y por compasión o motivos humanitarios a una persona excluida del estatuto de refugiado con arreglo a la Directiva, algo que admite el TJUE siempre que ello no suponga un riesgo de confusión entre esa otra clase de protección y el estatuto de refugiado en el sentido de la Directiva.

EUROORDEN Y PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*: LA NOCIÓN DE «MISMOS HECHOS» QUE JUSTIFICA LA NO EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE ARRESTO CONSTITUYE UNA NOCIÓN AUTÓNOMA DE DERECHO EUROPEO

STJUE (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2010,
Mantello, C-261/09

Importante cuestión prejudicial la planteada en este asunto por el Oberlandesgericht Stuttgart (Alemania), que contribuye por su efecto unificador a profundizar en la creación de un espacio penal europeo. Estaba relacionada con el principio *Non bis in idem* y la noción de «mismos hechos»

que justifica la no ejecución de una orden de arresto. Como es sabido, la Decisión marco sobre la orden de detención europea¹²⁹ enumera de forma exhaustiva los motivos que pueden oponerse a la ejecución de una orden de detención, planteando por primera vez este procedimiento prejudicial el alcance del motivo señalado en su artículo 3, punto 2, en virtud del cual una orden no debe ejecutarse cuando la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos, siempre que la sanción haya sido ejecutada, esté siéndolo o ya no pueda serlo. El juez *a quo* planteaba al TJUE si este concepto de «mismos hechos» debía entenderse referido al Derecho del Estado miembro emisor de la Euroorden o al de ejecución, o si, por el contrario, debía interpretarse de forma autónoma. La importancia de estas cuestiones era de tal envergadura que diez Estados miembros intervinieron en el procedimiento, justificando también su tramitación por la Gran Sala del TJUE.

El procedimiento se inició con la orden de detención europea emitida por las autoridades judiciales italianas contra un nacional italiano residente en Alemania, al que acusaban de tráfico de cocaína entre Alemania e Italia durante un período de varios meses entre 2004 y 2005 en el marco de una banda organizada. El órgano jurisdiccional alemán preguntaba por la posible aplicación del artículo 3, punto 2, de la Decisión marco en el presente asunto, teniendo en cuenta, de un lado, que esta persona ya fue condenada por un Tribunal italiano por posesión ilegal de cocaína y, de otro, que los investigadores italianos ya disponían en el momento de aquella condena de información suficiente para procesarla por la actividad de tráfico mencionada en la orden de detención europea, aunque se abstuvieron de hacerlo para no comprometer el buen desarrollo de su investigación sobre dicho tráfico.

El Oberlandesgericht Stuttgart partía de la premisa de que el artículo 3, punto 2, de la Decisión marco era también aplicable cuando los hechos contemplados en la orden de detención europea ya habían sido objeto de Sentencia firme en el Estado miembro que emitió dicha orden. Por el contrario, esta premisa fue muy discutida por la mayor parte de los Estados miembros intervinientes, para los cuales resultaba contrario al principio de reconocimiento mutuo que fundamenta el sistema de la orden de detención europea. Para dichos Estados miembros, el motivo de no ejecución de que se trata sólo debía aplicarse cuando los hechos contemplados por la euro-

¹²⁹ Decisión marco, 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).

orden hubieran sido objeto de Sentencia firme en un Estado miembro distinto del Estado miembro emisor.

El TJUE comienza señalando que esta noción no podía dejarse a la apreciación de las autoridades judiciales nacionales, sino que debía ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión. A continuación, estima que esta misma noción aparece recogida en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen¹³⁰, ámbito en el que ha sido interpretada refiriéndose exclusivamente a la identidad de hechos materiales, entendidos como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido¹³¹. Y el TJUE considera plausible aplicar esta misma interpretación a la Decisión marco, al compartir ambas normas el objetivo de evitar que una persona se vea perseguida de nuevo o juzgada en vía penal por los mismos hechos. Por consiguiente, cuando se pone en conocimiento de la autoridad judicial de ejecución que en un Estado miembro ya existe una Sentencia firme por los «mismos hechos» que los mencionados en la euroorden, dicha autoridad debe denegar su ejecución siempre que en caso de condena la sanción haya sido ejecutada, esté siéndolo o ya no pueda serlo en virtud del Derecho del Estado miembro de condena.

