

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SEPTIEMBRE – DICIEMBRE 2011

FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE
PETRA NEMECKOVA*

1. INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.
2. CONTENCIOSO.
3. MERCADO INTERIOR, LIBRE CIRCULACIÓN Y CIUDADANÍA EUROPEA.
4. AGRICULTURA Y PESCA.
5. COMPETENCIA.
6. APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES.
7. DERECHO SOCIAL.
8. MEDIO AMBIENTE.
9. RELACIONES EXTERIORES.
10. LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.

1. INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

No hay enriquecimiento sin causa en el supuesto en que las cantidades indebidamente pagadas en concepto de tributo recaudado en un Estado miembro contraviniendo el Derecho de la Unión hayan sido compensadas por el ahorro resultante de la supresión simultánea de otros gravámenes lícitos (sentencia de 6 de septiembre 2011, Lady & Kid y otros, C-389/09)

En el litigio principal varias empresas con sede en Dinamarca interpusieron recursos contra las resoluciones denegatorias sobre sus reclamaciones de devolución por parte de las autoridades fiscales danesas de un gravamen introducido en 1988 para apoyar el mercado de trabajo danés, que se percibía sobre el precio total de la mercancía importada en el momento de su primera venta en el territorio danés. Dicho gravamen había sido declarado contrario al Dere-

* Miembros del Servicio Jurídico, Comisión Europea, Bruselas, Bélgica.

cho de la Unión —en este caso concreto, la Directiva 77/388/CEE, Sexta Directiva en materia del IVA, en 1992 y posteriormente abolido en Dinamarca.

Como contrapartida a la introducción del gravamen durante su vigencia se suprimieron una serie de cotizaciones empresariales a la seguridad social. Las autoridades fiscales danesas por lo tanto denegaron la devolución del gravamen declarado ilícito recaudado cuando dicho gravamen había resultado compensado en su totalidad por la supresión de las cotizaciones empresariales.

El Tribunal de Justicia recordó jurisprudencia reiterada que confirma que un Estado miembro está obligado a devolver los tributos recaudados en contra del Derecho de la Unión, con la única excepción de que se demuestre que el tributo indebido que grava la venta de productos haya sido repercutido sobre otros sujetos pasivos, en este caso, el comprador. Este es el único caso que puede dar, en caso de devolución del tributo recaudado indebidamente, lugar a un enriquecimiento sin causa del sujeto pasivo.

Sin embargo, en el asunto de autos, el tributo indebido se ha compensado económicamente mediante la supresión de otro gravamen lícito (supresión de cotizaciones empresariales a la seguridad social). Bajo estas circunstancias, el Tribunal se opuso a la posibilidad de que un Estado miembro no devuelva las cantidades recaudadas en concepto de tributo basándose en que las cantidades indebidamente pagadas por el sujeto pasivo se hayan compensado por el ahorro resultante de la supresión simultánea de otros gravámenes, al considerar que tal compensación no puede considerarse un enriquecimiento sin causa en relación con el tributo recaudado ilícitamente.

Prescripción de plazos en supuestos de devolución de gravámenes recaudados en contra del Derecho de la Unión (sentencia de 8 de septiembre 2011, Q-Beef y Bosschaert, C-89/10 y C-96/10)

Este asunto trataba de varias las solicitudes introducidas por varios comerciantes reclamando al Estado belga devolución de determinados tributos recaudados por el comercio de animales, que a raíz de una decisión de la Comisión en materia de ayudas de Estado habían sido declarados contrarios al Derecho de la Unión. El plazo que prevé la legislación belga para las reclamaciones de tributos indebidos es de cinco años a contar desde el primer día del ejercicio presupuestario en que se originó el crédito contra el Estado belga. A raíz de la primera pregunta del tribunal nacional remitente, el Tribunal de Justicia consideró que tal plazo respeta los principios de equivalencia y de efectividad y no se opone, por lo tanto, al Derecho de la Unión. Además del plazo de cinco años, la legislación belga prevé un plazo más largo, de diez años, aplicable a la devolución de lo indebido entre particulares.

Este hecho cobra interés en el asunto de autos puesto que uno de los comerciantes, Sr. Bosschaert había abonado las cantidades correspondientes al tributo (declarado ayuda incompatible) a las sociedades Goossens que, en su función de intermediario, ingresaban las cantidades recaudadas en el fondo público.

En este contexto, el Tribunal estimó que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que concede a un particular un plazo más largo para recuperar los tributos de otro particular que ha intervenido en concepto de intermediario, a quien los ha abonado indebidamente y que los ha satisfecho por cuenta del primero en beneficio del Estado, mientras que, si hubiera abonado dichos tributos directamente al Estado, la acción de dicho particular estaría sujeta a un plazo para solicitar la devolución más corto, con carácter de excepción respecto del régimen de Derecho común de la acción de devolución de lo indebido, ya que los particulares que actúan como intermediarios pueden efectivamente reclamar al Estado los importes eventualmente satisfechos en beneficio de otros particulares.

Por último, el Tribunal confirmó su doctrina sobre plazos de prescripción según derecho nacional, ya confirmada en sentencias *Barth* (sentencia de 15 de abril de 2010, C-542/08) y *Iaia y otros* (sentencia de 19 de mayo de 2011, C-452/09). El Tribunal recordó que la normativa nacional en materia de plazos no se ve afectada, en principio, por una eventual declaración por el Tribunal de Justicia de una infracción del Derecho de la Unión, mientras que no se privó a los particulares totalmente de poder alegar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho de la Unión.

***Compatibilidad con el Derecho de la Unión de una normativa sobre plazos para interponer recursos* (sentencia de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, C-177/10)**

En este asunto, que se aborda en la sección sobre derecho social, el Tribunal de Justicia declara que el Derecho de la Unión no se opone, en principio, a una norma nacional que prevé que el recurso interpuesto por un funcionario de carrera contra una resolución por la que se le excluye de un proceso selectivo y basado en una vulneración del Acuerdo marco debe interponerse en un plazo preclusivo de dos meses desde la fecha de la publicación de la convocatoria. Sin embargo, cuando, como en el caso de autos, un funcionario fue admitido al proceso selectivo y su nombre figuraba en el listado definitivo de aprobados de dicho proceso, el hecho de que el plazo de dos meses previsto por el Derecho español empezara a correr desde la publicación de la convocatoria podía hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Acuerdo marco. Si éste era el caso

en el litigio principal, lo que corresponde comprobar al tribunal nacional, el plazo de dos meses sólo podría empezar a correr desde la notificación de la resolución por la que se anulaba su promoción.

La negativa de un Estado miembro a que el Tribunal de Cuentas de la Unión Europea efectúe controles en dicho Estado supone incumplimiento de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud del artículo 287 TFUE (sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión/Alemania, C-539/09)

En este asunto, la Comisión reprochaba a Alemania, mediante recurso por incumplimiento, no haber permitido que el Tribunal de Cuentas de la Unión Europea efectuara controles, en su territorio, en relación con la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido (regulada por el Reglamento nº 1798/2003). El Tribunal de Justicia declaró que, al actuar así, Alemania había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 287 TFUE (antiguo artículo 248 CE), apartados 1 a 3, que establece que el Tribunal de Cuentas examinará las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de la Unión, la legalidad y regularidad de dichos ingresos y gastos y garantizará una buena gestión financiera, y que lo faculta a llevar a cabo controles sobre la documentación contable y, en caso necesario, *in situ*, en particular, en los Estados miembros.

Según el Tribunal de Justicia, en lo que atañe a los recursos IVA, el sistema de recursos propios creado con arreglo al Tratado pretende efectivamente establecer una obligación para los Estados miembros de poner a disposición de la Unión, en tanto que recursos propios, una parte de los importes percibidos en concepto de dicho impuesto. Puesto que los mecanismos de cooperación que se imponen a los Estados miembros en virtud del Reglamento nº 1798/2003 pretenden luchar contra la evasión y el fraude del IVA, dichos mecanismos pueden ejercer una influencia directa y esencial sobre la recaudación efectiva de los ingresos procedentes del citado impuesto y, en consecuencia, sobre la puesta a disposición del presupuesto comunitario de los recursos IVA. De este modo, la aplicación efectiva, por un Estado miembro, de las normas de cooperación establecidas por el Reglamento nº 1798/2003 no sólo puede condicionar la capacidad de dicho Estado miembro para luchar eficazmente contra la evasión y fraude fiscal en su propio territorio, sino también la de los demás Estados miembros para combatirlos en sus territorios respectivos, en particular cuando la correcta aplicación del IVA en esos otros Estados miembros depende de la información en manos de dicho Estado. Así pues, el control, por el Tribunal de Cuentas, acerca de la cooperación administrativa regulada por el Reglamento nº 1798/2003, guarda efec-

tivamente relación con los ingresos de la Unión a los efectos de su legalidad y de su buena gestión financiera y presenta, en consecuencia, un vínculo directo con las atribuciones conferidas a dicha institución por el artículo 287 TFUE.

Alcance de la inmunidad de los eurodiputados regulada por el Protocolo 8 sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea respecto a una declaración realizada fuera del Parlamento Europeo (sentencia de 6 de septiembre 2011, Patriciello, asunto C-163/10)

En el asunto *Patriciello*, el Tribunal de Justicia interpretó el artículo 8 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea, anejo a los Tratados UE, FUE y CEEA, y precisó el alcance de la inmunidad que el Derecho de la Unión concede a los eurodiputados en relación con las opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones.

El Tribunal de Justicia declaró que el artículo 8 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea debía interpretarse en el sentido de que una declaración realizada por un eurodiputado fuera del Parlamento Europeo que dio lugar a actuaciones penales en su Estado miembro de origen por delito de calumnia sólo constituye una opinión expresada en el ejercicio de las funciones parlamentarias que esté amparada por la inmunidad prevista en la citada disposición cuando dicha declaración corresponde a una apreciación subjetiva que presenta una relación directa y evidente con el ejercicio de tales funciones.

2. CONTENCIOSO

Admisibilidad de cuestiones prejudiciales en el ámbito de justicia civil y cuando se alega la cosa juzgada a nivel nacional (sentencia de 20 de octubre de 2011, Interedil, C-396/09)

El Tribunal de Justicia, siguiendo la sentencia de 17 de febrero de 2011, *Werynski* (C 283/09), considera que, habida cuenta del objetivo de cooperación eficaz entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales que persigue el artículo 267 TFUE, así como del principio de economía procesal, es competente, desde el 1 de diciembre de 2009, para conocer de las peticiones de decisión prejudicial que emanan de órganos jurisdiccionales cuyas decisiones sean susceptibles de recurso judicial de Derecho interno, y ello aunque la petición se hubiese planteado con anterioridad a dicha fecha.

El Tribunal de Justicia responde también que el Derecho de la Unión se opone a que un órgano jurisdiccional nacional esté vinculado por una norma de Derecho procesal nacional en virtud de la cual se le imponen las aprecia-

ciones realizadas por un órgano jurisdiccional superior, cuando se evidencia que las apreciaciones del órgano jurisdiccional superior no son compatibles con el Derecho de la Unión, interpretado por el Tribunal de Justicia.

Una decisión de la Comisión de requerimiento de información en el transcurso de un procedimiento de ayudas de Estado constituye un acto impugnabile en recurso por anulación (sentencia de 13 de octubre 2011, Deutsche Post y Alemania / Comisión, C-463/10P C-475/10P)

Alemania y Deutsche Post solicitaron en sus respectivos recursos de casación la anulación, por parte del Tribunal de Justicia, de los autos del Tribunal General mediante los que se declaraba la inadmisibilidad de los recursos de anulación interpuestos contra una Decisión de la Comisión por la que se requirió a Alemania para que facilitara información en el procedimiento de ayudas de Estado a favor a Deutsche Post. En este asunto el Tribunal ofrece una visión bastante amplia de la noción de *acto impugnabile* que permite la expansión de los derechos de los terceros interesados y de los Estados miembros en procedimientos de ayuda de Estado y que sigue la misma línea que el Tribunal adoptó ya en las sentencias *Athinaiki* (sentencia de 17 de julio 2008, asunto C-521/06) y *New Destination Stockholm Hotel* (sentencia de 18 de noviembre 2010, asunto C-322/09P). El Tribunal se vio, por vez primera, obligado a declarar si el requerimiento de información mediante decisión de la Comisión, en virtud del artículo 10, apartado 3, del Reglamento n° 659/1999, constituye un acto impugnabile. El Tribunal concluyó que todo acto adoptado por la Comisión en forma de decisión en el sentido del artículo 288 TFUE tiene la intención de atribuir un carácter vinculante al acto y constituye *ipso facto* un acto impugnabile.

Aunque se pudo parar en este punto, el Tribunal también entró en su razonamiento en el análisis de la tutela judicial de los recurrentes, estimando que las ilegalidades – en este caso, su posible carácter desproporcionado – que adoleciera el acto intermedio no podían ser anulados por un recurso interpuesto contra la decisión final, por lo que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del requerimiento de información a los Estados miembros mediante decisión de la Comisión, es independiente del resultado de un eventual recurso de anulación interpuesto contra la decisión final que cierra el procedimiento.

El control que ejerce el Tribunal General de las Decisiones de la Comisión por las que se imponen multas en materia de competencia no es contrario al principio de tutela judicial efectiva establecido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (sentencias de 8 de diciembre de 2011, KME Germany AG y otros/Comisión (C-272/09 P), Chalkor/Comisión (C-386/10 P) y KME Germany AG y otros/Comisión (C-389/10 P)

Las recurrentes invocaban el artículo 6 del CEDH así como la Carta para cuestionar, por un lado, los principios del control jurisdiccional y, más concretamente, la manera en que el Tribunal General declaró tener en cuenta el amplio margen de apreciación de la Comisión y, por otro, la manera en que el Tribunal General ejerció su control. El Tribunal de Justicia considera que como el artículo 47 de la Carta incorpora al Derecho de la Unión la protección conferida por el artículo 6, apartado 1, del CEDH, procede referirse únicamente a la primera disposición.

Por lo que se refiere al control de legalidad, si bien en los ámbitos que exijan apreciaciones económicas complejas, la Comisión dispone de cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez de la Unión deba abstenerse de controlar la interpretación que haga la Comisión de datos de carácter económico. En efecto, el juez de la Unión no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos.

En el marco de la imposición de la multa, corresponde a la Comisión motivar su decisión y, en particular, explicar la ponderación y la evaluación que hizo de los elementos que tuvo en cuenta. El juez debe comprobar de oficio que la decisión presente una motivación. Por otra parte, corresponde al juez de la Unión ejercer el control de legalidad que le incumbe conforme a las pruebas aportadas por el demandante en apoyo de los motivos que éste haya invocado. Al ejercer dicho control, el juez no puede basarse en el margen de apreciación del que dispone la Comisión, ni respecto a la elección de los elementos que se tuvieron en cuenta a la hora de aplicar los criterios mencionados en las Directrices, ni respecto a la evaluación de dichos elementos, para renunciar a ejercer un control en profundidad tanto de hecho como de Derecho.

El control de legalidad se completa con la competencia jurisdiccional plena que el artículo 17 del Reglamento nº 17 reconocía al juez de la Unión y que ahora reconoce el artículo 31 del Reglamento nº 1/2003, conforme al artículo 261 TFUE. Esta competencia faculta al juez, más allá del mero control de la legalidad de la sanción, para sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia y, en consecuencia, para suprimir, reducir o aumentar la multa o la multa coercitiva impuesta. No obstante, señala que el ejercicio de la competencia de plena jurisdicción no equivale a un control de oficio y recuerda que el procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de la Unión es

contradictorio. Exceptuando los motivos de orden público que el juez debe examinar de oficio, como la falta de motivación de la decisión impugnada, corresponde a la parte demandante alegar los motivos contra ésta y aportar las pruebas en apoyo de dichos motivos.

Este requisito de carácter procesal no se opone a la regla según la cual, en el caso de infracciones de las normas sobre competencia, incumbe a la Comisión probar las infracciones que conste y aportar las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de hechos constitutivos de una infracción. Lo que efectivamente se exige a un demandante en el marco de un recurso jurisdiccional es identificar los aspectos a los que se opone de la decisión impugnada, formular alegaciones a este respecto y aportar las pruebas, que pueden consistir en serios indicios, para demostrar que los motivos son fundados. La ausencia de control de oficio de la decisión impugnada en su conjunto no vulnera el principio de la tutela judicial efectiva. Para el respeto de este principio no es indispensable que el Tribunal General, que está ciertamente obligado a responder a los motivos invocados y a ejercer un control tanto de hecho como de Derecho, esté obligado a proceder de oficio a una nueva instrucción completa del expediente.

3. MERCADO INTERIOR, LIBRE CIRCULACIÓN Y CIUDADANÍA EUROPEA

Sólo los períodos de residencia que reúnen las condiciones enunciadas por el Derecho de la Unión permiten adquirir el derecho de residencia permanente. Sin embargo, los períodos de residencia de un nacional de un tercer Estado transcurridos antes de la adhesión de ese tercer Estado a la Unión, que se hayan cubierto de conformidad con las condiciones enunciadas en el Derecho de la Unión, deben computarse a efectos del cálculo del período mínimo de cinco años a efectos de adquirir el derecho de residencia permanente (sentencia de 21 de diciembre 2011, Ziolkowski, Szeja y otros, C-424/10 y C-425/10)

En el primer asunto que ocupa esta crónica en materia de ciudadanía, el Tribunal interpretó las condiciones que han de reunirse para adquirir el derecho de residencia permanente en un Estado miembro, y, más en concreto, los efectos que pueda tener la residencia en un Estado miembro de ciudadanos procedentes de otros Estados miembros antes de la adhesión de esos Estados a la Unión Europea.

El Sr. Ziolkowski y la Sra. Szeja, nacionales polacos, llegaron a Alemania antes de la adhesión de Polonia a la Unión «en 1988 y 1989, respectiva-

mente» y obtuvieron sendos permisos de residencia por razones humanitarias, prorrogados conforme al Derecho alemán. En 2005, solicitaron un derecho de residencia permanente en Alemania en virtud de la Directiva 2004/38/CE, sobre la libre circulación de personas, que les fue denegado ya que no trabajaban ni podían demostrar que disponían de recursos suficientes. El Sr. Ziolkowski y la Sra. Szeja impugnaron esa denegación de las autoridades alemanas ante los tribunales nacionales competentes.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia procedió a la interpretación del concepto de *residencia legal* enunciado en la Directiva. Observa que ésta no ofrece ninguna precisión sobre cómo deben entenderse los términos «*que hayan residido legalmente*» en el territorio del Estado miembro de acogida. La Directiva no dispone tampoco una remisión a los Derechos nacionales. De ello se deduce que debe considerarse que esos términos designan un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que se ha de interpretar de manera uniforme en el territorio de todos los Estados miembros.

Respecto a esta cuestión, el Tribunal de Justicia señaló que el significado y el alcance de los términos no definidos por el Derecho de la Unión deben determinarse, en especial, teniendo en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte. El Tribunal de Justicia recordó en este contexto que la Directiva tiene como finalidad facilitar el ejercicio del derecho a circular y residir libremente de los ciudadanos europeos, sin perjuicio de las restricciones previstas por el Derecho de la Unión. De este modo, la Directiva determina las condiciones conforme a las que los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia pueden circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y las que deben reunir para adquirir el derecho de residencia permanente. Por otro lado, la Directiva se propone superar el enfoque sectorial y fragmentario del derecho de residencia.

Acerca del contexto global de la Directiva, el Tribunal interpretó que ésta ha establecido un sistema de tres etapas, cada una de las cuales depende de la duración de la residencia en el territorio del Estado miembro de acogida. La última de estas etapas corresponde al derecho de residencia permanente, introducido por primera vez por la Directiva. Ese sistema recoge en sustancia las etapas y las condiciones previstas en los instrumentos del Derecho de la Unión y en la jurisprudencia anteriores a dicha Directiva.

En primer lugar, la Directiva prevé que un ciudadano de la Unión tiene el derecho de residencia en el territorio del Estado miembro de acogida por un período de hasta tres meses sin más condiciones o formalidades que estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos.

Seguidamente, la adquisición del derecho de residencia por más de tres meses se somete a ciertas condiciones. En efecto, para obtenerlo, el ciudadano de la Unión debe ser un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, o disponer, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del citado Estado y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en ese Estado.

Finalmente, la Directiva insta a un derecho de residencia permanente a favor de los ciudadanos de la Unión tras haber residido legalmente en el territorio del Estado miembro de acogida durante un período continuado de cinco años.

Habida cuenta de esos objetivos y de su contexto global y específico, el Tribunal de Justicia consideró que el concepto de *residencia legal* que permite adquirir el derecho de residencia permanente debe interpretarse como una residencia de conformidad con las condiciones previstas por esa Directiva (a saber, ser un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida o disponer, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del citado Estado y de un seguro de enfermedad). Por tanto, una residencia conforme al Derecho de un Estado miembro, pero que no reúna esas condiciones, no puede considerarse como una residencia *legal* en el sentido de la Directiva.

El Tribunal de Justicia concluyó que esa noción de residencia legal se ha interpretar en el sentido de que debe considerarse que un ciudadano de la Unión que haya residido más de cinco años en el territorio del Estado miembro de acogida con fundamento exclusivo en el Derecho nacional de ese Estado *no* ha adquirido un derecho de residencia permanente cuando durante ese período de residencia no reunía las condiciones enunciadas en la Directiva.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia examinó la cuestión de si los períodos de residencia de un nacional de un tercer Estado en el territorio de un Estado miembro, transcurridos antes de la adhesión de ese tercer Estado a la Unión, debían computarse a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente. El Tribunal de Justicia destacó que el Acta de adhesión de un nuevo Estado miembro se basa fundamentalmente en el principio general de la aplicación inmediata de la totalidad de las disposiciones del Derecho de la Unión a dicho Estado, salvo las excepciones expresamente previstas por las disposiciones transitorias. En lo que atañe más específicamente a las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión, el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que son aplicables desde su entrada en vigor y que deben ser aplicadas a los efectos actuales de situaciones nacidas con anterioridad.

En el asunto de autos, el Tribunal de Justicia observó que no existe en el Acta de adhesión ninguna disposición transitoria acerca de la aplicación a Polonia de las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la libre circulación de personas, excepto varias disposiciones transitorias sobre la libre circulación de los trabajadores y la libre prestación de servicios. En consecuencia, las disposiciones sobre la residencia permanente pueden ser invocadas por ciudadanos de la Unión, y ser aplicadas a los efectos actuales y futuros de situaciones nacidas antes de la adhesión de Polonia a la Unión.

El Tribunal de Justicia concluyó respecto de la segunda cuestión que, en defecto de disposiciones específicas en el Acta de adhesión, los períodos de residencia de un nacional de un tercer Estado en el territorio de un Estado miembro, transcurridos antes de la adhesión de ese tercer Estado a la Unión, que se hayan cubierto de conformidad con las condiciones enunciadas en la Directiva, sí deben computarse a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente.

El Derecho de la Unión no se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia en su territorio, cuando ese nacional pretende residir con un miembro de su familia, el cual es ciudadano de la Unión, reside en el referido Estado miembro —cuya nacionalidad posee— y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación (sentencia de 15 de noviembre de 2011, Dereci, C-256/11)

La sentencia *Dereci* concluye que el Derecho de la Unión, y en particular sus disposiciones sobre la ciudadanía de la Unión, no se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia en su territorio, cuando ese nacional pretende residir con un miembro de su familia, el cual es ciudadano de la Unión, reside en el referido Estado miembro —cuya nacionalidad posee— y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación, siempre que tal denegación no implique privar al mencionado ciudadano de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión, extremo éste que corresponde comprobar al tribunal remitente.

