

## CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 2006

FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE\*

### 1. INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

1.1. Dos sentencias de 12 de septiembre, *España/Reino Unido* (C-145/04) y *Eman y Sevinger* (C-300/04) abordan el derecho de voto en las elecciones para el Parlamento europeo. En el asunto *España/Reino Unido* (C-145/04), se trataba, en particular, de determinar si un Estado miembro puede lícitamente extender el derecho a votar en las elecciones al Parlamento Europeo a nacionales de países terceros que residan en el territorio europeo, en este caso, en Gibraltar.

Para permitir a los habitantes de Gibraltar participar en las elecciones al Parlamento Europeo, el Reino Unido constituyó, en 2003, una nueva circunscripción electoral que vincula Gibraltar a una circunscripción existente de Inglaterra y creó un registro electoral especial. Así, se reconoció el derecho al voto en dichas elecciones a los ciudadanos de la Unión y a los ciudadanos de la Commonwealth que cumplieren determinados requisitos (qualifying Commonwealth citizens, «QCC») residentes en Gibraltar. Ahora bien, según España, únicamente puede reconocerse el derecho al voto en las elecciones al Parlamento Europeo a los ciudadanos de la Unión. Por otra parte, España afirmaba que, al disponer la incorporación del territorio de Gibraltar a una circunscripción electoral existente en Inglaterra, el Reino Unido violó el anexo I del Acto de 1976 y su Declaración de 18 de febrero de 2002 (Acto por el que se eligen los representantes en el Parlamento por sufragio universal directo).

---

\* Miembro del Servicio Jurídico, Comisión Europea.

El TJCE recuerda, con carácter preliminar, que el Reino Unido adoptó la normativa impugnada para dar cumplimiento a lo dispuesto en una sentencia del TEDH (sentencia *Matthews c. Reino Unido* de 18 de febrero de 1999, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-I). En dicha sentencia, el TEDH, estimando el recurso de un nacional británico residente en Gibraltar, declaró que el Reino Unido había violado el CEDH al abstenerse de organizar las elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar. Por motivos que enlazan con su tradición constitucional, el Reino Unido tomó la decisión de conceder el derecho de sufragio activo y pasivo a los QCC que reuniesen determinados requisitos expresivos de un vínculo específico con el territorio con respecto al cual se organizan las elecciones.

El TJCE considera que ni el Tratado CE ni el Acto de 1976 determinan de forma expresa y precisa quiénes son titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. Por lo tanto, en el estado actual del Derecho comunitario, la determinación de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo es competencia de cada Estado miembro, dentro del respeto del Derecho comunitario. Los artículos pertinentes del Tratado CE no se oponen a que los Estados miembros reconozcan ese derecho de sufragio activo y pasivo a determinadas personas que tengan un estrecho vínculo con ellos y que no sean sus propios nacionales o los ciudadanos de la Unión residentes en su territorio. Por otra parte, en lo que se refiere a la vinculación del territorio de Gibraltar a una circunscripción electoral existente en Inglaterra, el TJCE recuerda que, de este modo, un elector de Gibraltar se encuentra en una situación análoga a la de un elector del Reino Unido y no debe afrontar obstáculos derivados del régimen jurídico de Gibraltar, que no le permitirían ejercer su derecho de voto o le disuadirían de hacerlo. Así pues, desestima la alegación formulada por España a este respecto.

En el asunto prejudicial *Eman y Sevinger* (C-300/04), el Nederlandse Raad van State preguntó al TJCE si, a la inversa, un Estado miembro puede excluir del derecho a votar en las elecciones europeas a determinadas categorías de sus propios nacionales residentes en un territorio de ultramar asociado a la Comunidad (PTU), en este caso, Aruba. El Reino de los Países Bajos comprende los Países Bajos y las islas de Aruba y de las Antillas Neerlandesas. Para todos los habitantes del Reino, existe una nacionalidad única, la nacionalidad neerlandesa. Los Sres. Eman y Sevinger, ambos de nacionalidad neerlandesa y domiciliados en Oranjestad (Aruba), solicitaron ser inscritos en el registro electoral para participar en las elec-

ciones al Parlamento Europeo. Su solicitud fue denegada por estar domiciliados en Aruba. El Raad van State neerlandés pregunta si las disposiciones del Tratado CE relativas a la ciudadanía de la Unión se aplican a las personas que tienen la nacionalidad de un Estado miembro y que son residentes o están domiciliadas en un PTU.

El TJCE afirma que las personas que tienen la nacionalidad de un Estado miembro y que son residentes o están domiciliadas en un territorio perteneciente a los PTU pueden invocar los derechos que se reconocen a los ciudadanos de la Unión. Por lo que respecta a la cuestión de si un ciudadano de la Unión residente o domiciliado en un PTU tiene derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, el TJCE confirma que la determinación de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo es competencia de cada Estado miembro, dentro del respeto del Derecho comunitario. Teniendo en cuenta, en particular, la jurisprudencia del TEDH, el criterio de residencia no resulta inadecuado para determinar quiénes son titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. Sin embargo, en lo que se refiere al principio de igualdad de trato, los elementos de comparación pertinentes en el caso de autos son un neerlandés residente en las Antillas Neerlandesas o en Aruba y un neerlandés residente en un país tercero. Estas personas tienen en común el hecho de ser nacionales neerlandeses y de no residir en el territorio de los Países Bajos. Ahora bien, el TJCE observa que entre estas dos personas existe, no obstante, una diferencia de trato, puesto que la segunda goza del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo organizadas en los Países Bajos mientras que la primera no tiene ese derecho. Tal diferencia de trato debe estar justificada objetivamente. A este respecto, el TJCE considera que el objetivo perseguido por el legislador neerlandés, consistente en conceder el derecho de sufragio activo y pasivo a los neerlandeses que tengan o hayan tenido vínculos con los Países Bajos, está comprendido en el margen de apreciación del que dispone dicho legislador respecto a la organización de las elecciones. Sin embargo, el Gobierno neerlandés no ha demostrado suficientemente que la diferencia de trato observada entre los neerlandeses residentes en un país tercero y los que residen en las Antillas Neerlandesas o en Aruba esté justificada objetivamente y, por tanto, no constituya una violación del principio de igualdad de trato.

En el caso de que el órgano jurisdiccional nacional estimase que fue ilegal no inscribir en las listas electorales para las elecciones que se cele-

braron el 10 de junio de 2004 a las personas que son residentes o están domiciliadas en las Antillas Neerlandesas y en Aruba y que tienen la nacionalidad neerlandesa, corresponde al Derecho interno definir las medidas que permitan el restablecimiento de la situación jurídica. Tales medidas, que pueden incluir una indemnización por el perjuicio causado por la infracción del Derecho comunitario imputable al Estado, deberán respetar los principios de equivalencia y de efectividad.

1.2. También sobre la ciudadanía europea, en la sentencia de 26 de octubre, *Tas-Hagen* (C-192/05) el TJCE concluye que el artículo 18 CE, apartado 1, se opone a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual éste se niega a conceder a uno de sus nacionales una prestación destinada a las víctimas civiles de guerra por el único motivo de que, en la fecha de presentación de la correspondiente solicitud, el interesado no estaba domiciliado en el territorio de dicho Estado, sino en el de otro Estado miembro.

1.3. La sentencia se 19 de septiembre, *i-21 Germany* (C-392/04 y C-422/04) aborda de nuevo las consecuencias que se deben sacar de la primacía del Derecho comunitario en relación con actos administrativos que ha adquirido firmeza. El TJCE concluye primero que al artículo 11.1 de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, se opone a la aplicación, en concepto de licencias individuales, de un canon calculado teniendo en cuenta los gastos administrativos generales del organismo regulador vinculados a la ejecución de dichas licencias durante un período de 30 años.

La segunda cuestión versaba sobre la relación entre el artículo 11.1 de la Directiva 97/13 y el artículo 48 de la Ley de procedimiento administrativo, tal como ha sido interpretado por el Bundesverwaltungsgericht. En virtud de este último artículo, una vez transcurrido determinado plazo, las liquidaciones adquieren firmeza y sus destinatarios ya no disponen de ningún recurso que les permita invocar un derecho que les haya conferido dicho artículo 11.1 sin perjuicio de la obligación que incumbe a la Administración competente de revocar un acto administrativo contrario a Derecho cuyo mantenimiento sea «sencillamente insoportable».

El TJCE concluye que el artículo 10 CE, en relación con el artículo

11.1 de la Directiva 97/13, impone al juez nacional la obligación de determinar si una normativa claramente incompatible con el Derecho comunitario, como aquella en la que se basan las liquidaciones controvertidas en los litigios principales, constituye una ilegalidad manifiesta con arreglo al Derecho nacional de que se trate. En caso afirmativo, incumbirá a dicho juez deducir todas las consecuencias que, según su Derecho nacional, se deriven de lo anterior en lo que atañe a la revocación de tales liquidaciones.

Para llegar a tal conclusión el TJCE recuerda en primer lugar que de conformidad con el principio de seguridad jurídica, el Derecho comunitario no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza al expirar los plazos razonables de recurso o por agotamiento de las vías de recurso. La observancia de dicho principio permite evitar que puedan ponerse indefinidamente en cuestión actos administrativos que surtan efectos jurídicos. El TJCE ha reconocido, sin embargo, que en algunos supuestos cabía reconocer un límite al referido principio. De este modo, en la sentencia *Kühne & Heitz*, declaró que un órgano administrativo responsable de la adopción de una resolución administrativa está obligado, en aplicación del principio de cooperación derivado del artículo 10 CE, a examinar de nuevo dicha resolución y, en su caso, a revocarla, si concurren cuatro requisitos. En primer lugar, que el órgano administrativo disponga, según el Derecho nacional, de la facultad de reconsiderar dicha resolución. En segundo lugar, que la resolución controvertida haya adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia. En tercer lugar, que dicha sentencia esté basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del TJCE posterior a ella, sea errónea y que se haya adoptado sin someter la cuestión ante el TJCE, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE, apartado 3. En cuarto lugar, que el interesado se haya dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia.

Sin embargo, el asunto que dio lugar a la sentencia *Kühne & Heitz* es totalmente diferente de los asuntos sobre los que versan los litigios principales. En efecto, la empresa *Kühne & Heitz NV* había agotado todas las vías de recurso a su disposición, mientras que, en los asuntos principales, *i-21* y *Arcor* no utilizaron su derecho a interponer recurso contra las liquidaciones de las que eran destinatarias. Por consiguiente, contrariamen-

te al punto de vista defendido por i-21, la sentencia Kühne & Heitz no resulta pertinente a efectos de determinar si, en una situación como la controvertida en los litigios principales, un órgano administrativo está obligado a examinar de nuevo resoluciones que han adquirido firmeza.

Por lo que se refiere al principio de equivalencia, si las normas nacionales aplicables a los recursos obligan a revocar un acto administrativo que sea ilegal con arreglo al Derecho interno cuando, pese a haber adquirido firmeza, el mantenimiento del acto en cuestión sea «sencillamente insoportable», la misma obligación de revocación ha de existir en condiciones equivalentes cuando se trate de un acto administrativo contrario al Derecho comunitario. Tal aplicación del principio de igualdad de trato recogido en la normativa objeto de controversia en los litigios principales no difiere según que el litigio verse sobre una situación derivada del Derecho nacional o sobre una situación derivada del Derecho comunitario, de manera que no viola el principio de equivalencia. Por lo demás, no se había alegado que los principios de orden público, buena fe o equidad se hayan aplicado de manera diferente según la naturaleza del litigio. En cambio, sí se había suscitado la cuestión de determinar si el concepto de ilegalidad manifiesta fue aplicado de manera equivalente. Según la Comisión, el juez nacional indagó si las liquidaciones se basaban en una normativa manifiestamente ilegal a la luz de normas jurídicas alemanas de rango superior, pero no llevó a cabo tal examen, o no lo hizo correctamente, a la luz del Derecho comunitario. El TJCE recuerda que cuando, por aplicación de las normas del Derecho nacional, la Administración está obligada a revocar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza si ésta es manifiestamente incompatible con el Derecho interno, la misma obligación debe existir si dicha resolución es manifiestamente incompatible con el Derecho comunitario.

1.4. Mediante sentencia de 28 de noviembre, *Parlamento/Consejo* (C-413/04) el TJCE anula la Directiva 2004/85/CE del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la aplicación de determinadas disposiciones a Estonia. El TJCE considera que las exenciones complementarias establecidas por la Directiva impugnada no podían adoptarse válidamente sobre la base del artículo 57 del Acta de adhesión de 2003.

Las medidas que pueden adoptarse sobre la base del artículo 57 del Acta de adhesión de 2003 se limitan, en principio, a adaptaciones desti-

nadas a hacer que los actos de Derecho comunitario anteriores sean aplicables a los nuevos Estados miembros, excluyendo cualquier otra modificación y, en particular, las exenciones provisionales. De ello se desprende que las exenciones provisionales de la aplicación de lo dispuesto en un acto de Derecho comunitario, cuyos únicos objeto y finalidad consisten en retrasar temporalmente la aplicación efectiva del acto de Derecho comunitario de que se trate con respecto a un nuevo Estado miembro, no pueden calificarse de «adaptaciones» en el sentido del artículo 57 de dicha Acta. Dichas exenciones complementarias establecidas por la Directiva impugnada constituyen medidas que, a semejanza de la mayoría de las exenciones temporales, tienen únicamente por objeto y como única finalidad retrasar temporalmente la aplicación efectiva del acto de Derecho comunitario de que se trate, y cuya adopción implica, por lo tanto, una apreciación de carácter político. No puede considerarse que las referidas exenciones complementarias sean indispensables para garantizar la plena aplicabilidad de dicha Directiva con respecto al referido nuevo Estado miembro. De ello deduce que las exenciones complementarias establecidas por la Directiva impugnada no se pudieron adoptar válidamente sobre la base del artículo 57 del Acta de adhesión de 2003.

