

# CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

ENERO-AGOSTO 2008

FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE\*

## 1. INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

1.1. La sentencia de 6 de mayo, *Parlamento Europeo/Consejo* (C-133/06) anula los artículos 29, apartados 1 y 2, y 36, apartado 3, de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

En primer lugar, el TJCE señala que, al adoptar la Directiva 2005/85 según la forma prevista en el artículo 67 CE, apartado 1, el Consejo tenía la posibilidad de aplicar el artículo 202 CE, tercer guión, a fin de adoptar medidas que no tuvieran carácter esencial para la materia que debía regularse. Así, suponiendo que las listas de países seguros tengan tal carácter no esencial y constituyan un caso específico, hubiera podido decidir reservarse el ejercicio de las competencias de ejecución, con la condición de motivar pormenorizadamente su decisión. En efecto, el Consejo debe justificar de manera suficiente, en función de la naturaleza y del contenido del acto de base que se deba aplicar o modificar, una excepción a la regla según la cual, en el sistema del Tratado, cuando procede adoptar medidas de ejecución de un acto de base a nivel comunitario, el ejercicio de esta competencia incumbe normalmente a la Comisión.

En el caso de autos, el Consejo se refirió explícitamente, en el deci-

---

\* Miembro del Servicio jurídico, Comisión Europea.

monono considerando de la Directiva 2005/85, a la importancia política de la designación de los países de origen seguros y, en el vigésimo cuarto considerando de la misma Directiva, a las consecuencias que puede tener el concepto de tercer país seguro para los solicitantes de asilo. Sin embargo, los motivos expuestos en dichos considerandos pretenden explicar las razones de la consulta parlamentaria en la elaboración de las listas de países seguros y las modificaciones de las mismas, y no justificar de manera suficiente una reserva de ejecución que reviste un carácter específico para el Consejo.

En segundo lugar, constata que, en el marco de la aplicación del artículo 67 CE, las medidas que se tomen en las materias contempladas en el artículo 63 CE, puntos 1 y 2, letra a), se adoptan según dos procedimientos distintos, previstos en el artículo 67 CE, a saber, bien el procedimiento de adopción por unanimidad tras consulta al Parlamento, bien el procedimiento de codecisión. Las disposiciones impugnadas instituyen un procedimiento de adopción de dichas medidas por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento, por lo que tal procedimiento es distinto de los previstos en el artículo 67 CE. Ahora bien, las normas relativas a la formación de la voluntad de las instituciones comunitarias están establecidas en el Tratado y, por lo tanto, no tienen carácter dispositivo ni para los Estados miembros ni para las propias instituciones. Reconocer a una institución la posibilidad de crear bases jurídicas derivadas, para reforzar o para aligerar la forma de adopción de un acto, supone atribuirle una facultad legislativa que excede de lo previsto en el Tratado. Esto conduciría también a vulnerar el principio de equilibrio institucional, que implica que cada una de las instituciones ha de ejercer sus competencias sin invadir las de las demás.

La adopción de bases jurídicas derivadas no puede justificarse sobre la base de consideraciones relacionadas con el carácter políticamente delicado de la materia de que se trata o con una preocupación por garantizar la eficacia de una acción comunitaria. Además, tampoco puede invocarse válidamente la existencia de una práctica anterior consistente en establecer bases jurídicas derivadas. En efecto, aunque resultara probada, tal práctica no puede modificar las normas del Tratado y no puede por tanto, crear un precedente que vincule a las instituciones. Por ello, al incluir en la Directiva 2005/85 las bases jurídicas derivadas constituidas por las disposiciones controvertidas, el Consejo infringió el artículo 67 CE y excedió así las competencias que le confiere el Tratado.

La sentencia de 20 de mayo, *Comisión/Consejo* (C-91/05) anula la decisión 2004/833/PESC del Consejo, por la que se aplica la Acción Común 2002/589/PESC con vistas a una contribución de la Unión Europea a la CEDEAO en el marco de la moratoria sobre las armas ligeras y de pequeño calibre. La Decisión, que persigue objetivos pertenecientes no sólo al ámbito de la Política exterior y de seguridad común, sino también al de la Política comunitaria de cooperación al desarrollo, debería haberse adoptado con arreglo al Tratado CE y no al Tratado UE.

Un acto generador de efectos jurídicos adoptado en el marco del título V del Tratado UE afecta a las disposiciones del Tratado CE en el sentido del artículo 47 UE siempre que hubiera podido adoptarse basándose en este último Tratado, sin que sea necesario examinar si dicho acto impide o limita el ejercicio de las competencias de la Comunidad.

Puesto que el hecho de que un acto generador de efectos jurídicos adoptado por la Unión basándose en el Tratado UE habría podido ser adoptado por la Comunidad da lugar a una infracción del artículo 47 UE, tampoco resulta pertinente saber si, en una materia como la cooperación al desarrollo, que no es competencia exclusiva de la Comunidad y en la que, por consiguiente, nada impide a los Estados miembros ejercer colectiva o individualmente sus competencias, dicho acto podría haber sido adoptado por los Estados miembros en el ejercicio de sus competencias. Por otra parte, la cuestión de si las disposiciones de dicho acto adoptado por la Unión son competencia de la Comunidad afecta a la atribución y, por lo tanto, a la propia existencia de esa competencia, y no a su naturaleza exclusiva o compartida. Examina, pues, si la Decisión impugnada infringe el artículo 47 UE por cuanto podría haberse adoptado tomando como fundamento las disposiciones del Tratado CE.

El TJCE señala que la Política comunitaria de cooperación al desarrollo no sólo tiene por objeto el desarrollo económico y social de los países en vías de desarrollo y la lucha contra la pobreza, sino también el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Para que una medida esté comprendida dentro del ámbito de la política de cooperación al desarrollo es preciso, no obstante, que contribuya a la consecución de los objetivos de desarrollo económico y social de dicha política. En este contexto, el TJCE pone de relieve que determinadas medidas dirigidas a prevenir la fragilidad de los países en vías de desarrollo, incluidas las adoptadas en el marco de la lucha contra la proliferación de

las armas ligeras y de pequeño calibre, pueden contribuir a eliminar o reducir obstáculos al desarrollo económico y social de dichos países. No obstante, las medidas de lucha contra la proliferación de armas ligeras y de pequeño calibre no están incluidas entre las competencias atribuidas a la Comunidad en materia de política de cooperación al desarrollo cuando, por razón de su objetivo o de su componente principal, se inscriben dentro de la realización de la PESC.

El TJCE recuerda su jurisprudencia según la cual, con arreglo al artículo 47 del Tratado UE, una medida que pueda adoptarse en virtud del Tratado CE no puede tener como base jurídica el Tratado UE. Aun cuando una medida persiga a la vez varios objetivos o tenga varios componentes, sin que uno sea accesorio del otro, dicha medida no puede, por lo tanto, adoptarse sobre la base del Tratado UE cuando pertenezca igualmente al ámbito de una competencia atribuida por el Tratado CE.

Si bien la Decisión se inscribe dentro de una perspectiva general de mantenimiento de la paz y de fortalecimiento de la seguridad internacional, tiene también como finalidad específica fortalecer las capacidades de un grupo de países africanos en vías de desarrollo para luchar contra un fenómeno que constituye un obstáculo para el desarrollo sostenible de dichos países. La Decisión persigue por lo tanto varios objetivos pertenecientes, respectivamente, al ámbito de la PESC y al de la política de cooperación al desarrollo, sin que ninguno de ellos sea accesorio del otro. Así pues, el TJCE concluye que el Consejo no observó el artículo 47 del Tratado UE, al adoptar la Decisión basándose en la PESC, pese a pertenecer ésta asimismo al ámbito de la política de cooperación al desarrollo.

En su sentencia de 1 de abril, *Parlamento y Dinamarca/Comisión* (C-14/06 y C-295/06) el TJCE anula el número 2 del anexo de la Decisión 2005/717/CE de la Comisión, por la que se modifica el anexo de la Directiva 2002/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos con el fin de adaptarlo al progreso técnico. No obstante, mantiene los efectos del número 2 del anexo de la Decisión 2005/717 hasta el 30 de junio de 2008 inclusive. El TJCE estima el primer motivo, basado en la infracción del artículo 5, apartado 1, letra b), de la Directiva 2002/95.

A tenor del artículo 202 CE, tercer guión, para garantizar la consecución de los fines establecidos en el Tratado, el Consejo de la Unión Europea atribuirá a la Comisión, respecto de los actos que él mismo adopte,

las competencias de ejecución de las normas que éste establezca. El Consejo podrá someter el ejercicio de estas competencias a determinadas condiciones y podrá asimismo reservarse, en casos específicos, el ejercicio directo de las competencias de ejecución. En el marco de estas competencias, cuyos límites deben apreciarse especialmente en función de los objetivos generales esenciales de la normativa de que se trata, la Comisión puede aprobar todas las normas de desarrollo necesarias o útiles para la ejecución de la normativa de base, siempre que no sean contrarias a ésta. Dado que la Decisión impugnada se basa en la Directiva 2002/95 y, en particular, en su artículo 5, apartado 1, letra b), el TJCE examina esta disposición. El artículo 5 de la Directiva 2002/95 trata de las modificaciones del anexo de la misma. Concluye que la Comisión infringió el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2002/95 al adoptar la Decisión impugnada.

1.2. En la sentencia de 12 de febrero, *Kempter* (C-2/06) el TJCE concluye que en el marco de un procedimiento ante un órgano administrativo que tiene por objeto revisar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza en virtud de una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional que conocía en última instancia, estando dicha sentencia fundada en una interpretación errónea del Derecho comunitario a la vista de la jurisprudencia posterior del TJCE, este Derecho no exige que el demandante en el litigio principal haya invocado el Derecho comunitario en el marco del recurso jurisdiccional de Derecho interno interpuesto contra dicha resolución. El Derecho comunitario no impone ningún límite temporal para presentar una solicitud dirigida a la revisión de una resolución administrativa firme. No obstante, los Estados miembros siguen siendo libres de establecer plazos razonables para interponer recurso de conformidad con los principios comunitarios de efectividad y equivalencia.

El TJCE recuerda que la firmeza de una resolución administrativa, adquirida al expirar plazos razonables de recurso o, como ocurre en el caso de autos, por agotamiento de las vías de recurso, contribuye a dicha seguridad con la consecuencia de que el Derecho comunitario no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido dicha firmeza. Sin embargo, el TJCE ha declarado que circunstancias particulares pueden, en virtud del principio de cooperación que se deriva del artículo 10 CE, obligar a un órgano administrativo nacional a examinar de nuevo una resolución admi-

nistrativa firme tras el agotamiento de las vías de recurso internas, para tener en cuenta la interpretación de una disposición pertinente del Derecho comunitario, efectuada posteriormente por el TJCE. Entre las condiciones en que puede basarse tal obligación de revisión, el TJCE ha tomado en consideración particularmente el hecho de que la sentencia del órgano jurisdiccional que conoce en última instancia, en virtud de la cual la resolución administrativa ha adquirido firmeza, estuviera, a la vista de una jurisprudencia del TJCE posterior a ella, basada en una interpretación errónea del Derecho comunitario, efectuada sin haber sometido la cuestión al TJCE con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE, párrafo tercero. Por lo tanto, no cabe deducir de la sentencia Kühne & Heitz que a los efectos de la tercera condición establecida por dicha sentencia, las partes deban haber alegado ante el órgano jurisdiccional nacional el punto de Derecho comunitario de que se trate. En efecto, para cumplir dicha condición, es suficiente que, el referido punto de Derecho comunitario, cuya interpretación ha resultado ser errónea a la luz de una sentencia posterior del TJCE, haya sido examinado por el órgano jurisdiccional nacional que conoció en última instancia, o que hubiera podido ser examinado de oficio por él.

Recuerda a este respecto que, si bien el Derecho comunitario no obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a examinar de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones de la normativa comunitaria cuando el examen de dicho motivo las obligaría a exceder los límites del litigio tal como lo habían delimitado las partes, dichos órganos jurisdiccionales deben examinar de oficio los fundamentos de Derecho basados en una norma comunitaria de carácter imperativo cuando, en virtud del Derecho nacional, estén obligadas o facultadas para hacerlo en el caso de una norma de Derecho interno de carácter imperativo.

En la sentencia de 13 de marzo, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening* (C-383/06 a C-385/06) el TJCE concluye que el artículo 23, apartado 1, del Reglamento (CEE) n.º 4253/88 del Consejo, por el que se aprueban disposiciones de aplicación del Reglamento n.º 2052/88, en lo relativo, por una parte, a la coordinación de las intervenciones de los Fondos Estructurales y, por otra, de éstas con las del Banco Europeo de Inversiones y con las de los demás instrumentos financieros existentes, en su versión modificada, crea para los Estados miembros la obligación de recuperar los fondos perdidos por abusos o negligencia, sin que sea necesario que el Derecho nacional establezca una

habilitación. La recuperación de los fondos perdidos por abuso o negligencia debe efectuarse con arreglo al artículo 23, apartado 1, y según lo dispuesto en el Derecho nacional, sin perjuicio de que la aplicación de este Derecho no menoscabe la aplicación ni la eficacia del Derecho comunitario y que no tenga por efecto hacer prácticamente imposible la recuperación de las cantidades abonadas irregularmente. Corresponde al juez nacional garantizar plenamente la aplicación del Derecho comunitario, inaplicando o interpretando, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice, como la *Algemene wet bestuursrecht* (Ley general de Derecho administrativo). El juez nacional puede aplicar los principios comunitarios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima teniendo en cuenta el comportamiento tanto de los beneficiarios de los fondos perdidos como el de la Administración, siempre que el interés de la Comunidad se tome plenamente en consideración. La condición de entidad pública del beneficiario de los fondos carece de incidencia a este respecto.

La sentencia de 17 de julio, *Arcor* (C-152/07 a C-154/07) aborda el efecto directo de las Directivas en una situación triangular. Concluye que el artículo 12, apartado 7, de la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP), en su versión modificada posteriormente, y el artículo 4 *quater* de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, en su versión modificada, deben interpretarse en el sentido de que una autoridad nacional de reglamentación no puede obligar a un operador de una red de conexión interconectada a una red pública a pagar al operador de la red de abonados dominante en el mercado una cuota de enlace adicional a una cuota de interconexión, destinada a compensar el déficit en el que haya incurrido este último operador por el suministro del bucle de abonado para el año 2003. Sin embargo, los artículos 4 *quater* de la Directiva 90/388, en su versión modificada, y 12, apartado 7, de la Directiva 97/33, en su versión modificada, producen efecto directo y pueden ser invocados directamente por los particulares ante los tribunales nacionales para impugnar una decisión de la autoridad nacional de reglamentación.

A este respecto, recuerda que, según jurisprudencia reiterada, una directiva no puede, por sí misma, crear obligaciones a cargo de los particulares, sino sólo derechos. Por consiguiente, un particular no puede invocar

una directiva contra un Estado miembro cuando se trata de una obligación estatal que está directamente relacionada con la ejecución de otra obligación que incumbe a un tercero, en virtud de esta directiva. En cambio, las meras repercusiones negativas sobre los derechos de terceros, incluso si pueden preverse con seguridad, no justifican que se niegue a un particular la posibilidad de invocar las disposiciones de una directiva contra el Estado miembro de que se trate. En los asuntos principales, los litigios de que conoce el órgano jurisdiccional remitente han sido promovidos por sujetos privados contra el Estado miembro afectado, que actúa a través de la autoridad nacional de reglamentación autora de la decisión impugnada, que es la única competente para fijar las tarifas de la cuota de enlace controvertida en los litigios principales, así como la cuota de interconexión a la que aquélla se añade. Deutsche Telekom es un tercero en relación con el litigio de que conoce el órgano jurisdiccional remitente y sólo puede sufrir repercusiones negativas habida cuenta de que ha percibido la cuota de enlace controvertida en los litigios principales y de que, en caso de supresión de dicha cuota, deberá aumentar sus propias tarifas de abonados. Ahora bien, no puede considerarse que tal supresión de ventajas constituya una obligación que incumbe a un tercero en virtud de las Directivas invocadas ante el órgano jurisdiccional remitente por las demandantes en los litigios principales.

1.3. La sentencia de 1 de julio, *Suecia y Turco/Consejo* (C-39/05 P y C-52/05 P) aborda el acceso de los dictámenes del Servicio Jurídico del Consejo en el contexto del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. El TJCE anula la sentencia del TPI de 23 de noviembre de 2004, *Turco/Consejo* (T 84/03), en la medida en que se refiere a una decisión del Consejo por la que se denegó al Sr. Turco el acceso al dictamen del Servicio Jurídico del Consejo, relativo a una propuesta de directiva del Consejo en la que se establecían normas mínimas relativas a la recepción de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. Anula después la decisión del Consejo por la que se denegó al Sr. Turco el acceso a dicho dictamen.

El Reglamento n.º 1049/2001 tiene por objeto, como indican su cuarto considerando y su artículo 1, garantizar al público el derecho de acceso más amplio posible a los documentos de las instituciones. Dicho Reglamento se inscribe en la voluntad expresada en el artículo 1, párrafo segundo,

del Tratado UE, introducido por el Tratado de Amsterdam, de marcar una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible. Cuando se solicita al Consejo la divulgación de un documento, aquél está obligado a apreciar, en cada caso, si dicho documento está comprendido en las excepciones al derecho de acceso del público a los documentos de las instituciones enumeradas en el artículo 4 del Reglamento n.º 1049/2001. A la vista de los objetivos perseguidos por dicho Reglamento, dichas excepciones deben interpretarse y aplicarse en sentido estricto.

En lo que atañe a la excepción correspondiente al asesoramiento jurídico prevista en el artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento n.º 1049/2001, el examen que ha de realizar el Consejo cuando se le solicita la divulgación de un documento debe desarrollarse en tres tiempos, conforme a los tres criterios que figuran en dicha disposición. En un primer momento, el Consejo debe cerciorarse de que el documento cuya divulgación se solicita se refiere a un dictamen jurídico y, en caso afirmativo, determinar las partes a las que efectivamente afecta y que, por tanto, pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha excepción. En efecto, que un documento se titule «dictamen jurídico» no implica automáticamente que deba disfrutar de la protección del asesoramiento jurídico garantizada por el artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento n.º 1049/2001. Más allá de su denominación, incumbe a la institución cerciorarse de que dicho documento contiene realmente un dictamen de esta naturaleza. En un segundo momento, el Consejo debe examinar si la divulgación de las partes del documento de que se trata que se considera que contienen asesoramiento jurídico «[supone] un perjuicio para la protección» de dicho asesoramiento. Interpreta la excepción relativa al asesoramiento jurídico prevista en el artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento n.º 1049/2001 en el sentido de que su objeto es proteger el interés que tiene una institución en solicitar asesoramiento jurídico y en recibir dictámenes sinceros, objetivos y completos. Para poder ser invocado, el riesgo de menoscabar dicho interés debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético. Por último, en un tercer momento, si el Consejo considera que la divulgación de un documento supone un perjuicio para la protección del asesoramiento jurídico tal y como acaba de definirse, le corresponde comprobar que no existe un interés público superior que justifique dicha divulgación pese al perjuicio que se ocasiona a su

aptitud para solicitar asesoramiento jurídico y recibir dictámenes sinceros, objetivos y completos. En este contexto, corresponde al Consejo ponderar el interés específico que debe protegerse no divulgando el documento de que se trate y, en particular, el interés general en que dicho documento se haga accesible habida cuenta de las ventajas que se derivan, como señala el segundo considerando del Reglamento n.º 1049/2001, de una mayor apertura, a saber, una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones y una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la Administración para con los ciudadanos en un sistema democrático.

Para el TJCE estas consideraciones tienen especial relevancia, evidentemente, cuando el Consejo actúa en su capacidad legislativa, como resulta del sexto considerando del Reglamento n.º 1049/2001, según el cual se debe proporcionar un mayor acceso a los documentos precisamente en tal caso. La transparencia a este respecto contribuye a reforzar la democracia al permitir que los ciudadanos controlen toda la información que ha constituido el fundamento de un acto legislativo. En efecto, la posibilidad de que los ciudadanos conozcan los fundamentos de la actividad legislativa es una condición del ejercicio efectivo, por aquéllos, de sus derechos democráticos.

En cuanto a la motivación requerida, deberá motivarse toda decisión del Consejo en relación con las excepciones enumeradas en el artículo 4 del Reglamento n.º 1049/2001. Si el Consejo decide denegar el acceso a un documento cuya divulgación se le solicitó, le corresponderá explicar, en primer lugar, las razones por las que el acceso a dicho documento puede menoscabar concreta y efectivamente el interés protegido por una excepción prevista en el artículo 4 del Reglamento n.º 1049/2001 que invoca dicha institución y, en segundo lugar, en los supuestos contemplados en los apartados 2 y 3 de dicho artículo, la inexistencia de un interés público superior que justifique, no obstante, la divulgación del documento de que se trate. En principio, el Consejo puede basarse, a este respecto, en presunciones generales que se aplican a determinadas categorías de documentos, toda vez que consideraciones de carácter general similares pueden aplicarse a solicitudes de divulgación relativas a documentos de igual naturaleza. No obstante, le incumbe comprobar en cada caso si las consideraciones de carácter general normalmente aplicables a un determinado tipo de documentos son efectivamente aplicables al documento concreto cuya divulgación se solicita.

Señala, por un lado, que el TPI no exigió que el Consejo hubiera

comprobado si los motivos de carácter general que alegaba eran efectivamente aplicables al dictamen jurídico cuya divulgación se le solicitaba. Por otro lado, el TPI consideró erróneamente que existe una necesidad general de confidencialidad por lo que respecta a los dictámenes del Servicio Jurídico del Consejo relativos a cuestiones legislativas.

