

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-58-2018pp187-223>

Sumario: I. Introducción.—II. Primera Parte. Los desarrollos jurisprudenciales del Derecho de la Unión Europea 1. Los desarrollos de los derechos fundamentales de la Unión a) Los límites de la aplicación del Derecho de la Unión y los derechos fundamentales b) El derecho de acceso a los documentos y la protección de los datos personales c) La lucha contra las discriminaciones y otros derechos sociales fundamentales 2. El espacio de libertad, seguridad y justicia a) La solidaridad de los Estados en la realización de una política de inmigración y asilo b) Los derechos de los nacionales de terceros países y de los refugiados 3. El mercado único europeo y los consumidores.—III. Segunda Parte. La jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el Derecho interno 1. La expulsión de los extranjeros en España: ciudadanos de la Unión (*sentencia E*) y de países terceros (*sentencia López Pastuzano*) 2. La lucha contra la discriminación de las trabajadoras y otros derechos sociales: *sentencia Otero Ramos* (lactancia materna), *sentencia Espadas Recio* (prestación por desempleo) y *sentencia Miravittles Ciurana* (responsabilidad del empleador) 3. La Comisión Europea y los tribunales nacionales en el Derecho de la competencia: *sentencia Gasorba* 4. La protección de los consumidores: *sentencia Banco Santander* (cláusulas abusivas) y *sentencia Núñez Torreiro* (seguro del automóvil) 5. La ‘uberización’ del Derecho en la Unión: *sentencia Asociación Profesional Elite Taxi* 6. Los límites de las sanciones administrativas por venta a pérdidas entre mayoristas: *sentencia Europamur* 7. Las sentencias sobre marcas: vino, mantequilla y tónica Schweppes 8. El canon ecólico castellano-mancheño y la aplicación de las Directivas: *sentencia Elecdey Carcelén* 9. Los funcionarios interinos también tienen un cierto derecho a reincorporarse: *sentencia Vega González*.—IV. Relación de las sentencias comentadas del Tribunal de Justicia

I. Introducción

Casi se ha convertido en un mantra de nuestros días: en un mundo integrado, los derechos humanos requieren una justicia global (*Human Development for Everyone Report 2016*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, p. 130). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como otros tribunales supranacionales, en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está contribuyendo a la justicia global y está aportando su propia visión europea. De hecho, lo que empezó siendo un tribunal «administrativo», dedicado a la chatarra y a las cuestiones económicas de un mercado común, se ha ganado paulatinamente un papel crucial en la interpretación de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La ampliación de las competencias de la Unión Europea, especialmente desde el Tratado de Maastricht de 1992 y el Tratado de Ámsterdam de 1997, ha tenido un efecto extraordinario en los desarrollos de la jurisprudencia al incluir no solo el tradicional mercado único y las políticas europeas sino de manera especial al crear un espacio de libertad, seguridad y justicia. Estas nuevas competencias permiten una clasificación muy diferente de la que estábamos acostumbrados debido, en particular, al protagonismo que ha adquirido la interpretación de los derechos fundamentales consagrados por una Carta con el mismo valor que el Derecho primario desde que entró en vigor el Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009.

En las perspectivas nacionales el protagonismo del Tribunal de Justicia no impide que los jueces nacionales tengan mucho que decir o puedan exigir matizaciones y aclaraciones en un diálogo constructivo en el que están en juego aspectos esenciales de nuestro bienestar y de nuestra convivencia.

Así ha ocurrido con la nueva cuestión prejudicial remitida desde Karlsruhe por el Tribunal Constitucional Federal sobre la Unión Económica y Monetaria en la que resulta esencial la implicación de Alemania y también se refleja en las precisiones que acaba de dar el Tribunal de Justicia al Consejo Constitucional italiano sobre los límites que imponen los derechos fundamentales a la aplicación del mismo Derecho de la Unión.

El 18 de julio de 2017 el Tribunal Constitucional alemán remitió a Luxemburgo su segunda cuestión prejudicial: *asunto Weiss y otros*, C-493/17 (2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15). La cuestión está en la misma línea que la anterior, resuelta por la *sentencia Gauweiler*, de 16 de junio de 2015, C-62/14: el alcance de los poderes del Banco Central Europeo (BCE) en la realización de la Unión Económica y Monetaria.

Ahora, el Tribunal alemán cuestiona la validez de una decisión del BCE relativa a un programa de compras de valores públicos en mercados secun-

darios y solicita la interpretación del artículo 4.2 TUE, sobre la salvaguarda de la identidad y de la estructura constitucional de los Estados miembros; del artículo 123 TFUE, que prohíbe la autorización de descubiertos o la concesión de créditos por el BCE o los bancos centrales nacionales; y del artículo 125 TFUE, sobre no corresponsabilidad financiera o prohibición de asumir los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas.

Al responder, el Tribunal de Justicia deberá tener en cuenta lo ya dicho en su *sentencia Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756, sobre la conformidad con el Derecho originario del Mecanismo Europeo de Estabilidad, y deberá tranquilizar al Tribunal alemán asegurándole que ejercerá el máximo control sobre las instituciones europeas, incluido el BCE, para que no se excedan en el ejercicio de las competencias atribuidas por los Estados miembros en virtud de los Tratados constitutivos.

Es difícil saber si este segundo reenvío pretende cuestionar sin más la deriva de la Unión Monetaria o si, más bien, el Tribunal de Karlsruhe procura obtener un respaldo de la respuesta que deba dar a los más críticos alemanes con el rumbo de la política monetaria europea dictada, precisamente, desde Fráncfort.

En la *sentencia M.A.S. y M.B.*, C-42/17, el Tribunal de Justicia tiene que matizar una sentencia anterior y recuerda el valor de la protección de los derechos fundamentales incluso si está en juego la aplicación del Derecho de la Unión. Se trataba de una cuestión prejudicial que planteaba el Consejo Constitucional italiano, al que habían acudido el Tribunal Supremo y el Tribunal de Apelaciones de Milán, preguntándole cómo resolver el problema que planteaba la *jurisprudencia Taricco* del Tribunal de Justicia y la protección de los derechos fundamentales.

El análisis que sigue se refiere, en primer lugar, a aquellas cuestiones más relevantes planteadas en el segundo semestre de 2017. A continuación y de manera más exhaustiva doy cuenta de la actividad del Tribunal de Justicia en relación con España. En todo caso el hilo conductor que utilizo está inspirado por el intento de comprender la aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea desde la perspectiva del sufrido ciudadano.

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

Las decisiones del Tribunal de Justicia que voy a comentar pueden agruparse en torno a los desarrollos de los derechos fundamentales, los derechos de los extranjeros en el espacio de libertad, seguridad y justicia así como los derechos de los consumidores y la realización del mercado único europeo.

1. *Los desarrollos de los derechos fundamentales de la Unión*

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia se centra cada vez más en los derechos fundamentales y en la interpretación de la Carta. Es interesante observar cómo el Tribunal de Justicia ha tenido que ajustar una jurisprudencia anterior espoleado por el Consejo Constitucional italiano pero sigue desarrollando los derechos fundamentales en materia de transparencia, protección de datos y los derechos sociales.

a) Los límites de la aplicación del Derecho de la Unión y los derechos fundamentales

En la *sentencia M.A.S. y M.B.* el Tribunal de Justicia contesta un reenvío prejudicial del Consejo Constitucional italiano que pide precisiones sobre la sentencia de 8 de septiembre de 2015, Taricco y otros (C-105/14, EU:C:2015:555). Por eso también se empieza a conocer como *sentencia Taricco II*.

El Tribunal Constitucional italiano debía responder sendas cuestiones planteadas por la Corte de casación y por el Tribunal de Apelación de Milán que, de seguir la *jurisprudencia Taricco*, inaplicarían el plazo de prescripción previsto en el Código Penal y tendrían que condenar por el delito de asociación de malhechores para el contrabando de labores de tabaco extranjeras. El propio Tribunal Constitucional italiano expresa sus dudas sobre la compatibilidad de la mencionada solución con los principios superiores del ordenamiento constitucional italiano y con el respeto de los derechos inalienables de la persona.

El Tribunal de Justicia dicta una sentencia de Gran Sala que modula la *sentencia Taricco* también de Gran Sala señalando que «corresponde al Tribunal de Justicia precisar, habida cuenta de las interrogantes que ha planteado el tribunal remitente respecto a este principio y que no habían sido puestas en su conocimiento en el asunto que dio lugar a la sentencia Taricco, la interpretación llevada a cabo por dicha sentencia del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2».

En la *sentencia Taricco I* el Tribunal de Justicia, presidida la Gran Sala por V. Skouris, proclama prioritaria la lucha europea contra el fraude inaplicando, por ejemplo, la prórroga del plazo de prescripción porque no constituye una vulneración de los derechos garantizados por el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puesto que no puede considerarse que esta disposición impida la ampliación de los plazos de prescripción cuando los hechos imputados no han prescrito.

La clave de esta *sentencia MAS y MB*, la Gran Sala estaba presidida por K. Lenaerts, es que los jueces nacionales, cuando, en el curso de procedi-

mientos abiertos, decidan dejar de aplicar las disposiciones del Código Penal controvertidas, habrán de velar por que se respeten los derechos fundamentales de las personas acusadas de haber cometido una infracción penal (apartado 46).

Esto quiere decir que resulta esencial en la Unión Europea garantizar el principio de legalidad de los delitos y las penas, en sus exigencias relativas a la previsibilidad, la precisión y la irretroactividad de la Ley penal aplicable.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia explica la jurisprudencia sobre este principio reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales pero también en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Estrasburgo.

A juicio del Tribunal de Justicia, «los requisitos de previsibilidad, de precisión y de irretroactividad inherentes al principio de legalidad de los delitos y las penas se aplican, en el ordenamiento jurídico italiano, también al régimen de prescripción relativo a las infracciones penales en materia del IVA».

Por tanto, el Tribunal de Justicia sigue reconociendo la importancia de la protección de los intereses financieros de la Unión que se imponen al legislador pero que encuentran un límite cuando pueda haber una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción.

b) El derecho de acceso a los documentos y la protección de los datos personales

El principio de transparencia ha ganado en efectividad en la Unión Europea, como pone de manifiesto la *sentencia Comisión Europea / Patrick Breyer*, C-213/15 P, que confirma una sentencia del Tribunal General que había anulado la denegación de la entrega de documentación generada durante un procedimiento por incumplimiento contra Austria.

