

# Crónica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

*Case Law Review of the Court of Justice of the European Union*

David Ordóñez Solís

Magistrado y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-56-2017pp207-250>

---

**Sumario:** I. Introducción.—II. Primera Parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea. 1. El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. 2. El mercado único europeo: a) El derecho de establecimiento y la intervención administrativa pública en una economía social de mercado. b) El régimen europeo de ayudas de Estado. c) Las nuevas perspectivas en materia de contratación pública. 3. Los derechos en Internet, la política medioambiental europea y la protección del consumidor: a) Los derechos en Internet. b) La política medioambiental europea. c) La protección de los consumidores.—III. Segunda Parte. La jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el derecho interno: 1. Los extranjeros, sus antecedentes penales y sus vínculos con los ciudadanos de la Unión. 2. La protección europea de los trabajadores: el empleo temporal y la lucha contra las discriminaciones. 3. La protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas. 4. Los aranceles de los procuradores, la independencia de los organismos reguladores y el efecto invernadero.—IV. Relación de las sentencias comentadas.

---

## I. Introducción

En los años 80 algunos estudios ya clásicos, como los de STEIN, RASMUSSEN, WEILER o BENGOTXEA, comprobaron que el Tribunal de Justicia había construido en su productiva juventud unos principios realmente revolucionarios y explosivos como el efecto directo y la primacía<sup>1</sup>. Y constata-

---

<sup>1</sup> Eric Stein, «Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution». *American Journal of International Law*, 75, (1981): 1-27; Hjalte Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1986); Joseph Weiler, «The Transformation of Europe». *The Yale Law Journal*, 100, (1991): 2403-2483; y Joxerramon Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, (Oxford: Clarendon Press, 1993).

ron que esta revolución judicial en Europa se había podido producir debido a que del Tribunal de Justicia nadie se acordaba ni su actuación tampoco preocupaba a la opinión pública. Eric STEIN consideraba que este fructífero período de construcción de un marco constitucional con una estructura federal en Europa se debía a que el Tribunal estaba escondido en un país de ensueño como el Ducado de Luxemburgo y había sido bendecido con el calculado desinterés de los poderes fácticos y de los medios de comunicación («Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media...»).

Hoy en día, ya en plena madurez, no hay duda de que el Tribunal de Justicia es un relevante actor en la política europea y en numerosas ocasiones sus decisiones saltan a los medios de comunicación y tienen una extraordinaria repercusión en la vida social de la Unión Europea o de alguno de sus países. Precisamente, en septiembre de 2016 el Tribunal de Justicia se pronunciaba en tres sentencias y en un auto sobre la interpretación de la Directiva 1999/70 sobre el trabajo de duración determinada y conmovía las estructuras políticas y sociales españolas por los efectos que tal jurisprudencia podría tener tanto en el sector público como en el sector privado. También la expectación ha sido máxima en España respecto de la resolución del caso de los intereses de las cláusulas suelo declaradas abusivas y la sentencia de 21 de diciembre de 2016 en la que interpreta la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores no ha defraudado hasta el punto de afectar seriamente al sistema bancario.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia tiene poco de revolucionario y actúa más bien como un insistente recordatorio de lo que significa, por ejemplo, la Directiva sobre trabajo temporal que, por ejemplo, hace más de 14 años tenía que haberse incorporado correctamente al Derecho español. Y de las más de 30 sentencias pronunciadas en relación, sobre todo, con el empleo público en la educación y en la sanidad en Grecia y en Italia, casi la mitad corresponden también al personal estatutario de la sanidad y a los funcionarios de la educación en España. Y lo mismo se puede decir de la *sentencia Gutiérrez Naranjo* sobre los efectos en el tiempo de la declaración de las cláusulas suelo. El Tribunal de Justicia le ha recordado al Tribunal Supremo español quién es el único competente para limitar el efecto en el tiempo de las directivas.

En cualquier caso, el gran secreto del éxito del Tribunal de Justicia es haber mimado a los tribunales nacionales que le brindan la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación del Derecho de la Unión en litigios concretos. El de Luxemburgo es un tribunal que bebe de la experiencia y de los problemas de toda la Unión Europea y, desde luego, los efectos de su

jurisprudencia son extraordinarios. De hecho, en estas *Crónicas* mi interés ha sido no tanto el jurídico en sí mismo considerado sino en cuanto que se proyecta sobre la vida cotidiana de todos los ciudadanos.

Por eso debe darse la bienvenida a la actualización que ha hecho el Tribunal de Justicia de su guía para plantear cuestiones prejudiciales y que ha publicado como *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales* (DOUE n.º C 439, de 25 de noviembre de 2016, p. 1). Este documento resulta realmente útil e instructivo para los jueces y se caracteriza por hacer una presentación aún más sencilla que en ocasiones anteriores.

Como es obvio, nada modifica una mera guía pero insiste en la necesidad de que la redacción por el juez nacional de las cuestiones prejudiciales sea «sencilla, clara y precisa, sin elementos superfluos». Lo que en esta actualización más llama la atención es el saludable intento de incidir en los «aspectos formales de la petición de decisión prejudicial», es decir, en el formato del papel, el tipo y el tamaño de letra, los márgenes o la numeración de las páginas. Cuestiones que este año ha abordado el Tribunal Supremo español por vez primera, suscitando una gran polémica, por el mero hecho de intentar ordenar y acortar los escritos innecesariamente largos de los abogados<sup>2</sup>.

Estas iniciativas tienen gran interés desde la perspectiva judicial porque en nada afectan al fondo y facilitan de una manera extraordinaria el enjuiciamiento. Como es obvio, deben tener la recíproca correspondencia de los tribunales, incluidos los tribunales de la Unión Europea, obligados a expresarse de manera sencilla, clara y precisa en sus sentencias.

Así pues, intentaré hacer un repaso, necesariamente selectivo y por tanto adaptado al gusto personal del cronista, de algunas sentencias del Tribunal de Justicia dictadas con carácter general y, luego, con más exhaustividad y detalle, comentaré las decisiones del Tribunal de Justicia adoptadas en relación con España.

## II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea

La selección de las sentencias atiende a sus notas de variedad, novedad y, en cierta medida, de alcance práctico. Con esta idea abordo la jurisprudencia

---

<sup>2</sup> Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (*BOE* n.º 162, de 6 de julio de 2016).

dencia más notable en relación con el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, el mercado único europeo y algunas políticas europeas en relación con los derechos en Internet, el medio ambiente y la protección de los consumidores.

### 1. *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*

Las personas son el centro de interés de la jurisprudencia europea sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia, donde es esencial la distinción que se hace respecto de los extranjeros, es decir, los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros Estados.

La *sentencia CS (C-304/14)* de la Gran Sala responde un reenvío prejudicial remitido por un Tribunal administrativo londinense que preguntaba si cabía la expulsión del Reino Unido de una nacional de un tercer país que había sido condenada a un año de prisión pero que, sin embargo, tenía la custodia de un hijo de corta edad de nacionalidad británica.

El Tribunal de Justicia adopta un enfoque en el que tiene en cuenta los derechos del menor británico y por tanto ciudadano de la Unión, de tal modo que «la expulsión de la madre de dicho menor privaría a éste del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que, sin embargo, le confiere su estatuto de ciudadano de la Unión» (apartado 32).

Y a continuación al preguntarse por los límites de los derechos como ciudadano europeo, el Tribunal de Justicia admite que una expulsión administrativa podría ser conforme con el Derecho de la Unión «si se basa en la existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, teniendo en cuenta las infracciones penales cometidas por un nacional de un tercer Estado que tiene la guarda exclusiva de unos menores, ciudadanos de la Unión».

Ahora bien, en el caso concreto las autoridades británicas deben tener presentes «los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, en particular el derecho al respeto de la vida privada y familiar, tal como se formula en el artículo 7 de la Carta [y deben] procurar que se respete el principio de proporcionalidad» (apartado 48), lo que incluye, expresamente, el interés superior del menor por lo que «debe prestarse especial atención a su edad, a su situación en el Estado miembro de que se trata y a su grado de dependencia respecto del progenitor» (apartado 49).

De hecho, el Tribunal de Justicia deduce que en este caso la decisión británica de expulsión era contraria al Derecho de la Unión.

En la *sentencia JZ (C-294/16 PPU)* un tribunal polaco le plantea al Tribunal de Justicia la duda de si, con el fin de deducir el tiempo de prisión de JZ en Polonia, adonde había sido remitido en virtud de la orden europea de

detención, el concepto «privación de libertad» también abarca las medidas aplicadas en el Reino Unido consistentes en la vigilancia electrónica del lugar de residencia, unida a un arresto domiciliario. Se trataba de saber si existía una especie de reconocimiento de cumplimiento de condenas penales.

El Tribunal de Justicia explica que la Decisión marco 2002/584/JAI relativa a la orden de detención europea tiene carácter vinculante por lo que supone, para el tribunal polaco emisor de la orden de detención europea, la obligación de interpretación conforme. A tal efecto considera que el concepto de «privación de libertad» es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que debe interpretarse de manera uniforme. Para ello compara las distintas versiones lingüísticas de la Decisión marco y llega a la conclusión de que utiliza indistintamente los términos «detención» y «privación de libertad» en las diferentes versiones lingüísticas. Esto le lleva a considerar que con este término comprende, además del encarcelamiento, cualquier medida o conjunto de medidas impuestas a la persona afectada, que, por su tipo, duración, efectos y modalidades de ejecución, privan a dicha persona de su libertad de manera comparable a un encarcelamiento.

El Tribunal de Justicia, después de invocar su propia jurisprudencia y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluye considerando que una medida que asigna residencia de una duración de nueve horas durante la noche, acompañada de una vigilancia mediante una pulsera electrónica, la obligación de presentarse diariamente o varias veces por semana en una comisaría de policía en horas fijas y una prohibición de solicitar la expedición de documentos que permitan viajar al extranjero, no es, en principio, tan restrictiva como para entrañar un efecto privativo de libertad comparable al que resulta de una encarcelación ni, por lo tanto, para poder calificarse de «privación de libertad».

Esto determina que las medidas padecidas por JZ en Londres antes de su entrega europea a Polonia para cumplir una pena de cárcel no se le deduzcan de la condena penal.

De manera similar, la *sentencia Ognyanov* (C-554/14) interpreta la Decisión Marco 2008/909/JAI sobre reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad. En este caso se trataba de la entrega por Dinamarca de un búlgaro para que cumpliera en su país los años de condena por asesinato y robo.

El Tribunal de Sofía le pregunta al Tribunal de Justicia, en primer lugar, si las autoridades búlgaras pueden conceder al condenado una redención de penas por el trabajo realizado durante su reclusión previa en Dinamarca. Sin embargo, el Tribunal de Justicia responde que el principio de reconocimiento mutuo lo impediría.

Del mismo modo, el Tribunal de Justicia rechaza que las autoridades búlgaras apliquen la normativa nacional aunque sea más beneficiosa para

el condenado que la que resulta de aplicar el Derecho de la Unión. A tal efecto, el Tribunal de Justicia recuerda el alcance del principio de interpretación conforme del Derecho de la Unión: «la obligación de interpretación conforme tiene como consecuencia que el Sr. Ognyanov no pueda disfrutar, en virtud del Derecho búlgaro, de una redención de penas por el trabajo realizado durante su período de reclusión en Dinamarca, redención que se inscribe en la competencia exclusiva de este último Estado miembro». Y esto puede suponer que los jueces nacionales, incluidos los competentes en última instancia, estén obligados a modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si ésta se basa en una interpretación del Derecho búlgaro incompatible con los objetivos de una decisión marco.

La *sentencia Petruhhin* (C-182/15) fue pronunciada por la Gran Sala y tiene su origen en la extradición solicitada a Letonia por Rusia respecto de un estonio, es decir, de un ciudadano de la Unión.

El punto de partida del Tribunal de Justicia es que, a falta de convenio internacional entre la Unión Europea y Rusia, las reglas en materia de extradición son competencia de los Estados miembros, en este caso de Letonia. Ahora bien, a juicio del Tribunal de Justicia, esto no obsta para que, en situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión, las normas nacionales de que se trate deban respetarlo.