Por lo que respecta, en primer lugar, al temor expresado por el Consejo de que la divulgación de un dictamen de su Servicio Jurídico relativo a una propuesta legislativa pueda inducir a dudar de la legalidad del acto legislativo de que se trate, señala que es precisamente la transparencia a este respecto lo que, al permitir que se debatan abiertamente las divergencias entre varios puntos de vista, contribuye a conferir una mayor legitimidad a las instituciones a los ojos de los ciudadanos europeos y a aumentar la confianza de éstos. De hecho, es más bien la falta de información y de debate lo que puede suscitar dudas en los ciudadanos, no sólo en cuanto a la legalidad de un acto aislado, sino también en cuanto a la legitimidad del proceso de toma de decisiones en su totalidad. Por otra parte, el riesgo de que surjan dudas en los ciudadanos en cuanto a la legalidad de un acto adoptado por el legislador comunitario por el hecho de que el Servicio Jurídico del Consejo haya emitido un dictamen desfavorable respecto de ese acto no se concretaría la mayoría de las veces si la motivación de dicho acto fuera más detallada, de modo que quedarán patentes las razones por las que no fue seguido tal dictamen desfavorable. En consecuencia, señala que invocar de forma general y abstracta el riesgo de que la divulgación de los dictámenes jurídicos relativos a procesos legislativos pueda generar dudas sobre la legalidad de actos legislativos no basta para caracterizar un perjuicio a la protección del asesoramiento jurídico a efectos del artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento n.º 1049/2001 y, en consecuencia, no puede servir de base para denegar la divulgación de dichos dictámenes.

Por lo que respecta, en segundo lugar, a la alegación del Consejo de que una posible divulgación de los dictámenes jurídicos que emite su Servicio Jurídico en el marco de procedimientos legislativos comprometería la independencia de dicho Servicio, señala que este temor está en el centro mismo de los intereses protegidos por la excepción establecida en el artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento n.º 1049/2001. En efecto, el objeto de dicha excepción consiste precisamente en proteger el interés que tiene una institución en solicitar asesoramiento jurídico y en recibir dictámenes sinceros, objetivos y completos. Sin embargo, destaca que el

Consejo se basó, a este respecto, tanto ante el TPI como ante el TJCE, en meras afirmaciones sin respaldo alguno de argumentos detallados.

Respecto de las eventuales presiones ejercidas con objeto de influir en el tenor de los dictámenes emitidos por el Servicio Jurídico del Consejo, señala que, aun suponiendo que los miembros de dicho Servicio Jurídico sufran presiones ilegítimas con este fin, serían estas presiones y no la posibilidad de divulgación de los dictámenes jurídicos lo que menoscabaría el interés de tal institución en recibir dictámenes jurídicos sinceros, objetivos y completos, y correspondería, evidentemente, al Consejo adoptar las medidas necesarias para poner fin a aquéllas. En lo referente a la alegación de la Comisión de que al Servicio Jurídico de una institución, tras haber emitido un dictamen negativo a propósito de un acto legislativo en trámites de adopción, le podría resultar difícil defender luego la legalidad de dicho acto si se publica el citado dictamen, señala que una alegación de carácter tan general no puede justificar una excepción a la transparencia prevista en el Reglamento n.º 1049/2001. Para el TJCE no se ha puesto de manifiesto un verdadero riesgo, razonablemente previsible y no puramente hipotético, de que la divulgación de los dictámenes del Servicio Jurídico del Consejo emitidos en el marco de procedimientos legislativos pueda suponer un perjuicio para la protección del asesoramiento jurídico en el sentido del artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento n.º 1049/2001.

En cualquier caso, en la medida en que tal divulgación pueda menoscabar el interés en proteger la independencia del Servicio Jurídico del Consejo, dicho riesgo debe ser ponderado por los intereses públicos superiores que subyacen en el Reglamento n.º 1049/2001. Constituye tal interés público superior, el hecho de que la divulgación de los documentos que contienen el dictamen del Servicio Jurídico de una institución acerca de cuestiones jurídicas surgidas durante el debate sobre iniciativas legislativas puede aumentar la transparencia y la apertura del proceso legislativo, y puede reforzar el derecho democrático de los ciudadanos europeos a controlar la información que constituyó la base de un acto legislativo, tal y como se contempla, en particular, en los considerandos segundo y sexto de dicho Reglamento.

El TJCE recuerda que aunque el Reglamento n.º 1049/2001 obliga, en principio, a divulgar los dictámenes del Servicio Jurídico del Consejo relativos a un proceso legislativo, esto no impide que la divulgación de un dictamen específico, emitido en el contexto de un proceso legislativo, pero

que tenga un carácter especialmente sensible o un alcance particularmente amplio que vaya más allá del marco del proceso legislativo en cuestión, pueda denegarse para proteger el asesoramiento jurídico. En tal caso, correspondería a la institución de que se trate motivar detalladamente la denegación.

## 2. CONTENCIOSO

2.1. La sentencia de 10 de enero, *Comisión/Portugal* (C-70/06) declara que Portugal no había adoptado las medidas necesarias que requiere la ejecución de la sentencia de 14 de octubre de 2004, *Comisión/Portugal* (C 275/03). Condena a Portugal a pagar a la Comisión en la cuenta «Recursos propios de la Comunidad Europea», una multa coercitiva de 19.392 euros por cada día de retraso en la aplicación de las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de 14 de octubre de 2004.

El TJCE recuerda que en el marco del procedimiento previsto en el artículo 228 CE, apartado 2, es competencia del TJCE apreciar en cada asunto, teniendo en cuenta sus características específicas, las sanciones pecuniarias que procede imponer. A este respecto, las propuestas de la Comisión no vinculan al TJCE y sólo constituyen una referencia útil. Del mismo modo, directrices como las contenidas en las Comunicaciones de la Comisión no vinculan al TJCE, sino que contribuyen a garantizar la transparencia, la previsibilidad y la seguridad jurídica de la actuación de dicha Institución. La condena al pago de una multa coercitiva y/o de una suma a tanto alzado tiene por objeto ejercer sobre el Estado miembro que no ha ejecutado una sentencia por incumplimiento una presión económica que le induzca a poner fin al incumplimiento declarado. Por consiguiente, las sanciones pecuniarias impuestas deben determinarse en función del grado de persuasión necesario para que dicho Estado miembro modifique su comportamiento.

Cuando se trata de imponer a un Estado miembro una multa coercitiva para sancionar la no ejecución de una sentencia de incumplimiento, corresponde al TJCE, en el ejercicio de su facultad de apreciación, fijar dicha multa de tal manera que, por una parte, sea adecuada a las circunstancias y, por otra, proporcionada al incumplimiento declarado y a la capacidad de pago del Estado miembro de que se trate. Desde este punto de vista, los criterios de base que deben tomarse en consideración para ga-

rantizar la naturaleza coercitiva de la multa con vistas a la aplicación uniforme y efectiva del Derecho comunitario son, en principio, la duración de la infracción, su gravedad y la capacidad de pago del Estado miembro de que se trate. Para aplicar estos criterios deben tenerse en cuenta, en particular, las consecuencias de la falta de ejecución sobre los intereses privados y públicos así como la urgencia que exista de que el Estado miembro de que se trate cumpla sus obligaciones.

2.2. La sentencia de 17 de julio, *Comisión/Cantina sociale di Dolianova y otros* (C-51/05 P) contiene interesantes precisiones sobre el cómputo de los plazos de prescripción en el marco de la responsabilidad extracontractual. La sentencia anula la sentencia del TPI de 23 de noviembre de 2004, *Cantina sociale di Dolianova y otros/Comisión* (T 166/98), en la medida en que el TPI declaró la admisibilidad de la acción de responsabilidad extracontractual y condenó a la Comisión a reparar el perjuicio sufrido por éstas como consecuencia de la quiebra de la Distilleria Agricola Industriale de Torralba por la inexistencia de mecanismos que pudieran garantizar, bajo el régimen instaurado en el artículo 9 del Reglamento (CEE) n.º 2499/82 de la Comisión, que establece las disposiciones relativas a la destilación preventiva para la campaña vitícola 1982/1983, el pago a los productores afectados de la ayuda comunitaria establecida por dicho Reglamento.

El TJCE critica que el TPI adoptara un enfoque subjetivo del cumplimiento de los requisitos para que surja la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, según la cual el perjuicio ocasionado por un acto normativo ilegal no puede considerarse cierto hasta que la parte supuestamente afectada no lo perciba como tal. Los requisitos a los que se subordina la obligación de reparar los daños previstos en el artículo 288 CE, párrafo segundo, y, en consecuencia, las reglas de prescripción que rigen las acciones que tienen por objeto reparar dichos daños, no pueden fundarse en criterios que no sean estrictamente objetivos. Además, señala que impedir que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual de la Comunidad comience a correr hasta que la parte supuestamente afectada no haya adquirido personalmente la convicción de haber sufrido un perjuicio tiene como consecuencia hacer variar el momento de la prescripción de dicha acción según la percepción individual que pueda tener cada parte de la realidad del daño, lo que es contrario al requisito de seguridad jurídica, necesario para aplicar los plazos de prescripción. En

el caso de autos, en la sentencia recurrida el TPI debió computar el plazo de prescripción de cinco años de la acción de responsabilidad ejercitada ante él por las Cantine, con arreglo al artículo 235 CE, a contar desde la fecha en la que el perjuicio causado por el Reglamento n.º 2499/82 se materializó objetivamente provocando una pérdida en su patrimonio.

2.3. En la sentencia de 11 de julio, *Rinau* (C-196/08 PPU) el TJCE utiliza por primera vez el procedimiento prejudicial de urgencia, creado, con efectos a partir del 1 de marzo de 2008, para permitir al TJCE tratar en un plazo considerablemente más breve las cuestiones relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia. Este procedimiento ha sido también utilizado en el asunto que da lugar a la sentencia de 12 de agosto, *Santes-teban Goicoechea* (C-296/08 PPU).

### 3. MERCADO INTERIOR, LIBRE CIRCULACIÓN Y CIUDADANÍA EUROPEA

3.1. La sentencia de 22 de mayo, *Nerkowska* (C-499/06) considera que el artículo 18 CE, apartado 1, se opone a una legislación de un Estado miembro en virtud de la cual ese Estado deniega, de manera general y en cualesquiera circunstancias, el pago de una prestación concedida a las víctimas civiles de la guerra o de la represión a los nacionales de ese Estado miembro únicamente porque éstos no residan durante todo el período de pago de la citada prestación en el territorio de dicho Estado sino en el de otro Estado miembro. En la misma línea, la sentencia de 5 de junio, *Word* (C-164/07) el TJCE considera que el Derecho comunitario se opone a la normativa de un Estado miembro que niega a los nacionales de los demás Estados miembros que residen y trabajan en su territorio la posibilidad de obtener una indemnización de los daños causados a una persona por un delito que no ha sido cometido en el territorio de dicho Estado únicamente por razón de su nacionalidad.

En la sentencia de 25 de julio, *Metock y otros* (C-127/08) el TJCE considera que un cónyuge no comunitario de un ciudadano de la Unión puede circular y residir con dicho ciudadano en la Unión aun sin haber residido con carácter previo legalmente en un Estado miembro. Según 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,

todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir en el territorio de otro Estado miembro como trabajador o estudiante o si dispone de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos y de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social. Los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea tienen derecho a circular y residir en los Estados miembros con ese ciudadano. Pueden entrar en un Estado miembro si poseen un visado de entrada o una tarjeta de residencia emitida por un Estado miembro. La normativa irlandesa que adapta el Derecho interno a esta Directiva prevé que un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, sólo puede residir con el ciudadano en Irlanda o reunirse con él si ya reside legalmente en otro Estado miembro.

El TJCE declara que, por lo que se refiere a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, la aplicación de la Directiva no está supeditada al requisito de que hayan residido previamente en un Estado miembro. La Directiva se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que se traslada o reside en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, así como a los miembros de su familia que le acompañen o se reúnan con él en ese Estado miembro. La definición de los miembros de la familia que figura en la Directiva no establece distinción alguna en función de si dichos miembros ya han residido o no legalmente en otro Estado miembro. Esta interpretación es confirmada por varios artículos de la Directiva y avalada por la jurisprudencia del TJCE.

El TJCE considera que debe reconsiderarse su sentencia *Akrich* (C-109/01), de 23 de septiembre de 2003, en la que declaró que, para poder disfrutar de los derechos de entrada y de residencia en un Estado miembro, el cónyuge no comunitario de un ciudadano de la Unión debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se desplace, en compañía de un ciudadano de la Unión, a otro Estado miembro. El ejercicio de tales derechos no debe depender de una residencia legal previa del cónyuge en otro Estado miembro. El TJCE subraya que, si no se permitiera a los ciudadanos de la Unión llevar una vida familiar normal en el Estado miembro de acogida, el ejercicio de las libertades que el Tratado les garantiza se vería seriamente comprometido, puesto que se les disuadiría de ejercitar sus derechos de entrada y de residencia en ese Estado miembro.

Recuerda que sólo los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho de libre circulación pueden disfrutar de los derechos de entrada y de residencia según la Directiva. Además,

los Estados miembros pueden denegar la entrada y la residencia por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, basando dicha denegación en un examen individual de cada caso. Añade que los Estados miembros pueden también denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la Directiva, en caso de abuso de Derecho o fraude de ley, como los matrimonios de conveniencia.

Por último, el TJCE declara que un cónyuge no comunitario de un ciudadano de la Unión que acompaña o se reúne con ese ciudadano puede acogerse a la Directiva independientemente del lugar y la fecha en que contrajo matrimonio y del modo en que el citado cónyuge entró en el Estado miembro de acogida. El TJCE precisa que la Directiva no exige que el ciudadano de la Unión haya fundado ya una familia en el momento en que se desplaza, para que los miembros de su familia, nacionales de un tercer país, puedan disfrutar de los derechos que dicha Directiva les reconoce. Además, el TJCE considera que es irrelevante que los nacionales de un tercer país, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, hayan entrado en el Estado miembro de acogida antes o después de pasar a ser miembros de la familia de ese ciudadano, sin perjuicio del derecho del Estado miembro de acogida de sancionar, dentro del respeto a la Directiva, la entrada y la residencia en su territorio que se hayan producido infringiendo las normas nacionales en materia de inmigración.

En su sentencia de 10 de julio, *Jipa* (C-33/07) el TJCE aborda también las restricciones 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. El Sr. Jipa fue, debido a su «situación ilegal» en Bélgica, repatriado a Rumanía en virtud de un Acuerdo de readmisión firmado entre los dos países. Las autoridades rumanas solicitaron a los tribunales rumanos que dictara una medida por la que se prohibiera al Sr. Jipa trasladarse a Bélgica por un período de hasta tres años.

El TJCE responde que los artículos 18 CE y 27 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, no se oponen a una normativa nacional que permita restringir el derecho de un nacional de un Estado miembro a trasladarse al territorio de otro Estado miembro, en particular por haber sido repatriado anteriormente del mismo debido a que se encontraba en él en «situación ilegal», siempre que, por una parte, la conducta personal de ese nacional constituya una amenaza real, actual y

suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y que, por otra parte, la medida restrictiva prevista sea apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo.

En la sentencia de 17 de abril, *Van Leuken* (C-197/06) el TJCE considera que los artículos 3 y 4 de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, se oponen a una normativa de un Estado miembro que subordina el ejercicio, en su territorio, de actividades como las del litigio principal, agente inmobiliario, por un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro que se encuentra en una situación como la del demandado en el litigio principal a una autorización cuya concesión está sometida a superar una prueba de aptitud sobre materias de Derecho.

El artículo 3, párrafo primero, letra b), de dicha Directiva establece que un Estado miembro no puede denegar a un nacional de otro Estado miembro el ejercicio de una profesión regulada en su territorio alegando insuficiencia de cualificación si cumple determinados requisitos relativos a sus cualificaciones profesionales. El artículo 4 permite, en determinadas circunstancias que allí se describen, que el Estado miembro de acogida exija al solicitante que se someta a medidas compensatorias. Del artículo 4, apartado 1, letra b), párrafo tercero, de la mencionada Directiva se desprende que, en principio, el Estado miembro de acogida que impone medidas compensatorias debe permitir al solicitante elegir entre un período de prácticas y una prueba de aptitud. No obstante, como excepción al principio establecido en el artículo 4, apartado 1, letra b), párrafo tercero, de la Directiva 89/48, por lo que se refiere a las profesiones «cuyo ejercicio exija un conocimiento preciso del Derecho nacional y en las cuales un elemento esencial y constante del ejercicio de la actividad profesional sea la asesoría y/o asistencia relativas al Derecho nacional», el Estado miembro de acogida puede exigir bien un período de prácticas, bien una prueba de aptitud.

Sin embargo, la profesión de agente inmobiliario en Bélgica no parece tratarse de una profesión que esté incluida en el ámbito de aplicación de dicha excepción. En efecto, basta con tener un título belga de ingeniero civil, ingeniero agrónomo o ingeniero técnico o industrial para poder acceder a la profesión de agente inmobiliario en Bélgica, y las formaciones que sancionan estos diplomas no incluyen una formación jurídica signifi-

cativa. Pues bien, el contenido de la formación prescrita por un Estado miembro que regula una profesión constituye un criterio particularmente pertinente para deducir las exigencias ligadas a su ejercicio. En consecuencia, no se puede considerar que una profesión que permite el acceso a personas que no han recibido una formación jurídica significativa constituya una profesión «cuyo ejercicio exija un conocimiento preciso del Derecho nacional».

En la sentencia de 17 de julio, *Raccanelli* (C-94/07) el TJCE concluye que un investigador que se halle en una situación como la del demandante en el procedimiento principal, es decir preparando una tesis doctoral con una beca concedida por la Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV (MPG), sólo deberá ser considerado como un trabajador a efectos del artículo 39 CE si su actividad se hubiese desarrollado durante un cierto tiempo, bajo la dirección de un instituto perteneciente a dicha asociación y si percibiese una retribución, como contrapartida de la referida actividad.

Considera también que una asociación regida por el Derecho privado, como la MPG debe respetar, frente a los trabajadores, el principio de no discriminación, con arreglo al artículo 39 CE. Observa que el principio de no discriminación, sentado en el artículo 39 CE, se halla formulado en unos términos generales y que no está dirigido específicamente ni a los Estados miembros ni tampoco a los organismos de Derecho público. De esta forma, el TJCE ha estimado que la prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad no sólo se impone a la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a las normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios. El TJCE ha considerado, en efecto, que la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera verse neutralizada por los obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones u organismos que no están sometidos al Derecho público.

3.2. En su sentencia de 1 de abril, *Gouvernement de la Communauté française* (C-212/06) el TJCE concluye que las prestaciones pagadas en virtud de un régimen como el del seguro de asistencia instituido mediante el Decreto del Parlamento flamenco regulador del seguro de asistencia, están comprendidas dentro del ámbito de aplicación material del Regla-

mento n.º 1408/71 del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada posteriormente.

Los artículos 39 CE y 43 CE se oponen a una normativa de una entidad federada de un Estado miembro, como la que regula el seguro de asistencia instituido por la Comunidad Flamenca de Bélgica, que limita la afiliación a un régimen de seguridad social y el beneficio de las prestaciones previstas en él a quienes o bien residen en el territorio en el que tiene competencia dicha entidad, o bien ejercen en dicho territorio una actividad profesional pero residen en otro Estado miembro, en la medida en que dicha limitación afecte a nacionales de otros Estados miembros o a nacionales de dicho Estado que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad Europea. Estos artículos se oponen también a una normativa de una entidad federada de un Estado miembro que limita la afiliación a un régimen de seguridad social y el beneficio de las prestaciones previstas en él exclusivamente a los residentes en el territorio de dicha entidad, en la medida en que tal limitación afecte a nacionales de otros Estados miembros que ejerzan una actividad profesional en el territorio de dicha entidad o a nacionales de dicho Estado que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad Europea.

La sentencia de 3 de abril, *Derouin* (C-103/06) considera que el Reglamento n.º 1408/71 no se opone a que un Estado miembro, cuya legislación social es la única aplicable a un trabajador por cuenta propia residente, excluya de la base de contribuciones como la contribución social generalizada y la contribución para el reembolso de la deuda social los rendimientos percibidos por dicho trabajador en otro Estado miembro, con arreglo, en particular, a un convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta. En lo que atañe a la determinación de la base de las cotizaciones sociales, según reiterada jurisprudencia, al no existir una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar qué ingresos han de tenerse en cuenta para el cálculo de estas cotizaciones.

La sentencia de 20 de mayo, *Bosmann* (C-352/06) concluye que el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71 no se opone a que un trabajador migrante, que está sujeto al régimen de seguridad social del Estado miembro de empleo, perciba, con arreglo a la legisla-

ción nacional del Estado miembro de residencia, prestaciones familiares en este último Estado.

El TJCE recuerda las reglas generales que, con arreglo al Reglamento n.º 1408/71, rigen la determinación de la legislación aplicable a los trabajadores que se desplazan en el interior de la Comunidad. La finalidad de las disposiciones del título II del Reglamento n.º 1408/71, que determinan la legislación aplicable a los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad, es que los interesados queden sujetos al régimen de seguridad social de un único Estado miembro, de manera que se evite la acumulación de las legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que de ello pueden derivarse. Conforme al artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro. La determinación de la legislación de un Estado miembro como legislación aplicable a un trabajador a tenor de lo previsto en esta disposición implica que únicamente se le puede aplicar la legislación de este Estado miembro.

Respecto al contexto específico de las prestaciones familiares, con arreglo al artículo 73 del Reglamento n.º 1408/71, un trabajador sometido a la legislación de un Estado miembro tiene derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si residieran en el territorio de éste. Por consiguiente, la legislación aplicable a la situación de la Sra. Bosmann es, en principio, la legislación del Estado miembro de su empleo, a saber la legislación neerlandesa.