A juicio del Tribunal de Justicia, en su formación de Gran Sala, es que existe una presunción general de confidencialidad de los escritos presentados en un procedimiento judicial. Sin embargo, puntualiza el Tribunal de Justicia que «la existencia de esta presunción general no excluye el derecho del interesado a demostrar que un documento determinado cuya divulgación se solicita no está amparado por la citada presunción» (apartado 42).

Esta jurisprudencia se basa expresamente en la ampliación del ámbito de aplicación del principio de transparencia en el Derecho de la Unión de-

bido a la introducción, por el Tratado de Lisboa, del artículo 15 TFUE, el artículo 298 TFUE y el artículo 42 de la Carta.

De hecho el Tribunal de Justicia se refiere a la consagración del objetivo de una administración europea abierta lo que impide que se haga una lectura restrictiva del Reglamento n.º 1049/2001 conforme a la cual los documentos elaborados por un Estado miembro no están comprendidos en el ámbito de aplicación de ese Reglamento cuando obran en poder de la Comisión.

El celo del Tribunal de Justicia en cuanto a la protección de los datos personales se reveló exquisito en su dictamen 1/15, donde, en respuesta a la consulta del Parlamento Europeo, concluye que el proyecto de Acuerdo entre la Unión Europea y Canadá sobre la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros en el transporte aéreo no cumple los requisitos derivados de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión.

El expediente de los pasajeros o PNR (*Passenger Name Record*) incluye el nombre, la información necesaria para efectuar la reserva, las fechas de viaje previstas, el itinerario del viaje, la información sobre el billete, los grupos de personas registrados con el mismo número de reserva, los datos de los pasajeros, datos de pago y facturación, la información relativa al equipaje y observaciones generales.

El Tribunal de Justicia dice que se les aplica tanto el artículo 7 de la Carta, en la medida en que consagra el derecho fundamental al respeto de la vida privada que se refiere a toda información relativa a una persona física identificada o identificable, como el artículo 8 de la Carta, porque constituyen tratamientos de datos de carácter personal y, en consecuencia, deben cumplir necesariamente los requisitos de protección de los datos previstos.

A partir de aquí el Tribunal de Justicia comprueba que la transferencia de datos del PNR a Canadá se basa en «otro fundamento» que está «previsto por la ley», las injerencias que conlleva el Acuerdo pueden estar justificadas por un objetivo de interés general de la Unión, no vulneran el contenido esencial de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta y pueden considerarse idóneos para lograr el objetivo de garantizar la protección y la seguridad públicas.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia examina la regulación convencional a la luz de la proporcionalidad y llega a la conclusión de que el Acuerdo no delimita de manera suficientemente clara y precisa el alcance de la injerencia en los derechos fundamentales, la transferencia, el uso y la conservación de datos sensibles (el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, la salud o la sexualidad) y, en definitiva, no cumple los requisitos exigidos por la Carta. Asimismo, el Acuerdo no garantiza que Canadá limite a lo estrictamente necesario el uso de los datos del PNR de los pasajeros aéreos durante

ni después de su estancia. En fin, tampoco se garantiza que una autoridad canadiense independiente controle el cumplimiento de las normas sobre tratamiento de los datos del PNR.

En la *sentencia Puškár, C-73/16*, el Tribunal de Justicia interpreta el derecho a la protección de datos personales respecto de una lista de más de mil testafierros relacionados con más de 3.000 personas jurídicas que había elaborado la Administración tributaria eslovaca.

La primera afirmación del Tribunal de Justicia es que un tratamiento de datos personales como la elaboración de la lista a los efectos tributarios está comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, entonces de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y, por tanto, resulta aplicable la Carta.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que la legislación eslovaca que exige el agotamiento de los recursos administrativos previos no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva consagrada por el artículo 47 de la Carta siempre y cuando no implique un retraso sustancial en el ejercicio de la acción judicial, interrumpa la prescripción de los derechos y no ocasione gastos excesivos.

En tercer lugar, cabe inadmitir la aportación como prueba de la lista en cuestión si así se prevé en la normativa nacional siempre y cuando respete el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de proporcionalidad.

Por último, el Tribunal de Justicia acepta la elaboración de tales listas para la recaudación y la lucha contra el fraude tributario siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos. Por una parte, la legislación nacional debe conferir a las autoridades que confeccionen tales listas misiones de interés público. Por otra parte, la elaboración de la lista y la inclusión de los interesados deben ser efectivamente idóneas y necesarias para cumplir los objetivos perseguidos y debe haber motivos suficientes para presumir que la inclusión de los interesados en la lista obedece a un motivo; en fin, deben concurrir todas las condiciones a que obliga la propia Directiva 95/46 para que el tratamiento de datos personales sea lícito.

c) La lucha contra las discriminaciones y otros derechos sociales fundamentales

La lucha contra todo tipo de discriminaciones es muy relevante y productiva en el Tribunal de Justicia. Tres sentencias lo ilustran: una se refiere a la igualdad entre trabajadores y trabajadoras, en este caso para acceder a la policía griega pues la legislación requiere una misma estatura mínima para hombres y mujeres; la otra puntualiza el alcance de la discriminación

por razón de la edad de los pilotos de aviación mayores de 65 años; en fin, la tercera considera que el derecho a las vacaciones de los trabajadores es fundamental.

En la *sentencia Kalliri*, C-409/16, el Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación en relación con la legislación griega que supedita la admisión de los candidatos al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía griega al requisito de una estatura mínima igual para todos de 1,70 centímetros.

El Tribunal de Justicia considera que un único límite para mujeres y varones no constituye una discriminación directa. Sin embargo, considera que existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida, aunque formulada de manera neutra, perjudica de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres.

El Tribunal de Justicia comprueba que con anterioridad se imponía un límite de altura de 1,65 para mujeres y en el caso de las Fuerzas Armadas, la Policía portuaria y la Guardia costera el límite seguía siendo para las mujeres de 1,60 metros. Por tanto, el Tribunal de Justicia concluye que la normativa griega supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino y no parece adecuada ni necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue.

Probablemente, esta jurisprudencia apunta nuevos desarrollos de la *jurisprudencia Vital Pérez*, C-416/13, EU:C:2014:2371, en virtud de la cual las funciones de policía de protección de las personas y bienes, la detención y la custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas pueden requerir el empleo de la fuerza física e implicar una aptitud física particular; sin embargo, también subraya el Tribunal de Justicia, algunas funciones de policía, como el auxilio al ciudadano o la regulación del tráfico, no precisan aparentemente un esfuerzo físico elevado (apartado 38). Por eso llega a esta conclusión: «aun suponiendo que todas las funciones ejercidas por la policía helénica exigieran una aptitud física particular, no parece que dicha aptitud esté necesariamente relacionada con la posesión de una estatura física mínima y que las personas de una estatura inferior carezcan naturalmente de dicha aptitud» (apartado 39).

La *sentencia Fries*, C-190/16, analiza si la prohibición a quienes hayan cumplido 65 años de pilotar una aeronave dedicada al transporte comercial es conforme con el principio de igualdad.

El Tribunal de Justicia se refiere a la consagración por el artículo 20 de la Carta del principio de igualdad de trato, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, y que, además, es una manifestación específica el principio de no discriminación enunciado en el artículo 21.1 de la Carta.

El Tribunal de Justicia recuerda la formulación de este principio general: que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente.

Aplicando estos criterios al caso concreto, comprueba que el Reglamento n.º 1178/2011 establece una diferencia de trato por razón de la edad de modo que no pueden actuar como pilotos de una aeronave dedicada al transporte aéreo comercial después de cumplir 65 años. Sin embargo, el Tribunal de Justicia subraya que esta prohibición no impide a estos pilotos mayores de 65 años ejercer su trabajo en vuelos en vacío o vuelos de traslado, en el marco de la actividad comercial de una compañía aérea, siempre que no transporten pasajeros, ni carga ni correo, y tampoco les impide ser instructores o examinadores a bordo de una aeronave sin formar parte de la tripulación de vuelo (apartado 88).

Por último, el Tribunal de Justicia está empeñado en que el derecho de los trabajadores a las vacaciones anuales por al menos cuatro semanas sea un derecho social fundamental. Así se deduce, de la *sentencia King*, C-214/16, conforme a la cual es «un principio particularmente importante del Derecho social de la Unión, que las autoridades nacionales competentes únicamente pueden aplicar respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 2003/88».

La cuestión planteada ante los tribunales ingleses era si el trabajador podía solicitar las vacaciones acumuladamente al final del periodo de contratación durante tres años. El Tribunal de Justicia respondió que la acumulación del derecho a vacaciones anuales retribuidas de un trabajador que no haya podido disfrutarlas por causa de enfermedad puede restringirse a un periodo de 15 meses; sin embargo, el empresario que no permite a un trabajador ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas debe asumir las consecuencias. Por tanto, sería contrario al derecho a las vacaciones que un trabajador no pueda aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de su relación laboral, derechos a vacaciones anuales retribuidas no ejercidos, correspondientes a varios periodos de devengo consecutivos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones.

2. *El espacio de libertad, seguridad y justicia*

La realización del espacio de libertad, seguridad y justicia requiere, por una parte, la colaboración y solidaridad de los Estados miembros de la Unión; y, por otra, la base de este espacio europeo está en determinar y respetar los derechos de los extranjeros de todo tipo: ciudadanos de la Unión, nacionales de terceros países o, en fin, refugiados.

a) La solidaridad de los Estados en la realización de una política de inmigración y asilo

Entre septiembre de 2015 y marzo de 2016 la crisis de los refugiados desveló la falta de solidaridad entre los Estados miembros de la Unión Europea. Esto se ha traducido en batallas ante el Tribunal de Justicia: los Estados díscolos han impugnado las decisiones de reasentamiento y ahora la Comisión amenaza con acudir al Tribunal de Justicia para que declare el incumplimiento de estos Estados de Europa Central y Oriental.

En su sentencia de 6 de septiembre de 2017, C-643/15 y C-647/15, el Tribunal de Justicia en su formación de Gran Sala rechazó los recursos presentados por la República Eslovaca y Hungría, apoyados por Polonia, contra la Decisión del Consejo, de 22 de septiembre de 2015 por la que reubicaba a 120.000 solicitantes de asilo que habían entrado por Grecia e Italia.

De los seis motivos de impugnación esgrimidos por Eslovaquia y de los diez invocados por Hungría, en las respuestas del Tribunal de Justicia destaca la importancia del principio de solidaridad entre los Estados miembros consagrado en el artículo 80 TFUE y que constituye un principio rector de la política de asilo de la Unión (apartado 291).