Previendo que el TJUE acogiera semejante interpretación, el mismo juez *a quo* ya había expresado su sospecha de que los hechos en el asunto principal eran distintos: a saber, la Sentencia firme del Tribunal italiano de 2005 juzgaba la posesión de droga y la orden de detención trataba de condenarle por su participación en una organización delictiva como vendedor, intermediario y suministrador. Con todo, albergaba dudas sobre si en

¹³⁰ Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (*DO* 2000, L 239, p. 19), firmado en Schengen (Luxemburgo) el 19 de junio de 1990, reformado y ampliado en varias ocasiones.

¹³¹ Vid. STJCE de 9 de marzo de 2006, *Van Esbroeck*, C-436/04, *Rec.* p. I-2333, apdos. 27, 32 y 36; STJCE de 28 de septiembre de 2006, *Van Straaten*, C-150/05, *Rec.* p. I-9327, apdos. 41, 47-48. De forma curiosa, el TEDH adoptó en el asunto *Sergey Zolotukhin / Rusia*, STEDH (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009, demanda n.º 14939/03; el criterio de que el principio *non bis in idem* prohibía la persecución o el enjuiciamiento de una segunda «infracción» en la medida que derivaba de hechos sustancialmente idénticos, inspirándose claramente en la jurisprudencia del TJUE sobre el Convenio de Schengen, principalmente la doctrina dimanante del asunto C-436/04, *Leopold Henri Van Esbroeck*, lo cual parece representar un ejemplo de influencia inversa de la jurisprudencia del TJUE sobre el TEDH.

la medida en que al dictarse la Sentencia de 2005 los investigadores italianos ya disponían de pruebas de participación en la organización delictiva, podría considerarse que esa resolución no sólo era una Sentencia firme de condena por posesión ilegal de drogas, sino que también impedía otras diligencias posteriores por acusaciones como las contenidas en la orden de detención. De ello el TJUE deduce que lo que realmente plantea el juez *a quo* es el concepto de Sentencia firme y sobre este particular señala que una persona buscada ha sido juzgada en Sentencia firme por los mismos hechos cuando a resultas de un procedimiento penal la acción pública se extingue definitivamente¹³² o, incluso, cuando las autoridades judiciales de un Estado miembro adoptan una resolución que la absuelve definitivamente de los hechos imputados¹³³; definiéndose el carácter «definitivo» [firme] de una Sentencia con arreglo al Derecho del Estado miembro donde aquella se dictó. Por consiguiente, corresponde a la autoridad judicial de ese Estado miembro facilitar información jurídica sobre la naturaleza exacta de dicha resolución, con objeto de determinar si la misma extingue definitivamente la acción pública en virtud de ese Derecho nacional.

Destacar, finalmente, el notable impacto de este fallo sobre los ordenamientos penales nacionales, aunque no hubiesen estado de más algunas precisiones sobre el alcance del principio *non bis in idem* como Derecho fundamental reconocido por los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros y consagrado en el artículo 50 de la Carta, que proscribía la doble condena tanto por los órganos jurisdiccionales del mismo Estado miembro como por los de Estados miembros distintos, siempre que la situación se rija por el Derecho de la Unión, cuyo contenido preciso es de difícil delimitación, pudiendo variar de forma importante entre los Estados miembros¹³⁴.

¹³² Vid., por analogía, STJCE de 11 de febrero de 2003, *Gözütok y Brügge*, C-187/01 y C-385/01, *Rec. p. I-1345*, apdo. 30; STJCE de 22 de diciembre de 2008, *Turanský*, C-491/07, *Rec. p. I-11039*, apdo. 32.

¹³³ Vid., por analogía, STJCE de 28 de septiembre de 2006, *Van Straaten*, C-150/05, *Rec. p. I-9327*, apdo. 61; STJCE de 22 de diciembre de 2008, *Turanský*, C-491/07, *Rec. p. I-11039*, apdo. 33.

¹³⁴ Vid., entre otros, WEYEMBERGH, A.: «Le principe non bis in idem: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?», *CDE*, 2004, n.º 3-4, pp. 337 y ss., así como las Conclusiones presentadas en este asunto por el Abogado General Bot el 7 de septiembre de 2010.