Si el Derecho comunitario no obliga a las autoridades competentes alemanas a conceder a la Sra. Bosmann la prestación familiar en cuestión, no cabe excluir la posibilidad de tal concesión, máxime habida cuenta de que con arreglo a la legislación alemana la Sra. Bosmann puede obtener prestaciones familiares por el mero hecho de su residencia en Alemania. En este contexto, recuerda que las disposiciones del Reglamento n.º 1408/71 deben interpretarse a la luz del artículo 42 CE que persigue facilitar la libre circulación de los trabajadores, e implica, en particular, que los trabajadores migrantes no deben perder los derechos a las prestaciones de seguridad social ni sufrir una reducción de la cuantía de éstas por haber ejercitado el derecho a la libre circulación que les reconoce el Tratado CE. Del mismo modo, el primer considerando del Reglamento n.º 1408/71 se-

ñala que las normas para la coordinación de las legislaciones nacionales de seguridad social que dicho Reglamento establece se insertan en el marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar su nivel de vida y sus condiciones de empleo.

A la luz de estos elementos, observa que, en circunstancias como las del asunto principal, no puede privarse al Estado miembro de residencia de la facultad de conceder prestaciones familiares a las personas que residen en su territorio. En efecto, si bien conforme al artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, la persona que ejerce una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro está sometida a la legislación de ese Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro, no es menos cierto que dicho Reglamento no tiene por objeto impedir al Estado de residencia conceder, con arreglo a su legislación nacional, prestaciones familiares a dicha persona.

3.3. En su sentencia de 17 de julio, *Essent* (C-206/06) el TJCE concluye que el artículo 25 CE se opone a una medida legal en virtud de la cual los compradores nacionales de electricidad están obligados a pagar a su gestor de red un suplemento de tarifa calculado sobre las cantidades de electricidad producidas en el Estado miembro e importadas que hayan sido transportadas para satisfacer las necesidades de estos compradores, cuando dicho gestor de la red debe entregar este suplemento a una sociedad designada a tal efecto por el legislador, al ser esta sociedad una filial común de las cuatro empresas nacionales productoras de electricidad y con anterioridad gestora de los costes de toda la electricidad producida e importada, y dicho suplemento debe destinarse íntegramente a pagar unos costes no conformes con el mercado a los cuales dicha sociedad está personalmente obligada, lo que tiene como consecuencia que las cantidades percibidas por dicha sociedad compensen íntegramente el gravamen soportado por la electricidad nacional transportada.

Así sucede también cuando las empresas productoras nacionales de electricidad están obligadas a asumir tales costes y, cuando, en virtud de acuerdos existentes, mediante el pago de un precio de compra de la electricidad producida en el Estado miembro, mediante el pago de dividendos a las diferentes empresas nacionales productoras de electricidad de las que la sociedad designada es filial o por cualquier otro medio, la sociedad designada haya podido repercutir íntegramente a las empresas nacionales productoras de electricidad la ventaja que constituye el suplemento de precio.

Interpreta el artículo 90 CE en el sentido de que se opone a la misma medida legal en las circunstancias en que el producto del impuesto percibido sobre la electricidad transportada sólo es afectado parcialmente al pago de costes no conformes con el mercado, es decir, cuando la cantidad percibida por la sociedad designada únicamente compensa una parte del gravamen soportado por la electricidad nacional transportada.

3.4. En la sentencia de 17 de enero, *Comisión/Alemania* (C-152/05) el TJCE declara que incumple las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 18 CE, 39 CE y 43 CE el Estado miembro que excluya, en virtud de su legislación, las viviendas situadas en otro Estado miembro del beneficio de la subvención a la propiedad inmobiliaria concedida a los sujetos pasivos del impuesto sobre la renta por obligación personal. En efecto, dicha legislación tiene un efecto disuasorio para los sujetos pasivos por obligación personal del impuesto sobre la renta en el citado Estado miembro que son titulares del derecho a la libre circulación derivado de los artículos 18 CE, 39 CE y 43 CE y que desean construir o adquirir una vivienda, para vivienda personal, en otro Estado miembro. Tal restricción no puede justificarse por el objetivo de fomentar la construcción de viviendas en el territorio de dicho Estado miembro a fin de garantizar en éste una oferta inmobiliaria suficiente, en la medida en que va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo.

En la sentencia de 17 de enero, *Lammers & Van Cleeff* (C-105/07) el TJCE considera que la mera circunstancia de que una sociedad residente obtenga un préstamo de una sociedad vinculada establecida en otro Estado miembro no puede fundamentar una presunción general de prácticas abusivas ni justificar una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado. En cambio, una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada por el hecho de combatir prácticas abusivas cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate y, en particular, eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional.

Considera también que los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a una normativa nacional según la cual los intereses abonados por una sociedad residente de un Estado miembro a un administrador que sea una sociedad

establecida en otro Estado miembro se recalifican como dividendos y se someten como tales a tributación siempre que, al inicio del período impositivo, el importe total de los anticipos generadores de intereses sea superior al capital desembolsado incrementado por las reservas sujetas a tributación, mientras que, en las mismas circunstancias, si dichos intereses se abonan a un administrador que sea una sociedad establecida en el propio Estado miembro, no se recalifican como dividendos ni se someten como tales a tributación.

Aun cuando la aplicación de un límite como el previsto por dicha normativa tenga por objetivo combatir las prácticas abusivas, el límite va en todo caso más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo, puesto que afecta igualmente a situaciones en las que no cabe considerar que la transacción en cuestión sea un montaje puramente artificial. Si los intereses abonados a sociedades no residentes se recalifican como dividendos en cuanto rebasan dicho límite, no puede excluirse que tal recalificación se aplique igualmente en el caso de intereses abonados como retribución de préstamos concedidos en condiciones de libre competencia.

La sentencia de 28 de febrero, *Deutsche Shell* (C-293/06) concluye que las disposiciones conjuntas de el principio de libertad de establecimiento se oponen a que un Estado miembro excluya, al determinar la base imponible nacional, una pérdida en el cambio de divisas sufrida por una empresa con domicilio social en el territorio de ese Estado con motivo de la repatriación del capital de dotación que había concedido a un establecimiento permanente de su propiedad situado en otro Estado miembro. Estas disposiciones se oponen también a que una pérdida en el cambio de divisas sólo pueda ser deducida en concepto de cargas de explotación de una empresa con domicilio social en un Estado miembro en la medida en que el establecimiento permanente, propiedad de ésta y situado en otro Estado miembro, no haya obtenido beneficio alguno libre de impuestos.

En efecto, un régimen fiscal de esas características aumenta el riesgo económico asumido por una empresa establecida en un Estado miembro que desee crear una entidad en otro Estado miembro, cuando se usa una divisa distinta de la del Estado de origen y constituye, así, un obstáculo para la libertad de establecimiento. No se encuentra justificado por la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal, dado que no existe ninguna relación directa entre las pérdidas en el cambio de divisas, por un lado, y las ganancias en dicho cambio, por otro. Además, la existencia de un convenio para evitar la doble imposición no es justificación para ese

obstáculo. Es cierto que la libertad de establecimiento no puede entenderse en el sentido de que un Estado miembro esté obligado a dictar normas fiscales en función de las de otro Estado miembro para garantizar, en cualquier situación, una tributación que elimine cualquier disparidad derivada de las normativas fiscales nacionales, dado que las decisiones adoptadas por una empresa acerca del establecimiento de estructuras comerciales en el extranjero pueden, según el caso, tener mayores o menores ventajas o inconvenientes para ella. Pero la desventaja fiscal controvertida se refiere a una circunstancia operativa particular que sólo las autoridades tributarias a las que está sujeta la empresa principal pueden tener en cuenta.

Por lo que se refiere a la limitación de la imputación de las pérdidas en el cambio de divisas sufridas por dicho establecimiento permanente en función de sus resultados, tampoco puede justificarse el argumento basado en que la empresa titular del establecimiento podría obtener una doble ventaja en relación con la pérdida en el cambio. En efecto, un Estado miembro que ha renunciado a ejercer sus competencias en materia tributaria, al celebrar un convenio para evitar la doble imposición no puede invocar la falta de competencia tributaria respecto a los resultados de un establecimiento permanente que pertenece a una empresa establecida en el territorio de ese mismo Estado para justificar que no se deduzcan las cargas en que haya incurrido dicha empresa, las cuales, por su naturaleza, no pueden computarse en el Estado miembro en que se halla ese establecimiento.

En la sentencia de 15 de mayo, *Lidl Belgium* (C-414/06) el TJCE concluye que el artículo 43 CE no se opone a que una sociedad establecida en un Estado miembro no pueda deducir de su base imponible las pérdidas de un establecimiento permanente de su propiedad, situado en otro Estado miembro, en la medida en que, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, los ingresos de dicho establecimiento se gravan en este último Estado miembro, en el que dichas pérdidas, en el marco de la tributación de las rentas de dicho establecimiento permanente, pueden tomarse en consideración en ejercicios posteriores.

Aun cuando concluye que el régimen fiscal controvertido en el litigio principal lleva en sí una restricción a la libertad de establecimiento, considera que está justificado. El órgano jurisdiccional remitente subrayaba, en particular, que las rentas producidas por el establecimiento permanente situado en Luxemburgo no son gravadas en el Estado miembro de residencia de la sociedad a la que pertenece dicho establecimiento, con arre-

glo a las disposiciones del Convenio. Recuerda el TJCE que el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros puede requerir que a las actividades económicas de las sociedades establecidas en uno de dichos Estados se les aplique únicamente la normativa tributaria de éste, tanto en lo relativo a los beneficios como a las pérdidas. En efecto, dar a las sociedades la facultad de optar entre el Estado miembro en el que está sito su establecimiento y otro Estado miembro para que se tengan en cuenta sus pérdidas pondría en grave peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que la base imponible aumentaría en el primer Estado y disminuiría en el segundo por el valor de las pérdidas transferidas. Por consiguiente, el objetivo de mantener el reparto de la potestad tributaria entre los dos Estados miembros de que se trata, reflejado en las disposiciones del Convenio, puede justificar el régimen fiscal controvertido en el litigio principal, dado que mantiene el equilibrio entre el derecho a gravar los beneficios y la facultad de deducir las pérdidas. En circunstancias como las del litigio principal, la consecuencia de admitir que las pérdidas de un establecimiento permanente no residente puedan ser deducidas de los ingresos de la sociedad principal es permitir a esta última elegir libremente el Estado miembro en el que puede alegar tales pérdidas.

En cuanto al segundo elemento de la justificación invocada en las observaciones presentadas ante el TJCE, basado en el riesgo de que las pérdidas sean objeto de una doble imputación, el Tribunal ha reconocido que los Estados miembros deben ser capaces de combatirlo. A este respecto, señala que, en circunstancias como las que subyacen en el litigio principal, existe realmente un riesgo de que se impute dos veces la misma pérdida. En efecto, no se puede excluir que una sociedad impute en el Estado miembro en el que está situada su sede las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente que le pertenece situado en otro Estado miembro y que, a pesar de esta imputación, se tengan en cuenta las mismas pérdidas en un momento posterior en el Estado miembro en el que está sito el establecimiento permanente, cuando éste obtiene beneficios, impidiendo así al Estado miembro en el que la sociedad principal tiene su sede gravar este beneficio. El TJCE considera también que el régimen fiscal controvertido en el litigio principal debe considerarse proporcionado respecto de los objetivos que persigue.

La sentencia de 20 de mayo, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06) concluye que los artículos 56 CE y 58 CE no se oponen a la nor-

mativa de un Estado miembro como la controvertida en el asunto principal que, al establecer, en favor de las instituciones de inversión colectiva de carácter fiscal establecidas en el territorio de ese Estado miembro, una compensación cuyo objeto es tener en cuenta las retenciones fiscales practicadas en la fuente por otro Estado miembro sobre los dividendos pagados a dichas instituciones, restringe la referida compensación al importe que una persona física residente en el territorio de ese primer Estado miembro habría podido imputar, a causa de retenciones similares, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición celebrado con ese otro Estado miembro.

En relación con el asunto principal, el efecto de tal normativa consiste en que las retenciones fiscales en la fuente sobre los dividendos practicadas en Alemania y en Portugal no se tienen en cuenta para calcular dicha compensación ya que, en el momento de los hechos del asunto principal, el convenio celebrado entre los Países Bajos y Alemania no preveía derecho alguno a la imputación de la retención fiscal realizada en Alemania al impuesto neerlandés sobre la renta, mientras que no se había celebrado ningún convenio entre los Países Bajos y Portugal. El órgano jurisdiccional remitente se planteaba un interrogante sobre la compatibilidad de tal normativa con las disposiciones del Tratado CE sobre libre circulación de capitales, habida cuenta de que, de conformidad con la ley neerlandesa, a una institución de inversión colectiva de carácter fiscal establecida en los Países Bajos que recibe dividendos de sociedades establecidas en ese mismo Estado miembro puede serle devuelta íntegramente la retención fiscal neerlandesa sobre los dividendos realizada en la fuente por tales sociedades.

El TJCE reconoce que si bien, en estas circunstancias, los dividendos procedentes de Alemania y de Portugal son gravados en mayor medida que los dividendos distribuidos por sociedades neerlandesas, esta desventaja no es imputable a la normativa neerlandesa controvertida en el asunto principal, sino que resulta del ejercicio paralelo, por los Estados miembros de establecimiento de las sociedades que distribuyen los dividendos y el Estado miembro de establecimiento de la sociedad beneficiaria, de su potestad tributaria, caracterizada por la decisión de Alemania y de Portugal de someter los dividendos distribuidos a una imposición en cadena y por la decisión de los Países Bajos de abstenerse de toda imposición de los dividendos con respecto a las instituciones de inversión colectiva de carácter fiscal.

El TJCE no acoge la tesis según la cual, por su condición de Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria de los dividendos, co-

rresponde a los Países Bajos compensar la presión fiscal extranjera ejercida sobre esos dividendos del mismo modo que compensa la presión fiscal interna que soportan dichos dividendos. El Derecho comunitario no obliga a ningún Estado miembro a compensar la desventaja resultante de una imposición en cadena derivada exclusivamente del ejercicio paralelo de la potestad tributaria que ostentan los distintos Estados miembros. No obstante, siempre que ese Estado miembro haya decidido establecer tal compensación, esa facultad debe ejercerse de conformidad con el Derecho comunitario. Corresponde a cada Estado miembro organizar su sistema de tributación de los beneficios distribuidos y determinar, en este contexto, la base imponible y el tipo impositivo que se aplican al socio beneficiario, y que, al no existir medidas de unificación o de armonización comunitaria, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar mediante convenio o unilateralmente, los criterios de reparto de su poder tributario. Por consiguiente, ante las disparidades existentes entre normativas fiscales de los distintos Estados miembros que se derivan de dicha situación, un Estado miembro puede tener que aplicar, mediante convenio o unilateralmente, un trato distinto a los dividendos procedentes de diferentes Estados miembros que tenga en cuenta tales disparidades.

En el caso de una normativa como la controvertida en el asunto principal, por la que, a fin de asimilar todo lo posible el trato fiscal de las inversiones directas y de las realizadas a través de instituciones de inversión colectiva, un Estado miembro ha decidido otorgar a éstas una compensación por las retenciones fiscales en la fuente sobre los dividendos originarios de los Estados miembros con respecto a los cuales se ha comprometido, en virtud de convenios bilaterales, a permitir que las personas físicas imputen dichas retenciones al impuesto sobre la renta que deben abonar con arreglo a su Derecho nacional, los artículos 56 CE y 58 CE no se oponen a que ese Estado miembro excluya dicha compensación en lo que atañe a los dividendos procedentes de otros Estados miembros, con los que no haya celebrado ningún convenio bilateral que contenga tales disposiciones, ya que no se trata de situaciones objetivamente comparables.

Por el contrario, los artículos 56 CE y 58 CE se oponen a la normativa de un Estado miembro que, al establecer, en favor de las instituciones de inversión colectiva de carácter fiscal establecidas en el territorio de ese Estado miembro, una compensación cuyo objeto es tener en cuenta las retenciones fiscales practicadas en la fuente por otro Estado miembro o por un país tercero sobre los dividendos pagados a tales instituciones, re-

duce esa compensación si y en la medida en que los socios de éstas sean personas físicas o jurídicas que residen o están establecidas en otros Estados miembros o en países terceros, toda vez que tal reducción perjudica indistintamente a todos los socios de dichas instituciones. Al respecto, carece de influencia el hecho de que los socios extranjeros de una institución de inversión colectiva de carácter fiscal residan o estén establecidos en un Estado con el cual el Estado miembro de establecimiento de esa institución haya celebrado un convenio que, sobre una base de reciprocidad, establezca la imputación de las retenciones fiscales practicadas en la fuente sobre los dividendos.

El TJCE considera en su sentencia de 26 de junio, *Burda* (C-284/06) que una disposición de Derecho nacional que establece, en caso de distribución de beneficios por una filial a su sociedad matriz, la imposición de los rendimientos y los incrementos patrimoniales de la filial, que no habrían sido gravados si esta última los hubiera conservado en vez de distribuirlos a la sociedad matriz, no constituye una retención en origen en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

Además, el artículo 43 CE no se opone a la aplicación de una medida nacional, en virtud de la cual la imposición de los beneficios distribuidos por una filial residente de un Estado miembro a su sociedad matriz se somete a un mismo mecanismo corrector, ya resida la sociedad matriz en el mismo Estado miembro o en otro Estado miembro, en tanto que, a diferencia de una sociedad matriz residente, una sociedad matriz no residente no recibe un crédito fiscal del Estado miembro de residencia de su filial.

3.5. La sentencia de 17 de julio, *Comisión/España* (C-207/07) concluye que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 56 CE, al haber adoptado las disposiciones del apartado 1, párrafo segundo, de la función decimocuarta de la Comisión Nacional de Energía (CNE) que figura en la disposición adicional undécima, tercero 1, de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos, modificada por el Real Decreto-ley 4/2006, con el fin de someter a autorización previa de la CNE la adquisición de ciertas participaciones en las empresas que realicen determinadas actividades reguladas del sector de la energía, así como la adquisición de los activos precisos para desarrollar tales actividades.

Desde 2006, las adquisiciones de ciertas participaciones en las empresas que realizan determinadas actividades reguladas del sector de la energía, así como las adquisiciones de los activos precisos para desarrollar tales actividades deben someterse a la autorización previa de la CNE para ser válidas. En particular, España aplicó este régimen de autorización previa en el marco de la oferta pública de adquisición (OPA) que la sociedad E.ON lanzó sobre la sociedad española Endesa, así como en el caso de la OPA de Acciona y Enel sobre Endesa.

En primer lugar, el TJCE considera que el nuevo régimen español de autorización previa restringe ambas libertades fundamentales. Por un lado, dicho régimen constituye una restricción a la libre circulación de capitales en la medida en que puede disuadir a los inversores establecidos en los Estados miembros distintos de España de adquirir participaciones en las empresas españolas que operan en el sector energético y, por tanto, puede impedir o limitar la adquisición de participaciones en dichas empresas. Por otro lado, dicho régimen entraña una restricción a la libertad de establecimiento.

El TJCE observa que, en materia de seguridad del suministro energético, no existe una armonización completa. Además, reconoce que el objetivo de garantizar la seguridad del abastecimiento de energía en el territorio del Estado miembro en cuestión puede constituir una razón de seguridad pública y justificar, eventualmente, un obstáculo a ambas libertades. No obstante, el TJCE precisa que la seguridad pública sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. El TJCE declara que la mera adquisición de participaciones en empresas que realicen determinadas actividades reguladas en el sector energético o de los activos precisos para desarrollar dichas actividades no puede, en principio, considerarse en sí misma como una amenaza real y suficientemente grave para la seguridad del suministro de energía. Por otra parte, el régimen de autorización previa establecido no permite asegurar en todos los casos que la seguridad del suministro de energía quede garantizada si surge una amenaza real y suficientemente grave para este suministro después de que se haya concedido la autorización de la operación de que se trate. Por consiguiente, el TJCE llega a la conclusión de que España no ha demostrado que el régimen de autorización previa establecido constituya una medida adecuada para garantizar que se alcance el objetivo perseguido por el legislador español, es decir, la seguridad del suministro energético.

En cualquier caso, el TJCE considera que el régimen español de autorización previa es desproporcionado en relación con el objetivo de garantizar la seguridad del suministro energético. En efecto, por un lado, dicho régimen no limita la facultad de la CNE de denegar o someter a determinadas condiciones la adquisición de participaciones o de activos de que se trata únicamente a la finalidad de garantizar el objetivo de la seguridad del suministro de energía. Por el contrario, dicho régimen concede a la CNE la capacidad de tomar igualmente en consideración otros objetivos de la política energética, que no están necesariamente relacionados con la seguridad del suministro de energía. Por otra parte, el TJCE estima que España no había demostrado que el objetivo perseguido no pudiera alcanzarse mediante medidas menos restrictivas, en particular mediante un sistema de declaraciones *a posteriori*.

Por último, un régimen de autorización previa debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas. Además, cualquier persona afectada por una medida restrictiva de este tipo debe poder disponer de un medio de impugnación. En el caso de autos, las disposiciones que establecen las razones por las que la CNE está facultada para denegar o someter a determinadas condiciones una autorización de adquisición de una participación en una empresa que realice actividades reguladas en el sector energético o de los activos precisos para desarrollar dichas actividades están redactadas en términos generales e imprecisos. El TJCE considera, por tanto, que el régimen de autorización previa establecido confiere a la administración una facultad discrecional difícilmente controlable por los órganos jurisdiccionales que entraña un riesgo de discriminación.

3.6. La sentencia de 3 de abril, *Rüffert* (C-346/06) concluye que la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, interpretada a la luz del artículo 49 CE, se opone, en una situación como la controvertida en el asunto principal, a una medida de carácter legal, adoptada por una autoridad de un Estado miembro, que exija a la entidad adjudicadora designar como adjudicatarios de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que, en la licitación, se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios de que se trate, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución.