Por esa razón, ante la negativa de Hungría a acogerse, en cuanto beneficiaria, al mecanismo de reubicación, como había propuesto la Comisión, el Tribunal de Justicia dice que no se puede criticar al Consejo por haber impuesto reubicaciones de acuerdo con el principio de solidaridad y de reparto equitativo de responsabilidades.

Asimismo, el Tribunal de Justicia subraya que las dificultades de orden práctico que puedan surgir «deben, en su caso, resolverse con un espíritu de cooperación y de confianza mutua —entre las autoridades de los Estados miembros beneficiarios de la reubicación y las autoridades de los Estados miembros desde los que se efectúa la reubicación—, que debe prevalecer en el marco de la aplicación del procedimiento de reubicación establecido en el artículo 5 de dicha Decisión» (apartado 309).

Pero, además, el Tribunal de Justicia explica que el sistema de reubicación y el sistema establecido por el Reglamento (UE) n.º 604/2013 (*Reglamento Dublín III*) no difieren entre sí sino que se basan en criterios objetivos y no en la preferencia del solicitante de protección internacional. Asimismo, el Derecho de la Unión no permite al solicitante elegir el Estado miembro responsable del examen de su solicitud y, en fin, el traslado en el marco de una operación de reubicación del solicitante de protección internacional de un Estado miembro a otro con la finalidad de garantizar que su solicitud sea examinada en un plazo razonable no puede considerarse una devolución a un Estado tercero, es decir, es una medida de gestión de crisis, adoptada a escala de la Unión, que tiene por objeto garanti-

zar el ejercicio efectivo, dentro del respeto de la Convención de Ginebra, del derecho fundamental al asilo, consagrado en el artículo 18 de la Carta (apartados 342 y 343).

La Comisión Europea acaba de anunciar el 7 de diciembre de 2017 que llevará a la República Checa, Hungría y Polonia ante el Tribunal de Justicia para que declare que no han cumplido sus obligaciones en lo que se refiere a la acogida de refugiados.

b) Los derechos de los nacionales de terceros países y de los refugiados

Al examinar dos asuntos de refugiados y su acogida en Eslovenia y en Austria, la AG E. Sharpston miró atentamente el mapa de Europa y pudo comprobar que en materia de asilo el «sistema de Dublín» parece entender que todos los solicitantes de asilo llegan por vía aérea. Por eso, entre septiembre de 2015 y marzo de 2016 la entrada por los Balcanes resquebrajó el procedimiento de determinación del Estado responsable de examinar la solicitud de asilo. En cambio, también explica la brillante E. Sharpston refiriéndose al *Reglamento Dublín III*: «Todo el Reglamento está concebido en torno a la persona. Evidentemente es lo adecuado y correcto. Cada ser humano que solicita protección no es un mero dato estadístico. Debe ser tratado con humanidad, y deben respetarse sus derechos fundamentales».

La *sentencia A.S.*, C-490/16, interpreta el *Reglamento Dublín III* en relación con un sirio que, después de entrar por Croacia, pide el asilo en Eslovenia.

La primera cuestión que se plantea es si el solicitante de asilo puede invocar que se determinó erróneamente el Estado responsable de examinar su demanda de asilo. El Tribunal de Justicia responde afirmativamente y considera que los criterios que figuran en los artículos 12 y 13 del *Reglamento Dublín III* desempeñan un papel comparable en la dirección del proceso de determinación del Estado miembro responsable y, por tanto, en la aplicación de dicho Reglamento.

Seguidamente, el Tribunal de Justicia lo califica de cruce irregular de la frontera si la entrada del nacional de un tercer país ha sido tolerada por las autoridades de un Estado miembro, obligadas a hacer frente a la llegada de un número excepcionalmente alto de nacionales de terceros países deseosos de atravesar dicho Estado miembro para presentar una solicitud de protección internacional en otro Estado miembro, sin cumplir las condiciones de entrada en principio exigidas en el primer Estado.

En fin, a juicio del Tribunal de Justicia la interposición de un recurso contra la decisión de traslado carece de efectos sobre el cómputo del plazo de 12 meses que sigue al cruce irregular de la frontera para que el solici-

tante presente su solicitud de protección internacional por primera vez ante un Estado miembro.

La *sentencia Jafari*, C-646/16, se refiere a dos afganas que entraron en la Unión Europea por Grecia, cruzaron la frontera irregularmente por Croacia y terminaron solicitando el asilo en Austria. En este caso es preciso aplicar el Reglamento Dublín III.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia interpreta que «una admisión en el territorio de un Estado miembro, en su caso meramente tolerada por las autoridades del Estado miembro de que se trate, no constituye un «visado», en el sentido del artículo 12 del Reglamento Dublín III». Esta tolerancia se produce cuando las autoridades estatales están obligadas a hacer frente a la llegada de un número excepcionalmente alto de nacionales de terceros países deseosos de atravesar dicho Estado miembro para presentar una solicitud de protección internacional en otro Estado miembro.

Y en segundo lugar, interpreta el concepto de cruce irregular de fronteras dado que el primer país de la Unión Europea en que se produzca, en este caso Croacia, sería el responsable durante doce meses de examinar la solicitud de asilo.

Pues bien, el Tribunal de Justicia considera que hay que buscar una interpretación teniendo en cuenta los actos normativos adoptados por la Unión en materia de control fronterizo y de inmigración pero también este concepto ha de deducirse del propio *Reglamento Dublín III*. Esto significa que los criterios de responsabilidad formulados en los artículos 12 a 14 del Reglamento Dublín III tienen por objeto no sancionar un comportamiento ilícito del nacional de un tercer país sino determinar cuál es el Estado responsable, teniendo en cuenta el papel desempeñado por ese Estado miembro en la presencia de ese nacional en el territorio de los Estados miembros. Por tanto, subraya el Tribunal de Justicia: «el hecho de que el cruce de la frontera haya tenido lugar en una situación caracterizada por la llegada de un número excepcionalmente alto de nacionales de terceros países deseosos de obtener una protección internacional no puede influir en la interpretación o en la aplicación del artículo 13, apartado 1, del Reglamento Dublín III».

En todo caso el Tribunal de Justicia establece una regla específica sobre el sistema de reparto de responsabilidades para el examen de las solicitudes de asilo: en aplicación del artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no debe ejecutarse el traslado de un solicitante de protección internacional al Estado miembro responsable cuando ese traslado implique un peligro real de que el interesado sufra un trato inhumano o degradante.

La *sentencia Mengesteab*, C-670/16, se dicta en respuesta a una cuestión prejudicial de un tribunal administrativo alemán en relación con la

solicitud de asilo de un eritreo que había entrado en la Unión Europea por Italia.

El Tribunal de Justicia recuerda que el *Reglamento Dublín III* supone un avance en la medida en que «no se limitó a establecer reglas de organización que rigen únicamente las relaciones entre los Estados miembros, para determinar el Estado miembro responsable, sino que decidió asociar a ese proceso a los solicitantes de asilo, obligando a los Estados miembros a informarles de los criterios de responsabilidad y a ofrecerles la oportunidad de facilitar la información que permita la correcta aplicación de esos criterios, y garantizando a dichos solicitantes de asilo un derecho a la tutela judicial efectiva contra la decisión de traslado adoptada en su caso a la conclusión del procedimiento».

A juicio del Tribunal de Justicia, el legislador de la Unión definió los efectos de la expiración de estos plazos al precisar que si dicha petición no se formulara en los plazos mencionados, la responsabilidad de examinar la solicitud de protección internacional corresponderá al Estado miembro ante el que se haya presentado la solicitud.

Esto significa, además, que la solicitud de toma a cargo, en este caso de Alemania a Italia, país por el que entró el eritreo, debe hacerse en un plazo máximo de tres meses. Por esa razón, el Tribunal de Justicia adopta una interpretación conforme a la cual: «para poder iniciar de manera eficaz el proceso de determinación del Estado miembro responsable, la autoridad competente necesitará estar informada de manera cierta de que un nacional de un tercer país ha solicitado protección internacional, sin que sea necesario que el documento escrito redactado a tal fin revista una forma determinada concreta o que contenga información adicional pertinente para la aplicación de los criterios establecidos en el Reglamento Dublín III o, *a fortiori*, para el examen en cuanto al fondo de la solicitud de protección internacional» (apartado 88).

La *sentencia Mossa Ouhrami*, C-225/16, se pronuncia sobre una cuestión muy frecuente en materia de extranjería: a partir de cuándo se cuenta el cumplimiento de una sanción de expulsión de un extranjero. El Tribunal de Justicia le contestó al Tribunal Supremo holandés que lo relevante es la fecha en la que el interesado haya abandonado efectivamente el territorio de los Estados miembros. Es una interpretación de la Directiva 2008/115/CE para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular en el caso de un argelino que había sido declarado en 2002 indeseable y que había sido expulsado de los Países Bajos pero que no había cumplido la orden de expulsión y que había sido encarcelado.

El Tribunal de Justicia propugna establecer conceptos uniformes y, en particular, señala que hasta el momento del cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación de retorno y, por tanto, del retorno efectivo

del interesado a su país de origen, un país de tránsito o un tercer país, la situación irregular del interesado se rige por la decisión de retorno y no por la prohibición de entrada, que sólo produce efectos a partir de ese momento, y prohíbe al interesado, durante un determinado período tras su retorno, la entrada y estancia de nuevo en el territorio de los Estados miembros.

A modo de definición el Tribunal de Justicia explica que una eventual prohibición de entrada constituye un medio apropiado para aumentar la eficacia de la política de la Unión en materia de retorno, al garantizar que, durante un cierto período tras la expulsión de un nacional de un tercer país cuya estancia es irregular, tampoco podrá volver legalmente al territorio de los Estados miembros (apartado 51).

Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual, si bien no procede sancionar penalmente la estancia irregular inicial y se prohíbe el encarcelamiento de un nacional de un tercer país, la Directiva de retorno no impide que las legislaciones nacionales prevengan el encarcelamiento de un nacional de un tercer país al que se ha aplicado el procedimiento de retorno establecido en dicha Directiva y se halla en situación irregular en el referido territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno.

3. *El mercado único europeo y los consumidores*

La realización del mercado constituye la base de la integración europea. Esto exige una continua actualización e interpretación de las libertades económicas fundamentales, del régimen de competencia y de ayudas de Estado y el desarrollo de los derechos de los consumidores. Tres interpretaciones muy sencillas nos ayudarán a comprenderlo.