En primer lugar, en lo que atañe a la Directiva 2003/86, el Tribunal constata que, a tenor de su artículo 1, su objetivo es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros. Sin embargo, según el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2003/86, ésta no se aplica a los miembros de la familia de ciudadanos de la Unión. En segundo lugar, por lo que se refiere a la Directiva 2004/38, el Tribunal de Justicia recuerda que, conforme a una interpretación literal,

teleológica y sistemática de esa disposición, un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación y siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee no está incluido en el concepto de «beneficiario» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38, por lo que ésta no le es aplicable. Si un ciudadano de la Unión no está incluido en el concepto de «beneficiario» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38, un miembro de su familia tampoco está incluido en ese concepto, puesto que los derechos conferidos por esa Directiva a los miembros de la familia de un beneficiario de ésta no son derechos propios de esos miembros sino derechos derivados, adquiridos en su condición de miembros de la familia del beneficiario.

En cuanto a la ciudadanía de la Unión, recuerda que la situación de un ciudadano de la Unión que, como cada uno de los ciudadanos miembros de la familia de los demandantes en los litigios principales, no ha ejercitado su derecho a la libre circulación no puede equipararse, sólo por esta razón, a una situación puramente interna. En efecto, el Tribunal de Justicia ha señalado en diversas ocasiones que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. En su calidad de nacionales de un Estado miembro, los miembros de las familias de los demandantes en los litigios principales gozan del estatuto de ciudadano de la Unión en virtud del artículo 20 TFUE, apartado 1, y, por lo tanto, pueden invocar, también frente al Estado miembro cuya nacionalidad poseen, los derechos correspondientes a tal estatuto.

No obstante, el criterio relativo a la privación del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión guarda relación con situaciones caracterizadas por la circunstancia de que el ciudadano de la Unión se vea obligado de hecho a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también la Unión en su conjunto. Ese criterio tiene, por tanto, un carácter muy específico, en el sentido de que se refiere a situaciones en las que, pese a no ser aplicable el Derecho secundario de la Unión en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros Estados, excepcionalmente no cabe denegar un derecho de residencia a un nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de un nacional de un Estado miembro, pues de hacerlo se vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión de la que disfruta ese último nacional. En consecuencia, el solo hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable, por razones de orden económico o para mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión, que miembros de su familia, que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro, puedan residir con él en el territorio

de la Unión no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la Unión se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido.

Sobre el derecho de salida del Estado miembro del que se es nacional de un directivo de una sociedad que tiene deudas fiscales societarias pendientes (sentencia de 17 de noviembre de 2011, Aladzhov, C-434/10)

Siempre en materia de ciudadanía, en el asunto *Aladzhov*, el Tribunal de Justicia interpretó la Directiva 2004/38, 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, y, en concreto, artículo 27, apartados 1 y 2, de dicha Directiva, que regula las limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos (apartado 1), ni podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general (apartado 2).

El Tribunal de Justicia declaró que el Derecho de la Unión no se opone a una disposición legislativa de un Estado miembro que permite a la autoridad administrativa prohibir a un nacional de ese Estado la salida de éste debido a que no se ha pagado una deuda fiscal de la sociedad de la que es uno de los directivos, con la doble condición sin embargo (i) de que la medida en cuestión tenga por objeto responder, en ciertas circunstancias excepcionales que podrían derivar en especial de la naturaleza o de la importancia de esa deuda, a una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y (ii) de que el objetivo así pretendido no obedezca sólo a fines económicos.

Corresponde al juez nacional verificar el cumplimiento de esas dos condiciones. En efecto, por un lado, no cabe excluir por principio que la falta de pago de deudas fiscales pueda entrar en conflicto con las exigencias del orden público. Por otro lado, como quiera que el cobro de los créditos públicos, en particular el de los impuestos, trata de asegurar la financiación de las actuaciones del Estado miembro interesado, en función de opciones que constituyen la expresión de su política general en materia económica y social, las medidas adoptadas por las autoridades públicas para garantizar ese cobro tampoco pueden considerarse, por principio, adoptadas exclusivamente con fines económicos, en el sentido de las disposiciones del artículo 27, apartado 1, de la Directiva 2004/38.

Siempre según el Tribunal de Justicia, aun suponiendo que una medida de prohibición de salida del territorio haya sido adoptada conforme a las condi-

ciones previstas en el artículo 27, apartado 1, de la Directiva 2004/38, las condiciones establecidas en el apartado 2 del mismo artículo se oponen a tal medida si ésta se basa únicamente en la existencia de la deuda fiscal de la sociedad de la que la parte afectada es uno de los directivos, y en virtud sólo de esa cualidad, con exclusión de toda apreciación específica del comportamiento personal del interesado y sin referencia alguna a una amenaza cualquiera que éste constituya para el orden público, y si la prohibición de salida del territorio no es apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y va más allá de lo necesario para lograrlo. Corresponde también al órgano jurisdiccional remitente comprobar si sucede así en el asunto del que conoce.

Sobre el derecho de salida del Estado miembro del que se es nacional en caso de condena penal a ese nacional en un tercer Estado (sentencia de 17 de noviembre 2011, Hristo Gaydarov, C-430/10)

En otra sentencia dictada el mismo día, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la misma disposición de la Directiva 2004/38 pero en relación con una condena penal a un nacional de Estado miembro. La peculiaridad de este asunto residía en que la condena penal tuvo lugar en un tercer Estado (no miembro de la UE).

La cuestión prejudicial en este asunto se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Gaydarov, de nacionalidad búlgara, y el Ministerio búlgaro del Interior, en relación con una medida de prohibición de salida del territorio y de expedición de pasaporte u otro documento similar. El Sr. Gaydarov había sido condenado en Serbia por tráfico ilícito de estupefacientes donde también ha cumplido pena de prisión de nueve meses previo su regreso a Bulgaria.

En este contexto, el Tribunal de Justicia falló que el Derecho de la Unión —en particular el artículo 21 TFUE (sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros) y artículo 27 de la Directiva 2004/38/CE—, *no* se opone a una normativa nacional que permite restringir el derecho de un nacional de un Estado miembro a trasladarse al territorio de otro Estado miembro, en particular por haber sido condenado penalmente en otro Estado por tráfico de estupefacientes.

Además, en su sentencia, el Tribunal no perdió la ocasión de recordar las condiciones que debe cumplir la medida restrictiva de tal derecho inherente a la ciudadanía de la Unión:

- en primer lugar, la conducta personal del nacional del Estado miembro debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad;

- en segundo lugar, la medida restrictiva prevista debe ser apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no ir más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo, y,
- en tercer lugar, tiene que existir un control jurisdiccional efectivo que permita comprobar la legalidad de hecho y de Derecho de la medida restrictiva en relación con las exigencias del Derecho de la Unión.

No hay vulneración de la libre circulación de trabajadores en caso en que complementos salariales abonados a un funcionario de un Estado miembro que trabaja en otro Estado miembro para compensar una pérdida de poder adquisitivo en el lugar de destino, no se tienen en cuenta para determinar el tipo impositivo aplicable en el primer Estado miembro al resto de rendimientos del contribuyente o de su cónyuge (sentencia de 15 de septiembre, Schultz-Delzers, C-240/10)

Este asunto aborda temas fiscales, aunque en este caso en relación con la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión (artículo 45 TFEU, antiguo artículo 39 CE). El matrimonio franco-alemán de los Sres. Schultz-Delzers impugnó la inclusión, por parte de las autoridades fiscales alemanas, de determinados complementos salariales por expatriación concedidos a la Sra. Schultz-Delzers, de nacionalidad francesa y funcionaria del Estado francés que prestaba servicios como maestra en una escuela primaria franco-alemana en Alemania, en el tipo impositivo aplicable a los rendimientos de los esposos.

El Tribunal tomó como punto de comparación el caso de un nacional alemán en situación puramente interna que, en el asunto de autos, no se encontraba en una situación más favorable que la Sra. Schultz-Delzers. El hecho de que estos complemento salariales tienen, desde la punto de vista del legislador francés, por objeto permitir a su perceptor mantener las mismas condiciones de vida que tendría en Francia carece de pertinencia, puesto que el carácter comparable de las situaciones sólo puede apreciarse en el marco de un único sistema fiscal que en este caso es Alemania (por la elección de los esposos Schultz de tributar conjuntamente). El Tribunal por lo tanto responde a la cuestión planteada que el artículo 45 TFUE no se opone a una disposición, en virtud de la cual complementos salariales abonados a un funcionario en un Estado miembro que trabaja en otro Estado miembro para compensar una pérdida de poder adquisitivo en el lugar de destino, se tienen en cuenta para determinar el tipo impositivo ese otro Estado miembro.

Un régimen de ventaja fiscal sobre adquisiciones de bienes inmuebles en un Estado miembro condicionado a operaciones de compra solo en este Estado miembro atenta contra la libre circulación de capitales pero pueden justificarse por necesidad de salvaguardar la coherencia de su régimen fis-

cal, siempre que se demuestre un vínculo directo entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado (sentencia de 1 de diciembre 2011, Comisión / Bélgica, asunto C-250/08)

Este asunto tenía por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión por el motivo de que en la Región Flamenca, para calcular una ventaja fiscal con motivo de la compra de un bien inmueble para su uso como vivienda principal, únicamente se tiene en cuenta la cantidad pagada en concepto de impuesto sobre transmisiones patrimoniales por la compra de una vivienda principal anterior si ésta se encuentra en la Región Flamenca.

La Comisión consideraba que dicho régimen vulneraba las normas siguientes: en primer lugar, artículo 21 TFUE (antiguo artículo 18 CE) que prevé el derecho a residir en un Estado miembro distinto de su Estado de origen lo que, según la Comisión incluye el derecho del ciudadano a establecer en el Estado miembro de residencia su vivienda principal; en segundo lugar, la libertad de establecimiento que incluye el derecho de adquirir propiedades inmuebles situadas en el territorio de otros Estados miembros; en tercer lugar, artículo 63 TFUE (antiguo artículo 56 CE) en la medida en que éste prohíbe todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros, incluidas las operaciones sobre inversiones inmobiliarias; por último, la igualdad de trato y la ausencia de razones de interés general que justifiquen la discriminación.

El Tribunal desestimó los argumentos primero, segundo y cuarto, examinando más en detalle solamente la posible vulneración de la libertad de capitales. Concluyó que, en el plano fiscal, la medida belga va en detrimento de las situaciones que se producen en el marco de la Unión en comparación con las situaciones meramente internas, y constituye una restricción prohibida por el artículo 63 TFUE. No obstante, el Tribunal examinó a continuación la alegación de las autoridades belgas que la restricción a la libre circulación de capitales resulta justificada por la necesidad de salvaguardar la coherencia de su régimen fiscal. Este asunto es uno de los pocos casos donde el Tribunal, en contra de las indicaciones de la Comisión, aceptó la justificación de la coherencia fiscal.

El Tribunal recordó en primer lugar que, según jurisprudencia constante, para que se acepte tal justificación, es preciso demostrar la existencia de una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado. En el asunto de autos, Bélgica había conseguido demostrar la existencia de dicho vínculo. En efecto, Bélgica demostró que si las personas de otros Estados miembros que

deciden establecer su principal vivienda en Bélgica se pudieran acoger al régimen de compensación previsto por la medida belga, cuando adquieran un bien inmueble en la Región Flamenca, tales personas estarían obteniendo indebidamente una ventaja de un régimen impositivo al que no había quedado sujeta su adquisición inmobiliaria anterior (que tuvo lugar fuera de Bélgica). Además, la existencia del vínculo se demuestra por la identidad del contribuyente al que se concede la ventaja fiscal en el marco del mismo impuesto. Por último, el Tribunal consideró que la medida es proporcionada en relación con el objetivo perseguido.

Conformidad con el Derecho de la Unión de una medida que prohíbe deducir la cuota devengada en otros Estados miembros por rendimientos obtenidos en su territorio cuando dicha cuota no llega a pagarse (sentencia de 8 de diciembre 2011, BBVA, C-157/10)

Otro asunto en materia de restricciones a la libre circulación de capitales es una cuestión prejudicial que se suscitó en un caso español, en el marco de un litigio entre el BBVA y las autoridades fiscales españolas, relativo a la negativa de las autoridades a autorizar BBVA a deducir del impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio fiscal del 1991, que grava la renta mundial del banco, la cuota devengada en Bélgica por los intereses obtenidos en este Estado miembro, pero que no se llegó a pagar por estar exenta.

El Tribunal juzgó dicho caso según las normas aplicables en la fecha de los hechos del litigio principal que eran el artículo 67 CEE y la Directiva 88/361 adoptada con vistas a la aplicación de este artículo. Se decantó por declarar conforme a la libre circulación de capitales la regulación de un Estado miembro que prohíbe la deducción de la cuota devengada en otros Estados miembros por rendimientos obtenidos en esos otros Estados miembros y sometidos a dicho tributo cuando la cuota no se paga pese al devengo. Precisó, sin embargo, que es necesario que dicha regulación no sea discriminatoria en relación con el tratamiento que se aplica a los intereses obtenidos en ese mismo Estado miembro.

La exclusividad en la retransmisión de partidos de fútbol es contraria al mercado interior y el derecho de la competencia (sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros, C 403/08 y C 429/08).

La sentencia aborda la compatibilidad con el derecho de la Unión de un sistema de licencias para la retransmisión de partidos de fútbol que concede a los organismos de radiodifusión una exclusividad territorial para cada Estado miembro y que prohíbe a los telespectadores ver estas emisiones con una tarjeta decodificadora en los otros Estados miembros.

La *Football Association Premier League* (FAPL) administra la *Premier League* «principal campeonato de fútbol profesional de Inglaterra» y comercializa los derechos de difusión televisiva de los partidos de dicho campeonato. A través de un procedimiento abierto de licitación pública, concede a los organismos de radiodifusión un derecho exclusivo para la transmisión en directo de los partidos de la *Premier League* con arreglo a una delimitación territorial. Como la delimitación territorial se corresponde habitualmente con un único Estado miembro, los telespectadores únicamente pueden ver los partidos emitidos por los organismos de radiodifusión establecidos en el Estado miembro en el que residen. Con el fin de proteger esa exclusividad territorial y de impedir que el público reciba las emisiones fuera del Estado miembro en cuestión, todos los organismos de radiodifusión se comprometen, en el contrato de licencia celebrado con FAPL, a codificar su señal vía satélite y a transmitirla vía satélite, así codificada, únicamente a los abonados del territorio que se les ha asignado. Por consiguiente, el contrato de licencia prohíbe a los organismos de radiodifusión suministrar las tarjetas decodificadoras a las personas que desean ver sus emisiones fuera del Estado miembro para el que ostentan la licencia.

Para acceder a los partidos de la *Premier League*, algunos establecimientos de restauración comenzaron, en el Reino Unido, a utilizar tarjetas decodificadoras extranjeras, entregadas por un organismo de radiodifusión griego a los abonados residentes en Grecia. De este modo, los establecimientos en causa compraban las tarjetas y un decodificador a un distribuidor a precios más ventajosos que los pedidos por Sky, titular de los derechos de retransmisión en el Reino Unido.

El Tribunal de Justicia declara que una normativa nacional que prohíbe importar, vender o utilizar tarjetas decodificadoras extranjeras es contraria a la libre prestación de servicios y no puede justificarse ni con el objetivo de proteger los derechos de propiedad intelectual, ni con el objetivo de incentivar la presencia de público en los estadios de fútbol. En particular, en cuanto a la posibilidad de justificar dicha restricción con el objetivo de proteger los derechos de propiedad intelectual, el Tribunal de Justicia señala que FAPL no puede invocar derechos de autor sobre los partidos de la *Premier League*, puesto que esos encuentros deportivos no se pueden considerar creaciones intelectuales propias de un autor y, por tanto, «obras» en el sentido de los derechos de autor de la Unión. Además, aun en el supuesto de que el Derecho nacional concediese a los encuentros deportivos una protección comparable a la protección de las obras —algo que, en principio, sería compatible con el Derecho de la Unión—, la prohibición de utilizar las tarjetas deco-

dificadoras extranjeras iría más allá de lo necesario para garantizar una remuneración adecuada a los titulares de los derechos afectados.

A este respecto, el Tribunal de Justicia señala, por una parte, que, para calcular dicha remuneración adecuada, se pueden tomar en consideración la audiencia efectiva y la potencial, tanto en el Estado miembro de emisión como en cualquier otro Estado miembro en el que se reciban las emisiones y que, por tanto, no es necesario limitar la libre circulación de servicios en el seno de la Unión. Por otra parte, el pago por parte de los canales de televisión de un suplemento para reservarse una exclusividad territorial absoluta va más allá de lo necesario para garantizar a los titulares una remuneración adecuada, porque tal práctica puede conducir a diferencias de precio artificiales entre los mercados nacionales compartimentados. Pues bien, esa compartimentación y esa diferencia artificial de precio son incompatibles con el objetivo esencial del Tratado, que es la realización del mercado interior.

Concluye por lo tanto que el artículo 56 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro que convierte en ilegales la importación, la venta y la utilización en ese Estado de decodificadores extranjeros que permiten el acceso a un servicio codificado de radiodifusión vía satélite procedente de otro Estado miembro que comprende los objetos protegidos por la normativa del primer Estado. Esta conclusión no se ve invalidada ni por el hecho de que el decodificador extranjero se haya obtenido o activado facilitando un nombre y un domicilio falsos, con la intención de eludir la restricción territorial en cuestión, ni por el hecho de que dicho dispositivo se utilice con fines comerciales aunque estuviese reservado para un uso privado.

Por razones similares, un sistema de licencias exclusivas es también contrario al Derecho de la Unión en materia de competencia si los contratos de licencia prohíben suministrar tarjetas decodificadoras a los telespectadores que desean ver las emisiones fuera del Estado miembro para el que se concede la licencia. Es cierto que el Derecho de la Unión en materia de competencia no se opone, en principio, a que un titular de derechos pueda conceder a un licenciatario único el derecho exclusivo de difundir vía satélite, durante un período de tiempo determinado, un objeto protegido desde un único Estado miembro de emisión o desde varios Estados miembros. No obstante, los contratos de licencia no pueden prohibir a los organismos de radiodifusión toda prestación transfronteriza de servicios en relación con los partidos en cuestión, porque un contrato así permitiría otorgar a cada organismo de radiodifusión una exclusividad territorial absoluta en la zona cubierta por su licencia y eliminaría con ello toda competencia entre diferentes organismos de radiodifusión en el ámbito de dichos servicios, compartimentando los mercados nacionales según las fronteras nacionales.

Por último, en cuanto a las cuestiones relativas a la interpretación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, el Tribunal de Justicia señala, con carácter preliminar, que sólo pueden considerarse «obras», y están protegidas por derechos de autor, la secuencia de vídeo de apertura, el himno de la *Premier League*, las películas pregrabadas que muestran los momentos más destacados de los partidos recientes de la *Premier League* y algunos diseños. En cambio, los partidos en sí no son obras que gocen de tal protección.

El Tribunal de Justicia declara que la difusión en un establecimiento de restauración de las emisiones que contienen esas obras protegidas, como la secuencia de vídeo de apertura o el himno de la *Premier League*, constituye una «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva, para la cual es precisa la autorización del autor de las obras. En efecto, cuando un establecimiento de restauración difunde estas obras a la clientela presente en el local, las obras se transmiten a un público nuevo que no fue tenido en cuenta por los autores al autorizar la radiodifusión de sus obras.

Por otro lado, el derecho de reproducción del artículo 2, letra a), de la Directiva se extiende a los fragmentos transitorios de las obras creados en la memoria de un decodificador de la señal vía satélite y en una pantalla de televisión, siempre que dichos fragmentos contengan elementos que expresen la creación intelectual propia de los autores de que se trate, debiendo examinarse el conjunto de fragmentos que se reproducen simultáneamente con el fin de comprobar si contienen tales elementos. Los actos de reproducción como los controvertidos realizados en la memoria de un decodificador de la señal vía satélite y en una pantalla de televisión, reúnen los requisitos que establece el artículo 5.1 de la Directiva y, por tanto, pueden realizarse sin la autorización de los titulares de derechos de autor afectados.

Un monopolio en los juegos de azar constituye una restricción a la libre prestación de servicios que, no obstante, puede considerarse justificada por el objetivo de garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores mediante una publicidad moderada que se limite a lo estrictamente necesario para orientar a los consumidores hacia las redes de juego autorizadas y reguladas (sentencia de 15 de septiembre de 2011, Dickinger y Ömer, C-347/09)

La sentencia *Dickinger y Ömer* confirma y precisa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de monopolio de explotación de juegos de azar. El Tribunal de Justicia recordó que, si bien un monopolio en los juegos

de azar constituye una restricción a la libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE), tal restricción puede considerarse justificada, no obstante, por razones imperiosas de interés general como el objetivo de garantizar un nivel particularmente elevado de protección de los consumidores, que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional.

Por lo que respecta, en concreto, a la posibilidad de que el titular del monopolio lleve a cabo una política de expansión, el Tribunal de Justicia precisó que, para ser coherente con el objetivo de lucha contra las prácticas delictivas y con el de reducir las oportunidades de juego, toda normativa nacional que establezca un monopolio en materia de juegos de azar deberá, por un lado, basarse en la constatación de que las actividades delictivas y fraudulentas vinculadas a los juegos de azar y la adicción al juego constituyen, en el territorio del Estado miembro afectado, un problema que puede resolverse mediante la expansión de las actividades autorizadas y reguladas, y, por otro lado, permitir únicamente una publicidad moderada y que se limite a lo estrictamente necesario para orientar a los consumidores hacia las redes de juego autorizadas.

Para que pueda alcanzarse este objetivo de orientación hacia circuitos controlados, los operadores autorizados han de constituir una alternativa fiable, pero al mismo tiempo atractiva, a las actividades no reguladas, circunstancia que puede implicar la oferta de una amplia gama de juegos, una publicidad de una determinada magnitud y el recurso a nuevas técnicas de distribución. A este respecto, el Tribunal de Justicia indicó, no obstante, que la publicidad debe ser moderada y limitarse a lo estrictamente necesario, y su objeto no puede ser alentar la propensión natural al juego de los consumidores, fomentando la participación activa en el juego mediante su banalización, su presentación bajo la imagen positiva que supone la dedicación de sus ingresos a actividades de interés general o el fortalecimiento de su atractivo a través de mensajes publicitarios llamativos que patenten la perspectiva de importantes ganancias.

El Tribunal precisó que, de acuerdo con la jurisprudencia *Placanica* (sentencia de 6 de marzo de 2007, *Placanica* y otros, asuntos acumulados C-338/04, C-359/04 y C-360/04), cuando se ha establecido un régimen de monopolio en un Estado miembro en materia de juegos de azar y dicho régimen es incompatible con el artículo 56 TFEU, su vulneración por un operador económico no puede ser objeto de sanciones penales.

***Restricciones impuestas en el momento del traslado de la sede de una sociedad a un Estado miembro distinto del de su constitución* (sentencia de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus*, C-371/10)**

En materia de libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia precisó también su jurisprudencia en relación con las restricciones impuestas en el momento del traslado de la sede de una sociedad a un Estado miembro distinto del de su constitución. De este modo, en el asunto *National Grid Indus*, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 49 TFUE no se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual el importe del gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos del patrimonio de una sociedad se liquida definitivamente (sin tener en cuenta ni las minusvalías ni las plusvalías que puedan realizarse posteriormente) en el momento en el que la sociedad, con motivo del traslado de su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro, deja de percibir beneficios imponibles en el primer Estado miembro. A este respecto, carece de relevancia el hecho de que las plusvalías latentes gravadas se refieran a diferencias positivas de cambio que no pueden hacerse patentes en el Estado miembro de acogida teniendo en cuenta el régimen tributario allí vigente.