En primer lugar, una disposición legal, como la Ley controvertida, que en sí misma no haya establecido ninguna cuantía de salario mínimo, no puede considerarse una disposición legal, en el sentido del artículo 3, apartado 1, párrafo primero, primer guión, de la Directiva 96/71, que haya fijado un salario mínimo como el previsto en la letra c) de ese mismo párrafo. En segundo lugar, en relación con la cuestión de si un convenio colectivo como el controvertido en el asunto principal constituye un convenio colectivo declarado de aplicación general en el sentido del artículo 3, apartado 1, párrafo primero, segundo guión, de la Directiva 96/71, en relación con el apartado 8, párrafo primero, del mismo artículo, el convenio colectivo «Edificios y obras públicas» no era un convenio colectivo declarado de aplicación general. En tercer lugar, en relación con el artículo 3, apartado 8, párrafo segundo, de la Directiva 96/71, del propio texto de esta disposición se desprende que sólo es aplicable a falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos, lo cual no ocurre en Alemania. Un convenio colectivo como el controvertido en el asunto principal en ningún caso puede considerarse que constituye un convenio colectivo en el sentido de la referida disposición y, más concretamente, un convenio colectivo, mencionado en el primer guión de dicha disposición, que surta «efecto general en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de [éste]». De ello se desprende que una medida como la controvertida en el procedimiento principal no establece una cuantía de salario según uno de los mecanismos previstos en el artículo 3, apartados 1, párrafo primero, guiones primero y segundo, y 8, párrafo segundo, de la Directiva 96/71. Por consiguiente, no puede considerarse que tal cuantía de salario constituya una cuantía de salario mínimo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letra c), de esta misma Directiva, que los Estados miembros pueden imponer, en virtud de ésta, a las empresas establecidas en otros Estados miembros, en relación con una prestación de servicios transnacional.

Del mismo modo, no puede considerarse que tal cuantía de salario es una condición de empleo y de trabajo más favorable para los trabajadores en el sentido del artículo 3, apartado 7, de la Directiva 96/71. Más concretamente, dicha disposición no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de pro-

tección mínima. En efecto, en relación con las materias a que se refiere su artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), la Directiva 96/71 prevé expresamente el grado de protección cuyo respeto puede exigir el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros en favor de sus trabajadores desplazados a su territorio. Por lo demás, tal interpretación privaría de eficacia a dicha Directiva.

En consecuencia, sin perjuicio de la facultad de las empresas establecidas en otros Estados miembros de adherirse voluntariamente en el Estado miembro de acogida, en particular, en el marco de un compromiso asumido hacia su propio personal desplazado, a un convenio colectivo de trabajo eventualmente más favorable, el grado de protección que debe garantizarse a los trabajadores desplazados al territorio del Estado miembro de acogida se limita, en principio, al previsto en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71, salvo que dichos trabajadores ya disfrutaran, en virtud de la legislación o de convenios colectivos en el Estado miembro de origen, de condiciones de trabajo y empleo más favorables en relación con las materias previstas en dicha disposición. No obstante, no parece que fuera así en el asunto principal.

Confirma dicha interpretación de la Directiva 96/71 la lectura de ésta a la luz del artículo 49 CE, ya que el objetivo de dicha Directiva consiste, en particular, en la consecución de la libre prestación de servicios, la cual es una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. Al obligar a los adjudicatarios de contratos públicos de obras y, de manera indirecta, a sus subcontratistas a aplicar la retribución mínima prevista en el convenio colectivo «Edificios y obras públicas», una norma como la ley controvertida puede imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo tanto, una medida como la controvertida en el asunto principal puede constituir una restricción en el sentido del artículo 49 CE. Por otra parte, no puede considerarse que tal medida pueda estar justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores. En efecto, en relación con la cuantía de salario fijada por un convenio colectivo como el controvertido en el asunto principal, por los efectos de una normativa como la ley controvertida, aquella sólo se impone a una parte del sector de la construcción, en la medida en que, por un lado, dicha normativa se aplica únicamente a los contratos públicos, con exclusión de los contratos privados, y

que, por otro, dicho convenio colectivo no ha sido declarado de aplicación general. Pues bien, los autos remitidos no contenían ningún indicio que permitieran llegar a la conclusión de que la protección que resulta de tal cuantía de salario, sólo resulta necesaria a un trabajador que desarrolla su actividad en el sector de la construcción cuando éste se haya empleado en el marco de un contrato público de obras y no cuando trabaja en méritos de un contrato privado.

#### 4. PESCA Y AGRICULTURA

La sentencia de 26 de febrero, *Comisión/Alemania* (C 132/05) desestima un recurso para que se declarara que Alemania había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 13, apartado 1, letra b), del Reglamento (CEE) n.º 2081/92 del Consejo, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, al negarse formalmente a perseguir, en su territorio, el uso de la denominación «parmesan» para el etiquetado de productos que no se ajustan al pliego de condiciones de la denominación de origen protegida («DOP») «Parmigiano Reggiano», favoreciendo de este modo la explotación de la reputación del producto verdadero protegido a nivel comunitario.

El TJCE considera que existe una similitud fonética y visual entre las denominaciones «parmesan» y «Parmigiano Reggiano», y ello en una situación en la que los productos de que se trata son quesos duros, rallados o destinados a ser rallados, es decir, que presentan una apariencia exterior análoga. Por otro lado, con independencia de la cuestión de si la denominación «parmesan» es o no la traducción exacta de la DOP «Parmigiano Reggiano» o del término «Parmigiano», hay que tener igualmente en cuenta la proximidad conceptual existente entre ambos términos correspondientes a dos lenguas diferentes. Tal proximidad así como las similitudes fonéticas y visuales señaladas pueden llevar a que el consumidor piense, como imagen de referencia, en el queso que se beneficia de la DOP «Parmigiano Reggiano», cuando esté en presencia de un queso duro, rallado o destinado a ser rallado, revestido de la denominación «parmesan». En estas circunstancias, el uso de la denominación «parmesan» debe calificarse, en el sentido del artículo 13, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 2081/92, de evocación de la DOP «Parmigiano Reggiano».

Al apreciar el carácter genérico de una denominación, procede, con

arreglo al artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 2081/92, tener en cuenta los lugares de producción del producto de que se trate existentes dentro y fuera del Estado miembro que ha obtenido el registro de la denominación en cuestión, el consumo de dicho producto y la forma en que perciben esa denominación los consumidores dentro y fuera del referido Estado miembro, la existencia de legislación nacional relativa específicamente al citado producto así como la forma en que la mencionada denominación se usó con arreglo a la legislación comunitaria. A este respecto, recuerda que la facultad de la que gozan los justiciables de invocar las disposiciones de un Reglamento ante los tribunales nacionales no dispensa a los Estados miembros de adoptar las medidas nacionales que permitan garantizar la aplicación plena y completa cuando ello resulte necesario.

No se discutía que el ordenamiento jurídico alemán dispone de instrumentos jurídicos, tales como determinadas disposiciones legislativas, que pretenden garantizar una protección efectiva de los derechos conferidos a los particulares por el Reglamento n.º 2081/92. Tampoco se discutía que la posibilidad de interponer un recurso frente a cualquier conducta que pueda lesionar los derechos derivados de una DOP no está reservada exclusivamente al usuario legítimo de la referida denominación. Por el contrario, está abierta a los competidores, asociaciones profesionales y asociaciones de consumidores. En estas circunstancias, una normativa de este tipo puede garantizar la protección de intereses distintos a los de los productores de los bienes que disfrutan de una DOP, en particular los intereses de los consumidores.

Respecto a la alegación de la Comisión basada en la obligación de los Estados miembros de adoptar de oficio las medidas necesarias para perseguir las infracciones del artículo 13, apartado 1, del referido Reglamento, el TJCE concluye que las estructuras de control sobre las que descansa la obligación de garantizar el cumplimiento del pliego de condiciones de las DOP son las del Estado miembro del que procede la DOP de que se trate. El control del cumplimiento del pliego de condiciones cuando se utiliza la DOP «Parmigiano Reggiano» no es, por tanto, competencia de los servicios de control alemanes.

## 5. COMPETENCIA

5.1. En la sentencia de 10 de julio, *Bertelsmann y Sony/Impala* (C-413/06 P) el TJCE anula la sentencia del TPI de 13 de julio de 2006, *Impala/*

Comisión (T-464/04), que a su vez había anulado la decisión 2005/188/CE de la Comisión, que declaraba una operación de concentración compatible con el mercado común (M.3333, Sony/BMG).

El TJCE desestima un primer motivo, basado en la tesis según la cual lo único que tenía que examinar el TPI era si la Comisión hubiera podido, aplicando requisitos de prueba particularmente elevados, prohibir la operación. Los requisitos de prueba son los mismos para autorizar y para prohibir una operación de concentración. No obstante, estima una buena parte de los motivos esgrimidos por Sony. Considera que el TPI se equivocó al considerar como hechos probados ciertas afirmaciones contenidas en el pliego de cargos, que no puede sino contener apreciaciones provisionales. También se equivocó el TPI al imponer a la Comisión el ser particularmente exigente en lo que concierne al carácter probatorio de los elementos de prueba y la argumentación aducida por las partes notificantes en su respuesta al pliego de cargos, y el sacar la conclusión de que la ausencia de estudios suplementarios tras el pliego de cargos y el que la Comisión retomara la argumentación utilizada por las partes notificantes en su defensa equivalía a una delegación ilegal de la investigación a las partes en la concentración. También considera que el TPI analizó de manera demasiado abstracta los diferentes requisitos para que exista una posición dominante colectiva, y que incurrió en un error de derecho al anular la decisión por falta de motivación, cuando la demandante había podido impugnar plenamente la decisión ante el TPI, y éste había podido efectuar un examen minucioso de la misma. A este respecto, recuerda que una motivación puede ser suficiente aun cuando se refiera a motivos incorrectos.

5.2. La sentencia de 1 de julio, *MOTOE* (C-49/07) concluye que una persona jurídica (ELPA) cuyas actividades consisten no sólo en participar en las resoluciones administrativas que autorizan la organización de competiciones de motocicletas, sino también en organizar ella misma tales competiciones y en celebrar en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, está incluida en el ámbito de aplicación de los artículos 82 CE y 86 CE. Estos artículos se oponen a una normativa nacional que confiere a una persona jurídica, que organiza competiciones de motocicletas y celebra en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, la facultad de emitir un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar dichas competiciones, sin que dicha potestad esté sometida a límites, obligaciones y control.

Recuerda que existe una infracción de los artículos 82 CE y 86 CE, apartado 1, cuando una medida imputable a un Estado miembro, en particular una por la que se confieren derechos especiales o exclusivos en el sentido de esta última disposición, crea un riesgo de abuso de posición dominante. En efecto, un sistema de competencia no falseada, como el previsto por el Tratado, tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos. Encomendar a una persona jurídica como el ELPA, que organiza y explota comercialmente ella misma competiciones de motocicletas, la tarea de emitir para la administración competente un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas a fin de organizar tales competiciones, equivale *de facto* a conferirle la potestad de designar las personas autorizadas a organizar dichas competiciones, y a fijar las condiciones en las que estas últimas se organizan, y a conceder de este modo a dicha entidad una ventaja evidente sobre sus competidores. Por tanto, dicho derecho puede llevar a la empresa que lo ostenta a impedir el acceso de los demás operadores al mercado afectado. Esta situación de desigualdad de condiciones de competencia se ve, además, subrayada por el hecho de que cuando el ELPA organiza o participa en la organización de competiciones de motocicletas, no está obligado a recabar ningún dictamen conforme para que la administración competente le conceda la autorización requerida. Por otro lado, dicha normativa, que concede a una persona jurídica como el ELPA la facultad de emitir un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar competiciones de motocicletas, sin que dicha potestad se vea sujeta a una reglamentación de límites, obligaciones o control, puede conducir a la persona jurídica a la que se encomienda emitir dicho dictamen conforme a falsear la competencia favoreciendo las competiciones que organiza o aquellas en cuya organización participa.

5.3. En el asunto que da lugar a la sentencia de 12 de febrero, *CELF* (C-199/06) el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en esencia, si el artículo 88 CE, apartado 3, última frase, debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional está obligado a ordenar la recuperación de una ayuda concedida contra lo dispuesto en este precepto, cuando la Comisión ha adoptado una decisión definitiva en la que constata la compatibilidad de dicha ayuda con el mercado común en el sentido del artículo 87 CE.

Ante la falta de notificación, los órganos jurisdiccionales nacionales deben, en principio, estimar una demanda de devolución de las ayudas

abonadas con infracción del artículo 88 CE, apartado 3. En efecto, la decisión definitiva de la Comisión no produce el efecto de regularizar, *a posteriori*, los actos de ejecución que eran inválidos por haber sido adoptados incumpliendo la prohibición prevista en tal artículo. Cualquier otra interpretación conduciría a fomentar la inobservancia, por parte del Estado miembro interesado, del artículo 88 CE, apartado 3, última frase, y lo privaría de eficacia. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar que se extraigan todas las consecuencias de una infracción del artículo 88 CE, apartado 3, última frase, conforme a su Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos de ejecución de las medidas de ayuda como a la recuperación de los apoyos económicos concedidos contraviniendo esta disposición.

No obstante, pueden darse circunstancias excepcionales en las que no resulte oportuno ordenar la devolución de la ayuda. Este puede ser el caso cuando la recuperación de la ayuda sea contraria a un principio general del Derecho comunitario.

En una situación como la del litigio principal, en la que se examina una demanda basada en el artículo 88 CE, apartado 3, última frase, después de que la Comisión haya adoptado una decisión positiva, el juez nacional debe pronunciarse sobre la validez de los actos de ejecución y sobre la recuperación de los recursos financieros concedidos, a pesar de haberse constatado la compatibilidad con el mercado común de la ayuda controvertida. En tal caso, el Derecho comunitario le obliga a ordenar las medidas adecuadas para remediar efectivamente los efectos de la ilegalidad.

Sin embargo, incluso a falta de circunstancias excepcionales, no le impone una obligación de recuperación íntegra de la ayuda ilegal. En efecto, el artículo 88 CE, apartado 3, última frase, se basa en el objetivo cautelar de garantizar que no se aplique jamás una ayuda incompatible. Este objetivo se alcanza, en un primer momento, de forma provisional, a través de la prohibición que establece y, en un segundo momento, de forma definitiva, a través de la decisión definitiva de la Comisión, que, cuando es negativa, se opone en el futuro a la ejecución del proyecto de ayuda notificado. Por lo tanto, la prevención así dispuesta tiene por finalidad que sólo se ejecuten las ayudas compatibles. Para alcanzar esta finalidad, se aplaza la aplicación de un proyecto hasta que la decisión definitiva de la Comisión despeje toda duda sobre su compatibilidad. Cuando la Comisión adopta una decisión positiva, resulta entonces que el pago prematuro de la ayuda no fue contrario a la finalidad de los controles preventivos del Tra-

tado. En tal caso, desde el punto de vista de los operadores no beneficiarios de la ayuda, la ilegalidad de la misma tiene por efecto, por una parte, exponerles al riesgo, finalmente no concretado, de la ejecución de una ayuda incompatible y, por otra parte, en su caso, de hacerles soportar, en términos de competencia, los efectos de una ayuda compatible antes de lo que hubieran debido. Desde el punto de vista del beneficiario de la ayuda, la ventaja indebida consiste, por una parte, en no pagar los intereses que hubiera abonado por el importe controvertido de la ayuda incompatible, si hubiera debido pedir prestado esa suma en el mercado a la espera de la decisión de la Comisión y, por otra parte, en la mejora de su posición competitiva frente a los demás operadores del mercado durante el tiempo que duró la ilegalidad. En consecuencia, en una situación como la del litigio principal, el juez comunitario está obligado, conforme al Derecho comunitario, a condenar al beneficiario de la ayuda al pago de intereses por el tiempo que duró la ilegalidad. En el marco de su Derecho nacional, puede, en su caso, ordenar la recuperación de una ayuda ilegal, sin perjuicio del derecho del Estado miembro a ejecutarla de nuevo posteriormente. Asimismo, puede verse obligado a estimar demandas de indemnización de los perjuicios causados por la naturaleza ilegal de la ayuda.

En cuanto a la ayuda propiamente dicha, añade que una medida que consiste únicamente en una obligación de recuperación sin intereses no es adecuada, en principio, para remediar los efectos de la ilegalidad en el supuesto en que el Estado miembro ejecute nuevamente dicha ayuda después de la decisión definitiva positiva de la Comisión. En efecto, cuando el período transcurrido entre la recuperación y la nueva aplicación es más breve que el transcurrido entre la primera aplicación y la decisión definitiva, el beneficiario de la ayuda soporta, si tiene que pedir prestado el importe restituido, intereses menos elevados que los que habría pagado si hubiera tenido que pedir prestado el equivalente a la ayuda concedida ilegalmente desde el principio.

Responde también a la segunda cuestión planteada que, en una situación procesal como la del litigio principal, la obligación que resulta del artículo 88 CE, apartado 3, última frase, de remediar los efectos de la ilegalidad de una ayuda se extiende también, a efectos del cálculo de los importes que debe pagar el beneficiario, y salvo circunstancias excepcionales, al período transcurrido entre una decisión de la Comisión en la que se constata la compatibilidad de esta ayuda con el mercado común y la anulación de dicha decisión por el juez comunitario.

En la sentencia de 17 de julio, *Essent* (C-206/06) el TJCE concluye también que las cantidades pagadas a la sociedad designada en aplicación del artículo 9 de la Ley (neerlandesa) transitoria sobre el sector de la producción de electricidad («SEP»), constituyen una «ayuda de Estado» en el sentido de esta disposición del Tratado en la medida en que representan una ventaja económica y no una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones efectuadas por la sociedad designada para ejecutar obligaciones de servicio público.

Recuerda que un impuesto, aplicado en las mismas condiciones de recaudación a los productos nacionales y a los productos importados, cuyos rendimientos son afectados en beneficio únicamente de los productos nacionales, de forma que las ventajas resultantes de ello compensan la carga soportada por estos productos, puede constituir, en relación con la afectación de su producto, una ayuda estatal incompatible con el mercado común, si concurren los requisitos de aplicación del artículo 87 CE. En efecto, una medida establecida en virtud de una tributación discriminatoria y que al mismo tiempo puede ser considerada parte de una ayuda en el sentido del artículo 87 CE está sujeta acumulativamente a las disposiciones de los artículos 25 CE o 90 CE, y a las que se refieren a las ayudas de Estado. Si bien los artículos 25 CE y 90 CE tratan de preservar la libre circulación de mercancías y la competencia entre productos nacionales y productos importados, el artículo 87 CE tiene por objetivo, de modo más general, preservar la competencia entre empresas mediante la prohibición de toda ayuda otorgada por un Estado miembro y que responda a los requisitos del artículo 87 CE.

Considera que las cantidades pagadas a SEP constituyen una intervención del Estado o mediante fondos estatales. La sociedad designada no tiene ninguna posibilidad de utilizar el producto del impuesto para afectarlo a finalidades distintas de las previstas por la ley. Además, se establece un control estricto sobre la labor que realiza.

Recuerda que si una intervención estatal debe considerarse como una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto poner a estas empresas en una posición más favorable respecto a las empresas competidoras, tal intervención no entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1. No obstante, para que a tal

compensación no se le aplique, en un caso concreto, la calificación de ayuda de Estado, extremo que, además, no se ha alegado en el asunto principal, deben cumplirse una serie de requisitos. En primer lugar, la empresa beneficiaria de una compensación de esa índole debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. En cuarto lugar, la indemnización debería calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada con los medios necesarios para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

Para que se pueda considerar que un tributo forma parte integrante de una ayuda, el destino del tributo debe estar obligatoriamente vinculado a la ayuda con arreglo a la normativa nacional pertinente, en el sentido de que la recaudación del tributo se destine obligatoriamente a la financiación de la ayuda y afecte directamente a la cuantía de ésta. Cuando el destino del tributo esté obligatoriamente vinculado a la ayuda, la notificación de la medida de ayuda debe referirse asimismo al modo de financiación de ésta.

## 6. APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES

6.1. En materia de contratación pública, la sentencia de 14 de febrero, *Varec* (C-450/06) considera que el organismo responsable de los procedimientos de recurso previstos en dicho el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en rela-

ción con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo.

En sentencia de 8 de abril, *Comisión/Italia* (C-337/05) el TJCE declara que Italia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, en su versión modificada, al haber seguido una práctica, consistente en adjudicar directamente a Agusta SpA contratos para la adquisición de helicópteros de las marcas Agusta y Agusta Bell, destinados a cubrir las necesidades de los distintos cuerpos militares y civiles, sin haber seguido ningún procedimiento de licitación y, en particular, sin haber seguido los procedimientos previstos en las citadas Directivas.

