

ALEGRÍA BORRÁS

*Catedrática de Universidad de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona*

CRISTINA PELLISÉ

*Profesora Titular de Universidad de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona*

**JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA UNIÓN EUROPEA**

PUBLICAT A LA
«REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA»
NÚM. 1, 2015

JURISPRUDÈNCIA COMUNITÀRIA

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA*

por

ALEGRÍA BORRÁS

*Catedrática de Universidad de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona
alegriaborras@ub.edu*

y

CRISTINA PELLISÉ

*Profesora Titular de Universidad de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona
cpellise@ub.edu*

RJC, núm. 1-2015, págs. 237-266

SUMARIO: I. COMENTARIO. Impuesto sobre sucesiones y donaciones: discriminación entre residentes y no residentes. Incumplimiento de España. Libre circulación de capitales, por Alegría Borrás. II. NOTAS. 1. Principios de Derecho comunitario. 2. Libre circulación de mercancías. 3. Derecho de establecimiento, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales. 4. Derecho de la competencia. 5. Propiedad intelectual. 6. Protección de los consumidores. 7. Cooperación judicial.

I. COMENTARIO

Sentencia de 3 de septiembre de 2014, Asunto C-127/12, Comisión Europea c. Reino de España.

* Tercer trimestre de 2014. Las Sentencias comentadas y todas las Sentencias dictadas en este trimestre pueden consultarse en la página del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: <http://curia.europa.eu/>

IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES: DISCRIMINACIÓN ENTRE RESIDENTES Y NO RESIDENTES. INCUMPLIMIENTO DE ESPAÑA. LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

1. En una esperada Sentencia, el Tribunal de Justicia ha decidido «declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 63 TFUE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, al permitir que se establezcan diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de Éste». El revuelo que esta Sentencia ha causado ha sido grande y sus consecuencias prácticas importantes. De ahí que las reacciones hayan sido inmediatas tanto por parte de los ciudadanos como por parte de los medios especializados.

2. El camino que ha conducido hasta esta Sentencia ha sido largo. En realidad, tiene su origen en el requerimiento dirigido por la Comisión a España en el 2007 en que le advertía de la posible incompatibilidad de la Ley 21/2001 con los arts. 21 y 63 TFUE en materia de libre circulación de capitales y con los arts. 28 y 40 del Acuerdo EEE, al que España contestó en sentido negativo. En mayo de 2010, la Comisión envió a España un dictamen motivado, al que contestó diciendo que dicha ley había sido sustituida por la Ley 22/2009, respondiendo inmediatamente la Comisión con un nuevo dictamen motivado complementario, teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006 (Asunto C-88/03, República portuguesa apoyada por el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte *c. Comisión de las Comunidades Europeas*, el conocido como «*caso Açores*»), en que el Tribunal de Justicia desestima el recurso presentado por Portugal solicitando la anulación de la Decisión 2003/442, de 11 de diciembre de 2002, relativa a la parte del régimen fiscal nacional a las particularidades de la región autónoma de las Azores en lo relativo a las reducciones de los tipos del impuesto sobre la renta. España respondió a este dictamen complementario, pero la Comisión, insatisfecha con las respuestas, interpuso un recurso por incumplimiento el 7 de marzo de 2012, que es el que ahora resuelve el Tribunal, rechazando, en primer lugar, la excepción de inadmisibilidad que España planteó.

3. La respuesta del Tribunal era previsible por los antecedentes existentes, si bien algunos elementos que se hicieron valer por España pudieron llevar a imaginar una solución diferente. No obstante, el hecho de que el asunto fuera juzgado sin conclusiones de la Abogada General, J. Kokott, claramente conducía a pensar que no había cambio en la jurisprudencia anterior, en particular la Sentencia de 17 de octubre de 2013 (Asunto C-181/12, Yvon Welte *c. Finanzamt Velbert*) que, a su vez, sigue la Sentencia de 22 de abril de 2010 (Asunto C-510/08, Vera Mattner *c. Finanzamt Velbert*), en sendos recursos prejudiciales en que había sido Abogado General P. Mengozzi.

En la Sentencia de 22 de abril de 2010 se trataba de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán en el caso de la Sra. Mattner, alemana residente en Holanda desde hace 35 años, que recibe como donación de su madre, también alemana residente en Holanda desde hace más de 50 años, un terreno edificado

situado en Alemania y valorado en 255.000 euros. La Sra. Mattner pretende obtener la reducción prevista para el caso de que donante o donatario residieran en Alemania, lo que hubiera significado pagar 3.500 euros en vez de los 27.929 que se le reclamaban. La respuesta del Tribunal fue que los arts. 56 y 58 TCE «deben interpretarse conjuntamente en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que establece, para calcular la liquidación del impuesto sobre donaciones, que la reducción sobre la base imponible en caso de donación de un inmueble situado en el territorio de dicho Estado es inferior, si el donante y el donatario residían en otro Estado miembro en la fecha en que se realizó la donación, a la reducción que se habría aplicado si al menos uno de ellos hubiese residido, en esa misma fecha, en el primer Estado miembro».

En el caso más reciente, el de la Sentencia de 17 de octubre de 2013, el supuesto es bastante similar, pues se trata de una súbdita alemana, que adquiere la nacionalidad suiza después de su matrimonio con el Sr. Welte, con el que convive en dicho país hasta su fallecimiento. Su marido, el Sr. Welte, es su único heredero. El *Finanzamt* le reclama la cantidad de 41.450 euros en concepto de impuesto de sucesiones porque la causante era propietaria de una finca en Düsseldorf y dos cuentas bancarias en Alemania. Para calcular el importe del impuesto se le había aplicado una reducción de 2.000 euros, prevista para el supuesto de sucesiones entre no residentes, mientras que si en la sucesión está implicado al menos un residente hay una importante reducción de la base imponible. La Sentencia, en el mismo sentido que la anterior, dice que «los artículos 56 CE y 58 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro relativa al cálculo del impuesto sobre sucesiones que establece, en caso de adquisición *mortis causa* de un inmueble situado en el territorio de dicho Estado, que la reducción de la base imponible en el supuesto, como sucede en el litigio principal, de que el causante y el causahabiente residan, en el momento del fallecimiento en un tercer país como la Confederación Suiza, es inferior a la reducción que se habría aplicado si al menos uno de ellos hubiera residido, en ese mismo momento, en dicho Estado miembro».

Con estos antecedentes en relación específicamente a Alemania y la Sentencia que ahora se comenta en relación a España, de 3 de septiembre de 2014, no es extraño que al día siguiente, el 4 de septiembre de 2014, se dictara una Sentencia por incumplimiento contra Alemania (asunto C-211/13, Comisión Europea *c.* República Federal de Alemania apoyada por España), estableciendo que «al adoptar y mantener en vigor disposiciones legislativas según las cuales, al aplicar derechos sucesorios y de donación en lo que concierne a un inmueble situado en Alemania, no se acuerda una imposición menos elevada si el difunto, en la fecha del fallecimiento, o el donante, en la fecha en que ha efectuado la donación, y el beneficiario, en la fecha del hecho generador del impuesto, residían en otro Estado miembro, cuando se concede una imposición considerablemente más elevada si al menos una de las dos partes reside en Alemania en dichas fechas, la República Federal de Alemania ha faltado a las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 63 TFUE».

4. Entrando en el contenido de la Sentencia, el caso se refiere a diversas normas españolas relativas al impuesto sobre sucesiones y donaciones. En primer lugar, se refiere a diversas disposiciones de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (BOE de 19 de diciembre de 1987), en su versión modificada. En segundo lugar, se refiere a la Ley 22/2009, de 18 de

diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias (BOE de 19 de diciembre de 2009) que, en lo que afecta al recurso, no modifica el contenido de la anterior Ley 21/2001. Merece destacarse el hecho de que la impugnación se refiere a la normativa estatal y no a la normativa de las diversas Comunidades Autónomas. En efecto, aunque la gestión ha sido cedida a las Comunidades Autónomas, la normativa estatal será aplicable, en lo que aquí interesa, en los casos en los que no hay punto de conexión personal o real con una Comunidad Autónoma. Durante la vista oral se planteó si no era la legislación de las Comunidades Autónomas la que provoca discriminación, a lo que la Comisión respondió que la discriminación procede de la ley estatal, que permite solamente aplicar las normas autonómicas a los residentes en ellas.

No es extraño, por tanto, que el Tribunal de Justicia precise diversos elementos en relación al supuesto examinado y a las competencias de las Comunidades Autónomas. En efecto, en primer lugar deja claro que «el objeto del recurso atañe a situaciones en las que todos los elementos constitutivos no se circunscriben al interior de un solo Estado miembro» (apartado 54), precisamente para vincularlo a la libertad de movimientos de capitales. En segundo lugar, que el recurso por incumplimiento no cuestiona el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (apartado 62). En tercer lugar, que lo que se cuestiona no es cada una de las normas de las Comunidades Autónomas (España hizo valer, por ej., que Ceuta y Melilla no habían dictado normas al respecto), sino la norma estatal «que permite la aplicación de reducciones fiscales en los supuestos en los que los sujetos pasivos residen en el territorio de esas Comunidades o cuando el bien inmueble está situado en el territorio de estas» (apartados 60, 63 y 66, principalmente).

Precisado así que la normativa afecta a la libre circulación de capitales, en los términos del art. 63 TFUE, se trata de ver si la normativa española pudiera beneficiarse de lo dispuesto en el art. 65 del propio Tratado, en el sentido de que los Estados miembros seguirán teniendo derecho a «aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distinguen entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital». La respuesta es negativa. Para ello acude el Tribunal, en primer lugar, al apartado 3 del propio art. 65, en cuanto establece que tales disposiciones nacionales «no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el art. 63 TFUE». En segundo lugar, recurre a la jurisprudencia anterior (en particular, Sentencia de 11 de septiembre de 2008, Asunto C-43/07, *Arens-Sikken*, y Sentencia de 14 de mayo de 1995, Asunto C-279/93, *Schumacker*) para entender que es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o esté justificada por razones imperiosas de interés general, concluyendo que «no existe ninguna diferencia entre la situación objetiva de un residente y la de un no residente que pueda sustentar una diferencia de trato» (apartados 70 a 77).

5. Con carácter general, se trata ahora del cumplimiento por España de la Sentencia. Baste recordar la Sentencia de 13 de mayo de 2014 (Asunto C-184/11, Comisión Europea *c.* Reino de España, en esta *Revista*, 2014.4, pp. 1108 y ss.) en la que se impone una importante sanción pecuniaria a España como consecuencia

de un incumplimiento del Derecho comunitario que dio lugar a una Sentencia que no se ejecutó en un plazo razonable. A diferencia de aquel caso, que se refería sólo a una Comunidad Autónoma (al respecto el interesante trabajo de P. ANDRÉS, «Comunitats autònomes i repercussió econòmica “ad intra” de les sancions pecuniàries en el recurs per incompliment davant del Tribunal de Justícia de la Unió Europea», *Revista catalana de Dret públic*, núm. 47, pp. 40-60), en el presente caso afecta a la normativa estatal y a la normativa de las Comunidades Autónomas desarrollada a su amparo, lo que añade un elemento más de complejidad.