Según el Tribunal de Justicia, tal normativa respeta el principio de proporcionalidad habida cuenta de su objetivo, que es el de gravar en el Estado miembro de origen las plusvalías generadas en el marco de la competencia tributaria de dicho Estado miembro. Efectivamente, resulta proporcionado que el Estado miembro de origen, con el fin de preservar el ejercicio de su competencia en materia tributaria, liquide el impuesto que se adeuda por las plusvalías latentes generadas en su territorio en el momento en el que su potestad tributaria respecto a la sociedad de que se trata se extingue – en el presente caso, en el momento del traslado de la sede de dirección efectiva de ésta a otro Estado miembro.

En cambio, según el Tribunal de Justicia, el artículo 49 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual debe procederse al cobro inmediato del gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos del patrimonio de una sociedad que traslada su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro en el momento mismo de dicho traslado. El Tribunal de Justicia consideró que una normativa que ofreciese a la sociedad que traslada su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro la opción entre, por una parte, pagar inmediatamente el importe del gravamen, lo cual generaría una desventaja de tesorería para dicha sociedad pero la dispensaría de cargas administrativas posteriores, y, por otra, pagar con carácter diferido el importe de dicho gravamen, acompañado, en su caso, de intereses con arreglo a la normativa nacional aplicable, lo cual conllevaría necesariamente para la sociedad afectada una carga administrativa vinculada al seguimiento de los activos transferidos, constituiría una medida que, a la vez que

sería adecuada para asegurar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, sería menos lesiva de la libertad de establecimiento que el cobro inmediato de dicho gravamen.

4. AGRICULTURA Y PESCA

Una sustancia que ha perdido su capacidad reproductiva y que carece de toda capacidad de transferir el material genético no constituye ‘organismo modificado genéticamente’ (sentencia de 6 de septiembre de 2011, Bablok y otros, C-442/09)

En relación con la interpretación del Reglamento nº 1829/2003, sobre alimentos modificados genéticamente, el asunto *Bablok y otros* merece ser mencionado. El litigio principal enfrentaba a un apicultor al Freistaat Bayern (Alemania), propietario de terrenos en los que se cultivó maíz MON 810 (organismo modificado genéticamente, también referido como OMG). El apicultor alegaba que la presencia de ADN del maíz MON 810 en el polen de maíz y en algunas muestras de miel de su producción podía hacer que sus productos agrícolas dejaran de ser aptos para la comercialización y el consumo.

El órgano jurisdiccional remitente señaló que cuando el polen controvertido se incorpora a la miel o a complementos alimenticios a base de polen pierde su capacidad de fecundación, y presentó ante el Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial, para preguntarle principalmente si la mera presencia, en los productos apícolas de que se trata, de polen de maíz modificado genéticamente que ha perdido su capacidad de reproducción tiene como consecuencia que la comercialización de dichos productos está sujeta a autorización. Así pues, el Tribunal de Justicia tuvo que precisar el concepto de organismo modificado genéticamente establecido en el artículo 2, número 5, del Reglamento nº 1829/2003.

El Tribunal consideró que una sustancia como el polen derivado de una variedad de maíz modificado genéticamente, que ha perdido su capacidad reproductiva y que carece de toda capacidad de transferir el material genético que contiene ya no está comprendido en ese concepto. No obstante, el Tribunal de Justicia declaró que productos como la miel y los complementos alimenticios que contienen tal polen constituyen alimentos que contienen ingredientes producidos a partir de OMG en el sentido de dicho Reglamento. A este respecto, señala que el polen controvertido se considera «producido a partir de OMG» y que constituye un «ingrediente» de la miel y de los complementos alimenticios elaborados con polen. En lo que se refiere a la miel, subraya que el polen no es un cuerpo extraño ni una impureza, sino un com-

ponente normal de este producto, de modo que, efectivamente, debe calificarse de «ingrediente». En consecuencia, el polen de que se trata está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento y, antes de su comercialización, debe sujetarse al régimen de autorización previsto en aquél. Por otra parte, el Tribunal de Justicia manifestó que el carácter intencional o fortuito de la introducción de dicho polen en la miel no excluye al alimento que contenga ingredientes producidos a partir de OMG de la aplicación de dicho régimen de autorización.

Por último, el Tribunal de Justicia precisó que la obligación de autorización y supervisión de un alimento impuesta en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 2, del Reglamento nº 1829/2003 existe con independencia de la proporción de material modificado genéticamente contenida en el producto de que se trate, y que no puede aplicarse por analogía a esta obligación un umbral de tolerancia como el previsto en relación con el etiquetado en el artículo 12, apartado 2, del mismo Reglamento.

Condiciones y base legal para adoptar medidas de emergencia dirigidas a suspender o prohibir provisionalmente la utilización o la comercialización de OMGs, que ya hayan recibido una autorización de comercialización sobre la base de la —ya derogada— Directiva 90/220 (sentencia de 8 de septiembre de 2011, Monsanto y otros, C-58/10 a C-68/10)

En los asuntos *Monsanto y otros*, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre las condiciones en las que las autoridades nacionales pueden adoptar medidas de emergencia dirigidas a suspender o prohibir provisionalmente la utilización o la comercialización de OMGs, que ya hayan recibido una autorización de comercialización sobre la base de la Directiva 90/220 sobre los OMG (derogada mediante la Directiva 2001/18. El Tribunal de Justicia señaló que, en el caso de autos, el maíz MON 810, autorizado concretamente como semilla destinada al cultivo con arreglo a la Directiva 90/220, fue notificado como «producto existente», conforme al Reglamento nº 1829/2003 sobre alimentos modificados genéticamente, y posteriormente fue objeto de una solicitud de renovación aún en examen, con arreglo a dicho Reglamento.

El Tribunal consideró que, en tales circunstancias, un Estado miembro no puede recurrir a la cláusula de salvaguardia establecida en la Directiva 2001/18 para adoptar medidas que suspendan y posteriormente prohíban provisionalmente la utilización o la comercialización de un OMG como el maíz MON 810. Puntualizó que, en cambio, tales medidas de emergencia pueden adoptarse en virtud del Reglamento nº 1829/2003.

A este respecto, el Tribunal subrayó que, cuando un Estado miembro pretenda adoptar medidas de emergencia basándose en dicho Reglamento, debe

respetar tanto los requisitos sustanciales establecidos en él, como los requisitos procedimentales establecidos en el Reglamento nº 178/2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, al que el primer Reglamento remite en este tema. Por lo tanto, el Estado miembro debe informar «oficialmente» a la Comisión de la necesidad de adoptar medidas de emergencia. Si la Comisión no adopta medidas, dicho Estado miembro debe informarla «inmediatamente», así como a los demás Estados miembros, del contenido de las medidas provisionales de protección que haya adoptado.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia declaró, en cuanto a los requisitos sustanciales de las medidas de emergencia adoptadas con arreglo al Reglamento nº 1829/2003, que éste obliga a los Estados miembros a demostrar que concurre, además de la emergencia, una situación que puede presentar un riesgo importante que ponga en peligro de manera manifiesta la salud humana, la sanidad animal o el medio ambiente. Pese a su carácter provisional y preventivo, sólo pueden adoptarse tales medidas sobre la base de una evaluación de los riesgos lo más completa posible, dadas las circunstancias concretas del caso de que se trate, que demuestre que dichas medidas son necesarias.

Por último, el Tribunal de Justicia señaló que, habida cuenta del sistema establecido por el Reglamento nº 1829/2003 y de su propósito de evitar disparidades artificiales, la evaluación y la gestión de un riesgo grave y evidente son, en última instancia, competencia exclusiva de la Comisión y del Consejo, bajo el control del juez de la Unión.

5. COMPETENCIA

Una cláusula de un contrato de distribución selectiva que prohíbe a los distribuidores vender sus productos por Internet, constituye una restricción de la competencia por objeto, salvo que dicha cláusula esté justificada objetivamente (sentencia de 13 de octubre, Pierre Fabre, C-439/09)

Los contratos de distribución de los productos relativos a las marcas *Klorane*, *Ducray*, *Galénic* y *Avène* precisaban que las ventas deben llevarse a cabo exclusivamente en un espacio físico y obligatoriamente en presencia de un licenciado en Farmacia, limitando de ese modo cualquier forma de venta por Internet. La Autoridad francesa de la competencia decidió que, debido a que prohibían *de facto* cualquier venta por Internet, los acuerdos de distribución de PFDC eran contrarios a la competencia tanto con arreglo a la normativa francesa como al Derecho de la Unión Europea en materia de competencia.

En la sentencia el Tribunal de Justicia recuerda que para apreciar si una cláusula contractual supone una restricción de competencia «por objeto», procede examinar particularmente el tenor de la cláusula, los objetivos que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe. Los acuerdos que constituyen un sistema de distribución selectiva deben considerarse, si no están justificados objetivamente, «restricciones por objeto». No obstante, un sistema de distribución selectiva es conforme con el Derecho de la Unión si la elección de los revendedores se hace en función de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de modo uniforme respecto a todos los revendedores potenciales y aplicados de forma no discriminatoria, si las propiedades del producto de que se trata requieren, para preservar su calidad y asegurar su uso apropiado, un sistema de distribución de ese tipo y, por último, si los criterios exigidos no exceden de lo que es necesario.

Tras recordar que corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si una cláusula contractual que prohíbe *de facto* cualquier forma de venta por Internet puede estar justificada por un objetivo legítimo, el Tribunal de Justicia le proporciona a tal efecto elementos de interpretación del Derecho de la Unión para que pueda pronunciarse. De ese modo, el Tribunal de Justicia señala que no ha acogido, respecto de las libertades de circulación, las alegaciones relativas a la necesidad de proporcionar un asesoramiento personalizado al cliente y de garantizar su protección ante un uso indebido de productos, en el marco de la venta de medicamentos no sujetos a prescripción médica y de lentes de contacto, para justificar una prohibición de venta por Internet. Igualmente, el Tribunal de Justicia considera que la necesidad de preservar la imagen de prestigio de los productos de PFDC no puede constituir un objetivo legítimo para restringir la competencia.

Por lo que atañe a la posibilidad de que al contrato de distribución selectiva se aplique una exención por categoría, el Tribunal de Justicia recuerda que dicha exención no se aplica a los acuerdos verticales que tienen por objeto restringir las ventas activas o las ventas pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan como minoristas en el mercado. Pues bien, una cláusula contractual que prohíbe *de facto* Internet como modo de comercialización tiene, como mínimo, por objeto restringir las ventas pasivas a los usuarios que desean comprar por Internet y están situados fuera de la zona física de influencia de un miembro del sistema de distribución selectiva. En consecuencia, la exención por categoría no se aplica a ese contrato. Por el contrario, un contrato de ese tipo puede tener derecho, a título individual, a que se le aplique la excepción

legal del artículo 101 TFUE, apartado 3, si el tribunal remitente constata que se cumplen los requisitos que establece dicha disposición.

La presunción de ejercicio de influencia de una sociedad matriz sobre su filial no es incompatible con la presunción de inocencia (sentencia de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P)

El Tribunal de Justicia anula una sentencia del Tribunal de Primera Instancia y la Decisión de la Comisión en la medida en que ésta imputa a Elf Aquitaine la participación de su filial, Arkema, en una práctica colusoria en el mercado del ácido monocloroacético

A Elf Aquitaine y Arkema la Comisión les había impuesto, con carácter conjunto y solidario, una multa de 45 millones de euros. El Tribunal de Primera Instancia había desestimado la totalidad de las alegaciones formuladas por Elf Aquitaine y Arkema. En particular, determinó que cuando una sociedad matriz posee la totalidad o la cuasitotalidad del capital de una filial, la Comisión puede presumir que aquélla ejerce una influencia determinante en la política comercial de su filial. Para refutar dicha presunción, la sociedad matriz debe aportar pruebas que demuestren que su filial determina de modo autónomo su conducta en el mercado. Pues bien, el Tribunal de Primera Instancia consideró que, en los asuntos en cuestión, la Comisión estaba facultada para considerar que la responsabilidad conjunta y solidaria de las infracciones cometidas por Arkema debía imputarse a Elf Aquitaine, por no haber aportado pruebas suficientes.

En una primera parte, el Tribunal de Justicia confirma que la existencia de una presunción de ejercicio de influencia sobre una filial es compatible con los derechos fundamentales. La presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante tiene como principal finalidad establecer un equilibrio entre la importancia, por una parte, del objetivo consistente en reprimir las conductas contrarias a las normas sobre la competencia, en particular al artículo 101 TFUE, y evitar que éstas se repitan y, por otra parte, de las exigencias de determinados principios generales del Derecho de la Unión como son, en particular, los principios de presunción de inocencia, de personalidad de las penas y de seguridad jurídica, así como el derecho de defensa, incluido el principio de igualdad de armas. Precisamente por esa razón es refutable. Recuerda, por un lado, que dicha presunción se basa en la constatación de que, salvo en circunstancias completamente excepcionales, una sociedad que es titular de la totalidad del capital de una filial puede, por el mero hecho de ser titular de dicha cuota, ejercer una influencia determinante en la conducta de dicha filial y, por otro lado, que para probar la falta de ejercicio efectivo de ese poder de influencia normalmente lo más eficaz es buscar ele-

mentos en la esfera de las entidades contra las que opera dicha presunción. En dichas circunstancias, si para destruir dicha presunción, a la parte interesada le bastase con formular meras afirmaciones sin fundamento, aquélla se vería ampliamente privada de su utilidad.

Por otra parte, de la jurisprudencia se desprende que una presunción, aunque sea difícil de destruir, continúa estando dentro de unos límites aceptables mientras sea proporcionada al fin legítimo que persigue, exista la posibilidad de aportar prueba en contrario y se garantice el derecho de defensa. El enfoque adoptado por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia recurrida respecto de las pruebas aportadas por la recurrente no podía, considerado en su conjunto, calificarse de *probatio diabolica*. En efecto, corresponde a las entidades que pretenden refutar la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante aportar todas las pruebas relativas a los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a la filial en cuestión con la sociedad matriz y que éstas consideren apropiadas para demostrar que no constituyen una única entidad económica. Al respecto, el mero hecho de que una entidad no presente, en un caso dado, pruebas que refuten la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante no significa que dicha presunción no pueda, en ningún caso, ser refutada.

En una segunda parte de la sentencia, relativa a la motivación, el Tribunal de Justicia recuerda que, cuando una decisión en materia de Derecho de la competencia afecta a varios destinatarios y tiene por objeto la imputabilidad de una infracción, debe comportar una motivación suficiente respecto de cada destinatario. De ese modo, en el caso de una sociedad matriz a la que se considera responsable de la conducta infractora de su filial, una decisión de ese tipo debe, en principio, contener una exposición detallada de las razones que justifiquen la imputabilidad de la infracción a dicha sociedad. El Tribunal de Justicia precisa que, en el supuesto más particular de una decisión de la Comisión que se apoya exclusivamente, respecto de determinados destinatarios, en la presunción del ejercicio de una influencia determinante en el comportamiento de una filial, la Comisión está obligada, en todo caso —so pena de convertir de hecho dicha presunción en irrefutable— a exponer de manera adecuada los motivos por los que los elementos de hecho o de Derecho invocados no han sido suficientes para refutar dicha presunción. El deber de la Comisión de motivar sus decisiones en este punto resulta en particular del carácter *iuris tantum* de la presunción. El Tribunal de Justicia señala que, en el presente asunto, la Comisión no motivó suficientemente la respuesta dada a varias de las alegaciones de Elf Aquitaine dirigidas a establecer que Arkema determinaba de modo autónomo su conducta en el mercado.

Existencia de selectividad material, y por tanto, ayuda de Estado, en un régimen fiscal concebido de forma las empresas beneficiarias —en este caso extraterritoriales— se pueden caracterizar en virtud de sus propiedades específicas como una categoría de empresas privilegiada (sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido, C-106/09 P y C-107/09 P)

En materia de ayudas de Estado, cabe destacar la sentencia en el asunto *Gibraltar*, en el que el Tribunal de Justicia anuló, a instancia de la Comisión y del Reino de España, previa sentencia del Tribunal de Primera Instancia, que a su vez había anulado una decisión de la Comisión relativa a un régimen de ayudas que el Reino Unido tenía previsto ejecutar a través de la reforma del impuesto de sociedades en Gibraltar en la que la Comisión concluyó que dicha reforma constituía un régimen de ayuda de Estado incompatible con el mercado interior. Dicha reforma fiscal comprendía, en particular, el establecimiento de tres impuestos aplicables a todas las sociedades de Gibraltar, a saber: una tasa de registro, un impuesto sobre el número de empleados y un impuesto por superficie ocupada (*business property occupation tax*, «BPOT»), debiendo tenerse en cuenta que la carga impositiva correspondiente a los dos últimos impuestos no podría ser superior al 15 % de los beneficios.

El tema principal de esta sentencia era el debate sobre el concepto de selectividad material. La Comisión consideró en su decisión que tres aspectos de la reforma fiscal eran selectivos desde el punto de vista material: (i) el requisito de que las empresas obtuvieran beneficios antes de estar sometidas al impuesto sobre el número de empleados y al BPOT, ya que este requisito favorecería a las empresas que no lograsen beneficios; (ii) el límite máximo del 15 % de los beneficios aplicado a efectos del impuesto sobre el número de empleados y del BPOT, ya que dicho límite máximo favorecería a las empresas que para el ejercicio fiscal de que se trate tuviesen beneficios bajos en relación con su número de empleados y los locales que ocupan; (iii) el impuesto sobre el número de empleados y el BPOT, ya que ambos impuestos favorecerían, debido a su naturaleza, a las sociedades extraterritoriales que no tuviesen presencia real en Gibraltar y que, por ello, no son sujetos pasivos del impuesto de sociedades.

El Tribunal de Primera Instancia, en su sentencia de de 18 de diciembre de 2008 (asuntos acumulados T-211/04 y T-215/04), anuló la decisión de la Comisión al juzgar que la Comisión no había seguido un método de análisis correcto en relación con la selectividad material del proyecto de reforma. En efecto, según el Tribunal de Primera Instancia, para demostrar el carácter selectivo del régimen fiscal en cuestión, la Comisión habría debido demos-

trar que algunos de sus elementos revestían un carácter excepcional con respecto al régimen común o *normal* de Gibraltar. De este modo, la Comisión no podía, como hizo en su decisión, considerar selectivas medidas fiscales generales habida cuenta de sus efectos.

Por el contrario, el Tribunal de Justicia estimó que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al considerar que el proyecto de reforma fiscal no confería ventajas selectivas a las sociedades extraterritoriales y anuló la sentencia del Tribunal de Primera Instancia. En efecto, el Tribunal de Justicia consideró que una carga fiscal diferente resultante de la aplicación de un régimen fiscal *general* no basta, en sí misma, para demostrar la selectividad de una imposición. Sin embargo, estimó que esta selectividad existe cuando, como en el caso de autos, los criterios de imposición adoptados por un sistema fiscal permiten caracterizar a las empresas beneficiarias en virtud de sus propiedades específicas como una categoría de empresas privilegiada. De este modo, el Tribunal de Justicia observó que el régimen fiscal de Gibraltar se caracterizaba, en particular, por la combinación del impuesto sobre el número de empleados y del BPOT como únicas bases imponibles, lo que conducía a una imposición que dependía del número de trabajadores y del tamaño de los locales ocupados. Debido a la inexistencia de otras bases imponibles, la combinación de esas dos bases imponibles (que se basaban en criterios, por sí mismos, de carácter general), excluía totalmente de cualquier imposición a las sociedades extraterritoriales, pues éstas no tienen empleados y tampoco ocupan local alguno. Estos criterios llevaron a cabo por tanto una discriminación entre sociedades que se encontraban en una situación comparable a la luz del objetivo perseguido por el proyecto de reforma fiscal, a saber, el establecimiento de un sistema general de imposición para todas las sociedades establecidas en Gibraltar.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia concluyó que la circunstancia de que las sociedades extraterritoriales no estaban sujetas a imposición en Gibraltar no es una consecuencia aleatoria del régimen de que se trata, sino la consecuencia ineluctable del hecho de que los dos impuestos sobre sociedades (en particular, sus bases imponibles) estuviesen precisamente concebidos de forma que las sociedades extraterritoriales, que por su naturaleza, no tenían empleados ni ocupan locales, no estuviesen sujetas a imposición. En consecuencia, el hecho de que las sociedades extraterritoriales no estuviesen sujetas a la imposición, precisamente debido a las características propias y específicas de dicha categoría, permitía considerar que aquéllas se veían favorecidas por ventajas selectivas.

En particular, el Tribunal de Justicia recordó que, contrariamente al razo-

namiento seguido por el Tribunal de Primera Instancia, la calificación de un sistema fiscal como *selectivo* no estaba supeditada al hecho de que estuviese concebido de forma que el conjunto de empresas estuviesen sujetas a las mismas cargas fiscales, pero de que algunas de ellas se beneficiasen de normas que establezcan excepciones y les concedan ventajas selectivas. Tal interpretación del criterio de selectividad presupondría que, para que un régimen fiscal pudiera calificarse de selectivo, debería estar concebido con arreglo a una determinada técnica jurídica. Este enfoque daría lugar a que las normas fiscales nacionales no estuvieran sujetas al control en materia de ayudas de Estado por el mero hecho de haber recurrido a otra técnica jurídica aunque produjesen los mismos efectos.

El Tribunal de Justicia confirma el análisis del Tribunal General según el cual el régimen tributario particular a la que estaba sujeto France Télécom constituía una ayuda estatal, aunque el importe exacto de las ayudas concedidas en virtud de dicho régimen debiera determinarse en función de ciertos factores externos al régimen (sentencia de 8 de diciembre de 2011, France Télécom/Comisión, C-81/10P)

Siempre en materia de la definición del concepto de ayuda, cabe destacar asimismo la sentencia *France Télécom* en la que el Tribunal de Justicia confirma la sentencia del Tribunal General según la cual France Télécom recibió cada año entre 1994 y 2002 una ayuda estatal incompatible con el mercado interior.

A partir del 1 de enero de 1994, France Télécom quedaba sujeta al régimen fiscal de Derecho común excepto en lo que se refiere a los impuestos directos locales, entre ellos el impuesto sobre actividades económicas. En lo que respecta a este último impuesto, a France Télécom se le aplicaba un tipo de gravamen nacional. La Comisión consideró que el régimen tributario particular aplicable desde 1994 a 2002 establecía una ayuda estatal, representada por la diferencia de tributación entre el impuesto que France Télécom debería haber soportado en condiciones de Derecho común y el importe del impuesto sobre actividades económicas efectivamente exigido a la misma. Mediante decisión en 2004, la Comisión consideró igualmente que esta ayuda, ejecutada ilegalmente, era además incompatible con el mercado común y, por lo tanto, debía ser recuperada por las autoridades francesas. La decisión no fijaba el importe exacto que debía recuperarse, pero especificaba que el principal de la deuda se situaba en una horquilla de valores que iba de 798 millones a 1.140 millones de euros, a lo que debían añadirse los intereses devengados desde la fecha en que las ayudas de que se trata estuvieron a disposición del beneficiario hasta la de su recuperación.