Desestima que se tratara de una situación «in house». La participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participe asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Agusta es una sociedad privada desde su creación, siempre ha sido, desde 1974, una sociedad de economía mixta, es decir, una sociedad cuyo capital está integrado por participaciones que son propiedad en parte del citado Estado y en parte de accionistas privados. De la misma forma, puesto que Agusta es una sociedad abierta parcialmente al capital privado, queda excluido que el Estado italiano pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

Sobre las exigencias legítimas de interés nacional, con carácter preliminar, el TJCE recuerda que las medidas que adopten los Estados miembros en virtud de legítimas exigencias de interés nacional no están exentas en su conjunto de la aplicación del Derecho comunitario por el mero hecho de que se hayan adoptado en interés de la seguridad pública o de la defensa nacional. El Tratado prevé excepciones aplicables en caso de si-

tuaciones que pueden poner en peligro la seguridad pública, en particular en sus artículos 30 CE, 39 CE, 46 CE, 58 CE, 64 CE, 296 CE y 297 CE, que se refieren a unos supuestos excepcionales claramente delimitados. No puede deducirse de ello que exista una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública. Reconocer la existencia de tal reserva al margen de las condiciones específicas previstas en las disposiciones del Tratado podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

Italia alegaba que las compras de helicópteros de las marcas Agusta y Agusta Bell cumplían las condiciones legítimas de interés nacional previstas en los artículos 296 CE y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36, por cuanto dichos helicópteros son bienes de doble uso, es decir, que pueden servir tanto para fines civiles como militares. Destaca el TJCE, en primer lugar, que, en virtud del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra, siempre que, no obstante, estas medidas no alteren las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares. Del tenor literal de la mencionada disposición se desprende que los productos de que se trata deben estar destinados a fines específicamente militares. De ello se deduce que la adquisición de equipos, cuya utilización para fines militares se considere poco cierta, deberá respetar necesariamente las normas de adjudicación de los contratos públicos. El suministro de helicópteros a cuerpos militares con vistas a una utilización civil deberá respetar estas mismas normas. Pues bien, constaba que los helicópteros de que se trataba tienen ciertamente aplicaciones civiles indudables y posiblemente una finalidad militar. Por consiguiente, el artículo 296 CE, apartado 1, letra b), al que se remite el artículo 3 de la Directiva 93/36, no podía ser invocado válidamente por la República Italiana para justificar el recurso al procedimiento negociado para la compra de dichos helicópteros.

En segundo lugar, desestima los argumentos según los cuales el carácter confidencial de los datos que se han obtenido para la fabricación de los helicópteros producidos por Agusta justifica la adjudicación de los contratos a la citada sociedad según el procedimiento negociado. Italia no había indicado las razones por las que considera que el carácter confiden-

cial de los datos comunicados para la producción de los helicópteros fabricados por Agusta se vería garantizado en mucha menor medida si se confiara dicha producción a otras sociedades, tanto si éstas se hallan establecidas en Italia como en otros Estados miembros. En este sentido, la necesidad de establecer una obligación de confidencialidad no impide en modo alguno utilizar un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato.

Finalmente, rechaza que se hubiera probado que, habida cuenta de su especificidad técnica, la fabricación de los helicópteros de que se trata sólo se le podía encomendar a Agusta o que fuera necesario para garantizar la interoperabilidad de su flota de helicópteros, en particular con el fin de reducir los costes logísticos, operativos y de formación de los pilotos.

En la sentencia de 10 de abril, *Ing. Aigner* (C-393/06) el TJCE concluye que una entidad como Fernwärme Wien GmbH es un organismo de Derecho público en el sentido de los artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17 y 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Fernwärme Wien fue creada con el fin específico de garantizar la calefacción de viviendas, edificios públicos, empresas y oficinas en el término municipal de la ciudad de Viena empleando la energía obtenida de la combustión de residuos. Es indiferente que esas necesidades también sean cubiertas o podrían serlo por empresas privadas. Lo esencial es que se trate de necesidades que, por razones de interés general, el Estado o una entidad territorial deciden satisfacerlas por sí mismos o respecto de las cuales quieren conservar una influencia determinante. Para determinar si las necesidades que satisface la entidad de que se trata en el litigio principal no tienen carácter industrial o mercantil, hay que tener en cuenta la totalidad de los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad. A este respecto, es preciso comprobar, en particular, si el organismo de que se trata ejerce sus actividades en situación de competencia. El ánimo de lucro no presidió la creación de la mencionada entidad, y si bien no se descarta que esa actividad pueda generar beneficios distribuidos en forma de dividendos a los accionistas de dicha entidad, la obtención de esos beneficios no es su objetivo principal.

Seguidamente, en lo que respecta al contexto económico pertinente o, en otros términos, al contrato de referencia que hay que tener en cuenta para comprobar si la entidad de que se trata ejerce o no sus actividades en situación de competencia, a la luz de la interpretación funcional del concepto de «organismo de Derecho público», debe tomarse en consideración el sector para el que se creó Fernwärme Wien, es decir, el de suministro de calefacción urbana por tuberías mediante la utilización de la energía obtenida de la combustión de residuos. Fernwärme Wien goza de hecho en ese sector de una situación cuasi-monopolística, en la medida en que las otras dos sociedades que desarrollan su actividad en el mismo ámbito tienen un tamaño insignificante, y, por lo tanto, no son auténticos competidores. Además, ese sector tiene una autonomía considerable, en la medida en que sería muy difícil reemplazar el sistema de calefacción urbana por otras energías, ya que ello exigiría importantes obras de transformación. Por último, la ciudad de Viena concede especial relevancia a este sistema de calefacción, también por razones medioambientales. Asimismo, habida cuenta de la presión de la opinión pública, no permitiría su supresión, aunque el sistema tuviera que funcionar con pérdidas.

Añade que a este respecto es indiferente que, además de su misión de interés general, dicha entidad también lleve a cabo otras actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general que está específicamente obligada a satisfacer. La importancia relativa que tengan las actividades ejercidas con fines lucrativos en el marco de las actividades globales de dicha entidad tampoco resulta pertinente a efectos de su calificación como organismo de Derecho público.

Por otro lado, concluye que los contratos celebrados por una entidad que tenga la consideración de organismo de Derecho público, en el sentido de las Directivas 2004/17 y 2004/18, vinculados al ejercicio de actividades que esa entidad desarrolla en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17, deben seguir los procedimientos establecidos en esta Directiva. En cambio, todos los demás contratos celebrados por dicha entidad en relación con el ejercicio de otras actividades están sujetos a los procedimientos previstos en la Directiva 2004/18. Cada una de estas dos Directivas se aplica, sin distinguir entre las actividades que dicha entidad desarrolla para cumplir su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeña en condiciones de competencia, y ello aunque haya una contabilidad que tenga por finalidad la separación de los sectores de actividades de la

mencionada entidad, para evitar las financiaciones cruzada entre esos sectores.

La sentencia de 15 de mayo, *SECAP y otros* (C-147/06 y C-148/06) concluye que las normas fundamentales del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como el principio general de no discriminación son contrarios a una normativa nacional que, en lo que respecta a los contratos cuyo valor es inferior al umbral previsto en el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada, y que revistan un interés transfronterizo cierto, cuando el número de ofertas válidas es superior a cinco, obliga imperativamente a las entidades adjudicadoras a excluir automáticamente las ofertas consideradas anormalmente bajas en relación con la prestación, con arreglo a un criterio matemático establecido en dicha normativa, sin dejar a las mencionadas entidades adjudicadoras ninguna posibilidad de verificar la composición de esas ofertas pidiendo precisiones sobre ellas a los licitadores interesados.

No ocurre lo mismo cuando una normativa nacional o local o incluso la entidad adjudicadora de que se trate, debido a un número excesivamente elevado de ofertas que podría obligar a la entidad adjudicadora a verificar de manera contradictoria un número de ofertas tan elevado que sobrepasaría su capacidad administrativa o podría poner en peligro la realización del proyecto, a causa del retraso que dicha verificación podría ocasionar, fijan un umbral razonable por encima del cual se aplica la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas.

En la sentencia de 19 de junio, *Presstext Nachrichtenagentur* (C-454/06) el TJCE aborda el concepto de «adjudicación de contrato». Considera que el término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

Tampoco comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los pre-

cios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial. Ni una situación en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular.

6.2. En materia de fiscalidad, la sentencia de 10 de abril, *Marks & Spencer* (C-309/06) considera que cuando un Estado miembro ha mantenido en su legislación nacional, con arreglo al artículo 28, apartado 2, de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, Sexta Directiva IVA, una exención con devolución del impuesto soportado para determinadas entregas o prestaciones específicas, el operador económico que realiza tales entregas o prestaciones no puede invocar derecho alguno, basado en el Derecho comunitario y directamente exigible, a que estas entregas o prestaciones queden sujetas al tipo cero del IVA. Cuando un Estado miembro ha mantenido en su legislación nacional en dichas condiciones una exención con devolución del impuesto abonado en la fase anterior por razón de determinadas entregas o prestaciones específicas, pero ha interpretado erróneamente esta legislación nacional dando lugar a que fueran gravadas al tipo normal algunas entregas o prestaciones que, con arreglo a la normativa nacional, debían haberse acogido a la exención con devolución del impuesto abonado en la fase anterior, los principios generales del Derecho comunitario, incluido el de neutralidad fiscal, se aplican de modo que confieren al operador económico que realizó esas entregas o prestaciones un derecho a recuperar los importes erróneamente pagados por razón de dichas entregas o prestaciones.

Si bien los principios de igualdad de trato y de neutralidad fiscal se aplican por principio al asunto del litigio principal, su vulneración no se produce por el mero hecho de que la denegación de devolución se haya basado en el enriquecimiento injusto del sujeto pasivo de que se trata. En cambio, el principio de neutralidad fiscal se opone a que el concepto de enriquecimiento injusto se aplique únicamente a sujetos pasivos como los

«payment traders» (sujetos pasivos para los que, en un ejercicio contable determinado, el IVA repercutido supera al IVA soportado) y no a sujetos pasivos como los «repayment traders» (sujetos pasivos cuya situación es inversa a la anterior), siempre que dichos sujetos pasivos hayan comercializado mercancías similares. Además, el principio general de igualdad de trato, cuya vulneración puede caracterizarse, en materia fiscal, por discriminaciones que afectan a operadores económicos que no son forzosamente competidores, pero que se encuentran, no obstante, en una situación comparable en otros aspectos, se opone a una discriminación entre los «payment traders» y los «repayment traders», que no se justifica objetivamente.

La sentencia de 22 de mayo, *Ampliscientifica* (C-162/07) aborda la aplicación por el Estado miembro del régimen del sujeto pasivo único en caso de sociedades matrices y filiales. Concluye que el artículo 4, apartado 4, párrafo segundo, de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, Sexta Directiva IVA, es una norma cuya aplicación por un Estado miembro requiere la previa consulta por este último al Comité consultivo del IVA y la aprobación de una normativa nacional que permita que las personas, en particular las sociedades establecidas en el interior del país e independientes desde el punto de vista jurídico, aunque estrechamente vinculadas entre sí en los planos financiero, económico y de organización, dejen de ser consideradas sujetos pasivos distintos del IVA para ser consideradas como un sujeto pasivo único, titular exclusivo de un número de identificación individual para el citado impuesto y, por lo tanto, único en poder efectuar las declaraciones del IVA. Incumbe al juez nacional comprobar si una normativa nacional, como la que se discute en el asunto principal, cumple tales criterios, debiendo aclararse que, en el supuesto de no formularse una consulta previa al Comité consultivo del IVA, una normativa nacional que se atenga a dichos criterios constituye una adaptación del Derecho interno que vulnera la exigencia de procedimiento establecida en el artículo 4, apartado 4, párrafo segundo, de la Directiva 77/388.

La sentencia de 10 de julio, *Ahold* (C-484/06) concluye que ante la inexistencia de una normativa comunitaria específica, corresponde a los Estados miembros determinar las reglas y los métodos de redondeo de las cuotas del IVA. Dichos Estados están obligados, al realizar dicha determinación, a respetar los principios en los que se basa el sistema común de este impuesto, en particular, los de neutralidad fiscal y proporcionalidad. El Derecho comunitario, en su estado actual, no incluye ninguna obligación específica en virtud de la cual los Estados miembros deban auto-

rizar a los sujetos pasivos a redondear a la baja por artículo la cuota del IVA.

6.3. En materia de propiedad intelectual e industrial, la sentencia de 17 de abril, *Peek & Cloppenburg* (C-456/06) aclara que el concepto de distribución al público del original de una obra o de una copia de ella por cualquier otro medio distinto de la venta, en el sentido de artículo 4, apartado 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, supone exclusivamente una transmisión de propiedad del objeto. Por consiguiente, ni el mero hecho de ofrecer al público la posibilidad de usar las reproducciones de una obra protegida por derechos de autor ni la exposición al público de dichas reproducciones sin que se conceda siquiera la posibilidad de usarlas pueden constituir tal forma de distribución.

En la sentencia de 10 de abril, *adidas* (C-102/07) el TJCE concluye que la Directiva 89/104/CEE del Consejo, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, debe interpretarse en el sentido de que no puede tenerse en cuenta el imperativo de disponibilidad para apreciar el alcance del derecho exclusivo del titular de una marca, salvo en la medida en que sea aplicable la limitación de los efectos de la marca, definida en el artículo 6, apartado 1, letra b), de la citada Directiva.

El tribunal de remisión formuló una cuestión prejudicial en relación con el motivo de tres franjas registrado por Adidas, que ha adquirido carácter distintivo por el uso. En particular, pretendía que se dilucidara si, cuando los terceros utilizan signos idénticos o similares a la marca en cuestión, sin el consentimiento de su titular, e invocan para este uso el imperativo de disponibilidad, es preciso determinar si dichos signos son considerados o no decorativos por el público pertinente, si carecen o no de carácter distintivo en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra b), de la Directiva, y si tienen o no carácter descriptivo en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva.

Para el TJCE existen consideraciones de interés general, en atención concretamente a la necesidad de no falsear la competencia, que aconsejan que determinados signos puedan ser usados libremente por el conjunto de los operadores económicos. Este imperativo de disponibilidad es la *ratio* que subyace a determinados motivos de denegación contemplados en el

artículo 3 de la Directiva. Además, el artículo 12, apartado 2, letra a), de la Directiva dispone que podrá ser declarada la caducidad de una marca si, con posterioridad a la fecha de su registro, ésta se ha convertido, por la actividad o inactividad de su titular, en la designación usual en el comercio del producto o del servicio para el que esté registrada.

Si resulta de este modo que el imperativo de disponibilidad juega un papel relevante en el marco de los artículos 3 y 12 de la Directiva, señala que la petición de decisión prejudicial rebasa este marco, dado que plantea la cuestión de si el imperativo de disponibilidad constituye, tras el registro de una marca, un criterio de apreciación para delimitar el alcance del derecho exclusivo del titular de la marca. Pues bien, cuando un tercero invoca el imperativo de disponibilidad para hacer valer su derecho a usar un signo distinto del registrado por el titular de la marca, la oportunidad de tal alegación no debe examinarse en el marco de los artículos 3 y 12 de la Directiva, sino a la vista del artículo 5 de la Directiva, relativo a la protección de la marca registrada contra el uso de signos por terceros, así como a la vista del artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva, si el signo de que se trata entra en el ámbito de aplicación de esta disposición.

El riesgo de confusión constituye la condición específica de la protección conferida por la marca registrada, en particular contra el uso por terceros de signos no idénticos. El TJCE ha definido esta condición como el riesgo de que el público pueda creer que los productos o servicios de que se trata proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económicamente. El riesgo de confusión debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes del caso concreto. El hecho de que para los operadores económicos exista la necesidad de que el signo esté disponible no forma parte de esos factores pertinentes. En efecto, tal como resulta del tenor del artículo 5, apartado 1, letra b), de la Directiva y de la jurisprudencia antes citada, la respuesta a la cuestión de si existe riesgo de confusión debe basarse en la percepción del público de los productos cubiertos por la marca del titular, por una parte, y de los productos cubiertos por el signo utilizado por el tercero, por otra. Además, los signos que deben estar en principio disponibles para el conjunto de los operadores económicos pueden ser utilizados de forma abusiva con el fin de generar confusión en la mente del consumidor. Si en semejante contexto el tercero pudiera ampararse en el imperativo de disponibilidad para utilizar libremente un signo similar a la marca, sin que el titular de esta

última pudiese oponerse a ello invocando el riesgo de confusión, se estaría vulnerando la aplicación efectiva de la regla establecida en el artículo 5, apartado 1, letra b), de la Directiva.

Señala que el hecho de que el público perciba un signo como ornamento no puede obstar a la protección que confiere el artículo 5, apartado 1, letra b), de la Directiva cuando el signo mencionado, a pesar de su carácter decorativo, presente tal similitud con la marca registrada que el público pertinente pueda creer que los productos proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económicamente. En el caso de autos, será preciso, pues, apreciar si el consumidor medio, cuando percibe prendas deportivas y de ocio en las que se han colocado motivos de franjas en los mismos lugares y con las mismas características que el motivo de franjas registrado por Adidas, con la única diferencia de que están compuestos por dos en lugar de tres franjas, puede equivocarse sobre el origen de dicho producto, y creer que está comercializado por «adidas AG», «adidas Benelux BV» o por una empresa vinculada económicamente con ellas. Esta apreciación no depende únicamente del grado de similitud entre la marca y el signo, sino también de la facilidad con la que el signo puede ser asociado a la marca teniendo en cuenta, en particular, el conocimiento de la misma en el mercado. En efecto, cuanto más conocida sea la marca, mayor será el número de operadores que quieran utilizar signos similares. La presencia en el mercado de una gran cantidad de productos cubiertos por signos similares podría vulnerar la marca en cuanto que se corre el riesgo de disminuir el carácter distintivo de la marca y de poner en peligro la función esencial de ésta, que es garantizar a los consumidores el origen de los productos de que se trata.

El artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva dispone que el titular de una marca no puede prohibir a los terceros el uso, en el tráfico económico, de indicaciones relativas a la especie, a la calidad, a la cantidad, al destino, al valor, al origen geográfico, a la época de la obtención del producto o de la prestación del servicio o a otras características de éstos, siempre que este uso se realice conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. El artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva tiene por objeto salvaguardar la posibilidad de que el conjunto de los operadores económicos puedan utilizar indicaciones descriptivas. Esta disposición constituye, por tanto una expresión del imperativo de disponibilidad. Sin embargo, el imperativo de disponibilidad no constituye en ningún caso una limitación autónoma de los efectos de la marca

añadida a las expresamente previstas en el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva. Para que un tercero pueda alegar las limitaciones de los efectos de la marca que se recogen en el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva y valerse en este contexto del imperativo de disponibilidad que subyace en esta disposición, es necesario que la indicación utilizada por él, tal como exige la citada disposición de la Directiva, se refiere a alguna de las características del producto comercializado o del servicio prestado por ese tercero. En el caso de autos, los competidores invocan como justificación de la utilización de los motivos con dos franjas controvertidos el carácter puramente decorativo de éstos. De lo que se deduce que la colocación de motivos de franjas en las prendas, por esos competidores, no pretende proporcionar una indicación relativa a alguna de las características de esos productos.

La sentencia de 29 de enero, *Promusicae* (C-275/06) considera que las Directivas 2000/31, 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, 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, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, y 2002/58, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), no obligan a los Estados miembros a imponer el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil en una situación en la que una asociación sin ánimo de lucro que agrupa a productores y editores de grabaciones musicales y audiovisuales ha interpuesto una demanda con objeto de que se ordene a un proveedor de acceso a servicios de Internet revelar la identidad y la dirección de los titulares de determinadas líneas de abonado para poder ejercitar acciones civiles por vulneración de los derechos de autor. Tampoco los artículos 41, 42 y 47 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Acuerdo ADPIC) contienen disposiciones que obliguen a interpretar que las Directivas mencionadas obligan a los Estados miembros a imponer el deber de comunicar datos personales en el marco de un procedimiento civil.

Sin embargo, el Derecho comunitario exige que los Estados miembros,

a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas, procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también no basarse en una interpretación de éstas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad.

La sentencia de 12 de junio, O2 (C-533/06) examina la relación entre el derecho de marcas y la publicidad comparativa. Considera el TJCE que los artículos 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 89/104, en materia de marcas, y 3 *bis*, apartado 1, de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, en su versión modificada por la Directiva 97/55/CE, deben interpretarse en el sentido de que el titular de una marca registrada no está facultado para prohibir el uso de un signo idéntico o similar a su marca por parte de un tercero en publicidad comparativa, si ésta cumple todas las condiciones de licitud enunciadas en el mencionado artículo 3 *bis*, apartado 1.

No obstante cuando se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 5, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/104 para prohibir el uso de un signo idéntico o similar a una marca registrada, se excluye que la publicidad comparativa en la que se use dicho signo cumpla la condición de licitud enunciada en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra d), de la Directiva 84/450, en su versión modificada por la Directiva 97/55. El artículo 5 de la Directiva 89/104, titulado «Derechos conferidos por la marca», dispone: «1. La marca registrada confiere a su titular un derecho exclusivo. El titular estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico: [...] b) de cualquier signo que, por ser idéntico o similar a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios designados por la marca y el signo, implique por parte del público un riesgo de confusión, que comprende el riesgo de asociación entre el signo y la marca». El artículo 3 *bis*, apartado 1, de la Directiva 84/450 dispone: «La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando se cumplan las siguientes condiciones: [...] d) que no dé lugar a confusión en el mercado entre el

anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor».

El TJCE considera también que el artículo 5, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/104 debe interpretarse en el sentido de que el titular de una marca registrada no está facultado para prohibir el uso en publicidad comparativa, por parte de un tercero, de un signo similar a esa marca para productos o servicios idénticos o similares a aquellos para los que dicha marca está registrada, cuando tal uso no dé lugar a riesgo de confusión por parte del público, y ello independientemente de que dicha publicidad comparativa cumpla o no todas las condiciones de licitud enunciadas en el artículo 3 *bis* de la Directiva 84/450, en su versión modificada por la Directiva 97/55.

6.4. En materia de telecomunicaciones y servicios postales, la sentencia de 21 de febrero, *Tele2* (C-426/05) concluye que el concepto de usuario o de empresa «afectada» en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), así como el de parte «afectada» en el sentido del artículo 16, apartado 3, de dicha Directiva, pueden referirse no sólo a una empresa con peso significativo (anteriormente) en el mercado pertinente que es objeto de una decisión de una autoridad nacional de reglamentación adoptada en el marco de un procedimiento de análisis de mercado previsto en el artículo 16 de dicha Directiva y de la que es destinataria, sino también a los usuarios y a las empresas competidoras de dicha empresa que no son destinatarias de dicha decisión pero cuyos derechos se ven afectados de manera desfavorable por esta decisión.