EL TJUE PRECISA LAS REGLAS DE COMPETENCIA JUDICIAL APLICABLES A LAS OFERTAS PROPUESTAS EN INTERNET

STJUE (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010,
Pammer y Hotel Alpenhof, C-585/08 y C-144/09

¿Puede un consumidor beneficiarse de las reglas protectoras en materia de competencia internacional previstas el artículo 15 del Reglamento n.º 44/2001 («Bruselas I»)¹³⁵ cuando ha utilizado Internet para concluir un contrato con un comerciante establecido en otro Estado miembro? Ésta era fundamentalmente la cuestión planteada en estos dos asuntos acumulados, dando la oportunidad al TJUE de interpretar el concepto de «actividad dirigida» al Estado miembro del domicilio del consumidor, tal y como se contempla en esta disposición. En caso afirmativo, la acción entablada por un consumidor podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el vendedor o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor, mientras que la acción entablada contra el consumidor sólo puede interponerse ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio.

Este concepto de «actividad dirigida» no se define en el Reglamento¹³⁶. A fin de precisar esta cuestión, el Tribunal establece una definición general autónoma en el contexto del comercio electrónico y facilita, después, una lista no exhaustiva de los indicios que permiten considerar que la actividad del vendedor está dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor. En primer lugar, afirma que un vendedor dirige su actividad vía Internet al Estado miembro del consumidor si antes de la celebración del contrato, de la páginas web y de la actividad global del vendedor puede desprenderse que este último tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otros Estados miembros, entre ellos, el del consumidor,

¹³⁵ Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (*DO* 2001, L 12, p. 1).

¹³⁶ Únicamente una declaración conjunta de la Comisión y del Consejo relativa a este artículo precisa que «el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, [es necesario que] dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere, sin que sean indicios suficientes factores como la lengua o la divisa utilizadas».

en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato. En segundo lugar, enuncia con carácter no exhaustivo los indicios que el juez nacional debe comprobar, que constituyen expresiones manifiestas de la voluntad del vendedor de atraer a los consumidores establecidos en otros Estados miembros, a saber, el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor, la utilización de una lengua o de una divisa distintas de las habitualmente empleadas en su Estado miembro, con la posibilidad de reservar y de confirmar la reserva en esa otra lengua, la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros. Por último, el Tribunal confirma el carácter insuficiente de algunos factores como pueden ser la accesibilidad al sitio Internet del vendedor en el Estado miembro del consumidor, la mención de una dirección electrónica o, incluso, la utilización de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro del vendedor¹³⁷.

10. ESPAÑA ANTE LA JURISDICCION DE LA UNIÓN

En la Sentencia de 18 de noviembre, *España / Comisión* (C-48/10), el TJUE consideró que nuestro país había incumplido las obligaciones dimanantes del artículo 5, apartado 1, de la Directiva relativa a la prevención y

¹³⁷ Por otra parte, en el asunto *Pammer*, el Tribunal estableció que un viaje en carguero puede calificarse de «viaje combinado» en el sentido del artículo 15, apartado 3, del Reglamento n.º 44/2001, en la medida en que reúne los requisitos exigidos para constituir un «viaje combinado» en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L 158, p. 59). Según este texto, el viaje debe incluir, además del transporte por un precio global, el alojamiento y una duración del viaje superior a 24 horas. Cabe señalar que, a fin de preservar la coherencia del Derecho internacional privado de la Unión, el Tribunal decidió interpretar el artículo 15, apartado 3, del Reglamento n.º 44/2001, teniendo en cuenta la disposición correspondiente que figura en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que se refiere expresamente al concepto de «viaje combinado» en el sentido de la Directiva 90/314, antes citada.