A tal efecto, los artículos 18 TFUE y 21 TFUE, relativos a la ciudadanía de la Unión, tienen estos efectos: «cuando un Estado miembro al que se ha desplazado un ciudadano de la Unión, nacional de otro Estado miembro, recibe una solicitud de extradición de un Estado tercero con el que el primer Estado miembro ha celebrado un acuerdo de extradición, deberá informar al Estado miembro del que dicho ciudadano es nacional y, en su caso, a solicitud de este último Estado miembro, entregarle a este ciudadano, con arreglo a las disposiciones de la Decisión marco 2002/584, siempre que este Estado miembro tenga competencia, conforme a su Derecho nacional, para procesar a esta persona por hechos cometidos fuera de su territorio nacional».

Esto significa que Letonia, aun cuando hubiese recibido la solicitud de Rusia de extradición del ciudadano estonio, estaría obligada a informar y entregar el ciudadano estonio a Estonia que tendría prioridad en la aplicación de la Decisión marco.

Ahora bien y para el caso de que proceda la extradición a Rusia, el Tribunal de Justicia recuerda una segunda obligación del tribunal letón, que garantice el respeto del artículo 4 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión, que prohíbe las penas o los tratos inhumanos o degradantes, prohibición que tiene carácter absoluto, ya que es indisociable del respeto de la dignidad humana. En definitiva, la Carta exige la comprobación por las autoridades letonas de que existe un riesgo real de que se inflija un trato inhumano o degradante a las personas en Rusia por lo que deberán apreciar

la existencia de este riesgo a la hora de pronunciarse sobre la extradición de una persona a Rusia basándose en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados. Estos elementos pueden proceder, en particular, de resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de resoluciones judiciales del Estado tercero requirente o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas.

## 2. *El mercado único europeo*

El fundamento económico de la Unión es el mercado y la jurisprudencia se ha encargado de establecer sus contornos. El Tribunal de Justicia ha dictado varias sentencias de particular interés en tres ámbitos: las libertades económicas fundamentales, el régimen de ayudas de Estado y la armonización de la contratación pública.

### a) El derecho de establecimiento y la intervención administrativa pública en una economía social de mercado

La *sentencia AGET Iraklis (C-201/15)* tiene su origen en una cuestión prejudicial procedente del Consejo de Estado griego, en calidad de tribunal administrativo supremo, que le plantea al Tribunal de Justicia hasta qué punto una autoridad administrativa puede denegar a una empresa la autorización para que aplique despidos colectivos.

El litigio derivaba del intento de la empresa cementera AGET Iraklis, cuyo accionista mayoritario es la multinacional francesa Lafarge, de llevar a cabo un despido colectivo que, sin embargo, fue denegado por el ministro griego de Trabajo. Las dos cuestiones planteadas se refieren a qué criterios pueden fundar la denegación y si esta denegación, basada en razones sociales, la crisis económica y el desempleo, puede afectar al derecho de establecimiento de las empresas en el mercado interior europeo.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos y llega a la conclusión de que la legislación y la administración griegas no pueden imponer o adoptar decisiones que tengan por efecto excluir en la práctica toda posibilidad efectiva de que el empresario realice despidos colectivos. Por tanto, la exigencia de la Directiva supone que un empresario únicamente puede efectuar un despido si la autoridad pública nacional a la que debe notificarse el proyecto no adopta, en el plazo previsto y después de examinar el expediente y valorar las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la eco-

nomía nacional, una resolución motivada por la que se deniegue la autorización para realizar la totalidad o una parte de los despidos programados.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia da una definición del alcance de la libertad de establecimiento en la medida en que supone la posibilidad de que un nacional o una persona jurídica de la Unión participen, de forma estable y continua, en la vida económica de otro Estado miembro, y de que se beneficien de ello ejerciendo una actividad económica por medio de una instalación permanente y por una duración indeterminada (apartado 50).

El Tribunal de Justicia considera que las normativas nacionales sobre despidos colectivos constituyen una restricción a la libertad de establecimiento pero examina si esta restricción está justificada y es proporcionada. Para ello realiza un ejercicio de ponderación de los derechos fundamentales contenidos en la Carta: la libertad de empresa y la protección de los trabajadores.

Por una parte, el Tribunal de Justicia constata que el ejercicio de la libertad de empresa reconocida en el artículo 16 de la Carta implica la libertad para ejercer una actividad económica o mercantil, la libertad contractual y la libre competencia. Esto significa que un régimen de regulación de los despidos colectivos constituye una injerencia en el ejercicio de la libertad de empresa y, en particular, de la libertad contractual de la que gozan en principio las empresas, en especial frente a los trabajadores a los que emplean, en la medida en que la oposición de la autoridad nacional a determinados proyectos de despido colectivo puede impedir que el empresario los lleve a cabo.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia reconoce que razones imperiosas de interés general pueden justificar esta restricción. Los motivos de carácter meramente económico, como el fomento de la economía nacional o su buen funcionamiento, no pueden justificar obstáculos prohibidos por el Tratado. En cambio, la protección de los trabajadores o el fomento del empleo y de la contratación que, con el objetivo de disminuir el paro, son razones imperiosas de interés general. Ahora bien, el Tribunal de Justicia exige que de invocarse estas razones respeten el principio de proporcionalidad.

Por eso, cuando las facultades de intervención de una autoridad pública no están sujetas a ninguna condición, a excepción de una referencia a criterios formulados de manera general (la «situación de la empresa» y las «condiciones del mercado de trabajo»), sin que se precisen las circunstancias específicas y objetivas en las que se ejercerán esas facultades, se produce una vulneración grave de la libertad de empresa.

## b) El régimen europeo de ayudas de Estado

La Comisión Europea provocó una verdadera conmoción cuando el 30 de agosto de 2016 anunció que Irlanda había otorgado ventajas fiscales in-



debidas a la empresa Apple por valor de hasta 13.000 millones de euros. Según datos de la Comisión Europea la empresa Apple Sales International habría tenido unos beneficios de unos 16.000 millones de euros de los que, en virtud de la legislación fiscal irlandesa, solo se sujetaron al impuesto 50 millones y, por tanto, esta empresa había pagado en concepto del impuesto de sociedades en Irlanda y en el ejercicio de 2011 menos de 10 millones de euros.

Se trata, a juicio de la Comisión Europea, de una práctica ilegal ya que había permitido a Apple pagar muchos menos impuestos que otras empresas y, por tanto, Irlanda tenía que recuperar esta ayuda ilegal. El procedimiento de investigación lo había iniciado la Comisión Europea en 2013 por lo que la devolución de ayudas deberá hacerse, según ordena la Comisión, respecto de las ayudas otorgadas ilegalmente en los 10 años anteriores.

La lucha ante el Tribunal General y luego ante el Tribunal de Justicia será larga para determinar la legalidad de la decisión que declara la ilegalidad de la ayuda y su incompatibilidad con el mercado europeo (recursos de anulación). Pero es que, de superar este obstáculo, la Comisión Europea deberá velar por que Irlanda recupere la ayuda ilegal concedida a Apple (recursos por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, que podrían concluir con la imposición de sanciones pecuniarias).

Esta actuación de la Comisión Europea fue aplaudida casi unánimemente en Europa pero está sujeta a un régimen jurídico bastante imperfecto y que presenta particulares claroscuros frente a los que ha arrojado bastante luz la jurisprudencia clarificadora del Tribunal de Justicia.

Así, en la *sentencia Kotnik* (C-526/14) se pronuncia sobre una comunicación interpretativa de la Comisión Europea en materia de ayudas a los bancos. La cuestión prejudicial procedía del Tribunal Constitucional esloveno que debía enjuiciar la Ley nacional del sector bancario. Esta ley había permitido, de acuerdo con la autorización de las ayudas por parte de la Comisión Europea, la intervención del Banco Central de Eslovenia en cinco bancos (dos fueron recapitalizados, otro fue rescatado y otros dos fueron liquidados) exigiéndoles, como contrapartida, la cancelación de las acciones de los socios, de los instrumentos híbridos de capital y de los instrumentos de deuda subordinada. Algunos particulares e instituciones eslovenas impugnaron estas medidas porque, a su juicio, eran contrarias a los principios de irretroactividad, de protección de la confianza legítima y de proporcionalidad, y vulneraban el derecho de propiedad, consagrados en la Constitución eslovena.

En su respuesta la Gran Sala del Tribunal de Justicia se refiere a los poderes de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado. A tal efecto subraya: «la Comisión puede establecer directrices que determinen los criterios sobre cuya base se propone evaluar la compatibilidad con el mercado

interior de las medidas de ayuda proyectadas por los Estados miembros» (apartado 39).

El valor de estas directrices es que «la Comisión se autolimita en el ejercicio de dicha facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima» (apartado 40). Por lo que el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que este tipo de directrices no tienen efecto obligatorio para las autoridades nacionales. Ahora bien, el examen de las condiciones que la Comisión Europea puede imponer a la concesión de las ayudas no reveló que la Comunicación fuese contraria al Derecho de la Unión.

La *sentencia PGE (C-574/14)* tiene su origen en el Tribunal Supremo polaco que le preguntaba al Tribunal de Justicia por la separación de funciones entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales, tanto administrativas como judiciales, en relación con un determinado régimen de ayudas de Estado referidas a los costes de la transición a la competencia en el sector eléctrico.

En este caso el Tribunal de Justicia traza una clara separación entre las funciones de la Comisión Europea y los tribunales nacionales.

Por una parte, subraya: «en el sistema de control de las ayudas de Estado establecido por el Tratado FUE los tribunales nacionales y la Comisión ejercen funciones complementarias pero distintas». Esto significa que «los tribunales nacionales velan, hasta la decisión definitiva de la Comisión, por la salvaguarda de los derechos de los justiciables frente a una posible infracción, por parte de las autoridades estatales, de la prohibición establecida en el artículo 108 TFUE, apartado 3 [...] Para ello, pueden conocer de litigios que les obliguen a interpretar y a aplicar el concepto de “ayuda de Estado”, al que se refiere el artículo 107 TFUE, apartado 1, para determinar si una medida estatal adoptada sin seguir el procedimiento de control previo del artículo 108 TFUE, apartado 3, debía o no someterse a dicho procedimiento».

En cambio, los tribunales nacionales no son competentes para pronunciarse sobre la compatibilidad de medidas de ayuda o de un régimen de ayudas de Estado con el mercado interior. En efecto, según asentada jurisprudencia, esa apreciación es competencia exclusiva de la Comisión, que actúa bajo el control de los órganos jurisdiccionales de la Unión (apartados 31 y 32).

La importancia de la *sentencia PGE* radica en que subraya la obligación de cooperación leal entre, por una parte, los tribunales nacionales y, por otra, la Comisión y los tribunales de la Unión, en cuyo marco cada uno debe desempeñar la función que le atribuye el Tratado. En el contexto de esta cooperación, los tribunales nacionales deben adoptar todas las medi-

das generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión y abstenerse de las que puedan poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado, según se desprende del artículo 4.3 TUE. De este modo, los tribunales nacionales deben, en particular, abstenerse de adoptar decisiones contrarias a una decisión de la Comisión, aunque ésta tenga carácter provisional (apartado 33).

Esto se traduce en la cooperación de los tribunales con la Comisión Europea, a quien pueden solicitar aclaraciones y con el Tribunal de Justicia al que pueden acudir mediante el reenvío prejudicial.

La *sentencia Vervloet* (C-76/15) responde una compleja pregunta del Tribunal Constitucional belga al que había acudido por vía prejudicial a su vez el Consejo de Estado en relación con la Directiva 2014/49/UE relativa a los sistemas de garantía de depósitos. El interés de esta sentencia radica en lo que el Tribunal de Justicia dice del régimen de ayudas de Estado consistente en un sistema de garantías de las participaciones de los socios personas físicas únicamente en las cooperativas financieras. Esta regulación belga se había adoptado con el fin de socorrer al banco franco-belga Dexia y los accionistas excluidos de otras sociedades no cooperativas la impugnaban denunciando la discriminación inconstitucional y la vulneración del Derecho de la Unión.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia señala que la Directiva 94/19 no exige la adopción de un sistema de garantía de las participaciones de cooperativas reconocidas que operan en el sector financiero, aunque nada impide que extienda esta protección siempre y cuando no comprometa la efectividad práctica del sistema de garantía de depósitos que están obligados a instaurar en virtud de dicha Directiva y respete el régimen de ayudas de Estado.