No cabe duda de que la Sentencia debe conducir a una reforma de la legislación española en la materia, pero es difícil predecir cuándo va a producirse esta, aunque previsiblemente la reforma del impuesto de sucesiones y sobre donaciones quedaría incluida en el marco del nuevo modelo de financiación autonómica, del que se habla para 2016. Amplia referencia se hace al denominado *Informe Lagares* (Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario, presidida por Manuel Lagares Calvo, de 14 de marzo de 2014), en el que trata de la importante reforma en materia de impuestos sobre sucesiones y donaciones (pp. 241 ss.) y recordando la incidencia que puede tener tanto el procedimiento entonces pendiente ante el Tribunal de Justicia como la cuestión de constitucionalidad planteada al Tribunal Constitucional por el Tribunal Supremo (pp. 243 y 251).

En efecto, por Auto de 8 de mayo de 2013, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (Sección 7, recurso 4209/2011) planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación a un supuesto en que el demandante entendía que se había vulnerado la Constitución. En efecto, al fallecimiento de su padre son llamados a la herencia todos los hijos, beneficiándose de la deducción prevista en la legislación valenciana todos los hermanos, salvo él, por el hecho de carecer de residencia en la Comunidad Valenciana. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana rechazó la vulneración constitucional, pero el Tribunal Supremo entiende que «el tratamiento desigual en la bonificación fiscal que deriva del elemento de la residencia, no responde a ningún fin constitucionalmente legítimo, y que por tanto, al introducir tal elemento diferencial en la regulación del beneficio, se vulneran los arts. 14 y 31.1 CE», además de introducir un trato desigual entre españoles contrario al art. 139.1 de la propia Constitución.

Por providencia de 24 de septiembre de 2013 (BOE de 7 de octubre de 2013), el Pleno del Tribunal Constitucional acordó «admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 3337-2013 planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el recurso núm. 4209-2011, en relación con el artículo 12 bis de la Ley de la Comunidad Valenciana 13/1997, de 23 de diciembre, por la que se regula el tramo autonómico del IRPF y restantes tributos cedidos, modificada por la Ley 10/2006, de 26 de diciembre, por vulneración de los arts. 14, 31.1 y 139.1 de la CE, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) LOTC, reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión». La respuesta del Tribunal Constitucional será importante al respecto y, además, habrá que ver la referencia a la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo.

6. En esta situación, que puede durar tiempo, debe plantearse en último lugar cuál es la situación a que se enfrentan los contribuyentes, que no puede ser calificada de simple, como sería de desear. Sólo una reforma de la legislación pue-

de resolver el problema y facilitar la vida del ciudadano, en un momento en que cada vez son más los casos de españoles residentes en el extranjero y que, por ej., deben recibir una herencia de su padre, residente y con bienes en España. Piénsese que en la Comunicación de la Comisión sobre *La agenda de justicia de la Unión Europea para 2020-Reforzar la confianza, la movilidad y el crecimiento en la Unión* [documento COM (2014) 144 final, de 11 de marzo de 2014], se dice que se calcula que 450.000 familias europeas tramitan una sucesión internacional cada año.

A falta de esa modificación, parece poco probable que la Hacienda pública acepte sin más la Sentencia y elimine la discriminación entre residentes y no residentes en España, dejando por el momento al margen la incidencia de la cuestión de inconstitucionalidad aún pendiente. Probablemente así se deberá acudir en esos casos a los tribunales de justicia que, probablemente, aplicarían la legislación aún vigente en España en el sentido de la Sentencia ahora comentada.

Un segundo grupo de contribuyentes estaría constituido por aquellos que ya han satisfecho el impuesto y, al amparo de la Sentencia, pretendieran la devolución de los ingresos indebidos y no hubiera transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años. No parece que en tal caso Hacienda estuviera dispuesta a la devolución, sobre todo pensando en aquellas Comunidades Autónomas que tienen ventajas significativas para el grupo de los residentes.

Un tercero y último grupo estaría constituido por aquellos para los que haya transcurrido el plazo de prescripción, en cuyo caso sólo cabría la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial al Estado, si se dan determinadas condiciones y teniendo en cuenta que «el derecho a reclamar indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse» (art. 293, 2 LOPJ). Aunque se trate de un caso que nada tiene que ver con la sustancia del presente caso, pues se refiere a un supuesto de sustracción internacional de menores, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre resulta significativa al respecto, sobre las dificultades, el tiempo y el dinero que tal reclamación puede implicar (al respecto, BORRÁS, A., «Un final ¿feliz? [en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo) de 11 de noviembre de 2010]», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012.1, pp. 254-257).

ALEGRÍA BORRÁS

Universidad de Barcelona

II. NOTAS

1. PRINCIPIOS DE DERECHO COMUNITARIO

Sentencia de 17 de julio de 2014, Asunto C-469/13, Shamim Tahir *c.* Ministero dell'Interno y Questura di Verona.

«Permiso de residencia de residente de larga duración – UE». Requisitos para su concesión. Persona vinculada al residente de larga duración por una relación familiar. Directiva 2003/109/CE.

Son muy numerosas las decisiones del Tribunal de Justicia que en los últimos tiempos se refieren a los permisos de residencia en Estados miembros de la

Unión Europea de nacionales de terceros Estados y, en particular, en supuestos de familiares de nacionales de terceros Estados que ya se encuentran establecidos en la Unión Europea, de las que se ha venido dando cuenta en esta *Revista*. La frecuencia de casos en la materia conduce también a que resulten innecesarias en este caso conclusiones del Abogado General. La Sra. Tahir, de nacionalidad paquistaní, solicita un permiso de residencia de residente de larga duración en su condición de cónyuge del Sr. Tahir, también paquistaní y titular de un permiso de residencia. La *Questura di Verona* le deniega tal permiso, puesto que llegó a Italia sólo dos años antes gracias a un visado de entrada por motivos de reagrupación familiar y no cumple el requisito de haber sido titular durante al menos cinco años de un permiso de residencia vigente. La Sra. Tahir recurrió ante el Tribunal de Verona, que plantea dos cuestiones prejudiciales.

La primera cuestión se refiere a la posibilidad de que un miembro de la familia de la persona que ya tiene adquirido el estatuto de residente de larga duración puede quedar exento del requisito de haber residido legal e ininterrumpidamente en el Estado de que se trate durante al menos los cinco años anteriores a la presentación de la solicitud. La respuesta del Tribunal es negativa, en el sentido de que el miembro de la familia en tales condiciones «no puede ser eximido» de tal requisito, que constituye una «condición ineludible» para la concesión del estatuto de larga duración (como por dos veces dice el Tribunal, en los apartados 30 y 34), reiterando su jurisprudencia anterior en el sentido de que deben cumplirse estrictamente los requisitos especificados en la Directiva 2003/109 (Sentencia de 24 de abril de 2012, Asunto C-571/10, *Kamberaj*, en esta *Revista*, 2012.4, pp. 1138 ss.).

Pero en este caso se añade un nuevo elemento, cual es que la normativa interna italiana por la que se traspuso en Italia la Directiva 2003/109 (en concreto, el Decreto Legislativo núm. 3, de 8 de enero de 2007, *GURI* núm. 24, de 30 de enero de 2007) no exige que el miembro de la familia de titular del estatuto de residente de larga duración cumpla el requisito de residencia legal e ininterrumpida en Italia durante cinco años. El Tribunal de Verona tiene dudas sobre esta posibilidad, más aún cuando diversos tribunales italianos han aceptado que, en tales casos, es suficiente el cumplimiento de determinados requisitos relativos a una renta suficiente y una vivienda adecuada. La respuesta del Tribunal es contundente, en el sentido de que el art. 13 de la Directiva no permite dar dicho permiso en tales condiciones. Para ello (en particular, en los apartados 41 a 43), se basa en que, de acuerdo con el art. 13 de la Directiva, la posibilidad de que los Estados concedan permisos en condiciones más favorables queda sometida a que se trate de «permisos de residencia [que no dan] derecho a obtener la residencia en otros Estados miembros según lo dispuesto en el capítulo III [de dicha Directiva]», lo que tiene como consecuencia, según el art. 14 de la propia Directiva, que confiere a un familiar de un permiso de residencia de larga duración, el derecho a residir, por un período superior a tres meses en el territorio de otros Estados miembros diferentes del que le haya concedido el estatuto de residente de larga duración, pero no puede consistir en un permiso de residencia de residente de larga duración para la Sra. Tahir en Italia, teniendo en cuenta el sentido de la Directiva.

Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-491/13, *Mohamed Ali Ben Alaya c. Bundesrepublik Deutschland*.

Directiva 2004/114/CE (arts. 6, 7 y 12). Requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios. Margen de apreciación de las autoridades competentes.

De forma simple responde el Tribunal de Justicia a la cuestión planteada por el *Verwaltungsgericht* de Berlín en relación a la negativa de las autoridades alemanas a conceder un visado al Sr. Ben Alaya para poder cursar estudios en Alemania, alegando el carácter dudoso de su motivación para cursar estudios, teniendo en cuenta, en particular, los resultados insuficientes que había obtenido con anterioridad, su escaso conocimiento de la lengua alemana y la falta de un vínculo entre la formación prevista y su proyecto profesional.

El Sr. Ben Alaya, nacido en 1989 en Alemania, abandonó este país en 1995 para vivir en Túnez, país del que ostenta la nacionalidad. Tras cursar determinados estudios en Túnez, pretende seguir estudios en Alemania, habiendo sido admitido en un centro alemán y aduciendo tanto conocimientos suficientes para cursar los estudios que pretende como que durante los estudios estará a cargo de su padre, que reside en Alemania.

La respuesta del Tribunal de Justicia es que el art. 12 de la Directiva 2004/114 debe interpretarse en el sentido «de que el Estado miembro de que se trata tiene la obligación de admitir en su territorio al nacional de un tercer país que desee residir en su territorio durante más de tres meses con el fin de cursar estudios siempre que dicho nacional cumpla los requisitos de admisión establecidos de manera exhaustiva en los artículos 6 y 7 de dicha Directiva y que ese Estado miembro no invoque en su contra ninguno de los motivos explícitamente enumerados en la referida Directiva que justifican la denegación del permiso de residencia», pues, como dice en su apartado 27, «deberá concederse un permiso de residencia a los estudiantes de terceros países siempre que cumplan los requisitos generales y específicos establecidos de manera exhaustiva en los artículos 6 y 7 de esta Directiva», añadiendo (apartado 35) que «no parece que las autoridades alemanas hayan invocado ninguno de los motivos que figuran en el art. 6, apartado 1, letra d) de esta Directiva en su contra», por lo que considera que las autoridades alemanas «deberían concederle un permiso de residencia, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente».

2. LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

Sentencia de 11 de septiembre de 2014, Asuntos acumulados C-204/12 a C-208/12, *Essent Belgium NV c. Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt*.

Procedimiento prejudicial. Sistema regional de apoyo que dispone la concesión de certificados verdes negociables a las instalaciones situadas en la región de que se trata que producen electricidad a partir de fuentes de energía renovables. Obligación de los proveedores de electricidad de presentar anualmente a la autoridad competente una determinada cuota de certificados. Negativa a tomar en consideración garantías de origen procedentes de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los Estados parte del Acuerdo EEE. Multa administrativa en caso de no presentar certificados. Directiva 2001/77/CE. Artículo 5. Libre

circulación de mercancías. Artículo 28 CE. Artículos 11 y 13 del Acuerdo EEE. Directiva 2003/54/CE. Artículo 3.

Esta cuestión prejudicial se plantea en el marco de un recurso interpuesto por un proveedor de electricidad belga contra la multa que le ha impuesto la autoridad belga por no haber aportado el número de certificados verdes que exige la normativa belga que transpone la Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad (en adelante, Directiva 2001/77).

Esta Directiva obliga a los Estados miembros a crear un sistema de garantías de origen para que los productores de energía verde puedan demostrar que la electricidad que venden ha sido generada a partir de fuentes de energía renovable. La normativa belga establece un sistema de certificados verdes que acreditan la electricidad producida en el territorio de Flandes, a partir de fuentes de energía renovables.

El proveedor belga sancionado alega que sí ha aportado el número requerido de certificados verdes, pero la autoridad belga, en base a la normativa nacional, únicamente toma en consideración los certificados que acreditan la producción de electricidad verde en Flandes y rechaza las garantías de origen que acreditan la producción de electricidad verde en Dinamarca (y/o en Suecia), en los Países Bajos y en Noruega.

De esta Sentencia cabe destacar dos pronunciamientos. El primero se refiere a la consideración de los certificados verdes que acreditan la producción de electricidad verde como una mercancía, al igual que también la electricidad constituye una mercancía a los efectos de la libre circulación. El Tribunal de Justicia establece una serie de indicaciones para que los Estados miembros eviten que el marco regulatorio del mercado de certificados verdes restrinja la libre circulación de los mismos.

El segundo pronunciamiento versa sobre el análisis de compatibilidad de la normativa belga con la libre circulación de mercancías, en tanto en cuanto podría considerarse que pone obstáculos a las importaciones de electricidad procedentes de otros Estados miembros, en particular de electricidad verde. La decisión del Tribunal de Justicia constituye una ruptura radical con la jurisprudencia muy consolidada en materia de libre circulación de mercancías.

Es obvio que la normativa belga es directamente discriminatoria pues obliga a los proveedores de electricidad a aportar certificados verdes belgas y excluye que se puedan hacer valer garantías de origen relativas a electricidad verde emitidas en otros Estados miembros. El carácter discriminatorio de la normativa debiera excluir automáticamente cualquier posibilidad de justificación, salvo por una de las razones de interés general del artículo 36 TFUE.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, obviando su jurisprudencia anterior, hace caso omiso del carácter discriminatorio de la normativa litigiosa y analiza la posible justificación de la restricción. Con este proceder, el Tribunal de Justicia abandona la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, la cual permite aceptar restricciones fundadas en exigencias imperativas, siempre y cuando se trate de una medida

indistintamente aplicable. El Tribunal omite esta premisa y analiza directamente si la normativa belga puede estar objetivamente justificada por una exigencia imperativa. El Tribunal de Justicia asume como válido el objetivo del fomento del recurso a fuentes de energía renovables y, a continuación, considera que la medida es proporcional y adecuada para el alcance de este objetivo.

Es una incógnita saber si el Tribunal de Justicia va a seguir por esta senda, pero de momento, nunca mejor dicho, ha puesto una pica en Flandes, abriendo una nueva puerta a normativas discriminatorias restrictivas de la libre circulación de mercancías.

3. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO, LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

Sentencia de 17 de julio de 2014, Asuntos acumulados C-58/13 y 59/13, Angelo Alberto Torresi (asunto C-58/13), Pierfrancesco Torresi (asunto C-59/13) *c.* Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata.

Procedimiento prejudicial. Libre circulación de personas. Acceso a la profesión de abogado. Posibilidad de denegar la inscripción en el registro del Colegio de abogados a los nacionales de un Estado miembro que hayan obtenido la cualificación profesional de abogado en otro Estado miembro. Fraude de ley.

¿Aprovechar las diferencias entre las normativas de los Estados miembros constituye un abuso del Derecho europeo o, por el contrario, debe considerarse uno de los beneficios de las libertades comunitarias de circulación? Esta es la cuestión de fondo que se resuelve en esta Sentencia relativa a la libertad de establecimiento de los abogados. Se trata de una disyuntiva que ya se ha planteado en otros ámbitos, siendo uno de los más relevantes el del derecho de establecimiento de las sociedades. El Tribunal de Justicia ha sido claro: aprovechar las legislaciones que permiten constituir sociedades más fácilmente para posteriormente establecerse en el Estado miembro donde se desea desarrollar la actividad no constituye ni un fraude de ley ni un abuso de ley, sino uno de los efectos buscados de la libertad de establecimiento.

Los hechos en el litigio principal son dos casos de acceso al ejercicio de la actividad de abogado, en España, por parte de dos nacionales italianos (los Sres. Angelo Alberto Torresi y Pier Francesco Torresi) que, habiendo realizado sus estudios universitarios en Italia y obtenido el *laurea in giurisprudenza* (grado en Derecho), se desplazaron a una Universidad española para solicitar una convalidación de estudios y, posteriormente, inscribirse como abogados ejercientes en el Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife.

Generalmente, las universidades españolas convalidan casi automáticamente estos estudios, de tal forma que los nacionales italianos obtenían la Licenciatura en Derecho. Como es sabido, a diferencia del actual Grado, la Licenciatura en Derecho permite acceder a la profesión de abogado previa inscripción en un Colegio Profesional. Por el contrario, en Italia, los Sres. Torresi hubieran necesitado realizar un período de prácticas y superar un examen de Estado. La utilización de la «vía española» por parte de nacionales italianos ha sido una práctica bastante extendida, pues representa más de un 80% de las peticiones de inscripción colegial

en Italia presentadas por nacionales italianos que regresan, como lo han hecho los Sres. Tyorresi, a Italia para ejercer como «abogado europeo».

La norma comunitaria que ampara esta actuación es la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título (en adelante, Directiva 98/5). El objetivo de la Directiva es facilitar el ejercicio permanente de la abogacía en un Estado miembro distinto de aquel en el que se obtuvo el título profesional.

El conflicto principal surge cuando los Sres. Torresi no obtienen respuesta a su petición de inscripción en la sección especial del Colegio de Abogados de Macerata en Italia. Esta sección es la correspondiente a los abogados en posesión de un título profesional expedido en un Estado miembro distinto de Italia y establecidos en Italia. Ante el silencio del Colegio, recurren ante el *Consiglio Nazionale Forense*, organismo que duda sobre si la actuación de los Sres. Torresi pudiera ser constitutiva de un abuso del Derecho comunitario de libre circulación de los abogados.

El Tribunal de Justicia afirma que regresar al Estado miembro de origen como abogado «migrante», tras haber accedido a la profesión de abogado en otro Estado miembro con una legislación «más favorable», constituye una conducta acorde con la libertad comunitaria de establecimiento. Por ello, falla que «El artículo 3 de la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, debe interpretarse en el sentido de que no puede constituir una práctica abusiva el hecho de que un nacional de un Estado miembro se traslade a otro Estado miembro para adquirir en este la cualificación profesional de abogado, como resultado de la superación de exámenes universitarios, y regrese al Estado miembro del que es nacional para ejercer en él la profesión de abogado con el título profesional obtenido en el Estado miembro en el que adquirió esa cualificación profesional».

El Abogado General constata, en sus Conclusiones, que a los abogados inscritos en la sección especial con título extranjero sólo se les permite ejercer las actividades profesionales enunciadas en el artículo 5 de la Directiva 98/5 y que no quedan totalmente equiparados a los abogados que ejercen con el título nacional (apartados 103 y 104). Ahora bien, sorprende que no haya traído a colación también el artículo 10 de esta Directiva, el cual dispone: «Los abogados que ejerzan con su título profesional de origen, que justifiquen una actividad efectiva y regular de una duración mínima de tres años en el Estado miembro de acogida en el ámbito del Derecho en el Estado miembro de acogida, incluido el Derecho comunitario, estarán dispensados del cumplimiento de las condiciones establecidas en la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 89/48/CEE para acceder a la profesión de abogado en el Estado miembro de acogida». En consecuencia, los nacionales italianos que hayan accedido a la profesión por la «vía española» y justifiquen una actividad efectiva y regular en Italia durante 3 años quedarán reconvertidos en *avvocato*.

En suma, el Tribunal de Justicia promueve la competencia regulatoria entre los Estados miembros y ampara que los ciudadanos puedan evitar las regulaciones más gravosas mediante el ejercicio de la libertad de establecimiento.

Sentencia de 8 de julio de 2014, asunto C-83/13, Fonnship A/S *c.* Svenska Transportarbetareförbundet (Sindicato Sueco de trabajadores del transporte) y Facket för Service och Kommunikation (SEKO, Sindicato de Servicios y Comunicación) y, por otra parte, Svenska Transportarbetareförbundet *c.* Fonnship A/S.

Transporte marítimo. Libre prestación de servicios. EEE. Medidas de conflicto colectivo aplicadas en puertos de un Estado parte del EEE. Irrelevancia de la nacionalidad de los trabajadores. Buque con pabellón de un Estado tercero. Reglamento 4055/86.

Se discute en este asunto el contenido del art. 1 del Reglamento 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros, en un caso en que los distintos elementos están dispersos entre Estados miembros, Estados parte en el Espacio Económico Europeo y terceros Estados.

La cuestión prejudicial la plantea el *Arbetsdomstolen* (o Tribunal laboral de Suecia) en relación a cuatro asuntos pendientes, para cuya resolución necesita saber si el Derecho sueco en materia de medidas de conflicto colectivo es compatible con las normas del Derecho de la Unión Europea relativas a la libre prestación de servicios, pero es esa dispersión de los elementos del caso lo que le plantea la cuestión esencial de la aplicación del Derecho de la Unión Europea.