El Tribunal General confirmó la conclusión de la Comisión sobre la existencia de una ayuda estatal. El Tribunal de Justicia prosiguió en esta línea afirmando que el Tribunal General actuó con arreglo a Derecho al considerar que el régimen tributario particular aplicado a France Télécom (de 1924 a 2002) constituía una ayuda estatal.

France Télécom disfrutó efectivamente de un gravamen menor en concepto de impuesto sobre actividades económicas, y por tanto de una ventaja, directamente relacionada con las características específicas del régimen tributario particular que se le aplicaba. En particular, France Télécom recibió un trato fiscal específico a nivel nacional, caracterizado por el hecho de que su impuesto sobre actividades económicas se calculaba utilizando un tipo impositivo que era la media ponderada de los diferentes tipos aplicables en las diferentes entidades locales, mientras que a las demás empresas se les aplicaban los tipos impositivos decididos anualmente por cada entidad local. Además, a France Télécom se le aplicaba un tipo único del impuesto sobre actividades económicas en el lugar de su establecimiento principal, mientras que a las demás empresas se les aplicaban los diferentes tipos decididos por las entidades locales en cuyo territorio disponían de instalaciones. A France Télécom se le aplicaba igualmente un tipo adicional del 1,9 % en concepto de gastos de gestión, en vez del tipo del 8 % aplicado por este concepto a las demás empresas.

El Tribunal de Justicia confirmó el análisis del Tribunal General según el cual este régimen tributario particular constituía una ayuda estatal en la medida en que otorgaba a France Télécom una ventaja, aunque el importe exacto de las ayudas concedidas en virtud de dicho régimen debiera determinarse en función de ciertos factores externos al régimen. En efecto, en el presente caso existía una configuración mixta, en la que la existencia de la ventaja se debía, por una parte, a un componente fijo, relacionado con el régimen tributario particular aplicado a France Télécom, diferente del régimen de Derecho común, y, por otra parte, a un componente variable, en función de factores externos, tales como la localización de los locales o terrenos de France Télécom en diversas entidades locales y el tipo impositivo aplicable en cada una de ellas.

A continuación, el Tribunal de Justicia rechazó la alegación de France Télécom de que el Tribunal General omitió tener en cuenta globalmente el régimen fiscal que se le había aplicado mediante los dos regímenes fiscales sucesivos. En efecto, según el Tribunal de Justicia, el hecho de que los dos regímenes hubieran sido establecidos por la misma Ley no significa que el régimen fiscal aplicable a France Télécom estuviera constituido por dos pe-

ródos indisociables, de los cuales, según dicha empresa, el primero había dado lugar a una sobreimposición y el segundo a una subimposición. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia consideró que el Tribunal General no había cometido un error de Derecho al llegar a la conclusión de que la Comisión había actuado acertadamente al negarse a realizar una compensación entre, por un lado, los importes de la contribución a tanto alzado abonados por France Télécom de 1991 a 1993 y, por otro, las diferencias de tributación resultantes del régimen tributario particular establecido en favor de dicha sociedad para los años 1994 a 2002.

Por último, el Tribunal de Justicia desestimó igualmente las alegaciones de France Télécom basadas en una violación del principio de protección de la confianza legítima y en un defecto de motivación de la sentencia del Tribunal General.

El artículo 108.3 TFUE obliga a los prestamistas que se benefician de una garantía estatal asegurarse que dicha garantía ha sido notificada y autorizada por la Comisión, aún cuando el prestamista no sea el principal beneficiario de la ayuda (sentencia de 8 de diciembre 2011, Residex Capital IV, C-275/10)

Esta sentencia esclarece la posición del Tribunal respecto al rol de las jurisdicciones nacionales en materia de ayudas de Estado, siendo uno de los pocos casos donde es exclusivamente un tribunal nacional quién concluye que hay vulneración de la obligación de notificación de una medida de garantía estatal que se estima que constituye ayuda de Estado, y todo ello, sin que la Comisión se pronunciase al respecto de este caso concreto mediante decisión alguna.

Residex, accionista en una filial de la empresa Aerospace, revendió sus acciones a dicho grupo, sin haber obtenido el pago del precio. En estas circunstancias, el jefe del servicio de la empresa municipal del puerto de Rotterdam ofreció a Residex transformar su crédito en préstamo garantizado por una garantía constituida por la empresa municipal. El municipio de Rotterdam se negó posteriormente a abonar la garantía (después de que el deudor principal había incumplido el pago del importe prestado), alegando motivos ante el juez nacional de que la garantía era nula porque había vulnerado el Derecho de la Unión relativo a las ayudas de Estado. Residex, por su parte, cuestionaba la facultad del juez nacional de anular un acto jurídico dirigido a la ejecución de una ayuda de Estado —en este caso la garantía municipal—, por ser contrario al artículo 108 apartado 3 TFUE.

El Tribunal de Justicia recordó su jurisprudencia constante según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales velan por la salvaguarda de los dere-

chos de los justiciables en caso de incumplimiento de la obligación de notificación previa de las ayudas de Estado prevista en el artículo 108.3 TFUE y incumbe a estos órganos jurisdiccionales nacionales deducir todas las consecuencias de la infracción de dicho artículo conforme al Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que implican la ejecución de las medidas de ayuda como a la devolución de la ayudas concedidas en incumplimiento de dicho artículo.

En aplicación práctica de esta doctrina al asunto en autos, el Tribunal concluyó que los jueces nacionales son competentes para anular una garantía otorgada por autoridad pública en la que se ejecutó una ayuda ilegal para garantizar un préstamo concedido por una sociedad financiera —Residex— a favor de una empresa que no habría podido obtener esa financiación en condiciones normales de mercado. A continuación, el Tribunal estimó que el juez nacional puede anular la garantía otorgada por el municipio a Residex (el prestamista) si considera que, a falta de medidas procesales menos onerosas, dicha anulación puede entrañar o facilitar el restablecimiento de la situación competitiva anterior a la concesión de dicha garantía.

6. APROXIMACION DE LEGISLACIONES

El Tribunal precisa cuando se menoscaba una de las «funciones» de la marca o se ha cometido un acto de parasitismo al haber empleado palabras claves correspondientes a una marca en un servicio de referenciación de Google (sentencia de 22 de septiembre de 2011, Interflora, C-323/09)

La sociedad americana Interflora Inc. explota una red mundial de envío de flores. INTERFLORA es una marca nacional en el Reino Unido y también una marca comunitaria. Ambas marcas gozan de un renombre considerable en el Reino Unido y en otros Estados miembros de la Unión Europea. Marks & Spencer ofrece un servicio de venta y envío de flores, actividad comercial que entra en competencia con la de Interflora. En el marco del servicio de referenciación «AdWords» de Google, M & S seleccionó como palabras clave la palabra «Interflora» y sus variantes («Interflora Flowers», «Interflora Delivery», «Interflora.com», «Interflora co uk», etc.). En consecuencia, cuando los internautas introducían la palabra «Interflora» o alguna de esas variantes como término de búsqueda en el motor de búsqueda de Google, aparecía un anuncio de M & S. La *High Court of Justice* (England & Wales), *Chancery Division* (Reino Unido), ante la que Interflora interpuso contra M & S un recurso por vulneración de sus derechos de marca, interrogaba al Tribunal de Justicia sobre varias cuestiones relativas al uso no permitido de pala-

bras clave idénticas a una marca por parte de un competidor en el marco de un servicio de referenciación en Internet.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia recuerda que en caso de uso por un tercero de un signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que está registrada dicha marca, el titular de la marca sólo está facultado para prohibir dicho uso si éste puede menoscabar una de las «funciones» de la marca. Su función esencial es garantizar a los consumidores el origen del producto o del servicio cubierto por ella (función de indicación del origen), siendo las demás funciones, concretamente, la publicitaria y la de inversión. El Tribunal de Justicia destaca a este respecto que la función de indicación del origen de la marca no es la única función de ésta digna de protección frente a los menoscabos por parte de terceros. En efecto, una marca es a menudo —además de una indicación del origen de los productos o servicios— un instrumento de estrategia comercial empleado, en particular, con fines publicitarios o para adquirir buena reputación con vistas a obtener la fidelidad del consumidor.

Citando su sentencia de 23 de marzo de 2010, *Google France & Google Inc. y otros/Louis Vuitton Malletier y otros* (C-236/08 y C-238/08) el Tribunal de Justicia recuerda que se produce un menoscabo de la función de indicación de origen de la marca cuando el anuncio que aparece a partir de la palabra clave correspondiente a la marca no permite o apenas permite al internauta normalmente informado y razonablemente atento determinar si los productos o servicios incluidos en el anuncio proceden del titular de la marca o de una empresa económicamente vinculada a éste o si, por el contrario, proceden de un tercero. En cambio, el uso de un signo idéntico a una marca ajena en el marco de un servicio de referenciación como «AdWords» no menoscaba la función publicitaria de la marca. Por otra parte, el Tribunal de Justicia examina por primera vez la protección de la función de inversión de la marca. Así, menoscaba esta función el uso por un competidor de un signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos cuando dicho uso supone un obstáculo esencial para que el titular emplee su marca para adquirir o conservar una reputación que permita atraer a los consumidores y ganarse una clientela fiel. En caso de que la marca ya goce de reputación, la función de inversión sufre un menoscabo cuando ese uso afecta a dicha reputación y pone en peligro su mantenimiento. En cambio, no cabe admitir que el titular de una marca pueda oponerse a este uso por parte de un competidor si la única consecuencia que tiene dicho uso es obligar al titular de la marca a adaptar sus esfuerzos para adquirir o conservar una reputación que permita atraer a los consumidores y ganarse una clientela fiel. Del mismo

modo, el titular de la citada marca no puede invocar válidamente el hecho de que ese uso lleve a algunos consumidores a desviarse de los productos o servicios que lleven dicha marca. En el caso de autos, el Tribunal de Justicia considera que incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar si el uso del signo idéntico a la marca INTERFLORA por parte de M & S supone un peligro para que Interflora mantenga una reputación que permita atraer a los consumidores y ganarse una clientela fiel.

Interrogado asimismo sobre la protección reforzada de las marcas de renombre, y en particular sobre el alcance de los conceptos de «dilución» (menoscabo del carácter distintivo de la marca de renombre) y de «parasitismo» (provecho obtenido indebidamente del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca), el Tribunal de Justicia señala, entre otros extremos, que puede considerarse que es un acto de parasitismo la selección sin «justa causa» de signos idénticos o similares a una marca de renombre ajena en el marco de un servicio de referenciación. Esta conclusión puede imponerse, en particular, en casos en que los anunciantes en Internet pongan a la venta, a través de la selección de palabras clave correspondientes a marcas de renombre, productos que son imitaciones de los productos del titular de esas marcas. En cambio, cuando la publicidad que aparezca en Internet a partir de una palabra clave correspondiente a una marca de renombre proponga una alternativa frente a los productos o a los servicios del titular de la marca de renombre «sin ofrecer una mera imitación de los productos o de los servicios del titular de dicha marca, sin causar una dilución de ésta o sin dañar su notoriedad (difuminación) y sin menoscabar por lo demás las funciones de la mencionada marca», este uso constituye, en principio, una competencia sana y leal en el sector de los productos o de los servicios de que se trate.

El Tribunal decide que, excepcionalmente, tanto Anheuser-Busch como Budějovický Budvar pueden continuar utilizando la marca Budweiser en el Reino Unido (sentencia de 22 de septiembre de 2011, Budějovický Budvar, C-482/09)

El Tribunal de Justicia examinó, de nuevo, los derechos respectivos de las sociedades Anheuser-Busch y Budějovický Budvar en esta sentencia. Las cuestiones prejudiciales, planteadas por el juez británico, tenían su origen en hechos particulares que el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta para dictar su sentencia. En efecto, ambas sociedades habían utilizado de buena fe, durante casi treinta años, el término «Budweiser» como marca para identificar la cerveza, antes de registrar dicho signo como marca. El Tribunal de Justicia precisa, en primer lugar, su jurisprudencia acerca de las normas aplicables al plazo de cinco años (relativo a la «caducidad por tolerancia») tras el cual el

titular de la marca anterior pierde su derecho a oponerse al uso de la marca posterior. El Tribunal de Justicia declaró, en primer lugar, que el concepto de tolerancia, en el sentido del artículo 9.1 de la Directiva 89/104, es un concepto del Derecho de la Unión y no cabe considerar que el titular de una marca anterior haya tolerado el uso de buena fe bien acreditado y de larga duración por parte de un tercero de una marca posterior idéntica a la suya, del que tiene conocimiento desde hace largo tiempo, si carecía de toda posibilidad de oponerse a dicho uso. En segundo lugar, señaló que el plazo de prescripción por tolerancia no puede comenzar a correr por el mero uso de una marca posterior, incluso en el caso de que el titular de esta última proceda a registrarla posteriormente, porque —precisó el Tribunal de Justicia— el registro de la marca anterior en el Estado miembro de que se trate no constituye un requisito necesario para que comience a correr el plazo de prescripción por tolerancia. En efecto, los requisitos necesarios para que comience a correr este plazo de prescripción, cuya concurrencia corresponde verificar al juez nacional, son el registro de la marca posterior en el Estado miembro de que se trate; el hecho de que la presentación de la solicitud de registro de dicha marca se haya efectuado de buena fe; el uso de la marca posterior por parte de su titular en el Estado miembro en el que ha sido registrada y, por último, el hecho de que el titular de la marca anterior tenga conocimiento del registro de la marca posterior y del uso de dicha marca una vez registrada.

El Tribunal de Justicia, en respuesta a la tercera cuestión prejudicial, recordó que únicamente podrá declararse la nulidad de una marca posterior registrada si menoscaba o puede menoscabar la función esencial de la marca anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 89/104, que es garantizar a los consumidores la procedencia de los productos o servicios que designa. De este modo, el Tribunal de Justicia considera que, en circunstancias tales como las del caso de autos, el uso simultáneo de buena fe y durante un largo período de las dos marcas idénticas en cuestión no menoscaba ni puede menoscabar la función esencial de la marca anterior de Anheuser-Busch. En consecuencia, no procede declarar la nulidad del registro en el Reino Unido de la marca posterior «Budweiser» a favor de Budvar.

El Tribunal precisa cuándo las mercancías procedentes de terceros Estados incluidas en un régimen aduanero suspensivo pueden vulnerar derechos de propiedad intelectual aplicables en la Unión (sentencia de 1 de diciembre de 2011, Koninklijke Philips Electronics NV, C-446/09 y C-495/09)

La sentencia precisa las condiciones para que las autoridades aduaneras de los Estados miembros retengan mercancías —imitaciones o copias de productos protegidos en la Unión por los derechos de propiedad intelectual—

procedentes de terceros Estados, previstas en el Reglamento (CE) nº 3295/94 del Consejo, por el que se establecen determinadas medidas relativas a la introducción en la Comunidad y a la exportación y reexportación fuera de la Comunidad de mercancías que vulneran determinados derechos de propiedad intelectual, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos. El Tribunal de Justicia considera que las mercancías procedentes de terceros Estados incluidas en un régimen aduanero suspensivo no pueden vulnerar derechos de propiedad intelectual aplicables en la Unión por el mero hecho de que se hayan introducido en el territorio aduanero de la Unión bajo un régimen suspensivo.

En cambio, pueden vulnerarse los citados derechos cuando, durante su inclusión en un régimen suspensivo en el territorio aduanero de la Unión, incluso antes de su llegada a este territorio, las mercancías procedentes de terceros Estados sean objeto de un acto comercial dirigido a los consumidores en la Unión, como una venta, una oferta de venta o una publicidad. Además de la existencia de tal acto comercial, otras circunstancias pueden también conducir a una retención provisional por las autoridades aduaneras de los Estados miembros. Así, la autoridad aduanera que haya comprobado la presencia en depósito o en tránsito de mercancías que imitan o copian un producto protegido, en la Unión, mediante un derecho de propiedad intelectual, puede intervenir válidamente cuando dispone de indicios según los cuales uno o varios de los operadores implicados en la fabricación, la expedición o la distribución de mercancías, aún no habiendo comenzado a dirigir dichas mercancías a los consumidores en la Unión, pueden estar a punto de hacerlo u ocultan sus intenciones comerciales. Pueden constituir tales indicios el hecho de que el destino de las mercancías no se haya declarado pese a que el régimen suspensivo solicitado exige tal declaración, la inexistencia de información precisa o fiable sobre la identidad o la dirección del fabricante o del remitente de las mercancías, la falta de cooperación con las autoridades aduaneras o también el descubrimiento de documentos o de correspondencia sobre dichas mercancías que sugiera que puede producirse una desviación de éstas a los consumidores en la Unión. Tal sospecha debe, en cualquier caso, desprenderse de las circunstancias particulares de cada asunto.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia precisa los elementos de los que deben disponer las autoridades competentes para controlar si las mercancías ya retenidas vulneran los derechos de propiedad intelectual de la Unión. Así, el Tribunal de Justicia considera que unas mercancías respecto a las cuales

no se ha acreditado, tras un examen sobre el fondo, que estén destinadas a ser comercializadas en la Unión, no pueden calificarse de «mercancías falsificadas» y de «mercancías piratas». Determinados elementos permiten probar tal vulneración, en particular, la existencia de una venta de mercancías a un cliente en la Unión, la existencia de una oferta de venta o de una publicidad dirigida a consumidores en la Unión, o también la existencia de documentos o de correspondencia a propósito de dichas mercancías que demuestren que se prevé su desviación hacia los consumidores en la Unión.

Por último, el Tribunal de Justicia precisa que, a falta de una prueba de la vulneración de un derecho de propiedad intelectual, las mercancías incluidas en un régimen suspensivo en la Unión pueden, en su caso, ser decomisadas en otras situaciones previstas por el Código aduanero de la Unión, como aquella en la que las mercancías en cuestión suponen un riesgo para la salud y la seguridad.

El Tribunal define el concepto de «embrión humano» en el contexto de la protección de las invenciones biotecnológicas (sentencia de 18 de octubre de 2011, Brüstle, C-34/10)

La petición de decisión prejudicial se presentaba en el marco de una acción ejercitada por Greenpeace, con objeto de que se declarara la nulidad de una patente sobre células progenitoras neuronales, producidas a partir de células madre embrionarias humanas, utilizadas para tratar las enfermedades neurológicas.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia precisó que debe considerarse que la expresión «embrión humano» recogida en el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 98/44, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, designa un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que ha de interpretarse de manera uniforme en el territorio de ésta. El Tribunal de Justicia subraya que no ha de abordar cuestiones de naturaleza médica o ética, sino que debe limitarse a una interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes de la Directiva. Así, el contexto y la finalidad de la Directiva revelan que el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana. De ello resulta que el concepto de «embrión humano» debe entenderse en un sentido amplio. De este modo, el Tribunal de Justicia considera que todo óvulo humano, a partir de la fecundación, debe considerarse un «embrión humano», habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano. Además, el óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y el óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante parte-

nogénesis también deben calificarse de «embrión humano». En efecto, aunque en puridad estos organismos no han sido objeto de fecundación son, por efecto de la técnica utilizada para obtenerlos, aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano, de la misma manera que el embrión creado por fecundación de un óvulo. Por lo que se refiere a las células madre obtenidas a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto —precisamente las que se ven afectadas por la invención a la que se refiere la patente del Sr. Brüstle—, el Tribunal de Justicia declara que corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si son aptas para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano y si, por consiguiente, quedan incluidas en el concepto de «embrión humano».

A continuación, el Tribunal de Justicia examina la cuestión de si la exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales también se refiere a la utilización de embriones humanos con fines de investigación científica. A este respecto, el Tribunal de Justicia constata que la concesión de una patente a una invención implica, en principio, su explotación industrial y comercial. Pues bien, aunque la finalidad de investigación científica debe distinguirse de los fines industriales o comerciales, la utilización de embriones humanos con fines de investigación, que constituye el objeto de la solicitud de patente, no puede separarse de la propia patente y de los derechos vinculados a ésta. De este modo, la utilización de embriones humanos con fines de investigación científica que sea objeto de una solicitud de patente no puede distinguirse de una explotación industrial y comercial y, de este modo, eludir la exclusión de patentabilidad. En consecuencia, el Tribunal de Justicia concluye que la investigación científica que implique la utilización de embriones humanos no puede acceder a la protección del Derecho de patentes. El Tribunal de Justicia recuerda, no obstante, que la patentabilidad de las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales no está prohibida, en virtud de la Directiva, cuando se refiere a la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil —por ejemplo, para corregir una malformación y mejorar su esperanza de vida—.

Por último, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión sobre la patentabilidad de una invención relativa a la producción de células progenitoras neuronales. Constata, por un lado, que ésta supone la extracción de células madre obtenidas a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto y, por otro, que la extracción implica la destrucción de dicho embrión. No excluir de la patentabilidad tal invención reivindicada tendría por consecuencia permitir al solicitante de una patente eludir la prohibición de patentabilidad

prevista por la Directiva mediante una redacción hábil de su reivindicación. En conclusión, el Tribunal de Justicia considera que una invención no puede ser patentable cuando la aplicación del procedimiento requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima y ello, aunque al solicitar la patente la descripción de este procedimiento, como sucede en el presente caso, no se mencione la utilización de embriones humanos.

El Derecho de la Unión se opone a un requerimiento de un órgano jurisdiccional nacional por el que se ordena a un proveedor de acceso a Internet establecer un sistema de filtrado para evitar las descargas ilegales de archivos (sentencia de 24 de noviembre de 2011, Scarlet Extended, C-70/10)

El asunto nació de un litigio entre Scarlet Extended SA, proveedor de acceso a Internet (en lo sucesivo, «PAI»), y SABAM, sociedad belga de gestión encargada de autorizar la utilización, por terceros, de las obras musicales de autores, compositores y editores. SABAM había señalado que internautas que utilizaban los servicios de Scarlet descargaban en Internet, sin autorización y sin pagar derechos, obras que figuraban en su catálogo mediante redes «peer-to-peer». SABAM acudió al juez nacional y consiguió, en primera instancia, que dictara, en contra del PAI, un requerimiento judicial para poner fin a dichas infracciones de los derechos de autor impidiendo, mediante un programa «peer-to-peer», cualquier forma de envío o de recepción por sus clientes de archivos electrónicos que reprodujeran una obra musical del repertorio de SABAM. Es en el contexto de la apelación interpuesta por la PAI que el órgano jurisdiccional de apelación preguntaba con carácter prejudicial, si tal requerimiento judicial era compatible con el Derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia respondió que las Directivas 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones

electrónicas, leídas conjuntamente e interpretadas a la luz de los requisitos derivados de la protección de los derechos fundamentales aplicables, se oponen a un requerimiento judicial por el que se ordena a un PAI establecer un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas que circulen a través de sus servicios, en particular mediante la utilización de programas «peer-to-peer», que se aplique indistintamente a toda su clientela, con carácter preventivo, exclusivamente a sus expensas y sin limitación en el tiempo, y que sea capaz de identificar en la red de dicho proveedor la circulación de archivos electrónicos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual sobre la que el solicitante del requerimiento alegue ser titular de derechos de propiedad intelectual, con el fin de bloquear la transmisión de archivos cuyo intercambio vulnera los derechos de autor.

El Tribunal de Justicia recuerda, en primer lugar, que los titulares de derechos de propiedad intelectual pueden solicitar medidas cautelares contra los intermediarios, como los proveedores de acceso a Internet, cuyos servicios se utilicen por terceros para infringir sus derechos. Las modalidades de los requerimientos judiciales que se adopten así están reguladas por el Derecho nacional. Ahora bien, dicho requerimiento judicial no respeta la prohibición, establecida en el artículo 15.1 de la Directiva 2000/31, de imponer a tal prestador una obligación general de supervisión, ni el requisito de garantizar el justo equilibrio entre, por un lado, el derecho de propiedad intelectual y, por otro, la libertad de empresa, el derecho a la protección de datos de carácter personal y la libertad de recibir o comunicar informaciones.