El TJCE desestima también la alegación del Consejo de que de todo ello se deriva un vacío jurídico. Una vez firmado el Tratado de adhesión de 2003, y sin perjuicio de la aplicación de los procedimientos especiales que dicho Tratado establece para decidir sobre algunos tipos de medidas transitorias como, por ejemplo, las que establecen los artículos 41 o 42 del Acta de adhesión de 2003, no existe, en efecto, ninguna objeción de principio para que los actos de Derecho comunitario adoptados con posterioridad a la firma de que se trata y antes de la entrada en vigor de dicho Tratado de adhesión y que establezcan exenciones temporales a favor de un futuro Estado adherente lo sean directamente sobre la base de las disposiciones del Tratado CE. Por el contrario, señala que respecto a los actos que deben adoptarse así, durante el período comprendido entre la fecha de la firma del Tratado de adhesión y aquella en la que el Tratado entra en vigor, las instituciones comunitarias conocen perfectamente la inminencia de la adhesión de los nuevos Estados miembros y a éstos se les da la posibilidad de hacer valer sus intereses cuando es necesario, especialmente mediante el procedimiento de información y consulta. La existencia de dichos mecanismos específicos, propios del proceso de adhesión articulado, confirma que, en principio, las exenciones complementarias

establecidas por la Directiva impugnada deberían haberse adoptado a través del procedimiento legislativo normal previsto en el Tratado, y no en virtud del procedimiento especial que prevé el artículo 57 del Acta de adhesión de 2003.

Parecidas consideraciones llevan al TJCE a anular, en su sentencia del 28 de noviembre, *Parlamento/Consejo* (C-414/04) el Reglamento (CE) n.º 1223/2004 del Consejo, que modifica el Reglamento (CE) n.º 1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con la fecha de aplicación de determinadas disposiciones a Eslovenia.

1.5. La sentencia de 30 de noviembre, *Comisión/Luxemburgo* (C-32/05) desestima una de las imputaciones, relativa a una supuesta obligación de adoptar una legislación marco para adaptar el Derecho nacional a la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

La adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa en cada Estado miembro. Asimismo, no siempre se exige una transcripción formal de lo establecido por una directiva en una disposición legal expresa y específica, ya que para el cumplimiento de la directiva puede bastar, en función de su contenido, un contexto jurídico general. En principio, no es preciso adaptar el Derecho nacional a una disposición que sólo trata sobre las relaciones entre los Estados miembros y la Comisión. No obstante, habida cuenta de que los Estados miembros tienen la obligación de garantizar la plena observancia del Derecho comunitario, la Comisión posee la facultad de demostrar que la observancia de la disposición de una directiva que regula esas relaciones necesita que se adopten medidas concretas para la adaptación del ordenamiento jurídico nacional. En consecuencia, en cada caso debe determinarse la naturaleza de las disposiciones, previstas por una directiva, a las que se refiere el recurso por incumplimiento con el fin de medir la extensión de la obligación de adaptación del Derecho interno que incumbe a los Estados miembros.

La práctica legislativa comunitaria demuestra que pueden existir grandes diferencias en cuanto a los tipos de obligaciones que las directivas imponen a los Estados miembros y, por tanto, en cuanto a los resultados que se deben alcanzar. En efecto, algunas directivas exigen que se adopten disposiciones legales a nivel nacional y que su cumplimiento esté some-

tido a un control judicial o administrativo. Otras directivas establecen que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se cumplan determinados objetivos formulados de manera general y que no son cuantificables, dejándoles, sin embargo, un cierto margen de apreciación en cuanto a la naturaleza de las medidas que se deben adoptar. Además, otras directivas exigen de los Estados miembros que alcancen resultados muy precisos y concretos después de un determinado plazo.

Respecto al caso de autos la Directiva 2000/60 es una directiva marco que establece principios comunes y un marco global de acción para la protección de las aguas y garantiza la coordinación, integración y, a más largo plazo, el desarrollo de los principios generales y de las estructuras que permiten la protección y una utilización ecológicamente viable del agua en la Comunidad Europea. Los principios comunes y el marco global de acción que instituye deben ser desarrollados con posterioridad por los Estados miembros, quienes deben adoptar una serie de medidas particulares de conformidad con los plazos previstos por la Directiva. Sin embargo, ésta no busca una armonización total de la normativa de los Estados miembros en el ámbito del agua. De ninguna disposición de la Directiva resulta que los Estados miembros estén obligados, con el fin de adaptar correctamente su Derecho interno a estas disposiciones, a adoptar tal legislación marco. Es cierto, que la adopción de una legislación marco puede ser una forma adecuada, incluso más sencilla, de adaptar el Derecho interno a la Directiva, dado que puede dar a las autoridades competentes, en un texto único, bases jurídicas claras para elaborar las diferentes medidas previstas por la Directiva en el ámbito de las aguas y cuyo plazo de aplicación está escalonado en el tiempo. La adopción de tal legislación marco puede igualmente facilitar el trabajo de la Comisión, que debe velar por que se cumplan las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de dicha Directiva. Sin embargo, la adopción de una legislación marco no constituye la única manera en la que los Estados miembros pueden garantizar la plena aplicación de la Directiva y prever un sistema organizado y articulado dirigido a respetar los objetivos perseguidos por dicha Directiva. Si el legislador comunitario hubiera pretendido imponer a los Estados miembros la obligación de adoptar en su ordenamiento jurídico interno una legislación marco para adaptarlo a la Directiva, podría haber insertado una disposición en ese sentido en su texto, lo que no ha sucedido.

## 2. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

La sentencia de 9 de noviembre, *Agraz y otros/Comisión* (C-243/05 P) aporta precisiones interesantes en relación con la responsabilidad extracontractual de la Comunidad. La sentencia del TJCE anula la sentencia del TPI de 17 de marzo de 2005, *Agraz y otros/Comisión* (T-285/03), en la medida en que desestimó el recurso por el motivo de que el perjuicio alegado no era cierto. El TPI estimó, por una parte, que el margen de apreciación en la fijación del importe de la ayuda a la producción que el Reglamento de base confiere a la Comisión impedía determinar con certeza la incidencia de la toma en consideración del precio pagado a los productores de tomates chinos en el importe de esta ayuda.

A este respecto, señala el TJCE que la circunstancia de que la institución comunitaria disponga de un amplio margen de apreciación en la materia de que se trata no puede, por sí misma, conducir automáticamente a negar un carácter cierto al perjuicio alegado, resultante del comportamiento ilegal de esta autoridad. Sostener lo contrario equivaldría a privar de toda eficacia al recurso de indemnización en materias tales como la organización común de los mercados, en que las instituciones comunitarias disponen de un amplio margen de apreciación en el ejercicio de su facultad normativa y decisoria, habida cuenta de los intereses en juego y de las decisiones económicas inherentes a estas materias. Además, el reconocimiento de un amplio margen de apreciación a la institución cuestionada no se opone a que, en determinados casos, el TJCE constatare la existencia de un perjuicio reparable.

El margen de apreciación de que dispone la Comisión para la determinación del importe de la ayuda a la producción en virtud del Reglamento de base impedía reconocer un carácter cierto al perjuicio alegado por las recurrentes, y la incidencia precisa del hecho de que la Comisión se hubiera abstenido ilegalmente de tener en cuenta los precios chinos sobre el importe de la ayuda en cuestión. Sin embargo, tales consideraciones autorizaban únicamente al TPI a constatar una incertidumbre en cuanto al alcance exacto del perjuicio invocado, pero no a concluir que la propia existencia de este perjuicio no tuviera un carácter cierto. El TJCE considera que lejos de ser hipotética o puramente eventual, la existencia del perjuicio invocado por las recurrentes es incontestable. Además, a pesar de que subsiste una incertidumbre respecto de su cuantificación exacta, este perjuicio puede valorarse económicamente.

### 3. LIBRE CIRCULACION Y MERCADO INTERIOR

3.1. En la sentencia de 5 de diciembre, *Cipolla* (C-94/04) y *Macrino* (C-202/04) el TJCE considera que la prohibición de apartarse contractualmente de los honorarios mínimos dificulta efectivamente el acceso de los abogados establecidos fuera de Italia al mercado italiano de servicios jurídicos, ya que les priva de la posibilidad de competir más eficazmente, pidiendo unos honorarios más reducidos que los fijados por el baremo, con los abogados instalados de forma estable en Italia y porque limita la elección de los destinatarios de tales servicios. El TJCE subraya que los objetivos de protección de los consumidores (destinatarios de los servicios judiciales) y de buena administración de justicia pueden considerarse razones imperiosas de interés general que permiten justificar una restricción a la libre prestación de servicios, siempre que se cumpla el doble requisito de que la medida nacional sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo. El TJCE confía esta valoración al órgano jurisdiccional remitente que, a estos efectos, deberá necesariamente tener en cuenta algunos elementos. En primer lugar, la posible correlación entre el nivel de los honorarios y la calidad de los servicios prestados por los abogados y la cuestión de si el establecimiento de tales honorarios mínimos constituye una medida adecuada para alcanzar los objetivos de protección de los consumidores y de buena administración de justicia. En lo que se refiere al mercado italiano, caracterizado por un número extremadamente elevado de abogados, el baremo podría permitir evitar una competencia que pueda traducirse en ofrecer prestaciones mal pagadas, con el riesgo de que se deteriore la calidad de las mismas. En segundo lugar, la información asimétrica de la que disponen los «clientes-consumidores» y los abogados. Los abogados tienen un alto nivel de competencias técnicas que los consumidores no poseen necesariamente, de modo que éstos tienen dificultades para apreciar la calidad de los servicios que se les prestan. En tercer lugar, la posibilidad de alcanzar de otro modo estos objetivos, en particular, mediante normas profesionales para los abogados (de organización, de calificación, de deontología, de control y de responsabilidad).

3.2. La sentencia de 23 de noviembre, *Joustra* (C-5/05) interpreta la Directiva relativa al régimen general, la tenencia, la circulación y los controles de los productos sujetos a impuestos especiales (Directiva 92/12/

CEE del Consejo), en su versión modificada, que exime de los impuestos especiales en el Estado miembro de importación a los productos adquiridos por los particulares para satisfacer sus propias necesidades y transportados por ellos.

En el caso de autos, unos 70 particulares formaron una agrupación denominada «círculo de los amigos del vino». En nombre del círculo, el Sr. Joustra cursa a Francia cada año un pedido de vino para satisfacer sus propias necesidades y las de los demás miembros de dicho grupo. A petición suya, una empresa porteadora neerlandesa recoge posteriormente ese vino en Francia y lo lleva a los Países Bajos para su entrega en el domicilio del Sr. Joustra, quien no ejerce la referida actividad con carácter profesional ni con ánimo de lucro. El vino solicitado por el Sr. Joustra había sido puesto a consumo en Francia y se habían pagado impuestos especiales en este Estado miembro. Las cantidades entregadas a cada miembro del círculo no excedían de las cantidades máximas indicativas previstas en la Directiva para determinar si los productos se destinan a fines comerciales, a saber, 90 litros de vino, de los cuales 60 litros de vino espumoso, como máximo. Las autoridades fiscales neerlandesas sometieron dicho vino a un impuesto especial.

El TJCE señala que, para que los productos estén exentos de impuestos especiales en el Estado de importación, la Directiva exige que tales productos se destinen a satisfacer las necesidades personales del particular que los haya adquirido y que, por lo tanto, excluye los productos adquiridos por un particular para satisfacer las necesidades de otros particulares. Por otra parte, los productos de que se trate deben ser transportados personalmente por el particular que los haya adquirido. En el caso contrario, de ello se derivaría, para las autoridades competentes de los Estados miembros, un mayor riesgo de fraude ya que el transporte de los productos a los que aplica la exención no exige ningún documento.

A este respecto, no convence al TJCE la alegación de que tal interpretación constituye, para los ciudadanos de la Unión Europea, un retroceso en relación con la situación que se daba antes de la entrada en vigor de la Directiva, en la medida en que especialmente los pequeños envíos de particular a particular carentes de todo carácter comercial estaban exentos del pago de impuestos especiales en el Estado de importación. Si la Directiva presenta una laguna sobre este aspecto, corresponde, en su caso, al legislador comunitario solucionar el problema. Por lo demás, el TJCE recuerda que la Directiva se basa en la idea de que debe considerarse

necesariamente que los productos no poseídos con fines personales se poseen con fines comerciales. Cuando se perciben impuestos especiales en el Estado miembro en el que se poseen los productos con fines comerciales, aunque ya hayan sido puestos a consumo en un primer Estado miembro, deben reintegrarse los impuestos especiales pagados en ese primer Estado miembro.

3.3. La sentencia de 7 de septiembre, *Price* (C-149/05) tiene como origen una petición suscitada en el marco de un recurso del Sr. Price, que posee unas determinadas cualificaciones en el ámbito de la venta en subastas, obtenidas en el Reino Unido, interpuesto contra la resolución del *Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques*, mediante la cual este supeditaba su admisión a la profesión de director de ventas de bienes muebles en subastas públicas no judiciales en Francia a la superación una prueba de aptitud sobre tres disciplinas: materias jurídicas, práctica de las ventas en subastas públicas y normativa profesional. En el Reino Unido, el ejercicio de estas actividades profesionales no está sujeto a ningún requisito según la normativa aplicable. En cambio, la Royal Institution of Chartered Surveyors interviene, al menos en cierta medida, en la organización de estas actividades.

El TJCE considera que la Directiva 92/51/CEE del Consejo, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, en su versión modificada por la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, no se aplica a un solicitante que acredite una cualificación como aquella que invoca el demandante en el procedimiento principal, el cual quiere ejercer la profesión de director de ventas de bienes muebles en subastas públicas no judiciales en Francia. En cambio, 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, en su versión modificada por la Directiva 2001/19, y, en particular, su artículo 3, párrafo primero, letra b), puede aplicarse a tal solicitante si la profesión de director de ventas de bienes muebles en subastas públicas no judiciales en el Estado miembro en el que dicho solicitante obtuvo la cualificación que alega no es una profesión regulada en el sentido del artículo 1, letra c), de dicha Directiva.

Considera también el TJCE que una profesión cuyo acceso está sujeto a la posesión de un título de Derecho que sancione unos estudios de una

duración mínima de dos años constituye una profesión en la que se presume que su ejercicio exige un conocimiento preciso del Derecho nacional en el sentido del artículo 4, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/48, en su versión modificada por la Directiva 2001/19. Para la aplicación de esa disposición, no es necesario que la actividad controvertida implique la asesoría y/o asistencia sobre todas las materias del Derecho nacional; basta con que atañe a un ámbito especializado y constituya un elemento esencial y constante de dicha actividad. En este contexto, es preciso referirse, en particular, a la práctica corriente de la profesión controvertida.