La *sentencia Erzberger*, C-566/15, de la Gran Sala, se refiere a la libre circulación de trabajadores y a la Ley alemana de cogestión. En este caso el Tribunal de Justicia no aprecia vulneración de la libre circulación de trabajadores por el hecho de que la legislación alemana prive de los derechos de voto y a ser candidatos al consejo de supervisión de la sociedad matriz establecida en Alemania, cuando renuncien a su puesto de trabajo en uno de esos establecimientos y sean contratados por una filial perteneciente al mismo grupo establecida fuera de Alemania.

El Tribunal de Justicia subraya, por una parte, que la libre circulación de personas no se aplica a los trabajadores que nunca han ejercido su libertad de circular dentro de la Unión ni prevén hacerlo. Pero, adicionalmente, el Tribunal de Justicia reconoce que «el Derecho primario de la Unión no puede garantizar a un trabajador que su desplazamiento a un Estado miem-

bro distinto de su Estado miembro de origen sea neutro en materia social, puesto que, habida cuenta de las disparidades existentes entre los regímenes y las legislaciones de los Estados miembros, tal desplazamiento puede ser, según los casos, más o menos ventajoso en este aspecto para la persona de que se trate». Esto supone que la pérdida de derechos que se exponen a sufrir los trabajadores no puede calificarse de obstáculo a la libre circulación de trabajadores.

La *sentencia Nerea*, C-245/16, aborda los efectos que tiene la apertura de un procedimiento concursal en la concesión de una ayuda. El Tribunal de Justicia, a requerimiento del Tribunal administrativo italiano de Las Marcas, interpreta el Reglamento general de exención por categorías en materia de ayudas de Estado. En este caso no cabe considerar que Nerea sea una empresa en crisis incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento si en la fecha en que se le concedió una ayuda no reunía las condiciones establecidas en el Derecho italiano para someterse a un procedimiento de insolvencia.

La protección de los consumidores ha propiciado, a través de la interpretación de las directivas de armonización de legislaciones, una fecunda jurisprudencia del Tribunal de Justicia, especialmente en el ámbito del transporte aéreo. El Reglamento (CE) n.º 261/2004 sobre compensación y asistencia en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos le planteó dudas al Tribunal Civil y Penal de Hamburgo respecto al cálculo de la distancia que debía tener en cuenta en un vuelo entre Roma y Hamburgo, con escala en Bruselas. El Reglamento prevé una compensación económica de 250 euros para vuelos de hasta 1.500 kilómetros; de 400 euros para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1.500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1.500 y 3.500 kilómetros; y de 600 euros para todos los demás.

En su *sentencia Bossen*, C-559/16, el Tribunal de Justicia tiene que elegir entre el método de la ruta ortodrómica, de modo que la distancia entre Roma y Hamburgo es de 1.326 km, y el método de la distancia acumulada, es decir, entre Roma y Bruselas 1.173 km y entre Bruselas y Hamburgo 483 km, o sea, una distancia de 1.656 km.

El Tribunal de Justicia considera que los pasajeros cuyos vuelos se han retrasado tres horas o más y aquellos cuyos vuelos han sido cancelados y han obtenido un recorrido alternativo se encuentran en situaciones comparables en la medida en que ambos sufren una molestia similar, en la que se basa su compensación.

Por tanto, el Tribunal de Justicia aclara que al establecer el importe de la compensación, sólo procede tomar en consideración la distancia entre el lugar del primer despegue y el destino final, excluyendo los eventuales vuelos de conexión.

En definitiva, a juicio del Tribunal de Justicia y para estos casos debe utilizarse el método de la ruta ortodrómica, con independencia del trayecto de vuelo efectivamente recorrido.

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

Lo más destacado de la actividad del Tribunal de Justicia respecto de España en este segundo semestre de 2017 ha sido la nueva multa impuesta por incumplir sentencias del Tribunal de Justicia, la remisión de cuestiones prejudiciales «españolas» sobre temas recurrentes, en particular en lo que se refiere a los empleados temporales, y las respuestas a las cuestiones prejudiciales, algunas de ellas de gran interés para toda la Unión en la medida en que afectan a la denominada economía colaborativa, como ocurre en el notorio caso de Uber.

La nueva multa a España se debe al retraso en la liberalización de los servicios de estiba. El Tribunal de Justicia en la *sentencia Comisión Europea / España*, C-388/16, impuso a España una cantidad a tanto alzado de 3 millones de euros por no haber cumplido la sentencia de 11 de diciembre de 2014, *Comisión / España*, C-576/13, EU:C:2014:2430. El Tribunal de Justicia declaró el incumplimiento consistente en imponer a las empresas de otros Estados miembros que deseaban desarrollar su actividad en los puertos españoles la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y otras restricciones en materia de contratación de estibadores.

Dado que la ‘condena’ no se cumplió, la Comisión Europea solicitó al Tribunal de Justicia que impusiese a España una multa coercitiva y una suma a tanto alzado. El Gobierno español adoptó el Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, pero no fue convalidado por el Congreso de los Diputados y, por tanto, fue derogado el 24 de marzo de 2017. Finalmente, se aprobó el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, que modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia. La Comisión mantuvo únicamente la petición de la imposición de la suma a tanto alzado.

El Tribunal de Justicia constató que si bien el Reino de España había demostrado su buena fe, en particular cooperando estrechamente con la Comisión durante el procedimiento administrativo previo, transcurrieron 29 meses desde que se dictó la sentencia condenatoria hasta la entrada en vigor, el 14 de mayo de 2017, del Real Decreto-ley 8/2017. Por tanto, el Tribunal de Justicia termina indicando: «se efectúa una apreciación equi-

tativa de las circunstancias del presente caso fijando en 3 millones de euros el importe de la cantidad a tanto alzado que habrá de abonar el Reino de España».

El Tribunal de Justicia ha confirmado la multa de 18,93 millones de euros impuesta en 2015 por el Consejo a España por la manipulación de las estadísticas del déficit en la Comunidad Valenciana.

La Comisión Europea había emitido un informe donde consideraba que España había incurrido en una negligencia grave al transmitir, en 2012, datos incorrectos relativos a las cuentas de la Comunitat Valenciana, pese a que la Sindicatura de Cuentas de esta Comunidad Autónoma señalaba cada año que la Intervención General aprobaba cuentas viciadas por irregularidades derivadas de la falta de registro de determinados gastos sanitarios y del incumplimiento del principio de devengo.

En la *sentencia España / Consejo*, C-521/15, la Gran Sala del Tribunal de Justicia no acoge ninguno de los motivos, formales ni de fondo, con tanto oficio como probable poca convicción de su prosperabilidad, manejo el equipo de abogados del Estado españoles.

Por último, la aplicación en España de la Directiva 1999/70 a los empleados temporales ha sido particularmente difícil. De hecho, en estos momentos sigue habiendo problemas tanto en el ámbito de la jurisdicción social como en la contencioso-administrativa.

En el ámbito de la jurisdicción social, el Tribunal Supremo acaba de plantear en vía prejudicial una nueva cuestión en el *asunto de Diego Porras II*, C-619/17 (auto de 25 de octubre de 2017, recurso 3970/2016, ponente: Arastey Sahún). Todo parece indicar que la cuestión será resuelta previamente por el Tribunal de Justicia en su formación de Gran Sala cuando conteste al Tribunal Superior de Justicia de Galicia (C-574/16, Grupo Norte Facility) y al Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid (C-677/16, Montero Mateos).

Por ahora, en las Conclusiones de la Abogada General J. Kokott, de 20 de diciembre de 2017, C-574/16, Grupo Norte Facility, EU:C:2017:1022; y C-677/16, Montero Mateos, EU:C:2017:1021, señala con toda claridad la necesidad de replantearse la cuestión: «El presente asunto da al Tribunal de Justicia la oportunidad de profundizar especialmente en este aspecto —al que, a mi juicio, no se prestó suficiente atención en la sentencia De Diego Porras— y de reconsiderar su jurisprudencia a este respecto» (apartados 53 y 48, respectivamente).

Y, además, la AG Kokott considera que deben introducirse matizaciones en la *sentencia de Diego Porras* por lo que propone que el Tribunal de Justicia puntualice: «no supone una discriminación de los trabajadores con contratos de duración determinada el hecho de que, al finalizar sus contratos de trabajo por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado

la obra o el servicio pactados o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado, no les corresponda indemnización alguna o les corresponda una indemnización inferior que a los trabajadores cuyos contratos de trabajo, de duración determinada o de duración indefinida, se extinguen como consecuencia de una decisión del empleador por una causa objetiva» (apartados 85 y 67 de las respectivas Conclusiones).

En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa se espera el pronunciamiento en casación del Tribunal Supremo sobre la utilización abusiva de una relación de servicios con sucesivos nombramientos temporales en los *asuntos Martínez Andrés y Castrejana López* (Sala 3.^a, autos de 30 de mayo de 2017 y de 13 de junio de 2017, recursos n.º 785/2017 y n.º 1305/2017, ES:TS:2017:5070A y ES:TS:2017:5796A, ponente: Menéndez Pérez).

Las sentencias prejudiciales «españolas» pronunciadas en los últimos seis meses son muy significativas y merecen una atención y un comentario más pormenorizado.

1. *La expulsión de los extranjeros en España: ciudadanos de la Unión* (sentencia E) *y de países terceros* (sentencia López Pastuzano)

La expulsión es la sanción administrativa más grave que se puede adoptar contra los extranjeros. El Derecho de la Unión Europea afecta de una manera sustancial al estatuto de los extranjeros en España y el Tribunal de Justicia ha resuelto dos cuestiones de interés: por un lado, si se puede expulsar y en qué supuestos a ciudadanos de la Unión; y, por otro lado, cuándo procede la expulsión de extranjeros residentes de larga duración.

La *sentencia E*, C-193/16, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco relativa a la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea.

La Sala de lo Contencioso-administrativo conocía en apelación de un asunto relativo a un italiano, residente en España desde 2003, que había sido expulsado con prohibición de entrada por 10 años como consecuencia de la condena a doce años de prisión en tres sentencias firmes por reiterados delitos de abusos sexuales sobre menores, pena que cumplía en un centro penitenciario. En instancia el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 3 de Vitoria había confirmado la expulsión. Sin embargo, la Sala de Bilbao quería saber si el italiano constituía una amenaza real y actual para la seguridad pública, teniendo en cuenta que estaba en prisión, y que, después de cumplir seis años, le restaban varios años para obtener su libertad.

La respuesta del Tribunal de Justicia se basa no tanto en el hecho que esté en prisión sino en el carácter odioso y grave de los delitos cometidos.

En este sentido, recuerda que las razones de orden público pueden justificar limitaciones al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión pero estas limitaciones deben ajustarse al principio de proporcionalidad y deben basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado que constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida.