Es precisamente sobre esta última cuestión sobre la que el Tribunal de Justicia hace dos precisiones de interés. Por una parte, considera que la extensión de este sistema a unas empresas y no a otras constituye una ayuda de Estado, en particular, porque confiere una ventaja económica a estas sociedades en relación con otros operadores económicos que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a la de éstas y, en consecuencia, presenta un carácter selectivo. Y, por otra parte, a juicio del Tribunal de Justicia, se trata de una ayuda nueva por lo que sería ilegal dado que se ejecutó sin respetar las obligaciones derivadas del artículo 108.3 TFUE, que exige una notificación, «con la suficiente antelación», a la Comisión Europea para que pueda realizar el control encomendado por el Tratado.

### c) Las nuevas perspectivas en materia de contratación pública

En un país como España, convulsionado por la corrupción y con una legislación bastante deficiente en materia de contratación administrativa, re-

sultan aleccionadoras varias sentencias del Tribunal de Justicia en las que se pronuncia sobre los ‘modificados’, la publicidad y aplicación de los criterios de ponderación a la hora de adjudicar un contrato público.

La *sentencia Finn Frogne* (C-549/14) establece los límites a la modificación sustancial del contrato después de su adjudicación. La cuestión prejudicial provenía del Tribunal Supremo danés y se refería a un contrato para el suministro de un sistema de comunicaciones a la Policía por más de 70 millones de euros que había sido adjudicado a Terma. Debido a dificultades no pudo ejecutarse el contrato en su totalidad, por lo que la Policía y Terma llegaron a un acuerdo transaccional que limitaba sustancialmente la ejecución del contrato. Frogne impugnó este acuerdo transaccional y reclamó que se sometiese a un nuevo procedimiento de adjudicación.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual «el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial».

Y el Tribunal de Justicia detalla estos supuestos: «cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores» (apartado 28).

Esta regla estricta puede suavizarse en determinados contratos pero siempre que se respeten unas condiciones. En efecto y a juicio del Tribunal de Justicia: «el poder adjudicador puede reservarse la posibilidad de introducir ciertas modificaciones, incluso sustanciales, en el contrato con posterioridad a su adjudicación, a condición de que lo haya establecido así en la documentación que rige el procedimiento de adjudicación» (apartado 36).

Por tanto, concluye el Tribunal de Justicia: «no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renuncias recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea» (apartado 40).

La *sentencia Politanò* (C-225/15), que tiene su origen en una cuestión prejudicial remitida por el Tribunal de Reggio Calabria, resuelve dos cues-

tiones sobre el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública.

Por una parte, considera que la legislación italiana que regula la adjudicación de concesiones en materia de juegos de azar no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE sobre contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Y, por otra parte, tampoco es contraria a las libertades económicas fundamentales la legislación italiana que impone a los operadores que desean responder a una licitación convocada para adjudicar concesiones en materia de juegos y de apuestas la obligación de acreditar su capacidad económica y financiera por medio de declaraciones emitidas por dos entidades bancarias como mínimo, sin permitir que dicha capacidad pueda acreditarse también por cualquier otro medio.

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia observa que en la normativa sobre juegos de azar se dan considerables divergencias morales, religiosas y culturales entre los Estados miembros por lo que, a falta de una armonización en la materia a nivel de la Unión, las autoridades nacionales gozan de una amplia facultad de apreciación por lo que respecta a la elección del nivel de protección de los consumidores y del orden social. Asimismo, cabría aplicar una restricción a las libertades económicas fundamentales, si se invoca una razón imperiosa de interés general. Tal es el caso del objetivo de luchar contra la criminalidad vinculada a los juegos de azar que puede justificar las restricciones a las libertades fundamentales. De hecho, el Tribunal de Justicia considera justificadas y proporcionadas las restricciones de la legislación italiana que exige la aportación de declaraciones apropiadas expedidas por dos entidades bancarias a los licitadores, que hayan estado constituidos desde hace menos de dos años y cuyos ingresos globales vinculados a la actividad de operador de juegos hayan sido inferiores a dos millones de euros en los dos últimos ejercicios.

La *sentencia TNS Dimarso* (C-6/15) aborda la cuestión de la publicidad de los criterios de valoración de las ofertas de los licitadores. El Tribunal de Justicia sigue en su sentencia las aún más claras Conclusiones de su Abogado General, Paolo MENGozzi. Se trata de una sentencia que afecta al núcleo del procedimiento de adjudicación de contratos y pretende salvaguardar al máximo la objetividad, igualdad y transparencia de estos procedimientos esenciales en nuestras administraciones.

En este caso y ante el más alto tribunal administrativo belga, el Consejo de Estado, se enjuiciaba la adjudicación de un contrato de servicios consistentes en la elaboración de una encuesta para la Región flamenca. En el pliego de condiciones se establecían dos criterios de ponderación: la calidad y el precio, con un peso igual. La mesa de contratación aplicó un método de valoración de uno de los criterios, la calidad, distinguiendo entre muy bien,

suficiente y bajo; sin embargo, en cuanto al precio la mesa no hizo distinción alguna. TNS Dimarso, que había obtenido la máxima valoración en cuanto a la calidad, no fue el adjudicatario al haber quedado desplazado por otros de idéntica calidad pero con el precio más bajo.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia recuerda el principio general sobre la publicidad de los criterios de adjudicación y su ponderación: «cuando el poder adjudicador opte por atribuir un contrato a la oferta económicamente más ventajosa [...] deberá precisar, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios de adjudicación elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores que deberá tener una amplitud máxima adecuada. Cuando, en opinión del poder adjudicador, la ponderación no sea posible por razones demostrables, éste indicará en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones o, en el caso del diálogo competitivo, en el documento descriptivo, el orden decreciente de importancia de los criterios» (apartado 20).

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia puntualiza: «la ponderación relativa de cada uno de los criterios de adjudicación deberá fijarse claramente desde el inicio del procedimiento de adjudicación para permitir a los licitadores determinar objetivamente la importancia efectiva que tiene un criterio de adjudicación con relación a otro en el momento de la valoración posterior de dichos criterios por parte de la entidad adjudicadora. Además, la ponderación relativa de cada uno de los criterios de adjudicación no puede modificarse en el transcurso del procedimiento» (apartado 25).

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia admite que, «tras la expiración del plazo de presentación de las ofertas, un poder adjudicador pueda determinar coeficientes de ponderación para los subcriterios que correspondan sustancialmente a los criterios previamente dados a conocer a los licitadores, bajo tres condiciones: primero, que esa determinación *ex post* no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; segundo, que no contenga elementos que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubiesen podido influir en esa preparación; y, tercero, que no se haya adoptado teniendo en cuenta elementos que puedan tener un efecto discriminatorio en relación con uno de los licitadores» (apartado 26).

Asimismo, el Tribunal de Justicia se refiere al método de valoración de las ofertas de los licitadores en una contratación pública y reconoce: «un comité de evaluación debe disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, puede, sin modificar los criterios de adjudicación del contrato establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas». Y añade: «Esa libertad se justifica también por consideraciones

de orden práctico. El poder adjudicador debe poder adaptar el método de valoración que aplicará para evaluar y clasificar las ofertas en función de las circunstancias de cada caso».

No obstante, el Tribunal de Justicia establece un límite respecto del método de valoración: «para evitar cualquier riesgo de favoritismo, el método de valoración aplicado por el poder adjudicador para evaluar y clasificar concretamente las ofertas no puede, en principio, determinarse una vez abiertas las plicas por el poder adjudicador»; no obstante, si la determinación de este método no es posible por razones demostrables antes de dicha apertura, no puede reprocharse al poder adjudicador haberla realizado únicamente después de que él mismo o su comité de evaluación hayan conocido el contenido de las ofertas.

Ahora bien, en el caso concreto el Tribunal de Justicia constata que ese procedimiento no permitía reflejar, en la clasificación de los licitadores destinada a identificar la oferta económicamente más ventajosa, las diferencias de calidad entre las ofertas de éstos en relación con el precio de cada una de ellas y respetar al mismo tiempo la ponderación relativa de los criterios de adjudicación establecida. En concreto y a juicio del Tribunal de Justicia, queda de manifiesto que ese procedimiento podía afectar al criterio del precio otorgándole un peso determinante en relación con las ofertas clasificadas en la escala de calidad por lo que encomienda al tribunal belga que compruebe si la ponderación relativa de cada uno de los criterios de adjudicación publicada en el anuncio de licitación fue respetada efectivamente a la hora de evaluar las ofertas por el poder adjudicador.

Por tanto, concluye el Tribunal de Justicia «si bien el poder adjudicador puede emplear una escala para evaluar uno de los criterios de adjudicación sin publicarla en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, dicha escala no puede [...] tener como efecto alterar la ponderación relativa de los criterios de adjudicación publicada en esos documentos».

La *sentencia Connexion Taxi Services* (C-171/15) se refiere a la selección de los licitadores y, en particular, a la aplicación de la regulación neerlandesa sobre las causas de exclusión.

El Ministerio de salud holandés se proponía adjudicar un contrato de transporte de personas con movilidad reducida por importe de 60 millones de euros anuales a la compañía Unión de Empresas que había obtenido la máxima puntuación en el procedimiento de licitación por delante de la segunda, Connexion Taxi Services. Ahora bien, la Autoridad Neerlandesa de la Competencia había impuesto unas sanciones a dos empresas y a directivos pertenecientes al grupo Unión de Empresas constitutivas de una falta profesional grave a la luz del régimen holandés de contratación pública. Sin embargo, el Ministerio decidió adjudicar el contrato a Unión de Empresas al considerar que la exclusión de esta empresa sería desproporcionada.

La primera cuestión que plantea el Tribunal Supremo neerlandés es si la legislación nacional puede obligar a los poderes adjudicadores a examinar si debe excluirse a un candidato a la adjudicación de un contrato público que ha cometido una falta profesional grave.

A juicio del Tribunal de Justicia, era aplicable la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, vigente hasta el 18 de abril de 2016. La Directiva prevé siete casos de exclusión referidos a la honestidad profesional, la solvencia o la fiabilidad de los candidatos. Asimismo, subraya que esta Directiva no persigue una aplicación uniforme de las causas de exclusión en la medida en que los Estados miembros están facultados para no aplicar en absoluto dichas causas de exclusión o bien integrarlas en la normativa nacional con un grado de rigor que podría variar en función de consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevalezcan en el plano nacional. En definitiva, el Tribunal de Justicia considera que los Estados miembros pueden moderar o hacer más flexibles los requisitos establecidos en dicha disposición.

La segunda cuestión se refiere a la aplicación de las cláusulas de exclusión que se hayan establecido en cada legislación nacional y la posibilidad de ser moduladas por los poderes adjudicadores, por ejemplo invocando el principio de proporcionalidad. El Tribunal de Justicia considera que esta práctica puede producir incertidumbre a los operadores económicos interesados, menoscabar el principio de igualdad de trato e incumplir la obligación de transparencia.

Así pues, el Tribunal de Justicia insiste en la obligación de transparencia en materia de contratación pública lo que implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que todos los operadores económicos razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma.

La *sentencia Promoimpresa* (C-458/14 y C-67/15) interpreta la Directiva de servicios a requerimiento de los tribunales administrativos regionales de Lombardía y Cerdeña. Los litigios versaban sobre la prórroga de dos concesiones administrativas para la explotación de sendas zonas de dominio público destinadas a actividades recreativas a orillas de lago de Garda y en las playas sardas de Olbia.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia distingue entre los regímenes de autorización de la Directiva 2006/123, tal como ocurría en estos dos litigios, y las concesiones de servicios públicos a los que se les aplica la Directiva 2014/23 sobre contratos públicos.



El Tribunal de Justicia recuerda que la Directiva sobre contratos públicos excluye, de su ámbito de aplicación, las concesiones de servicios que define así: «determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos en los que el Estado, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora establecen únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos» (apartado 48).