3.4. La sentencia de 28 de septiembre, *Comisión/Países Bajos* (C-282/04 y C-283/04) declara que los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, apartado 1, al mantener en los estatutos de KPN NV y de TPG NV determinadas disposiciones a cuyo tenor el capital de estas sociedades comprende una acción especial, propiedad del Estado neerlandés, que le confiere derechos especiales de aprobación de determinadas decisiones de gestión de los órganos de dichas sociedades, no circunscritos a los casos en que la intervención de ese Estado es necesaria por razones imperiosas de interés general reconocidas por el TJCE, y, en el caso de TPG NV, en particular, para garantizar el mantenimiento del servicio postal universal.

El TJCE considera que las restricciones no estaban justificadas por las razones mencionadas en el artículo 58 CE o por razones imperiosas de interés general. En cuanto a la acción especial que posee en TPG, el Gobierno neerlandés alegaba que era necesaria para garantizar el servicio postal universal y, más concretamente, para proteger la solvencia y la continuidad de TPG, que es la única empresa de los Países Bajos que se encuentra actualmente en condiciones de garantizar ese servicio universal al nivel que exige la ley. A este respecto, señala que la garantía de un servicio de interés general, como el servicio postal universal, puede constituir una razón imperiosa de interés general que podría justificar un obstáculo a la libre circulación de capitales. No obstante, la acción especial de que se trata va más allá de lo necesario para salvaguardar la solvencia y la continuidad de la empresa que presta el servicio postal universal. En efecto, por una parte, los derechos especiales del Estado neerlandés en TPG no se limitan a las actividades de ésta como empresa que presta el servicio postal universal. Por otra parte, el ejercicio de tales derechos especia-

les no se basa en ningún criterio preciso y no debe motivarse, lo que imposibilita por completo el control jurisdiccional efectivo.

3.5. En la sentencia de 19 de septiembre, *Comisión/Luxemburgo* (C-193/05) el TJCE declara que Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, al supeditar a un control previo de conocimientos lingüísticos la inscripción ante la autoridad nacional competente de los abogados que hayan obtenido su título en un Estado miembro distinto de Luxemburgo y deseen ejercer en este último Estado miembro con su título profesional de origen, al prohibir a dichos abogados el ejercicio de actividades de domiciliación de sociedades y al obligarles a presentar anualmente una certificación de hallarse inscritos ante la autoridad competente de su Estado miembro de origen.

Sobre el primer punto, el TJCE considera que habida cuenta del objetivo de la Directiva 98/5, mediante el artículo 3 de dicha Directiva, el legislador comunitario efectuó una armonización completa de los requisitos previos exigidos para el ejercicio del derecho conferido por la Directiva. Así pues, la presentación ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida de una certificación de inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de origen figura como el único requisito al que debe supeditarse la inscripción del interesado en el Estado miembro de acogida para permitirle ejercer en él con su título profesional de origen. Por lo tanto, la Directiva 98/5 no admite que la inscripción de un abogado europeo ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida pueda supeditarse a una entrevista que permita a dicha autoridad evaluar el dominio por el interesado de las lenguas de dicho Estado miembro.

No obstante, la renuncia a un sistema de control previo de los conocimientos, en particular lingüísticos, del abogado europeo está provista, en la Directiva 98/5, de una serie de reglas para garantizar la protección de los justiciables y la buena administración de la justicia a un nivel aceptable en la Comunidad. Así, la obligación que impone el artículo 4 de la Directiva 98/5 a los abogados europeos en el sentido de que han de ejercer en el Estado miembro de acogida con su título profesional de origen tiene por objeto, según el noveno considerando de la Directiva, permitir que se opere una distinción entre éstos y los abogados integrados en la

profesión en dicho Estado miembro, de forma que el justiciable esté informado de que el profesional al que confía la defensa de sus intereses no ha obtenido su título en dicho Estado miembro y que no posee necesariamente conocimientos lingüísticos adecuados para tratar su asunto. En lo relativo a las actividades de representación y defensa de un cliente ante la justicia, con arreglo al artículo 5, apartado 3, de la Directiva 98/5, los Estados miembros tienen la facultad de exigir que los abogados europeos que ejerzan con su título profesional de origen actúen concertadamente, bien con un abogado que ejerza ante el órgano jurisdiccional de que se trate y que, en su caso, sería responsable ante el mismo, o bien con un *avoué* que ejerza ante dicho órgano. Esta facultad, que Luxemburgo ha utilizado, permite paliar las eventuales insuficiencias del abogado europeo en cuanto al dominio de las lenguas judiciales del Estado miembro de acogida. En virtud de los artículos 6 y 7 de la Directiva 98/5, el abogado europeo no sólo tiene el deber de respetar las normas profesionales y deontológicas del Estado miembro de origen, sino igualmente las del Estado miembro de acogida, y ello bajo pena de incurrir en sanciones disciplinarias y en responsabilidad profesional. Entre las normas deontológicas aplicables a los abogados figura la mayor parte de las veces, siguiendo el ejemplo de lo dispuesto en el código deontológico adoptado por el Consejo de los Colegios de Abogados de la Unión Europea (CCBE), una obligación, sancionada disciplinariamente, de no tratar asuntos respecto a los cuales los profesionales en cuestión saben, o deberían saber, que escapan a su competencia, por ejemplo por falta de conocimientos lingüísticos. En efecto, el diálogo con los clientes, autoridades administrativas y organizaciones profesionales del Estado miembro de acogida, al igual que el cumplimiento de las normas deontológicas establecidas por las autoridades de dicho Estado miembro, requieren intrínsecamente que el abogado europeo disponga de conocimientos lingüísticos adecuados o bien, en caso de conocimientos insuficientes, de la posibilidad de que le presten asistencia.

La sentencia de 19 de septiembre, *Wilson* (C-506/04) añade, en relación con la situación en Luxemburgo, que el artículo 9 de la Directiva 98/5/CE se opone a un procedimiento de recursos en cuyo marco la decisión de denegación de la inscripción contemplada en el artículo 3 de dicha Directiva debe ser impugnada, en primera instancia, ante un órgano integrado exclusivamente por abogados ejercientes con el título profesional del Estado de acogida y, en apelación, ante un órgano integrado mayoritariamente por tales abogados, mientras que el recurso de casación ante

el supremo órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro permite únicamente un control jurisdiccional del fundamento jurídico y no de la relación fáctica.

Para que esté garantizada la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos establecidos por la Directiva 98/5, el órgano al que se encomiende la resolución de los recursos contra las decisiones por las que se deniegue la inscripción regulada en el artículo 3 de dicha Directiva debe responder al concepto de órgano jurisdiccional definido por el Derecho comunitario. Este concepto ha sido delimitado, en la jurisprudencia del TJCE relativa al concepto de órgano jurisdiccional nacional en el sentido del artículo 234 CE, mediante el enunciado de cierto número de criterios que debe satisfacer el órgano de que se trate. En particular, el concepto de independencia, inherente a la función de juzgar, implica ante todo que el órgano de que se trate tenga la cualidad de tercero en relación con la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida. Dicho concepto entraña, por otra parte, dos aspectos. El primer aspecto, externo, supone que el órgano ha de estar protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios que se les sometan. Esta indispensable libertad frente a tales elementos externos exige ciertas garantías, como la inmovilidad, idóneas para proteger la persona de quienes tienen la misión de juzgar. El segundo aspecto, interno, se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la igualdad de distancias que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de aquél. Este aspecto exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica.

Estas garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio.

En el caso de autos, las decisiones de denegación de la inscripción de un abogado europeo adoptadas por la Junta del Colegio de abogados, cuyos miembros son abogados inscritos en la lista I del Colegio, se someten, por tanto, al control, en primera instancia, de un órgano integrado

exclusivamente por abogados inscritos en esa misma lista y, en apelación, a un órgano integrado mayoritariamente por tales abogados. En estas circunstancias, un abogado europeo a quien la Junta del Colegio de abogados haya denegado la inscripción en la lista IV del Colegio tiene razones legítimas para temer que, según el caso, la totalidad o la mayoría de los miembros de dichos órganos compartan un interés contrario al suyo, a saber, el de confirmar una decisión que excluye del mercado a un competidor que ha adquirido su cualificación profesional en otro Estado miembro y de temer un quebranto de la igualdad de distancias que el órgano debe guardar con respecto a los intereses en litigio. Las reglas relativas a la composición de órganos como los contemplados en el procedimiento principal no parecen, pues, aptas para ofrecer garantía suficiente de imparcialidad.

La aprensión que suscitan las referidas reglas relativas a la composición de estos órganos no puede subsanarse por la posibilidad de recurso de casación. En efecto, si bien el artículo 9 de la Directiva 98/5 no excluye la previa interposición de un recurso ante un órgano no jurisdiccional, tampoco dispone que la vía jurisdiccional pueda abrirse al interesado únicamente una vez agotadas, en su caso, las posibilidades de recurso de otra naturaleza. En cualquier caso, en la hipótesis de que la legislación nacional prevea un recurso ante un órgano no jurisdiccional, el citado artículo 9 exige el acceso efectivo y en un plazo razonable a un órgano jurisdiccional en el sentido del Derecho comunitario, con competencia tanto para apreciar los hechos como para resolver en Derecho. Pues bien, con independencia de la cuestión de si el paso previo por dos órganos no jurisdiccionales es conciliable con la exigencia de un plazo razonable, la competencia de la Cour de cassation del Gran Ducado de Luxemburgo está limitada a las cuestiones de Derecho, de suerte que carece de competencia jurisdiccional plena (cita, en este sentido, TEDH, sentencia Incal c. Turquía de 9 de junio de 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV, p. 1547, § 72).

3.6. La sentencia de 9 de noviembre, *Comisión/Bélgica* (C-433/04) concluye que Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 49 CE y 50 CE, al imponer a los comitentes y a los empresarios que recurren a contratar con extranjeros no registrados en Bélgica la obligación de retener el 15 % de las cantidades adeudadas por las obras realizadas y al imponer a esos mismos comitentes y empresa-

rios la responsabilidad solidaria por las deudas tributarias de tales contratantes extranjeros. Para el TJCE la necesidad de combatir el fraude fiscal no es suficiente para justificar que la obligación de retención y la responsabilidad solidaria se apliquen, con carácter general y preventivo, a todos los prestadores de servicios no establecidos ni registrados en Bélgica, cuando se da la circunstancia de que una parte de ellos no está, en principio, sujeta a los mencionados impuestos, impuestos a cuenta y tasas. Al aplicarse de manera automática e incondicional, las medidas controvertidas no permiten tener en cuenta la situación individual de los prestadores de servicios no establecidos ni registrados en Bélgica, y el TJCE identifica medios menos restrictivos para perseguir los mismos objetivos.

3.7. Son abundantes las sentencias relativas a los límites que las reglas del mercado interior impone al ejercicio por los Estados miembros de sus competencias en materia fiscal.

La sentencia de 9 de noviembre, *Turpeinen* (C-520/04) considera que el artículo 18 CE se opone a una normativa nacional en virtud de la cual la cuota del impuesto sobre la renta de las personas físicas relativo a la pensión de jubilación pagada por una institución del Estado miembro interesado a una persona residente en otro Estado miembro supera, en ciertos casos, la cuota que se adeudaría en el supuesto de que esa persona residiera en el primer Estado miembro, cuando la referida pensión constituye la totalidad o la cuasi totalidad de los rendimientos de dicha persona.

Al haber ejercido los derechos de libre circulación y de residencia conferidos por el artículo 18 CE, apartado 1, la Sra. Turpeinen puede invocar esta disposición contra su Estado de origen. El TJCE ha admitido que, cuando el sujeto pasivo no residente, que trabaja por cuenta ajena o por cuenta propia, percibe la totalidad o la cuasi totalidad de sus rendimientos en el Estado en que desarrolla sus actividades profesionales, se encuentra, objetivamente, en la misma situación, por lo que se refiere al impuesto sobre la renta de las personas físicas, que el residente en dicho Estado que ejerce en él las mismas actividades. Ambos están sujetos a gravamen únicamente en ese Estado y la base imponible de su impuesto es la misma. Este razonamiento se aplica, *mutatis mutandis*, en una situación como la del asunto principal, en la que los ingresos imponibles consisten en una pensión de jubilación. Por consiguiente, observa que, en la medida en que la pensión de jubilación pagada en Finlandia constituye la totalidad o la cuasi totalidad de sus rendimientos, los jubilados no resi-

dentes, como la Sra. Turpeinen, se encuentran, objetivamente, en lo que atañe al impuesto sobre la renta de las personas físicas, en la misma situación que los jubilados residentes en Finlandia que perciben una pensión de jubilación idéntica.

En la sentencia de 7 de septiembre, *N* (C-470/04) el TJCE concluye que artículo 43 CE se opone a que un Estado miembro establezca un régimen de tributación de las plusvalías en caso de traslado del domicilio de un contribuyente fuera de ese Estado miembro, como el controvertido en el asunto principal, que sujete la concesión del aplazamiento de pago de dicho impuesto a la condición de que se presten garantías y que no tenga totalmente en cuenta las minusvalías que puedan producirse con posterioridad al traslado de domicilio del interesado y que el Estado miembro de acogida no hubiera tenido en cuenta.

Añade que un obstáculo derivado de la prestación de una garantía exigida con infracción del Derecho comunitario no puede suprimirse, con efecto retroactivo, por la mera liberación de esa garantía. La forma del acto sobre cuya base se haya liberado la garantía en modo alguno influye sobre esta apreciación. Cuando el Estado miembro establezca el pago de intereses de demora con motivo de la restitución de una garantía exigida con infracción del Derecho interno, igualmente se adeudan tales intereses en caso de violación del Derecho comunitario.

Además, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, de conformidad con las orientaciones dadas por el TJCE y respetando los principios de equivalencia y de efectividad, apreciar la existencia de responsabilidad del Estado miembro interesado a causa del perjuicio irrogado por la obligación de prestar tal garantía.

En la sentencia de 12 de septiembre, *Cadbury Schweppes* (C-196/04) se discute la legislación fiscal del Reino Unido con arreglo a la cual los beneficios de una sociedad extranjera propiedad en más del 50 % de una sociedad residente en el Reino Unido, denominada sociedad extranjera controlada o SEC, se atribuyen a la sociedad residente y ésta tributa por ellos, cuando el tipo impositivo aplicado sea inferior a tres cuartas partes del tipo aplicado en el Reino Unido. Cadbury Schweppes plc es la sociedad matriz del grupo Cadbury Schweppes. Según el órgano jurisdiccional remitente dos de sus filiales (CSTS y CSTI) se establecieron en Dublín exclusivamente con el fin de acogerse al régimen fiscal favorable del IFSC y de que no se le aplicaran determinadas disposiciones fiscales del Reino Unido. El TJCE concluye que los artículos 43 CE y 48 CE deben interpre-

tarse en el sentido de que se oponen a la inclusión en la base imponible de una sociedad residente establecida en un Estado miembro de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este último Estado a un nivel de tributación inferior al aplicable en el primer Estado, a menos que tal inclusión concierna únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado. Por consiguiente, la aplicación de esa medida tributaria debe descartarse cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros que, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada sociedad controlada está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas.