Para el Tribunal de Justicia la explotación sexual de niños forma parte de los ámbitos delictivos de especial gravedad y dimensión transfronteriza en los términos que resultan del artículo 83 TFUE. Asimismo, recuerda que el hecho de que esté en prisión no afecta a la conducta personal del interesado.

Ahora bien, a juicio del Tribunal de Justicia los Estados miembros están facultados para considerar que infracciones penales como las mencionadas en el artículo 83.1.2 TFUE constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, cuyo riesgo de reiteración representa una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que, por consiguiente, cabe incluir en el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública» que pueden justificar una medida de expulsión, siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves.

En suma, la expulsión de los ciudadanos de la Unión se revela muy difícil pero no imposible, en particular en el caso de la comisión de delitos especialmente graves y odiosos para nuestra sociedad.

La *sentencia López Pastuzano*, C-636/16, se refiere a la expulsión de un colombiano, decretada por la Delegación del Gobierno en Navarra. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Pamplona le pidió al Tribunal de Justicia que precisase la conformidad con el Derecho europeo de la expulsión prevista en el artículo 57.2 de la Ley española de extranjería para los condenados por un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

El Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y subraya que gozan de una protección reforzada contra la expulsión. Esto significa, según su jurisprudencia anterior, que no puede adoptarse la expulsión de un modo automático a raíz de una condena penal, sino que requiere una valoración caso por caso. Por tanto, la Directiva 2003/109 impide que se expulse a un residente de larga duración salvo cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

En este caso la Abogacía del Estado señalaba en Luxemburgo, con razón, que la jurisprudencia española que aplicaba automáticamente el artículo 57.2 era minoritaria y que había sido desautorizada por el Tribunal

Constitucional. Sin embargo, por si hubiese alguna duda, el Tribunal de Justicia respondió al juez navarro que la Directiva 2003/109 se oponía a la aplicación automática del artículo 57.2 de la Ley de extranjería, tal como era interpretada por una parte de los jueces españoles.

2. *La lucha contra la discriminación de las trabajadoras y otros derechos sociales: sentencia Otero Ramos (lactancia materna), sentencia Espadas Recio (prestación por desempleo) y sentencia Miravittles Ciurana (responsabilidad del administrador)*

El Tribunal de Justicia ha depurado el ordenamiento español de legislación encubiertamente discriminadora con las mujeres trabajadoras y se ha pronunciado sobre otros derechos sociales.

En el caso de la mujer trabajadora lactante el Tribunal de Justicia aporta la garantía de la inversión de la carga de la prueba (*sentencia Otero Ramos*, C-531/15) y en la prestación por desempleo acaba con un régimen discriminatorio para las trabajadoras a tiempo parcial (*sentencia Espadas Recio*, C-98/15). Sin embargo, en la *sentencia Miravittles Ciurana*, C-243/16, el Tribunal de Justicia considera que no se aplica el Derecho de la Unión a la determinación de las vías jurisdiccionales procedentes para exigir responsabilidad del administrador por insolvencia de una sociedad mercantil.

Elda Otero Ramos, una enfermera del servicio de urgencias de un hospital público de A Coruña, solicitó durante su período de lactancia la adaptación de su puesto de trabajo en el que los turnos rotatorios, las radiaciones ionizantes, las infecciones nosocomiales y el estrés podían tener repercusiones negativas sobre la lactancia y exponerla a riesgos para su salud.

La Administración sanitaria gallega emitió un informe que indicaba que el puesto de trabajo no presentaba riesgo alguno para la lactancia de su hija y el Instituto Nacional de la Seguridad Social también le denegó la prestación económica por riesgo durante la lactancia. No obstante, ante el Juzgado de lo Social la jefa de servicio de la unidad de urgencias informó de que el trabajo de enfermería presentaba riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la trabajadora en período de lactancia y para su hija. No obstante, el Juzgado terminó considerando que no se había demostrado que el puesto de trabajo presentara el riesgo alegado.

En cambio, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia le pidió al Tribunal de Justicia que interpretase la Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y la Directiva 92/85/CEE para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada.

La cuestión se centró, sustancialmente, en saber si procedía invertir la carga de la prueba en los términos previstos por el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE. A juicio del Tribunal de Justicia se aplica la Directiva 92/85/CEE por lo que el trato menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54 y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo.

En consecuencia, procede invertir la carga de la prueba. Esto significa que si una trabajadora en período de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección, es decir, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

Gracias a una nueva y brillante cuestión prejudicial del Juez de de lo Social n.º 33 de Barcelona se ha revelado contrario al Derecho europeo el cálculo de la protección por desempleo de las denominadas trabajadoras a tiempo parcial vertical.

María Begoña Espadas Recio, una limpiadora a tiempo parcial de manera ininterrumpida de 1999 hasta 2013 y con una jornada de dos horas y media los lunes, miércoles y jueves de cada semana y cuatro horas el primer viernes de cada mes, reclamaba al Servicio Público de Empleo un período más amplio de prestación por desempleo porque había cotizado por los seis años anteriores a la prestación, mientras que la Administración tenía en cuenta únicamente los días trabajados.

El Tribunal de Justicia termina aplicando la Directiva 79/7/CEE sobre igualdad en materia de seguridad social y recuerda: «existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres».

En este caso y a la luz de los datos estadísticos aportados por el juez barcelonés, que asume el Tribunal de Justicia, de un 70 % a un 80 % de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres. Existe la misma proporción en lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial horizontal. En suma, la legislación española sobre cálculo de la prestación por desempleo perjudica a un número mucho mayor de mujeres que de hombres.

Pero es que, además, el Tribunal de Justicia considera que la discriminación por diferencias en la cotización no está justificada porque un trabajador a tiempo parcial vertical que ha cotizado por cada día de todos los meses del año recibirá una prestación por desempleo de una duración inferior a la de un trabajador a jornada completa que haya abonado las mismas cotizaciones.

Por tanto, es contraria a la Directiva 79/7 la legislación española que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres.

En cambio, en la *sentencia Miravittles Ciurana* el Tribunal de Justicia no sigue el razonamiento del Juzgado de lo Social n.º 30 de Barcelona que cuestionaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con jurisdicción competente para exigir la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas frente a los trabajadores y les obliga a acudir primero ante el Juzgado de lo Social, interesando el reconocimiento de su crédito; y posteriormente, ante el Juzgado de primera instancia o de lo mercantil para conocer de las demandas de responsabilidad solidaria contra el administrador de la sociedad mercantil.

El Juzgado barcelonés le pedía al Tribunal de Justicia que interpretase las Directivas 2009/101/CE y 2012/30/UE sobre coordinación de las garantías de las sociedades mercantiles para proteger los intereses de socios y terceros, así como los artículos 20 (igualdad ante la ley) y 21 (no discriminación) de la Carta de los derechos fundamentales para proscribir la doble vía que debe seguirse ante los jueces españoles.

El Tribunal de Justicia considera que estas Directivas solo establecen una equivalencia mínima en la protección de los accionistas y de los acreedores de las sociedades anónimas, y con ese fin armonizan las legislaciones nacionales relativas a la constitución, mantenimiento, aumento y reducción del capital de las sociedades. Sin embargo, las Directivas no exigen que haya un derecho de resarcimiento frente al administrador de una sociedad anónima, ni establecen el régimen material y procesal de la responsabilidad de dicho administrador en caso de falta de convocatoria de la junta general pese a una pérdida grave del capital suscrito.

Al no imponer las Directivas ninguna obligación específica en esta materia, tampoco es aplicable la Carta.

3. *La Comisión Europea y los tribunales nacionales en el Derecho de la competencia: sentencia Gasorba*

El Tribunal de Justicia se pronuncia en su *sentencia Gasorba*, C-547/16, sobre una cuestión prejudicial remitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo relativa a la intervención en materia de competencia de un tribunal nacional después de que lo haya hecho la Comisión Europea.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia recuerda el modelo de aplicación del Derecho europeo de la competencia que está basado en un sistema

de competencias paralelas en el marco del cual tanto la Comisión como las autoridades nacionales de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales pueden aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia los jueces nacionales están obligados a no dictar resoluciones incompatibles con una decisión adoptada por la Comisión en un procedimiento incoado con arreglo al Reglamento n.º 1/2003.

Ahora bien, en el caso concreto se trataba de decisiones de la Comisión que habían convertido compromisos de las empresas en obligatorios, tal como prevé el artículo 9 del Reglamento 1/2003. Como subraya el Tribunal de Justicia, una decisión de ese tipo no certifica la conformidad de la práctica sobre la que haya intervenido la Comisión Europea con el artículo 101 TFUE.

Por eso y a juicio del Tribunal de Justicia, los jueces nacionales no pueden ignorar este tipo de decisiones porque, por una parte, tales actos tienen carácter decisorio y, por otra parte, el principio de cooperación leal y el objetivo de la aplicación eficaz y uniforme del Derecho de la Unión en materia de competencia obligan al juez nacional a tener en cuenta el análisis preliminar de la Comisión y a considerarlo un indicio —o, incluso, un principio de prueba— del carácter contrario a la competencia del acuerdo en cuestión a la luz del artículo 101.1 TFUE.

No obstante, una decisión de la Comisión relativa a determinados acuerdos entre empresas no impide que los jueces nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas en materia de competencia y que, en su caso y de acuerdo con el artículo 101.2 TFUE, los anulen.

4. *La protección de los consumidores: sentencia Banco Santander (cláusulas abusivas) y sentencia Núñez Torreiro (seguro del automóvil)*

En la protección de los consumidores se han pronunciado dos sentencias de gran interés práctico: la *sentencia Banco Santander*, C-598/15, limita el alcance de la protección frente a las cláusulas abusivas y la *sentencia Núñez Torreiro*, C 334/16, determina el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/103/CE sobre el seguro del automóvil.

La saga de la interpretación de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores continúa. En este caso se planteaba si debía haber intervenido activamente el juez que conocía de la entrega de una vivienda al banco y al desahucio de quien había sido su propietaria. Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera, en la *sentencia Banco Santander*, que en este supuesto no se aplica la Directiva.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual los medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores deben incluir disposiciones que les garanticen la tutela judicial efectiva, ofreciéndoles la posibilidad de impugnar ante los tribunales la validez del contrato, incluso en la fase relativa a su ejecución forzosa, y ello en condiciones razonables en cuanto al procedimiento, de manera que no existan requisitos —especialmente de plazo o relacionados con los gastos— que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13.