Los hechos que dan lugar al caso se remontan a 2001. Fonnship es una sociedad noruega, domiciliada en Fønnes (Noruega) y que es propietaria del buque *M/S Sava Star*, que realiza fundamentalmente trayectos entre Estados parte del Acuerdo EEE. El buque enarbolaba pabellón panameño y su tribulación, contratada por Fonnship, estaba compuesta por cuatro oficiales polacos y dos marineros rusos. Las discrepancias surgen sobre los salarios de los marineros y sucesivos Convenios colectivos, sobre cuya existencia, contenido e indemnizaciones surgen discrepancias entre la empresa Fonnship y diversos sindicatos.

Desde la perspectiva de esta Sentencia, la cuestión relevante es la aplicabilidad de las normas sobre prestación de servicios prevista en el Reglamento 4055/86 y la respuesta del Tribunal de Justicia es afirmativa, en el sentido que «una sociedad establecida en un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, y propietaria de un buque que enarbola el pabellón de un país tercero, por medio del cual se prestan servicios de transporte marítimo desde o hacia un Estado parte de dicho Acuerdo, puede invocar la libre prestación de servicios, siempre que dicha sociedad pueda calificarse de prestadora de dichos servicios, por ser quien explota el buque, y que los destinatarios de esos servicios estén establecidos en Estados parte de dicho Acuerdo distintos de aquel en el que esté establecida esa sociedad».

Como dijo el Abogado General P. Mengozzi en sus conclusiones (apartados 44 a 50), para que una sociedad pueda ser calificada de prestadora de servicios de transporte marítimo, es necesario que explote el buque mediante el cual se realiza el transporte, una apreciación que, como viene siendo habitual, el Tribunal de Justicia dice que corresponde exclusivamente al tribunal remitente. Si eso es así, es suficiente para la aplicación del Reglamento, ya que la aplicación del Reglamento

«no se ve afectada en absoluto por el hecho de que el buque que efectúa los transportes marítimos de que se trate y en el que estén empleados los trabajadores a favor de los cuales se lleven a cabo las mencionadas medidas enarbole el pabellón de un país tercero ni por el hecho de que los miembros de la tripulación del buque sean, como en el presente asunto, nacionales de países terceros».

Sentencia de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-91/13, Essent Energie Productie BV c. Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. Artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional y artículo 13 de la Decisión núm. 1/80. Ámbito de aplicación. Introducción de nuevas restricciones a la libertad de establecimiento, a la libre prestación de servicios y a las condiciones de acceso al empleo. Prohibición. Libre prestación de servicios. Artículos 56 TFUE y 57 TFUE. Desplazamiento de trabajadores. Nacionales de Estados terceros. Exigencia de un permiso de trabajo para el suministro de mano de obra.

Esta Sentencia deja patente cómo, en virtud de la libre prestación de servicios, los trabajadores de Estados terceros pueden trabajar, de forma temporal, en un Estado miembro diferente del de origen, sin necesidad de obtener un permiso de trabajo en el Estado de prestación de los servicios. Aunque el asunto se plantea en relación con trabajadores turcos que tienen un régimen específico dentro de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia considera oportuno ampliar las cuestiones planteadas y analizar la compatibilidad de la normativa nacional litigiosa desde la óptica de los artículos 56 y 57 TFUE relativos a la libre prestación de servicios. Además, amplía su razonamiento a los trabajadores de cualquier Estado tercero.

Los hechos en el litigio principal son los siguientes. La empresa neerlandesa Essent, propietaria de una obra sita en Holanda, contrató los servicios de instalación de unos andamios a la empresa BIS, también neerlandesa. BIS contrató, a su vez, a la empresa alemana Ekinci el suministro de mano de obra. Ekinci desplazó a Holanda una cuadrilla de trabajadores de nacionalidad mayoritariamente turca que tenían permiso de trabajo en Alemania. El organismo neerlandés de inspección laboral impuso una multa a Essent por haber encargado la ejecución de las obras a trabajadores nacionales de Estados terceros que no habían obtenido un permiso de trabajo.

El Tribunal de Justicia recuerda que las empresas de servicios dedicadas al suministro de mano de obra son empresas beneficiarias de la libre prestación de servicios. Además, afirma que a estos efectos es irrelevante que el destinatario de los servicios no sea la propietaria de la obra, sino una empresa subcontratada. La subcontratación es una práctica habitual en este sector y este hecho no puede afectar al ejercicio de la libre prestación de servicios de la empresa de suministro de mano de obra. Finalmente, constata que, en tanto en cuanto Essent es la empresa sancionada, esta puede valerse de las disposiciones de Derecho Europeo sobre libre prestación de servicios para oponerse a la multa (a los efectos de la normativa neerlandesa, se considera empresario al propietario de la obra, en este caso, a Essent). En efecto, el riesgo de multa hace menos atractiva la contratación de empresas de mano de obra establecidas en otros Estados miembros.

El Tribunal de Justicia admite que el Gobierno neerlandés puede adoptar medidas para proteger el mercado laboral nacional. Ahora bien, considera que en este supuesto no es necesaria tal protección, pues estos trabajadores no afectan al mercado laboral neerlandés. En efecto, por tratarse de un desplazamiento temporal de trabajadores realizado en el marco de una prestación de servicios, no hay pretensión de integrarse en el mercado laboral neerlandés. Por ello, considera desproporcionado exigir la obtención de un permiso de trabajo ya que, en cierto modo, significaría exigir a la empresa de suministro de mano de obra una autorización administrativa para ejercer la libre prestación de servicios. El Tribunal de Justicia afirma que para controlar que estos trabajadores no pretendan incorporarse al mercado laboral del lugar de la prestación del servicio, y que regresarán a su Estado miembro de origen, puede ser suficiente un sistema de comunicación.

Por todo ello, considera que la normativa neerlandesa que exige en estos supuestos la obtención del permiso de trabajo a los trabajadores de Estados terceros no es compatible con los artículos 56 y 57 TFUE. Cabe advertir que esta exigencia está prevista en la legislación de otros Estados miembros.

4. DERECHO DE LA COMPETENCIA

Sentencia de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Comisión Europea*.

Recurso de casación. Competencia. Prácticas colusorias. Artículo 81 CE, apartado 1. Sistema de tarjetas de pago en Francia. Decisión de asociación de empresas. Mercado de la emisión. Medidas tarifarias aplicables a los «nuevos miembros». Derecho de adhesión y mecanismos denominados de «regulación de la función adquirente» y de «activación de los miembros pasivos». Concepto de restricción de la competencia «por el objeto». Examen del grado de nocividad para la competencia.

Esta es una Sentencia de casación que marca un giro jurisprudencial de gran calado práctico en materia de acuerdos restrictivos de la competencia. En la misma, el Tribunal de Justicia revisa el concepto de «restricción por objeto» en el sentido de restringirlo, obligando a analizar los efectos de la conducta para determinar si supone una infracción de las normas europeas de defensa de la competencia.

Los hechos en el litigio principal son complejos y no es imprescindible detallarlos en este marco. Someramente, el *Groupement des cartes bancaires* es una agrupación de interés económico francesa creada para que los titulares de una tarjeta CB emitida por un miembro del *Groupement* pudieran realizar pagos en todos los comercios afiliados al sistema CB o retiradas de efectivo en los cajeros automáticos explotados por los miembros del *Groupement*. La agrupación adoptó diversas medidas tarifarias que debían abonar sus miembros. Mediante Decisión de 17 de octubre de 2007, la Comisión Europea concluyó que las medidas tarifarias adoptadas por el *Groupement* eran contrarias al Derecho de la competencia de la Unión Europea tanto por su objeto como por sus efectos, por lo que ordenó al *Groupement* que pusiera fin inmediatamente a esa infracción y se abstuviera de adoptar cualquier medida similar en el futuro.

El artículo 101.1 TFUE prohíbe los acuerdos que tienen por «objeto o efecto» restringir la competencia en el Mercado Interior. Si se demuestra que un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, los efectos restrictivos se presumen y la autoridad competente no requiere probar los efectos anticompetitivos en el mercado para poder declarar que se ha infringido el referido precepto. Por lo tanto, este razonamiento simplifica de forma notoria la labor de las autoridades de la competencia (las que lo utilizan en mayor medida son las nacionales) que, aprovechando una práctica y jurisprudencia europeas favorables, han ido extendiendo el concepto de restricción por objeto. En consecuencia, los operadores ven cómo, cada vez en más casos, sus argumentos de defensa son menores. En efecto, ante la calificación de una conducta como «restricción por objeto», sólo les queda intentar valerse del artículo 101.3 TFUE, precepto que, por otro lado, con el tiempo, está perdiendo operatividad.

El cambio de rumbo del Tribunal de Justicia ante una utilización, en cierta forma laxista, del concepto de restricción por objeto se manifiesta de forma inequívoca: «... el Tribunal General estimó erróneamente, en el apartado 124 de la Sentencia recurrida, y después en el apartado 146 de la misma Sentencia, que el concepto de restricción de la competencia “por el objeto” no debe interpretarse “de manera restrictiva”. En efecto, so pena de dispensar a la Comisión de la obligación de probar los efectos concretos en el mercado de acuerdos de los que no se ha demostrado en absoluto que sean nocivos por su propia naturaleza para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia, el concepto de restricción de la competencia “por el objeto” sólo puede aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos» (apartado 58).

Cierto es que el artículo 101.1 TFUE no contiene una relación de las restricciones por objeto, pero, como constata el Tribunal de Justicia, ello no significa que cualquier restricción pueda encajar en este concepto. Sobre los límites de este concepto, el Tribunal de Justicia incluye en el mismo los tipos de coordinación entre empresas que tienen un grado de nocividad suficiente (apartados 58 y 69) o que pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (apartado 50). Las conductas restrictivas por su propia naturaleza se corresponderían a las denominadas *hard core restrictions*, supuesto claro que no se plantea en este asunto.

En cuanto a las demás conductas, esto es, las consideradas restrictivas por objeto porque son especialmente nocivas, el Tribunal de Justicia entiende que el Tribunal General erró, pues dedujo tal calificación únicamente del contenido del acuerdo, sin prestar atención, además, a los objetivos y al contexto del mismo. El Tribunal de Justicia afirma que es necesario, en todo caso, tomar en consideración todas estas variables para determinar si un acuerdo es restrictivo por objeto. Asimismo, considera que no puede considerarse determinante el objetivo restrictivo de los participantes. Además, el Tribunal de Justicia entiende que el Tribunal General también erró al asimilar el contexto del acuerdo con el mercado relevante (apartados 77 y 78), siendo el primero un concepto más amplio que incluye también la toma en consideración, por ejemplo, del marco legal o de un mercado conexo que no constituya el mercado relevante.

En suma, la calificación de las restricciones por objeto se fundamenta en una pluralidad de criterios, todos ellos cualitativos (y no cuantitativos). Como es sabido, las restricciones por objeto están absolutamente prohibidas y, por tanto, no pueden ser consideradas como restricciones de mínimos, definidas, estas sí, sobre la base de criterios cuantitativos. La interpretación restrictiva del concepto de «restricción por objeto» permitirá dar más juego al artículo 101.3 TFUE y a la exención de mínimos.