Una disposición de Derecho nacional que sólo reconoce la condición de parte en un procedimiento no contencioso de análisis de mercado a las empresas con peso significativo (anteriormente) en el mercado pertinente a las que se les imponen, modifican o suprimen obligaciones reglamentarias específicas no es en principio contraria al artículo 4 de la Directiva 2002/21. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar que el Derecho procesal interno asegura la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los usuarios y a las empresas competidoras de una empresa con peso significativo (anteriormente) en el mercado pertinente de manera que no sea menos favora-

ble que en lo que se refiere a la salvaguardia de derechos comparables de naturaleza interna y que no menoscabe la eficacia de la protección jurídica de dichos usuarios y de dichas empresas, garantizada en el artículo 4 de la Directiva 2002/21.

Según la sentencia de 6 de marzo, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (C-82/07) el artículos 3 y 10 de la Directiva 2002/21, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, deben interpretarse en el sentido de que las funciones de asignación de los recursos de numeración nacionales y de gestión de los planes nacionales de numeración deben considerarse funciones de regulación. Los Estados miembros no están obligados a atribuir estas diferentes funciones a autoridades de reglamentación distintas. Estas disposiciones tampoco se oponen a que varias autoridades de reglamentación independientes compartan las funciones de asignación de los recursos de numeración nacionales y de gestión de los planes nacionales de numeración, siempre que el reparto de las misiones se haga público, sea fácilmente accesible y se notifique a la Comisión.

En la sentencia de 24 de abril, *Arcor* (C-55/06) el TJCE aporta precisiones en cuanto al principio de orientación de las tarifas en función de los costes, y diversas cuestiones relativas al margen de apreciación de la autoridad y el control judicial de sus decisiones. El principio de orientación de las tarifas del acceso desagregado al bucle local en función de los costes, enunciado en el artículo 3, apartado 3, del Reglamento n.º 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso desagregado al bucle local, se entiende como la obligación impuesta a los operadores notificados, en el marco de la apertura gradual del mercado de las telecomunicaciones a la competencia, de orientar esas tarifas en función de los costes soportados por la instalación inicial del bucle local, obteniendo al mismo tiempo de la fijación de tales tarifas una remuneración razonable para garantizar el desarrollo a largo plazo y la mejora de las infraestructuras de telecomunicaciones existentes. Los intereses vinculados al capital invertido y las amortizaciones de los activos inmovilizados utilizados para la instalación inicial del bucle local forman parte de los costes que deben tomarse en consideración con arreglo al principio de orientación de las tarifas del acceso desagregado al bucle local en función de los costes previsto en tal disposición.

El órgano jurisdiccional remitente preguntaba también si la base de cálculo de los costes debe fundarse en los costes que representa la cons-

trucción *ex nihilo* por un operador, distinto del operador notificado, de una nueva infraestructura local de acceso para el suministro de servicios de telecomunicaciones equivalentes (en lo sucesivo, «coste corriente») o en los costes realmente soportados por el operador notificado teniendo en cuenta las amortizaciones ya contabilizadas (en lo sucesivo, «coste histórico»). Para el TJCE la base de cálculo de los costes que deben ser tomados en consideración en el marco de la fijación de las tarifas del acceso desagregado al bucle local no puede fundarse exclusivamente en los costes históricos, porque de lo contrario se colocaría al operador notificado, frente al beneficiario, en una situación en la que se producirían desventajas injustificadas que el propio Reglamento n.º 2887/2000 trata precisamente de evitar. En efecto, el objetivo de ese Reglamento es permitir simultáneamente a los beneficiarios y al operador notificado operar en el mercado, para que, a medio plazo, se establezca una competencia normal. Concluye que las autoridades nacionales de reglamentación deben tomar en consideración, para determinar la base de cálculo de los costes del operador notificado, los costes reales, es decir, los costes históricos del operador notificado, y los costes prospectivos, basándose estos últimos, en su caso, en una estimación de los costes de sustitución de la red o de determinados elementos de ésta.

Precisa también que la posibilidad otorgada a los Estados miembros, en el artículo 1, apartado 4, del Reglamento n.º 2887/2000, de adoptar medidas nacionales detalladas no puede hacer que resulte inaplicable el principio de orientación de las tarifas del acceso desagregado al bucle local en función de los costes, tal como se enuncia en el artículo 3, apartado 3, de dicho Reglamento.

Desde un punto de vista institucional, concluye también que cuando examinan las tarifas de los operadores notificados por la prestación de un acceso desagregado a su bucle local a la luz del principio de tarificación enunciado en el artículo 3, apartado 3, del citado Reglamento, las autoridades nacionales de reglamentación disponen de una amplia facultad que abarca la apreciación de los diferentes aspectos de esas tarifas, incluida la modificación de los precios y, por lo tanto, de las tarifas propuestas. Esta amplia facultad se extiende asimismo a los costes soportados por los operadores notificados, como los intereses vinculados al capital invertido y las amortizaciones de los activos inmovilizados, la base de cálculo de éstos y los modelos de justificación contable de tales costes.

Cuestionado también sobre problemas relacionados con el control judi-

cial, considera que corresponde exclusivamente a los Estados miembros, en el marco de la autonomía procesal de que disponen, determinar, dentro del respeto a los principios de equivalencia y efectividad de la tutela judicial, el órgano jurisdiccional competente, la naturaleza del objeto del litigio y, por lo tanto, las modalidades del control del juez sobre las decisiones de las autoridades nacionales de reglamentación relativas a la autorización de las tarifas de los operadores notificados por el acceso desagregado a su bucle local. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional nacional debe garantizar que se respeten efectivamente las obligaciones derivadas del Reglamento n.º 2887/2000 en relación con el acceso desagregado al bucle local según modalidades conformes al principio de tarificación enunciado en el artículo 3, apartado 3, del citado Reglamento, y ello en condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias.

En todo caso, el artículo 4, apartado 1, del Reglamento n.º 2887/2000, en relación con el artículo 5 bis, apartado 3, de la Directiva 90/387/CEE del Consejo, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones, en su versión modificada, exige que los órganos jurisdiccionales nacionales interpreten y apliquen las normas internas de procedimiento que regulan el ejercicio de los recursos de modo tal que una decisión de la autoridad nacional de reglamentación relativa a la autorización de las tarifas de acceso desagregado al bucle local pueda ser impugnada ante los tribunales, no sólo por la empresa destinataria de tal decisión, sino también por los beneficiarios, en el sentido del Reglamento, potencialmente afectados en sus derechos por dicha decisión.

En fin, en el procedimiento de supervisión de la tarificación del acceso desagregado al bucle local seguido por una autoridad nacional de reglamentación según el artículo 4 de ese Reglamento, corresponde al operador notificado aportar la prueba de que sus tarifas respetan el principio de orientación de las tarifas en función de los costes. En cambio, incumbe a los Estados miembros establecer el reparto de la carga de la prueba entre la autoridad nacional de reglamentación que ha adoptado la decisión de autorización de las tarifas del operador notificado y el beneficiario que impugna esa decisión. Asimismo, corresponde a los Estados miembros establecer, con arreglo a sus normas de procedimiento y dentro del respeto a los principios comunitarios de efectividad y de equivalencia de la tutela judicial, los modos de reparto de la carga de dicha prueba cuando se impugne ante los tribunales una decisión de la autoridad nacional de regla-

mentación que autoriza las tarifas de un operador notificado por el acceso desagregado a su bucle local.

En la sentencia de 6 de marzo, *Deutsche Post* (C-287/06 a C-292/06) el TJCE considera que el artículo 12, quinto guión, de la Directiva 97/67, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, en su versión modificada por la Directiva 2002/39, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se niegue, a las empresas que agrupan con carácter profesional y en su propio nombre los envíos postales de varios remitentes, el beneficio de las tarifas especiales que el proveedor nacional del servicio postal universal concede, en el ámbito de su licencia exclusiva, a clientes profesionales para el depósito en sus centros de gestión postal de cantidades mínimas de envíos clasificados previamente. Una actividad como la recogida realizada por preparadores de correo a diferentes remitentes de envíos postales, la clasificación previa de éstos y su transporte hasta puntos de acceso no forma parte del sector que puede ser reservado al proveedor del servicio postal universal en virtud del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 97/67, de manera que esta disposición no puede ser invocada para justificar que se dispense distinto trato a los preparadores de correo afectados que a los clientes profesionales de dicha sociedad.

Por otro lado, si bien es cierto que el artículo 12, quinto guión, de dicha Directiva no pretende regular la cuestión de principio consistente en si un proveedor del servicio postal universal debe o no conceder el acceso a la cadena postal en condiciones y en puntos diferentes a los del servicio de correo postal tradicional, se deduce no obstante del tenor literal de dicha disposición que impone a los Estados miembros una obligación estricta de respetar los principios de transparencia y no discriminación en el supuesto de que el referido prestador conceda, de hecho, dicho acceso a tarifas especiales.

6.5. En materia de protección de los consumidores, la sentencia de 17 de abril, *Quelle* (C-404/06) responde que el artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, se opone a una normativa nacional que permite al vendedor, en caso de haber vendido un bien de consumo que no es conforme con el contrato, exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien.

La sentencia de 10 de abril, *Hamilton* (C-412/06) interpreta que el legislador nacional está facultado para establecer que el derecho de revocación contemplado en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, puede ser ejercitado como máximo durante un mes después de la ejecución completa por las partes contratantes de las obligaciones que se derivan de un contrato de crédito de larga duración, cuando el consumidor ha recibido información errónea sobre el ejercicio de ese derecho.

## 7. ENERGÍA

La sentencia de 22 de mayo, *citiworks* (C-439/06) considera que el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2003/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, se opone a una disposición como el artículo 110, apartado 1, número 1, de la Ley alemana sobre la gestión racional de la energía (EnWG), que dispensa a determinados gestores de redes de suministro energético de la obligación de permitir a terceros el libre acceso a dichas redes, por el hecho de que éstas se encuentren en un área de explotación que constituye una unidad espacial y se dediquen principalmente al transporte de energía dentro de la propia empresa o a empresas vinculadas.

El libre acceso de terceros a las redes de transporte y de distribución constituye una de las medidas esenciales que los Estados miembros deben aplicar para la realización del mercado interior de la electricidad. El principio de libre acceso se aplica, según el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2003/54, a las redes de transporte y a las redes de distribución de electricidad. El transporte se define como el transporte de electricidad por la red interconectada de muy alta tensión y de alta tensión con el fin de suministrarla a clientes finales o a distribuidores. La distribución es el transporte de electricidad por las redes de distribución de alta, media y baja tensión con el fin de suministrarla a los clientes. El transporte y la distribución no incluyen el suministro. El concepto de «suministro» se define en el artículo 2 de la Directiva 2003/54 como la venta de electricidad a clientes. De estas definiciones resulta, por una parte, que una red de transporte es una red interconectada para transportar electricidad a muy alta tensión y a alta tensión, destinada a ser vendida a clientes finales o a distribuidores, y, por otra parte, que una red de distribución es una red

que sirve para transportar electricidad a alta, media y baja tensión, destinada a ser vendida a mayoristas o a clientes finales.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la naturaleza de las redes de transporte y de distribución en el sentido de la Directiva 2003/54 y a la cantidad de electricidad transportada a través de esas redes, señala que el único criterio de distinción entre el transporte y la distribución es la tensión de dicha electricidad. En efecto, con arreglo al artículo 2, números 3 y 5, de esta Directiva, una red de transporte hace referencia a la electricidad a muy alta y a alta tensión y una red de distribución garantiza el transporte de la electricidad a alta, media y baja tensión. La Directiva 2003/54 sólo se refiere al consumo de electricidad para definir los conceptos de «pequeña red aislada» y «microrred aislada», que justifican la concesión de excepciones a determinadas obligaciones previstas en dicha Directiva. Por lo tanto, el legislador comunitario no ha pretendido excluir algunas redes de transporte o de distribución del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/54 debido a su tamaño o a su grado de consumo de electricidad. Señala que el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG no define las redes que entran en su ámbito de aplicación en función de su consumo de electricidad. En efecto, esta disposición se refiere a las redes «que se encuentren en un área de explotación que constituya una unidad espacial, y se dediquen principalmente al transporte de energía dentro de la propia empresa o a empresas vinculadas».

Por lo que atañe, en segundo lugar, a la gestión y a la finalidad de las redes de transporte y de distribución, la Directiva 2003/54 precisa, para los dos tipos de redes, que la electricidad es transportada con la finalidad de suministrarla, pero sin incluir el propio suministro, y que el gestor es responsable de la explotación, el mantenimiento y el desarrollo de la red en una zona determinada, para garantizar la capacidad de la red a largo plazo. Por otra parte, el artículo 13 de la Directiva 2003/54 exige que los propietarios o responsables de las redes de distribución designen gestores para dichas redes. Ni de ésta ni de ninguna otra disposición de la misma Directiva se desprende que sólo las empresas que ejerzan la actividad de gestor de red de distribución con carácter principal están obligadas a permitir el libre acceso a las redes. A este respecto, puntualiza que el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG no aporta precisión alguna, en relación con el gestor, en cuanto al carácter principal o accesorio de la actividad de gestión de la red de suministro energético, para definir las redes que se hallan comprendidas dentro de su ámbito de aplicación. Por

consiguiente, sólo en el supuesto en que una disposición como el artículo 110, apartado 1, número 1, de la EnWG entre en el ámbito de aplicación de esas excepciones es compatible con la Directiva 2003/54. Considera que no es el caso.

## 8. TRANSPORTE

En su sentencia de 26 de junio, *Wiedemann* (C-329/06 y C-343/06) el TJCE considera que los artículos 1, apartado 2, 7, apartado 1, y 8, apartados 2 y 4, de la Directiva 91/439 del Consejo, sobre el permiso de conducción, en su versión modificada, se oponen a que, en circunstancias como las de los litigios principales, un Estado miembro deniegue el reconocimiento en su territorio del derecho a conducir resultante de un permiso de conducir expedido con posterioridad en otro Estado miembro después del período de prohibición de solicitud de un nuevo permiso impuesto al interesado, y, por lo tanto, la validez de dicho permiso, hasta que su titular no haya cumplido los requisitos exigidos en el primer Estado miembro para expedir un nuevo permiso tras dicha retirada, incluido el examen de aptitud para la conducción en el que se acredite que los motivos que justificaron dicha retirada ya no existen. En las mismas circunstancias, dichas disposiciones no se oponen a que un Estado miembro deniegue el reconocimiento en su territorio del derecho a conducir que resulta de un permiso de conducción expedido con posterioridad por otro Estado miembro si se constata, sobre la base de las indicaciones que figuran en el propio permiso de conducción o en otras informaciones incontestables procedentes del Estado miembro de expedición, que el titular de dicho permiso, que ha sido objeto en el territorio del primer Estado miembro de una medida de retirada de un permiso anterior, no tenía su residencia habitual en el territorio del Estado miembro de expedición cuando se expidió dicho permiso. En las mismas circunstancias, dichas disposiciones no se oponen tampoco a que un Estado miembro decida la suspensión de este derecho si se desprende de las indicaciones que figuran en dicho permiso o en otras informaciones incontestables procedentes del otro Estado miembro que el requisito de residencia establecido en el artículo 7, apartado 1, letra b), de dicha Directiva no se cumplía cuando se expidió este permiso.

## 9. MEDIO AMBIENTE

9.1. En el asunto que dio lugar a la sentencia de 3 de junio, *Intertanko* (C-308/06) se planteaba la posible invalidez de la Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones. El TJCE considera que su validez no puede apreciarse ni en relación con el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (1973), ni en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en Montego Bay en 1982. Por otro lado, el examen de las cuestiones no ha revelado ningún elemento, en particular, la utilización de la expresión «negligencia grave», que pueda afectar a la validez del artículo 4 de la Directiva 2005/35 en relación con el principio general de seguridad jurídica.

Del artículo 300 CE, apartado 7, resulta que las instituciones de la Comunidad están vinculadas por los acuerdos celebrados por ella, y que, por tanto, esos acuerdos disfrutan de primacía sobre las disposiciones del Derecho comunitario derivado. De ello se deduce que la validez de un acto comunitario derivado puede ser afectada por su incompatibilidad con tales reglas del Derecho internacional. Cuando se alega esa incompatibilidad ante un órgano jurisdiccional nacional, el TJCE comprueba así pues, en virtud del artículo 234 CE, la validez del acto comunitario de que se trate en relación con todas las reglas del Derecho internacional, siempre que se cumplan dos requisitos. En primer lugar, la Comunidad ha de estar vinculada por dichas reglas. En segundo lugar, el TJCE sólo puede examinar la validez de una normativa comunitaria en relación con un Tratado internacional si la naturaleza y el sistema de éste no se oponen a ello y si sus disposiciones parecen, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas. Examina por tanto si ambos requisitos se cumplen en relación con el Convenio Marpol 73/78 y con la Convención de Montego Bay.

En primer lugar, respecto al Convenio Marpol 73/78, observa de entrada que la Comunidad no es parte contratante en dicho Convenio. Además, la Comunidad no ha asumido, en virtud del Tratado CE, las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Convenio Marpol 73/78, ni, por consiguiente, las disposiciones de éste tienen efecto vinculante para la Comunidad. Por tanto, esa

jurisprudencia relativa al GATT de 1947 no es transferible al Convenio Marpol 73/78.

Es cierto que todos los Estados miembros de la Comunidad son partes contratantes en el Convenio Marpol 73/78. No obstante, a falta de una transferencia plena de las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros a la Comunidad, ésta no puede, por el único motivo de que todos esos Estados sean partes contratantes del Convenio Marpol 73/78, estar vinculada por la reglas de ese Convenio, que la Comunidad misma no ha aprobado. Dado que la Comunidad no está vinculada por el Convenio Marpol 73/78, la mera circunstancia de que la Directiva 2005/35 tenga por objeto incorporar al Derecho comunitario algunas reglas del citado Convenio no basta tampoco, por sí misma, para que corresponda al TJCE controlar la validez de esa Directiva en relación con el citado Convenio. Tampoco las reglas relevantes constituían la expresión de reglas consuetudinarias reconocidas por el Derecho internacional general.

Por dichos motivos, considera que la validez de la Directiva 2005/35 no puede apreciarse en relación con el Convenio Marpol 73/78 aun cuando todos los Estados miembros estén vinculados a éste. No obstante, esta circunstancia puede tener consecuencias para la interpretación de la Convención de Montego Bay, por una parte, y por otra, de las disposiciones de Derecho derivado que entran en el ámbito de aplicación del Convenio Marpol 73/78. En efecto, habida cuenta del principio consuetudinario de buena fe, que forma parte del Derecho internacional general, y del artículo 10 CE, incumbe al TJCE interpretar esas disposiciones tomando en consideración el Convenio Marpol 73/78.

En segundo lugar, en lo que atañe a la Convención de Montego Bay, ésta fue firmada por la Comunidad y aprobada por la Decisión 98/392, lo que genera la consecuencia de vincular a la Comunidad, puesto que las disposiciones de dicha Convención forman parte desde ese momento del ordenamiento jurídico comunitario. Esta Convención pretende establecer en todos esos espacios marítimos un justo equilibrio entre los intereses de los Estados en su condición de Estados ribereños y los intereses de los Estados en su condición de Estados del pabellón, que pueden entrar en conflicto. En ese aspecto, las partes contratantes han previsto, según se deduce de numerosas disposiciones de dicha Convención, como sus artículos 2, 33, 34, apartado 2, 56 u 89, fijar los límites materiales y espaciales de sus respectivos derechos soberanos. En cambio, los particulares no disponen en principio de derechos y de libertades autónomos en virtud de la

Convención de Montego Bay. En particular, sólo pueden disfrutar de la libertad de navegación si acreditan una relación estrecha entre su buque y un Estado que le conceda su nacionalidad y sea así el Estado de su pabellón. Esa relación debe constituirse en virtud del Derecho interno del Estado del que se trate.

Es verdad que el texto de algunas disposiciones de la Convención de Montego Bay, como sus artículos 17, 110, apartado 3, y 111, apartado 8, parece atribuir derechos a los buques. De ello no se desprende sin embargo que esos derechos sean conferidos así a los particulares ligados a dichos buques, como sus armadores, ya que el estatuto jurídico internacional del buque depende del Estado del pabellón, y no de que el buque pertenezca a determinadas personas físicas o jurídicas. De igual forma, en virtud de la referida Convención se obliga al Estado del pabellón a tomar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad en el mar y por tanto para proteger los intereses de los demás Estados. Ese Estado puede así pues ser considerado frente a los demás Estados responsable de los daños causados a los espacios marinos que estén bajo la soberanía de estos últimos por un buque que enarbole el pabellón de aquel Estado, si dichos daños resultan de un incumplimiento de sus obligaciones por el Estado del pabellón. El anterior análisis no queda desvirtuado por el hecho de que la parte XI de la Convención de Montego Bay relacione a las personas físicas y jurídicas con la exploración, la utilización y la explotación de los fondos marinos y de su subsuelo más allá de los límites de la soberanía nacional, dado que el presente asunto no versa en absoluto sobre las disposiciones de esa parte XI.

En tales circunstancias, estima que la Convención de Montego Bay no establece reglas destinadas a aplicarse directa e inmediatamente a los particulares ni a conferir a éstos derechos o libertades que puedan ser invocados frente a los Estados, con independencia de la conducta del Estado del pabellón del buque. De ello resulta que la naturaleza y el sistema de la Convención de Montego Bay se oponen a que el TJCE pueda apreciar la validez de un acto comunitario en relación con dicha Convención.