En este caso la fase de ejecución hipotecaria se había llevado a cabo ante notario en 2011 (adjudicación de la vivienda al banco) y en 2012 se había producido la venta de la vivienda al banco que, después de inscribirla en el Registro de la Propiedad, solicitó ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Jerez de la Frontera que la antigua propietaria le entregara la vivienda.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia señala que el juez jerezano parece considerar que el procedimiento previsto en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil constituye una continuación del procedimiento extrajudicial de ejecución de la hipoteca constituida por la Sra. Sánchez López a favor del Banco Santander, de modo que, a efectos de la aplicabilidad de la Directiva 93/13, este nexo permite obviar la circunstancia de que la garantía hipotecaria ha sido ejecutada, el inmueble ha sido vendido y los derechos reales sobre el mismo han sido transmitidos. Sin embargo, a juicio del Tribunal de Justicia el objeto de la acción ejercitada consiste simplemente en garantizar la protección de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad con independencia del modo en que hayan sido adquiridos.

El Tribunal de Justicia advierte que permitir que el deudor que constituyó una hipoteca sobre tal bien formule frente a su adquirente excepciones basadas en el contrato de préstamo hipotecario, del cual este adquirente puede no ser parte, aunque aquí sí lo fuese el mismo banco, podría afectar a la seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya nacidas.

Además, el Tribunal de Justicia afirma que la deudora hipotecaria tuvo la posibilidad, durante la tramitación del procedimiento extrajudicial de venta del bien, de formular oposición o solicitar la suspensión en atención a la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario, instando como medida cautelar la suspensión de la venta del inmueble del que era propietaria y es en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria donde el juez que conocía del asunto habría podido proceder, en su caso de oficio, al examen del posible carácter abusivo de cláusulas incluidas en el contrato de préstamo hipotecario.

La respuesta del Tribunal de Justicia es que en el caso que le remite el juez jerezano no se aplica la Directiva 93/13 porque el procedimiento es independiente de la relación jurídica que une al acreedor profesional y al consumidor y, además, la garantía hipotecaria ha sido ejecutada, el bien inmueble ha sido vendido y los derechos reales sobre el mismo han sido transmitidos sin que el consumidor haya hecho uso de los recursos legales previstos.

De manera complementaria, en la *sentencia Núñez Torreiro*, se pronuncia, a instancias de la Audiencia Provincial de Albacete, sobre el alcance de la Directiva 2009/103/CE relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad.

En este caso se planteaba la cuestión de la cobertura del seguro a un teniente del Ejército español que había tenido un accidente con un todoterreno que había volcado en el campo de maniobras dado que, conforme a la legislación española, podría quedar excluido del seguro.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia interpreta que ninguna disposición de la Directiva 2009/103 limita el alcance de la obligación de seguro ni la protección que confiere a las víctimas de accidentes causados por vehículos automóviles por la utilización de estos vehículos en determinados terrenos o en determinadas vías. De modo que la Directiva es contraria a la legislación española en la medida en que esta limita la cobertura del seguro por el hecho de que el vehículo circulase por vías o terrenos no aptos para la circulación.

5. La «uberización» del Derecho en la Unión: sentencia Asociación Profesional Elite Taxi

Una asociación de taxistas de Barcelona demandó a Uber Spain por no tener licencia y por adoptar prácticas engañosas que constituyen actos de competencia desleal.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona le consultó al Tribunal de Justicia si el desarrollo de la denominada economía colaborativa en el ámbito del transporte, en este caso a través de la plataforma electrónica de Uber, estaba sometida a la Directiva de servicios o a la Directiva sobre comercio electrónico.

El Tribunal de Justicia en la *sentencia Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, contesta que lo que hace Uber constituye un servicio en el ámbito de los transportes por lo que no se aplica la Directiva del comercio electrónico pero tampoco la Directiva de servicios porque esta lo excluye expresamente.

El abogado general M. Szpunar ya había explicado que el funcionamiento de Uber planteaba cuestiones sobre el Derecho de la competencia, la protección de los consumidores y el Derecho del trabajo, en el plano económico y social se hablaba de la «uberización» y, en definitiva, se trata de una «problemática altamente politizada y mediatizada» (apartado 1 de sus Conclusiones). A su juicio, tal servicio debe calificarse de «servicio en el ámbito del transporte» por lo que está sometido a la Directiva de servicios que, por lo demás, la incluye en la excepción a la libre prestación de servicios contenida en el artículo 58 TFUE, apartado 1, y está regulada por lo dispuesto en los artículos 90 TFUE y siguientes.

El Tribunal de Justicia es muy puntilloso en la catalogación de los servicios ofrecidos por Uber. Y a tal efecto ofrece una delimitación del problema que debe examinar, es decir, cómo catalogar un servicio de intermediación que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano.

Seguidamente, el Tribunal determina que en casos como este se aplicaría la Directiva 98/34/CE sobre los servicios de la sociedad de la información y la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico pero en otros la Directiva 2006/123/CE de servicios.

Por una parte, un servicio de transporte «consiste en el acto físico de desplazamiento de personas o bienes de un lugar a otro mediante un vehículo» por lo que el simple servicio de intermediación consistente en conectar a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano no sería servicio de transporte. Del mismo modo, a juicio del Tribunal de Justicia, cada uno de estos servicios, considerado aisladamente, puede estar vinculado a diferentes directivas o disposiciones del Tratado FUE relativas a la libre prestación de servicio.

Por otra parte, un servicio de transporte urbano no colectivo, como un servicio de taxi, debe ser calificado de «servicio en el ámbito del transporte» en el sentido de la Directiva de servicios.

Para calificar los servicios ofrecidos por Uber, el Tribunal de Justicia los detalla pormenorizadamente. En primer lugar, el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo. En segundo lugar, Uber crea una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas y la organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano. En tercer lugar, Uber selecciona a los conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a quienes proporciona una aplicación sin la cual no estarían en condicio-

nes de prestar servicios de transporte y las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. Por último, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores dado que la aplicación establece el precio máximo de la carrera, recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de estos.

Pues bien y a juicio del Tribunal de Justicia lo que hace Uber consiste en prestar un servicio de intermediación que forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte.

Esto significa que en este caso no se aplicaría la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico sino la Directiva 2006/123/CE de servicios. Ahora bien, esta última Directiva excluye expresamente de su ámbito de aplicación los «servicio en el ámbito de los transportes». Esto quiere decir, explica el Tribunal de Justicia, que en el estado actual del Derecho de la Unión, incumbe a los Estados miembros regular las condiciones de prestación de este tipo de servicios de intermediación siempre que se respeten las normas generales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Así pues, el Tribunal de Justicia deja abierta la puerta a la adopción por el legislador de normas europeas en este ámbito relativo a la política común de transportes o a que, mientras tanto, cada Estado miembro establezca su propia regulación que, como es obvio, deberá respetar las libertades económicas fundamentales.

6. *Los límites de las sanciones administrativas por venta a pérdidas entre mayoristas: sentencia Europamur*

El Tribunal de Justicia ha resuelto en su *sentencia Europamur*, C-295/16, el reenvío del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 4 de Murcia que tenía que pronunciarse sobre la legalidad de una sanción de 3.001 euros impuesta por la Región de Murcia a una mayorista que vende productos de alimentación a supermercados y tiendas de barrio que sufren directamente la competencia de las grandes cadenas de supermercados y que había practicado la venta a pérdidas.

El Juez murciano le preguntó al Tribunal de Justicia si la Ley española de ordenación del comercio minorista, que también se aplica a los mayoristas y prohíbe la venta a pérdidas, era conforme con la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

En primer lugar, se suscitó si la cuestión prejudicial era admisible dado que, en realidad, la Directiva 2005/29 no se aplica a las relaciones comerciales entre mayoristas. No obstante, el Tribunal de Justicia consideró que debía contestar la cuestión porque el Derecho español aplica la Directiva no solo a las relaciones con los consumidores sino también a las relaciones entre mayoristas. Por tanto, «existe un interés manifiesto de la Unión Europea en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones tomadas del Derecho de la Unión sean objeto de interpretación uniforme».

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia constata que la Directiva no permite establecer una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida dado que es necesario determinar si la operación comercial presenta carácter «desleal» a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la propia Directiva y es preciso reconocer a los tribunales nacionales margen de apreciación, siempre y cuando la referida disposición persiga finalidades relacionadas con la protección de los consumidores.

En este caso, a juicio del Tribunal de Justicia, la legislación española establece que la venta con pérdidas es en sí misma una práctica comercial desleal e impide que los tribunales españoles determinen si tal venta presenta carácter desleal a la luz de los criterios enunciados en la Directiva. Además, las dos excepciones a la prohibición de las ventas con pérdida previstas en el artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista obedecen a criterios que no se han previsto en dicha Directiva.

7. Las sentencias sobre marcas: vino, mantequilla y tónica Schweppes

El Tribunal de Justicia ha respondido mediante cuatro sentencias sendas cuestiones prejudiciales remitidas por jueces españoles en relación con la marca europea.

La *sentencia Moreno Marín y otros / Abadía Retuerta, S.A., C-139/16*, analiza el uso en del término *La milla de oro*, en concreto en el ámbito del vino, y responde una cuestión remitida por la Audiencia Provincial de Burgos.

En su respuesta el Tribunal de Justicia al referirse al signo *La milla de oro* ofrece este argumento lexicográfico sobre su uso: «en el sector vitivinícola el signo *la Milla de Oro* de la Ribera del Duero coexiste con el signo *la Milla de Oro* de La Rioja. En el sector del lujo, cuando este signo se asocia a la ciudad de Madrid, designa un barrio de dicha ciudad, en el que se concentran establecimientos de lujo, joyerías de renombre y galerías de arte. *La Milla de Oro* de Marbella designa un barrio de dicha ciudad en el

que están situados inmuebles de lujo y restaurantes de alta gama, que atraen a una clientela rica y famosa».

Esto significa que tal signo hace referencia a la característica de un producto o servicio consistente en la posibilidad de encontrar en abundancia dicho producto o servicio, de un alto grado de valor y calidad, en un mismo lugar, por lo que no puede constituir una indicación de procedencia geográfica, dado que este signo ha de ir acompañado de un nombre que designe un lugar geográfico para que pueda identificarse el espacio físico al que está asociada una fuerte concentración de un producto o servicio de un alto grado de valor y calidad. Por tanto, la utilización como marca de este signo no puede ser una causa de nulidad.