al control integrados de la contaminación (Directiva IPPC)¹³⁸, al no haber adoptado las medidas necesarias para que las instalaciones existentes sean explotadas con arreglo a los requisitos previstos en sus disposiciones a más tardar el 30 de octubre de 2007. Nuestro país no discutía que al finalizar el plazo fijado en el Dictamen motivado, 533 instalaciones existentes en nuestro país seguían siendo explotadas sin haber obtenido la autorización prevista en la Directiva, aunque trató de evitar la declaración de incumplimiento alegando que el porcentaje de instalaciones sin autorización había disminuido durante el procedimiento administrativo previo y el día de la presentación del escrito de contestación a la demanda, este porcentaje era sólo del 4,07 %. Alegó, asimismo, que la expedición de autorizaciones a las instalaciones existentes es competencia de las Comunidades Autónomas, lo que da lugar a procedimientos administrativos de gran complejidad cuya tramitación requiere un plazo bastante largo. Finalmente, el agente español preguntaba en su contestación a la demanda acerca del porcentaje de incumplimiento de esta Directiva por parte de los demás Estados miembros y si la Comisión también había interpuesto en esos supuestos recursos contra aquellos Estados miembros cuyo porcentaje de incumplimiento superaba el caso español. Como suele ser habitual, el TJUE rechazó todos estos argumentos, reiterando, en particular, que un Estado miembro no puede justificar su incumplimiento alegando que otros Estados miembros también lo han hecho, incluso si esos otros incumplimientos son de mayor envergadura. Se trata en todo caso de la amplia facultad discrecional de que dispone el ejecutivo comunitario en el sistema establecido por el artículo 258 TFUE, sin que corresponda al Tribunal determinar si el ejercicio de dicha facultad es o no oportuno. Con todo, la forma de articular esta discrecionalidad resulta a veces cuando menos algo curiosa, especialmente si la comparamos con lo sucedido en los asuntos C-398/10, *Comisión / Grecia*, C-396/10, *Comisión / Luxemburgo*, C-246/10, *Comisión / Luxemburgo*, C-291/10, *Comisión / Italia*, C-410/10, *Comisión / Grecia*, C-286/10, *Comisión / Portugal*; en los que la Comisión ha desistido de sus recursos debido a la adopción de los Estados miembros defensores de las medidas necesarias para conformarse a sus obligaciones incluso después del día de presentación de estos recursos ante el TJUE¹³⁹.

¹³⁸ Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (DO L 24, p. 8).

¹³⁹ Vid. Autos TJUE de 3 de enero de 2011, *Comisión / Grecia*, C-398/10, *Comisión / Luxemburgo*, C-396/10; *Comisión / Luxemburgo*, C-246/10; de 10 de enero de 2011,

En la Sentencia de 13 de septiembre, *España / Comisión* (T-156 y 232/08), el TG se pronuncia sobre el régimen lingüístico de los actos de la Unión. Como se sabe, de un tiempo a esta parte la Comisión trata de economizar reduciendo al máximo las lenguas en las que publica los actos de la Unión con excepción del Diario Oficial y ello, incluso, si el respeto de la diversidad lingüística se impone como una exigencia fundamental para el conjunto de las instituciones y órganos comunitarios. En el marco de este recurso, nuestro país reprochaba a la Comisión la falta de publicación íntegra en todas las lenguas oficiales de una serie de anuncios de concursos de personal, habiéndose limitado a realizar esta publicación en alemán, inglés y francés. Se daba la circunstancia de que los candidatos debían poseer un conocimiento satisfactorio de estas tres lenguas, además de un excelente conocimiento de una lengua oficial distinta de aquellas. Basando gran parte del fallo en otro anterior¹⁴⁰, aunque alcanzando una conclusión totalmente diferente, recuerda en primer lugar el TG que ninguna disposición ni principio impone que los anuncios de concursos se publiquen sistemáticamente en el Diario Oficial en todas las lenguas oficiales de la Unión, señalando expresamente que el artículo 290 CE (actualmente artículo 342 TFUE) no podía considerarse la expresión de un principio general del Derecho de la Unión que garantice a todo ciudadano el derecho a que se redacte en su lengua todo lo que pueda afectar a sus intereses, sean cuales fueren las circunstancias¹⁴¹. No obstante, si las instituciones deciden publicar estos anuncios únicamente en ciertas lenguas, deben adoptar medidas adecuadas para informar a todos de la existencia del anuncio de concurso de que se trate y de las ediciones en las que se publica su versión íntegra a fin de evitar una discriminación basada en la lengua entre los candidatos potencialmente interesados por dicho anuncio. En el caso de autos, el TG encuentra una pragmática justificación de la publicación de los primeros avisos de concurso sólo en algunas lenguas, de la que se vale para rechazar el recurso. Y es que los anuncios de concurso controvertidos se pusieron en conocimiento de los interesados, a saber, los candidatos potenciales, mediante la publicación en el Diario Oficial de dos modificaciones en todas las lenguas oficiales de la Unión. Los interesados, en particular los

Comisión / Italia, C-291/10; *Comisión / Grecia*, C-410/10; y de 11 de enero de 2011, *Comisión / Portugal*, C-286/10.

¹⁴⁰ STG de de 20 de noviembre de 2008, *Italia/Comisión*, T-185/05, *Rec.* p. II-3207.