A este respecto, el Tribunal de Justicia declara que el requerimiento judicial en cuestión obligaría a Scarlet a proceder a una supervisión activa del conjunto de datos de todos sus clientes con el fin de evitar cualquier lesión de los derechos de propiedad intelectual. De ello se desprende que dicho requerimiento judicial impondría una supervisión general incompatible con la Directiva sobre el comercio electrónico. Además, dicho requerimiento judicial no respetaría los derechos fundamentales aplicables. Por un lado, dicho requerimiento judicial implicaría una vulneración sustancial de la libertad de empresa de Scarlet, dado que le obligaría a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas. Por otro lado, los efectos del requerimiento judicial no se limitarían a Scarlet, ya que el sistema de filtrado también puede vulnerar los derechos fundamentales de sus clientes, a saber, su derecho a la protección de datos de carácter personal y su libertad de recibir o comunicar informaciones, derechos que se encuentran protegidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En efecto, consta, por un lado, que dicho requerimiento judicial im-

plicaría un análisis sistemático de todos los contenidos y la recopilación e identificación de las direcciones IP de los usuarios que hayan originado el envío de contenidos ilícitos en la red, dándose la circunstancia de que dichas direcciones son datos protegidos de carácter personal. Además, el requerimiento judicial podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia declara que, si el juez nacional adoptara el requerimiento judicial por el que se obliga a Scarlet a establecer dicho sistema de filtrado, no respetaría el requisito de garantizar un justo equilibrio entre, por un lado, el derecho de propiedad intelectual y, por otro, la libertad de empresa, el derecho a la protección de datos de carácter personal y la libertad de recibir o comunicar informaciones.

El Tribunal define el principio de agotamiento de los derechos de protección comunitaria de obtención vegetal (sentencia de 20 de octubre de 2011, Greenstar-Kanzi Europe, C-140/10)

El artículo 94 del Reglamento 2100/94 del Consejo, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales dicho Reglamento prevé que «1. Toda persona que:

a) sin estar legitimada para ello realice alguna de las operaciones mencionadas en el apartado 2 del artículo 13 en relación con una variedad para la que ya se haya concedido una protección comunitaria de obtención vegetal; u [...] podrá ser demandada por el titular a fin de que ponga fin a la infracción o pague una indemnización razonable o con ambos fines.

2. Toda persona que cometa infracción deliberadamente o por negligencia estará obligada además a indemnizar al titular por el perjuicio resultante. En caso de negligencia leve, el derecho de reparación podrá reducirse en consecuencia, sin que pueda no obstante ser inferior a la ventaja obtenida por la persona que cometió la infracción.»

Concluye el Tribunal de Justicia que el artículo 94, en relación con los artículos 11, apartado 1, 13, apartados 1 a 3, 16, 27 y 104 del mencionado Reglamento, en circunstancias como las del litigio principal, debe interpretarse en el sentido de que el titular o la persona que goza de una licencia de explotación puede ejercer una acción por infracción contra un tercero que ha obtenido el material a través de otro licenciatario que ha infringido las condiciones o las restricciones que figuran en el contrato de licencia que ese último licenciatario celebró anteriormente con el titular siempre que las condiciones o las restricciones en cuestión se refieran directamente a los elementos

esenciales de la protección comunitaria de obtención vegetal de que se trata, extremo que corresponde apreciar al tribunal remitente. Añade que para apreciar la existencia de una infracción resulta irrelevante que el tercero que ha llevado a cabo actos sobre el material vendido o cedido conociera o debiera haber conocido las condiciones o restricciones contenidas en el contrato de licencia.

El Tribunal precisa que un retrato fotográfico disfruta de la misma protección que la concedida por el derecho de autor a cualquier otra obra y define las situaciones en que los medios de comunicación pueden publicar tal retrato sin el consentimiento de su autor (sentencia de 1 de diciembre de 2011, Painer, C-145/10)

La Sra. Painer trabaja como fotógrafa y realizaba, en particular, fotografías de niños en jardines de infancia y guarderías. En el marco de su actividad, realizó varias fotografías de una niña que fue luego secuestrada. La policía austriaca dictó una orden de búsqueda en la que se utilizaron las fotografías de la Sra. Painer. Después de que la chica escapara y antes de su primera aparición pública, cinco editoras de prensa publicaron tales fotografías en diversos periódicos y sitios de Internet conocidos, sin indicar, no obstante, el nombre del autor o indicando un autor que no era la Sra. Painer. La Sra. Painer presentó una demanda ante un tribunal austriaco solicitando que se ordenase a las editoras de prensa que dejaran de reproducir o distribuir, sin su consentimiento y sin indicar su nombre como autora, las fotografías y el retrato-robot.

El Tribunal de Justicia declara en primer lugar que el derecho de autor sólo protege a las obras originales, es decir, aquellas que se consideran una creación intelectual atribuida a su autor. A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que una creación intelectual se atribuye a su autor cuando refleja su personalidad. Así sucede cuando el autor ha podido expresar su capacidad creativa al realizar la obra tomando decisiones libres y creativas.

El Tribunal de Justicia señala que el autor de un retrato fotográfico puede tomar sus decisiones libres y creativas de diversas maneras y en diferentes momentos durante su realización. Así, en la fase preparatoria, el autor podrá elegir la escenificación, la pose de la persona que se va a fotografiar o la iluminación. Al hacer el retrato fotográfico, podrá seleccionar el encuadramiento, el enfoque o incluso el ambiente creado. Por último, al obtener copias, el autor podrá elegir, de entre las diversas técnicas de revelado que existen, la que desee utilizar, y podrá recurrir eventualmente a programas informáticos. Mediante estas diversas opciones, el autor de un retrato fotográfico podrá dejar su «impronta personal» en la obra creada. Por tanto, un re-

trato fotográfico está protegido por el derecho de autor cuando es la expresión de la capacidad creativa de su autor. Además, el Tribunal de Justicia subraya que dicha protección es idéntica a la concedida a otras obras, entre ellas, las obras fotográficas.

A continuación, el Tribunal de Justicia recuerda que, según la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, el alcance de la protección del derecho de autor puede estar limitado, con carácter excepcional, cuando la obra protegida se utiliza con fines de seguridad pública, especialmente cuando se lleva a cabo una investigación criminal para encontrar a una persona desaparecida. No obstante, considera que el artículo 5.3(e) de la Directiva 2001/29/CE, en relación con el artículo 5.5, de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que un medio de comunicación, como una editora de prensa, no puede utilizar por su propia iniciativa una obra protegida por derechos de autor invocando un objetivo de seguridad pública. A este respecto, el Tribunal de Justicia destaca que sólo los Estados —y no las editoras de prensa— deben considerarse responsables y aptos para garantizar la seguridad pública con medidas apropiadas, como la emisión de una orden de búsqueda.

Sin embargo, no cabe excluir que una editora de prensa pueda contribuir puntualmente al logro de un objetivo de seguridad pública difundiendo, por ejemplo, una fotografía de una persona a la que se busca. No obstante, esta iniciativa de los medios de comunicación debe inscribirse en el contexto de la acción llevada a cabo por las autoridades nacionales y debe ser tomada de acuerdo y de forma coordinada con dichas autoridades a fin de evitar el riesgo de ir contra las medidas adoptadas por éstas. El Tribunal de Justicia precisa igualmente que, al llevarse a cabo una investigación, los medios de comunicación pueden publicar una fotografía sin que sea necesario previamente un llamamiento concreto, actual y expreso de las autoridades de seguridad para ello.

El derecho exclusivo de comunicación al público se refiere únicamente a la comunicación a un público que no esté presente en el lugar en el que se origine la comunicación (sentencia de 24 de noviembre de 2011, *Circul Globus București*, C-283/10)

Esta sentencia considera que el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, se refieren únicamente a la comu-

nicación a un público que no esté presente en el lugar en el que se origine la comunicación, quedando excluida cualquier otra comunicación de una obra realizada directamente, en un lugar abierto al público, por cualquier forma de ejecución pública o de presentación directa de la obra. El Tribunal de Justicia señala que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que las obras musicales comunicadas al público en el ámbito de espectáculos circenses y de cabaret se ejecutan en directo, existe ese elemento de contacto físico y directo, por lo que, contrariamente al requisito establecido en la segunda frase del vigésimo tercer considerando de la Directiva 2001/29, el público está presente en el lugar en el que se origina la comunicación.

La Directiva 2001/29, según se desprende de sus considerandos segundo y quinto, pretende crear un marco general y flexible en el ámbito de la Unión para fomentar el desarrollo de la sociedad de la información y adaptar y completar las actuales normativas en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor para responder al desarrollo tecnológico, que ha dado lugar a nuevas formas de explotación de las obras protegidas. De ello se deduce que la armonización que se propone la Directiva 2001/29, a la que se refiere la primera frase del vigésimo tercer considerando, no pretende extenderse a las formas «convencionales» de comunicación al público, como la representación o ejecución directa de una obra. Este extremo se corrobora asimismo por las frases tercera y cuarta del vigésimo tercer considerando de la Directiva 2001/29, según las cuales el derecho de comunicación al público abarca cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión, y no abarca ningún otro tipo de actos. Así pues, el citado derecho no comprende los actos que no impliquen una «transmisión» o «retransmisión» de una obra, como los actos de representación o ejecución directas de una obra.

España condenada por permitir que determinados tipos de publicidad sean emitidos por las cadenas de televisión españolas durante un tiempo que excede el límite máximo (sentencia de 24 de noviembre de 2011, Comisión/España, C-281/09)

España es condenada por haber incumplido el artículo 3.2 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada, al permitir que determinados tipos de publicidad, como los publirreportajes, los anuncios de telepromoción, los anuncios publicitarios de patrocinio y los microespacios publicitarios, sean emitidos por las cadenas de televisión españolas durante un tiempo que excede el límite máximo del 20 %

del tiempo de emisión por hora de reloj establecido en el artículo 18.2 de dicha Directiva.

Para el Tribunal de Justicia cualquier tipo de publicidad televisiva emitida entre programas o durante los intermedios constituye, en principio, un «anuncio publicitario» en el sentido de la Directiva 89/552, salvo que el tipo de publicidad de que se trate encaje en alguna de las otras formas de publicidad expresamente reguladas por esa Directiva —como es el caso, en particular, de la «televenta»— o requiera, por sus modalidades de presentación, una duración superior a la de los anuncios publicitarios, cuando la aplicación de las limitaciones establecidas para tales anuncios implique un trato desfavorable para la forma de publicidad en cuestión en relación con los anuncios publicitarios, sin justificación válida para ello. Por consiguiente, aunque un tipo de publicidad concreto tenga por su propia naturaleza, es decir, debido a su modalidad de presentación, una duración algo mayor que la que habitualmente tienen los anuncios publicitarios, tal circunstancia no basta por sí sola para calificar a ese tipo de publicidad como «otra forma de publicidad» en el sentido del artículo 18.1 de la Directiva 89/552.

Alemania no puede impedir la retransmisión en su territorio de las emisiones en lengua kurda difundidas por una emisora kurda desde Dinamarca (sentencia de 22 de septiembre de 2011, Mesopotamia Broadcast A/S METV (C-244/10) y Roj TV A/S (C-245/10))

La sociedad danesa Mesopotamia Broadcast es titular de varias licencias de televisión en Dinamarca. Explota la cadena de televisión Roj TV, que es también una sociedad danesa. Esta última emite vía satélite programas fundamentalmente en lengua kurda para toda Europa y Oriente Próximo, y encarga la producción de emisiones, entre otras, a una sociedad establecida en Alemania. En 2008, las autoridades alemanas prohibieron a Mesopotamia Broadcast desarrollar a través de Roj TV cualquier actividad en Alemania, al estimar que las emisiones de Roj TV contravenían «el principio de entendimiento entre los pueblos» según se define en el Derecho constitucional alemán. El motivo de la prohibición se basaba en que los programas de Roj TV incitaban a resolver las diferencias entre los kurdos y los turcos mediante la violencia «incluso en Alemania» y apoyaban las actividades del PKK (Partido de los Trabajadores del Kurdistan, calificado por la Unión Europea como organización terrorista) para reclutar jóvenes kurdos en la guerrilla contra la República de Turquía.

Mediante su sentencia el Tribunal de Justicia interpreta el concepto de «incitación al odio» consagrado por la Directiva con el fin de evitar cualquier ideología irrespetuosa con los valores humanos, en particular las iniciativas

que hacen apología de la violencia mediante actos terroristas contra una comunidad determinada de personas. El Tribunal de Justicia declara que el comportamiento de Mesopotamia Broadcast y de Roj TV, tal como lo describe el órgano jurisdiccional alemán, está comprendido en el concepto de «incitación al odio».

Sin embargo, en el presente asunto, el Tribunal de Justicia señala que sólo las autoridades danesas son competentes para comprobar si ese comportamiento constituye efectivamente una «incitación al odio» y velar por que las emisiones de Roj TV no contengan dicha incitación.

A continuación, el Tribunal de Justicia recuerda que los Estados miembros pueden adoptar normativas que persiguen un objetivo de orden público y que no regulan específicamente la difusión y la distribución de los programas. Sin embargo, los Estados miembros no están facultados para obstaculizar la retransmisión en su territorio de emisiones procedentes de otro Estado miembro. A este respecto, el Tribunal de Justicia afirma que, según la información facilitada por el Gobierno alemán, las medidas controvertidas no tienen por objeto impedir las retransmisiones en Alemania de las emisiones televisivas realizadas por Roj TV, sino que prohíben las actividades en el territorio alemán de esa televisión y de Mesopotamia Broadcast como asociaciones.

Es incompatible con el Derecho de la Unión una normativa nacional que, para permitir el tratamiento de datos personales necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento, exige, en el caso de que no exista consentimiento del interesado, que dichos datos figuren en fuentes accesibles al público, excluyendo así de forma categórica y generalizada todo tratamiento de datos que no figuren en tales fuentes (sentencia de 24 de noviembre de 2011, ASNEF y FECMD, C-469/10)

Se deduce del objetivo consistente en asegurar un nivel de protección equivalente en todos los Estados miembros que el artículo 7 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, establece una lista exhaustiva y taxativa de los casos en que un tratamiento de datos personales puede considerarse lícito.

Si bien la Directiva 95/46 contiene normas que se caracterizan por una cierta flexibilidad y deja en muchos casos en manos de los Estados miembros la tarea de regular los detalles o de elegir entre varias opciones, es preciso distinguir entre medidas nacionales que establecen exigencias adicionales que modifican el alcance de un principio fijado en el artículo 7 de la Directiva 95/46, por una parte, y medidas nacionales que se limitan a precisar alguno de estos principios, por otra parte. El primer tipo de medida nacional está

prohibido, y únicamente en el contexto del segundo tipo de medida nacional disponen los Estados miembros de un margen de apreciación, con arreglo al artículo 5 de la Directiva 95/46.

En lo que respecta a la ponderación requerida por el artículo 7(f) cabe tomar en consideración el hecho de que la gravedad de la lesión de los derechos fundamentales de la persona afectada por dicho tratamiento puede variar en función de que los datos figuren ya, o no, en fuentes accesibles al público. A este respecto, subraya el Tribunal de Justicia que nada se opone a que, en ejercicio del margen de apreciación que les confiere el artículo 5 de la Directiva 95/46, los Estados miembros establezcan los principios que deben regir dicha ponderación. No obstante, si una normativa nacional excluye la posibilidad de tratar determinadas categorías de datos personales, estableciendo con carácter definitivo el resultado de la ponderación de los derechos e intereses en conflicto respecto de tales categorías, sin permitir un resultado diferente en atención a las circunstancias particulares de cada caso concreto, no se trata ya de una precisión en el sentido del citado artículo 5. Por lo tanto, sin perjuicio del artículo 8 de la Directiva 95/46, relativo al tratamiento de determinadas categorías particulares de datos, disposición que no se discute en el litigio principal, el artículo 7(f), de dicha Directiva se opone a que un Estado miembro excluya de forma categórica y generalizada la posibilidad de someter a un tratamiento de datos determinadas categorías de datos personales, sin permitir ponderar los derechos e intereses en conflicto en cada caso concreto.

La Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos no se opone a que un Estado miembro establezca un régimen que prevea que tal prestador de servicios incurre en responsabilidad por los daños ocasionados, incluso cuando no se le pueda imputar ningún tipo de culpa, siempre que se reconozca a quien sufrió el daño y/o a dicho prestador de servicios la facultad de exigir la responsabilidad del productor con arreglo a la Directiva (sentencia de 21 de diciembre de 2011, Dutruieux, C-495/10)

En esta sentencia el Tribunal de Justicia, ante el que se planteó una cuestión prejudicial de interpretación, tuvo que precisar, de nuevo, el alcance de la armonización llevada a cabo mediante la Directiva 85/374/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En el caso de autos, la cuestión planteada era, en esencia, si dicha Directiva se opone al mantenimiento del régimen francés de responsabilidad objetiva de los establecimientos públicos sanitarios frente a sus pacientes, por los daños causados por el fallo de

un aparato o de un producto utilizado en el marco de la atención sanitaria prestada.

En primer término, el Tribunal de Justicia recordó su jurisprudencia relativa al alcance y grado de intensidad de la armonización llevada a cabo mediante la Directiva 85/374, y afirmó que ésta pretende alcanzar, en todas las materias que regula, una armonización completa y exhaustiva. No obstante, se debía examinar los límites del ámbito de la propia Directiva en cuanto al círculo de las personas que puedan resultar responsables con arreglo al régimen de responsabilidad que instaura. Según el Tribunal de Justicia, dicho círculo, que comprende —como establece el artículo 3 de la citada Directiva— al productor, al importador del producto en la Comunidad y al proveedor cuando el productor no pudiera ser identificado, se define de manera exhaustiva. No está comprendida en el ámbito de aplicación de esta Directiva la responsabilidad de un prestador de servicios que utiliza, en el marco de una prestación de servicios como la atención sanitaria prestada en un hospital, aparatos o productos defectuosos de los que no es el productor en el sentido de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 85/374 y causa, por ese motivo, perjuicios al beneficiario de la prestación.

En consecuencia, la responsabilidad en que puede incurrir un usuario que, como el hospital de Besançon, utiliza, en el marco de una prestación de servicios médicos a un paciente, un producto o un aparato que ha adquirido previamente —como puede ser el caso de un colchón térmico— se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. En efecto, tal usuario ni puede ser considerado como un participante en la cadena de fabricación y de comercialización del producto en cuestión ni puede ser calificado como suministrador de dicho producto.

Por otra parte, la mera coexistencia del régimen de responsabilidad del productor establecido por la Directiva con un régimen nacional que prevé la responsabilidad objetiva del prestador de servicios no afecta negativamente ni a la efectividad de dicho régimen de responsabilidad del productor ni a los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión a través de este régimen.

A este respecto, el Tribunal de Justicia precisa, no obstante, que la responsabilidad del prestador de servicios no debe perjudicar al régimen establecido por la Directiva. De este modo, debe mantenerse la posibilidad de exigir la responsabilidad del productor cuando se cumplen los requisitos a los que se supedita la existencia de tal responsabilidad. Por último, el Tribunal de Justicia pone de relieve que la eventual responsabilidad objetiva del prestador de servicios, la cual puede concurrir con la responsabilidad del productor definida por la Directiva, permite reforzar la protección del consumidor.

7. DERECHO SOCIAL

Prohibir a los pilotos de líneas aéreas ejercer su actividad después de los 60 años constituye una discriminación por razón de edad (sentencia de 13 de septiembre de 2011, Prigge y otros, C-447/09)

En materia de discriminación por razón de la edad cabe destacar la sentencia en el asunto *Prigge y otros*, en la que el Tribunal llegó a interpretar varias disposiciones de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en concreto, el artículo 2, apartado 5, de la Directiva, que garantiza el respeto de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos; a continuación el artículo 4 apartado 1 que establece las condiciones para una eventual diferencia de trato de requisitos profesionales, y, por último, el artículo 6 apartado 1 que fija las condiciones que se tienen que cumplir para justificar diferencias de trato por motivos de edad.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros pueden autorizar a los interlocutores sociales, mediante normas de habilitación, a adoptar medidas en las materias mencionadas en ella que pertenezcan al ámbito de la negociación colectiva, siempre que esas normas de habilitación sean suficientemente precisas para garantizar que tales medidas respeten las exigencias enunciadas en el mencionado artículo 2, apartado 5, de dicha Directiva. En concreto, una medida que fija en 60 años la edad máxima a partir de la cual los pilotos ya no pueden ejercer su actividad profesional, pese a que las normativas nacional e internacional fijan dicha edad en 65 años, no es una medida necesaria para la seguridad pública y la protección de la salud, en el sentido del propio artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 se opone a que una cláusula de un convenio colectivo fije en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos no poseen ya las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad, pese a que las normativas nacional e internacional fijan esta edad en 65 años. En la medida en que permite establecer una excepción al principio de no discriminación, el artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva debe interpretarse restrictivamente. Pues bien, aun cuando el hecho de poseer ca-

pacidades físicas específicas puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante, en el sentido de la citada disposición, para el ejercicio de la profesión de piloto de líneas aéreas y el objetivo de garantizar la seguridad del tráfico aéreo perseguido por la citada medida constituye un objetivo legítimo en el sentido del mismo artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78, fijar en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos de líneas aéreas ya no poseen las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad profesional constituye —en tales circunstancias y habida cuenta de las referidas normativas nacional e internacional— un requisito desproporcionado en el sentido de dicho artículo.

Por último, el Tribunal de Justicia interpretó el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78 en el sentido de que la seguridad aérea no constituye un objetivo legítimo en el sentido de dicha disposición. En efecto, aunque no sea exhaustiva la lista de los objetivos legítimos enumerados en el citado artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la misma Directiva, los objetivos que pueden considerarse legítimos en el sentido de esta disposición y que, por tanto, pueden justificar que se establezcan excepciones al principio de no discriminación por razón de la edad, son objetivos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional.

El principio de la no discriminación por razón de la edad se opone a una medida prevista por un convenio colectivo que establece que, dentro de cada grado, el escalón de salario base de un empleado público se determina en función de la edad que dicho empleado tenga en el momento de su contratación (sentencia de 8 de septiembre de 2011, Hennigs y Mai, C-297/10 y C-298/10)

En los asuntos *Hennigs y Mai* el Tribunal de Justicia consideró, en primer término, que el principio de no discriminación por razón de la edad, recogido en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y desarrollado en la Directiva 2000/78, y más concretamente sus artículos 2 y 6.1, se oponen a una medida prevista por un convenio colectivo que establece que, dentro de cada grado, el escalón de salario base de un empleado público se determina en función de la edad que dicho empleado tenga en el momento de su contratación. El hecho de que el Derecho de la Unión se oponga a la referida medida y de que ésta figure en un convenio colectivo no vulnera el derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, reconocido en el artículo 28 de la Carta.