La *sentencia Ornuo*, C-93/16, se refiere a la marca Kerrygold en el ámbito de la mantequilla y otros productos lácteos. Es una cuestión procedente de la Audiencia Provincial de Alicante, en calidad de Tribunal de Marcas, que solicita que se interprete el Reglamento (CE) n.º 207/2009 sobre la marca de la Unión Europea.

En este caso había una coexistencia pacífica entre las marcas Kerrygold y Kerrymaid en Irlanda y en el Reino Unido por lo que Ornuo no se opone al uso de esa marca nacional en estos Estados miembros. Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera que el tribunal de marcas de la Unión que conoce de una acción por violación de marca relativa al uso de ese signo en otro Estado miembro no puede limitarse a fundamentar su apreciación en la coexistencia pacífica que se da en Irlanda y en el Reino Unido, sino que, por el contrario, debe efectuar una apreciación global de todos los factores pertinentes.

El Tribunal de Justicia detalla que la apreciación debe incluir una comparación gráfica, fonética o conceptual de la marca y del signo utilizado por el tercero, lo cual puede llevar, en particular por motivos lingüísticos, a conclusiones diferentes para una parte de la Unión, por ejemplo y en este caso en el Reino Unido e Irlanda, y para otra, en España.

La *sentencia Benjumea Bravo de Laguna* responde la cuestión prejudicial remitida por el Tribunal Supremo español sobre el registro de las marcas de la Unión en los términos regulados por el Reglamento (CE) n.º 207/2009 sobre la marca europea.

En el caso concreto se había impugnado el registro, primero ante el Juzgado de lo Mercantil de Alicante, en apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante en su condición del Tribunal de Marcas y luego en casación ante el Tribunal Supremo. La cuestión se refería a las vías de reivindicación de la marca. Ya la Audiencia de Alicante había señalado que, como el régimen de reivindicación establecido en el artículo 18 del Reglamento n.º 207/2009 sólo contemplaba el supuesto del agente o del representante desleal, en el caso de autos procedía aplicar el régimen de la acción reivin-

dicatoria de marca establecido en el artículo 2 de la Ley española 17/2001 de Marcas.

El artículo 18 del Reglamento n.º 207/2009 confiere al titular de una marca de la Unión el derecho de reivindicar que se le ceda el registro de la marca si esta ha sido registrada a nombre de su agente o de su representante y sin su autorización. Esto supone, para el Tribunal de Justicia, que «la acción reivindicatoria de la propiedad de una marca de la Unión registrada a nombre de un agente o de un representante del titular de la marca sin la autorización de éste se rige exclusivamente por el Reglamento n.º 207/2009».

Sin embargo, esto no impide, a juicio del Tribunal de Justicia, que en los demás supuestos se aplique la normativa de cada Estado miembro. Por tanto, «una persona perjudicada por el registro de una marca solicitado con fraude de sus derechos o con violación de una obligación legal o contractual, puede reivindicar la propiedad de la marca, siempre y cuando la situación de que se trate no esté comprendida en los supuestos del artículo 18 [del] Reglamento».

La *sentencia Schwepes*, C-291/16, resuelve un reenvío prejudicial del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona que debe pronunciarse sobre un litigio entre los dos titulares de la marca Schwepes: en una parte de Europa lo es Coca-Cola, en particular en el Reino Unido, y en otra parte de Europa, particularmente en España, lo es Schwepes, S.A. El litigio surge como consecuencia de la importación y distribución en España botellas de tónica designadas con la marca Schwepes procedentes del Reino Unido.

En una sentencia particularmente didáctica el Tribunal de Justicia interpreta el principio del agotamiento del derecho conferido por la marca, en los términos consagrados por la Directiva 2008/95/CE en materia de marcas, ya derogada por la vigente Directiva (UE) 2015/2436, a la luz del principio de libre circulación de mercancías.

El agotamiento del derecho de marca supone que el titular de una marca puede oponerse a la importación de un producto idéntico o similar designado con una marca idéntica o que induzca a confusión, que ha sido fabricado y comercializado en otro Estado miembro por un tercero que no tiene ningún vínculo económico con ese titular.

Ahora bien, el matiz que introduce aquí el Tribunal de Justicia es que el titular de la marca no puede oponerse a la importación en dos supuestos.

En primer lugar, si «tras la cesión de una parte de las marcas paralelas nacionales a favor de un tercero, el titular, solo o coordinando su estrategia de marca con ese tercero, h[a] seguido promoviendo activa y deliberadamente la apariencia o la imagen de una marca global y única, creando o reforzando de este modo una confusión en el público pertinente en cuanto al origen empresarial de los productos designados con esta marca». La razón de esta regla es que el titular de la marca ha menoscabado o, incluso,

ha desnaturalizado la función de garantizar al consumidor la identidad de origen del producto y permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto de los que tienen otra procedencia.

Y, en segundo lugar, si «existen vínculos económicos entre el titular y dicho tercero, en el sentido de que coordinan sus políticas comerciales o se conciertan para ejercer un control conjunto sobre el uso de la marca, de modo que tienen la posibilidad de determinar directa o indirectamente los productos en los que figura dicha marca y de controlar su calidad». En este supuesto, la libre circulación de mercancías determina que la carga de la prueba se invierta cuando quien invoca el agotamiento del derecho de marca aporta indicios precisos y concordantes de los que se pueda inferir la existencia de tales vínculos económicos.

8. *El canon eólico castellano-manchego y la aplicación de las Directivas:* sentencia Elecdey Carcelén

Como advertía en sus Conclusiones la Abogada General J. Kokott, no solo Don Quijote tuvo que luchar contra los molinos de viento en La Mancha sino que las eléctricas han librado una batalla ante el Tribunal de Justicia frente al canon eólico. Y también lo habían intentado, sin éxito, ante el Tribunal Constitucional.

Cuatro empresas que explotan aerogeneradores que producen electricidad habían impugnado las autoliquidaciones del canon establecido por la Ley castellano-manchega de 2011 alegando que era contrario a la Constitución y a tres Directivas europeas: la Directiva 2003/96 sobre imposición de los productos energéticos y de la electricidad, la Directiva 2008/118 sobre impuestos especiales y la Directiva 2009/28 para el fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

Las recurrentes convencieron a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha para acudir casi simultáneamente al Tribunal Constitucional y al Tribunal de Justicia.

El Tribunal Constitucional en Pleno, por auto n.º 183/2016, de 15 de noviembre, inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad argumentando que no puede simultanearse con la cuestión prejudicial europea en la medida en que no se cumple el requisito de que la norma con rango de ley cuestionada sea «aplicable al caso», por lo que es preciso saber primero qué dice el Tribunal de Justicia. Este argumento es bastante discutible y revela el celo del Tribunal Constitucional por tener en este tipo de casos la última palabra. Lo discutible estriba en que el Tribunal de Justicia está llamado únicamente a interpretar el Derecho de la Unión Europea y en ningún modo a depurar el ordenamiento español de normas contrarias al Derecho europeo.

En cambio, el Tribunal de Justicia no tiene mayores problemas en responder, mediante la *sentencia Elecdey Carcelén y otros*, C-215/16, C-216/16, C-220/16, C-221/16, que el canon manchego no es contrario a ninguna de las tres Directivas invocadas.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia consideró que, aun admitiendo que el canon eólico, a pesar de su alcance regional y del hecho de que afecta a una sola fuente de energía renovable, puede hacer que España no respete el objetivo global nacional obligatorio fijado en la Directiva 2009/28, lo que supone un incumplimiento de la Directiva. Sin embargo, la adopción del canon no es en sí misma contraria a la Directiva, ya que los Estados miembros disponen de un margen de apreciación para alcanzar dicho objetivo, siempre que respeten las libertades fundamentales del Tratado constitutivo.

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, no existe ningún vínculo entre el hecho imponible del canon eólico, la producción efectiva de electricidad por los aerogeneradores y, aún menos, el consumo de electricidad producida por estos. Por tanto, el canon eólico no grava la electricidad en el sentido de la Directiva 2003/96 y, en consecuencia, tampoco se aplica esta norma europea.

Por último, la Directiva 2008/118 se refiere únicamente a los impuestos indirectos, distintos de los impuestos especiales, que gravan directa o indirectamente el consumo de los productos sujetos a impuestos especiales. Como el canon eólico no grava productos energéticos ni electricidad, tampoco está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva.

9. *Los funcionarios interinos también tienen un cierto derecho a reincorporarse: sentencia Vega González*

La Directiva 1999/70/CE sobre protección de los trabajadores temporales se aplica también a los empleados públicos. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Oviedo planteó una cuestión prejudicial para resolver la reclamación de una funcionaria interina del Principado de Asturias que había sido elegida parlamentaria autonómica y solicitaba pasar a la situación de servicios especiales con reserva de su puesto de interina mientras desempeñaba las funciones representativas.

La *sentencia Vega González*, C-158/16, equipara en gran medida a los funcionarios de carrera y a los funcionarios interinos que han sido elegidos parlamentarios al reconocerles a estos últimos el derecho a pasar a la situación de servicios especiales lo que supone que la relación de servicio se suspende hasta la reincorporación del funcionario después de desempeñar el cargo representativo.

La AG E. Sharpston no había visto ningún problema en aplicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el alcance del principio de igualdad en las condiciones laborales de los funcionarios de carrera a los funcionarios interinos. Como señala la AG en su Conclusiones, la interina solicitó el derecho a reincorporarse si, en aquel momento, el puesto que ocupaba no hubiera sido amortizado y no estuviera ocupado por un funcionario de carrera.

Esto supone, a juicio de Sharpston, que es «una solicitud que tiene en cuenta de manera proporcionada cualquier diferencia genuina que pueda considerarse correctamente que existe entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos en lo que respecta al derecho a reincorporarse a la Administración pública tras un mandato como representante democráticamente electo. El derecho de los primeros a reincorporarse al servicio activo es absoluto, mientras que el de los segundos, por definición, no lo es» (punto 42).

El Tribunal de Justicia no tiene mayores problemas en reconocer dentro del concepto de «condiciones de trabajo» no solo los trienios, los sexenios, la carrera profesional, etc., sino también la situación de servicios especiales cuando el empleado público ha sido elegido para desempeñar un mandato parlamentario. Y tampoco le plantea mayores dificultades argumentales al Tribunal de Justicia establecer la casi equiparación entre funcionarios de carrera y funcionarios interino. Es importante señalar que la equiparación no es plena porque el Tribunal de Justicia precisa, como hizo la AG Sharpston, que al funcionario interino «se les garantizaría el reingreso en su puesto, siempre que, entretanto, no hubiera sido amortizado u ocupado por un funcionario de carrera».