En segundo lugar y una vez que sentado que se aplica la Directiva de servicios, esta exige que «la concesión de autorizaciones, cuando su número esté limitado debido a la escasez de recursos naturales, debe someterse a un procedimiento de selección entre los candidatos potenciales que debe ofrecer todas las garantías de imparcialidad y de transparencia, en particular la de una publicidad adecuada». Esto es lo que lleva a Tribunal de Justicia a concluir que es contraria a la Directiva de servicios «la prórroga automática de las autorizaciones vigentes en relación con el dominio público marítimo y lacustre y destinadas al ejercicio de actividades turístico-recreativas, al no existir procedimiento alguno de selección entre los candidatos potenciales» (apartado 57).

Por último, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el efecto directo del derecho de establecimiento reconocido en el artículo 49 TFUE. Por tanto, sería contraria a esta libertad económica fundamental la legislación italiana «que permite una prórroga automática de las concesiones sobre el dominio público vigentes y destinadas al ejercicio de actividades turístico-recreativas, en la medida en que tales concesiones presenten un interés transfronterizo cierto».

En su *sentencia Wroclaw* (C-406/14) el Tribunal de Justicia interpretó la Directiva sobre contratación pública (Directiva 2004/18) en relación con la aplicación de correcciones financieras por irregularidades en la gestión de los fondos europeos.

En un contrato público de obras que habían sido subvencionadas por los fondos europeos, la ciudad polaca de Breslavia exigió del contratista que ejecutase con sus propios recursos al menos el 25% de las obras. Al considerar tal cláusula contraria al Derecho de la Unión, la autoridad polaca aplicó a Breslavia una corrección financiera del 5% de la subvención concedida con cargo a los fondos europeos. La ciudad impugnó esta decisión y el Tribunal contencioso-administrativo planteó dos cuestiones prejudiciales.

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal de Justicia señaló que la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que un poder adjudicador no puede exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el adjudicatario ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras. El Tribunal de Justicia

explica, recordando su jurisprudencia, que la Directiva permite acudir a la subcontratación sin limitación alguna.

En relación con la segunda cuestión de la financiación de los fondos europeos, el Tribunal de Justicia ofrece la siguiente definición de irregularidad: «toda infracción de una disposición del Derecho de la Unión correspondiente a una actuación u omisión de un agente económico y que tenga, o que pueda tener, por consecuencia causar un perjuicio al presupuesto general de la Unión al cargarle un gasto injustificado» (apartado 41).

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia subraya que «la Unión únicamente tiene vocación de financiar, mediante los Fondos Estructurales y el Fondo de Cohesión, las acciones que se realizan en completa conformidad con el Derecho de la Unión» (apartado 43).

Pues bien, un incumplimiento de las normas relativas a la adjudicación de contratos públicos constituye una irregularidad siempre que no pueda excluirse la posibilidad de que tal incumplimiento incida en el presupuesto del Fondo europeo. Las correcciones financieras nacionales deben aplicarse teniendo en cuenta tres criterios: la naturaleza de la irregularidad, su gravedad y las pérdidas financieras que suponga para el Fondo europeo.

No obstante, el Tribunal de Justicia parece ser comprensivo en este caso porque advierte que para determinar el importe final de la corrección financiera debe tenerse en cuenta la conformidad con la ley polaca de la cláusula causante de la irregularidad, la obligación de realizar con sus propios recursos una parte limitada del contrato y el hecho de que sólo se haya acreditado un riesgo, en su caso escaso, de incidencia financiera.

El Tribunal de Justicia resolvió con su *sentencia Star Storage* (C-439/14 y C-488/14) las cuestiones planteadas por un tribunal rumano sobre la conformidad con las directivas de recursos en materia de contratación pública (Directiva 89/665/CEE y Directiva 92/13/CEE) de una garantía, denominada de buena conducta, que en Rumanía debe constituir quien impugne judicialmente la adjudicación de un contrato.

A modo de principio, el Tribunal de Justicia recuerda: «la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de las entidades adjudicadoras no debe privar de efecto útil a las Directivas 89/665 y 92/13, cuyo objetivo es garantizar que las decisiones ilegales de los poderes adjudicadores puedan ser objeto de recursos eficaces y lo más rápidos posible». Además, el Tribunal de Justicia añade que las Directivas pretenden, de acuerdo con el artículo 47.1 y 2 de la Carta, «garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a una audiencia imparcial».

Dado que la constitución de la garantía de buena conducta, como requisito previo para el examen de cualquier recurso, constituye una limitación

del derecho a la tutela judicial efectiva, sólo se justifica si está establecida por la ley, respeta el contenido esencial de dicho derecho y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, es necesaria y responde efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Pues bien y aun cuando se trata de una limitación, el Tribunal de Justicia considera que la garantía de buena conducta, aproximadamente un 1 % del valor del contrato público, con un límite máximo, sigue siendo modesta, y debe devolverse al final del litigio sea cual sea su resultado. En cambio, constituye una medida que puede disuadir de presentar impugnaciones temerarias y garantizar a todos los justiciables, en aras de una buena administración de la justicia, que sus recursos se resolverán a la mayor brevedad.

### 3. *Los derechos en Internet, la política medioambiental europea y la protección del consumidor*

La interpretación de los derechos de autor en Internet, de las directivas medioambientales y la protección de los consumidores ocupan gran parte de la actividad del Tribunal de Justicia. Propongo el análisis de algunas sentencias significativas, todas procedentes de cuestiones prejudiciales, menos una que consiste en la imposición de sanciones pecuniarias por incumplimiento de sentencias declarativas de infracción del Derecho de la Unión.

#### a) Los derechos en Internet

Resulta de interés traer a colación tres sentencias que se refieren a la protección de los derechos fundamentales y que imponen soluciones a la vulneración de los derechos de autor en Internet. De hecho, se puede comprobar cómo el mercado digital tiene ya con frecuencia una densa jurisprudencia europea que resuelve cuestiones inimaginables hasta hace muy poco como son el uso de hipervínculos o el acceso a redes inalámbricas.

La *sentencia Tele2 Sverige* (C-203/15 y C-698/15) la pronuncia la Gran Sala a petición de dos tribunales de apelación, uno de Estocolmo y otro de Londres, que preguntaban sobre la interpretación de la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Estas cuestiones tenían que ver con la obligación de los proveedores de servicios en Internet de conservar datos electrónicos para luchar contra la delincuencia dado que la *sentencia Digital Rights Ireland y otros* (C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238) había anulado la Directiva 2006/24 sobre la conservación de datos.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que la obligación que las autoridades nacionales imponen a los proveedores de servicios entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Ahora bien, el Tribunal de Justicia interpreta esta Directiva a la luz de la Carta, es decir, de acuerdo con el derecho a la privacidad, el derecho a la protección de datos y el derecho a la libertad de expresión. De este modo, no cabe ordenar una conservación masiva pero sí selectiva de los datos.

En efecto, el Tribunal de Justicia proscribiera cualquier normativa nacional que afecte de manera generalizada a todos los abonados y usuarios registrados y que tenga por objeto todos los medios de comunicación electrónica así como todos los datos de tráfico, y que no establezca ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo que se pretende lograr porque supera los límites de lo estrictamente necesario y no puede considerarse justificada en una sociedad democrática.

En cambio, el Tribunal de la Unión admite una normativa que permita, con carácter preventivo, la conservación selectiva de datos de tráfico y de localización a efectos de la lucha contra la delincuencia grave, siempre que la conservación de los datos esté limitada a lo estrictamente necesario en relación con las categorías de datos que deban conservarse, los medios de comunicación a que se refieran, las personas afectadas y el período de conservación establecido.

Seguidamente, el Tribunal de Justicia establece las limitaciones que justifican la restricción. En particular, recuerda que es preciso que el acceso de las autoridades administrativas a los datos conservados esté sujeto, en principio, salvo en casos de urgencia debidamente justificados, a un control previo de un órgano jurisdiccional o de una entidad administrativa independiente, y siempre que la decisión de autorización se produzca a raíz de una solicitud motivada de esas autoridades, presentada, en particular, en el marco de procedimientos de prevención, descubrimiento o acciones penales.

Por último, el Tribunal de Justicia inadmite una pregunta sobre la relación entre la Carta y el Convenio Europeo de Derechos Humanos no sin antes hacer unas puntualizaciones. En efecto, el tribunal de apelación londinense le preguntaba si en la *sentencia Digital Rights* el Tribunal de Justicia había interpretado los artículos 7 u 8 de la Carta en un sentido más amplio que el conferido al artículo 8 del CEDH por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En sus precisiones el Tribunal de Justicia indica: «si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales —como confirma el artículo 6 TUE, apartado 3—, dicho Convenio no constituye, dado que la Unión no se ha adhe-

rido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión». Y a esto añade el Tribunal de Justicia: «el artículo 8 de la Carta se refiere a un derecho fundamental distinto del previsto en el artículo 7 de ésta y que no tiene equivalente en el CEDH».

La *sentencia GS Media* (C-160/15) aborda el problema de la colocación en un sitio de Internet de hipervínculos que remiten a obras protegidas, disponibles libremente en otro sitio de Internet pero que no cuentan con la autorización del titular de los derechos de autor.

La pregunta procedía del Tribunal Supremo neerlandés y se planteaba en un litigio entre dos editoras sobre el acceso a las fotos de una persona muy conocida en Holanda: Sanoma, una empresa que cuenta con los derechos de la revista *Playboy*, y GS Media, que se dedica a difundir noticias que, a su vez, remitía a un sitio de Internet en Australia donde se alojaban las fotos y luego a otros sitios no autorizados por Sanoma.

Pues bien, la clave en la interpretación de la Directiva 2001/29/CE sobre los derechos de autor en la sociedad de la información la sitúa el Tribunal de Justicia en dilucidar si constituye una ‘comunicación al público’, es decir, si los hipervínculos son proporcionados sin ánimo de lucro por una persona que no conocía o no podía conocer razonablemente el carácter ilegal de la publicación de esas obras en este otro sitio de Internet o si, por el contrario, los vínculos se proporcionaban con ánimo de lucro, supuesto en el que debía presumirse tal conocimiento.

El Tribunal de Justicia hace una valoración positiva de la red: «Internet reviste efectivamente particular importancia para la libertad de expresión y de información, que garantiza el artículo 11 de la Carta, y [l]os hipervínculos contribuyen a su buen funcionamiento y al intercambio de opiniones y de información en esa red, caracterizada por la disponibilidad de cantidades ingentes de información».

Por una parte, en su jurisprudencia anterior, *sentencia Svensson* (C-466/12, EU:C:2014:76) y *auto BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315), se había resuelto el problema de la colocación de hipervínculos que remitían a obras disponibles libremente en otro sitio de Internet con el consentimiento del titular por lo que no existía comunicación al público debido a que el acto de comunicación en cuestión no se había efectuado ante un público nuevo.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia puntualiza que existe comunicación al público «cuando se ha acreditado que tal persona sabía o debía saber que el hipervínculo que ha colocado da acceso a una obra publicada ilegalmente en Internet, por ejemplo, al haber sido advertida de ello por los titulares de los derechos de autor».

Además, el Tribunal de Justicia establece la presunción siguiente: «cuando la colocación de hipervínculos se efectúa con ánimo de lucro, cabe

esperar del que efectúa la colocación que realice las comprobaciones necesarias para asegurarse de que la obra de que se trate no se publica ilegalmente en el sitio al que lleven dichos hipervínculos, de modo que se ha de presumir que la colocación ha tenido lugar con pleno conocimiento de la naturaleza protegida de dicha obra y de la eventual falta de autorización de publicación en Internet por el titular de los derechos de autor. En tales circunstancias, y siempre que esta presunción *iuris tantum* no sea enervada, el acto consistente en colocar un hipervínculo que remita a una obra publicada ilegalmente en Internet constituye una “comunicación al público”» (apartado 51).

De hecho, en su sentencia el Tribunal de Justicia se esmera en poner de manifiesto cómo GS Media había proporcionado con ánimo de lucro los hipervínculos que remitían a los archivos que contenían las fotos de la discordia y era consciente de que la titular de los derechos sobre las fotografías, Sanoma, no había autorizado la publicación de estas fotos en Internet.

En la *sentencia Mc Fadden (C-484/14)* se interpreta, a petición de un tribunal de Múnich, la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, en relación con el ofrecimiento por un comercio de iluminación y sonido de acceso público y gratuito a Internet que, no obstante, permitió la vulneración de los derechos de Sony al haber reproducido una persona desconocida una obra musical para la que no tenía autorización. En este caso se planteaba si Tobias Mc Fadden era responsable indirecto de la vulneración de los derechos de Sony.