Sentencia de 11 de julio de 2014, asunto T-543/08, RWE AG y RWE Dea AG C. Comisión Europea.

Competencia. Prácticas colusorias. Mercado de las ceras de parafina. Mercado de la slack wax. Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81CE. Fijación de precios y reparto de los mercados. Responsabilidad de una sociedad matriz por las infracciones de las reglas de la competencia cometidas por su filial y por una empresa común que le pertenece en parte. Influencia decisiva ejercida por la sociedad matriz. Presunción en caso de tenencia de una participación del 100%. Sucesión. Proporcionalidad. Igualdad de trato. Directrices de 2006 para el cálculo de las multas. Plena jurisdicción.

Las multas por infracción de las normas de defensa de la competencia se calculan sobre la base del 10% de facturación de la empresa responsable. En los supuestos de un grupo de empresas, la cuantía de la multa puede variar mucho según se considere responsable a la filial o a la sociedad matriz, generalmente más «grande». Es por ello que cuando la Comisión Europea (o las autoridades nacionales de la competencia) consideran a la sociedad matriz responsable de una infracción cometida por su filial o por una empresa común que le pertenece en parte, la matriz recurra invocando la improcedencia de la aplicación de la doctrina de la «unidad económica» y lograr así disminuir la cuantía de la multa.

La doctrina de la «unidad económica» que permite considerar responsable a la sociedad matriz parte del concepto de «empresa» a los efectos del artículo 101.1 TFUE. Para delimitar este concepto, el Tribunal de Justicia ha primado el enfoque económico en detrimento del de la forma jurídica. El resultado es la adopción de una interpretación amplia del concepto de empresa, que ha permitido a las autoridades de competencia considerar que una sociedad matriz es responsable de un comportamiento anticompetitivo de la filial.

Inicialmente, esta construcción jurisprudencial se percibió como una vía para poder sancionar comportamientos de grupos de empresas cuya sociedad matriz es extracomunitaria. Actualmente, este mecanismo tiene, además, una vertiente disuasoria, en tanto en cuanto permite incrementar la cuantía de las multas.

En esta Sentencia, las empresas recurrentes han sido sancionadas por la Comisión Europea como participantes en un cártel que afectó al mercado de las ceras de parafina. Las empresas recurrentes son RWE AG (sociedad matriz) y RWE Dea AG (filial interpuesta), en adelante, para nos referimos conjuntamente a ambas como RWE. La Comisión sanciona a RWE con una multa de 37,44 millones de euros por la participación en el cártel, primero, de la filial Dea Mineraloel y, posteriormente, de la empresa común (participada en un 50% por otra empresa que no fue multada por beneficiarse del programa de clemencia) Shell&Dea Oil, que la sucede.

En esta Sentencia se analizan dos supuestos de «unidad económica». El primero responde al esquema de una matriz y su sociedad filial, supuesto para el que el Tribunal de Justicia considera que existe una presunción *iuris tantum* de que la sociedad matriz ejerce una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial y que, por lo tanto, la sociedad matriz responde solidariamente, incluso cuando únicamente la filial haya participado en la práctica colusoria. La Sentencia confirma la multa porque la recurrente no ha conseguido desvirtuar la presunción *iuris tantum*. Como elementos destacables, cabe referirse a la afirmación de que la existencia de una filial interpuesta no altera la presunción de responsabilidad de la sociedad matriz (apartado 37) y a la confirmación del alto nivel de exigencia de prueba exigido para desvirtuar la presunción (apartado 67). En estos supuestos, la Comisión únicamente necesita probar que la matriz posee el 100% del capital de la filial y motivar suficientemente su Decisión.

El segundo supuesto de «unidad económica» es más complejo, pues supone considerar que una filial común y sus dos sociedades matrices constituyen conjuntamente una empresa en el sentido del Derecho europeo de la competencia. En este supuesto no interviene la referida presunción *iuris tantum* de ejercicio, por las sociedades matrices, de una influencia decisiva sobre la filial común, por lo que la carga de probar la existencia de esta influencia es de la Comisión Europea. El Tribunal de Justicia estima las alegaciones de las recurrentes porque entiende que a la Comisión Europea no le basta con acreditar que la influencia decisiva de las sociedades matrices se extiende a la política comercial de la filial en el sentido amplio y que tampoco es decisiva la composición del capital de la filial (apartado 125). La Comisión Europea debe acreditar con factores concretos que las sociedades matrices determinaban conjuntamente la línea de actuación de la filial común. En suma, que en este supuesto, el Tribunal de Justicia exige a la Comisión Europea un nivel de prueba también riguroso, alejando de este modo cualquier atisbo de responsabilidad objetiva de las empresas matrices.

5. PROPIEDAD INTELECTUAL

Sentencia de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-117/13, Technische Universität Darmstadt *c.* Eugen Ulmer KG.

Directiva 2001/29/CE. Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. Libro puesto a disposición del público a través de terminales en una biblioteca. Derecho de la biblioteca a digitalizar una obra para ponerla a disposición de los usuarios a través de terminales especializados. Obra puesta a disposición de los usuarios a través de terminales especializados que permiten imprimirla en papel o almacenarla en una memoria USB.

Los retos de la sociedad de la información implican una serie de elementos e intereses que resulta a veces difícil de conjugar. El tema a que se refiere la presente Sentencia es de la máxima actualidad, pues la digitalización de obras en las bibliotecas constituye un tema problemático, para el que esta Sentencia tampoco da elementos suficientemente claros. La Sentencia se refiere tanto a la consulta de las obras digitalizadas como a su reproducción.

De forma resumida, los hechos a que se refiere el caso enfrentan a la Editorial Ulmer, editorial de libros científicos domiciliada en Stuttgart, y la biblioteca regional y universitaria de Darmstadt. La Universidad de Darmstadt digitalizó el manual de W. Schulze, titulado *Einführung in die neuere Geschichte*, para ponerlo a disposición de los usuarios en los puestos de lectura electrónica instalados en su biblioteca. Además de poderse consultar en los puestos de lectura (sin que pudieran consultarse simultáneamente un número de ejemplares de la obra superior al de los que figuraban en la colección de la biblioteca), los usuarios podían imprimir la obra completa o parte de ella en papel o guardarla en una memoria USB y sacar la copia de la biblioteca.

La Editorial Ulmer pretende que se prohíba a la Universidad de Darmstadt digitalizar el mencionado manual, alegando que la Universidad de Darmstadt no había aceptado su propuesta de adquisición de la obra en formato electrónico (*e-book*).

Es en este punto donde surge la duda sobre la interpretación del art. 5, apartado 3, letra n), de la Directiva 2201/29, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (*DO L 167*, de 22 de junio). La disposición controvertida se refiere a las excepciones y limitaciones al derecho de reproducción que pueden establecer los Estados miembros para supuestos en los que no se tiene intención de obtener un beneficio económico o comercial. En la letra n) dice textualmente que podrá hacerlo «cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia». Es el *Bundesgerichtshof* el que plantea tres cuestiones prejudiciales.

La primera cuestión que responde el Tribunal se refiere al alcance de los términos «condiciones de adquisición o de licencia» a que se refiere la indicada norma. En efecto, la Editorial Ulmer entiende que el simple hecho de haber propuesto a la biblioteca la celebración de un contrato o de utilización de la obra basta para excluir la aplicación de la citada norma, siempre que dicha propuesta sea «adecuada». La respuesta del Tribunal de Justicia es negativa, entendiendo que es necesario que se haya «celebrado un contrato de licencia o de utilización de dicha obra en el que se especifican las condiciones bajo las cuales el establecimiento puede utilizarla», ya que la citada disposición «está haciendo referencia a relaciones contractuales efectivas y al establecimiento y aplicación de acuerdos contractuales efectivos, y no a meras ofertas de contratos o de licencias», a lo que añade que una interpretación diferente significaría vaciar de contenido la norma, en unos tiempos en que cada vez son más las obras que se ofrecen en el mercado en versión electrónica (apartados 30 y 32).

Solucionada así la primera cuestión, la segunda se refiere a si la citada norma se opone a que un Estado permita a las bibliotecas accesibles al público digitalizar las obras que figuren en sus colecciones. La respuesta es afirmativa, entendiendo que si no dispusieran de este derecho accesorio de digitalización de las obras de que se

trata, habría el riesgo de que ese derecho quedara en buena medida vacío de contenido (apartado 43). Como dice en la parte dispositiva de la Sentencia, el derecho de digitalizar las obras que figuran en sus colecciones «si este acto de reproducción es necesario para poner tales obras a disposición de los usuarios, a través de terminales especializados, en los locales de esos establecimientos». Esta cuestión resulta más discutible y en la propia Sentencia (apartados 47 y 48) se señalan límites que no deben franquearse, en relación al perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho. De ahí la limitación del número de ejemplares puestos a disposición de los usuarios en los terminales o la obligación de remuneración.

La tercera cuestión planteada es la más conflictiva, puesto que se refiere a la posibilidad de que la biblioteca ponga sus obras a disposición de los usuarios a través de terminales especializados que les permitan imprimirlas en papel o almacenarlas en una memoria USB. En este caso, ya no se trata de un acto de «comunicación», sino que se refiere a un acto de «reproducción». De ahí que la respuesta del Tribunal se divida en dos partes: a) La disposición del art. 5, apartado 3, letra n), «no se aplica a actos tales como la impresión en papel de las obras o su almacenamiento en una memoria USB, efectuados por los usuarios a partir de los terminales especializados en las bibliotecas accesibles al público, mencionadas en dicha disposición». b) No obstante, tales actos pueden ser autorizados en virtud de las excepciones previstas en el art. 5, apartado 2, letras a) o b) de la Directiva, siempre que concurren los requisitos establecidos por dichas normas y, en particular, que el titular de los derechos sobre la obra reciba una compensación equitativa.

6. PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

Sentencia de 17 de julio de 2014, Asunto C-169/14, Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

Procedimiento prejudicial. Directiva 93/13/CEE. Artículo 7. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 47. Contratos celebrados con los consumidores. Contrato de préstamo hipotecario. Cláusulas abusivas. Procedimiento de ejecución hipotecaria. Legitimación activa.

Esta Sentencia inflige un nuevo varapalo a la legislación española sobre ejecución de garantías hipotecarias. La primera cuestión prejudicial planteada por España fue resuelta por la Sentencia de 14 de junio de 2012 (Asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito*, en esta *Revista*, 2012, 4, pp. 1145 y ss.), y posteriormente llegó la Sentencia de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11, *Aziz*, en esta *Revista*, con comentario de A. Pau, 2013, 3, pp. 807 ss.). De resultas de la misma, las Cortes Generales españolas aprobaron la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En particular, esta Ley modificó el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que fue objeto de una nueva modificación mediante el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación.

Con esta nueva Sentencia, el Tribunal de Justicia pone en evidencia a España al afirmar que el art. 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es otra vez incompatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las

cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Por lo tanto, España debe volver a modificar su legislación.