IV. Relación de las sentencias comentadas del Tribunal de Justicia

1. TJUE, sentencia de 5 de julio de 2017, Werner Fries / Lufthansa CityLine GmbH, C-190/16, EU:C:2017:513 (pilotos mayores de 65 años y transporte aéreo comercial).
2. TJUE, sentencia de 6 de julio de 2017, Juan Moreno Marín y otros / Abadía Retuerta, S.A., C-139/16, EU:C:2017:518 (marca *La Milla de oro* en vinos).
3. TJUE, sentencia de 6 de julio de 2017, Nerea SpA / Regione Marche, C-245/16, EU:C:2017:521 (obligación de devolver ayudas concedidas y procedimientos concursales).
4. TJUE, sentencia de 13 de julio de 2017, E / Subdelegación del Gobierno en Álava, C-193/16, EU:C:2017:542 (expulsión de ciudadanos de la Unión por la comisión de delitos muy graves).

5. TJUE, sentencia de 13 de julio de 2017, Comisión Europea / España, C-388/16, EU:C:2017:548 (sanciones pecuniarias por in ejecución de sentencia sobre la liberalización de la estiba).
6. TJUE (Gran Sala), sentencia de 18 de julio de 2017, Konrad Erberger / TUI AG, C-566/15, EU:C:2017:562 (libre circulación de trabajadores y Ley de cogestión en Alemania).
7. TJUE (Gran Sala), sentencia de 18 de julio de 2017, Comisión Europea / Patrick Breyer, C-213/15P, EU:C:2017:563 (acceso a la documentación judicial).
8. TJUE, sentencia de 20 de julio de 2017, Ornu Co-operative Limited, anteriormente The Irish Dairy Board Co-operative Limited / Tindale & Stanton Ltd España, SL, C-93/16, EU:C:2017:571 (marca comunitaria europea).
9. TJUE (Gran Sala), sentencia de 26 de julio de 2017, A.S. / República de Eslovenia, C-490/16, EU:C:2017:585 (aplicación del *Reglamento Dublín III* a un sirio que entra por Croacia y pide asilo en Eslovenia).
10. TJUE (Gran Sala), sentencia de 26 de julio de 2017, Khadija Jafari y Zainab Jafari, C-646/16, EU:C:2017:586 (afghanas que entran por Grecia, cruzan irregularmente la frontera en Croacia y solicitan asilo en Austria).
11. TJUE (Gran Sala), sentencia de 26 de julio de 2017, Tsegezab Mengesteab / Bundesrepublik Deutschland, C-670/16, EU:C:2017:587 (eritreo que solicita el asilo en Alemania pero había entrado previamente por Italia).
12. TJUE, sentencia de 26 de julio de 2017, Mossa Ouhrami, C-225/16, EU:C:2017:590 (la prohibición de entrada de un extranjero debe calcularse a partir de la fecha en la que el interesado abandonó efectivamente el territorio de los Estados miembros).
13. TJUE (Gran Sala), dictamen de 26 de julio de 2017, avis 1/15, EU:C:2017:592 (el proyecto de Acuerdo entre la Unión Europea y Canadá en cuanto a la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros en el transporte aéreo no cumple la Carta de los derechos fundamentales).
14. TJUE (Gran Sala), sentencia de 6 de septiembre de 2017, República Eslovaca y Hungría / Consejo C-643/15 y C-647/15, EU:C:2017:631 (impugnación de la Decisión de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia).
15. TJUE, sentencia de 7 de septiembre de 2017, Birgit Bossen y otros / Brussels Airlines SA, C-559/16, EU:C:2017:644 (cálculo de la distancia de los vuelos para determinar la compensación por cancelación o retraso).

16. TJUE, sentencia de 20 de septiembre de 2017, Elecdey Carcelén y otros, C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16, EU:C:2017:705 (canon eólico manchego y Directivas sobre energía renovable e impuestos especiales).
17. TJUE, sentencia de 27 de septiembre de 2017, Peter Puškár, C-73/16, EU:C:2017:725 (recurso efectivo en materia de protección de datos personales).
18. TJUE, sentencia de 18 de octubre de 2017, Maria-Eleni Kalliri, C-409/16, EU:C:2017:767 (estatura física mínima para acceso a la policía de mujeres y hombres).
19. TJUE, sentencia de 19 de octubre de 2017, Europamur Alimentación SA / Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, C-295/16, EU:C:2017:782 (prohibición de las ventas con pérdida entre mayoristas).
20. TJUE, sentencia de 19 de octubre de 2017, Elda Otero Ramos / Servicio Galego de Saúde e Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-531/15, EU:C:2017:789 (igualdad de la trabajadora en período de lactancia).
21. TJUE, sentencia de 9 de noviembre de 2017, María Begoña Espadas Recio / Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), C-98/15, EU:C:2017:833 (discriminación indirecta de las trabajadoras a tiempo parcial de tipo vertical).
22. TJUE, sentencia de 23 de noviembre de 2017, Salvador Benjumea Bravo de Laguna / Esteban Torras Ferrazzuolo, C-381/16, EU:C:2017:889 (acciones reivindicatorias en materia de marca europea).
23. TJUE, sentencia de 23 de noviembre de 2017, Gasorba SL y otros / Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA, C-547/16, EU:C:2017:891 (intervención complementaria de la Comisión y de los jueces nacionales en la aplicación del Derecho de la competencia).
24. TJUE, sentencia de 29 de noviembre de 2017, Conley King, C-214/16, EU:C:2017:914 (derecho a las vacaciones cuando deben ser disfrutadas antes de saber si son debidas).
25. TJUE (Gran Sala), sentencia de 5 de diciembre de 2017, M.A.S. y M.B., C-42/17, EU:C:2017:936 (principio de legalidad de los delitos y penas, prescripción y protección de intereses financieros de la Unión en materia de IVA).
26. TJUE, sentencia de 7 de diciembre de 2017, Banco Santander / Cristobalina Sánchez López, C-598/15, EU:C:2017:945 (Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas y procedimiento de reconocimiento de derechos reales por adquisición de una vivienda).

27. TJUE, sentencia de 7 de diciembre de 2017, Wilber López Pastuzano / Delegación del Gobierno en Navarra, C-636/16, EU:C:2017:949 (expulsión de colombiano con residencia de larga duración).
28. TJUE, sentencia de 14 de diciembre de 2017, Miravittles Ciurana y otros, C-243/16, EU:C:2017:969 (responsabilidad del administrador de una sociedad mercantil por deudas salariales ante la jurisdicción social).
29. TJUE (Gran Sala), sentencia de 20 de diciembre de 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15, EU:C:2017:981 (Uber, la Directiva de servicios y la Directiva sobre comercio electrónico).
30. TJUE (Gran Sala), sentencia de 20 de diciembre de 2017, España / Consejo, C-521/15, EU:C:2017:982 (multa por la manipulación de las estadísticas del déficit en la Comunidad Valenciana).
31. TJUE, sentencia de 20 de diciembre de 2017, Schweppes SA / Red Paralela SL y Red Paralela BCN SL, C 291/16, EU:C:2017:990 (agotamiento del derecho de marcas e importaciones paralelas).
32. TJUE, sentencia de 20 de diciembre de 2017, José Luís Núñez Torreiro / AIG Europe y UNESPA, C 334/16, EU:C:2017:1007 (seguro del automóvil aplicable a la circulación por un campo de maniobras militares).
33. TJUE, sentencia de 20 de diciembre de 2017, Margarita Vega González / Principado de Asturias, C-158/16, EU:C:2017:1014 (Directiva 1999/70 y servicios especiales de funcionaria interina).

Sobre el autor

David Ordóñez Solís es magistrado de lo contencioso-administrativo, doctor en Derecho, licenciado especial en Derecho europeo por la Universidad de Bruselas y miembro del Team Europe de la Comisión y de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial de España. Ha sido profesor universitario de Derecho europeo y desarrolla una importante actividad docente de postgrado habiendo pronunciado conferencias y dirigido numerosos cursos especializados en Europa —Alemania, Francia, Bélgica, Portugal, Bulgaria y Serbia— y América —Argentina, República Dominicana, Bolivia, El Salvador, Paraguay, Perú y Uruguay—, así como en África, Argelia. Sus líneas de investigación son el Derecho europeo y la dimensión político-constitucional de los jueces. Del Derecho europeo destaca su interés por el régimen de contratación pública, el control financiero y la lucha contra el fraude y la corrupción así como la recepción del Derecho europeo en el Derecho español. Sobre la función de

los jueces en una sociedad democrática ha investigado la dimensión política y ética del ejercicio del poder judicial. Precisamente y en estos ámbitos ha sido galardonado con varios premios de ensayo y de investigación en temas sindicales (Fundación Asturias), de control financiero de fondos europeos (IGAE), de mercado interior europeo (Consejo General del Poder Judicial), de ética judicial (Comisión Iberoamericana de Ética Judicial), sobre protección de datos personales (Agencia Española de Protección de Datos), sobre los whistleblowers (Facultad de Derecho Uned), refugiados (Movimiento Europeo Vasco) y en relación con la justicia sostenible en un mundo en cambio (Unesco y Red Iberoamericana de Ética Judicial).

About the author

David Ordóñez Solís is serving as a judge (administrative affairs), holds a doctorate in Law, is specialized in European Law by the University of Brussels and is a member of the Commission's Team Europe and of the Network of Experts in EU Law of the Consejo General del Poder Judicial de España. He has been a university lecturer in European law and has developed a relevant postgraduate teaching activity. He has lectured and directed numerous specialized courses in Europe —Germany, France, Belgium, Portugal, Bulgaria and Serbia— and America —Argentina, Dominican Republic, Bolivia, El Salvador, Paraguay, Peru and Uruguay— and Africa, Algeria. His main research interest focuses on European law and the political-constitutional dimension of judges. Regarding European law he researches the system of public procurement, financial control and the fight against fraud and corruption as well as the transposition of European law in Spanish law. On the role of judges in a democratic society his research has centered in the political and ethical dimension of the exercise of judicial power. David has been awarded several essay and research prizes in EU matters (Fundación Asturias), financial control of European funds (IGAE), European internal market (Consejo General del Poder Judicial), judicial ethics (Comisión Iberoamericana de Ética Judicial), on the protection of personal data (Agencia Española de Protección de Datos), on refugees (Movimiento Europeo Vasco), on whistleblowers (Spanish Open University) and sustainable justice (Unesco).

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 inmediatamente después de su publicación. Los trabajos podrán leerse, 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 upon its publication. The content can be read, downloaded, copied, 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.