Según el Tribunal, si bien el criterio basado en la antigüedad es, en general, adecuado para lograr el objetivo legítimo consistente en tener en cuen-

ta la experiencia profesional adquirida por el empleado antes de su contratación, la determinación en el momento de la contratación del escalón de salario base de un empleado público en función de su edad excede de lo que es necesario y adecuado para lograrlo. Un criterio basado igualmente en la antigüedad o la experiencia profesional adquirida, sin tener en cuenta la edad, parece, a la vista de la Directiva 2000/78, mejor adaptado para lograr el objetivo legítimo antes mencionado. En segundo término, el Tribunal de Justicia estimó que los artículos 2 y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78, así como el artículo 28 de la Carta, no se oponen a una medida prevista por un convenio colectivo que sustituye un sistema retributivo de los empleados del sector público que establece una discriminación por razón de la edad, por otro basado en criterios objetivos, manteniendo a la vez, durante un período transitorio y limitado en el tiempo, algunos de los efectos discriminatorios del primero de dichos sistemas a fin de garantizar a los empleados ya contratados la transición al nuevo sistema sin que tengan que sufrir una pérdida de ingresos. En efecto, considera que un sistema transitorio para proteger las ventajas adquiridas persigue una finalidad legítima, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78. Por otra parte, habida cuenta del amplio margen de apreciación reconocido a los interlocutores sociales en el ámbito de la fijación de las retribuciones, es razonable que dichos interlocutores adopten las medidas transitorias adecuadas y necesarias para evitar una pérdida de ingresos a los empleados de que se trate.

El Derecho de la Unión puede oponerse a que los trabajadores transferidos, incluso los empleados por una autoridad pública de un Estado miembro, y en cuyas relaciones de trabajo se haya subrogado otra autoridad pública, sufran una reducción salarial sustancial a causa únicamente de la transmisión (sentencia de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, C-108/10)

La sentencia *Scattolon* precisó el alcance de la protección de los derechos de los trabajadores en cuyas relaciones laborales se subrogó un nuevo empresario. En primer lugar, consideró que la subrogación por una autoridad pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública y encargado de la prestación a escuelas de servicios auxiliares que comprenden, en especial, tareas de mantenimiento y de asistencia administrativa constituye una transmisión de empresa incluida en el ámbito de la Directiva 77/187, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, cuando ese personal está constituido por un conjunto estructurado de empleados que están protegidos como trabajadores

por el Derecho interno de ese Estado miembro. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia declaró que, cuando una transmisión de empresa, en el sentido de la Directiva 77/187, da lugar a la aplicación inmediata a los trabajadores transferidos del convenio colectivo vigente para el cesionario y las condiciones de retribución previstas por dicho convenio están ligadas en especial a la antigüedad, el artículo 3 de la referida Directiva se opone a que los trabajadores transferidos sufran una pérdida salarial sustancial en relación con su situación inmediatamente anterior a la transmisión debido a que su antigüedad adquirida al servicio del cedente, equivalente a la adquirida por trabajadores al servicio del cesionario, no se tenga en cuenta al determinar su condición salarial inicial al servicio del cesionario. Incumbe al juez nacional examinar si se produce tal pérdida salarial con ocasión de dicha transmisión de empresa.

Una disposición nacional que implique excluir de un incremento extraordinario de las pensiones a un porcentaje considerablemente más elevado de mujeres pensionistas que de hombres pensionistas, habida cuenta de los datos estadísticos, puede vulnerar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (sentencia de 20 de octubre 2011, Brachner, C-123/10)

Esta sentencia tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, que garantiza la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo al cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

El asunto de autos trataba sobre alegaciones de una discriminación indirecta supuestamente sufrida por la Sra. Brachner, que tiene una pensión inferior a una determinada cantidad (747 euros) a partir de la cual las actualizaciones anuales tienen un incremento superior. La Sra. Brachner, en el marco del litigio principal, alegaba que una tal actualización de pensiones implicaba una desigualdad del trato otorgado a los pensionistas afectados, en la medida en que las pensiones inferiores al nivel de referencia fueron incrementadas en menor proporción y suponían por tanto una desventaja que afectaba a un número significativamente más elevado de mujeres que de hombres.

El Tribunal de Justicia aceptó la existencia de una posible discriminación por razón de sexo en el sentido de que, habida cuenta de los datos estadísticos y a falta de prueba en contrario, artículo 4, apartado 1, de la Directiva

79/7/CEE se opone a una disposición nacional que implique excluir de un incremento extraordinario de las pensiones a un porcentaje considerablemente más elevado de mujeres pensionistas que de hombres pensionistas. Dicha desventaja, una vez demostrada su existencia, no puede justificarse por el hecho de que las mujeres que han trabajado accedan antes a la pensión de jubilación, que perciban su pensión durante más tiempo ni que el nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio también se haya elevado extraordinariamente para el año 2008 que era el período en el que se centraba el litigio nacional.

Una normativa nacional puede establecer un límite temporal a la acumulación de derechos a vacaciones anuales retribuidas que se hayan adquirido durante un período de incapacidad laboral pero que no se hayan disfrutado (sentencia de 22 de noviembre de 2011, KHS, C-214/10)

En el asunto *KHS*, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 7.1 de la Directiva 2003/88, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, no se opone a disposiciones o prácticas nacionales, como los convenios colectivos, que limitan, en virtud de un período de aplazamiento de quince meses a cuyo término se extingue el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, la acumulación de derechos a dichas vacaciones de un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral durante varios períodos consecutivos de devengo de vacaciones. En efecto, esa acumulación ilimitada ya no respondería a la finalidad misma del derecho a vacaciones anuales retribuidas. Esta finalidad comprende dos aspectos, en la medida en que permite tanto que el trabajador descanse de su trabajo, como que disponga de un período de ocio y esparcimiento. Si bien el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés si se disfruta en un período posterior. Sin embargo, si el aplazamiento supera cierto límite temporal, las vacaciones anuales carecen de su efecto positivo para el trabajador desde el punto de vista de su finalidad de tiempo de descanso y sólo conservan su finalidad de período de ocio y esparcimiento. Por consiguiente, atendiendo a la propia finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas, un trabajador en situación de incapacidad laboral durante varios años consecutivos no puede estar facultado para acumular de modo ilimitado derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante dicho período.

En este contexto, para respetar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, cuyo objetivo es la protección del trabajador, el Tribunal de Justicia declaró que todo período de aplazamiento debe tener en cuenta las circunstancias especifi-

cas en las que se encuentra un trabajador en situación de incapacidad laboral durante varios períodos de devengo consecutivos. Así pues, dicho período de aplazamiento debe ser, en particular, de duración sustancialmente mayor que la del período de devengo con el que guarda relación. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia estimó que puede entenderse razonablemente que un período de aplazamiento de quince meses no perjudica la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas, dado que garantiza que éste conserve su efecto positivo para el trabajador, como tiempo de descanso.

Cuando la promoción interna de los funcionarios de carrera exige una determinada antigüedad, los Estados miembros pueden estar obligados a reconocer los períodos de servicios prestados como funcionario interino (sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10)

La Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, tiene por objeto aplicar el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada celebrado entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES). El objeto de dicho Acuerdo marco es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada. De este modo, establece un principio de no discriminación que prohíbe tratar a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

Entre 1989 y 2005, el Sr. Rosado Santana prestó servicios como funcionario interino para la Junta de Andalucía. Tomó posesión como funcionario de carrera de esta Administración regional en 2005. En 2007, dicha Administración regional publicó una orden mediante la que se convocaban pruebas selectivas por el sistema de promoción interna para los funcionarios de carrera pertenecientes a la misma. La orden precisaba los requisitos que debían cumplir los candidatos a las pruebas selectivas. En particular, una alternativa era poseer una antigüedad de diez años como funcionario de carrera en un determinado grupo. A este respecto, en la orden se especificaba que no serían computables los servicios previos prestados como personal interino o laboral en cualquiera de las Administraciones Públicas u otros servicios previos similares. La promoción del Sr. Rosado Santana fue anulada debido a que no poseía ni la titulación requerida ni, en su defecto, la antigüedad de diez años como funcionario de carrera.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia declara que el mero hecho de que el Sr. Rosado Santana haya tomado posesión como funcionario de carrera – y, por tanto, que haya dejado de ser un trabajador con contrato de duración

determinada— no obsta a la aplicabilidad del Acuerdo marco. A este respecto, el Tribunal de Justicia considera que, toda vez que la discriminación de la que el Sr. Rosado Santana alega haber sido víctima se refiere a los períodos de servicio prestados como funcionario interino, el hecho de que entre tanto éste haya tomado posesión como funcionario de carrera carece de relevancia.

Seguidamente, el Tribunal de Justicia recuerda que el Acuerdo marco se aplica a las relaciones de servicio de duración determinada y a los contratos celebrados por los órganos de la Administración y el resto de entidades del sector público. Por tanto, el Acuerdo marco exige que se excluya toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos comparables de un Estado miembro, a menos que razones objetivas justifiquen un trato diferente. De este modo, corresponde al tribunal español comprobar, en un primer momento, si, cuando ejercía sus funciones como funcionario interino, el Sr. Rosado Santana se hallaba en una situación comparable a la de los funcionarios de carrera admitidos a participar en el proceso de promoción interna. En el marco de esta comprobación, el tribunal nacional debe tener en cuenta, en particular, la naturaleza de las funciones ejercidas por el interesado como funcionario interino y la calidad de la experiencia adquirida en esta condición. Si resulta del examen realizado por el tribunal nacional de las funciones desempeñadas por el Sr. Rosado Santana como funcionario interino que éste se encontraba en una situación comparable a la de un funcionario de carrera perteneciente al grupo exigido en la convocatoria, el tribunal español deberá, en un segundo momento, comprobar si existe una razón objetiva que justificara que no se tomaran en consideración dichos períodos de servicio en el marco del proceso selectivo controvertido. A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que el concepto de «razones objetivas» requiere que la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro. En todo caso, la referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir, por sí sola, una razón objetiva, en el sentido del Acuerdo marco.

8. MEDIO AMBIENTE

El Tribunal precisa lo que es un «acto legislativo específico» en el marco de la evaluación del impacto medioambiental (sentencia de 18 de octubre de 2011, Boxus y otros, asuntos acumulados C-128/09 a C-131/09, C-134/09 y C-135/09)

El Tribunal de Justicia estimó que el artículo 1, apartado 5, de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (en su versión modificada) debe interpretarse en el sentido de que únicamente están excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo específico, de forma que los objetivos de dicha Directiva se hayan alcanzado mediante el procedimiento legislativo. Un acto legislativo que no haga sino ratificar pura y simplemente un acto administrativo preexistente, limitándose a invocar la existencia de razones imperiosas de interés general sin previa apertura de un procedimiento legislativo de fondo que permita cumplir dichos requisitos, no puede considerarse un acto legislativo específico en el sentido de la citada disposición y por lo tanto no basta para excluir un proyecto del ámbito de aplicación de la Directiva 85/337.

Cuando un proyecto que esté comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva se adopte mediante un acto legislativo, el control del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1.5 de la citada Directiva debe poder someterse a un órgano jurisdiccional o a un órgano independiente e imparcial establecido por la ley. El Tribunal de Justicia también recordó que, en el supuesto de que no exista recurso alguno contra dicho acto, corresponde a cualquier órgano jurisdiccional que en el marco de su competencia conociese del asunto ejercer dicho control y, en su caso, dejar sin aplicación dicho acto legislativo.

La Directiva relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente no exige que se cree o designe otra autoridad de consulta separada (sentencia de 20 de octubre de 2011, Seaport (NI), C-474/10)

El Tribunal de Justicia considera que el artículo 6.3 de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, no exige que se cree o designe otra autoridad de consulta en el sentido de dicha disposición, en la medida en que, dentro de la autoridad normalmente encargada de llevar a cabo la consulta en materia medioambiental y designada como tal, se organi-

ce una separación funcional de modo que una entidad administrativa integrada en ella tenga una autonomía real, lo que entraña, en particular, que sea dotada de sus propios medios administrativos y humanos, y pueda así cumplir las misiones encomendadas a las autoridades de consulta en el sentido de dicho artículo 6, apartado 3, y, en particular, expresar de manera objetiva su opinión sobre el plan o programa previsto por la autoridad de la que depende.

El artículo 6.2 tampoco exige que los plazos en los que las autoridades designadas y el público afectado o susceptible de ser afectado con arreglo a los apartados 3 y 4 de dicho artículo deben poder expresar su opinión sobre un proyecto de plan o programa determinado y sobre el informe medioambiental se fijen de manera precisa en la normativa nacional de transposición de dicha Directiva, y, en consecuencia, dicha disposición no se opone a que tales plazos sean fijados en cada caso por la autoridad que elabore el plan o programa. Sin embargo, en este último supuesto, dicho apartado 2 exige que, a efectos de la consulta de dichas autoridades y de dicho público sobre un proyecto de plan o programa determinado, el plazo efectivamente fijado sea adecuado y permita así dar a éstos la posibilidad real de expresar con tiempo suficiente su opinión sobre dicho proyecto de plan o programa y sobre su informe medioambiental.

La aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión a la aviación no viola los principios del Derecho consuetudinario internacional controvertido ni infringe el Acuerdo de «Cielos Abiertos» (sentencia de 21 de diciembre de 2011, Air Transport Association of America y otros, C 366/10)

En 2003, la Unión Europea decidió crear un régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero como elemento central de la política europea en materia de lucha contra el cambio climático. Inicialmente, el régimen de comercio de derechos de emisión de la UE no abarcaba las emisiones de gases de efecto invernadero imputables al transporte aéreo. La Directiva 2008/101 establece que las actividades de aviación se integrarán en este régimen a partir del 1 de enero de 2012. Por tanto, a partir de dicha fecha, todas las compañías aéreas —incluidas las de países terceros— deberán adquirir y entregar derechos de emisión por sus vuelos con origen o destino a aeropuertos europeos. Varias compañías aéreas y asociaciones de compañías aéreas americanas y canadienses habían impugnado, en el Reino Unido, las medidas de transposición de la Directiva. Alegaban la violación de varios principios del Derecho consuetudinario internacional y la infracción de distintos convenios internacionales. El Tribunal de Justicia confirmó la validez de la Directiva que incluye las actividades de aviación en el régimen de comercio de derechos de emisión.

Para determinar si se puede apreciar, en virtud del artículo 267 TFUE, la validez del acto del Derecho de la Unión de que se trata en relación con las normas del Derecho internacional invocadas, la Unión ha de estar vinculada en primer lugar por dichas normas. Además, el Tribunal de Justicia sólo puede examinar la validez de un acto del Derecho de la Unión en relación con un Tratado internacional si la naturaleza y el sistema de éste no se oponen a ello. Por último, cuando la naturaleza y el sistema del Tratado de que se trata permiten un control de la validez del acto del Derecho de la Unión en relación con las disposiciones de dicho Tratado, es preciso además que las disposiciones de éste invocadas para examinar la validez del acto del Derecho de la Unión sean, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas. Tal requisito se cumple cuando la disposición invocada contiene una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno.

Sobre el Convenio de Chicago, el Tribunal de Justicia recuerda que tiene un ámbito de aplicación extenso por cuanto regula, en particular, el derecho de vuelo en servicios no regulares, incluido el sobrevuelo del territorio de los Estados parte, los principios aplicables al cabotaje aéreo, las condiciones en las cuales un avión que pueda volar sin piloto podrá volar sin él sobre el territorio de un Estado contratante, la definición por los Estados contratantes de zonas de vuelo prohibidas por razones militares o de seguridad pública, el aterrizaje de aeronaves en aeropuertos aduaneros, la aplicación de las reglamentaciones aéreas, las reglas del aire, la aplicación de derechos aeroportuarios y otros similares, la nacionalidad de las aeronaves y las medidas para facilitar la navegación aérea, como la simplificación de formalidades, el establecimiento de formalidades de aduana y de inmigración, y los servicios y sistemas normalizados para la navegación aérea. El Convenio de Chicago fija también las condiciones que deben cumplirse con respecto a las aeronaves, en particular, las relativas a los documentos que deben llevar a bordo al equipo de radio de las aeronaves, a los certificados de aeronavegabilidad, al reconocimiento de certificados y licencias o también las restricciones sobre la carga. Por otra parte, este Convenio prevé que la OACI adoptará las normas y métodos internacionales recomendados. No obstante, la Unión no es parte de dicho Convenio, del que, en cambio, son partes contratantes todos sus Estados miembros. Dado que las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Convenio de Chicago no están en la actualidad plenamente asumidas por la Unión, ésta no está vinculada por dicho Convenio. De ello se desprende que, en el contexto de la remisión prejudicial, el Tribunal de Jus-

ticia no puede examinar la validez de la Directiva 2008/101 en relación con el Convenio de Chicago como tal.

En cuanto al Protocolo de Kyoto, que había sido aprobado por la Unión, el Tribunal de Justicia considera que, a partir de la entrada en vigor de dicho instrumento, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión. Señala que, aunque el Protocolo de Kyoto establece compromisos cuantificados de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero en relación con el período de compromiso correspondiente a los años 2008 a 2012, las Partes de este Protocolo pueden cumplir sus obligaciones del modo y al ritmo que acuerden. En concreto, el artículo 2, apartado 2, del Protocolo de Kyoto prevé que las Partes del mismo procurarán limitar o reducir las emisiones de ciertos gases de efecto invernadero generadas por los combustibles del transporte aéreo trabajando por conducto de la OACI. Por consiguiente, en cualquier caso no se puede considerar que dicha disposición revista, por su contenido, un carácter incondicional y suficientemente preciso a efectos de generar para el justiciable el derecho a alegarlo ante los órganos jurisdiccionales para impugnar la validez de la Directiva 2008/101. Consecuentemente, el Protocolo de Kyoto no puede ser invocado en el contexto de la presente remisión prejudicial para apreciar la validez de la Directiva 2008/101.

Sobre el Acuerdo de cielos abiertos con los Estados Unidos, recuerda que fue aprobado en nombre de la Unión por las Decisiones n^{os} 2007/339 y 2010/465. Puesto que el Acuerdo de cielos abiertos establece determinadas reglas destinadas a aplicarse directa e inmediatamente a las líneas aéreas y a conferirles, por tanto, derechos o libertades que pueden ser invocados frente a las Partes de dicho Acuerdo, y puesto que la naturaleza y el sistema de este Acuerdo no se oponen a ello, el Tribunal de Justicia puede apreciar la validez de un acto del Derecho de la Unión, como la Directiva 2008/101, en relación con las disposiciones de tal Acuerdo. Concluye que el artículo 7 del Acuerdo de cielos abiertos, titulado «Aplicación de la normativa», prevé una obligación precisa e incondicional que se aplica a las aeronaves utilizadas por las líneas aéreas de las Partes de dicho Acuerdo. En efecto, según dicho artículo, cuando dichas aeronaves dedicadas a la navegación aérea internacional entren, permanezcan o salgan del territorio de una Parte contratante, se les aplicarán y deberán cumplir las leyes y reglamentaciones de dicha Parte, ya se trate de disposiciones relativas a la entrada o la salida de las aeronaves del territorio de ésta, o de la operación y navegación de dichas aeronaves. Reconoce también que, en el contexto del caso de autos, se puede invocar el artículo 11, apartados 1 y 2, letra c), del Acuerdo de cielos abiertos, en cuanto a la obligación de exención de derechos, gravámenes y tasas, a excepción de

los que graven servicios prestados, sobre el abastecimiento de combustible de las aeronaves dedicadas al transporte aéreo internacional entre la Unión y los Estados Unidos, para apreciar la validez de la Directiva 2008/11 en relación con esta disposición. También incluye una obligación incondicional y suficientemente precisa el artículo 15, apartado 3, del Acuerdo de cielos abiertos, puesto en relación con los artículos 2 y 3, apartado 4, del mismo. El apartado 3 del artículo 15 del Acuerdo de cielos abiertos tiene por objeto imponer a las Partes contratantes la obligación de observar las normas de protección medioambiental que figuran en los anexos al Convenio de Chicago, excepto si se han notificado diferencias.

En cuanto al Derecho consuetudinario internacional, recuerda que, como se desprende del artículo 3 TUE, apartado 5, la Unión contribuye al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional. Por consiguiente, cuando adopta un acto, está obligada a respetar todo el Derecho internacional, incluido el Derecho consuetudinario internacional que vincula a las instituciones de la Unión. Considera que el principio conforme al cual cada Estado tiene soberanía plena y exclusiva sobre su espacio aéreo, el principio conforme al cual ningún Estado puede pretender válidamente someter parte alguna de la alta mar a su soberanía y el principio de libertad de sobrevolar la alta mar están considerados la expresión del estado actual del Derecho marítimo y aéreo consuetudinario internacional y, por otra parte, dichos principios fueron codificados, respectivamente, en el artículo 1 del Convenio de Chicago. En cuanto al cuarto principio enunciado por el tribunal remitente, a saber, aquél según el cual las aeronaves que sobrevuelan la alta mar están sometidas a la competencia exclusiva del Estado de su matrícula, afirma, en cambio, que no existen elementos suficientes para acreditar que el principio del Derecho consuetudinario internacional, reconocido como tal, según el cual un buque que se encuentre en alta mar está, en principio, sometido exclusivamente a la ley de su pabellón.

En cuanto a la posibilidad de que se puedan invocar los principios examinados y los requisitos para ello, pone de manifiesto que los principios de Derecho consuetudinario internacional mencionados pueden ser invocados por un particular para que el Tribunal de Justicia examine la validez de un acto de la Unión siempre que, por un lado, estos principios puedan cuestionar la competencia de la Unión para adoptar dicho acto, y por otro lado, el acto controvertido pueda afectar a los derechos que atribuye al justiciable el Derecho de la Unión o crear a cargo de éste obligaciones en relación con dicho Derecho. Pues bien, en el asunto principal, dichos principios del Derecho consuetudinario internacional se invocaban, en esencia, para que el Tri-

bunal de Justicia aprecie si la Unión era competente, en relación con dichos principios, para adoptar la Directiva 2008/101, pues ésta extiende la aplicación de la Directiva 2003/87 a los operadores de aeronaves de terceros Estados cuyos vuelos con destino u origen en un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro de la Unión se realicen en parte sobre la alta mar y sobre el territorio de éstos. Por tanto, aunque el alcance de los principios de que se trata se manifieste limitado a crear obligaciones entre Estados, no se puede excluir, en unas circunstancias como las del asunto del que conoce el tribunal remitente, en el cual la Directiva 2008/101 puede crear obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, para las demandantes en el litigio principal, que éstas puedan invocar dichos principios y que el Tribunal de Justicia pueda examinar, por tanto, la validez de esa Directiva en relación con tales principios. No obstante, puesto que un principio de Derecho consuetudinario internacional no reviste el mismo grado de precisión que la disposición de un acuerdo internacional, el control jurisdiccional debe limitarse necesariamente a determinar si las instituciones de la Unión, al adoptar el acto controvertido, incurrieron en errores manifiestos de apreciación en lo que respecta a las condiciones de aplicación de dichos principios.

Dicha Directiva no pretende aplicarse como tal a vuelos internacionales que sobrevuelan el territorio de los Estados miembros de la Unión o el de terceros Estados, cuando tales vuelos no tengan destino u origen en un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro. En cambio, cuando un vuelo con origen en un aeródromo situado en el territorio de un tercer Estado llegue a un aeródromo situado en el territorio de alguno de los Estados miembros de la Unión, o cuando un vuelo con origen en tal aeródromo se dirija a un aeródromo situado en un tercer Estado, de la parte B del anexo IV de la Directiva 2003/87, en la versión modificada por la Directiva 2008/101, resulta que los operadores de aeronaves que efectúen tales vuelos deberán notificar sus emisiones para determinar, de conformidad con el artículo 12, apartado 2 *bis*, de la Directiva 2003/87, insertado por la Directiva 2008/101, el número de derechos de emisión que deben entregar por el año natural anterior correspondientes a las emisiones verificadas, calculadas a partir de datos correspondientes a todos estos vuelos. En concreto, para calcular las «toneladas-kilómetro», se tendrá en cuenta el consumo de combustible, cuya determinación se hace mediante una fórmula de cálculo que trata de determinar, dentro de lo posible, el consumo real de combustible para los vuelos a los que se aplica la Directiva 2008/101. Por tanto, examina la validez de la Directiva 2008/101 en el asunto principal en relación con la consideración del consumo de combustible correspondiente a todos los vuelos internacionales

con destino u origen en aeródromos situados en el territorio de los Estados miembros.