En la sentencia de 24 de junio, *Commune de Mesquer* (C-188/07) el TJCE concluye que el principio «quien contamina paga» exige la asunción económica del coste relativo a la eliminación de los vertidos generados por el naufragio de un petrolero. El litigio tenía por origen el hundimiento del petrolero Erika, que enarbolaba pabellón maltés, en 1999, frente a las costas bretonas (Finisterre, Francia) vertiendo al mar una parte de su car-

ga y de su combustible, lo cual dio lugar a la contaminación del litoral atlántico francés. El municipio de Mesquer demandó a las empresas del grupo Total con la pretensión de que se las condenara a reembolsarle los gastos efectuados para las operaciones de limpieza y de descontaminación de su litoral, basándose en la Directiva sobre los residuos.

El TJCE considera que el fuelóleo pesado transportado por el buque no constituye un «residuo», en el sentido de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, relativa a los residuos, dado que se explota o comercializa en condiciones económicamente ventajosas y que puede utilizarse efectivamente como combustible sin necesidad de operación previa de transformación. No obstante, tales hidrocarburos vertidos en las circunstancias de un naufragio, mezclados con agua y con sedimentos y que se desplazan a la deriva a lo largo de las costas de un Estado miembro hasta quedar depositados en ellas, deben considerarse sustancias que su poseedor no tenía intención de producir y de las que se desprendió, aunque involuntariamente, al ser transportadas, de tal manera que deben calificarse de residuos en el sentido de la Directiva.

Sobre la cuestión de si, en el caso del naufragio de un petrolero, puede obligarse al productor del fuelóleo pesado vertido en el mar y/o al vendedor de ese fuelóleo y fletador del barco que transporta dicha sustancia a cargar con el coste de la eliminación de los vertidos generados, aun cuando la sustancia vertida al mar sea transportada por un tercero, en el caso de autos, un transportista marítimo, el TJCE recuerda, en primer lugar, que, en las circunstancias del caso de autos, de conformidad con el principio «quien contamina paga», la Directiva sobre los residuos establece que dicho coste debe recaer sobre los «poseedores anteriores» o sobre el «productor del producto generador de residuos». El TJCE señala que, en un naufragio, el propietario del buque que transporta los hidrocarburos se halla en posesión de éstos, inmediatamente antes de que se conviertan en residuos. En estas circunstancias, puede considerarse que el propietario del buque ha producido tales residuos y que, por ello, puede ser calificado de «poseedor» en el sentido de la Directiva. No obstante, el juez nacional, teniendo en cuenta los elementos que sólo él puede apreciar, puede considerar que el vendedor de los hidrocarburos y fletador del barco que los transporta ha «producido los residuos» si comprueba que ese vendedor-fletador contribuyó al riesgo de que se produjera la contaminación ocasionada por ese naufragio, en particular si no adoptó las medidas adecuadas para evitar tales hechos, como las relativas a la elección del buque.

Al respecto, el TJCE estima que la Directiva sobre los residuos no se opone a que, con arreglo a los Convenios sobre la Responsabilidad Civil (Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos) y FIPOL (Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de Indemnización de Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos) los Estados miembros establezcan limitaciones o exenciones de responsabilidad a favor del propietario del buque y del fletador, así como la creación de un fondo, como el Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos (FIPOL). No obstante, si los costes de eliminación de los residuos no son asumidos por el FIPOL o no pueden serlo y, con arreglo a las limitaciones y/o exenciones de responsabilidad establecidas, el Derecho nacional de un Estado miembro, incluido el derivado de los convenios internacionales, impide que tales costes puedan recaer sobre el propietario del barco y el fletador de éste, aunque deba considerárseles «poseedores», tal Derecho nacional debe permitir que dichos costes recaigan en el «productor del producto generador de los residuos» así esparcidos. No obstante, en virtud del principio «quien contamina paga», sólo podrá obligarse a tal productor a cargar con dichos costes si, por su actividad, hubiera contribuido a que se produjera la contaminación ocasionada por el naufragio del buque.

9.2. La sentencia de 3 de julio, *Comisión/Irlanda (C-215/06)* examina la posibilidad de regularización a posterior de la falta de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de proyectos comprendidos dentro del ámbito de aplicación 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. El TJCE declara que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 4 y 5 a 10 de la Directiva 85/337.

Había constancia de que, cuando sean necesarios, la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente y el permiso de urbanismo, deben, en principio, haberse llevado a cabo y obtenido respectivamente antes de la realización de los trabajos. En Derecho irlandés, la inobservancia de dichas obligaciones constituye un incumplimiento de las normas de urbanismo. Sin embargo, la citada normativa establece un permiso de regularización con efectos similares a los del permiso ordinario de urbanismo, que es anterior a la realización de trabajos y de actuaciones de ordenación

del territorio. La concesión de tal permiso de regularización conduce, en Derecho irlandés, a que se considere que se cumplen efectivamente las obligaciones impuestas por la Directiva 85/337 modificada.

Ahora bien, aunque el Derecho comunitario no puede oponerse a que las normas nacionales aplicables permitan, en determinados casos, regularizar operaciones o actos que son irregulares desde el punto de vista del Derecho comunitario, tal posibilidad debe quedar supeditada a la condición, por una parte, de que no ofrezca a los interesados la oportunidad de eludir las normas comunitarias o de verse dispensados de su aplicación y, por otra, de que dicha posibilidad siga siendo excepcional. En efecto, un régimen de regularización como el que está en vigor en Irlanda puede tener el efecto de incitar a los maestros de obras a eludir la obligación de verificar si los proyectos previstos cumplen los criterios establecidos en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada, y, por tanto, a no llevar a cabo los trámites necesarios para identificar las repercusiones de los referidos proyectos sobre el medio ambiente ni a su evaluación previa. Ahora bien, según el primer considerando de la Directiva 85/337, es necesario que, en el proceso de decisión, la autoridad competente tenga en cuenta lo antes posible las repercusiones sobre el medio ambiente de todos los procesos técnicos de planificación y de decisión, siendo el objetivo evitar, desde el principio, causar contaminación o daños, más que combatir posteriormente sus efectos.

De ello resulta que Irlanda ha incumplido las obligaciones de la Directiva 85/337 modificada al dar al permiso de regularización, que puede ser expedido fuera de toda circunstancia excepcional demostrada, los mismos efectos que aquellos vinculados al permiso de urbanismo previo a la ejecución de los trabajos y las actuaciones de ordenación del territorio, siendo así que los proyectos para los que es necesaria una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente deben, en virtud de los artículos 2, apartado 1, y 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 85/337 modificada, ser identificados y, a continuación, ser objeto de una solicitud de autorización y de dicha evaluación antes de concederse la autorización y, por consiguiente, necesariamente antes de ser ejecutados.

9.3. En la sentencia de 25 de julio, *Janecek* (C-237/07) el TJCE interpreta el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 96/62/CE del Consejo, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente, en su versión modificada, en el sentido de que, en caso de riesgo de que se sobrepasen

los valores límite o los umbrales de alerta, los particulares directamente afectados deben poder obtener de las autoridades nacionales competentes que se elabore un plan de acción, incluso cuando dispongan, en virtud del Derecho nacional, de otros medios de acción para conseguir que dichas autoridades tomen medidas de lucha contra la contaminación atmosférica. Los Estados miembros están únicamente obligados, bajo el control del órgano jurisdiccional nacional, a tomar, en el marco de un plan de acción y a corto plazo, las medidas aptas para reducir al mínimo el riesgo de que se rebasen los valores límite o los umbrales de alerta y para volver progresivamente a un nivel inferior a dichos valores o a dichos umbrales de alerta, habida cuenta de las circunstancias de hecho y de todos los intereses en juego.

## 10. DERECHO SOCIAL

10.1. La sentencia de 17 de enero, *Velasco Navarro* (C-246/06) considera que, en caso de que, en la fecha de expiración del plazo para hacerlo, no se haya adaptado el Derecho interno a la Directiva 2002/74, que modifica la Directiva 80/987 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, el eventual efecto directo del artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 80/987 no puede invocarse en relación con un estado de insolvencia producido antes de esa fecha.

Juzga además que los trabajadores objeto de un despido improcedente se encuentran en una situación comparable por cuanto tienen derecho a una indemnización en caso de no readmisión. Por tanto, es contraria a dicho principio de igualdad la normativa nacional que excluye que la institución de garantía se haga cargo de los créditos relativos a indemnizaciones por despido improcedente reconocidas en acto de conciliación, sin que se justifique objetivamente una diferencia de trato entre dichos créditos y los correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente reconocidas en sentencia o resolución administrativa.

10.2. La sentencia de 26 de febrero, *Mayr* (C-506/06) concluye que la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y, en particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas esta-

blecida en el artículo 10, punto 1, de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una trabajadora sometida a una fecundación *in vitro* cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados *in vitro*, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de la mujer.

No obstante, los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se oponen al despido de una trabajadora que, en circunstancias como las del asunto principal, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación *in vitro*, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados *in vitro* al útero de dicha trabajadora, en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento.

10.3. En su sentencia de 1 de abril, *Maruko* (C-267/06) el TJCE interpreta los artículos 1, 2, apartado 2, letras a) y b), inciso i), y 3, apartados 1, letra c), y 3, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Maruko y la caja de pensiones de los teatros alemanes («Vddb»), relativo a la negativa de éste a reconocerle el derecho a una pensión de viudedad en concepto de prestación de supervivencia establecida por el régimen obligatorio de previsión profesional al que estaba afiliado su pareja, basándose en que sus estatutos no preveían tal prestación de supervivencia para los miembros de las parejas inscritas.

El TJCE considera de entrada que una prestación de supervivencia otorgada en el marco de un régimen de previsión profesional como el gestionado por el Vddb está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE. Concluye que su artículo 1 en relación con el artículo 2 se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscri-

ta coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia.

En su sentencia de 17 de julio, *Coleman* (C-303/06) interpreta la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a). Para el TJCE una vez demostrado que un trabajador que se encuentra en una situación análoga a la controvertida en el litigio principal es víctima de discriminación directa por motivo de discapacidad, toda interpretación de la Directiva 2000/78 que circunscriba la aplicación de ésta exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas personas discapacitadas podría privar a dicha Directiva de una parte considerable de su efecto útil y reducir la protección que pretende garantizar. La prohibición de acoso que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3.

10.4. La sentencia de 15 de abril, *Impact* (C-268/06) considera que el Derecho comunitario, en particular el principio de efectividad, exige que un tribunal especializado, que, en el marco de la competencia que le ha sido conferida, aunque sólo sea con carácter facultativo, por la normativa de adaptación del Derecho interno a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, conozca de una demanda basada en la vio-

lación de dicha normativa, se declare competente para conocer también de las pretensiones del demandante basadas directamente en la propia Directiva para el período comprendido entre la fecha de expiración del plazo de adaptación a dicha Directiva y la fecha de entrada en vigor de aquella normativa. Esto es así si se comprueba que la obligación del demandante de someter paralelamente ante un tribunal ordinario una demanda distinta basada directamente en dicha Directiva entraña inconvenientes procesales que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico comunitario. Puesto que la Ley de 2003 constituye la legislación mediante la que Irlanda cumplió las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 1999/70, una demanda basada en la violación de esta Ley y una demanda basada directamente en dicha Directiva deben ser consideradas un único recurso.

El TJCE considera también que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura como anexo de la Directiva 1999/70, es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional, lo que, en cambio, no sucede en el caso de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco. La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco impone, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, la prohibición de tratar a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. Su contenido es lo suficientemente preciso para que pueda ser invocada por un justiciable y aplicada por el juez. La inexistencia, en la disposición de que se trata, de una definición del concepto de condiciones de trabajo no impide que dicha disposición pueda ser aplicada por un juez a los hechos del litigio del que deba conocer y, por consiguiente, no priva al contenido de esta disposición de su carácter suficientemente preciso. Así, ya se han considerado suficientemente precisas disposiciones de una directiva a pesar de la inexistencia de definición comunitaria de los conceptos de Derecho laboral incluidos en dichas disposiciones. Por otra parte, la prohibición precisa impuesta por la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco no necesita la adopción de ningún acto de las instituciones comunitarias. Por lo demás, la disposición examinada no confiere, en modo alguno, a los Estados miembros la facultad de condicionar o de restringir, al adaptar el Derecho interno a dicha disposición, el alcance de la prohibición que impone en materia de condiciones de trabajo.

Es cierto que respecto al principio de no discriminación que contiene dicha disposición, ésta establece una reserva relativa a las justificaciones basadas en razones objetivas. Sin embargo, la aplicación de esta reserva es susceptible de control jurisdiccional, de modo que la posibilidad de invocarla no impide considerar que la disposición examinada confiere a los particulares derechos que pueden invocar ante los tribunales nacionales y que éstos deben salvaguardar.

La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la obligación de adoptar una o varias de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas se refieren, respectivamente, a las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones. La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo. Por tanto, en caso de autos no es posible determinar suficientemente la protección mínima que debería aplicarse en cualquier caso con arreglo a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco. De ello se desprende que esta disposición no es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional.

En tercer lugar responde que los artículos 10 CE y 249 CE, párrafo tercero, y la Directiva 1999/70 deben interpretarse en el sentido de que una autoridad de un Estado miembro que actúe como empleador público no está autorizada a adoptar medidas, contrarias al objetivo perseguido por dicha Directiva y el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada respecto a la prevención de la utilización abusiva de contratos de duración determinada, que consisten en renovar tales contratos por una duración anormalmente larga en el período comprendido entre la fecha en que expira el plazo de adaptación a dicha Directiva y la de entrada en vigor de la Ley mediante la que se lleva a cabo dicha adaptación.

En cuarto lugar, responde que en la medida en que el Derecho nacional aplicable contenga una norma que excluya la aplicación retroactiva de una ley a falta de indicación clara e inequívoca en sentido contrario, un tribunal nacional ante el que se ha interpuesto una demanda basada en la

violación de una disposición de la Ley nacional por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva 1999/70 sólo está obligado, en virtud del Derecho comunitario, a conferir a dicha disposición un efecto retroactivo a la fecha de expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva si existe, en ese Derecho interno, una indicación de esta naturaleza, que permita conferir a esta disposición tal efecto retroactivo.

En fin, interpreta la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada en el sentido de que las condiciones de trabajo a las que se refiere dicha disposición incluyen las condiciones relativas a la retribución y a las pensiones que dependen de la relación de trabajo, con exclusión de las condiciones relativas a las pensiones que se derivan de un régimen legal de seguridad social. El Consejo, al adoptar la Directiva 1999/70, que tiene por objeto la aplicación del Acuerdo marco, se basó en el artículo 139 CE, apartado 2, que dispone que la aplicación de los acuerdos celebrados a nivel comunitario se realizará en los ámbitos sujetos al artículo 137 CE. Entre estas materias figuran, en el artículo 137 CE, apartado 1, letra b), las «condiciones de trabajo».

Habida cuenta de sus objetivos, la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social comunitario que no puede ser interpretado de manera restrictiva. Una interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo marco que excluyera categóricamente del concepto de «condiciones de trabajo», a los efectos de dicha cláusula, las condiciones económicas, como las relacionadas con la retribución y las pensiones, equivaldría a reducir, haciendo caso omiso del objetivo asignado a dicha cláusula, el ámbito de protección reconocido a los trabajadores afectados frente a las discriminaciones, al introducir una distinción, basada en la naturaleza de las condiciones de trabajo, que los términos empleados en esta cláusula no sugieren en absoluto. Por lo demás, tal interpretación privaría de sentido a la referencia al principio *pro rata temporis* contenida en la cláusula 4, apartado 2, del Acuerdo marco, que, por definición, sólo puede aplicarse a prestaciones divisibles, como las que se derivan de las condiciones de trabajo económicas, relativas, por ejemplo, a las retribuciones y a las pensiones.

El análisis precedente no queda enervado por la jurisprudencia desarrollada por el TJCE en el ámbito de la igualdad de trato entre hombre y mujeres, conforme a la cual las condiciones de trabajo en el sentido de la Directiva 76/207, en su versión anterior a la que se desprende de la Directiva 2002/73, no incluyen las retribuciones. En efecto, dicha jurisprudencia

dencia se explica por la existencia paralela del artículo 119 del Tratado CE y de una directiva específica sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de retribuciones, en concreto, la Directiva 75/117/CEE del Consejo. Habida cuenta de la inexistencia de tal dualidad normativa respecto al principio de no discriminación de los trabajadores con un contrato de duración determinada, de dicha jurisprudencia no puede extraerse ninguna criterio para interpretar el concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco.

A tenor del artículo 137 CE, apartado 5, las disposiciones de este artículo «no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal». Dado que el apartado 5 del artículo 137 CE constituye una excepción a lo dispuesto en los apartados 1 a 4 del mismo artículo, las materias reservadas por el citado apartado deben ser objeto de interpretación estricta, para no afectar indebidamente al alcance de los mencionados apartados 1 a 4 ni desvirtuar los objetivos perseguidos por el artículo 136 CE. Por lo que se refiere más concretamente a la excepción relativa a las «remuneraciones», establecida en el artículo 137 CE, apartado 5, ésta encuentra su razón de ser en el hecho de que la fijación del nivel de las retribuciones entra dentro del ámbito de la autonomía contractual de los interlocutores sociales a nivel nacional y corresponde a la competencia de los Estados miembros en la materia. En estas circunstancias, se ha considerado adecuado, en el estado actual del Derecho comunitario, excluir la fijación del nivel de los salarios de una armonización con arreglo a los artículos 136 CE y siguientes. Dicha excepción debe interpretarse consiguientemente en el sentido de que se refiere a las medidas que, como las que uniforman todo o parte de los elementos constitutivos de los salarios y/o de su nivel en los Estados miembros o las que establecen un salario mínimo comunitario, suponen una injerencia directa del Derecho comunitario en la determinación de las retribuciones en la Comunidad. Sin embargo, dicha excepción no puede extenderse a cualquier aspecto que guarde alguna relación con la remuneración, si no se quiere privar de gran parte de su contenido a algunos ámbitos contemplados en el artículo 137 CE, apartado 1. De ello se desprende que la reserva del artículo 137 CE, apartado 5, no impide interpretar la cláusula 4 del Acuerdo marco en el sentido de que impone a los Estados miembros la obligación de garantizar a los trabajadores con contratos de duración determinada la aplicación del principio de no discriminación también en materia de retribuciones.

10.5. La sentencia de 10 de julio, *Feryn* (C-54/07) considera que el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, ya que declaraciones de esa clase pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar el empleo y por tanto dificultar su acceso al mercado de trabajo. Tales declaraciones públicas bastan para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/43. Incumbe en tal caso a ese empleador probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. Puede hacerlo demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones.

El TJCE reconoce que el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2000/43 define la discriminación directa como la situación en la que, por motivos de origen racial o étnico, una persona «sea tratada» de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable. De igual forma, el artículo 7 de esa Directiva exige que los Estados miembros garanticen la existencia de procedimientos judiciales de los que puedan valerse «todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato», y los organismos de interés público que actúen ante los tribunales «en nombre del demandante o en su apoyo». De ello no puede deducirse, sin embargo, que la falta de un denunciante identificable permita concluir que no existe discriminación directa en el sentido de la Directiva 2000/43. En efecto, ésta tiene como objeto, según recuerda su considerando octavo, «promover las condiciones para un mercado de trabajo que propicie la integración social». Con esa finalidad el artículo 3, apartado 1, letra a), de la misma Directiva precisa que ésta abarca los criterios de selección y las condiciones de contratación. El objetivo de promover las condiciones para un mercado de trabajo que propicie la integración social difícilmente se alcanzaría si el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43 se limitara únicamente a los supuestos en los que un candidato a un empleo que no haya sido contratado, y se considere víctima de una discriminación directa, haya ejercitado acción judicial contra el empleador. En efecto, el hecho de que un empleador declare públicamente

que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial, lo que evidentemente puede disuadir firmemente a determinados candidatos de presentar su candidatura y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo, constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido de la Directiva 2000/43. La existencia de tal discriminación directa no requiere que haya un denunciante identificable que alegue haber sido víctima de tal discriminación.

La cuestión de qué constituye una discriminación directa en el sentido de la Directiva 2000/43 debe diferenciarse de la de los medios de acción en Derecho previstos en el artículo 7 de dicha Directiva para que se declare y sancione la inobservancia del principio de igualdad de trato. En efecto, esos medios de acción en Derecho deben ser accesibles, conforme a las disposiciones de ese artículo, para las personas que se consideren perjudicadas por una discriminación. Sin embargo, las prescripciones del artículo 7 de la Directiva 2000/43 sólo son, como expresa el artículo 6 de esa Directiva, normas mínimas y dicha Directiva no impide que los Estados miembros adopten o mantengan en vigor disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato. Por consiguiente, el artículo 7 de la Directiva 2000/43 no se opone en modo alguno a que los Estados miembros reconozcan en su legislación nacional el derecho de las asociaciones que tengan un interés legítimo en lograr que se respete dicha Directiva, o del organismo o los organismos designados conforme al artículo 13 de ésta, a promover los procedimientos judiciales o administrativos dirigidos a hacer respetar las obligaciones derivadas de la misma Directiva, sin que actúen en nombre de un denunciante determinado, o a falta de un denunciante identificable.

10.6. La sentencia de 24 de abril, *Michaeler* (C-55/07 y C-56/07) concluye que la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, anejo a la Directiva 97/81/CE del Consejo, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, se opone a una normativa nacional que exige que se notifique a la Administración una copia de los contratos de trabajo a tiempo parcial en el plazo de 30 días contados desde su celebración.

En consonancia con el objetivo de promoción del trabajo a tiempo parcial, la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco prevé la obligación de los Estados miembros de «identificar y examinar los obstá-

culos de naturaleza jurídica o administrativas que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos». Pues bien, el TJCE observa que la disposición controvertida, al exigir a las empresas que notifiquen a las autoridades competentes una copia de cada contrato de trabajo a tiempo parcial, crea un obstáculo administrativo que puede limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco. No había indicación de que la celebración de contratos de trabajo a tiempo completo estuviera sujeta a análoga obligación de notificación. Rechaza las justificaciones aducidas por el Gobierno italiano relativas a la necesidad de luchar contra el trabajo clandestino y de informar a la Administración de las prácticas de los empresarios, y considera que la conjunción de esa formalidad administrativa y un régimen sancionador severo contribuye a disuadir a los empresarios de recurrir al trabajo a tiempo parcial.