El TJCE recuerda que las sociedades o personas no pueden invocar las normas comunitarias de forma abusiva o fraudulenta. Sin embargo, la circunstancia de que una sociedad se haya constituido en un Estado miembro con la finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable no es, por sí sola, suficiente para llegar a la conclusión de que existe un uso abusivo de la libertad de establecimiento. Por consiguiente, la circunstancia de que Cadbury Schweppes haya decidido constituir CSTS y CSTI en Dublín con la finalidad reconocida de beneficiarse de un régimen fiscal favorable, no constituye, en sí misma, un abuso y no excluye que Cadbury Schweppes pueda invocar el Derecho comunitario.

Por lo que se refiere a las justificaciones posibles de tal legislación, el TJCE señala que una medida nacional que restringe la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando se refiera específicamente a los montajes puramente artificiales destinados únicamente a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Algunas excepciones recogidas en la legislación británica permiten que una sociedad quede exenta en situaciones en las que la existencia de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales parece excluida (por ejemplo, la distribución del 90 % de los beneficios de una filial a su sociedad matriz o la realización por la SEC de actividades comerciales). El TJCE constata que el hecho de que la voluntad de obtener una desgravación de impuestos haya inspirado la constitución de la SEC así como la realización de operaciones entre la SEC y la sociedad residente no puede bastar para llegar a la conclusión de que existe un montaje puramente artificial. La constatación de la existencia de tal montaje exige, además de un elemento subjetivo, que se desprenda de

elementos objetivos y verificables aportados por la sociedad residente relativos, en particular, al nivel de existencia física de la SEC por lo que a locales, personal y equipos se refiere, que la constitución de una SEC no responda a una realidad económica, es decir, a una implantación real que tenga por objeto la realización de actividades económicas efectivas en el Estado miembro de acogida.

La sentencia de 14 de septiembre, *Centro di Musicologia Walter Stauffer* (C-386/04) considera que el artículo 56 CE se opone a que un Estado miembro, que exime del impuesto sobre sociedades los rendimientos procedentes de un arrendamiento percibidos en el territorio nacional por fundaciones de utilidad pública reconocida en principio sujetas al impuesto por obligación personal si están establecidas en ese Estado miembro, niegue la concesión de dicha exención en relación con rendimientos del mismo tipo a una fundación de Derecho privado de utilidad pública reconocida únicamente porque, al estar establecida en otro Estado miembro, sólo está sujeta al impuesto en su territorio por obligación real.

De entrada, considera que el hecho de que la exención fiscal de los rendimientos procedentes de un arrendamiento se aplique únicamente a las fundaciones de utilidad pública reconocida y sujetas al impuesto por obligación personal en el territorio alemán supone una desventaja para las fundaciones cuyo domicilio se encuentra en otro Estado miembro y puede constituir un obstáculo a la libre circulación de capitales y de pagos.

No considera que tal restricción estuviera justificada. En primer lugar, si los Estados miembros tienen derecho a exigir la existencia de un vínculo suficientemente estrecho entre las fundaciones que reconocen de utilidad pública para la concesión de determinadas ventajas fiscales y las actividades que ejercen, la ley nacional reconocía que una entidad persigue fines de utilidad pública si su actividad está dirigida al fomento desinteresado de los intereses de la comunidad, con independencia de que dicha actividad se desarrolle en el territorio nacional o en el extranjero. En segundo lugar, es cierto que el Derecho comunitario no impone a los Estados miembros la obligación de otorgar automáticamente el mismo reconocimiento en su territorio a las fundaciones extranjeras cuya utilidad pública haya sido reconocida en su Estado miembro de origen. No es menos cierto que, cuando una fundación cuya utilidad pública ha sido reconocida en un Estado miembro cumple los requisitos establecidos a tal efecto en la legislación de otro Estado miembro y tiene como objetivo el fomento de intereses de la colectividad idénticos las autoridades de dicho

Estado miembro no pueden negar a la fundación el derecho a la igualdad de trato basándose sólo en que no está establecida en su territorio. Pues bien, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente afirmaba que, durante el ejercicio controvertido, la fundación se dedicó a fines de utilidad pública en el sentido de la ley nacional y que cumplía también los otros requisitos estatutarios para acogerse a la exención del impuesto sobre sociedades. Por consiguiente, en circunstancias como las del asunto principal, la disposición en cuestión llevaba a tratar de forma distinta en función de su residencia a fundaciones que se encuentran en una situación objetivamente comparable.

Tampoco acepta que se pudiera justificar la medida por la dificultad de comprobar si una fundación de utilidad pública reconocida establecida en el extranjero persigue efectivamente los objetivos estatutarios conforme a la legislación nacional y, en segundo lugar, por la necesidad de controlar la gestión efectiva de dicha fundación. Nada impide a las autoridades fiscales de que se trate exigir a la fundación de utilidad pública reconocida que reclama la aplicación de la exención fiscal aportar los justificantes pertinentes que les permitan realizar las comprobaciones necesarias. Por otra parte, la eficacia de los controles fiscales no puede justificar una normativa nacional que impide de manera absoluta al contribuyente aportar tales pruebas. Tampoco considera se pueda justificar la restricción a la libre circulación de capitales por la necesidad de garantizar la coherencia de su régimen fiscal. No existe un vínculo directo, desde el punto de vista del régimen tributario, entre esa exención y una compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado. Por otra parte, si bien a primera vista puede parecer legítimo el deseo de reservar la exención fiscal a las fundaciones de utilidad pública reconocida que persigan objetivos políticos de dicho Estado miembro, no es menos cierto que, a la luz de las informaciones facilitadas al TJCE por el órgano jurisdiccional remitente, la ley nacional no presupone que las medidas de fomento beneficien a la colectividad nacional. Sobre esta base, dicho órgano jurisdiccional concluye que la fundación de que se trata en el asunto principal podría acogerse a la excepción, si, conservando los mismos objetivos, estableciera su domicilio en Alemania.

En la sentencia de 3 de octubre, *FKP Scorpio* (C-290/04) el TJCE concluye que los artículos 49 CE y 50 CE no se oponen a una legislación nacional en virtud de la cual se aplica un procedimiento de retención fiscal en la fuente, a la retribución de los prestadores de servicios no resi-

dentes en el Estado miembro en el que se prestan los servicios, mientras que la retribución abonada a los prestadores residentes en ese Estado miembro no está sujeta a tal retención. Tampoco se oponen a una legislación nacional que exige la responsabilidad del destinatario de servicios que no haya practicado la retención a la que estaba obligado.

Por el contrario, se oponen a una legislación nacional que no permite al destinatario de los servicios, deudor de la retribución abonada a un prestador de servicios no residente, deducir, cuando practica la retención, los gastos profesionales que ese prestador le ha comunicado y que están relacionados directamente con sus actividades en el Estado miembro en el que se efectúa la prestación, mientras que un prestador de servicios residente en este Estado sólo estaría sujeto al impuesto por sus rendimientos netos, es decir, por los obtenidos tras deducir los gastos profesionales.

Interpreta también que el artículo 59 del Tratado CEE no es aplicable en favor de un prestador de servicios nacional de un Estado tercero.

La sentencia de 14 de noviembre, *Kerckhaert* (C-513/04) concluye que el artículo 56.1 CE no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la normativa tributaria belga, que, en el marco del impuesto sobre la renta, grava con el mismo tipo impositivo uniforme los dividendos de acciones de sociedades establecidas en el territorio de dicho Estado y los dividendos de acciones de sociedades establecidas en otro Estado miembro, sin prever la posibilidad de imputar el impuesto recaudado mediante retención en la fuente en ese otro Estado miembro.

La normativa tributaria belga no establece distinción alguna entre los dividendos de sociedades establecidas en Bélgica y los de sociedades establecidas en otro Estado miembro, ya que éstos están gravados, conforme a la ley belga, con un tipo idéntico del 25 % en concepto de impuesto sobre la renta. La posición de un accionista que perciba dividendos no resulta necesariamente diferente con respecto a la normativa tributaria del Estado de residencia, por el hecho de que los perciba de una sociedad establecida en otro Estado miembro que, en el ejercicio de su potestad tributaria, aplica a dichos dividendos una retención en la fuente en concepto de impuesto sobre la renta. En circunstancias como las del caso de autos, las consecuencias desfavorables que podría entrañar la aplicación de un sistema de imposición de las rentas como el régimen belga enjuiciado en el asunto principal resultan del ejercicio paralelo por dos Estados miembros de su potestad tributaria.

El Derecho comunitario, en su estado actual y en una situación como

la del procedimiento principal, no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de la doble imposición dentro de la Comunidad. Por consiguiente, corresponde a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones como la que es objeto del procedimiento principal, utilizando, en particular, los criterios de reparto seguidos en la práctica tributaria internacional.

Las sentencias de 12 de diciembre, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04), y *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04) abordan la compatibilidad con el Derecho comunitario de diversos aspectos de la legislación fiscal del Reino Unido aplicable a la imposición de dividendos.

Según el Derecho vigente en el Reino Unido, cuando una sociedad residente distribuye beneficios, está obligada a efectuar un pago a cuenta del impuesto o «advance corporation tax» (ACT). Una sociedad residente que perciba tales dividendos no está sujeta al impuesto sobre sociedades por dichos dividendos y un sistema de créditos fiscales para los accionistas residentes, sociedades o personas físicas, garantiza que, en principio, los beneficios sólo se gravan una vez. En cambio, los accionistas no residentes no reciben tal crédito fiscal, salvo si así lo establece un convenio para evitar la doble imposición («CDI»).

En el supuesto en que una sociedad residente perciba dividendos de una sociedad que no reside en el Reino Unido, estos dividendos están sujetos al impuesto sobre sociedades pero dan derecho a una desgravación por las retenciones en origen practicadas en el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios. Cuando la sociedad residente controla el 10 % o más de los derechos de voto de la sociedad que distribuye beneficios, puede imputar a su deuda tributaria el impuesto sobre sociedades pagado por ésta en su Estado de residencia. Si la sociedad residente, a su vez, distribuye dichos dividendos a sus propios accionistas, ha de pagar el ACT. En este caso, puede optar por que tal dividendo se califique de «dividendo de rendimientos extranjeros» («foreign income dividend» o «FID»), sobre el que se ha de pagar el ACT, pero que permite solicitar el reembolso del ACT pagado en exceso. El ACT debe pagarse dentro de los catorce días posteriores al trimestre en el que se repartió el dividendo, pero el exceso de ACT sólo resulta reembolsable nueve meses después de finalizar el ejercicio contable. Un accionista final que recibe un FID no tiene ya derecho a un crédito fiscal. El sistema del ACT, incluido

el sistema del FID, fue eliminado en abril de 1999. Los litigios principales se inscribían en la categoría de «group litigation [demanda colectiva]», constituida por varias reclamaciones de restitución y/o compensación interpuestas contra los Commissioners of Inland Revenue ante la High Court of Justice.

Los cuatro asuntos piloto del «Class IV» del «ACT Group Litigation» se oponen a la negativa de los Commissioners of Inland Revenue a conceder un crédito fiscal en relación con los dividendos que las sociedades no residentes perciban de filiales residentes. Por lo que respecta al «FII Group Litigation», éste se compone de varios recursos interpuestos por sociedades que residen en el Reino Unido y que han percibido dividendos de filiales residentes en otro Estado.

El TJCE recuerda que los dividendos repartidos por una sociedad a sus accionistas pueden ser objeto, por un lado, de una doble imposición en cadena cuando son gravados primero, en sede de la sociedad que distribuye beneficios, como beneficios realizados y después, en sede de la sociedad matriz, en concepto de impuesto sobre los beneficios, y por otro lado, de una doble imposición económica cuando son gravados primero, en sede de la sociedad que distribuye beneficios y después, en sede del accionista final, en concepto de impuesto sobre la renta.

Asimismo, el TJCE recuerda que la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, pero que éstos deben ejercerla respetando el Derecho comunitario. El mero hecho de que corresponda a los Estados miembros determinar, en relación con las participaciones no comprendidas en la Directiva 90/435, si se deben evitar, y en qué medida, la doble imposición en cadena y la doble imposición económica de los beneficios distribuidos e introducir, a estos efectos, de forma unilateral o mediante CDI celebrados con otros Estados miembros, mecanismos dirigidos a evitar o atenuar ambos tipos de doble imposición, no significa sin embargo que puedan aplicar medidas contrarias a las libertades de circulación garantizadas por el Tratado.

La libertad de establecimiento pretende, así, garantizar el disfrute del trato nacional a las sociedades que tienen su domicilio social en la Comunidad y quieren ejercer su actividad en otro Estado miembro, al prohibir cualquier discriminación basada en el lugar del domicilio de las sociedades. Tal discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o bien en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes.

En lo referente al *reparto de dividendos por una sociedad residente*, el TJCE señala que la situación en que se encuentra el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios frente a los accionistas beneficiarios residentes no es necesariamente la misma que frente a los accionistas beneficiarios no residentes. En efecto, cuando este Estado no sujeta al impuesto a los accionistas no residentes, no se encuentra en la misma posición, en lo relativo a evitar o atenuar de la doble imposición en cadena o la doble imposición económica, que el Estado miembro de residencia del accionista beneficiario, que normalmente es el que mejor puede apreciar la capacidad contributiva individual del accionista.

En cuanto a la legislación del Reino Unido, el TJCE señala, en primer lugar, que cuando una sociedad residente en dicho Estado miembro reparte dividendos a una sociedad beneficiaria, ni los dividendos percibidos por una sociedad residente, ni los percibidos por una sociedad no residente están sujetos al impuesto en el Reino Unido. En segundo lugar, el TJCE puntualiza que únicamente las sociedades beneficiarias residentes pueden repartir dividendos a sus accionistas finales en un marco legal que incluye para éstos un crédito fiscal correspondiente al impuesto sobre sociedades pagado por la sociedad que distribuye beneficios. En su condición de Estado de residencia del accionista es este Estado miembro el que concede un crédito fiscal a los accionistas finales residentes. Por lo tanto, la posición de un Estado miembro en el que residen tanto las sociedades que distribuyen beneficios como los accionistas finales no es comparable a la de un Estado miembro que, cuando los accionistas finales no residen en este Estado miembro, actúa en su mera condición de Estado de origen de los dividendos.