La primera cuestión que se resuelve es si los servicios ofrecidos por Tobias Mc Fadden constituían un «servicio de la sociedad de la información». La respuesta es afirmativa en la medida en que los servicios de la sociedad de la información no se limitan exclusivamente a los servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino que se extienden a otros servicios, siempre y cuando representen una actividad económica. En este caso, la prestación realizada por el operador de una red de comunicaciones y que consiste en poner ésta gratuitamente a disposición del público constituye un «servicio de la sociedad de la información» cuando es llevada a cabo por el prestador de que se trate con fines publicitarios respecto a los bienes vendidos o los servicios realizados por dicho prestador.

La otra cuestión realmente relevante se refiere a si la persona perjudicada por la infracción de sus derechos de autor, en este caso Sony, puede solicitar la cesación de esa infracción, una indemnización y el reembolso de los gastos relativos al requerimiento extrajudicial y las costas judiciales frente a McFadden, el proveedor de acceso a una red de comunicaciones cuyos servicios hayan sido utilizados para cometer dicha infracción.

Ahora bien, el prestador que facilita el acceso a una red de comunicaciones no es responsable y, por tanto, queda excluido en todo caso que el ti-

tular de derechos de autor pueda solicitar a ese prestador de servicios una indemnización debido a que la conexión a dicha red haya sido utilizada por terceros para infringir sus derechos si cumple los requisitos establecidos en la Directiva 2000/31: que dichos prestadores no hayan originado ellos mismos la transmisión, que no hayan seleccionado al destinatario de la transmisión y que no hayan seleccionado ni modificado los datos transmitidos.

Pero esta exención de responsabilidad del prestador de servicios no excluye que un tribunal nacional o una autoridad administrativa exijan al prestador de servicios que ponga fin a una infracción de derechos de autor o que la impida, así como el pago de los gastos relativos al requerimiento extrajudicial y las costas judiciales, frente a un proveedor de acceso a una red de comunicaciones cuyos servicios hayan sido utilizados para cometer la infracción, cuando esas pretensiones tengan por objeto o resulten de la adopción de un requerimiento que prohíba a dicho prestador permitir que continúe la infracción.

El Tribunal de Justicia se pronuncia detalladamente sobre las medidas que pueden adoptarse contra el proveedor de servicios.

En primer lugar, considera que la Directiva 2000/31 prohíbe que se imponga, en particular a los prestadores de acceso a una red de comunicaciones, una obligación general de supervisión de los datos que transmiten.

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, no cabe cerrar completamente la conexión a Internet, porque su aplicación supondría una vulneración sustancial de la libertad de empresa de la persona que, aunque sea con carácter accesorio, ejerce una actividad económica que consiste en facilitar acceso a Internet, al prohibirle totalmente continuar esa actividad con el fin de remediar una infracción limitada del derecho de autor sin contemplar la adopción de medidas menos coercitivas de dicha libertad.

Sin embargo, en tercer lugar, el Tribunal de Justicia admite que se pueda exigir al prestador de servicios que proteja la conexión mediante una contraseña dado que de este modo se puede lograr un justo equilibrio entre el derecho fundamental a la protección de la propiedad intelectual, y el derecho a la libertad de empresa del prestador que facilita un servicio de acceso a una red de comunicaciones y el derecho a la libertad de información de los destinatarios de ese servicio.

## b) La política medioambiental europea

En materia medioambiental es apropiado comentar dos sentencias: una relativa a la evaluación del impacto ambiental y la otra sobre la ejecución forzosa de sentencias declarativas de incumplimiento.

La *sentencia Association France Nature Environnement (C-379/15)* responde un reenvío prejudicial del Consejo de Estado francés y, en reali-

dad, es un complemento de la jurisprudencia establecida en la sentencia de 28 de febrero de 2012, *Inter-Environnement Wallonie y Terre wallonne* (C-41/11, EU:C:2012:103).

La AG J. KOKOTT formula de manera clara y directa el problema: «¿Debe un tribunal nacional anular con efectos retroactivos la transposición incorrecta de una directiva, o puede ordenar el mantenimiento provisional de las normas defectuosas hasta que el legislador haya corregido el error (con efectos para el futuro)?».

El litigio concreto derivaba de la anulación judicial previa de un decreto francés por haber infringido la Directiva 2001/42 relativa a la evaluación de determinados planes y programas en el medio ambiente en la medida en que, con un efecto cascada, afectaría a todos los planes y programas que habían sido adoptados sobre la base de ese decreto y también a todos los actos adoptados en desarrollo de dichos planes y programas.

El Consejo de Estado considera que por razones de seguridad jurídica y para evitar un vacío legal que dificultaría la aplicación de las normas de transposición de la Directiva 2001/42 él mismo, como tribunal nacional, debería tener la posibilidad de determinar la eficacia temporal de la anulación del decreto.

El Tribunal de Justicia explica detalladamente los supuestos en que un juez nacional podría limitar la eficacia temporal de una declaración de ilegalidad recaída sobre una disposición de Derecho nacional que ha sido adoptada incumpliendo las obligaciones establecidas en la Directiva 2001/42. Estos son los requisitos deducidos de la *sentencia Inter-Environnement Wallonie* y que aquí repite el Tribunal de Justicia:

- que la disposición de Derecho nacional impugnada constituya una medida de transposición adecuada del Derecho de la Unión en materia de protección del medio ambiente;
- que la adopción y la entrada en vigor de una nueva disposición de Derecho nacional no permitan evitar los efectos perjudiciales en el medio ambiente que se derivan de la anulación de la disposición de Derecho nacional impugnada;
- que la anulación de esta última tenga como consecuencia crear un vacío legal por lo que respecta a la transposición del Derecho de la Unión en materia de protección del medio ambiente que resulte más perjudicial para el medio ambiente en el sentido de que dicha anulación supondría una menor protección, y vulneraría incluso el objetivo esencial del Derecho de la Unión;
- que el mantenimiento excepcional de los efectos de la disposición de Derecho nacional impugnada sólo cubra el tiempo estrictamente necesario para que se adopten las medidas que subsanen la irregularidad declarada.



Y en segundo lugar, el Tribunal de Justicia vuelve a recordar su *jurisprudencia Cilfit* (283/81, EU:C:1982:335) sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales. A tal efecto, el Tribunal de Justicia, preocupado por preservar la primacía del Derecho de la Unión y su propia competencia, distingue entre órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones son susceptibles de ulterior recurso de Derecho interno y aquellos respecto de cuyas decisiones no cabe ulterior recurso judicial.

En este último caso, como ocurre precisamente con el propio Consejo de Estado francés, el Tribunal de Justicia subraya: «puesto que el principio de primacía del Derecho de la Unión puede resultar vulnerado a consecuencia del ejercicio de esa facultad excepcional, sólo cuando el antedicho órgano jurisdiccional nacional esté convencido de que el ejercicio de tal prerrogativa no plantea ninguna duda razonable cesará la obligación de someter la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Además, esa ausencia de duda razonable debe haber resultado probada de forma fehaciente» (apartado 52).

La *sentencia Comisión / Grecia* (C-584/14) impone una multa coercitiva de 30.000 euros diarios y una suma a tanto alzado de 10 millones de euros por demora en la aplicación de las medidas necesarias para dar cumplimiento a una sentencia de 2009 que había declarado el incumplimiento de las sucesivas Directivas aplicables en materia de residuos. En efecto, el Tribunal de Justicia constata que, al terminar el 25 de marzo de 2013 el plazo dado por la Comisión Europea, Grecia había incumplido la sentencia de 2009 (C-286/08, EU:C:2009:543).

Por una parte, el Tribunal de Justicia acuerda imponer la multa coercitiva. A tal efecto recuerda que «la multa coercitiva debe determinarse en función del grado de persuasión necesario para que el Estado miembro que no ejecute una sentencia de incumplimiento modifique su comportamiento y ponga fin a la infracción imputada». La cuantía de la multa coercitiva la fija en función de tres criterios: la gravedad de la infracción, su duración y la capacidad de pago del Estado miembro.

Por otra parte, también considera necesario imponer una suma a tanto alzado, cuya razón de ser «descansa esencialmente en la apreciación de las consecuencias que el incumplimiento de las obligaciones del Estado miembro de que se trate tiene para los intereses privados y públicos, en especial cuando el incumplimiento persiste durante un largo período de tiempo con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia que inicialmente declaró tal incumplimiento». Con menos argumentación que en el caso de la multa coercitiva, el Tribunal de Justicia invoca «la justa apreciación de las circunstancias del asunto» para fijar en 10 millones de euros el importe de esta sanción pecuniaria.

### c) La protección de los consumidores

Además de la saga de sentencias y autos relativos a las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo hipotecario que analizo en la segunda parte de esta *Crónica*, es preciso destacar la *sentencia Tomášová* (C-168/15) en la medida en que versa sobre la responsabilidad por violación del Derecho de la Unión por un tribunal nacional.

En este caso las cuestiones procedían de Eslovaquia donde la Sra. Tomášová había sido víctima de un contrato abusivo que había sido aplicado por los tribunales eslovacos. Al reclamar ahora la responsabilidad del Estado eslovaco se planteó el tribunal nacional una serie de dudas relativas al régimen de responsabilidad por violación del Derecho de la Unión por lo que acude al Tribunal de Justicia.

En la sentencia europea se recuerda la jurisprudencia que señala que la responsabilidad solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez nacional que resuelva en última instancia haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable. En este sentido, como subraya el Tribunal de Justicia, una violación del Derecho de la Unión está suficientemente caracterizada cuando se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Ahora bien y en materia de cláusulas abusivas y después de un análisis exhaustivo de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia comprueba que no cabe considerar que un órgano jurisdiccional nacional que, antes de la sentencia de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350), se abstuvo de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, a pesar de que disponía de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, haya inobservado manifiestamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia y que, por lo tanto, haya cometido una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.

La segunda cuestión se refiere al procedimiento para la reclamación de los daños derivados de la violación del Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia la resuelve señalando: «las reglas relativas a la reparación de un daño causado por una violación del Derecho de la Unión, como las referidas a la evaluación de ese daño o a la articulación entre una demanda por la que se solicita la reparación de tal daño y las demás vías de recurso que puedan estar disponibles, quedan determinadas por el Derecho nacional de cada Estado miembro, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad».

### III. Segunda parte. La jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el derecho interno

Los reenvíos prejudiciales desde España al Tribunal de Justicia gozan de buena salud y están provocando una renovación de extraordinarios efectos en el ámbito jurídico nacional en la medida en que se han cuestionado tradiciones seculares. Así ha ocurrido en el ámbito de la protección de los consumidores, notoriamente en la aplicación judicial del régimen de las cláusulas abusivas en la contratación, pero también en las relaciones laborales, privadas o públicas, especialmente en lo que se refiere a cualquier discriminación que no esté objetivamente justificada entre personal fijo y personal temporal.

La otra cara de la moneda es el aumento de las inadmisibilidades de algunas cuestiones prejudiciales, bien porque el juez español no se haya esmerado en explicarse bien porque el Tribunal de Justicia no haya entendido las preguntas planteadas desde España. En cualquier caso existe un principio de saciedad que bien podría aplicarse a las cuestiones prejudiciales de tal modo que llega un momento en el que el Tribunal de Justicia ya no parece dispuesto en seguir reiterando los mismos argumentos que ya había dado.

Cosa distinta, es preciso subrayarlo, es el caso de las cuestiones sencillas que el Tribunal de Justicia responde mediante auto pero que en muchas ocasiones tienen por misión, desde la perspectiva nacional, vencer resistencias del legislador o también frecuentemente de los propios jueces nacionales superiores.

#### 1. *Los extranjeros, sus antecedentes penales y sus vínculos con los ciudadanos de la Unión*

La ciudadanía de la Unión, concepto introducido en 1992 por el Tratado de Maastricht, parecía que no iba a tener especiales consecuencias en la integración europea. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha ido elaborando una jurisprudencia de gran alcance práctico y cuyo último ejemplo es, sin duda, la *sentencia Rendón Marín (C-165/14)*.