Considera que la normativa de la Unión puede aplicarse a un operador de aeronaves cuando su aeronave se encuentre en el territorio de alguno de los Estados miembros y, más en particular, en un aeródromo situado en tal territorio, pues, en ese caso, dicha aeronave se halla sometida a la plena competencia de ese Estado miembro y de la Unión. A este respecto, dado que establece un criterio de aplicabilidad de la Directiva 2008/101 a los operadores de aeronaves matriculadas en un Estado miembro o en un tercer Estado que se basa en que estas aeronaves realizan vuelos con origen o destino en aeródromos situados en el territorio de alguno de los Estados miembros, la Directiva 2008/101, al ampliar a la aviación la aplicación del régimen establecido por la Directiva 2003/87, no vulnera el principio de territorialidad ni la soberanía de los terceros Estados, desde o hacia los cuales se efectúan dichos vuelos, sobre el espacio aéreo que se halla por encima de su territorio, pues dichas aeronaves se encuentran físicamente en el territorio de uno de los Estados miembros de la Unión y por ello están sometidas, en consecuencia, a la plena competencia de la Unión. Tal aplicación del Derecho de la Unión no puede tampoco desvirtuar el principio de libertad de sobrevolar la alta mar porque la aeronave que la sobrevuela no está sometida, mientras lo hace, al régimen de comercio de derechos de emisión. Por lo demás, tal aeronave puede atravesar, en ciertas circunstancias, el espacio aéreo de alguno de los Estados miembros sin que el operador de dicha aeronave esté sujeto a ese régimen. En efecto, sólo si el operador de tal aeronave opta por operar una línea aérea comercial con destino u origen en un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro estará sujeto al régimen de comercio de derechos de emisión, porque su aeronave se halla en el territorio de dicho Estado miembro.

En cuanto al hecho de que el operador de una aeronave que se halle en tal situación esté obligado a entregar derechos de emisión calculados en relación con todo el vuelo internacional que efectuó o va a efectuar su aeronave con origen o destino a tal aeródromo, recuerda que, puesto que la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tiene como objetivo garantizar un nivel de protección elevado, de conformidad con el artículo 191 TFUE, apartado 2, el legislador de la Unión puede optar, en principio, por autorizar el ejercicio en su territorio de una actividad comercial, en el caso de autos, el transporte aéreo, únicamente si los operadores respetan los criterios definidos por la Unión que pretenden cumplir los objetivos que ésta se ha fijado en materia de protección del medio ambiente, en particular, cuando estos objetivos dan desarrollo a un acuerdo internacional suscrito por la Unión, como el

Convenio Marco y el Protocolo de Kyoto. Por otra parte, el hecho de que, en el contexto de la aplicación de la normativa de la Unión en materia medioambiental, ciertos factores que contribuyen a la contaminación del aire, del mar o del territorio terrestre de los Estados miembros tengan su origen en un hecho que se desarrolla en parte fuera de ese territorio no puede oponerse, en relación con los principios del Derecho consuetudinario internacional que pueden ser invocados en el asunto principal, a la plena aplicabilidad del Derecho de la Unión en dicho territorio. De ello el Tribunal de Justicia deduce que la Unión era competente, en relación con los principios del Derecho consuetudinario internacional que pueden ser invocados en el asunto principal, para adoptar la Directiva 2008/101, en la medida en que la misma extiende a todos los vuelos con destino u origen en un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro el régimen de comercio de derechos de emisión establecido por la Directiva 2003/87.

Finalmente, el Tribunal de Justicia considera que la Directiva no infringe la obligación de exonerar al combustible de derechos, gravámenes y tasas. En efecto, contrariamente a lo que caracteriza a los gravámenes obligatorios sobre el consumo de combustible, en el régimen controvertido no existe relación directa e indisociable entre la cantidad de combustible que posee o consume un avión y la carga pecuniaria que corresponde al operador de tal avión en el marco del funcionamiento del régimen de comercio de derechos de emisión. Al tratarse de medidas basadas en el mercado, el coste concreto a cargo del operador no depende directamente del número de derechos de emisión que han de ser entregados, sino del número de derechos asignados inicialmente a dicho operador y de su precio en el mercado cuando resulta necesaria la adquisición de derechos adicionales para cubrir las emisiones. Por otra parte, cabe que un operador de aeronaves, pese a haber poseído o consumido combustible, no esté sometido a ninguna carga pecuniaria derivada de su participación en dicho régimen e incluso, que obtenga un beneficio cediendo a título oneroso sus derechos de emisión sobrantes. Por último, el Tribunal de Justicia concluye que la aplicación uniforme del régimen a todos los vuelos con origen o destino a aeropuertos europeos es conforme a las disposiciones del Acuerdo de Cielos Abiertos, que trata de prohibir el trato discriminatorio entre los operadores americanos y europeos.

9. RELACIONES EXTERIORES

El Tribunal de Justicia precisa las obligaciones procedimentales y la base jurídica correcta en caso de medidas restrictivas (sentencia de 21 de

diciembre de 2011, *Francia/People's Mojahedin Organization of Iran*, C-27/09 P, y sentencia de 16 de noviembre de 2011, *Bank Melli Iran/Consejo*, C-548/09 P)

La sentencia *Francia/People's Mojahedin Organization of Iran* resuelve un recurso de casación contra una sentencia del Tribunal General, que había anulado, en lo que se refiere a la *People's Mojahedin Organization of Iran* («PMOI»), su inclusión en la lista mencionada en el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 2580/2001 del Consejo, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo. El Tribunal de Justicia recordó que, en el caso de una decisión inicial de congelación de fondos, la institución no está obligada a comunicar previamente a la persona o entidad afectada los motivos que le llevan a incluir el nombre de dicha persona o entidad en dicha lista mencionada. En efecto, por su propia naturaleza, y para no perder eficacia, tal medida debe disfrutar de un efecto sorpresa y aplicarse de inmediato. En cambio, en el caso de una decisión de congelación de fondos posterior, que mantenga en la lista mencionada en el artículo 2, apartado 3, de dicho Reglamento el nombre de una persona o entidad que ya figuraba en ella, el efecto sorpresa ya no es necesario para garantizar la eficacia de la medida, de modo que, en principio, antes de que se adopte dicha decisión es preciso comunicar a la persona o entidad afectada las pruebas de cargo y darle la oportunidad de ser oída. Así pues, el Tribunal de Justicia consideró que el Tribunal General concluyó acertadamente que, como la Decisión controvertida mantenía el nombre de la PMOI en la lista, el Consejo no podía comunicar a la PMOI las nuevas pruebas de cargo en su contra al mismo tiempo que adoptaba la Decisión controvertida. El Consejo hubiera debido cumplir su obligación imperativa de garantizar el respeto de los derechos de defensa de la PMOI, a saber, la comunicación de las pruebas de cargo en su contra y el derecho a ser oída, antes de la adopción de dicha Decisión. A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró que resulta fundamental y esencial para el derecho de defensa la protección que confieren el requisito de comunicar las pruebas de cargo y el derecho de presentar observaciones antes de la adopción de una medida tal como la Decisión controvertida, que desencadena la aplicación de medidas restrictivas. Ello resulta especialmente cierto en el presente asunto, en el que tales medidas tienen gran repercusión en los derechos y libertades de las personas y grupos a los que se aplican.

Por último, habida cuenta de la importancia fundamental que debe otorgarse al respeto del derecho de defensa, recogido expresamente en el artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la

Unión Europea, en los procedimientos previos a la adopción de una decisión de la índole de la Decisión controvertida, el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al declarar que el Consejo no había acreditado la necesidad de adoptar la Decisión controvertida con tal urgencia que resultase imposible para dicha institución comunicar a la PMOI los nuevos elementos invocados en su contra y permitir que esta última fuera oída antes de la adopción de dicha Decisión.

Por lo que respecta, a medidas restrictivas adoptadas contra la República Islámica de Irán a fin de impedir la proliferación nuclear, la sentencia *Bank Mellí Iran/Consejo* resuelve un recurso de casación presentado por Bank Mellí Iran, banco iraní cuya titularidad ostenta el Estado iraní, contra una la sentencia del Tribunal General mediante la cual éste había desestimado su recurso dirigido a la anulación de las medidas que le afectaban. El Tribunal de Justicia consideró que el principio de tutela judicial efectiva exige que la autoridad de la Unión que adopta un acto que impone medidas restrictivas frente a una persona o una entidad comunique los motivos en que se basa dicho acto, con el máximo detalle posible, ya sea en el momento en que se adopta dicho acto o, al menos, con la máxima brevedad posible una vez adoptado, a fin de permitir a estas personas o entidades ejercer su derecho a recurrir. Pues bien, para respetar este principio, el artículo 15, apartado 3, del Reglamento nº 423/2007 obliga al Consejo a motivar de manera individual y específica las decisiones adoptadas de conformidad con el artículo 7, apartado 2 de dicho Reglamento y a dar a conocer la motivación a las personas, entidades y organismos de que se trate. En efecto, la congelación de los fondos tiene consecuencias considerables para las entidades afectadas, ya que puede restringir el ejercicio de sus derechos fundamentales. De ello se deduce que el Consejo debe cumplir la obligación que le corresponde, establecida en esta disposición, mediante una comunicación individual. Por otra parte, aunque una comunicación individual es, en principio, necesaria, señala que el artículo 15, apartado 3, de dicho Reglamento, que sólo menciona la obligación de «dar a conocer», no exige ninguna forma concreta. Es importante que se haya dado un efecto útil a esta disposición, a saber, una tutela judicial efectiva de las personas y entidades afectadas por las medidas restrictivas adoptadas con arreglo al artículo 7, apartado 2, del mismo Reglamento.

Además, el Tribunal de Justicia declaró que la elección de la base jurídica de un acto comunitario debe basarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional, entre los que figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto. Según su título, el Reglamento nº 423/2007 tiene por objeto la adopción de medidas restrictivas contra la República Islámica de

Irán. De los considerandos y de todas las disposiciones de este Reglamento se desprende que pretende impedir o frenar la política adoptada por dicho Estado en materia nuclear, habida cuenta del riesgo que representa, mediante medidas restrictivas en materia económica. Se combaten los riesgos propios del programa iraní de proliferación nuclear y no la actividad general de proliferación nuclear. Puesto que la finalidad y el contenido del acto en cuestión son claramente la adopción de medidas económicas frente a la República Islámica de Irán, el recurso al artículo 308 CE no era necesario, por constituir el artículo 301 CE una base jurídica suficiente ya que permite una acción de la Unión destinada a interrumpir o a reducir, total o parcialmente, las relaciones económicas con uno o varios países terceros, dado que esta acción puede englobar medidas de congelación de fondos de entidades que, como el Bank Melli Iran, colaboran con el régimen del país tercero de que se trata.

En cuanto a la necesidad de incluir la Posición Común 2007/140 en la base jurídica, el artículo 301 CE indica que para que se puedan adoptar medidas comunitarias la posición común o la acción común deben existir, pero no que esas medidas deban basarse en dicha posición común o en dicha acción común. En cualquier caso, una posición común no puede constituir la base jurídica de un acto comunitario. En efecto, las posiciones comunes del Consejo en materia de política exterior y de seguridad común (PESC), como las Posiciones Comunes 2007/140 y 2008/479, se adoptan en el marco de dicho Tratado UE, de conformidad con el artículo 15 del mismo, mientras que los reglamentos del Consejo, como el Reglamento nº 423/2007, se adoptan en el marco del Tratado CE. En consecuencia, el Consejo sólo podía adoptar un acto comunitario basándose en las competencias que le había conferido el Tratado CE, esto es, en el caso de autos, los artículos 60 CE y 301 CE.

El régimen de protección frente a la expulsión del que gozan los ciudadanos de la Unión no puede aplicarse mutatis mutandis a los nacionales turcos (sentencia de 8 de diciembre de 2011, Ziebell, C-371/08)

El Tribunal de Justicia considera que el artículo 14, apartado 1, de la Decisión nº 1/80, adoptada por el Consejo de Asociación UE-Turquía, debe interpretarse en el sentido de que la protección frente a la expulsión que esta disposición reconoce a los nacionales turcos no tiene el mismo alcance que el de la protección de la que gozan los ciudadanos de la Unión en virtud del artículo 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, de modo que el régimen de protección frente a la expulsión del que gozan estos ciudadanos no puede aplicarse *mutatis*

mutandis a los nacionales turcos a efectos de determinar el sentido y el alcance del artículo 14, apartado 1, de la Decisión nº 1/80. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la aplicación de los principios en los que se inspira la libre circulación como libertad fundamental con arreglo al Derecho de la Unión a los ciudadanos turcos sólo se justifica por el objetivo de alcanzar gradualmente la libre circulación de trabajadores turcos que persigue la Asociación entre la CEE y Turquía, tal como se enuncia en el artículo 12 del Acuerdo de Asociación. Pues bien, ese artículo, al hacer referencia a los artículos del Tratado relativos a la libre circulación de trabajadores, corrobora que dicha Asociación se fundamenta en un objetivo exclusivamente económico. Por el contrario la Directiva 2004/38 se basa en los artículos 12 CE, 18 CE, 40 CE, 44 CE y 52 CE, y lejos de fijarse un objetivo meramente económico, pretende facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que el Tratado confiere directamente a los ciudadanos de la Unión, y tiene por objeto, en particular, reforzar dicho derecho.

La cláusula «standstill» del acuerdo con Turquía se opone la adopción de una nueva normativa más restrictiva que la precedente, la cual atenúa el rigor de una normativa anterior (sentencia de 15 de noviembre de 2011, Dereci (C-256/11))

Es jurisprudencia constante que, si bien la cláusula de «standstill» del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional no confiere, por sí misma, a los nacionales turcos, sobre la mera base de la normativa de la Unión, un derecho de establecimiento y un derecho correlativo de residencia, ni un derecho de libre prestación de servicios, ni tampoco un derecho de entrada en el territorio de un Estado miembro, no es menos cierto que dicha cláusula prohíbe con carácter general la introducción de cualquier medida nueva que tenga por objeto o como efecto someter el ejercicio por un nacional turco de las referidas libertades económicas en el territorio nacional a condiciones más restrictivas que las que le eran aplicables en la fecha de entrada en vigor del Protocolo Adicional en el Estado miembro de que se trata. En efecto, una cláusula de «standstill», como la contenida en el artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional, no opera como norma de fondo, que haga inaplicable el Derecho material pertinente al que sustituya, sino como norma de naturaleza cuasi procedimental, que prescribe *ratione temporis* cuáles son las disposiciones de la normativa de un Estado miembro que deben regir la apreciación de la situación de un nacional turco que desee ejercitar la libertad de establecimiento en un Estado miembro.

Según la nueva normativa los nacionales de terceros Estados, incluidos

los nacionales turcos en una situación como la del Sr. Dereci, como regla general, deben presentar fuera del territorio austriaco su solicitud de residencia, y están obligados a permanecer fuera de él hasta que se resuelva sobre dicha solicitud. En cambio, en virtud de la normativa anterior los nacionales turcos en una situación como la del Sr. Dereci disfrutaban, en cuanto miembros de la familia de nacionales austriacos, de la libertad de establecimiento y podían presentar en Austria una solicitud de autorización de primer establecimiento.

El acceso preferente a una red de transporte de electricidad otorgado en violación del Derecho de la Unión está protegido por el artículo 307 CE (sentencia de 15 de septiembre de 2011, Comisión/República Eslovaca, C-264/09)

El Tribunal de Justicia desestima un recurso por incumplimiento al considerar que la parte demandada podía hacer valer el artículo 307 CE. Se había concedido un acceso preferente a ATEL y el Tribunal considera que el derecho de tránsito adquirido por ATEL garantizaba a ésta, en relación con una determinada capacidad, el acceso a la red de transporte eslovaca necesario para que pudiera vender electricidad en Polonia vía Hungría. Dicho acceso era contrario a la normativa de la Unión y se trataba de examinar si la República Eslovaca habría podido resolver el contrato en cuestión sin violar un acuerdo sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones que se celebró el 5 de octubre de 1990, es decir, antes de la adhesión de la República Eslovaca a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004.

Señala que el contrato en cuestión no contenía ninguna cláusula relativa a la posibilidad de denunciarlo. En cuanto a la posibilidad de la República Eslovaca de resolver dicho contrato respetando lo dispuesto en el artículo 6 del acuerdo sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones, señala que esta disposición establece una amplia protección de las inversiones que no sólo se aplica a las medidas de expropiación directa e indirecta, sino también a las medidas que tengan el mismo efecto que la expropiación. Por tanto, en la medida en que tal resolución del contrato en cuestión habría tenido por consecuencia privar a ATEL de la retribución que dicho contrato preveía en contrapartida por su participación económica en la construcción de la línea de transporte entre Krosno y Lemesany, dicha medida habría producido un menoscabo en los derechos de ATEL y tendría, por tanto, el mismo efecto que una expropiación en el sentido del artículo 6 del acuerdo sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones. Ciertamente, el artículo 6 también consagra un derecho a obtener una indemnización como resultado de la violación del derecho del inversor a no ser expropiado. Sin

embargo, la obligación de indemnización en caso de expropiación no tiene por efecto suprimir la obligación de la República Eslovaca de no adoptar medidas de expropiación de las inversiones protegidas por el acuerdo sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones. En consecuencia, considera que, incluso en el supuesto de que el acceso preferente concedido a ATEL no sea conforme con las Directivas de la Unión, este acceso preferente está protegido por el artículo 307 CE, párrafo primero.

10. LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

En el contexto de Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, el Tribunal de Justicia precisa las condiciones para abrir un «procedimiento territorial independiente» y el concepto «centro de los intereses principales» del deudor (sentencias de 17 de noviembre de 2011, Zaza Retail, C-112/10, y de 20 de octubre de 2011, Interedil, C-396/09)

Dos sentencias aportan precisiones sobre las condiciones de apertura de los procedimientos de insolvencia, previstas en el Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia. La sentencia *Zaza Retail* aborda el artículo 3 del Reglamento, que prevé dos tipos de procedimientos de insolvencia. El procedimiento de insolvencia que, en virtud del apartado 1 de dicho artículo, abre el tribunal competente del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor —calificado de «procedimiento principal»— produce efectos universales, ya que afecta a los bienes del deudor situados en todos los Estados miembros en los que es aplicable el Reglamento. Si bien, con arreglo al apartado 2 del citado artículo, el tribunal competente del Estado miembro en el que el deudor posea un establecimiento puede abrir un procedimiento, los efectos de dicho procedimiento —calificado de «procedimiento secundario» o «procedimiento territorial»— se limitan a los bienes del deudor que se encuentran en el territorio de este último Estado. La apertura de un procedimiento secundario o territorial está supeditada a condiciones diferentes en función de si ya se ha abierto o no un procedimiento principal. En el primer supuesto, el procedimiento se califica de «procedimiento secundario» y se regula en las disposiciones del capítulo III del Reglamento. En el segundo, el procedimiento se califica de «procedimiento territorial independiente» y los casos de apertura están determinados en el artículo 3, apartado 4, de dicho Reglamento. Esta disposición contempla dos situaciones, a saber, en primer lugar, aquella en la que es imposible abrir un procedimiento principal a tenor de las condiciones establecidas por la legislación del Estado miembro donde el deudor

tiene su centro de intereses principales y, en segundo lugar, aquella en la que la apertura de un procedimiento territorial en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra un establecimiento del deudor la solicitan determinados acreedores que tienen un vínculo particular con dicho territorio.

El Tribunal de Justicia considera que la expresión «condiciones establecidas», que figura en el artículo 3, apartado 4, letra a), del Reglamento, y que remite a las condiciones que —según la legislación del Estado miembro en cuyo territorio tiene el deudor su centro de intereses principales— impidan la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en dicho Estado, no se refiere a las condiciones que excluyen a algunas personas concretas del círculo de las facultadas para solicitar la apertura de tal procedimiento. Además, el término «acreedor», que figura en el artículo 3, apartado 4, letra b), de dicho Reglamento y que se utiliza para designar al círculo de personas facultadas para solicitar la apertura de un procedimiento territorial independiente, no incluye a una autoridad de un Estado miembro que, en virtud de su Derecho nacional, tiene como objeto actuar en interés general, pero que no interviene ni como acreedor, ni en nombre y por cuenta de los acreedores.

En el mismo área, la sentencia *Interedil* concluye que el concepto «centro de los intereses principales» del deudor, mencionado en el artículo 3.1 del Reglamento 346/2000, debe interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión. El centro de los intereses principales de una sociedad deudora, debe determinarse dando preferencia al lugar de la administración central de dicha sociedad, como puede demostrarse por los datos objetivos y que pueden comprobarse por terceros. En el supuesto de que los órganos de dirección y control de una sociedad se encuentren en el lugar de su domicilio social y de que las decisiones de gestión de esa sociedad se adopten, de forma que pueda comprobarse por terceros, en dicho lugar, no puede desvirtuarse la presunción establecida en el citado precepto. En el supuesto de que el lugar de administración central de una sociedad no se encuentre en su domicilio social, ni la presencia de activos sociales ni la existencia de contratos referentes a su explotación financiera en un Estado miembro distinto de aquel del domicilio social de la sociedad pueden ser considerados datos suficientes para desvirtuar esa presunción, salvo a condición de que una consideración del conjunto de los datos relevantes permita demostrar que, de forma que pueda comprobarse por terceros, el centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad, así como de administración de sus intereses, se encuentra en el otro Estado miembro. En caso de traslado del domicilio de una sociedad deudora antes de presentarse la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, se presume que el centro de sus intereses principales se encuentra en su

nuevo domicilio social. El concepto de «establecimiento» del artículo 3.2 del Reglamento exige la presencia de una estructura que incluya un mínimo de organización y cierta estabilidad, con objeto de ejercer una actividad económica. La sola presencia de bienes aislados o de cuentas bancarias no satisface, en principio, esta definición.

El Reglamento «Bruselas» es aplicable al reconocimiento y a la ejecución de una resolución de un órgano jurisdiccional que contiene una condena al pago de una multa con el fin de hacer cumplir una resolución judicial dictada en materia civil y mercantil (sentencia del 18 de octubre de 2011, Realchemie Nederland, C-406/09)

Si bien la multa controvertida en el litigio principal revestía un carácter punitivo y la motivación de la resolución que la impone mencionaba expresamente el carácter penal de esa multa, el asunto de autos se refería a un litigio entre dos particulares cuyo objeto es la autorización para ejecutar en los Países Bajos seis resoluciones dictadas por el *Landgericht Düsseldorf*, en las que dicho tribunal, a raíz de una demanda presentada por Bayer y basada en una alegación de violación de patente, prohibió a Realchemie importar, poseer y comercializar determinados plaguicidas en Alemania. La acción así ejercida persigue garantizar derechos privados y no implica una manifestación de prerrogativas de poder público por parte de alguno de los litigantes. En otras palabras, la relación jurídica existente entre Bayer y Realchemie debe calificarse de «relación jurídica de Derecho privado», por lo que está comprendida en el concepto de «materia civil y mercantil» en el sentido del Reglamento nº 44/2001.