En estas circunstancias, el TJCE concluye, en *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04)*, que resulta compatible con el Derecho comunitario que un Estado miembro, en caso de reparto de dividendos por una sociedad residente, conceda un crédito fiscal únicamente a las sociedades beneficiarias residentes y no lo conceda a las sociedades beneficiarias no residentes que no están sujetas al impuesto en este Estado miembro.

Tales disposiciones tampoco se oponen a que un Estado miembro no extienda el derecho a un crédito fiscal establecido en un convenio para evitar la doble imposición celebrado con otro Estado miembro para las sociedades residentes en éste que perciben dividendos de una sociedad residente en aquél, a las sociedades residentes en un tercer Estado miem-

bro con el que ha celebrado un convenio para evitar la doble imposición que no establece tal derecho para las sociedades residentes en este tercer Estado miembro. Para el TJCE la concesión de un crédito fiscal a una sociedad no residente que percibe dividendos de una sociedad residente, tal y como se establece en determinados CDI celebrados por el Reino Unido, no puede considerarse una ventaja separable del resto de dichos convenios, sino que forma parte integrante de éstos y contribuye a su equilibrio general. Lo mismo cabe decir de las disposiciones de los CDI que supeditan la concesión de tal crédito fiscal al requisito de que la sociedad no residente no sea propiedad, directa o indirectamente, de una sociedad residente en un Estado miembro o en un país tercero con el que el Reino Unido celebró un CDI que no establece un crédito fiscal. En efecto, aun cuando tales disposiciones se refieren a la situación de una sociedad no residente en uno de los Estados miembros contratantes, sólo se aplican a las personas residentes en uno de estos Estados miembros y, al contribuir a su equilibrio general, forman parte de los CDI de que se trata. El hecho de que estos derechos y obligaciones recíprocos sólo se apliquen a las personas residentes en uno de los dos Estados miembros contratantes es una consecuencia inherente a los convenios bilaterales para evitar la doble imposición. De ello se desprende que, por lo que respecta a la tributación de dividendos repartidos por una sociedad residente en el Reino Unido, una sociedad residente en un Estado miembro que ha celebrado con el Reino Unido un CDI que no establece un crédito fiscal no se encuentra en la misma situación que una sociedad residente en un Estado miembro que ha celebrado un CDI que sí lo establece.

Por lo que respecta a *los dividendos de origen extranjero percibidos por sociedades residentes*, en *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04) el TJCE concluye que, cuando un Estado miembro dispone de un sistema para evitar o atenuar la doble imposición en cadena o la doble imposición económica en el supuesto de dividendos repartidos por sociedades residentes, debe conceder un trato equivalente a los dividendos repartidos por sociedades no residentes.

En este contexto, el hecho de aplicar a los dividendos de origen nacional un sistema de exención y a los dividendos de origen extranjero un sistema de imputación no es contrario al principio de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales siempre que el tipo impositivo sobre los dividendos de origen extranjero no sea superior al tipo impositivo aplicado a los dividendos de origen nacional y que el crédito

fiscal sea al menos igual al importe pagado en el Estado miembro de la sociedad que distribuye beneficios hasta el límite de la cuantía impositiva aplicada en el Estado miembro de la sociedad beneficiaria. En cambio, es contraria al Derecho comunitario la exclusión de dicho sistema de los dividendos que una sociedad residente percibe de una sociedad no residente en la que posee menos del 10 % de los derechos de voto.

Por lo que respecta al pago del ACT, el TJCE señala que la exención de una sociedad residente que percibe dividendos de otra sociedad residente del pago del ACT gracias al sistema de créditos fiscales, cuando reparte dividendos a sus propios accionistas, constituye una ventaja de tesorería en la medida en que la sociedad de que se trata puede conservar las cantidades que, de otro modo, debería haber pagado en concepto de ACT hasta el momento en que resulta exigible el impuesto sobre sociedades. En cambio, una sociedad residente que percibe dividendos de una sociedad no residente no disfruta de dicha ventaja, sino que debe pagar íntegramente el ACT. Este método es contrario al Derecho comunitario, toda vez que conduce, en la práctica, a un trato menos ventajoso para tal sociedad.

En cuanto al sistema «FID», el TJCE manifiesta que resulta, en dos aspectos, menos ventajoso que el sistema aplicable a las sociedades que perciben dividendos de una sociedad residente. En primer lugar, una sociedad residente que opte por tal régimen deberá esperar entre ocho meses y medio y diecisiete meses y medio para obtener la devolución del ACT pagado y, en consecuencia, se expone a una desventaja de tesorería que no existe en el caso de sociedades residentes que perciben dividendos de origen nacional. En segundo lugar, el accionista beneficiario de un reparto de dividendos por una sociedad residente sobre la base de dividendos de origen extranjero calificados de FID no tiene derecho a un crédito fiscal. Tal diferencia de trato, que hace menos atractiva una toma de participación en una sociedad no residente que en una sociedad residente, constituye una vulneración de la libertad de establecimiento que no puede justificarse.

Este asunto aporta también precisiones sobre el régimen aplicable en relación terceros Estados. Para el TJCE el artículo 57 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un Estado miembro adoptó, antes del 31 de diciembre de 1993, una legislación que contiene restricciones a los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos prohibidas por el artículo 56 CE y, después de esa fecha, adopta

medidas que, constituyendo también una restricción a dichos movimientos, son esencialmente idénticas a la legislación anterior o se limitan a reducir o suprimir un obstáculo al ejercicio de los derechos y las libertades comunitarias que figure en la legislación anterior, el artículo 56 CE no se opone a la aplicación a terceros países de estas últimas medidas cuando se aplican a movimientos de capitales que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales. A este respecto, no cabe considerar inversiones directas las participaciones en una sociedad que no se adquieren para crear o mantener vínculos económicos duraderos y directos entre el accionista y dicha sociedad y no permiten que el accionista participe de manera efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad.

En la sentencia de 14 de diciembre, *Denkavit* (C-170/05), considera que restringe la libertad de establecimiento una legislación nacional que somete a retención en la fuente los dividendos percibidos por una sociedad matriz no residente, al mismo tiempo que exime casi totalmente de tal imposición a los dividendos percibidos por una sociedad matriz residente. Esto es así aun cuando un Convenio fiscal para evitar la doble imposición autorice a la sociedad matriz no residente a imputar dicha retención al impuesto devengado en su Estado de residencia, cuando dicha sociedad matriz se halle en la imposibilidad de proceder a tal imputación.

Según el Derecho francés en vigor cuando ocurrieron los hechos del litigio, los dividendos distribuidos por una sociedad residente en Francia a una sociedad matriz no residente en dicho país daban lugar a la aplicación de una retención en la fuente al tipo del 25 %. Para los dividendos distribuidos por una sociedad residente en Francia a una sociedad matriz residente asimismo en Francia, no estaba prevista retención alguna en la fuente. Por otra parte, una sociedad matriz con domicilio social o establecimiento permanente en Francia podía disfrutar, bajo ciertas condiciones, de una exención casi total de los dividendos distribuidos por su filial. Exceptuando un 5 %, dichos dividendos no se incluían en el beneficio neto imponible de la sociedad matriz y, por lo tanto, estaban exentos de impuestos. Por otro lado, un Convenio franco-neerlandés destinado a evitar la doble imposición dispone que una sociedad matriz residente en los Países Bajos podrá imputar el impuesto soportado en Francia al importe del impuesto que debe pagar en los Países Bajos. Esta imputación no deberá superar el importe del impuesto neerlandés devengado sobre los re-

feridos dividendos. Al estar las sociedades neerlandesas exentas en los Países Bajos del impuesto sobre los dividendos de fuente extranjera, resulta que no se concede reducción alguna en concepto de la retención en la fuente francesa.

El TJCE declara que de la legislación nacional se deduce, con independencia de la incidencia del Convenio franco-neerlandés, una diferencia de trato fiscal de los dividendos distribuidos por una filial residente a su sociedad matriz, según que ésta última sea residente o no residente. En efecto, mientras que las sociedades matrices residentes tienen la posibilidad de acogerse a una exención casi total de los dividendos percibidos, las sociedades matrices no residentes, por el contrario, están sujetas a una tributación, mediante retención en la fuente, cuyo tipo impositivo asciende al 25 % del importe de los dividendos distribuidos. Por otro lado, los dividendos abonados a las sociedades matrices no residentes, a diferencia de los pagados a las sociedades matrices residentes, son objeto de una tributación en cadena en virtud de la legislación francesa. Así, tales dividendos son gravados, una primera vez, en virtud del impuesto de sociedades que recae sobre la filial residente que efectúa su distribución y, una segunda vez, en virtud de la retención en la fuente a que está sujeta la sociedad matriz no residente beneficiaria de los citados dividendos. De este modo, una diferencia de trato fiscal semejante de los dividendos abonados a las sociedades matrices en función del lugar de su domicilio social constituye una restricción discriminatoria a la libertad de establecimiento.

Rechaza las diferentes justificaciones aducidas por el Gobierno francés. El TJCE admite que, en lo que atañe a las medidas previstas por un Estado miembro a fin de evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición de los beneficios distribuidos por una sociedad residente, los accionistas beneficiarios residentes no se encuentran necesariamente en una situación comparable a la de los accionistas beneficiarios residentes en otro Estado miembro. Sin embargo, a partir del momento en que un Estado miembro, de una forma unilateral o por vía de acuerdos, sujeta al impuesto sobre la renta, no sólo a los accionistas residentes sino también a los accionistas no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de los mencionados accionistas no residentes se asemeja a la de los accionistas residentes. En el caso de autos, por lo que atañe a la tributación en Francia de los dividendos distribuidos por filiales residentes, las sociedades matrices beneficiarias se hallan en una situación comparable, lo mismo si perciben tales dividendos como

sociedades matrices residentes o como sociedades matrices no residentes pero que disponen en Francia de un establecimiento permanente, o incluso como sociedades matrices no residentes que no disponen en Francia de un establecimiento permanente. Efectivamente, en todos estos supuestos, la República Francesa somete al impuesto los dividendos que abona una sociedad residente. A este respecto, considera que la exención de los dividendos en beneficio de las sociedades matrices residentes pretende evitar una tributación en cadena de los beneficios de las filiales que se distribuyen en forma de dividendos a las sociedades matrices de estas últimas. Ahora bien, cuando Francia decide preservar a sus residentes de una tributación semejante, debe extender esta ventaja a los no residentes, en la medida en que del ejercicio de su competencia en materia tributaria sobre estos últimos resulte una tributación análoga que grave a tales no residentes.

En lo que atañe al Convenio franco-neerlandés, el TJCE recuerda que, al no existir medidas de armonización comunitaria, los Estados miembros, con observancia del Derecho comunitario, siguen siendo competentes en materia de imposición de las rentas y pueden, en su caso mediante acuerdos, evitar toda doble imposición y fijar los criterios de sujeción a efectos del reparto de la competencia fiscal entre los Estados miembros.

Reafirmando el principio según el cual está prohibida toda restricción de la libertad de establecimiento, incluso de escaso alcance o importancia menor, el TJCE declara que de la aplicación del Convenio franco-neerlandés, en relación con la legislación neerlandesa, resulta que, mientras que las sociedades matrices residentes disfrutan de un régimen fiscal que les permite evitar una tributación en cadena, las sociedades matrices no residentes, por el contrario, están sujetas a tal tributación por los dividendos distribuidos por sus filiales establecidas en Francia.

La aplicación del Convenio franco-neerlandés y de la legislación neerlandesa pertinente no permite neutralizar los efectos de la restricción a la libertad de establecimiento puesta de manifiesto en el marco de la respuesta a la primera cuestión. En efecto, con arreglo al Convenio franco-neerlandés y a la legislación neerlandesa aplicable, una sociedad matriz establecida en los Países Bajos que obtenga dividendos de una filial establecida en Francia está sujeta a tributación por vía de percepción en la fuente, limitada ciertamente, en virtud del citado Convenio, al 5 % del importe de los dividendos de que se trate, mientras que una sociedad matriz establecida en Francia está casi totalmente exenta de dicho gravamen.

#### 4. AGRICULTURA

La sentencia de 7 de septiembre, *España/Consejo* (C-310/04), anula el capítulo 10 *bis* del título IV del Reglamento (CE) n.º 1782/2003 del Consejo, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores. Se trataba en particular de las ayudas al algodón. El régimen de ayudas al algodón está destinado especialmente a sostener la producción de algodón en las regiones de la Comunidad donde tal producción sea importante para la economía agrícola, a proporcionar una renta equitativa a los productores interesados y a estabilizar el mercado mediante la mejora de las estructuras al nivel de la oferta y de la comercialización.

En el contexto de la reforma de la política agrícola común, el Consejo aprobó nuevas disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa, así como determinados regímenes de ayuda a los agricultores. A fin de equiparar los regímenes de apoyo al algodón, al aceite de oliva, al tabaco y al lúpulo con los regímenes de los demás sectores de la política agrícola común, el Consejo adoptó un nuevo régimen de ayudas para el algodón.

El TJCE considera que el Reglamento infringe el principio de proporcionalidad. Concretamente, se planteaba la cuestión de determinar sobre qué bases se fijó el importe de la ayuda específica para el algodón y, por lo tanto, si el legislador comunitario, sin rebasar su amplia facultad de apreciación, pudo sobre tales bases llegar a la conclusión de que el referido importe, fijado en el 35 % del total de las ayudas existentes en el anterior régimen de ayudas, era suficiente para alcanzar el objetivo perseguido de garantizar la rentabilidad y, por ende, la continuación de ese cultivo. Para ello, las instituciones comunitarias deben poder demostrar que la medida impugnada ha sido adoptada tomando en consideración todos los datos y circunstancias pertinentes de la situación que se haya pretendido regular con dicha medida.