¹⁴¹ Vid., en particular, STJUE de 9 de septiembre de 2003, *Kik/OAMI*, C-361/01 P, *Rec.* p. I-8283, apdo. 82; STG *Italia/Comisión*, antes citada, apdo. 116.

candidatos potenciales de lengua materna distinta del alemán, del inglés y del francés, pudieron así conocer útilmente los requisitos de participación en los concursos de que se trata. Por ello, desestima la alegación de nuestro país basada en que la publicación en el Diario Oficial de los anuncios de concurso controvertidos únicamente en tres lenguas vulneraba el principio de seguridad jurídica. También rechaza el TG la infracción del artículo 296 TFUE que obliga a las instituciones y órganos a motivar los actos, señalando que no incumbía a la Comisión justificar en los anuncios de concurso controvertidos la elección de las tres lenguas que se habían de utilizar como segunda lengua para participar en los concursos, toda vez que constaba que dicha elección respondía a sus exigencias internas.

En la Sentencia de 28 de octubre, *España / Comisión* (T-227/07), el TG rechaza la anulación parcial de una Decisión de la Comisión que excluye de financiación del FEOGA determinados gastos efectuados por nuestro país en el sector de los tomates¹⁴². La Comisión se basaba en la inspección que había realizado en Extremadura en abril de 2004, de la que dedujo que en los controles efectuados en los puntos de entrega de las materias primas los inspectores nacionales sólo desempeñaban sus funciones entre las 8 y las 19 horas, no practicándose control alguno fuera de ese horario, a pesar de que durante las campaña de transformación las fábricas trabajan las veinticuatro horas del día, lo cual suponía en su opinión una infracción de la normativa comunitaria¹⁴³. Comprobó, asimismo, que aunque los comprobantes de pesaje se emitían en el momento de la entrega de los tomates, no se conservaban en la mayoría de los casos, lo cual reducía la eficacia del control y, por otra parte, que los albaranes eran firmados en bloque varias horas después de las operaciones por un representante de la organización de productores que no había asistido a esas operaciones. En lo que se refiere a los controles contables, los servicios de la Comisión descubrieron que los inspectores nacionales no cotejaban los registros y la contabilidad oficial. Todo ello llevó a la Comisión a reducir la cantidad de 4.090.316,46 euros, correspondiente al 5% de los gastos declarados por

¹⁴² Decisión 2007/243/CE de la Comisión, de 18 de abril de 2007, por la que se excluyen de la financiación comunitaria determinados gastos efectuados por los Estados miembros con cargo a la Sección Garantía del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA) (DO L 106, p. 55).

¹⁴³ Reglamento (CE) n.º 1535/2003 de la Comisión, de 29 de agosto de 2003, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento n.º 2201/96 en lo relativo al régimen de ayuda en el sector de los productos transformados a base de frutas y hortalizas (DO L 218, p. 14).

nuestro país respecto de la producción de productos transformados a base de tomates para los ejercicios 2003 y 2004, debido a su no conformidad con las normas comunitarias.

Recuerda el TG que aunque incumbe a la Comisión probar la existencia de una infracción de las normas de la organización común de los mercados agrícolas, no tiene la obligación de demostrar de forma exhaustiva la insuficiencia de controles efectuados por las administraciones nacionales ni la irregularidad de los datos transmitidos, sino tan sólo aportar un elemento de prueba de la duda fundada y razonable que alberga con respecto a los citados controles o datos¹⁴⁴. Por consiguiente, rechazó todos los motivos alegados por nuestro país y afirmó la plena validez de la Decisión de la Comisión.

Finalmente, en la Sentencia de 12 de noviembre, *España / Comisión* (T-113/08), el TG rechazó el recurso de anulación parcial de la Decisión que excluye de financiación del FEOGA determinados gastos efectuados por nuestro país en los sectores del aceite de oliva y de los cultivos herbáceos. En relación con los controles en el sector del aceite de oliva, las auditorías de la Comisión detectaron que en las campañas 1998 a 2001 las autoridades españolas habían realizado una supervisión insuficiente de las almazaras. En relación con Andalucía, la Comisión reprochaba a nuestro país que el material de referencia para realizar los controles (catastro, ortofotografías) no siempre presentaban la calidad suficiente para garantizar la detección de irregularidades en las solicitudes de ayudas y que durante estos controles nuestra administración no utilizaba sistemáticamente la información sobre localización de parcelas agrícolas que los agricultores presentan en forma de croquis.

¹⁴⁴ STJCE de 24 de febrero de 2005, *Grecia / Comisión*, C-300/02, *Rec.* p. I-1341, apdos. 33-34.