Alberto Rendón Marín, de nacionalidad colombiana, tiene dos hijos menores nacidos y escolarizados en Málaga, uno de nacionalidad española y la otra de nacionalidad polaca. Solicitó la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales que le fue denegada por tener antecedentes penales, nueve meses de prisión. La Audiencia Nacional confirmó la denegación administrativa. Sin embargo, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo le preguntó al Tribunal de Justicia sobre

la interpretación del estatuto de ciudadanía de la Unión Europea, en particular, sobre las consecuencias de las *sentencias Zhu y Chen* (C-200/02, EU:C:2004:639) y *Ruiz Zambrano* (C-34/09, EU:C:2011:124).

La Gran Sala del Tribunal de Justicia elabora una respuesta de gran interés para los tribunales contencioso-administrativos y que basa en los efectos de la ciudadanía de la Unión, en este caso la que tienen los dos hijos menores y a cargo del padre, de nacionalidad colombiana. Es importante señalar que el Tribunal de Justicia interpreta, por una parte, el artículo 21 TFUE («Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación») y la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; y, por otra parte, el artículo 20 TFUE («Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados»).

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que el nacional colombiano tiene un derecho de residencia derivado, en este caso de su hija menor de nacionalidad polaca y por tanto ciudadana de la Unión, siempre que cumpla los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38/CE. En este primer examen el Tribunal de Justicia considera que el hijo español, menor de edad, nunca ha ejercido su derecho de libre circulación y siempre ha residido en España por lo que no se le aplica la Directiva 2004/38, al tratarse de una situación puramente interna.

En cualquier caso si la hija polaca cumple las condiciones establecidas en la Directiva 2004/38 para poder disfrutar de un derecho de residencia en España sobre la base del artículo 21 TFUE y de la Directiva, el padre colombiano tendría un derecho de residencia derivado en España. A juicio del Tribunal de Justicia «la reserva de orden público constituye una excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias, que debe ser objeto de interpretación estricta y cuyo alcance no puede ser determinado unilateralmente por los Estados miembros».

Por eso, en este caso una condena penal no puede, por sí sola, motivar una denegación de la autorización de residencia sino que la conducta personal del interesado debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y que debe cumplirse, en principio, en el momento en que se adopte la medida.

De hecho, el Tribunal de Justicia explica que el delito por el que fue condenado se cometió en 2005 por lo que tal condena no puede motivar una denegación de la autorización de residencia.

Además, el Tribunal de Justicia subraya la aplicación de una jurisprudencia, originada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con-

forme a la cual ha de tenerse en cuenta el derecho al respeto de la vida privada y familiar tal como se formula en el artículo 7 en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño del artículo 24.2 de la Carta.

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia el nacional colombiano también tiene un derecho de residencia derivado, en este caso de su hijo menor de nacionalidad española y también de su hija menor de nacionalidad polaca, como consecuencia de su ciudadanía de la Unión. El efecto útil de la ciudadanía de la Unión se vería afectado si, a consecuencia de la denegación de la residencia de su progenitor, el colombiano fuese obligado a abandonar el territorio de la Unión, lo que le privaría a sus hijos, ciudadanos europeos, del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto.

También en este caso de derechos derivados directamente de la ciudadanía de la Unión reconocida en exclusiva por el artículo 20 TFUE el Tribunal de Justicia admite que se establezcan límites al derecho de residencia por razones de orden público y seguridad pública.

Y seguidamente define ambos conceptos. Por una parte, el orden público requiere en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Por otra parte, la seguridad pública comprende tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior y que, en consecuencia, pueden afectar a la seguridad pública el hecho de poner en peligro el funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, al igual que el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos o, incluso, la amenaza a intereses militares.

En suma, el Tribunal de Justicia rechaza toda automatismo y exige un examen individual que, en circunstancias normales, supone que las autoridades nacionales tengan en cuenta la conducta personal del individuo, la duración y legalidad de la residencia en España, la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida, el grado de peligrosidad actual del interesado para la sociedad, la edad de los niños y su estado de salud, así como su situación familiar y económica.

## *2. La protección europea de los trabajadores: el empleo temporal y la lucha contra las discriminaciones*

La dimensión social de la realización del mercado interior ha sido una constante en la integración europea y los desarrollos de la jurisprudencia

han sido de gran trascendencia como revelan varias sentencias relativas a los empleados temporales y otras discriminaciones en materia laboral.

El Tribunal de Justicia dictó en septiembre de 2016 tres *sentencias Pérez López* (C-16/15), *Martínez Andrés* (C-184/15 y C-197/15) y *de Diego Porras* (C-596/14), y dos autos *Álvarez Santirso* (C-631/15) y *Popescu* (C-614/15), este último tenía su origen en un litigio ante tribunales rumanos, que interpretan la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, cuya interpretación afectan tanto al empleo público como al empleo privado.

La Directiva 1999/70/CE no resulta compleja y su contenido podría resumirse en tres obligaciones: acabar con la discriminación injustificada entre empleados fijos y temporales, adoptar medidas legislativas contra el abuso del empleo temporal y evitar que se reduzcan los derechos sociales de los trabajadores.

La primera obligación exige la igualdad de trato entre los trabajadores temporales y los fijos en las condiciones de trabajo y a menos que se justifique por razones objetivas un trato diferente. Como reconoce el Tribunal de Justicia, existen supuestos en los que los empleadores deben recurrir a la contratación temporal si tienen que sustituir a trabajadores, por ejemplo, por enfermedad o baja maternal. Ahora bien, estas razones no pueden justificar que los trabajadores temporales se dediquen a satisfacer necesidades permanentes del empleador. Por eso, cuando una profesora o un médico encadenan contratos temporales por períodos superiores a dos, tres, cuatro o veinte años, lo que es muy frecuente, queda bastante debilitada la justificación del contrato temporal y resulta patente la discriminación respecto de las condiciones más favorables de los empleados fijos.

Esta previsión tiene importantes efectos, por ejemplo, en materia retributiva en la medida en que era frecuente que al personal temporal no se le abonase la antigüedad (trienios), que no se le pagasen como al personal fijo los esfuerzos por formación (sexenios), o que se le despidiese después de muchos años con contrato temporal sin indemnización alguna, con una simple amortización de su puesto o con la cobertura por el empleado al que sustituía, cuando en realidad realizaba las mismas funciones que uno fijo. Numerosos empleados tenían más de tres o de seis años de antigüedad y seguían siendo temporales: sin derecho a los trienios, a los sexenios o a la indemnización por cese.

Este principio de igualdad debe aplicarse mediante medidas normativas del parlamento o convencionales de los interlocutores sociales. Al no incorporarse debidamente la Directiva, la única vía que queda es la judicial, origen de las numerosas cuestiones prejudiciales planteadas en asuntos que se resolvieron con sentencias del Tribunal de Justicia y que permitieron el re-

conocimiento de derechos de los empleados temporales: trienios en la sanidad (*del Cerro Alonso* en 2007), en la educación (*Gavieiro* en 2010), méritos en la administración autonómica (*Rosado Santana* en 2011), también trienios en el Consejo de Estado de personal de confianza política (*Regojo Dans* en 2015) o ahora en la carrera profesional en la educación (*Álvarez Santirso* en 2016) o en el cobro de la indemnización por cese justificado (*de Diego Porras* en 2016).

La segunda obligación de la Directiva 1999/70/CE es que se adopte cualquiera de estas tres medidas protectoras: que se establezcan razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos; que se determine la duración máxima total de los sucesivos contratos; o, en fin, que se fije el número de renovaciones.

Para el caso de que el legislador nacional no incorpore la Directiva, como ha ocurrido en gran medida en España, especialmente de nuevo en relación con el empleo público, los litigios terminan ante los Juzgados. Y aquí el Tribunal de Justicia ha dicho, también a instancias de los jueces españoles, que, si comprueban un uso abusivo de los contratos temporales y a falta de una legislación nacional apropiada, son ellos los que deben buscar la solución frente a tal abuso. De modo que, a falta de solución legislativa en España, el juez puede, por ejemplo, asimilar al personal temporal a los trabajadores indefinidos no fijos, aunque esta figura del Derecho laboral no se prevea para el caso de funcionarios o asimilados. Lo que ocurre en las *sentencias Pérez López y Martínez Andrés*. También es de interés el *auto Popescu* que resuelve con gran despliegue argumentativo la misma cuestión planteada desde Rumanía.

Por último, la Directiva impide la regresión de los derechos en lo que se refiere a la protección en materia de trabajo de duración determinada. Esto significa, a juicio del Tribunal de Justicia, que la «reducción» debe ser examinada en relación con el nivel general de protección que era aplicable en cada Estado miembro tanto a los trabajadores con contratos temporales sucesivos como a los trabajadores que hubieran celebrado un primer o único contrato de duración determinada. Por tanto, si se aprueba una legislación española que «iguale por abajo» los derechos del personal fijo y del temporal sería más que discutible su conformidad con la Directiva y, nuevamente ante los jueces, esta legislación, cualquiera que sea su rango, no debería aplicarse.

Pues bien, el Tribunal de Justicia dicta la *sentencia Martínez Andrés* en respuesta a dos reenvíos prejudiciales de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sobre la interpretación de la Directiva 1999/70, respecto de personal estatutario temporal (Servicio vasco de Salud) y personal funcionario interino municipal (Ayuntamiento de Vitoria). En los dos supuestos las respectivas Administraciones

habían encadenado nombramientos o contratos sucesivos que no estaban justificados.

El Tribunal de Justicia señala, por una parte, que es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Estas medidas pueden ser diferentes tratándose del empleo público o del empleo privado.

Ahora bien, en el caso de que no exista ninguna medida frente a la utilización abusiva de los contratos temporales en las Administraciones públicas españolas, el Tribunal de Justicia considera que la solución jurisprudencial del Tribunal Supremo español relativa a los trabajadores indefinidos no fijos podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en la Directiva.

Y, por otra parte, el Tribunal de Justicia considera que, para el caso de que el trabajador temporal pretenda obtener una indemnización por el uso abusivo de la contratación temporal, el derecho a la tutela judicial efectiva le permite hacerlo en el mismo procedimiento judicial en que se haya constatado el abuso.

La *sentencia Pérez López* responde un reenvío prejudicial del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Madrid en relación con el personal estatutario del Servicio Madrileño de Salud. El Tribunal de Justicia se refiere a las peculiaridades del empleo público en el ámbito sanitario dado que «en una Administración que dispone de numeroso personal, como el sector de la sanidad pública, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental u otras». Sin embargo, a juicio del Tribunal de Luxemburgo «no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo».

Y prácticamente en los mismos términos el *auto Popescu* comprueba que en la legislación rumana el ámbito de la inspección veterinaria permite contratar trabajadores mediante sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, sin prever ninguna limitación de su duración ni de sus renovaciones. Por eso el Tribunal de Justicia añade una precisión que no puede descartarse que sea aplicable en España: «el hecho de que la renovación de los contratos de duración determinada sucesivos se efectúe a la espera de la conclusión de procesos selectivos no es suficiente para que esta normativa sea conforme con dicha cláusula, si resulta que la aplicación concreta de la



misma da lugar, de hecho, a una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, lo que corresponde también verificar al órgano jurisdiccional nacional» (apartado 69).

No obstante, el Tribunal de Justicia precisa que no se aplica el Derecho de la Unión y, por tanto, no es competente para pronunciarse sobre la diferente configuración entre el personal estatutario y el personal laboral en lo que se refiere a la indemnización que se concede a la finalización del contrato de trabajo eventual pero no por cese del personal estatutario temporal eventual.

La *sentencia de Diego Porras* tiene su origen en una cuestión prejudicial de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y en la misma se enjuiciaba un contrato laboral celebrado con el Ministerio de Defensa durante más de siete años. La clave era si, a pesar de tratarse de un contrato laboral de interinidad, la trabajadora interina tenía derecho a la indemnización prevista para la terminación de los contratos laborales fijos.

A juicio del Tribunal de Justicia y respecto del caso concreto no hay duda de que la situación de la trabajadora con contrato de duración determinada era comparable a la de un trabajador fijo por lo que no hay razón alguna para que se le prive de la indemnización prevista para quienes sean trabajadores fijos.

El Tribunal de Justicia dictó poco después un auto en el asunto *Álvarez Santirso* del que deduce que la exclusión de los funcionarios interinos docentes no universitarios del plan de evaluación de la carrera profesional por una Ley autonómica asturiana era contraria a la Directiva 1999/70/CE.