El litigio principal se refiere al incumplimiento por parte de los deudores hipotecarios de su obligación de pagar las cuotas mensuales para la devolución del préstamo. La Audiencia Provincial de Castellón constata que si bien el procedimiento civil español permite al acreedor hipotecario interponer recurso de apelación contra la resolución judicial que, tras estimar la oposición formulada por el deudor, ponga fin al procedimiento de ejecución hipotecaria, tal legislación procesal no permite, en cambio, que el deudor cuya oposición haya sido desestimada interponga recurso de apelación contra la resolución judicial de primera instancia que ordene la continuación del procedimiento de ejecución. Ante esta asimetría, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas en cuanto a la compatibilidad del art. 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el objetivo de protección de los consumidores que persigue la Directiva 93/13, así como con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

El Tribunal de Justicia menciona los precedentes jurisprudenciales en relación a la legislación hipotecaria española y observa que la actual legislación «reconoce al profesional, en su condición de acreedor ejecutante, el derecho a interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva, pero no permite, en cambio, que el consumidor interponga recurso contra la decisión de desestimar la oposición a la ejecución» (apartado 44). Desde el punto de vista de la protección del consumidor (Directiva 93/13), el Tribunal de Justicia considera que el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil coloca al consumidor, en su condición de deudor ejecutado, en una situación de inferioridad en relación con el profesional, en su condición de acreedor ejecutante, en lo que atañe a la tutela judicial de los derechos que puede invocar, al amparo de la Directiva 93/13, frente a la utilización de cláusulas abusivas. Por ello, afirma que «procede declarar que el sistema procesal controvertido en el litigio principal pone en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13» (apartado 46).

Como pasaba en Sentencia de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11, *Aziz*, en esta *Revista*, con comentario de A. PAU, 2013, 3, pp. 807 ss., apartado 62), la incompatibilidad de la normativa española con la Directiva 93/12 resulta del sistema procesal establecido. Como recuerda el Tribunal de Justicia, las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no deben constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13. El Tribunal de Justicia considera que el procedimiento regulado en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta contrario al principio de igualdad de armas o de igualdad procesal, siendo este principio parte integrante del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea confiere a los justiciables, tal como se garantiza en el artículo 47 de la Carta.

En suma, que España debe volver a modificar su legislación sobre garantías hipotecarias para eliminar la situación de desigualdad del deudor hipotecario

respecto del acreedor. Al margen de las pertinentes críticas que puedan apuntarse respecto de la falta de acierto legislativo de España, cabe constatar que esta Sentencia evidencia la progresiva reducción del principio de la autonomía procedimental de los Estados miembros, pues estos deben regular los procedimientos nacionales garantizando la plena eficacia de los derechos conferidos a los ciudadanos por la normativa de la UE, que es cada día más amplia.

Sentencia de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, Monika Kušionová c. Smart Capital a.s.

Procedimiento prejudicial. Directiva 93/13/CEE. Cláusulas abusivas. Contrato de crédito al consumo. Artículo 1, apartado 2. Cláusula que refleja una disposición legal imperativa. Ambito de aplicación de la Directiva. Artículos 3, apartado 1, 4, 6, apartado 1, y 7, apartado 1. Garantía del crédito constituida sobre un bien inmueble. Posibilidad de ejecutar esa garantía mediante una venta en subasta. Control jurisdiccional.

Esta nueva Sentencia en materia de garantías hipotecarias no tiene el impacto inmediato de las sentencias precedentes planteadas por órganos jurisdiccionales españoles en cuanto no se declara la incompatibilidad de la normativa nacional, en este caso eslovaca, con el Derecho europeo. Sin embargo, en ella, el Tribunal de Justicia se refiere explícitamente al Derecho fundamental a la vivienda habitual y, desde esta óptica, es destacable.

En la Sentencia de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11, *Aziz*, en esta *Revista*, con comentario de A. PAU, 2013, 3, pp. 807 ss., apartado 61), el Tribunal de Justicia constató que la pérdida de la vivienda familiar puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores. Posteriormente, en el Auto Sánchez Morcillo y Abril García (Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2014, Asunto C-169/14, Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, apartado 11), el Tribunal de Justicia incide en que la pérdida de la vivienda familiar también pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada.

En la presente Sentencia, el Tribunal de Justicia se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias del TEDH, *McCann c. Reino Unido*, demanda núm. 19009/04, apartado 50, y *Rousk c. Suecia*, demanda núm. 27183/04, apartado 137), que ha estimado que la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida.

A continuación, el Tribunal de Justicia afirma que en el Derecho de la Unión Europea el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Este precepto establece que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones». Por ello, considera que los tribunales nacionales deben tomar en consideración este derecho fundamental al aplicar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (apartado 65).

Sentencia de 18 de septiembre de 2014, Asunto C-487/12, Vueling Airlines, S.A. c. Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia.

Procedimiento prejudicial. Transporte aéreo. Normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Unión Europea. Reglamento (CE) núm. 1008/2008. Libertad de fijación de precios. Facturación de equipaje. Suplemento de precio. Concepto de «tarifas aéreas». Protección de los consumidores. Imposición de una multa al transportista por una cláusula contractual abusiva. Normativa nacional según la cual el transporte del pasajero y la facturación del equipaje deben estar comprendidos en el precio base del billete de avión. Compatibilidad con el Derecho de la Unión.

La normativa española litigiosa es el art. 97 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, el cual establece una restricción legal a la libertad de empresa: «El transportista estará obligado a transportar juntamente con los viajeros, y dentro del precio del billete, el equipaje con los límites de peso, independientemente del número de bultos, y volumen que fijen los Reglamentos». Esta disposición, de rango legal, obliga a todas las empresas aéreas establecidas en España a adoptar un mismo modelo comercial concreto respecto al equipaje de los viajeros, a saber, prohíbe a las compañías de transporte aéreo el cobro por la facturación de los equipajes de los pasajeros en concepto de suplemento opcional de precio.

Esta práctica ha sido tradicionalmente seguida por las compañías aéreas. La normativa comunitaria que afecta a los precios en el transporte aéreo, el Reglamento (CE) 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (en adelante Reglamento 1008/2008) no se refiere expresamente a esta cuestión.

En esta situación, una viajera que había adquirido por Internet un billete de Vueling para realizar un desplazamiento intracomunitario y facturado 2 maletas denuncia a esta compañía aérea ante el Ayuntamiento de Ourense, por el recargo que se le había aplicado. La denuncia fue remitida al Instituto Gallego de Consumo, el cual procedió a tramitar un procedimiento administrativo sancionador contra Vueling que concluyó con la imposición a dicha sociedad de una multa de 3.000 euros. La sanción se fundó en el art. 97 de la Ley 48/1960. Vueling recurrió la sanción y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ourense planteó una cuestión prejudicial sobre compatibilidad de la legislación española con el art. 22 del Reglamento 1008/2008.

En la Sentencia, el Tribunal de Justicia constata que los modelos comerciales de las compañías aéreas han experimentado una considerable evolución y que el precio del servicio de transporte del equipaje facturado ha incrementado su importancia relativa en el coste de los servicios.

Tomando nota de esta evolución, el Tribunal de Justicia afirma que mientras que el transporte del equipaje facturado debe considerarse un servicio opcional y, por tanto, un suplemento del contrato de transporte de pasajeros, el transporte del equipaje no facturado (esto es, el equipaje de mano) debe considerarse un elemento indispensable del transporte de los pasajeros.

La consecuencia de esta diferencia en la calificación es que, conforme al principio de libertad de precio que impone el Reglamento 1008/2008, las compañías aéreas deben poder decidir libremente si desean cobrar los servicios de transporte del equipaje facturado, siempre y cuando informen, de forma clara y transparente, a los consumidores sobre el precio final de los servicios contratados. Por ello, el Tribunal de Justicia declara que una disposición restrictiva como la contenida en el art. 97 de la Ley 48/1960 es incompatible con el Reglamento 1008/2008 y, por lo tanto, queda sin aplicación dada la primacía y el efecto directo del mismo.

En cuanto al equipaje de mano, esta Sentencia dispone que las compañías aéreas tienen limitaciones en cuanto a sus decisiones comerciales. El equipaje de mano «no puede ser objeto de un suplemento de precio, siempre y cuando dicho equipaje responda a las exigencias razonables relativas a su peso y dimensiones y cumpla con los requisitos de seguridad aplicables». No parece, por ejemplo, que el elemento número de bolsas pueda, por sí solo, implicar un coste adicional.

7. COOPERACIÓN JUDICIAL

Sentencia de 4 de septiembre de 2014, Asuntos acumulados C-119/13 y C-120/13, *Eco Cosmetics GmbH & Co.KG c. Virginie Laetitia Barbara Dupuy* (asunto C-119/13) y *Raiffeisenbank St. Georgen reg. Gen. mbH c. Tetyana Bonchyk* (asunto C-120/13).

Reglamento 1896/2006: Proceso monitorio europeo. Falta de notificación o de notificación válida. Requerimiento europeo de pago declarado ejecutivo. Posibilidad de revisión.

En una única Sentencia el Tribunal de Justicia decide dos asuntos que plantean un problema idéntico en la primera cuestión planteada y cuya respuesta hace innecesario contestar a las demás cuestiones. La cuestión pretende dilucidar si el Reglamento 1896/2006 debe interpretarse en el sentido de que el demandado también puede solicitar la revisión judicial del requerimiento europeo de pago cuando este no le haya sido notificado válidamente o en absoluto.

En el asunto 119/13, *Eco Cosmetics*, una sociedad alemana, solicita al tribunal alemán la expedición de un requerimiento europeo de pago contra la Sra. Dupuy, residente en Francia. De acuerdo con el Reglamento, el *Amtsgericht* de Wedding estimó la petición y expidió el requerimiento europeo de pago solicitado, que fue notificado por correo internacional certificado con acuse de recibo. Realizada la notificación, no hay en el acuse de recibo información alguna complementaria sobre la notificación. La Sra. Dupuy impugna el requerimiento, pero su oposición es rechazada por haberse presentado fuera de plazo. La Sra. Dupuy realiza una solicitud de remisión, alegando que el requerimiento europeo de pago no le fue notificado, ya que se mudó de la vivienda sita en la dirección indicada por *Eco Cosmetics* y que sólo mucho más tarde tuvo conocimiento del requerimiento a través de su banco.

En el asunto 120/13, el banco austriaco solicitó que se expidiera un requerimiento europeo de pago contra la Sra. Bonchyk, residente en Alemania. Expedido el requerimiento europeo de pago por el *Amtgericht* de Wedding, la notificación fue imposible en las direcciones indicadas en principio, pero posteriormente el

banco facilitó otra dirección, en la que se notificó el requerimiento mediante depósito en el buzón. Con posterioridad, el tribunal declaró ejecutivo el requerimiento. La Sra. Bonchyk impugnó el requerimiento, alegando que se enteró del requerimiento de forma casual. El tribunal le comunica que la oposición se había presentado fuera de plazo y que ya sólo cabía la solicitud de revisión.