El TJCE señala a este respecto que los costes salariales que tienen carácter fijo, tales como los costes de la mano de obra de los agricultores y de sus familias, no se incluyeron y, por ende, no se tuvieron en cuenta en el estudio comparativo sobre la rentabilidad previsible del cultivo de algodón bajo el nuevo régimen de ayudas elaborado por la Comisión, el cual sirvió de fundamento para determinar el importe de la ayuda especí-

fica para el algodón. Parece difícilmente cuestionable en sí misma la pertinencia de los costes salariales de que se trata para calcular los costes de producción del algodón y la rentabilidad previsible de dicho cultivo. Además, el Consejo y la Comisión no habían podido refutar que la inclusión de los costes de que se trata implica un aumento de los costes de producción del algodón de tal magnitud que no queda garantizada una rentabilidad suficiente de este cultivo bajo el nuevo régimen de ayudas, con el riesgo de que se abandone dicho cultivo, o al menos una parte significativa del mismo, o de que sea sustituido por otros cultivos. Por otra parte, no se habían examinado los efectos potenciales de la reforma del régimen de ayudas para el algodón sobre la situación económica de las empresas desmotadoras. La producción de algodón y su transformación por las empresas desmotadoras se encuentran indisolublemente ligadas entre sí. Por lo tanto, los potenciales efectos de la reforma del régimen de ayudas al algodón sobre la viabilidad económica en las empresas desmotadoras constituyen un dato básico que ha de tenerse en cuenta para valorar la rentabilidad del cultivo de algodón. En estas circunstancias, anula el nuevo régimen de ayudas para el algodón. No obstante, por motivos de seguridad jurídica, se suspenden los efectos de dicha anulación hasta que se adopte, dentro de un plazo razonable, un nuevo régimen.

## 5. APROXIMACION DE LEGISLACIONES

5.1. La sentencia de 19 de septiembre, *Lidl* (C-356/04) aborda las condiciones aplicables a la publicidad comparativa permitida y en particular la comparación del nivel general de los precios aplicados por cadenas de grandes almacenes o la comparación de los precios de una gama de productos.

Para el TJCE la condición aplicable a la publicidad comparativa permitida establecida por el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, en materia de publicidad engañosa y de publicidad comparativa, en su versión modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, no se opone a que una publicidad comparativa verse colectivamente sobre gamas de productos de consumo habitual comercializados por dos cadenas de grandes almacenes competidoras, siempre y cuando dichas gamas estén compuestas, en ambos casos, por productos individuales que, considerados por pares, cumplan indivi-

dualmente el requisito de comparabilidad establecido por la referida disposición. El requisito de que la publicidad «compare de modo objetivo» las características de los bienes de que se trata, establecido por esta disposición, no implica –en caso de comparación de los precios de una gama de productos de consumo habitual comparables comercializados por cadenas de grandes almacenes competidoras o del nivel general de los precios aplicados por éstas por lo que respecta a la gama de productos comparables que comercializan– que los productos y precios comparados, a saber, tanto los del anunciante como los de todos sus competidores incluidos en la comparación, sean enumerados expresa y exhaustivamente en el mensaje publicitario.

Constituyen, a efectos del artículo 3 *bis*, apartado 1, letra c), características «verificables» de bienes comercializados por dos cadenas de grandes almacenes competidoras, los precios de los referidos bienes, y el nivel general de los precios respectivamente aplicados por esas cadenas de grandes almacenes por lo que respecta a su gama de productos comparables y al importe del ahorro que puede conseguir el consumidor que compra dichos productos a una y no a la otra de las mencionadas cadenas, siempre y cuando los bienes en cuestión formen parte efectivamente de la gama de productos comparables en función de los cuales se haya determinado el citado nivel general de precios.

No obstante, una publicidad comparativa que destaca el nivel general de precios más bajos del anunciante con relación a sus principales competidores, cuando la comparación ha versado sobre una muestra de productos, puede tener carácter engañoso cuando el mensaje publicitario: (a) no revele que la comparación ha versado sobre dicha muestra y no sobre todos los productos del anunciante; (b) no identifique los elementos de la comparación realizada o no informe al destinatario sobre la fuente de información en la que pueda obtenerse tal identificación, o (c) haga una referencia colectiva a diversos importes que puede ahorrar el consumidor que realice sus compras al anunciante y no a sus competidores, sin individualizar el nivel general de los precios aplicados, respectivamente, por cada uno de los referidos competidores y el importe del ahorro que puede conseguirse comprando al anunciante y no a cada uno de los demás competidores.

La sentencia de 26 de octubre, *Mostaza Claro* (C-168/05) concluye que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, implica que un órgano jurisdic-

cional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación.

El TJCE desestima las alegaciones de ciertas partes de que, si se permitiera al órgano jurisdiccional apreciar la nulidad de un convenio arbitral en los casos en los que el consumidor no ha propuesto dicha excepción en el procedimiento de arbitraje, quedaría gravemente menoscabada la eficacia de los laudos arbitrales. Esta alegación se basa en la consideración de que las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales.

No obstante, el TJCE recuerda que ya ha declarado que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de de las normas comunitarias de este tipo. La importancia de la protección de los consumidores ha conducido en particular al legislador comunitario a establecer, en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional «no vincularán al consumidor». Se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. Además, la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

5.2. Varias sentencias abordan el derecho de la propiedad intelectual. En su sentencia de 12 de septiembre, *Laserdisken* (C-479/04) el TJCE aborda de nuevo la problemática del agotamiento de los derechos de autor y derechos afines. Estima que el artículo 4, apartado 2, de la Directi-

va 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, se opone a que normas nacionales establezcan el agotamiento del derecho de distribución respecto del original o de copias de una obra comercializadas fuera de la Comunidad Europea por el titular o con su consentimiento.

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2001/29 establece el derecho exclusivo del autor, respecto del original de sus obras o copias de ellas, a autorizar o prohibir toda forma de distribución al público, ya sea mediante venta o por cualquier otro medio. En el apartado 2 del mismo artículo se encuentra la regla relativa al agotamiento de este derecho. Según esta disposición, el derecho de distribución respecto del original o de copias de las obras no se agotará en la Comunidad en tanto no sea realizada en ella la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento. Por consiguiente, el agotamiento de este derecho está supeditado a un doble requisito: por una parte, que el original de una obra o las copias de ésta se hayan comercializado por el titular del derecho o con su consentimiento y, por otra, que esta comercialización se haya producido en la Comunidad.

No considera que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva deje a los Estados miembros la facultad de establecer o mantener en su Derecho nacional una regla de agotamiento no sólo para las obras comercializadas en la Comunidad, sino también para las comercializadas en Estados terceros. Del claro tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/29, en relación con el vigésimo octavo considerando de ésta, se desprende que dicha disposición no deja a los Estados miembros la facultad de establecer una regla de agotamiento que no sea la del agotamiento en la Comunidad. Por lo demás, esta interpretación es la única que puede alcanzar plenamente la finalidad de la Directiva 2001/29, que, según su primer considerando, consiste en salvaguardar el funcionamiento del mercado interior. A este respecto, hay que destacar que en una situación en la que unos Estados miembros pudieran establecer el agotamiento internacional del derecho de distribución mientras que otros sólo establecieran su agotamiento comunitario daría lugar a obstáculos ineluctables a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios.

Por otro lado, concluye que el examen de la petición prejudicial no había puesto de manifiesto ningún elemento que pueda afectar a la validez del artículo 4, apartado 2. Desestima los motivos relaciones con la utili-

zación errónea de los artículos 47 CE, apartado 2, 55 CE y 95 CE como base jurídica, con una supuesta violación de determinados convenios internacionales, de las normas del Tratado relativas a la competencia, de la libertad de expresión, del principio de igualdad y de los artículos 151 CE y 153 CE.

La sentencia de 14 de diciembre, *Nokia* (C-316/05) trata por primera vez en detalle de la protección judicial nacional de las marcas comunitarias, y en particular del artículo 98, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 40/94. Este precepto dispone: «No habiendo razones especiales que lo desaconsejen, el tribunal de marcas comunitarias que compruebe que el demandado ha violado o intentado violar una marca comunitaria dictará providencia para prohibirle que continúe sus actos de violación, o de intento de violación. Asimismo, con arreglo a la ley nacional, adoptará las medidas idóneas para garantizar el cumplimiento de esta prohibición».

El TJCE concluye que esta disposición debe interpretarse en el sentido de que el mero hecho de que el riesgo de que los actos de violación o de intento de violación de una marca comunitaria continúen no sea manifiesto o sólo tenga, por algún otro motivo, carácter limitado no constituye una razón especial para que un tribunal de marcas comunitarias no dicte una providencia prohibiendo al demandado continuar tales actos. Tampoco lo es la circunstancia de que la ley nacional contenga una prohibición general de violación de las marcas comunitarias y prevea la posibilidad de sancionar penalmente la continuación de los actos de violación o de intento de violación, con independencia de que sea intencional o resulte de una negligencia grave. Un tribunal de marcas comunitarias que ha dictado una providencia prohibiendo al demandado que continúe los actos de violación o de intento de violación de una marca comunitaria está obligado a adoptar, con arreglo a la ley nacional, las medidas idóneas para garantizar el cumplimiento de esta prohibición, aunque dicha ley contenga una prohibición general de violación de las marcas comunitarias y prevea la posibilidad de sancionar penalmente la continuación de los actos de violación o de intento de violación, con independencia de que sea intencional o resulte de una negligencia grave. En fin, un tribunal de marcas comunitarias que ha dictado una providencia prohibiendo al demandado que continúe los actos de violación o de intento de violación de una marca comunitaria está obligado a adoptar, de entre las medidas previstas en la ley nacional, aquellas que sean idóneas para garantizar el cumplimiento de esta prohibición, aunque esas medidas no puedan, en virtud

de esa ley, ser adoptadas en caso de violación análoga de una marca nacional.

La sentencia de 7 de diciembre, *SGAE* (C-306/05) el TJCE concluye que si bien la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido 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, la distribución de una señal por un establecimiento hotelero a los clientes alojados en sus habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, sea cual fuere la técnica empleada para la transmisión de la señal. El carácter privado de los dormitorios de un establecimiento hotelero no impide que se considere que la comunicación de una obra en tales habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye un acto de comunicación al público en el sentido de tal disposición.

5.3. El TJCE desestima, mediante sentencia de 12 de diciembre, *Alemania/Parlamento y Consejo* (C-380/03) el recurso interpuesto por Alemania contra los artículos 3 y 4 de la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco.

Desestima en primer lugar el motivo basado en una utilización errónea del artículo 95 CE en tanto que base jurídica. El TJCE recuerda que en el momento de la adopción de la Directiva, existían disparidades entre las normativas nacionales en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco que justificaban la intervención del legislador comunitario. En el mercado de los productos de la prensa, al igual que en el de la radio, los intercambios entre los Estados miembros son relativamente importantes y es previsible que se desarrollen aún más debido, fundamentalmente, a la relación de los medios de comunicación de que se trata con Internet, que constituye el medio transfronterizo por excelencia. Aunque algunas de estas publicaciones no se comercialicen en realidad en otros Estados miembros, no deja de ser cierto que, sin duda, la adopción de legislaciones divergentes en el ámbito de la publicidad de los productos del tabaco crea, o puede crear, obstáculos jurídicos a los intercambios de los productos de la prensa y de otras publicaciones impresas. Por lo tan-

to, estos obstáculos afectan también a las publicaciones comercializadas esencialmente en un mercado local, regional o nacional que, aun cuando no sea más que excepcionalmente o en pequeñas cantidades, se vendan en otros Estados miembros.

La misma apreciación se impone por lo que respecta a la publicidad de los productos del tabaco en los programas de radio y en los servicios de la sociedad de la información. Muchos Estados miembros habían adoptado ya legislación a este respecto o se disponían a hacerlo. Habida cuenta de la concienciación creciente del público acerca de la nocividad que presenta el consumo de productos del tabaco para la salud, era probable que surgieran nuevos obstáculos a los intercambios o a la libre prestación de servicios a raíz de la adopción de nuevas reglas que, reflejando esta evolución, se dirigieran a desincentivar con mayor eficacia el consumo de tales productos. Por otro lado, no podía excluirse que, puesto que el artículo 13 de la Directiva 89/552 prohibía cualquier forma de publicidad por televisión de cigarrillos y demás productos del tabaco, las disparidades existentes entre las normativas nacionales en lo que respecta a la publicidad del tabaco en los programas de radio y en los servicios de la sociedad de la información pudieran favorecer la posible elusión de esta prohibición a través de estos dos medios. La misma apreciación puede aplicarse al patrocinio por las empresas tabacaleras de programas de radio. Por ello concluye que estos obstáculos y el riesgo de distorsión de la competencia podían justificar que el legislador comunitario interviniera tomando como base el artículo 95 CE.

Comprueba a reglón seguido si, en los ámbitos a los que se refieren los artículos 3 y 4 de la Directiva, estos artículos tienen efectivamente por objeto bien la eliminación o la prevención de los obstáculos a la libre circulación de mercancías o a la libre prestación de servicios, bien la supresión de distorsiones de la competencia.

Por lo que respecta, en primer lugar, al artículo 3 de la Directiva, esta medida de prohibición, que debe aplicarse de modo uniforme en toda la Comunidad, tiende a evitar que la circulación intracomunitaria de los productos de la prensa se vea obstaculizada por la normativa nacional de algún Estado miembro. Por otro lado, el artículo 8 de la Directiva prevé que los Estados miembros no pueden prohibir o restringir la libre circulación de los productos que sean conformes con la Directiva. Al prohibir de este modo a los Estados miembros la posibilidad de oponerse a la oferta de espacios publicitarios en publicaciones destinadas exclusivamente a los

profesionales del tabaco, el artículo 8 de la Directiva explicita el objetivo enunciado en su artículo 1, apartado 2, que consiste en la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior. Por su parte, los artículos 3, apartado 2, y 4, apartado 1, de la Directiva, que prohíben la publicidad de los productos del tabaco en los servicios de la sociedad de la información y en los programas de radio, pretenden promover la libre difusión de estos programas y la libre circulación de las comunicaciones incluidas en los servicios de la sociedad de la información. Asimismo, al prohibir el patrocinio de programas de radio por empresas cuya actividad principal sea la fabricación o venta de productos del tabaco, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva pretende evitar que la libre prestación de servicios no se vea obstaculizada por la normativa nacional de algún Estado miembro. De ello resulta que los artículos 3 y 4 de la Directiva tienen efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior y, por lo tanto, que podían adoptarse sobre la base del artículo 95 CE.