La cuestión prejudicial fue remitida por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Oviedo y tiene una trascendencia social y económica extraordinaria porque la denominada ‘carrera profesional’ es un incentivo económico que se había reservado en la legislación española a los empleados públicos fijos, en particular, a los funcionarios y al personal estatutario, con exclusión de los empleados públicos temporales.

El Tribunal de Justicia recuerda y aplica en este auto su jurisprudencia anterior y vuelve a poner de manifiesto la defectuosa transposición y aplicación de la Directiva 1999/70/CE.

Adicionalmente, quisiera comentar dos sentencias del Tribunal de Justicia provocadas por jueces españoles que se refieren a las discriminaciones en el trabajo por razón de la edad y la discapacidad como consecuencia de un accidente laboral.

El Tribunal de Justicia en su formación de Gran Sala respondió, mediante la *sentencia Salaberría Sorondo* (C-258/15), un reenvío prejudicial de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre la conformidad del límite de 35 años establecido reglamentariamente para el acceso a las plazas de la policía autonómica

vasca, la *Ertzaintza*, con la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia anterior, en particular, la *sentencia Vital Pérez / Ayuntamiento de Oviedo*, C-416/13, EU:C:2014:2371, que poco antes había declarado que el límite de 30 años para acceder a una plaza de agente de la Policía local era contrario a la Directiva 2000/78/CE.

Sin embargo, en el caso de la Policía autonómica, el Tribunal de Justicia considera que las funciones desempeñadas por los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas son distintas de las encomendadas a la Policía Local, porque, por ejemplo, la *Ertzaintza* «tiene como misión esencial proteger a las personas y bienes, garantizar el libre ejercicio de sus derechos y libertades y velar por la seguridad ciudadana en todo el territorio de la Comunidad Autónoma» y, en definitiva, las funciones de los agentes de la Escala Básica de la *Ertzaintza* implican tareas exigentes desde un punto de vista físico.

Asimismo y a juicio del Tribunal de Justicia, la diferencia de trato en función de la edad que resulta de la regulación reglamentaria vasca es, por un lado, adecuada al objetivo consistente en mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de policía y, por otro, no va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo. Por tanto, esta regulación autonómica vasca que fija un límite de edad de 35 años para acceder a la policía autonómica no es contraria a la Directiva 2000/78/CE.

La *sentencia Daouidi* (C-395/15) responde un reenvío prejudicial del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona en el que preguntaba por la interpretación de la Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en lo que se refiere a la discapacidad.

El litigio tenía su origen en el despido de un trabajador que había sufrido un accidente laboral y el juez catalán planteaba si puede considerarse que el empresario que despide a este trabajador incurre en una discriminación directa por discapacidad por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo, dado que se había dislocado el codo izquierdo, que tuvo que ser enyesado.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia explica que ha elaborado su propio concepto con ayuda de los instrumentos internacionales que vinculan a la Unión Europea y de acuerdo con la Directiva 2000/78/CE y así define la discapacidad: «una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores». A esto añade el Tribunal de Justicia las discapacidades debidas a accidentes.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia hace depender el concepto de discapacidad de que el carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio. Para ello, el Tribunal de Justicia le recuerda al Juzgado barcelonés: «en la comprobación del carácter ‘duradero’ de la limitación de la capacidad del interesado, debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales».

En cambio, el Tribunal de Justicia inadmite el resto de preguntas relativas a la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión porque no se ha comprobado si se aplica la Directiva 2000/78 dado que el juez no incluye ningún pronóstico sobre el eventual restablecimiento —completo o no— del trabajador o información sobre las eventuales secuelas o consecuencias que tendrá dicho accidente en el cumplimiento de las tareas para las que fue contratado.

### 3. *La protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas*

La interpretación de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ha puesto de manifiesto los extraordinarios efectos que tiene en el Derecho español y, al mismo tiempo, revela que la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), tanto en su versión tradicional como en las reformas introducidas para adaptarlas al Derecho de la Unión, no es muy afortunada en cuanto se refiere a la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

La *sentencia Gutiérrez Naranjo* (C-154/15, C-307/15 y C-308/15) ha sido la más esperada del Tribunal de Justicia en 2016 y se refiere a los efectos en el tiempo de la anulación por abusivas de las cláusulas suelo.

El Tribunal Supremo había limitado los efectos a partir de 2013; sin embargo, los consumidores reclamaban que la devolución de los intereses abusivos se retrotrajera al momento de celebración del contrato de préstamo hipotecario. El suspense sobre la respuesta de Luxemburgo estuvo asegurado porque en sus Conclusiones el abogado general Paolo MENGOLZI estuvo contemporizador en la medida en que, en atención a la multitud de situaciones jurídicas potencialmente afectadas, no consideró que la sentencia del Tribunal Supremo de limitar en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas redundase en perjuicio de la efectividad de los derechos reconocidos a los consumidores por la Directiva 93/13, ni de sus objetivos.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante plantearon directamente la cuestión de si la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, en la medida en que limitaba los efectos de la anulación de una cláusula abusiva, era conforme con la Directiva 93/13.

El Tribunal de Justicia cita y explica el contenido de las sentencias de la Sala I.<sup>a</sup> de lo Civil del Tribunal Supremo referidas a una acción colectiva (sentencia n.º 241/2013, de 9 de mayo de 2013) y a un acción individual (sentencia n.º 139/2015, de 25 de marzo de 2015) conforme a las cuales, en caso de anulación de una cláusula abusiva, la obligación de restitución se limitaría exclusivamente a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al 9 de mayo de 2013.

Recordando su propia jurisprudencia, el Tribunal de Justicia llega a la constatación de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva: «la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula» (apartado 61).

Y a continuación el Tribunal de Justicia determina quién es competente para, en su caso, limitar los efectos de este efecto de la Directiva. Aunque reconoce que la previsión de una norma nacional sobre un plazo razonable de prescripción sería aplicable, lo que no admite es que el Tribunal Supremo español haya limitado en el tiempo los efectos de esa anulación.

La razón que da es que la jurisprudencia española equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes del 9 de mayo de 2013 un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula abusiva del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo.

En este sentido, el Tribunal de Justicia se reafirma en que es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo de una Directiva que haya interpretado debido a la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión (apartado 70).

El Tribunal de Justicia recuerda, por una parte, la primacía de su jurisprudencia lo que supone que tribunales nacionales están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia y deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo haya acordado, dado que esta limitación no es compatible con el Derecho de la Unión.

Sobre las cuestiones procesales y la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores, el Tribunal de Justicia está resolviendo las numerosas cuestiones prejudiciales mediante

cuatro autos. Aquí traemos a colación uno de inadmisión y otros tres que aplican, simplemente, la jurisprudencia anterior adaptándola a las particularidades de la legislación española.

Por una parte, el *auto CaixaBank* (C-91/16 y C-120/16) inadmite las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 60 de Madrid porque el juez no define de manera suficientemente precisa el marco jurídico nacional en el que se inscriben los litigios principales y, por consiguiente, no le permite al Tribunal de Justicia dar una respuesta útil a la cuestión planteada.

El Tribunal de Justicia reconoce que el juez madrileño se refiere a una sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, que ha admitido, en el ordenamiento jurídico español, la aplicación del tipo de los intereses remuneratorios para calcular el importe de los intereses moratorios, cuando la cláusula contractual que fija el tipo de dichos intereses moratorios ha sido declarada nula por su carácter abusivo. No obstante, en el reenvío no precisa el contenido ni el alcance de esta sentencia ni explica la manera en que esta solución se articula con la norma establecida en el artículo 1108 del Código Civil.

Por otra parte, tres autos aportan aclaraciones de gran interés sobre el alcance del poder del juez en la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas de los contratos con consumidores.

Así, el *auto Aktiv Kapital Portfolio* (C-122/14) responde una cuestión prejudicial del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cartagena que planteaba si, en el proceso de ejecución de un auto dictado en un proceso monitorio sin oposición, el juez puede seguir controlando la existencia de cláusulas abusivas. El juez murciano le señalaba al Tribunal de Justicia que los artículos 551 y 552 en relación con el artículo 816.2 LEC lo impedirían dado que ya existía cosa juzgada.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia consideró que en este procedimiento ejecutivo el consumidor no puede formular oposición. Por tanto, esta regulación procesal española puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13.

Por eso el Tribunal de Justicia recuerda que si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales. Y para ello analiza los principios sobre los que se basa el sistema judicial nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento. Y aplicando lo dispuesto en la *sentencia Finanzmadrid EFC* (C-49/14, EU:C:2016:98), llega a la conclusión de que la regulación procesal española que aplica el principio de fuerza de

cosa juzgada en el proceso monitorio no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos.

Por tanto, en la fase ejecutiva de un proceso monitorio el juez también está obligado a examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluida en el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que haya dado lugar a ese auto cuando, por falta de oposición del consumidor en el proceso monitorio, el juez que haya dictado el auto no estuviera facultado para proceder a ese examen por impedirlo el efecto de cosa juzgada.

El *auto Fernández Oliva* (C-568/14 a C-570/14), dictado a instancias del Juez de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, interpreta la Directiva 93/13 en relación con el artículo 721.2 LEC que prohíbe al juez español adoptar de oficio medidas cautelares.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia le recuerda al juez barcelonés la *jurisprudencia Factortame* conforme a la cual «el juez nacional que conoce de un litigio regido por el Derecho de la Unión debe estar facultado para conceder medidas cautelares a fin de garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho de la Unión».

Por tanto, si se aplica la norma procesal española el consumidor no puede recibir una protección temporal para mitigar los efectos negativos de la excesiva duración del procedimiento judicial, salvo en el supuesto de que haya solicitado expresamente la adopción de medidas cautelares. Esto significaría una vulneración del principio de efectividad porque la protección del consumidor sería incompleta e insuficiente, y no constituye un medio adecuado ni eficaz para que cese el uso de una cláusula contractual abusiva.

En fin, el *auto Banco Popular Español y PL Salvador* (C-7/16) responde una pregunta del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Vigo referida a la compatibilidad de la Directiva 93/13 con el artículo 1535 del Código civil español, referido al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a éste el precio que haya pagado por esa cesión, según su interpretación por el Tribunal Supremo español.

A la vista de la *sentencia Barclays Bank* (C-280/13, EU:C:2014:279), el Tribunal de Justicia considera que la Directiva no se aplica a las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas. Esta exclusión expresa de la Directiva se debe, a juicio del Tribunal de Justicia, a que «es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes

en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha decidido expresamente preservar».

Por tanto, esta exclusión abarca las disposiciones legislativas o reglamentarias imperativas distintas de las referidas a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual.

#### 4. *Los aranceles de los procuradores, la independencia de los organismos reguladores y el efecto invernadero*

En este apartado incluimos tres sentencias que abordan cuestiones muy diversas. Una tiene gran trascendencia práctica porque determina si se aplica al cobro de los aranceles de los procuradores el Derecho europeo de la competencia y las otras dos tienen un alcance más específico aunque también con consecuencias prácticas.

Con gran interés se esperaba la *sentencia Eurosaneamientos (C-532/15 y C-538/15)* que zanja la cuestión de si al arancel de los procuradores, aprobado reglamentariamente por el Gobierno español, se aplica el Derecho de la competencia.

Las cuestiones prejudiciales surgieron en sendos litigios que se ventilan ante la Audiencia Provincial de Zaragoza y ante el Juzgado gerundense de Olot en materia de tasación de costas.

La primera y básica cuestión planteada es si el régimen español relativo a los honorarios de los procuradores mediante arancel es conforme con el Derecho europeo de la competencia.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia considera, en primer lugar, que los artículos 101 y 102 TFUE, referidos únicamente al comportamiento de las empresas y no a medidas legales o reglamentarias de los Estados miembros, considerados en relación con el artículo 4.3 TUE, que establece un deber de cooperación, obligan a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, ni siquiera legales o reglamentarias, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia comprueba que el Real Decreto 1373/2003 por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales, con un límite del 12% al alza o a la baja y, por otra parte, con un límite global de los honorarios devengados por un procurador en un mismo asunto de 300.000 euros, es una norma jurídica promulgada por el Estado y no ha sido elaborado por las asociaciones profesionales de procuradores.