La respuesta del Tribunal es que los procedimientos previstos para la ejecución y revisión en los arts. 16 a 20 del Reglamento «no son aplicables cuando resulta que un requerimiento europeo de pago no ha sido notificado de una forma que cumpla los requisitos mínimos establecidos en los artículos 13 a 15 de ese Reglamento». El razonamiento es bien sencillo (apartados 43 y 48): si el requerimiento europeo de pago no se ha notificado cumpliendo los requisitos de los arts. 13 a 15, «la declaración de fuerza ejecutiva de dicho requerimiento de pago debe considerarse inválida».

Resuelta así esta cuestión, queda un segundo problema: el Reglamento 1896/2006 no dice nada sobre las posibles vías de recurso de que dispone el demandado que no ha sido debidamente notificado y que sólo tiene conocimiento cuando ya se ha declarado la fuerza ejecutiva del requerimiento europeo de pago. De ahí que en la parte dispositiva de la Sentencia añadida que «cuando sólo después de la declaración de fuerza ejecutiva de un requerimiento europeo de pago se ponga de manifiesto tal irregularidad, el demandado debe tener la posibilidad de denunciar esa irregularidad, la cual, si se demuestra debidamente, debe entrañar la invalidez de dicha declaración de fuerza ejecutiva». Al no haber norma al respecto en el propio Reglamento, conforme a su art. 26, «tales cuestiones procesales se regirán por el Derecho nacional» (apartado 47).

Sentencia de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-112/13, A c. B y otros.

Examen de la conformidad de una ley nacional tanto con el Derecho de la Unión como con la Constitución nacional. Competencia judicial internacional: inexistencia de domicilio del demandado en un Estado miembro. Representante judicial por ausencia. Reglamento 44/2001 (art. 24).

Aunque la cuestión litigiosa se refiere a la competencia judicial internacional de los tribunales austríacos en relación a una indemnización de daños y perjuicios, la realidad es que el tema más conflictivo, y al que se dedica la mayor parte de la Sentencia y, particularmente, de su parte dispositiva, es al control de la conformidad con el Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia y por el Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), el cual en una resolución de 14 de marzo de 2012 entendió que el control de constitucionalidad de las leyes nacionales que lleva a cabo en el marco del procedimiento de control general de las leyes se extiende a las disposiciones de la Carta, por lo que el principio de equivalencia, tal como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia exigiría que este control general de las leyes comprendiera también los derechos garantizados por la Carta. En el fondo, se trata una vez más de las difíciles relaciones entre tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia (en un asunto muy diferente, un ejemplo reciente lo proporciona la Sentencia del Tribunal Constitucional español 26/2014, de 13 de febrero de 2014, en el recurso de amparo 6922/2008 y los interesantes

argumentos que se encuentran en el voto particular concurrente de E. Roca, en relación a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, *Melloni*, en esta Revista, 2013.3, pp. 836 ss.).

La complejidad del tema se une a lo delicado del asunto.

B y otros presentaron en el *Landesgericht* de Viena una demanda de indemnización de daños y perjuicios contra A, alegando que este había secuestrado a los cónyuges o padres de aquellos en Kazajstán. B y otros sostuvieron que A tenía su domicilio en la circunscripción del tribunal, pero, tras varios intentos de notificación, se puso de manifiesto que ya no tenía su domicilio en tal dirección, por lo que se nombró un representante judicial por ausencia (*Abwesenheitskurator*) con arreglo al Derecho austríaco. Este representante presentó un escrito de contestación, en el que solicitaba la desestimación de la demanda y formulaba numerosas objeciones, pero no impugnaba la competencia de los tribunales austríacos. Es después de estos trámites cuando un despacho de abogados, designados por A, intervino impugnando tal competencia, indicando que A había abandonado definitivamente Austria antes de que se presentara la demanda en su contra y que no había facilitado información sobre su nuevo domicilio porque su vida corría peligro. El *Landesgericht* declaró su falta de competencia internacional, considerando que A estaba domiciliado en Malta y que la comparecencia del representante judicial por ausencia no constituía una comparecencia a efectos del art. 24 del Reglamento. Presentado recurso ante el *Oberlandesgericht*, este estimó el recurso interpuesto por B y otros y rechazó la excepción de falta de competencia internacional, entendiendo que, en virtud del art. 26 del Reglamento 44/2001, los tribunales nacionales sólo están obligados a comprobar su competencia internacional en caso de incomparecencia del demandado y que, en Derecho austríaco, los actos procesales del representante judicial por ausencia producen los mismos efectos jurídicos que los actos de un representante convencional. A interpuso recurso de casación ante el *Oberster Gerichtshof* alegando la violación de su derecho de defensa, consagrado tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos como en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Por su parte, B y otros sostienen que dichas disposiciones también garantizan su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, exigiendo la designación de un representante judicial por ausencia. En estas condiciones el *Oberster Gerichtshof* señala que el amplio poder de representación del representante judicial por ausencia puede considerarse al mismo tiempo tanto necesario para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de B y otros como incompatible con el derecho fundamental a ser oído de A. Como consecuencia de ello, el *Oberster Gerichtshof* plantea la duda con la que se iniciaba la presente nota: ¿está obligado a solicitar al *Verfassungsgerichtshof* la anulación con carácter general de dicha ley, «sin perjuicio de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia» cuando el *Verfassungsgerichtshof* ha declarado que, en el supuesto en que un derecho garantizado por la Constitución austríaca tuviera el mismo ámbito de aplicación que un derecho garantizado por la Carta no procede plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial?

El Tribunal de Justicia, como viene siendo habitual, dice que corresponderá al tribunal remitente ver si la normativa nacional en cuestión puede o no

interpretarse conforme a las exigencias del Derecho de la Unión, teniendo en cuenta dos elementos. En primer lugar, el Derecho de la Unión «se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual los tribunales ordinarios que resuelven en apelación o en última instancia están obligados, cuando consideren que una ley nacional es contraria al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a solicitar al Tribunal Constitucional, durante el procedimiento, la anulación con carácter general de la ley en lugar de limitarse a dejar de aplicarla en el caso concreto, en la medida en que el carácter de ese procedimiento tenga como efecto impedir tanto antes de la presentación de la referida solicitud al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre esa solicitud, que los tribunales ordinarios ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia». En segundo lugar, establece que el Derecho de la Unión «no se opone a tal normativa nacional cuando los tribunales ordinarios sigan estando facultados a) para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control general de las leyes, b) para adoptar toda medida necesaria a fin de garantizar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y c) para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión».

Esta conclusión se apoya en distintos argumentos: A) los tribunales internos tienen una amplísima facultad para someter cuestiones ante el Tribunal de Justicia si entienden que hay una cuestión que afecta a la interpretación o a la validez de las disposiciones del Derecho de la Unión Europea que deben aplicar; B) los tribunales internos están obligados a garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión Europea, dejando inaplicada de oficio cualquier disposición contraria de la legislación nacional, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional; C) los tribunales internos no pueden verse privados de la posibilidad o de la obligación de plantear cuestiones prejudiciales por el hecho de que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición de Derecho interno requiera necesariamente un recurso previo de inconstitucionalidad: es una exigencia del funcionamiento del recurso prejudicial que el juez interno tenga esta posibilidad. Si se aceptara el carácter prioritario de un procedimiento incidental de control de constitucionalidad significaría que «el Tribunal de Justicia podría quedar privado, en la práctica, de la posibilidad de realizar, a petición de los tribunales competentes en cuanto al fondo en el Estado miembro considerado, el control de la validez» de la norma en cuestión.

La segunda cuestión se refiere a si la comparecencia del representante judicial por ausencia equivale a la comparecencia del demandado ausente. Como señala el Tribunal, sólo la comparecencia de A de acuerdo con el art. 24 del Reglamento 44/2001 serviría a los efectos de la competencia de los tribunales austríacos, ya que A no estaba domiciliado en Austria y el litigio tenía como objeto la indemnización de daños y perjuicios sufridos en Kazajstán y no en Austria. En este contexto,

el Tribunal entiende, a la luz del art. 47 de la Carta de Derechos fundamentales: «la comparecencia de dicho representante no equivale a la comparecencia del demandante ausente, a efectos del artículo 24». Los argumentos esenciales se refieren a los siguientes aspectos: A) El art. 24 se encuentra en el capítulo relativo a la prórroga de la competencia, por lo que la comparecencia del demandado puede considerarse como una aceptación tácita de la competencia del tribunal, lo cual presupone que el demandado tiene conocimiento del procedimiento. B) La competencia del tribunal interno que conoce del asunto sólo se somete a control judicial (arts. 26 y 34, apartado 2) si puede considerarse al demandado en rebeldía, pues se trata de garantizar la defensa de los derechos del demandado ausente. C) El art. 24 no permite que un representante judicial por ausencia equivalga a la presencia del demandado, ya que no sería conforme con los objetivos del propio Reglamento, que exige un alto grado de previsibilidad.

La dificultad en este caso viene dada por la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia, en el sentido de tratar de encontrar un equilibrio entre los derechos del demandante y los del demandado, es decir, entre el derecho de defensa del demandado y la posible situación de denegación de justicia en que se encontraría el demandante. Se trata de las Sentencias de 17 de noviembre de 2011 (Asunto C-327/10, *Hypotecní banka a.s. c. Udo Mike Lindner*, en esta *Revista*, 2012.2, pp. 571 ss.) y de 15 de marzo de 2011 (Asunto C-292/10. G. c. *Cornelius de Visser*, en esta *Revista* con nota de A. BORRÁS, 2012.3, pp. 839 ss.). La diferencia radica en que si en este caso se tuviera a A por comparecido a los efectos del art. 24 por el hecho de que ha comparecido el representante judicial por ausencia no se estaría estableciendo un justo equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa.

Sentencia de 4 de septiembre de 2014, Asunto C-157/13, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH c. «Kintra» UAB*.

Concepto de «demanda relacionada estrechamente con un procedimiento de insolvencia». Demanda formulada por el síndico mediante la cual se reclama el pago de un derecho de crédito derivado de un transporte internacional de mercancías. Reglamento 1346/2000 (art. 3, apartado 1). Reglamento 44/2001 (art. 1, apartado 2, b). Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera «CMR» (art. 31.1).

La Sentencia responde, en un texto relativamente breve, a dos cuestiones diferentes vinculadas a la delimitación del ámbito de aplicación de dos reglamentos comunitarios, el Reglamento 1346/2000 y el Reglamento 44/2001, en relación a un procedimiento vinculado a una situación de insolvencia y la aplicabilidad, en su caso, del Convenio CMR de 1956, en su versión modificada por el Protocolo de 1978.