Esta conclusión no se ve contrarrestada por el argumento de la demandante de que la prohibición prevista en los artículos 3 y 4 de la Directiva no contempla más que soportes publicitarios de carácter local o nacional, desprovistos de efectos transfronterizos. En efecto, el recurso a la base jurídica del artículo 95 CE no presupone la existencia de un vínculo efectivo con la libre circulación entre los Estados miembros en cada una de las situaciones contempladas por el acto que se funda en tal base. Lo importante, para justificar el recurso a la base jurídica del artículo 95 CE, es que el acto adoptado sobre tal base tenga efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

Desestima también el motivo basado en una violación del principio de proporcionalidad. El TJCE considera que habida cuenta de la obligación del legislador comunitario de garantizar un nivel elevado de protección de la salud humana, no exceden de lo necesario para lograr el objetivo que persiguen. En efecto, la prohibición de la publicidad de los productos del tabaco en los medios de comunicación impresos, prevista en el artículo 3 de la Directiva, no afecta a las publicaciones destinadas a los profesionales del comercio del tabaco ni a las editadas en países terceros que no estén destinadas principalmente al mercado comunitario. Además, el legislador comunitario no podía adoptar una medida menos restrictiva que consistiera en una prohibición de la publicidad no aplicable a las publica-

ciones destinadas a un mercado local o regional, puesto que una excepción de este tipo habría supuesto que el ámbito de aplicación de la prohibición de la publicidad de los productos del tabaco pasara a ser incierto y aleatorio, lo que hubiera impedido que la Directiva alcanzara su objetivo de armonización de las legislaciones nacionales en materia de publicidad de los productos del tabaco. La misma apreciación se impone en lo que atañe a la prohibición de la publicidad de los productos del tabaco en los servicios de la información y en los programas de radio.

Esta interpretación no se ve cuestionada por la tesis de la demandante de que tales medidas de prohibición suponen que se prive a las empresas de prensa de importantes ingresos publicitarios, cuando no coadyuvan al cierre de algunas de ellas, y menoscaban, en última instancia, la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del CEDH. Esta libertad puede ser objeto de determinadas limitaciones justificadas por objetivos de interés general, en la medida en que estas excepciones estén previstas por la ley, respondan a una o más finalidades legítimas con arreglo a dicha disposición y sean necesarias en una sociedad democrática, es decir, en la medida en que estén justificadas por una necesidad social imperiosa y, en particular, resulten proporcionadas a la finalidad legítima perseguida. La facultad de apreciación de que disponen las autoridades competentes para determinar dónde se halla el equilibrio justo entre la libertad de expresión y los objetivos de interés general contemplados en el artículo 10, apartado 2, del CEDH, varía en función de cada una de las finalidades que permiten limitar este derecho y según la naturaleza de las actividades en juego. Cuando existe cierto margen de apreciación, el control se limita a un examen del carácter razonable y proporcionado de la injerencia. Es lo que sucede con el uso mercantil de la libertad de expresión, en particular en un ámbito tan complejo y fluctuante como el de la publicidad.

5.4. En la sentencia de 14 de septiembre, *Stradasfalti* (C-228/05) el TJCE considera que el artículo 17, apartado 7, primera frase, de la Sexta Directiva IVA (Directiva 77/388) impone a los Estados miembros, para cumplir con la obligación formal de consulta establecida en el artículo 29 de la misma Directiva, el deber de informar al Comité consultivo del IVA previsto en este artículo de que pretenden adoptar una medida nacional que establece una excepción al régimen general de deducciones del impuesto sobre el valor añadido y de proporcionar a este Comité suficiente información para que pueda examinar la medida con todo conocimiento

de causa. Esta disposición no permite a un Estado miembro excluir bienes del régimen de deducciones del impuesto sobre el valor añadido sin consulta previa del Comité. Esa disposición tampoco autoriza a un Estado miembro a adoptar medidas que excluyan bienes del régimen de deducciones de este impuesto que no contengan indicaciones en cuanto a su limitación temporal y/o que formen parte de un conjunto de medidas de adaptación estructural que tengan por objeto reducir el déficit presupuestario y amortizar la deuda pública. A no ser que se haya establecido una exclusión del régimen de deducciones de conformidad con el artículo 17, apartado 7, de la Directiva 77/388, las autoridades fiscales nacionales no podrán oponer a un sujeto pasivo una excepción al principio del derecho a la deducción del IVA enunciado en el artículo 17, apartado 1, de dicha Directiva. El sujeto pasivo al que se haya aplicado esta excepción debe poder recalcular su deuda del IVA de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 77/388, en la medida en que se hayan utilizado los bienes y servicios para las necesidades de las operaciones gravadas.

La sentencia de 3 de octubre, *Banca Popolare di Cremona (C-475/03)* considera que el IRAP (impuesto regional sobre las actividades productivas) es compatible con el Derecho comunitario, pues tiene características que lo distinguen del IVA y no puede calificarse de impuesto sobre el volumen de negocios. El TJCE recuerda, en primer lugar, los objetivos del establecimiento del sistema común del IVA: establecer un mercado común que tenga características análogas a las de un mercado interior, eliminando las diferencias de sujeción al impuesto que pueden falsear las condiciones de competencia y obstaculizar los intercambios comerciales. Su objetivo es sustituir a los impuestos sobre el volumen de negocios vigentes en los distintos Estados miembros. Por consiguiente, el sistema común del IVA no permite mantener o establecer impuestos que tengan el carácter de impuestos sobre el volumen de negocios. En cambio, no se opone al mantenimiento o establecimiento de un impuesto que no presente alguna de las características esenciales del IVA. Así pues, el TJCE analiza y compara, a continuación, determinadas características fundamentales de los dos impuestos:

El IVA, según el sistema común, se aplica con carácter general a las transacciones que tengan por objeto bienes o servicios; su importe es proporcional al precio de los bienes o servicios; se percibe en cada fase del proceso de producción y de distribución; el sujeto pasivo puede deducirlo

de los importes abonados en las etapas anteriores del proceso (la carga final recae en definitiva sobre el consumidor). Por el contrario, el IRAP recae sobre el valor neto de la producción (la diferencia que se obtiene en la cuenta de resultados entre el «valor de la producción» y los «costes de la producción», según las definiciones de estos conceptos establecidas por la legislación italiana) de la empresa (sociedades o personas físicas) en el territorio de una región a lo largo de un determinado período. Incluye elementos como las variaciones de las existencias, las amortizaciones y las depreciaciones, que no tienen un vínculo directo con la entrega de bienes o la prestación de servicios en cuanto tales.

Además, el sujeto pasivo no puede determinar con precisión el importe del IRAP ya incluido en el precio de adquisición de los bienes y servicios. Aunque puede suponerse que un sujeto pasivo del IRAP que efectúa la venta al consumidor final tendrá en cuenta, para fijar su precio, el importe de la exacción incorporado a sus gastos generales, no todos los sujetos pasivos tienen la posibilidad de repercutir, o de repercutir totalmente, la carga del impuesto sobre el consumidor final.

En resumen, el IRAP se distingue del IVA en que no es proporcional a los precios de los bienes entregados o los servicios prestados y no está destinado a ser repercutido sobre el consumidor final de una manera característica del IVA. El IRAP se distingue del IVA de tal manera que no puede ser calificado de impuesto que tenga el carácter de impuesto sobre el volumen de negocios, en el sentido de la Sexta Directiva. Por consiguiente, una exacción fiscal con las características del IRAP es compatible con la Sexta Directiva.

## 6. DERECHO DE LA COMPETENCIA

6.1. La sentencia de 23 de noviembre, *Asnef-Equifax* (C-238/05) concluye que el artículo 81 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que un sistema de intercambio de información sobre el crédito, como el Registro de Información entre entidades financieras sobre la solvencia de los clientes objeto del asunto principal, no tiene por efecto, en principio, restringir la competencia en el sentido de dicha disposición, siempre que el mercado o mercados pertinentes no se encuentren fuertemente concentrados, que dicho sistema no permita identificar a los acreedores y que las condiciones de acceso y de utilización para las entidades financieras

no sean discriminatorias de hecho ni de Derecho. En el supuesto de que un sistema de intercambio de información sobre el crédito, como el referido Registro, restrinja la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, la aplicabilidad de la exención prevista en el apartado 3 de dicho artículo estará supeditada a los cuatro requisitos acumulativos que enuncia esta última disposición. Incumbe al juez nacional verificar si concurren tales requisitos. Para que se cumpla el requisito de que se reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, no es necesario, en principio, que cada uno de los consumidores se beneficie individualmente del acuerdo, decisión o práctica concertada. Sí es necesario, en cambio, que la incidencia global sobre los consumidores en los mercados pertinentes sea favorable.

6.2. La sentencia de 6 de septiembre, *Portugal/Comisión* (C-88/03) desestima el recurso presentado contra la Decisión 2003/442/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, relativa a la parte del régimen que adapta el sistema fiscal nacional a las particularidades de la Región Autónoma de las Azores en lo relativo a las reducción de los tipos del impuesto sobre la renta.

El órgano legislativo de la Región de las Azores aprobó en 1999 una reducción de los tipos de los impuestos sobre la renta, que se aplica automáticamente a todos los operadores económicos. La reducción tiene como objetivo, en particular, permitir a las empresas instaladas en la región de las Azores superar las desventajas estructurales intrínsecas a su situación en una región insular y ultraperiférica. El mencionado régimen fiscal se comunicó tardíamente a la Comisión y entró en vigor sin autorización. Tras examinar las medidas de que se trata, la Comisión llegó a la conclusión de que constituían ayudas de funcionamiento que sólo podrían ser autorizadas si, respetando las condiciones establecidas en las Directrices relativas a las ayudas estatales de finalidad regional, estuvieran justificadas por su contribución al desarrollo regional y fueran proporcionales a los costes adicionales que tienen por objeto compensar. Por lo tanto, no pueden concederse a favor de empresas que ejerzan actividades financieras o del tipo «servicios intragrupo» (actividades cuyo fundamento económico es prestar servicios a las empresas pertenecientes a un mismo grupo), puesto que tales actividades no participan lo suficiente en el desarrollo regional. En su Decisión, la Comisión intima a Portugal a adoptar las medidas necesarias para obtener de tales empresas la recuperación de las ayudas abonadas.

El TJCE recuerda que para apreciar la selectividad de una medida es necesario examinar si, en el marco de un régimen jurídico concreto, dicha medida puede favorecer a determinadas empresas en comparación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable. No puede excluirse que una entidad infraestatal cuente con un estatuto jurídico y fáctico que la haga lo suficientemente autónoma del Gobierno central de un Estado miembro como para que sea ella misma, y no el Gobierno central, quien, mediante las medidas que adopte, desempeñe un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas.

En este contexto, para que pueda considerarse que una decisión se ha adoptado en ejercicio de atribuciones lo suficientemente autónomas es necesario que sea obra de una autoridad territorial que, desde el punto de vista constitucional, cuente con un estatuto político y administrativo distinto del Gobierno central. Además, debe haber sido adoptada sin que el Gobierno central haya podido intervenir directamente en su contenido. Por último, las consecuencias financieras de la aplicación de un tipo impositivo reducido a las empresas localizadas en la región no deben verse compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno central. Es necesario no sólo que la entidad infraestatal disponga de la competencia para adoptar, para el territorio de su competencia, medidas de reducción del tipo impositivo con independencia de cualquier consideración relativa al comportamiento del Estado central, sino también que asuma las consecuencias políticas y financieras de tal medida. Considera que los aspectos de la política fiscal del Gobierno regional de las Azores dependen, desde el punto de vista financiero, de las transferencias financieras gestionadas por el Gobierno central.

6.3. La sentencia de 7 de septiembre, *Boiron* (C-526/04) considera que un laboratorio farmacéutico sujeto al pago de un gravamen como el previsto en Francia en el artículo 12 de la Ley n.º 97-1164, de financiación de la seguridad social para 1998, tiene derecho a alegar que la no sujeción de los mayoristas distribuidores a dicho gravamen constituye una ayuda de Estado, para obtener la restitución de la parte de las cantidades abonadas correspondiente a la ventaja económica injustamente obtenida por los mayoristas distribuidores. El TJCE admite que, en varios asuntos que le han sido sometidos, ha declarado que los deudores de un tributo no pueden invocar que la exención de que disfrutaban otras empresas constituye una

ayuda de Estado para eludir el pago de dicho tributo u obtener el reembolso del mismo. Sin embargo, la naturaleza de las medidas nacionales controvertidas en estos otros asuntos difiere de manera esencial de la del gravamen sobre las ventas directas. En efecto, en todos aquellos asuntos, se trataba de una exención en beneficio de determinados operadores de un gravamen de alcance general y se alegaba que dicha exención constituía en sí misma una medida de ayuda. En cambio, en el asunto principal, no se trata de tal régimen tributario, sino de un gravamen al que únicamente está sujeta una de las dos categorías de operadores en situación competitiva, a saber, los laboratorios farmacéuticos. En tal caso de sujeción asimétrica a un gravamen, la supuesta ayuda resulta del hecho de que otra categoría de operadores económicos con la cual la categoría gravada está en relación directa de competencia, en este caso los mayoristas distribuidores, no está sujeta al pago del referido gravamen. En el caso de autos, constaba que esa no sujeción constituye además un objetivo deliberado, o incluso el objetivo principal, del gravamen sobre las ventas directas.

No obstante, el Derecho comunitario no se opone a la aplicación de normas de Derecho nacional que supeditan la restitución de un gravamen obligatorio, como el previsto en el artículo 12 de la citada Ley n.º 97-1164, a la prueba, que incumbe al solicitante de la restitución, de que la ventaja obtenida por los mayoristas distribuidores de su no sujeción a dicho gravamen supera los costes adicionales que soportan por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que les impone la normativa nacional y, en particular, de que no se cumple al menos uno de los requisitos precisados en la sentencia de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg* (C-280/00, Rec. p. I-7747). No obstante, con el objeto de garantizar el cumplimiento del principio de efectividad, el juez nacional, si constata que el hecho de hacer que recaiga sobre un laboratorio farmacéutico como Boiron la carga de la prueba de la existencia de un exceso de compensación en beneficio de los mayoristas distribuidores, y por ende del carácter de ayuda de Estado del gravamen sobre las ventas directas, puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil la aportación de tal prueba, debido en particular a que ésta versa sobre datos de los que dicho laboratorio no puede disponer, está obligado a hacer uso de todos los medios procesales puestos a su disposición por el Derecho nacional, entre los que figura el de ordenar la práctica de las diligencias de prueba necesarias, incluida la aportación por una de las partes o por un tercero de un escrito o documento.

La sentencia de 5 de octubre, *Comisión/Francia* (C-232/05) declara que Francia ha incumplido sus obligaciones al no haber adoptado en el plazo señalado todas las medidas necesarias para que el beneficiario de las ayudas objeto la Decisión 2002/14/CE de la Comisión, sobre la ayuda estatal ejecutada por Francia a favor de Scout Paper SA/Kimberly-Clark, devolviese tales ayudas.