Por tanto, a juicio del Tribunal de Justicia no puede acusarse a España de imponer o favorecer la realización de prácticas colusorias contrarias al

artículo 101 TFUE por parte de los colegios de procuradores, ni de reforzar sus efectos, ni de imponer o favorecer abusos de posición dominante contrarios al artículo 102 TFUE o de reforzar los efectos de tales abusos.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia inadmite la pregunta de si la regulación del arancel de los procuradores era conforme con la Directiva de servicios y con la libre prestación de servicios del Tratado constitutivo. A juicio del Tribunal de Justicia, los jueces que remiten la cuestión prejudicial no indican en qué medida, a pesar de su carácter meramente interno, los litigios de que conocen presentan un elemento de conexión con las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a las libertades fundamentales.

Por último, también el Tribunal de Justicia inadmite las preguntas que vinculaban el cobro por aranceles con el derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que «no se desprende que el objeto de los litigios principales se inscriba en el contexto del Derecho de la Unión».

Así pues y desde el punto de vista del derecho de la competencia quedan disipadas las dudas; en cambio, por lo que se refiere a régimen de los aranceles y la libre prestación de servicios habrá que esperar otra ocasión a que se pronuncie el Tribunal de Justicia.

La segunda sentencia que comento tiene una gran trascendencia en la configuración de los denominados organismos reguladores y erige al Derecho de la Unión en un límite importante al poder omnímodo del legislador nacional.

El Tribunal de Justicia resolvió en la *sentencia Ormaetxea Garai* (C-424/15) el reenvío prejudicial planteado por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo referido a la independencia de miembros de estos organismos reguladores que podía verse afectada no solo por el Gobierno sino por el Legislador.

El litigio surgió a raíz de la destitución en 2013 del presidente y de un consejero de la antigua Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que habían sido nombrados en 2011, antes de que hubiese concluido su mandato debido a una reforma legal por la que se creaba la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El Tribunal de Justicia no formula objeciones a la fusión que hace el legislador español de distintos organismos reguladores siempre y cuando respete los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia establecidos por la legislación europea, y permita que sus decisiones puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente.

Sin embargo y como claramente se recoge en las Conclusiones del abogado general Yves BOT: «el cese del presidente y de un consejero de una autoridad nacional de reglamentación antes de la finalización de su mandato, como consecuencia de una reforma institucional que tiene por efecto



fusionar a esa autoridad con otras autoridades de regulación, sin que estén previstas disposiciones transitorias que permitan garantizar el respeto de la duración del mandato del primero y la adaptación del mandato del segundo, menoscaba la independencia de dicha autoridad».

Por eso, el Tribunal de Justicia recuerda que la nueva regulación nacional debe prever normas que garanticen que el cese antes de la finalización de los mandatos de los miembros de los organismos reguladores no menoscabe su independencia y su imparcialidad, lo que, a la vista de la *sentencia Ormaetxea Garai*, parece que no habría ocurrido con el presidente y el consejero de la ya desaparecida Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La asignación final de derechos de emisión de gases de efecto invernadero ha merecido la atención del Tribunal de Justicia que ha respondido mediante el *auto Siderúrgica Sevillana* (C-369/15 a C-372/15) cuatro cuestiones prejudiciales remitidas por el Tribunal Supremo. Varias empresas habían impugnado el Acuerdo del Consejo de Ministros que había determinado la cantidad definitiva de derechos de emisión de asignación gratuita durante el período de comercio comprendido entre 2013 y 2020. En sus recursos las distintas empresas eléctricas atacaban la legalidad de las decisiones de la Comisión Europea que aplicaba el Gobierno español.

El Tribunal de Justicia se pronuncia por auto sobre varias cuestiones complejas en la medida en que ya las había resuelto mediante la *sentencia* de 28 de abril de 2016, *Borealis Polyolefine y otros* (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311) y mediante la *sentencia* de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi y otros* (C-506/14, EU:C:2016:799).

A juicio del Tribunal de Justicia, la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero no es ilegal y tampoco lo es la Decisión 2013/448 porque, al fijar la cantidad máxima anual de derechos, la Comisión no ha excluido emisiones distintas de las imputables a los generadores de electricidad.

En cambio, el Tribunal de Justicia anula en parte la Decisión 2013/448 porque, al no haber fijado la Comisión Europea la cantidad máxima anual de derechos, era improcedente el factor de corrección.

#### IV. Relación de las sentencias comentadas

1. TJUE, auto de 21 de junio de 2016, *Aktiv Kapital Portfolio / Angel Luis Egea Torregrosa*, C-122/14, EU:C:2016:486 (Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y proceso monitorio).

2. TJUE, auto de 5 de julio de 2016, Banco Popular Español, S.A., y PL Salvador, S.A.R.L. / María Rita Giráldez Villar y Modesto Martínez Baz, C-7/16, EU:C:2016:523 (derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando el precio).
3. TJUE, sentencia de 14 de julio de 2016, TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555 (publicidad de los criterios de valoración de las ofertas de los licitadores).
4. TJUE, sentencia de 14 de julio de 2016, Promoimpresa y Melis, C-67/15 y C-458/14, EU:C:2016:558 (prórroga de un contrato de concesión de dominio público).
5. TJUE, sentencia de 14 de julio de 2016, Wrocław (Breslavia), C-406/14, EU:C:2016:562 (contratación pública y corrección financiera de los fondos europeos).
6. TJUE, sentencia de 19 de julio de 2016, Kotnik y otros, C 526/14, EU:C:2016:570 (comunicación de ayudas al sector bancario).
7. TJUE, sentencia de 28 de julio de 2016, Tomášová, C-168/15, EU:C:2016:602 (responsabilidad por violación del Derecho de la Unión sobre protección de consumidores por un tribunal nacional).
8. TJUE, sentencia de 28 de julio de 2016, Association France Nature Environnement, C-379/15, EU:C:2016:603, (mantenimiento por razones imperiosas de interés medioambiental de una normativa contraria al Derecho de la Unión).
9. TJUE, sentencia de 28 de julio de 2016, JZ, C-294/16 PPU, EU:C:2016:610 (orden europea de detención del Reino Unido a Polonia y reducción del tiempo de privación de libertad).
10. TJUE (Gran Sala), sentencia de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630 (petición de extradición de las autoridades rusas a las estonias respecto de un ciudadano de la Unión letón).
11. TJUE, sentencia de 7 de septiembre de 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634 (imposibilidad de modificación sustancial del contrato público después de su adjudicación).
12. TJUE, sentencia de 7 de septiembre de 2016, Comisión / Grecia, C-584/14, EU:C:2016:636 (sanciones pecuniarias por incumplimiento de una sentencia declarativa de incumplimiento en materia de medio ambiente).
13. TJUE, sentencia de 8 de septiembre de 2016, GS Media BV / Sanoma Media Netherland, C-160/15, EU:C:2016:644 (utilización de hipervínculos y violación de los derechos de autor).
14. TJUE, sentencia de 8 de septiembre de 2016, Politanò, C-225/15, EU:C:2016:645 (concesión administrativa de juegos de azar).
15. TJUE, auto de 8 de septiembre de 2016, CaixaBank SA y Abanca Corporación Bancaria SA / Héctor Benlliure Santiago y otros, C-91/16 y C-120/16, EU:C:2016:673 (intereses moratorios y cláusulas abusivas).
16. TJUE (Gran Sala), sentencia de 13 de septiembre de 2016, CS, C-304/14, EU:C:2016:674 (expulsión del Reino Unido de la madre, nacional de un país tercero, de un niño menor de edad británico).
17. TJUE (Gran Sala), sentencia de 13 de septiembre de 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675 (colombiano con antecedentes penales y dos hijos ciudadanos de la Unión).

18. TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, María Elena Pérez López / Servicio Madrileño de Salud, C-16/15, EU:C:2016:679 (contratos temporales y nombramientos sucesivos de personal estatutario).
19. TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, Florentina Martínez Andrés / Servicio Vasco de Salud, y Juan Carlos Castrejana López / Ayuntamiento de Vitoria, C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680 (contratos temporales de empleados públicos).
20. TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, Ana de Diego Porras / Ministerio de Defensa, C-596/14, EU:C:2016:683 (contrato temporal e indemnización por cese de empleado público).
21. TJUE, sentencia de 15 de septiembre de 2016, Mc Fadden / Sony Music, C-484/14, EU:C:2016:689 (responsabilidad del prestador de servicios de una wifi gratuita).
22. TJUE, sentencia de 15 de septiembre de 2016, PGE, C-574/14, EU:C:2016:686 (régimen de ayudas de Estado en el sector eléctrico polaco).
23. TJUE, sentencia de 15 de septiembre de 2016, Star Storage, C-439/14 y C-488/14, EU:C:2016:688 (garantía para recurrir judicialmente la adjudicación de un contrato público).
24. TJUE, auto de 21 de septiembre de 2016, Carlos Álvarez Santirso / Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias, C-631/15, EU:C:2016:725 (incentivo salarial de la carrera profesional de los profesores interinos).
25. TJUE, auto de 21 de septiembre de 2016, Popescu, C-614/15, EU:C:2016:726 (contratación temporal de veterinario por organismo público).
26. TJUE, sentencia de 19 de octubre de 2016, Ormaetxea Garai y Lorenzo Almen-dros, C-424/15, EU:C:2016:780 (destitución de miembros de un organismo regulador por reforma legal).
27. TJUE, auto de 26 de octubre de 2016, Siderúrgica Sevillana y otras, C-369/15 a C-372/15, EU:C:2016:811 (validez de la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero).
28. TJUE, auto de 26 de octubre de 2016, Fernández Oliva y otros, C-568/14 a C-570/14, EU:C:2016:828 (cláusula suelo y contratos de préstamo hipotecario abusivos).
29. TJUE (Gran Sala), sentencia de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835 (reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal).
30. TJUE (Gran Sala), sentencia de 15 de noviembre de 2016, Salaberria Sorondo, C-258/15, EU:C:2016:873 (límite de 35 años para acceder a la Academia Vasca de Policía).
31. TJUE, sentencia de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917 (discapacidad y accidente laboral).
32. TJUE, sentencia de 8 de diciembre de 2016, Eurosaneamientos y de Bolós Pi, C-532/15 y C-538/15, EU:C:2016:932 (arancel de los procuradores y derecho de la competencia).
33. TJUE, sentencia de 14 de diciembre de 2016, Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948 (exclusión de la contratación pública por conducta profesional).

34. TJUE (Gran Sala), sentencia de 21 de diciembre de 2016, Tele2 Sverige y Watson y otros, C-203/15 y C-698/15, EU:C:2016:970 (conservación ilimitada y sin control de datos de las comunicaciones electrónicas).
35. TJUE (Gran Sala), sentencia de 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972 (autorización administrativa para despedir trabajadores y libertad de establecimiento).
36. TJUE, sentencia de 21 de diciembre de 2016, Vervloet y otros, C-76/15, EU:C:2016:975 (garantías de depósitos de cooperativas y ayudas de Estado ilegales).
37. TJUE (Gran Sala), sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez y Banco Popular Español, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980 (efectos en el tiempo de la anulación de las cláusulas suelo abusivas).

## **Derechos de autor**

Los derechos de autor (para la distribución, comunicación pública, reproducción e inclusión en bases de datos de indexación y repositorios institucionales) de esta publicación (*Cuadernos Europeos de Deusto, CED*) pertenecen a la editorial Universidad de Deusto. El acceso al contenido digital de cualquier número de *Cuadernos Europeos de Deusto* es gratuito, transcurridos 6 meses desde su publicación. Los trabajos podrán descargarse, copiar y difundir en cualquier medio sin fines comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o el autor. Así mismo, los trabajos editados en *CED* pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en *CED*, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor.

## **Copyright**

Copyright (for distribution, public communication, reproduction and inclusion in indexation databases and institutional repositories) of this publication (*Cuadernos Europeos de Deusto, CED*) belongs to the publisher University of Deusto. Access to the digital content of any Issue of *Cuadernos Europeos de Deusto* is free only six months after its publication. The content can be accessed, downloaded, copies, and distributed freely in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author. Thus, the content of *CED* can be subsequently published in other media or journals, as long as the author clearly indicates in the first footnote that the work was published in *CED* for the first time, indicating the Issue number, year, pages, and DOI (if applicable). Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.