## 11. JUSTICIA, LIBERTAD, SEGURIDAD

11.1. En la sentencia de 17 de julio, *Kozłowski* (C-66/08) el TJCE interpreta el artículo 4, número 6, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en el sentido de que una persona reclamada es «residente» del Estado miembro de ejecución si ha establecido su residencia real en éste y «habita» en él si, a raíz de una permanencia estable de cierta duración en ese Estado miembro, ha creado vínculos con ese Estado que tengan una fuerza similar a los resultantes de una residencia. Para determinar si existen entre la persona reclamada y el Estado miembro de ejecución vínculos que permitan considerar que esa persona «habita» en él en el sentido de dicho artículo 4, número 6, corresponde a la autoridad judicial de ejecución efectuar una apreciación global de varios de los elementos objetivos que caracterizan la situación de esa persona, entre los que figuran, en particular, la duración, la naturaleza y las condiciones de permanencia de la persona reclamada, así como los lazos familiares y económicos que mantenga esa persona con el Estado miembro de ejecución.

El artículo 4 de la citada Decisión marco, titulado «Motivos de no ejecución facultativa de la orden de detención europea», enuncia, en siete puntos, dichos motivos. El punto número 6 dispone a este respecto lo siguiente: «La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de

la orden de detención europea: [...] 6) cuando la orden de detención europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad contra una persona buscada que sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él y éste se comprometa a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno».

En su sentencia de 12 de agosto, *Santesteban Goicoechea* (C-296/08 PPU) el TJCE considera que el artículo 31 de la Decisión marco 2002/584/JAI sólo se refiere al supuesto en que el régimen de orden de detención europea es aplicable, lo que no ocurre cuando una solicitud de extradición se refiere a actos cometidos antes de una fecha indicada por un Estado miembro en una declaración efectuada al amparo del artículo 32 de dicha Decisión marco. No obstante, esta disposición no se opone a que un Estado miembro de ejecución aplique el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, establecido por acto del Consejo de 27 de septiembre de 1996 y firmado en la misma fecha por todos los Estados miembros, aun cuando el inicio de la aplicación de este Convenio en dicho Estado miembro sea posterior al 1 de enero de 2004.

Tanto de la exposición de motivos de la Decisión marco y de los artículos 31 y 32 de ésta como de la expresión «sistema de extradición aplicable antes del 1 de enero de 2004» se desprende que el artículo 32 de la Decisión marco se refiere, en particular, a todos los Convenios citados en los considerandos tercero y cuarto y en el artículo 31, apartado 1, de la Decisión marco. Estos Convenios tienen su base en el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, y bien lo modifican, bien lo completan. Así, en el Convenio de 1996 se indica, en su artículo 1, que éste tiene por objeto completar las disposiciones y facilitar la aplicación entre los Estados miembros de la Unión del Convenio Europeo de Extradición de 1957, entre otros instrumentos.

No cabe entender el término «aplicable» en el sentido de que únicamente designa a los Convenios que eran efectivamente aplicables entre los Estados miembros a 1 de enero de 2004. En efecto, el sistema de declaración previsto en las frases tercera y cuarta del artículo 32 de la Decisión marco tiene por objeto permitir, con carácter excepcional, que el régimen previsto en la primera frase del mismo artículo se amplíe a determinadas solicitudes recibidas tras el 1 de enero de 2004. De la misma manera que nada impide que en determinados Estados miembros sean aplicables, entre la fecha de adopción de la Decisión marco y el 1 de enero de 2004, ins-

trumentos ya existentes en materia de extradición, ningún motivo se opone a que un Estado miembro, tras el 1 de enero de 2004, establezca la aplicabilidad de un convenio integrante del sistema de extradición sustituido por el régimen de orden de detención europea a situaciones en que no es aplicable dicho régimen. La indicación de la fecha de 1 de enero de 2004 sirve fundamentalmente para marcar los límites entre el ámbito de aplicación del sistema de extradición previsto en los Convenios y el del régimen de orden de detención europea establecido en la Decisión marco, régimen destinado aplicarse, con carácter general, a todas las solicitudes presentadas después del 1 de enero de 2004.

Considera el TJCE que la aplicación de Convenios como el de 1996 no menoscaba el régimen de orden de detención europea previsto en la Decisión marco, ya que, de conformidad con el artículo 31, apartado 1, de ésta, sólo se puede recurrir a un Convenio de esta índole cuando no se aplica el régimen de orden de detención europea. Por consiguiente, que el inicio de la aplicación de convenios en materia de extradición sea posterior al 1 de enero de 2004 sólo puede tener por finalidad la mejora del sistema de extradición en circunstancias en que no es aplicable el régimen de orden de detención europea. La aplicación del Convenio de 1996 entre dos Estados miembros es, además, conforme con los objetivos de la Unión.

11.2. En la sentencia de 11 de julio, *Rinau* (C-196/08 PPU) el TJCE da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Lituania, ante el que se ha ejercitado una acción de no reconocimiento en Lituania de una sentencia dictada por un tribunal alemán que confía la custodia de una menor a su padre, residente en Alemania, y obliga a la madre, residente en Lituania, a su restitución. El TJCE aborda la interpretación del artículo 42 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

En 2006 la Sra. Rinau se llevó a la hija de Alemania y se marchó a Lituania, donde permaneció y ha residido hasta ahora. En agosto de 2006, el Amtsgericht Oranienburg (Alemania) confió provisionalmente la custodia de Luisa a su padre. En diciembre de 2006, el tribunal regional de Klaipeda (Lituania) desestimó la solicitud de restitución de la menor presentada por el Sr. Rinau. Desde entonces, se han sucedido varias decisiones de los tribunales alemanes y lituanos acerca de la eventual restitución de Luisa.

En Alemania, el Amtsgericht Oranienburg dictó, en junio de 2007, la resolución de divorcio del matrimonio Rinau. Atribuyó la custodia de la hija al Sr. Rinau. Habida cuenta de la resolución del tribunal regional de Klaipeda por la que se denegaba la restitución de la menor, el Amtsgericht ordenó su regreso a Alemania para que el padre pudiera ejercer sus derechos de custodia. En particular, el Amtsgericht expidió el certificado por el que se confiere fuerza ejecutiva a la resolución de restitución y se permite su reconocimiento automático en otro Estado miembro, conforme al Reglamento comunitario relativo a la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental. En Lituania, por un lado, se modificó en marzo de 2007 la resolución inicial denegatoria de la restitución y el Tribunal de Apelación ordenó el regreso de la menor a Alemania. Posteriormente, se suspendió la ejecución de esta resolución. Por otro lado, la Sra. Rinau ejercitó en vía judicial una acción de no reconocimiento de la resolución de restitución adoptada por el Amtsgericht Oranienburg.

El TJCE señala que el certificado relativo a la fuerza ejecutiva no puede expedirse sin que se haya adoptado previamente una resolución de no restitución. En el litigio principal, la modificación de la resolución denegatoria inicialmente adoptada por el Tribunal de Apelación de Lituania no impide, sin embargo, que el Amtsgericht Oranienburg expida el certificado. En efecto, los incidentes procesales que, una vez adoptada una resolución de no restitución, puedan producirse o reproducirse en el Estado miembro de ejecución no son determinantes ni inciden en la aplicación del Reglamento comunitario de que se trata. Si no fuera así, se correría el riesgo de impedir el efecto útil del Reglamento, dado que el objetivo de la inmediata restitución del menor quedaría supeditado al requisito del previo agotamiento de las vías procesales previstas por el Derecho nacional del Estado miembro en el que se retenga al menor ilícitamente.

El TJCE llega a la conclusión de que, una vez que se haya adoptado una resolución de no restitución y se haya comunicado al órgano jurisdiccional de origen, carece de relevancia, a los efectos de la expedición del certificado por el que se confiere fuerza ejecutiva a la resolución adoptada por dicho órgano jurisdiccional, el que la decisión inicial de no restitución se suspenda, modifique o anule y, en cualquier caso, el que no adquiera fuerza de cosa juzgada o sea sustituida por una resolución de restitución, siempre que la restitución efectiva del menor no haya tenido lugar. Si no se cuestiona la autenticidad del certificado y éste ha sido expedido de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento, no es posible oponer-

se al reconocimiento de la resolución de restitución y el órgano jurisdiccional requerido no puede más que reconocer la fuerza ejecutiva de la resolución certificada y atender a la restitución inmediata del menor.

Además, salvo en los casos en los que el procedimiento se refiere a una resolución certificada con arreglo a los artículos 11, apartado 8, y 40 a 42 del Reglamento n.º 2201/2003, cualquier parte interesada puede solicitar el no reconocimiento de una resolución judicial, aun cuando no se haya presentado previamente una solicitud de reconocimiento de la resolución. El artículo 31, apartado 1, del Reglamento n.º 2201/2003, por cuanto establece que, en esta fase del procedimiento, no podrán presentar alegaciones ni el menor ni la persona contra la cual se solicite la ejecución, no es aplicable a un procedimiento de no reconocimiento de una resolución judicial iniciado sin que se haya presentado previamente una solicitud de reconocimiento respecto a la misma resolución. En tal situación, la parte demandada, que solicita el reconocimiento, puede presentar alegaciones.

El artículo 11, apartado 8, del Reglamento dispone que, «aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor».

El TJCE acoge la interpretación según la cual no puede expedirse un certificado sobre la base del artículo 42 del Reglamento sin que se haya dictado previamente una resolución de no restitución. En efecto, ésta es la interpretación que resulta del Reglamento en su conjunto y, en particular, del artículo 11, apartado 8, de éste. Tras establecer que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, el Reglamento organiza el reconocimiento y la declaración de fuerza ejecutiva de las resoluciones en dos modalidades (artículos 21, apartados 1 y 3, 11, apartado 8, 40, apartado 1, y 42, apartado 1). Según la primera, la adopción de una resolución de reconocimiento y la declaración de ejecutoriedad pueden solicitarse según los procedimientos previstos en el capítulo III, sección 2, del Reglamento. Mediante la segunda modalidad, la fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita o que ordenan la restitución del menor está sujeta a las disposiciones de la sección 4 del mismo capítulo.

Aunque esté intrínsecamente vinculada a otras materias que se rigen por el Reglamento, en particular, el derecho de custodia, la fuerza ejecutiva de una resolución que ordena la restitución de un menor tras una resolución de no restitución goza de autonomía procedimental, con objeto de no retrasar la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto de aquél en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos. La autonomía procedimental de las disposiciones que figuran en los artículos 11, apartado 8, 40 y 42 del Reglamento y la prioridad concedida a la competencia del órgano jurisdiccional de origen, en el marco del capítulo III, sección 4, del Reglamento, se reflejan en los artículos 43 y 44 del Reglamento, cuyas disposiciones establecen que el Derecho del Estado miembro de origen será aplicable a cualquier rectificación del certificado, que no se podrá interponer recurso contra la expedición de éste y que dicho certificado sólo surtirá efecto dentro de los límites del carácter ejecutivo de la sentencia.

La reserva del artículo 21, apartado 3, del Reglamento, mediante la utilización de los términos «sin perjuicio de la sección 4» tiene la finalidad de precisar que la facultad que esta disposición confiere a toda parte interesada para solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de la resolución dictada en un Estado miembro no excluye la posibilidad, cuando se reúnen los requisitos, de recurrir al régimen previsto en los artículos 11, apartado 8, 40 y 42, del Reglamento en el supuesto de una restitución de un menor tras una resolución de no restitución, pues este régimen prevalece sobre el previsto en las secciones 1 y 2 de dicho capítulo III.

La sentencia de 22 de mayo, *Glaxosmithkline* (C-462/06) concluye que la regla de competencia especial prevista en el artículo 6, número 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, no puede aplicarse a un litigio regido por la sección 5 del capítulo II de dicho Reglamento, relativa a las reglas de competencia aplicables en materia de contratos individuales de trabajo. El artículo 6 del Reglamento, que figura en la sección 2 del capítulo II, titulada «Competencias especiales», dispone: «[Las personas domiciliadas en un Estado miembro] también podrán ser demandadas: 1) si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que

sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente.»

11.3. La sentencia de 8 de mayo, *Weiss und Partner* (C-14/07) considera que el artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, debe interpretarse en el sentido de que el destinatario de un escrito de demanda que debe notificarse o trasladarse no tiene derecho a negarse a aceptar dicho documento, siempre que éste coloque al destinatario en condiciones de hacer valer sus derechos en el marco de un procedimiento judicial en el Estado miembro de origen, cuando el documento en cuestión vaya acompañado de anexos constituidos por documentos acreditativos que no estén redactados en la lengua del Estado miembro requerido o en una lengua del Estado miembro de origen que entienda el destinatario, pero tengan una función meramente probatoria y no resulten indispensables para comprender el objeto y la causa de la demanda.

El hecho de que el destinatario de un documento objeto de notificación o de traslado haya acordado en un contrato celebrado con el demandante, en el ejercicio de su actividad profesional, que la lengua utilizada en la correspondencia será la del Estado miembro de origen no constituye una presunción de conocimiento de la lengua, pero sí un indicio que el juez puede tomar en consideración cuando verifica si el destinatario entiende la lengua del Estado miembro de origen. Interpreta también que el artículo 8, apartado 1, en el sentido de que, en cualquier caso, el destinatario de un escrito de demanda objeto de notificación o de traslado no puede invocar dicha disposición para negarse a aceptar los anexos de un documento que no están redactados en la lengua del Estado miembro requerido o en una lengua del Estado miembro de origen que el destinatario entienda cuando, en el ejercicio de su actividad profesional, celebra un contrato en el que acuerda que la lengua utilizada en la correspondencia será la del Estado miembro de origen, y los anexos transmitidos se refieran a dicha correspondencia, por un lado, y estén redactados en la lengua acordada, por otro.

El artículo 8 del Reglamento n.º 1348/2000, denominado «Negativa a aceptar el documento», establece: «1. El organismo receptor informará al destinatario de que puede negarse a aceptar el documento que deba notifi-

carse o trasladarse si está redactado en una lengua distinta de las siguientes: a) la lengua oficial del Estado miembro requerido, o la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que deba efectuarse la notificación o el traslado si existen varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro o b) una lengua del Estado miembro de transmisión que el destinatario entienda. 2. Cuando el organismo receptor reciba la información de que el destinatario se niega a aceptar el documento con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1, informará inmediatamente de ello al organismo transmisor por medio del certificado previsto en el artículo 10 y le devolverá la solicitud y los documentos cuya traducción se requiere.»

El Reglamento n.º 1348/2000 tiene como objetivos mejorar y acelerar la transmisión de documentos entre los Estados miembros. Tales objetivos se vuelven a mencionar en los considerandos sexto a octavo. Así, este último considerando indica que «con el fin de garantizar la eficacia del presente Reglamento, la posibilidad de rechazar la notificación o el traslado de los documentos se limita a situaciones excepcionales». Por otra parte, el artículo 4, apartado 1, del mismo Reglamento prevé que los documentos judiciales se transmitirán lo antes posible. Tales objetivos, sin embargo, no pueden alcanzarse debilitando, de la manera que sea, el derecho de defensa. En efecto, el mencionado derecho, que se deriva del derecho a un proceso equitativo consagrado en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, constituye un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho cuya observancia garantiza el TJCE.

De este modo, es importante esforzarse en conciliar los objetivos de eficacia y rapidez en la transmisión de los documentos procesales —objetivos necesarios para la recta administración de la justicia— con el objetivo de protección del derecho de defensa, especialmente a la hora de interpretar el artículo 8 del Reglamento n.º 1348/2000 y, más concretamente, el concepto de documento que debe notificarse o trasladarse cuando éste consiste en un escrito de demanda, a fin de poder determinar si tal documento debe incluir los anexos constituidos por documentos acreditativos.

No obstante, los mencionados objetivos del Reglamento n.º 1348/2000 no permiten por sí solos interpretar el concepto de escrito de demanda, en el marco del artículo 8, apartado 1, de dicho Reglamento, a fin de determinar si tal escrito puede o debe incluir los anexos. Los mismos objetivos tampoco permiten determinar si la traducción del escrito de demanda es un elemento esencial del derecho de defensa del demandado, lo que po-

dría arrojar luz sobre el alcance de la obligación de traducción contemplada en el artículo 8 de dicho Reglamento.

La interpretación del Reglamento n.º 1348/2000 no puede dissociarse del contexto de la evolución en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, en el que se inscribe dicho Reglamento, y, más concretamente, del Reglamento n.º 44/2001, cuyo artículo 26, apartados 3 y 4, hace referencia expresa al Reglamento n.º 1348/2000. En efecto, diversas disposiciones imponen al juez la obligación de verificar, antes de dictar una sentencia en rebeldía o de reconocer una resolución judicial, si el modo en que se notificó el escrito de demanda fue el adecuado para respetar el derecho de defensa. Con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento n.º 1348/2000, las notificaciones transfronterizas entre Estados miembros se llevaban a cabo de conformidad con el Convenio de La Haya de 1965 o con acuerdos bilaterales celebrados entre Estados miembros. Ahora bien, el Convenio de la Haya y la mayor parte de tales acuerdos no establecen una obligación general de traducir todos los documentos que deben notificarse o trasladarse, de modo que los tribunales nacionales consideraron que el derecho de defensa se encuentra suficientemente protegido cuando el destinatario de un documento objeto de notificación o de traslado ha dispuesto de un período de tiempo que le permita hacer traducir el documento de que se trate y preparar su defensa.

Por otra parte, el propio Reglamento n.º 1348/2000 no especifica si el derecho a negarse a admitir un documento por falta de traducción existe también en el supuesto de notificación o traslado por correo, efectuadas con arreglo al artículo 14 de dicho Reglamento.

Equivocadamente o no, algunos Estados miembros interpretaron el artículo 14, apartado 1, del Reglamento en el sentido de que la traducción del documento no se exige en el supuesto de notificación o traslado por correo y consideraron necesario precisar, conforme a la facultad prevista en el artículo 14, apartado 2, del mismo Reglamento, que se oponen a la notificación o traslado de documentos judiciales sin traducción. Del examen de las disposiciones correspondientes del Convenio de La Haya de 1965, del Convenio de Bruselas y del Convenio de 1997, así como de los Reglamentos n.ºs 1348/2000 y 44/2001 y de la Información comunicada por los Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento n.º 1348/2000, deduce que, en las materias reguladas por tales disposiciones, ni el legislador comunitario ni los Estados miembros consideran que la traducción del escrito de demanda proporcionada

por el demandante constituya un elemento indispensable para el ejercicio del derecho de defensa del demandado, puesto que este último tan solo debe disponer de un período de tiempo suficiente que le permita hacer traducir el documento de que se trate y preparar su defensa.

La referida opción del legislador comunitario y de los Estados miembros no se opone a la protección de los derechos fundamentales tal como resulta del CEDH. En efecto, el artículo 6, apartado 3, letra a), de dicho Convenio —a cuyo tenor todo acusado tiene, como mínimo, derecho a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él— únicamente es aplicable en materia penal. Ninguna disposición del CEDH exige la traducción del escrito de demanda en las materias civil y mercantil.

En consecuencia, si mediante el artículo 8 del Reglamento n.º 1348/2000 el legislador comunitario optó por permitir al destinatario de un documento que se negara a aceptarlo si no estaba traducido a una lengua oficial del Estado miembro requerido o a una lengua del Estado miembro de origen que el destinatario entendiera, fue principalmente para determinar de un modo uniforme quién debe proporcionar la traducción del documento en cuestión y asumir su coste en la fase de notificación o traslado de dicho documento.

Determina a continuación qué engloba el concepto de documento que debe notificarse o trasladarse a efectos de dicho artículo 8 cuando el documento consiste en un escrito de demanda y si tal documento puede o debe incluir los anexos constituidos por documentos acreditativos. El Reglamento n.º 1348/2000 debe ser objeto de interpretación autónoma, a fin de permitir su aplicación uniforme. Lo mismo cabe decir del Reglamento n.º 44/2001 y, concretamente, del concepto de «escrito de demanda o cédula de notificación» en el sentido de los artículos 26 y 34, número 2, del mismo Reglamento, así como de las disposiciones equivalentes del Convenio de Bruselas. Del mencionado concepto autónomo de escrito de demanda, tal como ha sido interpretado por el TJCE, se desprende que tal escrito debe contener el documento o los documentos —cuando éstos están intrínsecamente ligados entre sí— que permitan al demandado comprender el objeto y la motivación de la acción ejercitada por el demandante, así como la existencia de un procedimiento judicial en el curso del cual puede hacer valer sus derechos, bien defendiéndose en una proceso en curso, bien interponiendo un recurso contra una resolución dictada sobre la base de una

demanda unilateral. Por otra parte, algunos Derechos nacionales no exigen que los documentos acreditativos se adjunten a lo que definen como escrito de demanda, pero autorizan su notificación por separado. Así pues, no se considera que tales documentos estén intrínsecamente ligados al escrito de demanda en el sentido de que sean indispensables para que el demandado esté en condiciones de entender la demanda que se formula contra él y la existencia del procedimiento judicial, sino que tienen una función probatoria, distinta del objeto de la propia notificación o del propio traslado.

11.4. En la sentencia de 3 de abril, *01051 Telecom* (C-306/06) el TJCE concluye que el artículo 3, apartado 1, letra c), inciso ii), de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, exige, a fin de que un pago mediante transferencia bancaria evite o cancele el devengo de intereses de demora, que la cantidad adeudada se consigne en la cuenta del deudor en la fecha de expiración del plazo convenido.