En efecto, el Tribunal regional de Vilna (Lituania) declaró la insolvencia de Kintra, sociedad lituana. El síndico de la quiebra solicita al mismo Tribunal que se condene a la sociedad alemana Nickel a pagar la cantidad que adeuda a Kintra como consecuencia de un transporte que le había prestado entre Francia y Alemania. Nickel impugnó la competencia del tribunal lituano, alegando que el litigio estaba incluido en el ámbito de aplicación del Convenio CMR y del Reglamento 44/2001. El tribunal lituano estimó la solicitud de Kintra, decisión que fue confirmada por el tribunal de apelación, en el sentido de que el tribunal

competente se determinaba por el Reglamento 1346/2000. Recurrida la Sentencia ante el Tribunal Supremo de Lituania, este plantea el recurso prejudicial. Dado el tipo de asunto que se plantea, no es raro que Suiza presentara observaciones, teniendo en cuenta sus posibilidades e intereses.

La primera cuestión se refiere a la delimitación respectiva del Reglamento 1346/2000 y del Reglamento 44/2001. En efecto, se trata de una reclamación formulada por el síndico de la quiebra, pero que se refiere al cobro de una deuda derivada de una prestación de servicios de transporte por una empresa alemana. El Tribunal de Justicia entiende que esta demanda se incluye en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001, por tratarse de una cuestión que se incluye en el concepto de «materia civil y mercantil», de acuerdo con el art. 1, apartado 1, del citado Reglamento.

Para ello el Tribunal de Justicia se apoya en su jurisprudencia anterior y, en particular, en la Sentencia en el asunto *F-Tex* (Sentencia de 19 de abril de 2012, asunto C-213/10, en esta *Revista*, 2012, 4, pp. 1150 ss.), en cuanto precisa que únicamente están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 las demandas que emanan directamente de un procedimiento de insolvencia y que están estrechamente relacionadas con él, ya que, por una parte, debe evitarse el solapamiento entre los dos Reglamentos afectados y, por otra parte, mientras el Reglamento 44/2001 incluye una concepción amplia de «materia civil y mercantil», el Reglamento 1346/2000 tiene un ámbito muy especializado de aplicación (apartados 21 a 23). En definitiva, de la jurisprudencia anterior, dice el Tribunal, se deriva que «se centró sobre todo en determinar en cada caso si la demanda en cuestión se fundamentaba en el Derecho que regula los procedimientos de insolvencia o en otras normas». No cabe duda que la reclamación del pago de la prestación del servicio de transporte no pertenece directamente al procedimiento de insolvencia y, por tanto, debe regirse por las normas para determinar la competencia en materia civil con carácter general.

3. Dada así esta primera respuesta, queda una segunda cuestión, vinculada al hecho de que tanto Alemania como Lituania son parte en el Convenio CMR, que contiene en su art. 31, apartado 1, una regla que permite al demandante, en el caso de transportes incluidos en su ámbito de aplicación, unas determinadas opciones en lo que se refiere a la competencia de los tribunales. No es esta la primera vez que el Tribunal de Justicia se ha tenido que manifestar sobre el tema, pues lo ha hecho con anterioridad en dos ocasiones (Sentencia de 4 de mayo de 2010, asunto C-533/08, *TNT Express Nederland*, en esta *Revista* con comentario de J. J. ÁLVAREZ y de A. BORRÁS, «El papel del Tribunal de Justicia en la evolución de la legislación y la jurisprudencia: el caso del Reglamento Bruselas I», *Los retos jurídicos ante la crisis* (María Teresa ARECES, coord.), Cizur Menor, 2014, pp.139-169, y Sentencia de 19 de diciembre de 2013, Asunto C-452/12, *Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd c. Interzuid Transport BV*, en que participa *DTC Surhuisterveen BV*, en esta *Revista*, 2014, 2, pp. 565 ss. y A. BORRÁS, *ibid.*). En realidad, la presente Sentencia no dice nada nuevo, como demuestra el hecho de que el asunto se decidiera sin conclusiones del Abogado General, pero contiene elementos que permiten precisar el alcance de la aplicabilidad de las normas de competencia del Convenio CMR. En efecto, en la parte dispositiva se limita a decir que la regla del art. 31, apartado 1, del Convenio CMR se podrá aplicar a un caso como el actual, en virtud del

art. 71 del Reglamento 44/2001. Pero ello no es consecuencia de un cambio de la jurisprudencia anterior, sino que se trata simplemente de una precisión en torno a la valoración del art. 31 del Convenio CMR.

En este caso, el Tribunal recuerda, como había dicho antes en la jurisprudencia mencionada, que los Convenios a que se refiere el art. 71 no pueden menoscabar los principios que inspiran el Reglamento 44/2001, mencionando expresamente los principios «de libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil, de previsibilidad de los juzgados y tribunales competentes y, por consiguiente, de seguridad jurídica para los justiciables, de recta administración de justicia, de reducción al máximo del riesgo de procedimientos paralelos y de confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión» (apartado 38). Y es ahí donde la Sentencia comentada añade algo respecto a la jurisprudencia anterior: manifiesta que las opciones que ofrece el art. 31, apartado 1, del Convenio CMR son compatibles con los principios que inspiran el Reglamento 44/2001, tal como ha sido interpretado por el propio Tribunal, mencionando en este caso la Sentencia de 9 de julio de 2009 (asunto C-204/08, *Rehder*, en esta *Revista*, 2010, 1, pp. 309 ss. y A. BORRÁS, *ibid.*). Con ello, pues, se aclara que la mencionada norma del Convenio CMR puede aplicarse, pero tras pasarla por el filtro de los principios de la Unión Europea. Ello significa, en definitiva, que cualquier otra norma en la materia no se aplicará automáticamente en virtud del art. 71 del Reglamento 44/2001, sino únicamente tras pasar el filtro fijado y sobre el que ya se ha dicho anteriormente que el Tribunal hace decir a la norma del art. 71, apartado 1, algo distinto de lo que realmente dice su texto.

Sentencia de 4 de septiembre de 2014, Asunto C-327/13, *Burgo Group SpA c. Illochroma SA*, en liquidación, y Jérôme Theetten, que actúa en calidad de liquidador de *Illochroma SA*.

Reglamento 1346/2000. Procedimientos de insolvencia. Procedimiento principal y procedimiento secundario. Concepto de «establecimiento».

A diferencia del caso anterior, no se trata en este supuesto de la delimitación del ámbito de aplicación de instrumentos comunitarios, sino de un problema específico en el proceso de aplicación del Reglamento 1346/200, en concreto, en relación a la incoación de procedimientos secundarios de insolvencia, un aspecto conflictivo en el Reglamento, como lo demuestra el hecho de que en la propuesta de revisión del mismo presentada por la Comisión [Documento COM (2012) 744 final, de 12 de diciembre de 2012] se propongan modificaciones, en el sentido de permitir al tribunal denegar la apertura de un procedimiento secundario si ello no es necesario para proteger los intereses de los acreedores locales, al suprimir el requisito de que los procedimientos secundarios deban ser procedimientos de liquidación y al mejorar la cooperación entre el procedimiento principal y el secundario, en particular mediante la ampliación de los requisitos de cooperación a los tribunales de que se trate.

De forma breve, los hechos a que se refiere esta Sentencia tienen su origen en una decisión de un tribunal francés que abre un procedimiento concursal respecto a todas las sociedades del grupo *Illochroma*, abriendo después la liquidación judicial de *Illochroma* y nombrando liquidador a *Me Theetten*. *Burgo Group*, sociedad italiana acreedora de *Illochroma* por el impago de unas mercancías que

le había suministrado, envía una comunicación de crédito al liquidador, que este rechaza por haber sido realizada fuera de plazo. En esta situación, Burgo Group solicita la apertura de un procedimiento secundario en contra de Illochroma ante el *Tribunal de commerce* de Bruselas, que desestimó la petición. Recurrida tal decisión ante la *Cour d'Appel* de Bruselas, esta plantea el recurso prejudicial.

La primera cuestión se refiere a la posibilidad de abrir un procedimiento secundario en Bélgica, cuando en este país se encuentra su sede social, ya que los tribunales franceses se han declarado competentes para la quiebra principal por considerar que es donde se encuentra el centro de los intereses principales de la sociedad. El Tribunal de Justicia responde afirmativamente, basándose, en primer lugar, en que el tribunal debe asegurarse de que en su jurisdicción se encuentra efectivamente el centro de intereses principales de una sociedad, en función de los criterios establecidos en la Sentencia de 2 de mayo de 2006 (Asunto C-341/04, *Eurofood*, en esta *Revista*, con nota de M. AMORES, 2006.4, pp. 1199 ss.). Pero, en segundo lugar, recuerda el art. 16, apartado 1, del Reglamento, en cuya virtud una vez abierto el procedimiento principal en un Estado miembro, tal procedimiento se reconocerá en todos los Estados miembros, sin poder controlar la apreciación que ha efectuado el primer Estado (al respecto, Sentencia de 22 de noviembre de 2012, asunto C-116/11, *Bank Handlowy y Adamiak*, en esta *Revista*, pp. 556 ss.). Finalmente, recuerda que la única exigencia es que se trate de un verdadero «establecimiento», sin que sea suficiente la mera presencia de bienes aislados o de cuentas bancarias (citando la Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-396/09, *Interedil*, en esta *Revista*, con comentario de A. BORRÁS, 2012, 2, pp. 556 ss.).

La segunda cuestión planteada se refiere al conflictivo tema de si la persona o autoridad que solicita la apertura del procedimiento secundario debe tener su residencia en dicho Estado miembro o, por el contrario, puede ser solicitada la apertura por cualquiera cuyo crédito tenga su origen en la actividad de dicho establecimiento. La cuestión responde al conflictivo texto del art. 29, letra b) del Reglamento, que establece que, además del síndico del procedimiento principal, podrá solicitar la apertura de un procedimiento secundario «cualquier otra persona o autoridad habilitada para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia con arreglo a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio se solicite la apertura de un procedimiento secundario». Sobre esta base, el Tribunal añade, para garantizar el efecto útil del Reglamento (apartados 46 a 48), que «el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento secundario de insolvencia no puede limitarse únicamente a los acreedores que tengan su residencia o domicilio social en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el establecimiento en cuestión, o a los acreedores cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento».

La tercera y última cuestión, vinculada a la anterior, se refiere a si, teniendo en cuenta que el procedimiento principal es un procedimiento de liquidación, deben tenerse en cuenta criterios de oportunidad por el tribunal al que se solicita la apertura de un procedimiento secundario. La respuesta del Tribunal es que tal cuestión se rige por el Derecho nacional de dicho Estado miembro, si bien advierte que «cuando los Estados miembros establecen los requisitos para la apertura de tal procedimiento deben respetar el Derecho de la Unión, y, en particular, los principios generales de este y las disposiciones del Reglamento núm. 1346/2000».