El Tribunal de Justicia precisa cuáles son los tribunales competentes en caso lesiones de los derechos de la personalidad que se producen en Internet (sentencia de 25 de octubre de 2011, eDate Advertising, C-509/09 y C-161/10)

El Reglamento nº 44/2001 prevé que las personas domiciliadas en un Estado miembro están sometidas, en principio, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. Sin embargo, en materia delictual o cuasidelictual, una persona puede ser demandada también en otro Estado miembro, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso. Por lo tanto, en caso de difamación a través de un artículo de prensa difundido en varios Estados miembros, la víctima tiene dos posibilidades para entablar una acción de reparación contra el editor. Por un lado, puede acudir ante los órganos jurisdiccionales del Estado del lugar de establecimiento del editor, competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la difamación. Por otro lado, puede dirigirse a los órganos jurisdiccionales de cada

Estado miembro en que la publicación haya sido difundida y en que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación (lugar donde se ha producido el daño). No obstante, en este último caso, los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para conocer únicamente de los daños causados en el Estado al que se haya acudido.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia declara que la publicación de contenidos en Internet se distingue de la difusión territorial a través de un medio de comunicación impreso. En efecto, en el caso de la publicación de contenidos en Internet, dichos contenidos pueden ser consultados instantáneamente por un número indefinido de usuarios de Internet en todo el mundo. De este modo, por una parte, la difusión universal puede aumentar la gravedad de las lesiones de los derechos de la personalidad y, por otra, tal difusión hace que sea extremadamente difícil localizar los lugares donde se ha producido el daño que resulta de esas lesiones. En tales circunstancias, y habida cuenta de que la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de una persona puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que la víctima tiene su centro de intereses, el Tribunal de Justicia considera que dicho órgano jurisdiccional es competente por la totalidad de los daños causados en el territorio de la Unión Europea. En ese contexto, el Tribunal de Justicia precisa que, por lo general, el lugar en el que una persona tiene su centro de intereses corresponde a su residencia habitual.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia señala que, en vez de una acción basada en la responsabilidad por la totalidad del daño, la víctima puede acudir a los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en cuyo territorio un contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. En ese caso, como ocurre con los daños causados por un medio de comunicación impreso, dichos órganos son competentes para conocer únicamente del daño causado en el territorio del Estado al que se haya acudido. Asimismo, la persona que se considera lesionada puede ejercitar también una acción de responsabilidad, por la totalidad del daño causado, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de los contenidos publicados en Internet.

Por último, al interpretar el artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), considera que no impone una transposición que revista la forma de norma específica de conflicto de leyes. Sin embargo, por lo que se refiere al ámbito

coordinado, el principio de la libre prestación de servicios se opone, en principio, a que el prestador de un servicio de comercio electrónico esté sujeto en el Estado miembro de acogida a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho del Estado miembro de establecimiento del prestador.

Cuando el domicilio actual de un consumidor sea desconocido, el órgano jurisdiccional correspondiente a su último domicilio puede ser competente para conocer de una acción entablada en su contra (sentencia de 17 de noviembre de 2011, Lindner, C-327/10)

El Tribunal de Justicia observa, en primer lugar, que el Reglamento no define expresamente la competencia judicial en caso de que se desconozca el domicilio del demandado. Seguidamente, el Tribunal de Justicia recuerda que, según el Reglamento, las acciones entabladas contra el consumidor por la otra parte contratante deben interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor.

Ahora bien, si el juez nacional no logra averiguar el domicilio del consumidor en el territorio nacional, debe verificar si está domiciliado en otro Estado miembro de la Unión Europea. Si el juez nacional, por un lado, no puede averiguar el domicilio del consumidor en el territorio de la Unión y, por otro, no dispone de indicios probatorios que le permitan llegar a la conclusión de que el consumidor está efectivamente domiciliado fuera de la Unión, la regla según la cual, en caso de controversia, son competentes los tribunales del Estado miembro en el que se encuentre el domicilio del consumidor ha de entenderse en el sentido de que no sólo se refiere al domicilio actual del consumidor, sino también a su último domicilio conocido.

En efecto, dicha interpretación del Reglamento permite al mismo tiempo al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar su acción, y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado. Asimismo, cuando sea imposible localizar el domicilio actual del demandado, tal interpretación permite evitar que no se pueda determinar el órgano jurisdiccional competente, lo cual privaría al demandante de su derecho a la tutela judicial. Además, dicha solución garantiza un justo equilibrio entre los derechos del demandante y del demandado, habida cuenta de que éste último tenía la obligación de informar al primero de todo cambio de domicilio posterior a la firma del contrato de préstamo inmobiliario de larga duración.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia declara que los órganos jurisdiccionales checos eran competentes para conocer de la demanda interpuesta por el banco contra el Sr. Lindner en la medida en que les resulte imposible localizar su domicilio actual.

Finalmente, el Tribunal de Justicia examina la posibilidad, prevista por el Derecho checo para este tipo de supuestos, de tramitar el procedimiento sin conocimiento del demandado mediante la designación de un curador y la notificación a éste de la demanda. El Tribunal de Justicia señala que, si bien tales medidas constituyen una restricción al derecho de defensa, dicha restricción está justificada a la vista del derecho del demandante a una tutela efectiva. En efecto, si no se designase a un curador a quien poder notificar la demanda, el demandante no podría ejercer ese derecho contra una persona sin domicilio conocido. No obstante, el Tribunal de Justicia concluye que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto debe cerciorarse siempre de que se han adoptado todas las medidas necesarias para encontrar a dicha persona, al objeto de que ésta pueda defenderse.

Un órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar el Reglamento «Roma II» únicamente a los hechos, generadores de daño, que se produzcan a partir del 11 de enero de 2009 (sentencia de 17 de noviembre de 2011, Homawoo, C-412/10)

La sentencia *Homawoo* considera que de los artículos 31 y 32 del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), puestos en relación con el artículo 297 TFUE, se desprende que un órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar este Reglamento únicamente a los hechos, generadores de daño, que se produzcan a partir del 11 de enero de 2009, que es la fecha fijada por su artículo 32. Dicha interpretación es la única que permite asegurar, con arreglo a los considerandos sexto, décimo tercero, décimo cuarto y décimo sexto del Reglamento, el cumplimiento total de los objetivos de éste, a saber, garantizar la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad jurídica en cuanto a la ley aplicable y la aplicación uniforme de dicho Reglamento en todos los Estados miembros. En cambio, estos objetivos podrían quedar en peligro si se aplicase el Reglamento a los hechos producidos entre la fecha de su entrada en vigor y la fecha fijada por su artículo 32. No cabe excluir que dos hechos producidos el mismo día, antes del 11 de enero de 2009, puedan en ese caso estar regidos por leyes diferentes, según la fecha de inicio del procedimiento de indemnización o la fecha en que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto determine la ley aplicable. Además, las obligaciones derivadas de un hecho que hubiera producido daños en un mismo lugar a varias personas podrían estar regidas por leyes diferentes, según el resultado de los diversos procedimientos judiciales. Considera también que no influyen en la delimitación del ámbito de aplicación temporal de este Reglamento la fecha en que se inicie el procedimiento

de reclamación de indemnización ni la fecha en que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto determine la ley aplicable.

El Tribunal precisa los derechos de las víctimas de acuerdo con la Decisión marco 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (sentencias de 15 de septiembre de 2011, Gueye y Sánchez, C-483/09 y C-1/10, y de 21 de diciembre de 2011, Procedimiento penal contra X, C-507/10)

La sentencia *Gueye y Sánchez* aborda un problema de Derecho español. De acuerdo con el Derecho español, en los supuestos de malos tratos en el ámbito familiar, los órganos jurisdiccionales españoles han de imponer sanciones penales y, en todo caso, de modo preceptivo, una pena que prohíbe al autor de los actos de violencia aproximarse a su víctima. Esta medida de alejamiento, con una determinada duración mínima, está dirigida a la protección de la víctima. El incumplimiento de la medida de alejamiento constituye una infracción penal.

El Tribunal de Justicia concluye que los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida. El Tribunal de Justicia considera que dicha medida de protección penal contra los actos de violencia doméstica no sólo tiene por objeto la protección de los intereses de la víctima, sino también la protección de otros intereses más generales de la sociedad.

El Tribunal de Justicia señala que la Decisión marco no contiene ninguna disposición relativa a las clases y graduación de las penas que los Estados miembros han de establecer en su normativa para sancionar las infracciones penales. En efecto, la Decisión marco tiene por objeto garantizar que la víctima pueda participar efectivamente en el proceso penal de un modo adecuado, reconociéndole a estos efectos determinados derechos procesales (entre otros, el derecho a ser oída y a facilitar elementos de prueba). Por consiguiente, habida cuenta de dicho objetivo, el Tribunal de Justicia concluye que la Decisión marco no implica que una medida de alejamiento preceptiva como la controvertida no pueda imponerse en contra de la opinión de la víctima.

Seguidamente, el Tribunal de Justicia examina el alcance del derecho de la víctima a ser oída, reconocido por la Decisión marco, y los efectos de ese derecho sobre las penas que han de imponerse a los autores de infracciones penales. A este respecto, el Tribunal de Justicia precisa que, si bien el dere-

cho de la víctima a ser oída debe proporcionar a ésta «junto a la posibilidad de describir objetivamente cómo se produjeron los hechos» la oportunidad de exponer su punto de vista, este derecho procesal no confiere a la víctima el derecho a elegir la clase ni la graduación de la pena aplicable al autor de los hechos en virtud de las normas del Derecho penal nacional. En efecto, la protección penal contra los actos de violencia doméstica que establece un Estado miembro en ejercicio de su potestad sancionadora no sólo tiene por objeto la protección de los intereses de la víctima tal como ésta los percibe, sino también la protección de otros intereses más generales de la sociedad. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia concluye que el derecho de la víctima a ser oída, reconocido por la Decisión marco, no se opone a que el legislador nacional, particularmente en los supuestos en que han de tenerse en cuenta otros intereses además de los propios de la víctima, establezca penas preceptivas con una duración mínima. Finalmente, el Tribunal de Justicia declara que la Decisión marco permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones.

La sentencia *Procedimiento penal contra X* (C-507/10) concluye que los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco no se oponen a disposiciones nacionales, como las de los artículos 392, apartado 1 *bis*, 398, apartado 5 *bis*, y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal italiana, que, por una parte, no imponen al Ministerio Fiscal la obligación de solicitar al órgano jurisdiccional competente para resolver el asunto que permita que a la víctima especialmente vulnerable se la oiga y se le tome declaración mediante incidente probatorio en la fase de instrucción del proceso penal y, por otra parte, no autorizan a la citada víctima a interponer un recurso ante el juez contra la decisión del Ministerio Fiscal que desestima su solicitud de ser oída y de que se le tome declaración mediante el mencionado incidente.

Conforme al artículo 3 de la Decisión marco, los Estados miembros garantizarán a todas las víctimas la posibilidad de ser oídas durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba, y tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal. Los artículos 2 y 8, apartado 4, de la Decisión marco obligan a los Estados miembros a esforzarse, en particular, por que todas las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, a velar por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación y a garantizar, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración

en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho.

Ninguna de las tres disposiciones de la Decisión marco mencionadas por el juez remitente establece formas concretas de ejecución de los objetivos que enuncian, consistentes, en particular, en garantizar que todas las víctimas sean tratadas «con el debido respeto a su dignidad personal», la posibilidad de «ser oídas» durante el procedimiento así como «facilitar elementos de prueba», y que sólo sean interrogadas «en la medida necesaria para el proceso penal», además, garantizar a las «víctimas especialmente vulnerables» un «trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación» y garantizar que se proteja a dichas víctimas, si procede, «de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública» beneficiándose, «por resolución judicial», de «testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho». La Decisión marco deja a las autoridades nacionales una amplia facultad discrecional en cuanto a los mecanismos concretos para alcanzar los objetivos que persigue.

Si deben preverse por los Estados miembros medidas específicas en favor de las víctimas especialmente vulnerables, de ello no resulta necesariamente un derecho a favor de dichas víctimas de disfrutar, en cualquier caso, de un régimen como el del incidente probatorio durante la fase de instrucción, a fin de alcanzar los objetivos perseguidos por la Decisión marco.

El artículo 8, apartado 4, de la Decisión marco obliga en particular a los Estados miembros a garantizar, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, «de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública», que éstas puedan, «por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo», y ello «por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho». No obstante, no excede el margen de apreciación del que disponen los Estados miembros para alcanzar tal objetivo una legislación nacional que, en un sistema jurídico como aquél de que se trata en el procedimiento principal, prevé un régimen procesal en virtud del cual el Ministerio Fiscal decide si procede estimar la solicitud de la víctima de recurrir a un procedimiento como el del incidente probatorio. Puede considerarse inscrito en la lógica de un sistema en el que el Ministerio Fiscal es un órgano judicial responsable del ejercicio de la acción penal.

Por otra parte, la apreciación de la solicitud de una víctima de que se utilice el procedimiento del incidente probatorio debe tener en cuenta la ne-

cesidad de interpretar la Decisión marco de forma que se respeten los derechos fundamentales. A la luz de esta necesidad, las autoridades nacionales deben asegurarse, en cada caso, de que la aplicación de tal procedimiento no convierta en injusto el proceso penal, considerado en su conjunto, en el sentido de las disposiciones antes citadas.

Para garantizar que la víctima pueda participar efectivamente en el proceso penal de un modo adecuado, el derecho de la víctima a ser oída debe proporcionarle, junto a la posibilidad de describir objetivamente cómo se produjeron los hechos, también la oportunidad de exponer su punto de vista. No obstante, ni las disposiciones de la Decisión marco ni el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantizan a la víctima de una infracción penal un derecho de provocar el ejercicio de acciones penales contra un tercero para obtener su condena.

Un solicitante de asilo no puede ser trasladado a un Estado miembro donde corre el riesgo de ser sometido a tratos inhumanos (sentencia de 21 de diciembre de 2011, N.S. y M.E., C-411/10 y C-493/10)

El Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país («Dublín II») enuncia los criterios que permiten determinar el Estado miembro competente para conocer de una solicitud de asilo presentada en la Unión, de modo que, en principio, la competencia corresponde a un solo Estado miembro. Cuando un nacional de un tercer país solicita asilo en un Estado miembro que no es el designado como competente por el Reglamento, éste prevé un procedimiento de traslado del solicitante de asilo al Estado miembro competente.

Se trataba de personas de originarias de Afganistán, Irán y Argelia. Por haber transitado por Grecia, las autoridades británicas e irlandesas decidieron su traslado a Grecia, conforme al Reglamento «Dublín II». Los tribunales nacionales preguntaban al Tribunal de Justicia si - en vista de la saturación del sistema de asilo griego y de sus efectos en el trato dispensado a los solicitantes de asilo y en el examen de sus solicitudes - las autoridades de un Estado miembro que deben efectuar el traslado de los solicitantes a Grecia (Estado responsable del examen de la solicitud de asilo conforme al Reglamento) deben comprobar previamente si dicho Estado (Grecia) respeta efectivamente los derechos fundamentales. Los referidos órganos jurisdiccionales preguntan igualmente si, en caso de que ese Estado no respete los derechos fundamentales, dichas autoridades están obligadas a asumir la responsabilidad de examinar ellas mismas la solicitud de asilo.

El Tribunal de Justicia recuerda, en primer lugar, que el sistema europeo común de asilo ha sido concebido en un contexto que permite suponer que todos los Estados que participan en él respetan los derechos fundamentales y que los Estados miembros pueden aplicarse una confianza mutua a este respecto. Precisamente por este principio de confianza mutua, el legislador de la Unión adoptó el Reglamento «Dublín II», cuyo objetivo principal consiste en acelerar la tramitación de las solicitudes en interés tanto de los solicitantes de asilo como de los Estados participantes. Sobre la base de este principio, el Tribunal de Justicia examina si las autoridades nacionales que deben proceder al traslado al Estado responsable de la solicitud de asilo, designado por el Reglamento, deben examinar previamente si en dicho Estado se respetan los derechos fundamentales de las personas.

El Tribunal de Justicia señala que no basta cualquier incumplimiento de las normas que rigen el derecho de asilo para impedir el traslado de un solicitante de asilo al Estado en principio competente. En efecto, ello vaciaría de su contenido esencial a las obligaciones de los Estados miembros en el sistema europeo común de asilo y comprometería el objetivo de determinar de forma rápida el Estado miembro competente. No obstante, el Tribunal de Justicia considera que el Derecho de la Unión se opone a una presunción irrefutable según la cual el Estado miembro designado como responsable por el Reglamento respeta los derechos fundamentales de la Unión Europea. En efecto, incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al Estado miembro designado como responsable cuando no pueden ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 4 de la Carta de Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por lo que respecta a la situación de Grecia, las partes coincidían en que dicho Estado miembro era, en 2010, el punto de entrada en la Unión de cerca del 90 % de los inmigrantes ilegales, de modo que la carga soportada por ese Estado miembro debido a esta afluencia es desproporcionada en relación con la que soportan los demás Estados miembros y las autoridades griegas se encuentran en la imposibilidad material de afrontarla. Grecia había indicado que los Estados miembros no aceptaron la propuesta de la Comisión de suspender la aplicación del Reglamento nº 343/2003 y de modificarlo atenuando el criterio de la primera entrada. En una situación análoga a las que era objeto de los asuntos principales, es decir, el traslado, en junio de 2009,

de un solicitante de asilo a Grecia, Estado miembro responsable en el sentido del Reglamento nº 343/2003, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había declarado, en particular, que el Reino de Bélgica había infringido el artículo 3 del CEDH, por un lado, al exponer al demandante a los riesgos resultantes de las deficiencias del procedimiento de asilo en Grecia, dado que las autoridades belgas sabían o debían saber que no había ninguna garantía de que su solicitud de asilo fuera examinada con rigor por las autoridades griegas y, por otro lado, al exponer al demandante con pleno conocimiento de causa a condiciones de detención y de vida que constituirían tratos degradantes. El grado de menoscabo de los derechos fundamentales descrito en esa sentencia pone de manifiesto que en Grecia existían deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo.

El Tribunal de Justicia considera, pues, que los Estados miembros disponen de diversos instrumentos adecuados para apreciar el respeto de los derechos fundamentales y, por tanto, los riesgos reales a los que se enfrenta un solicitante de asilo en el caso de ser trasladado al Estado responsable. Entre ellos, los informes de las organizaciones no gubernamentales internacionales o de la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Además, sin perjuicio de la facultad de examinar la solicitud él mismo, el Estado miembro que debe trasladar al solicitante al Estado responsable según el Reglamento y que se halla en la imposibilidad de hacerlo, debe examinar los demás criterios del Reglamento, con objeto de comprobar si uno de los criterios posteriores permite determinar otro Estado miembro como responsable del examen de la solicitud de asilo. Al realizar tal comprobación, el Estado miembro debe procurar no agravar una situación de vulneración de los derechos fundamentales de ese solicitante mediante un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable que se prolongue más allá de lo razonable. Si fuera necesario, le corresponderá a él mismo examinar la solicitud.

Por último, el Tribunal de Justicia precisa que la toma en consideración del Protocolo (nº 30) sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido no afecta a las respuestas ofrecidas. A este respecto, el Tribunal de Justicia había considerado de entrada que la decisión adoptada por un Estado miembro sobre la base del artículo 3, apartado 2, del Reglamento «Dublin II», de examinar o no una solicitud de asilo de la que no es responsable según los criterios establecidos en el capítulo III de dicho Reglamento supone una aplicación del Derecho de la Unión a efectos del artículo 6 TUE y/o del artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La «Directiva retorno» se opone en determinados supuestos a una normativa de un Estado miembro que reprime mediante sanciones penales la estancia irregular (sentencia de 6 de diciembre de 2011, Achughbabian, C-329/11)

La sentencia *Achughbabian* considera que la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular («Directiva retorno»), se opone a una normativa de un Estado miembro que reprime mediante sanciones penales la estancia irregular en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país que, aunque se halle en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro y no esté dispuesto a abandonarlo voluntariamente, no está sujeto a medidas coercitivas como las que contempla el artículo 8 de la citada Directiva, no habiendo expirado, en el supuesto de internamiento con objeto de preparar y ejecutar su expulsión, el plazo máximo de duración de tal internamiento. No obstante, no se opone a tal normativa en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país al que se haya aplicado el procedimiento de retorno establecido en dicha Directiva y que se halle en situación irregular en el referido territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno.

En caso de que no se produzca la salida voluntaria, la Directiva impone a los Estados miembros que procedan a la expulsión forzosa empleando las medidas menos coercitivas posibles. Sólo si la expulsión pelagra puede el Estado miembro internar a la persona afectada, internamiento cuya duración no puede exceder en ningún caso de dieciocho meses.

El Tribunal de Justicia señala, en primer lugar, que la Directiva —cuyo objeto no es armonizar totalmente las normas nacionales en materia de residencia de extranjeros— sólo versa sobre las decisiones de retorno y su ejecución. Por consiguiente, la Directiva no se opone a una normativa nacional que califica de delito la estancia irregular de un nacional de un tercer país y que establece sanciones penales, incluida la pena de prisión. La Directiva no se opone tampoco a que se lleve a cabo una detención con el fin de determinar el carácter regular o irregular de la situación de un nacional de un tercer país. No obstante, el Tribunal de Justicia precisa que las autoridades nacionales están obligadas a actuar con diligencia y a definir sin tardanza su posición. Una vez comprobada la irregularidad de la situación, dichas autoridades deben, en principio, adoptar una decisión de retorno.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia examina la conformidad con la Directiva de la normativa francesa en la medida en que puede dar lugar a un

encarcelamiento durante el procedimiento de retorno. El Tribunal de Justicia recuerda, ante todo, su jurisprudencia *El Dridi*, según la cual los Estados miembros deben ajustar su legislación penal en el ámbito de la inmigración clandestina y de la estancia irregular de modo que se asegure el respeto del Derecho de la Unión. Por tanto, dichos Estados no pueden aplicar una normativa penal que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por la «Directiva retorno» y, en consecuencia, privarla de su efecto útil. El Tribunal de Justicia interpreta, a continuación, los términos «medidas» y «medidas coercitivas» contenidos en la Directiva y considera que hacen referencia a toda actuación que conduzca, de forma eficaz y proporcionada, al retorno del interesado. Pues bien, según el Tribunal de Justicia, la imposición y la ejecución de una pena de prisión durante el procedimiento de retorno no contribuye a que se lleve a cabo la expulsión que dicho procedimiento persigue. Por tanto, dicha pena no constituye una «medida» o una «medida coercitiva» en el sentido de la Directiva.

El Tribunal de Justicia concluye que el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país en situación irregular que no ha sido sometido a las medidas coercitivas previstas en la Directiva y para el cual, en caso de que haya sido internado para aplicar el procedimiento de expulsión, no haya expirado el plazo máximo de duración de tal internamiento.

Por último, el Tribunal de Justicia recuerda que los Estados miembros pueden adoptar o mantener, respetando la «Directiva retorno» y su objetivo, disposiciones penales que regulen el supuesto de que las medidas coercitivas no hayan permitido que se logre expulsar a un nacional de un tercer país en situación irregular. De ello deduce el Tribunal de Justicia que la Directiva no se opone a que se impongan sanciones penales, con arreglo a las normas nacionales y respetando los derechos fundamentales, a los nacionales de terceros países a los que se aplique el procedimiento de retorno establecido en la citada Directiva y que se hallen en situación irregular en el territorio de un Estado miembro sin que exista un motivo justificado para el no retorno.