El Gobierno francés alegaba que la demora se debía a la aplicación de los procedimientos establecidos en Derecho francés, aplicación autorizada expresamente por el artículo 14, apartado 3, del Reglamento n.º 659/1999. A este respecto recuerda el TJCE que, según el artículo 14, apartado 3, del Reglamento n.º 659/1999, la aplicación de los procedimientos nacionales está sujeta a la condición de que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión, condición que refleja las exigencias del principio de efectividad acuñado previamente por la jurisprudencia. La aplicación de los procedimientos nacionales no debe suponer un obstáculo al restablecimiento de la competencia efectiva, impidiendo la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. No cabe considerar que, al dotar de efecto suspensivo a los recursos interpuestos contra las liquidaciones emitidas con el fin de recuperar una ayuda concedida, el procedimiento previsto por el Derecho francés y aplicado en el caso de autos permitiera la ejecución «inmediata y efectiva» de la Decisión 2002/14. Por el contrario, debido a este efecto suspensivo, tal procedimiento puede demorar considerablemente la recuperación de las ayudas. De este modo, al no respetar los objetivos perseguidos por las normas comunitarias sobre ayudas de Estado, dicho procedimiento nacional ha impedido el restablecimiento inmediato de la situación anterior y ha prolongado la ventaja indebida en materia de competencia que resulta de las ayudas de que se trata.

Añade el TJCE que no cabe considerar que el efecto suspensivo de los recursos interpuestos ante los órganos jurisdiccional nacionales sea indispensable para garantizar la tutela judicial efectiva en lo que atañe al Derecho comunitario. En efecto, esta tutela ya está plenamente garantizada por los instrumentos previstos en el Tratado CE, especialmente, en casos de esta índole, por el recurso de anulación establecido en el artículo 230 CE. No cabe cuestionar ante un órgano jurisdiccional nacional la decisión de la Comisión relativa a la recuperación de las cantidades adeudadas. Esta cuestión queda reservada al TPI, que deberá resolver en el marco de un recurso de anulación interpuesto ante él. Además, del artículo 242 CE se

deduce que, de no existir una resolución de dicho Tribunal en sentido contrario, tal recurso no tendrá efecto suspensivo.

En la sentencia de 5 de octubre, *Transalpine Ölleitung* (C-368/04) el TJCE recuerda que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales salvaguardar los derechos de los justiciables frente a un eventual incumplimiento, por parte de las autoridades nacionales, de la prohibición de aplicar unas ayudas antes de que la Comisión adopte una decisión autorizándolas. Al hacerlo, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tomar plenamente en consideración el interés comunitario y no deben adoptar una medida que tenga como único efecto ampliar el círculo de beneficiarios de la ayuda. Puesto que una decisión de la Comisión por la que se declara la compatibilidad con el mercado común de una ayuda no notificada no produce el efecto de regularizar, *a posteriori*, los actos de ejecución que eran inválidos por haberse adoptado con infracción del artículo 88.3 CE, última frase, es irrelevante que una solicitud haya sido presentada antes o después de la adopción de la decisión por la que se declara la compatibilidad de la ayuda con el mercado común, ya que esta solicitud se refiere a una situación ilegal resultante de la falta de notificación.

Recuerda que una medida de ayuda, en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, que se ejecute sin observar las obligaciones derivadas del artículo 88 CE, apartado 3, es ilegal. Cualquier otra interpretación conduciría a fomentar la inobservancia, por parte del Estado miembro interesado, de dicha disposición y la privaría de su eficacia. Efectivamente, si, en el marco de un plan de ayudas, compatible o no con el mercado común, el incumplimiento del artículo 88 CE, apartado 3, no conllevara mayor riesgo o sanción que el cumplimiento de esta misma disposición, el incentivo para que los Estados miembros lo notificaran y esperaran una decisión de compatibilidad resultaría enormemente reducido, como lo sería, en consecuencia, el alcance del control de la Comisión. Poco importa, a este respecto, que una decisión de la Comisión precise que su apreciación de la ayuda en cuestión se refiere a un período anterior a la adopción de dicha decisión.

En cuanto a los órganos jurisdiccionales nacionales, al tratarse de una devolución parcial de un impuesto constitutiva de una medida de ayuda ilegal por haberse concedido infringiendo la obligación de notificación, no sería conforme al interés comunitario ordenar tal devolución a favor de otras empresas si esa decisión produce el efecto de ampliar el círculo de beneficiarios de la ayuda, incrementando así los efectos de dicha ayuda

en lugar de eliminarlos. Además, señala que, en los asuntos de los procedimientos principales, las peticiones de concesión de la ayuda ilegal, a saber, la devolución parcial de impuestos sobre la energía, pueden asimilarse a peticiones de exención parcial de pago de estos impuestos. Pues bien, tal como resulta de la jurisprudencia, los deudores de un tributo no pueden invocar que la exención de que disfrutaban otras empresas constituye una ayuda de Estado para eludir el pago de dicho tributo.

## 7. DERECHO SOCIAL

7.1. Las sentencias de 7 de septiembre, *Vassallo* (C-180/04) y *Marrosu* (C-53/04) concluye que el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura como anexo 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, no se opone a una normativa nacional que, en caso de abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada por un empleador del sector público, excluye la transformación de éstos en contratos o relaciones laborales por tiempo indefinido, siendo así que tal transformación está regulada para los contratos y relaciones laborales celebrados con un empresario del sector privado, cuando dicha normativa contiene otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada.

La sentencia de 7 de septiembre, *Agorastoudis* (C-187/05 a C-190/05) concluye que la Directiva 75/129/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, es aplicable en caso de despidos colectivos que resulten del cese definitivo del funcionamiento de una empresa o de una fábrica, decidido únicamente a iniciativa del empresario a falta de decisión judicial previa.

La sentencia de 7 de septiembre, *Cordero Alonso* (C-81/05) considera que en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987, del Consejo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 2002/74, el principio general de igualdad, tal y como se reconoce en el ordenamiento jurídico comunitario, exige que cuando, según una normativa nacional como la que

es objeto del litigio principal, en caso de insolvencia del empresario, la institución de garantía se haga cargo del pago de las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo establecidas por una sentencia judicial, las indemnizaciones de la misma naturaleza reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial deben recibir el mismo trato. El juez nacional debe dejar sin aplicar una norma interna que, vulnerando el principio de igualdad, tal y como éste se reconoce en el ordenamiento jurídico comunitario, excluye que la institución de garantía competente se haga cargo del pago de las indemnizaciones por finalización del contrato reconocidas en un acuerdo entre trabajadores y empresarios celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial.

7.2. La sentencia de 3 de octubre, *Cadman* (C-17/05) aborda la utilización del criterio de la antigüedad como factor que contribuye a la fijación de las retribuciones a la luz del artículo 141 CE. En este contexto, el TJCE interpreta que el artículo 141 CE en el sentido de que dado que, por regla general, la utilización del criterio de la antigüedad es idónea para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, el empresario no está obligado a justificar de un modo especial que la utilización de dicho criterio sea idónea para alcanzar la citada finalidad en lo que atañe a un puesto de trabajo determinado, a no ser que el trabajador facilite datos que puedan hacer nacer dudas fundadas a este respecto. Cuando para la fijación de la retribución se utilice un sistema de clasificación profesional fundado en una evaluación del trabajo que debe realizarse, no es necesario acreditar que un trabajador considerado individualmente haya adquirido, durante el período pertinente, una experiencia que le haya permitido desempeñar mejor su trabajo.

## 8. RELACIONES EXTERIORES

La sentencia de 14 de diciembre, *Gattoussi* (C-97/05) concluye que el artículo 64, apartado 1, del Acuerdo euromediterráneo de 17 de julio de 1995 entre la CE y Túnez puede producir efectos sobre el derecho de residencia de un nacional tunecino en el territorio de un Estado miembro cuando éste le haya autorizado legalmente a ejercer una actividad profesional en su territorio durante un período que supera la duración de la autorización de residencia de dicho nacional.

El TJCE está de acuerdo en que se deriva del propio tenor del artículo 64, apartado 1, del Acuerdo euromediterráneo, así como de la Declaración conjunta relativa al mismo, que esta disposición no tiene por objeto, en sí misma, regular el derecho de residencia de los nacionales tunecinos en los Estados miembros. No obstante, no resulta de esta interpretación que un nacional tunecino no pueda en ningún caso basarse en la prohibición de discriminación establecida en el artículo 64, apartado 1, del Acuerdo euromediterráneo para oponerse a una medida adoptada por un Estado miembro que limita su derecho de residencia. En efecto, no se puede admitir que los Estados miembros dispongan del principio de no discriminación que proclama el artículo 64, apartado 1, del Acuerdo euromediterráneo limitando el efecto útil del mismo a través de normas de Derecho interno. Tal posibilidad, por un lado, infringiría las disposiciones de un acuerdo celebrado por la Comunidad y sus Estados miembros y, por otra parte, comprometería la aplicación uniforme del principio de que se trata. Más en concreto, si el Estado miembro de acogida ha concedido inicialmente al trabajador migrante unos derechos concretos en el ámbito del ejercicio de un empleo más amplios que los que le hayan sido conferidos por ese mismo Estado en el ámbito de la residencia, el Estado miembro de que se trata no puede alterar la situación de ese trabajador por motivos no relacionados con la protección de un interés legítimo del Estado, como son las razones de orden público, de seguridad y de salud públicas.

## 9. JUSTICIA, LIBERTAD y SEGURIDAD

9.1. La sentencia de 14 de diciembre, *ASML Netherlands* (C-283/05) concluye que el artículo 34, número 2, 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, debe interpretarse en el sentido de que un demandado únicamente «tiene la posibilidad» de interponer un recurso contra una resolución dictada en rebeldía, si efectivamente ha conocido el contenido de la misma por medio de la entrega o notificación efectuada con tiempo suficiente para poder defenderse ante el órgano jurisdiccional del Estado de origen.

9.2. La sentencia de 28 de septiembre, *Van Straaten* (C-150/05), concluye que el criterio pertinente a efectos de la aplicación del artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (principio *non bis*

*in idem*) está constituido por el de la identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido. En cuanto a los delitos sobre estupefacientes, no se exige que las cantidades de droga de que se trata en los dos Estados contratantes concernidos o que las personas que supuestamente hayan tomado parte en los hechos en ambos Estados sean idénticas. Los hechos punibles consistentes en la exportación y la importación de los mismos estupefacientes y perseguidos en diferentes Estados contratantes de dicho Convenio deben considerarse, en principio, como «los mismos hechos» en el sentido del referido artículo 54, correspondiendo la apreciación definitiva a este respecto a las instancias nacionales competentes. Sobre este punto la sentencia sigue las enseñanzas de la sentencia de 9 de marzo de 2006, Van Esbroeck (C-436/04, Rec. p. I-2333) que ya señaló que de la redacción del artículo 54 del CAAS, que utiliza los términos «los mismos hechos», se desprende que esta disposición se refiere exclusivamente a la materialidad de los hechos de que se trata, sin incluir su calificación jurídica. Los términos empleados en dicho artículo se distinguen también de los que figuran en otros instrumentos internacionales que consagran el principio *non bis in idem*.

El TJCE concluye también que el principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 54 de dicho Convenio, es aplicable a una resolución de las autoridades judiciales de un Estado contratante mediante la cual se absuelve definitivamente a un acusado por falta de pruebas. Recuerda que conforme al mencionado artículo 54, una persona no puede ser perseguida en un Estado contratante por los mismos hechos por los que ya ha sido «juzgada en sentencia firme» en otro Estado contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o ya no pueda ejecutarse. Si no se aplicara este artículo a una resolución de definitiva de absolución por falta de pruebas se pondría en peligro el ejercicio del derecho a la libre circulación. Además, la incoación de un proceso penal en otro Estado contratante por los mismos hechos minaría, en caso de absolución definitiva por falta de pruebas, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. Efectivamente, el acusado tendría razones para temer ser perseguido de nuevo penalmente en otro Estado contratante aunque hubiera recaído sentencia firme sobre los mismos hechos. Sin pronunciarse sobre la cuestión de si una absolución que no se basa en una apreciación sobre el fondo está comprendida en el ámbito de

aplicación de dicho artículo, señala que una absolución por falta de pruebas se basa en tal apreciación.

La sentencia de 28 de septiembre, *Gasparini* (C-467/04) resuelve que el principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del CAAS, resulta aplicable a la resolución de un tribunal de un Estado Contratante, dictada tras haberse ejercitado la correspondiente acción penal, en virtud de la cual se absuelve definitivamente a un inculpado por haber prescrito el delito que dio lugar a la incoación de diligencias penales. No obstante, el mencionado principio no se aplica a personas distintas de las que han sido juzgadas en sentencia firme por un Estado Contratante.

El TJCE concluye también que un tribunal penal de un Estado Contratante no puede considerar en libre práctica en su territorio una mercancía por el mero hecho de que un tribunal penal de otro Estado Contratante haya declarado, en relación con esa misma mercancía, que el delito de contrabando ha prescrito. En virtud del artículo 24 CE, para que puedan considerarse en libre práctica en un Estado miembro los productos procedentes de terceros países deben concurrir tres requisitos. En efecto, se consideran en libre práctica los productos respecto de los cuales, en primer lugar, se hayan cumplido las formalidades de importación; en segundo lugar, se hayan percibido en dicho Estado miembro los derechos de aduana y cualesquiera otras exacciones de efecto equivalente exigibles, y, en tercer lugar, no se hayan beneficiado de una devolución total o parcial de los mismos. El hecho de que un tribunal de un Estado miembro haya declarado prescrito el delito de contrabando imputado a un inculpado no modifica la calificación jurídica de los productos de que se trata. El principio *non bis in idem* tan sólo vincula a los tribunales de un Estado Contratante en la medida en que se opone a que un inculpado que ya ha sido juzgado en sentencia firme en otro Estado Contratante sea perseguido una segunda vez por los mismos hechos.

En fin, el TJCE declara que la comercialización de una mercancía en otro Estado miembro, con posterioridad a su importación en el Estado miembro que ha pronunciado la absolución, constituye un comportamiento que puede formar parte de «los mismos hechos» a efectos del citado artículo 54. El único criterio pertinente a efectos de la aplicación del concepto de «los mismos hechos» en el sentido del artículo 54 del CAAS es el de la identidad de los hechos materiales, entendidos como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas.