

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-57-2017pp249-282>

Sumario: I. Introducción.—II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del Derecho de la Unión Europea 1. La competencia de la Unión Europea para firmar acuerdos internacionales y el acuerdo entre la UE y Turquía que no queda sometido a ningún control 2. Las reglas para impugnar la legalidad de actos de la Unión 3. La construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia 4. Los principios de la contratación pública 5. El derecho sancionador en materia fiscal: *non bis in idem* y cooperación administrativa 6. La libertad religiosa en el ámbito laboral: foros interno y externo; discriminaciones indirecta y directa 7. Los derechos de los pasajeros de transportes aéreos.—III. Segunda parte. La jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el Derecho interno 1. Los secretarios judiciales no están facultados para plantear cuestiones prejudiciales: *sentencia Margarit Panicello* 2. La renuncia a los intereses de demora y costes de cobro es conforme con la Directiva sobre lucha contra la morosidad: *sentencia IOS Finance* 3. La discriminación entre profesores universitarios interinos y de carrera está proscribida: *auto Rodrigo Sanz* 4. La interpretación de la Directiva sobre cláusulas abusivas y la ejecución hipotecaria: *sentencia Banco Primus* 5. La Directiva sobre procedimientos de recurso en materia de contratación pública y su efecto directo en España: *sentencia Marina del Mediterráneo* 6. La protección social de los trabajadores móviles no afecta a su eventual despido: *sentencia Pérez Retamero* 7. La divergencia entre versiones lingüísticas de las Directivas debe resolverse conforme a la interpretación uniforme: *sentencia Sharda Europe* 8. Las ayudas de Estado en favor de las acciones sociales y educativas de la Iglesia Católica: *sentencia Congregación de Escuelas Pías Provincia de Betania*.—IV. Relación de las sentencias del Tribunal de Justicia comentadas.

I. Introducción

La primera *Crónica* relativa a 2017 me permite apuntar algunos aspectos que parecen externos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pero que tienen gran influencia en su desarrollo: el *Brexit*, la selección de los jueces europeos y sus códigos de conducta y, en fin, las estadísticas judiciales correspondientes a 2016.

La amargura del *Brexit* no deja de producir enseñanzas o, más, bien de confirmarnos opiniones más o menos generalizadas. Permítanme subrayar, desde la perspectiva judicial europea, tres.

En primer lugar, el Reino Unido ha sido siempre un socio quisquilloso pero fiel y estricto cumplidor de las obligaciones impuestas por la Unión Europea; las Estadísticas judiciales muestran que de 1973 hasta 2016 el Tribunal de Justicia solo conoció de 140 recursos por incumplimiento contra el Reino Unido; en cambio, respecto de un país más pequeño y con menos antigüedad, como España, los recursos contabilizados de 1986 a 2016 fueron 245.

En segundo lugar, el Gobierno británico ha sentido o ha presentado como un alivio saber que con la entrada en vigor del Tratado de abandono de la Unión Europea se desembarazan del yugo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Es muy significativo que, de los doce puntos en que se resume el documento oficial sobre la estrategia que se va a seguir en el *Brexit*, el segundo ya diga literalmente que asumirán su propia agenda legislativa y pondrán fin a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Reino Unido¹.

En tercer lugar, se puede deducir del *Brexit* que el Reino Unido es escrupuloso con el respeto al Estado de Derecho, *rule of law*, como lo confirma el Tribunal Supremo británico en su *sentencia Miller*, de 24 de enero de 2017, UKSC 2016/0196. En su decisión la mayoría de los jueces señalan la singularidad y el extraordinario alcance de la integración europea: «The EU Treaties as implemented pursuant to the 1972 Act were and are unique in their legislative and constitutional implications» (apartado 90 de la *sentencia Miller*).

Por otra parte, los tribunales europeos son lo que son gracias a la individualidad de sus jueces. Por eso en la Unión Europea se insiste en mejorar el código de conducta de los jueces del Tribunal de Justicia y también es preciso destacar que en Estrasburgo se establecen mecanismos para mejorar la

¹ GOBIERNO BRITÁNICO (2017), *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, Cm 9417, Londres; la cita literal es: «We will take control of our own statute book and bring an end to the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union in the UK».

selección de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se pretenden aplicar, a pesar de la polémica, en España.

Por una parte, el 1 de enero de 2017 entró en vigor el Código de conducta de los miembros y antiguos miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*DOUE* núm. C 483, de 23.12.2016, p. 1). En el preámbulo del Código se determina claramente cuál es su finalidad: «precisar las obligaciones que las disposiciones estatutarias y reglamentarias aplicables imponen».

Los principios éticos que informan el Código son la independencia, la integridad, la dignidad e imparcialidad, la lealtad y la discreción. De los tres primeros principios se deriva una regla de gran interés y gran trascendencia en el mundo judicial en relación con la libertad de expresión de los jueces que enuncia el art. 3.4 «Los miembros prestarán especial atención a no comportarse ni expresarse, sea cual sea el medio utilizado, de un modo que menoscabe la percepción de su independencia, de su integridad y de la dignidad de sus funciones por parte del público». Asimismo, se establece un registro de intereses y la obligación de declararlos por parte de los jueces.

Es muy llamativa la previsión del art. 5.3 del Código de conducta conforme al cual: «La declaración recogerá la identificación de cada entidad en la que el miembro tenga intereses económicos directos de los que quepa razonablemente pensar que, por su magnitud, podrían suscitar un conflicto de intereses si al miembro le correspondiera conocer de un asunto que afecte a esa entidad».

Por lo que se refiere a la selección de los jueces europeos, hay que tener en cuenta que hasta ahora la designación de los jueces españoles para los tribunales europeos ha sido un acierto. Sin embargo, el procedimiento seguido por el Gobierno español no ha sido transparente al nombrar los jueces y abogados generales que trabajan en Luxemburgo ni los jueces en Estrasburgo.

Por eso debe darse la bienvenida a un procedimiento para la designación de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido en España y que viene impuesto por el Consejo de Europa².

En efecto, constituye un hito en la mejora de la transparencia en la vida pública española que a principios de 2017 el Consejo de Ministros estable-

² Comité de Ministros del Consejo de Europa, *Guidelines of the Committee of Ministers on the selection of candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights – Lignes directrices du Comité des Ministres concernant la sélection des candidats au poste de juge à la Cour européenne des droits de l'homme*, CM(2012)40-add, 29 de marzo de 2012.

ciese las pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³.

Los dos requisitos básicos expresados claramente en la Resolución son acreditar un amplio conocimiento en la práctica de los sistemas jurídicos internos y del Derecho Internacional Público y tener un elevado conocimiento de uno de los dos idiomas oficiales, el inglés y el francés, del Tribunal de Estrasburgo y, al menos, suficiente conocimiento pasivo del otro. No obstante, el Acuerdo fue impugnado por una asociación judicial (*Jueces para la Democracia*), en lo que se refiere únicamente a la edad máxima de los candidatos, que la regulación española estableció en 61 años. El Tribunal Supremo suspendió cautelarmente su aplicación⁴ y, finalmente, anuló tal previsión⁵.

En el caso de la selección de los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el denominado «Comité del artículo 255 TFUE» ha actuado como filtro de particular importancia: de los 64 dictámenes emitidos en 2014, 2015 y 2016 solo 6 fueron desfavorables. Los criterios de evaluación han sido los conocimientos jurídicos del candidato, su experiencia profesional, su habilidad para desempeñar las funciones de juez; el dominio del francés y del inglés; la aptitud para trabajar en equipo y en un entorno internacional donde están representados numerosos sistemas jurídicos; y, siempre, que sea indudable su independencia, imparcialidad, probidad e integridad⁶.

Las estadísticas que ha publicado el Tribunal de Justicia sobre 2016 permiten observar una clara continuidad en el funcionamiento de la justicia europea.

Por una parte, la duración media de las cuestiones prejudiciales se mantiene en los 15 meses. Es preciso subrayar el éxito que está teniendo la respuesta de cuestiones prejudiciales mediante auto. Son decisiones muy elaboradas y muy coherentes que, además, se resuelven en alrededor de un año. Por ejemplo, en el *asunto Rodrigo Sanz*, el auto del Juzgado de lo Con-

³ Resolución de 25 de enero de 2017, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017, por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*BOE* núm. 26, de 31 de enero de 2017).

⁴ TS (Sala 3.ª, Sección 4.ª), auto de 8 de marzo de 2017, recurso n.º 88/2017-0021, ES:TS:2017:2042A, ponente: Pico Lorenzo.

⁵ TS (Sala 3.ª, Sección 4.ª), sentencia de 31 de mayo de 2017, recurso n.º 88/2017, ES:TS:2017:2139, ponente: Pico Lorenzo.

⁶ El cuarto y último informe del Comité del artículo 255 TFUE fue publicado en febrero de 2017, disponible en https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-03/rapport_activite_c255_-_en.pdf (último acceso: 27/05/2017).

tencioso-administrativo n.º 8 de Madrid se firmó el 21 de julio de 2016 y el auto de respuesta de Luxemburgo se hizo público el 9 de febrero de 2017; por tanto, en menos de siete meses el Juzgado madrileño pudo resolver una cuestión espínosa y de gran alcance que venía regulada en la Ley madrileña de presupuestos y que comento en esta *Crónica*.

En 2016 llegaron 469 reenvíos prejudiciales al Tribunal de Justicia, casi un 68% de todos los asuntos registrados (692); la materia más afectada por estas cuestiones prejudiciales ha sido el espacio de libertad, seguridad y justicia (76 reenvíos), seguida de la fiscalidad (68) y la política social (33).

Como viene siendo habitual la *Crónica* se articula en torno a una parte general, con los desarrollos jurisprudenciales más sobresalientes en toda la Unión Europea, y una parte especial, dedicada a la jurisprudencia europea generada desde España, por lo general a instancia de sus jueces.

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

La selección de algunas sentencias del Tribunal de Justicia permite exponer algunas cuestiones de gran alcance: por una parte, en lo que se refiere a las competencias de la Unión y al control de la legalidad de la legislación europea; y, por otra parte, en ámbitos que tanto se han desarrollado en los últimos años como el espacio de libertad, seguridad y justicia, los principios europeos de la contratación pública, el derecho sancionador y el alcance de la libertad religiosa en la vida laboral.

1. *La competencia de la Unión Europea para firmar acuerdos internacionales y el acuerdo entre la UE y Turquía que no queda sometido a ningún control*

En materia de celebración de tratados internacionales resulta esencial determinar la competencia de la Unión y de sus Estados miembros. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado mediante dos dictámenes sobre tales cuestiones: en un caso consideró que se trataba de una competencia exclusiva de la Unión y en el otro que la competencia era compartida con los Estados miembros. Asimismo, el Tribunal General se ha inhibido en el control de la legalidad del Acuerdo de 18 de marzo de 2016 entre la Unión Europea y Turquía relativo al flujo extraordinario de refugiados.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia adoptó el dictamen de 14 de febrero de 2017 (*avis 3/15*) conforme al cual la Unión Europea tenía compe-

tencia exclusiva para celebrar el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

La primera cuestión que se plantea el Tribunal de Justicia es si el Tratado de Marrakech está comprendido, total o parcialmente, en el ámbito de la política comercial común para llegar a la conclusión de que su celebración no forma parte de la política comercial común.

Sin embargo, la segunda cuestión que se formula el Tribunal de Justicia es si el Tratado de Marrakech puede fundarse en el artículo 3.2 TFUE que atribuye competencia exclusiva a la Unión para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar su alcance.

En su análisis el Tribunal de Justicia comprueba que el conjunto de obligaciones previstas por el Tratado de Marrakech está comprendido en un ámbito ya regulado en gran parte por normas comunes de la Unión y que la celebración de este Tratado puede afectar a estas normas o alterar su alcance.

En efecto, tal ámbito es el regulado por la Directiva 2001/29/CE sobre los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información y, a juicio del Tribunal de Justicia, aunque la armonización solo es parcial, la facultad de los Estados de aplicar una excepción o limitación a la Directiva 2001/29 en beneficio de personas con minusvalías está delimitada de forma estricta por las exigencias del Derecho de la Unión. Por tanto y, en este supuesto, a pesar de tratarse de un ámbito que está fuera de la política comercial común, el conjunto de obligaciones previstas por el Tratado de Marrakech está comprendido en un ámbito ya regulado en gran parte por normas comunes de la Unión por lo que la celebración de este Tratado puede afectar a estas normas o alterar su alcance. En consecuencia, la competencia para celebrar este acuerdo internacional corresponde en exclusiva a la Unión Europea.

En cambio, el Pleno del Tribunal de Justicia pronunció el dictamen de 16 de mayo de 2017 (*avis 2/15*) relativo a las competencias exclusivas y compartidas para firmar el Acuerdo de Libre Comercio de la Unión con Singapur.

Tanto la Abogada General, Eleanor Sharpston, como el Tribunal de Justicia consideran que el tratado internacional que se pretende celebrar no se refiere únicamente a la política comercial sino que también afecta a otros ámbitos y que, en consecuencia, requiere una cooperación plena en la negociación, la celebración y la aplicación entre la Unión Europea y sus Estados Miembros.

La AG Sharpston hace un análisis minucioso y llega a la conclusión de que la Unión Europea y sus Estados miembros comparten competencias en materia de servicios de transporte, inversiones extranjeras que no sean directas, contratación pública en materia de transportes; aspectos no comerciales de los derechos de la propiedad intelectual e industrial y normas laborales y medioambientales fundamentales.

Como subraya la AG Sharpston, gran parte del ejercicio de la competencia de la Unión sigue guardando relación con lo que ocurre «internamente», es decir, dentro del territorio de la Unión; pero determinadas competencias, tanto exclusivas como compartidas, siguen teniendo necesariamente implicaciones en la acción exterior (punto 62).

El Tribunal de Justicia hace una interpretación amplia de las competencias externas de la Unión y considera que solo corresponden a la competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros aquellas materias de inversiones distintas de las directas, la solución de diferencias y disposiciones institucionales referidas a las anteriores.

El punto de partida del Tribunal de Justicia es la delimitación jurisprudencia de la política comercial común, es decir, «es jurisprudencia reiterada que el mero hecho de que un acto de la Unión, como un acuerdo celebrado por ésta, pueda tener ciertas repercusiones sobre el comercio con uno o varios Estados terceros no basta para concluir que dicho acto deba incluirse en la categoría de los acuerdos comprendidos en la política comercial común. En cambio, un acto de la Unión forma parte de esta política cuando tenga como objeto específico ese comercio, en la medida en que esté dirigido, en lo esencial, a promoverlo, facilitararlo o regularlo y produzca efectos directos e inmediatos en él» (apartado 36).

El Tribunal de Justicia hace un esfuerzo de simplificación. Ahora bien, el dictamen es suficientemente minucioso y complejo como para tener que remitirse a él. En todo caso, lo cierto es que establece un nuevo criterio interpretativo en materia de relaciones exteriores y de política comercial de la Unión Europea.

Por último, es preciso recordar el *auto NM / Consejo Europeo*, T-257/16, en virtud del cual el Tribunal General no entra a conocer de la legalidad de la adopción de la Declaración UE-Turquía con motivo de la reunión del Consejo Europeo del 16 de marzo de 2016 en virtud del cual se comprometieron a solucionar, mediante actuaciones bien concretas, la crisis de los refugiados.

Este acuerdo tuvo consecuencias inmediatas y efectivas cortando el constante flujo de refugiados que atravesaban Turquía. Sin embargo, el Tribunal General se inhibe porque «no puede considerarse un acto adoptado por el Consejo Europeo —ni por ninguna otra institución, órgano u organismo de la Unión— ni un indicio de la existencia de un acto de tales características que se corresponda con el acto impugnado».

En descargo de conciencia, se encarga de subrayar el Tribunal General que el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no tiene por objeto modificar el sistema de control judicial establecido en los Tratados.

Ahora bien, si estas actuaciones, con especiales efectos jurídicos, no pueden ser enjuiciadas por los Tribunales de la Unión, tampoco parece que puedan ser controladas por los tribunales nacionales, de tal modo que, no sabemos quiénes sean los responsables, pero no hay duda de que los afectados por tales medidas se verán, irremediabilmente, indefensos, y se habrá vulnerado la tutela judicial, sea europea sea nacional, efectiva.

2. *Las reglas para impugnar la legalidad de actos de la Unión*

El Tribunal de Justicia en su formación de Gran Sala se ha pronunciado sobre la impugnación de actos de la Unión en dos supuestos muy significativos: en un primer caso en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y el otro caso en un ámbito de la Unión Europea sobre el que ya no se plantean dudas sobre la competencia del Tribunal de Justicia.

En la *sentencia Rosneft Oil Company*, C-72/15, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el alcance de su control en el ámbito de la PESC en un litigio de esta empresa rusa que había impugnado ante los tribunales británicos una serie de medidas restrictivas adoptadas por la Unión Europea en 2014 frente a acciones de Rusia que desestabilizaban la situación en Ucrania.

La londinense *High Court of Justice* preguntaba sobre la validez de las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales en aplicación de los actos de la Unión.

El punto de partida es el principio de la falta de competencia del Tribunal de Justicia en relación con las disposiciones referidas a la PESC o con los actos adoptados sobre la base de éstas que, no obstante, está sometido a dos excepciones: el Tribunal de Justicia es competente para controlar el respeto del artículo 40 TUE y tiene la competencia para controlar la legalidad de determinadas decisiones contempladas en el artículo 275.2 TFUE, en particular, en lo que se refiere al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo, sobre la base de las disposiciones relativas a la PESC, por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas (apartado 60).

De modo que el Tribunal de Justicia le responde a la *High Court* que es «competente para pronunciarse con carácter prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE sobre la validez de actos que, como la Decisión 2014/512, hayan sido adoptados sobre la base de las disposiciones relativas a la PESC,

siempre que las peticiones de decisión prejudicial correspondientes versen bien sobre el control de si dichas decisiones respetan el artículo 40 TUE bien sobre el control de legalidad de medidas restrictivas adoptadas frente a personas físicas o jurídicas» (apartado 81).

En la *sentencia A y otros*, C-158/14, la Gran Sala hace varias precisiones sobre la conocida *jurisprudencia Deggendorf* relativa a los límites de la impugnación indirecta de la legalidad de un acto de la Unión.

La cuestión prejudicial procedía del Consejo de Estado neerlandés y se refería a la vinculación de varios ciudadanos con la organización Tigres de Liberación de Eelam Tamil a quien en 2006 la Unión Europea la había reputado una organización terrorista. Sin embargo, se alegaba que tal organización no podía considerarse como terrorista en la medida en que mantenía, en realidad, un conflicto armado en Sri Lanka.

La primera cuestión que plantea el Tribunal Supremo administrativo holandés es si cabe ahora impugnar indirectamente la legalidad de la inclusión en 2006 de la organización como organización terrorista.

El Tribunal de Justicia recuerda su *jurisprudencia Deggendorf*: las exigencias de seguridad jurídica excluyen la posibilidad de que el beneficiario de una ayuda —que podría haber impugnado la decisión de la Comisión relativa a esa ayuda y que dejó transcurrir el plazo imperativo establecido al respecto por las disposiciones del Tratado— cuestione la legalidad de ésta ante los órganos jurisdiccionales nacionales en el marco de un recurso interpuesto contra las medidas de ejecución de la decisión, adoptadas por las autoridades nacionales (sentencia de 9 de marzo de 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, EU:C:1994:90, apartados 12 y 17).

Ahora el Tribunal de Justicia matiza su jurisprudencia en el sentido de que «una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la validez de un acto de la Unión sólo puede declararse inadmisibles en caso de que, aun cuando el recurso de anulación contra un acto de la Unión hubiera sido manifiestamente admisible, la persona física o jurídica que hubiera podido interponer tal recurso se abstuvo de hacerlo en el plazo fijado e invoca la ilegalidad de dicho acto en el marco de un procedimiento nacional a fin de incitar al tribunal nacional a plantear al Tribunal de Justicia la petición de decisión prejudicial en cuestión, relativa a la validez del citado acto, obviando así el carácter definitivo que frente a él tiene el referido acto una vez expirados los plazos para recurrir» (apartado 70).

La segunda cuestión es si una organización como la del litigio puede cometer actos terroristas. A tal efecto, el Tribunal de Justicia deja claro que «las actividades de una fuerza armada en período de conflicto armado, en el sentido del Derecho internacional humanitario, pueden constituir «actos terroristas», conforme a dichos actos de la Unión».

Por tanto, el Tribunal de Justicia, a pesar de examinar la impugnación indirecta, comprueba que la decisión de incluir a la organización tamil como organización terrorista en la Unión Europea es conforme a Derecho.

3. *La construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*

El espacio de libertad, seguridad y justicia se explica por la regulación y por los desarrollos jurisprudenciales referidos a los ciudadanos de la Unión, a los nacionales de países terceros y a los solicitantes de asilo. Merece la pena examinar algunas sentencias significativas.

Así, por ejemplo, los efectos de la ciudadanía de la Unión se aprecian en la *sentencia Chávez-Vílchez y otros*, C-133/15, referida a ocho solicitudes de asistencia social por parte de nacionales de terceros países (Venezuela, Nicaragua, Surinam, Camerún, Ruanda o sin nacionalidad) sin permiso de residencia en los Países Bajos y madres de niños de nacionalidad holandesa, reconocidos por sus padres neerlandeses pero que viven con sus madres.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia sobre los efectos de la ciudadanía de la Unión en determinados nacionales de países terceros: «la relación de dependencia entre el ciudadano de la Unión de corta edad y el nacional de un tercer país al que se deniega el derecho de residencia [puede] desvirtuar el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, dado que esta dependencia la que llevaría a que el ciudadano de la Unión se viese obligado, de hecho, a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la Unión en su conjunto, como consecuencia de tal decisión denegatoria».

En estos supuestos, lo relevante para el Tribunal de Justicia es el interés superior del niño por lo que exige que se tengan en cuenta todas las circunstancias del caso concreto: su edad, su desarrollo físico y emocional, la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor nacional de un país tercero y el riesgo que separarlo de éste último entrañaría para el equilibrio del niño.

Aunque la carga de la prueba corresponde al nacional de un tercer país que solicita la residencia, derecho derivado de la ciudadanía de la Unión del niño, el Tribunal de Justicia modula esta carga en el sentido de que las autoridades nacionales deben realizar las investigaciones necesarias para determinar dónde reside el progenitor nacional y para examinar, por una parte, si éste es o no realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y está dispuesto a ello, y, por otra parte, si existe o no, una relación de dependencia tal entre el menor y el progenitor nacional de un país tercero que una decisión que deniegue el derecho de residencia a éste

privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados a su estatuto de ciudadano de la Unión obligándole a abandonar la Unión.

En la *sentencia El Dakkak*, C-17/16, el Tribunal de Justicia responde una cuestión prejudicial del Tribunal de Casación francés sobre el alcance de la obligación de declarar la posesión de más de 10.000 euros a quienes están de paso en una zona internacional de tránsito dentro de la Unión Europea. En este caso se trataba de un pasajero que procedía de Benín con destino al Líbano y estaba en tránsito en uno de los aeropuertos de París con más de un millón y medio de dólares en efectivo.

El Tribunal de Justicia consideró que se aplicaba el Reglamento (CE) n.º 1889/2005 relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo y que establece que toda persona física que entre en la Unión o salga de ella transportando una suma de dinero efectivo igual o superior a 10.000 euros tendrá la obligación de declarar esa cantidad.

En la *sentencia Fahimian*, C-544/15, la Gran Sala se pronunció sobre la denegación por las autoridades alemanas de la entrada de una estudiante iraní por razones de seguridad nacional. A tal efecto, la Directiva 2004/114 relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado reconoce a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación para determinar si se cumplen los requisitos generales y específicos establecidos en esta Directiva y, en particular, si concurren motivos relativos a la existencia de una amenaza para la seguridad pública que se opongan a la admisión del nacional del tercer país de que se trate.

Por tanto, a juicio del Tribunal de Justicia «para determinar si el solicitante de visado representa una amenaza, siquiera potencial, para la seguridad pública, corresponde a esas autoridades nacionales efectuar una apreciación global del conjunto de elementos que caracterizan la situación de esa persona».

Y por lo que se refiere al control judicial, el Tribunal de Justicia añade que el juez nacional, teniendo en cuenta la distribución de la carga de la prueba, debe comprobar en concreto si la resolución impugnada tiene una base fáctica suficientemente sólida y si la investigación que esta persona pretende llevar a cabo en Alemania durante su doctorado tiene por objeto un ámbito sensible de la seguridad de la tecnología de la información.

En materia de asilo, el Tribunal de Justicia ha pronunciado varias decisiones de las que desearía comentar cuatro: la *sentencia Lounani*, C-573/14, sobre el asilo de terroristas, y la *sentencia X y X*, C-638/16 PPU, sobre visados humanitarios, ambas de la Gran Sala; la *sentencia C.K.*, C-578/16 PPU, y la *sentencia M*, C-560/14, sobre el procedimiento de la solicitud de asilo.

En la *sentencia Lounani* la Gran Sala aborda el problema del terrorismo aplicado a los solicitantes de asilo. La sentencia se dicta a raíz de una cuestión prejudicial remitida por el Consejo de Estado belga. En este caso un marroquí había solicitado el asilo en Bélgica pero había sido excluido del estatuto de refugiado por haber pertenecido a una célula terrorista aun cuando no había cometido ningún acto terrorista.

El Tribunal de Justicia considera que procede la exclusión del estatuto de refugiado no solo cuando el solicitante de protección internacional haya sido condenado por uno de los delitos de terrorismo. A tal efecto, recuerda la Convención de Ginebra sobre refugiados y también las Resoluciones de las Naciones Unidas relativas a las medidas adoptadas para combatir el terrorismo, en las que se declara que «los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas» y que «financiar intencionalmente actos de terrorismo, planificarlos e incitar a su comisión también es contrario a los propósitos y principios de las Naciones Unidas».

A juicio del Tribunal de Justicia, siguiendo los razonamientos de la AG Sharpston, la aplicación de la exclusión del estatuto de refugiado prevista en la Directiva 2004/83 no puede limitarse a quienes hayan cometido efectivamente actos de terrorismo, sino que puede extenderse también a quienes realicen actividades de reclutamiento, organización, transporte o equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad para cometer, planificar o preparar actos terroristas.

En definitiva, la circunstancia de que Mostafa Lounani hubiese sido condenado por los tribunales belgas por su participación en las actividades de un grupo terrorista y de que esa condena fuese firme tiene especial relevancia, en el marco de la evaluación individual que debe efectuar la autoridad competente para conceder o denegar el estatuto de refugiado.

El segundo ejemplo, la *sentencia C.K.* resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Eslovenia y que el Tribunal de Luxemburgo zanjó en menos de tres meses. Se refería a una pareja de una siria y un egipcio que, después de entrar con visado en Croacia, acceden ilegalmente a Eslovenia con documentos falsos griegos, tienen un hijo y solicitan asilo. Las autoridades eslovenas pretendían su traslado a Croacia.

El Tribunal de Justicia puntualiza que la Carta de los Derechos Fundamentales establece límites al sistema de Dublín no solo para los casos de que existan deficiencias sistemáticas en el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo sino también cuando el traslado suponga un peligro real y cierto de que el interesado sufra tratos inhumanos o degradantes.

En cambio, en la *sentencia X y X* el Tribunal de Justicia se desentiende de la aplicación del Derecho de la Unión al supuesto de una pareja casada,

así como sus tres hijos menores de corta edad, de nacionalidad siria y residentes en Alepo, que presentan sendas solicitudes de visado de validez territorial limitada en la embajada de Bélgica en Beirut (Líbano) antes de regresar, al día siguiente, a Siria.

Es el Consejo belga del contencioso de extranjería el que remite la cuestión prejudicial con el fin de saber si el Código de visados (Reglamento (CE) n.º 810/2009) se aplica en este caso.

El AG Mengozzi elevó la voz para mostrar su preocupación por los valores europeos y la necesidad de tener en cuenta la protección de los derechos fundamentales de la Unión: «es crucial que, en un momento en que las fronteras se cierran y se erigen muros, los Estados miembros no rehúyan sus responsabilidades, derivadas del Derecho de la Unión o, si se me permite la expresión, del Derecho de su Unión y de nuestra Unión» (Conclusiones, de 7 de febrero de 2017, apartado 4). Sin embargo, el Tribunal de Justicia no pareció muy conmovido y consideró que el Código de visados era aplicable únicamente a las estancias cuya duración no superase los tres meses por un período máximo de 180 días; aunque la intención de la familia siria era obtener un permiso de residencia en Bélgica cuya validez no estuviera limitada a 90 días. Por tanto, la solicitud no estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicho Código, sino que, en el estado actual del Derecho de la Unión, sólo estaba sujeta al Derecho belga.

El Tribunal de Justicia tuvo que aclarar el alcance del derecho a ser oído en un procedimiento de protección subsidiaria en materia de asilo.

La *sentencia M* responde un reenvío prejudicial del Tribunal Supremo irlandés en relación con un procedimiento de protección subsidiaria que se había iniciado por un ruandés después de que las autoridades irlandesas le hubiesen denegado el derecho de asilo.

El Tribunal de Justicia puntualiza que «el derecho a ser oído antes de que se adopte una decisión relativa a una solicitud de protección subsidiaria ha de permitir al solicitante exponer su punto de vista sobre el conjunto de esos elementos a fin de fundamentar su solicitud y de permitir a la administración proceder con pleno conocimiento de causa a la evaluación individual de los hechos y de las circunstancias, prevista en el artículo 4 de la Directiva 2004/83, al objeto de determinar si existe un riesgo real de que el solicitante sufra daños graves, en el sentido de dicha Directiva, si es devuelto a su país de origen».

No obstante, también precisa el Tribunal de Justicia: «deberá celebrarse una audiencia oral cuando concurren circunstancias concretas, relativas a los elementos de que dispone la autoridad competente o a la situación personal o general en la que se inscribe la solicitud de protección subsidiaria, que la hagan necesaria para examinar dicha solicitud con pleno conocimiento de causa, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente».

En suma, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de asilo no ha sido linealmente progresiva sino que unas veces avanza, otras se estanca.

4. *Los principios de la contratación pública*

La contratación pública sigue siendo fuente inagotable de la jurisprudencia europea en la medida en que se trata de un ámbito en que confluye el mercado único con la armonización de las legislaciones y afecta a un aspecto particularmente importante del ejercicio del poder.

En la *sentencia Esaprojekt*, C-387/14, a requerimiento de un tribunal polaco, el Tribunal de Justicia lleva a cabo una aplicación del principio de igualdad de los licitadores en la adjudicación de un contrato de modernización de los sistemas informáticos sanitarios y de acuerdo con la Directiva 2004/18/CE sobre contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

La primera interpretación es que la Directiva no permite que, una vez expirado el plazo concedido para la presentación de candidaturas para un contrato público, un operador económico transmita al poder adjudicador, para probar que cumple los requisitos para participar en un procedimiento de contratación pública, documentos que no figuraban en su oferta inicial, como un contrato ejecutado por otra entidad y el compromiso de esta última de poner a disposición de dicho operador las capacidades y recursos necesarios para la ejecución del contrato de que se trata.

Esta interpretación se basa en los principios de igualdad de trato y de no discriminación y en la obligación de transparencia que «se oponen, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, a cualquier negociación entre el poder adjudicador y un licitador, lo que implica que, en principio, una oferta no puede ser modificada después de su presentación, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato».

La segunda interpretación del Tribunal de Justicia se refiere a la aptitud de los licitadores. Por una parte, supone una matización al principio conforme al cual los operadores económicos tienen el derecho, para un contrato determinado, a basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren ante el poder adjudicador que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de esas entidades necesarios para ejecutar dicho contrato.

Ahora bien, no puede excluirse, como era el caso, que existan obras con particularidades que necesiten una determinada capacidad que no pueda obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios operadores. Por otra parte, el Tribunal de Justicia insiste en que «un operador económico

no puede invocar, como parte de la experiencia exigida por el poder adjudicador, las prestaciones efectuadas por otros miembros de una agrupación de empresas en cuya realización no participó de forma efectiva y concreta». También, a juicio del Tribunal de Justicia, los licitadores deben probar al poder adjudicador que disponen o dispondrán efectivamente de las capacidades necesarias para garantizar la correcta ejecución del contrato público para lo que pueden invocar simultáneamente dos o más contratos o una única licitación.

La tercera interpretación se refiere a las causas de exclusión de los licitadores y a si la actuación de la empresa tenía que ser dolosa. A tal efecto, el Tribunal de Justicia puntualiza que para sancionar a un operador económico que haya presentado declaraciones falsas mediante la exclusión de su participación en un contrato público, el poder adjudicador no está obligado a aportar pruebas de la existencia de intencionalidad en su comportamiento.

En la *sentencia Archus*, C-131/16, también se aborda la cuestión de la igualdad, a petición del mismo tribunal polaco, de los licitadores en el marco de la Directiva 2004/17/CE sobre contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

Se trataba de la adjudicación de un contrato de digitalización de documentos en cuya licitación habían participado solo dos empresas.

En este caso el Tribunal de Justicia precisa que la obligación de la entidad adjudicadora de respetar el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, implica, entre otras cosas, la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (apartado 25).

Esto significa que la Directiva no permite con carácter general que un licitador aporte los documentos y declaraciones cuya presentación exigía el pliego de condiciones y que no fueron remitidos en el plazo establecido para la presentación de ofertas ni tampoco que presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta.

Asimismo, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual los licitadores tienen un interés legítimo equivalente en que se excluya la oferta de los otros para obtener el contrato, con independencia del número de participantes en el procedimiento y del número de participantes que haya interpuesto recurso. En efecto, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento y también en caso de exclusión de todos los licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del

contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, así, obtener indirectamente el contrato. Por tanto y en el caso concreto de una licitación con dos competidores, el licitador excluido puede recurrir las dos decisiones simultáneas, una de rechazo de la oferta de uno de los licitadores y otra de adjudicación del contrato al otro competidor.

5. *El derecho sancionador en materia fiscal: non bis in idem y cooperación administrativa*

En la *sentencia Orsi y Baldetti*, C-217/15 y C-350/15, el Tribunal de Justicia le confirma al juez italiano que el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal en materia fiscal son compatibles con el artículo 50 de la Carta que consagra el principio *non bis in idem*.

En este caso la Administración tributaria había impuesto una sanción administrativa a una empresa y había iniciado un procedimiento penal contra sus representantes legales por no haber ingresado el importe del IVA por más de un millón de euros.

El juez italiano invoca la Carta de la Unión y el Convenio Europeo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ya deja claro desde el primer momento que lo relevante es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión porque, si bien los derechos fundamentales reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos forman parte del Derecho de la Unión como principios generales, el Convenio no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión.

No obstante y en aplicación del artículo 52.3 de la Carta, en la medida en que el artículo 50 de la Carta contempla un derecho correspondiente al establecido en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del Convenio, es preciso cerciorarse de que la interpretación del artículo 50 de la Carta respete el nivel de protección garantizado por el Convenio. Es entonces cuando el Tribunal de Justicia se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforme a la cual es jurídicamente posible infligir sanciones tanto tributarias como penales cuando las sanciones de que se trate conciernan a personas, físicas o jurídicas, que sean jurídicamente distintas.

El Tribunal de Justicia comprueba que en este caso parece que no concurre el requisito para que resulte aplicable el principio *non bis in idem*, conforme al cual la misma persona debe ser objeto de las sanciones y de las actuaciones penales de que se trate.

Por otra parte, en la *sentencia Berlioz Investment Fund*, C-682/15, la Gran Sala del Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 2011/16/UE sobre la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. El litigio tenía

su origen en la sanción de 250.000 euros impuesta por la Administración luxemburguesa a la empresa Berlioz por no facilitarle información tributaria que reclamaba la Administración francesa por vía de cooperación.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia consideró que este tipo de sanciones, aunque no se prevenían expresamente en la Directiva, pretendían su efectividad, por lo que se aplicaba la Carta de Derechos Fundamentales y en particular el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 47.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que un administrado, al que se ha impuesto una sanción pecuniaria por no atender una decisión administrativa mediante la que se le requiere que aporte información en el marco de un intercambio de información entre Administraciones tributarias nacionales en virtud de la Directiva 2011/16, puede impugnar la legalidad de esa decisión. Y esto, asimismo, supone que la «pertinencia previsible» de la información solicitada por un Estado miembro a otro Estado miembro constituye un requisito que debe cumplir la solicitud de información para que el Estado miembro requerido esté obligado a tramitarla y, en consecuencia, un requisito de legalidad de la decisión de requerimiento dirigida por este Estado miembro a un administrado y de la medida sancionadora impuesta a este último por no atender dicha decisión.

Lo anterior supone que el control que en este caso ejerce el juez luxemburgués al enjuiciar la sanción impuesta en Luxemburgo por no facilitar la información requerida desde Francia tiene el siguiente alcance: «el juez debe verificar únicamente que la decisión de requerimiento se basa en una solicitud suficientemente motivada de la autoridad requirente relativa a información que no parece, manifiestamente, carente de toda pertinencia previsible habida cuenta, por un lado, del contribuyente de que se trate y del tercero eventualmente informado y, por otro, del objetivo fiscal perseguido».

En fin, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el acceso a la documentación y las restricciones impuestas por el secreto. A tal efecto, el Tribunal indica, por una parte, que el juez debe tener acceso a la solicitud de información dirigida por el Estado miembro requirente al Estado miembro requerido; pero, por otra parte, el administrado concernido no dispone de un derecho de acceso a la totalidad de esta solicitud de información, que sigue siendo un documento secreto.

6. *La libertad religiosa en el ámbito laboral: foros interno y externo; discriminaciones indirecta y directa*

El Tribunal de Justicia en su formación de Gran Sala se ha pronunciado, a requerimiento de los Tribunales de Casación francés y belga, en

dos sentencias sobre la interpretación de la Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en el empleo y el uso de atuendos con connotaciones religiosas: la *sentencia Bougnaoui*, C-188/15, y la *sentencia G4S Secure Solutions NV*, C-157/15.

En el primer caso, Asma Bougnaoui fue contratada como ingeniera y su empresa le exigió que, al menos, para tratar con determinados clientes no utilizase el pañuelo islámico. Al no someterse a estas exigencias, la ingeniera fue despedida. En el segundo caso, Samira Achbita trabajaba desde 2003 para la empresa G4S Secure Solutions que se dedicaba a la recepción de clientes; en 2006 comunicó a la empresa que deseaba llevar un pañuelo islámico; sin embargo, la empresa aprobó un reglamento interno prohibiendo el uso de cualquier signo visible de convicciones religiosas. Al no ajustarse a estas exigencias, la empleada fue despedida.

Los razonamientos del Tribunal de Justicia en ambas sentencias, que tienen al mismo ponente, son parecidos pero las conclusiones son, según las circunstancias de cada caso, distintas.

En primer lugar, en ambas sentencias se hace referencia a la regulación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Esto significa a juicio del Tribunal de Justicia: «Dado que el CEDH y, posteriormente, la Carta recogen una acepción amplia del concepto de «religión», ya que incluyen en él la libertad de las personas de manifestar su religión, cabe considerar que el legislador de la Unión siguió el mismo enfoque al adoptar la Directiva 2000/78, de modo que procede interpretar que el concepto de «religión» que figura en el artículo 1 de la Directiva cubre tanto el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa» (apartados 30 y 28, respectivamente).

En segundo lugar, también las dos sentencias establecen una distinción entre una discriminación directa y otra discriminación indirecta.

Por lo que se refiere a la discriminación indirecta, el Tribunal de Justicia admite que una empresa adopte una norma interna que establezca una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones si cumple el principio de proporcionalidad.

En efecto, esta normativa puede estar justificada si, en primer lugar, el empresario persigue una finalidad legítima como, por ejemplo, conseguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado. Como subraya el Tribunal de Justicia, «el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esa fina-

lidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes» (apartado 38 de la *sentencia G4S Secure Solutions*).

También, en segundo lugar, el Tribunal exige que la norma interna sea adecuada para conseguir ese objetivo y a tal efecto señala: «el hecho de prohibir a los trabajadores el uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apto para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática» (apartado 40 de la *sentencia G4S Secure Solutions*).

Y en tercer lugar el Tribunal de Justicia comprueba si la limitación se ajusta estrictamente a lo necesario. En el caso concreto y según el Tribunal de Justicia es preciso saber si la norma interna «atañe únicamente a los trabajadores de G4S que están en contacto con los clientes».

Por último, el Tribunal de Justicia considera que estaría justificado el despido siempre y cuando se compruebe si G4S tenía la posibilidad, ante tal negativa de la trabajadora a prescindir del velo islámico, de ofrecerle un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes.

En cambio y por lo que se refiere a la discriminación directa, el Tribunal de Justicia es más estricto y, en particular, así se deduce de la *sentencia Bougnaoui*. En efecto, el Tribunal de Justicia admite discriminaciones directas basadas en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en la Directiva cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. Sin embargo, también advierte: «sólo en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante».

De hecho y en el caso concreto, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de la Directiva.

7. Los derechos de los pasajeros de transportes aéreos

Los pasajeros de transportes aéreos cuentan en el Derecho de la Unión Europea con una protección de gran interés y alcance. El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de interpretar el Reglamento (CE) n.º 261/2004 sobre

compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (que cabría explicar muy resumidamente: 250 euros por cancelación o gran retraso de vuelos de hasta 1.500 kilómetros; 400 euros hasta 3.500 kilómetros y 600 euros para distancias superiores).

La *sentencia Pešková y Peška*, C-315/15, se planteaba la reclamación por el retraso de cinco horas y 20 minutos de un vuelo entre la ciudad búlgara de Burgas y la ciudad checa de Ostrava debido a una avería y al choque del avión contra un ave. La procedencia de la compensación se produce cuando el retraso es superior a tres horas. No obstante, el transportista está exento de compensar si se producen circunstancias extraordinarias, es decir, en casos de inestabilidad política, condiciones meteorológicas incompatibles con la realización del vuelo, riesgos para la seguridad, deficiencias inesperadas en la seguridad del vuelo y huelgas que afecten a las operaciones de un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo.

En este supuesto el Tribunal de Justicia consideró que la colisión entre una aeronave y un ave, y el eventual daño provocado por dicha colisión, no son, por su naturaleza ni por su origen, inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo afectado y escapan a su control efectivo, por lo que tal colisión debe ser calificada de «circunstancia extraordinaria» a los efectos de la exención de responsabilidad del transportista aéreo.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia puntualiza que cuando concurre otra circunstancia que no sea extraordinaria, como era el caso de la avería de una válvula, corresponde al juez nacional, en este caso, el juez checo de Praga, descontar del tiempo total de retraso a la llegada de ese vuelo el retraso imputable a esa circunstancia extraordinaria para saber si se habían superado las tres horas máximas.

En la *sentencia Krijgsman*, C-302/16, se resuelve cuándo debe abonarse la indemnización. En el caso concreto, el transportista aéreo había informado a la agencia de viajes, con más de dos semanas de antelación con respecto a la hora de salida prevista del vuelo, de su cancelación, pero la agencia informó al pasajero solo diez días antes de la salida prevista.

El Tribunal de Justicia ofrece la siguiente interpretación: el transportista aéreo está obligado a abonar la compensación si se cancela un vuelo «sin que el pasajero haya sido informado de ello con al menos dos semanas de antelación con respecto a la hora de salida prevista, incluso cuando el transportista informó de esta cancelación, al menos dos semanas antes de tal hora, a la agencia de viajes a través de la cual se había concluido el contrato de transporte con el pasajero en cuestión pero esta agencia no informó a dicho pasajero dentro del plazo antes mencionado».

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

En 2016 los jueces españoles remitieron 47 cuestiones prejudiciales, uno de los años con más reenvíos; por detrás, no obstante, de las 84 procedentes de Alemania o las 62 de Italia.

También se puede hacer un balance de las cuestiones prejudiciales planteadas de 1986 a 2016, es decir, en 31 años, desde España se formularon 437 cuestiones prejudiciales, de las cuales una procedió del Tribunal Constitucional, 71 del Tribunal Supremo y las restantes 365 de otros jueces y tribunales, incluidos algunos órganos administrativos⁷.

Con el paso del tiempo se observa un incremento notablemente del acceso al Tribunal de Justicia: en los primeros 10 años se remitieron 51; de 1996 a 2005 los jueces enviaron a Luxemburgo 112 cuestiones; y ya en los últimos once años, de 2006 hasta el 2016, se plantearon 274. Por tanto y en el primer decenio la medida anual fue de cinco cuestiones prejudiciales; en el segundo decenio la media subió a unos 10 reenvíos anuales; en cambio, en los últimos once años la media supera las 25 cuestiones prejudiciales anuales⁸.

Probablemente la novedad más significativa de la jurisprudencia en este primer semestre de 2017 ha sido que el Tribunal de Justicia veda a los secretarios judiciales el planteamiento de cuestiones prejudiciales. Asimismo, las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales españolas han sido de gran interés y abarcan aspectos tan prácticos como la posibilidad de renunciar a los intereses de demora en el caso de morosidad de las Administraciones españolas, la protección a los empleados públicos temporales, los matices en la interpretación de la Directiva sobre cláusulas suelo o en materia de contratación pública y protección social; el problema que plantea la divergencia entre versiones de una misma Directiva en las distintas lenguas oficiales; y, en fin, las puntualizaciones sobre el régimen europeo de ayudas públicas en el ámbito fiscal.

⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2017): *Rapport annuel 2016. Activité judiciaire*, OPUÉ, Luxemburgo, p. 111. Las cifras manejadas no discriminan entre jueces y otros órganos que en España no tienen naturaleza jurisdiccional pero que, sin embargo, el Tribunal de Justicia considera facultados para plantear una cuestión prejudicial (tribunales económico-administrativos, Tribunal de Defensa de la Competencia y tribunales de la contratación pública; véase, por todas, la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia, de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme / Corporació de Salut del Maresme i la Selva, C-203/14, EU:C:2015:664.

⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2017): *Rapport annuel 2016*, ob. cit., pp. 109-110.

1. *Los secretarios judiciales no están facultados para plantear cuestiones prejudiciales*: sentencia Margarit Panicello

En la *sentencia Margarit Panicello*, C-503/15, el Tribunal de Justicia se ha inhibido de responder un reenvío prejudicial formulado por el secretario del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Único de Terrassa.

El secretario judicial conocía de un procedimiento de jura de cuentas de un abogado contra su cliente por lo que le planteó al Tribunal de Justicia si en tal procedimiento podía aplicar el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales y la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales.

No obstante y como había previsto el propio letrado de la Administración de Justicia la cuestión previa que hubo de examinar el Tribunal de Justicia era si un Secretario Judicial constituye un «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 267 TFUE y si, en consecuencia, está facultado para plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual para dilucidar si el remitente tiene la condición de «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 267 TFUE, que es una cuestión que depende únicamente del Derecho de la Unión, deberá tener en cuenta un conjunto de factores, como son el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, así como su independencia.

La respuesta es negativa porque, en primer lugar y a juicio del Tribunal de Justicia, el procedimiento de jura de cuentas no es un procedimiento jurisdiccional sino meramente administrativo.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que el secretario judicial tampoco es un órgano independiente porque, aunque cumple el aspecto interno, no cumple el aspecto externo de la independencia.

Por aspecto externo entiende el Tribunal de Justicia que el órgano ejerce sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia y está protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios de los que conozca.

Y el aspecto interno el Tribunal de Justicia lo asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de aquél; es decir, este aspecto interno está vinculado al respeto de la objetividad y a la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la estricta aplicación de la norma jurídica.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia comprueba que los secretarios judiciales en España deben atenerse, en el ejercicio de sus funciones, a las instrucciones que les imparta su superior jerárquico, salvo cuando ejercen las competencias relativas a la fe pública judicial, a saber, a la hora de autenticar los actos y los documentos procesales y de certificar hechos que produzcan efectos procesales, o cuando adoptan actos de ordenación y dirección del proceso.

Así pues, a juicio del Tribunal de Justicia, en el estado actual de la legislación española, el Secretario Judicial tramita el expediente de jura de cuentas con observancia de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Por tanto, un secretario judicial no está facultado para plantear una cuestión prejudicial lo que determina que el Tribunal de Justicia inadmita la planteada por el letrado de la Administración de Justicia de Terrassa.

2. *La renuncia a los intereses de demora y costes de cobro es conforme con la Directiva de lucha contra la morosidad: sentencia IOS Finance*

La *sentencia IOS Finance*, C-555/14, responde un reenvío prejudicial del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 6 de Murcia en relación con la interpretación de la Directiva 2011/7/UE sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y el mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores en relación con el Instituto Murciano de Salud.

Ante el Juzgado murciano se planteaba si era conforme con la Directiva lo dispuesto en el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las Administraciones públicas y de apoyo a Entidades Locales con problemas financieros y en virtud del cual «el abono a favor del proveedor conlleva la extinción de la deuda contraída por la Comunidad Autónoma o Entidad Local, según corresponda, con el proveedor por el principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios».

En sus Conclusiones la AG Sharpston examinó el régimen establecido en las Directivas 2000/35/CE y 2011/7/UE de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Y llegó a la conclusión de que en ambos casos no impiden que la norma española otorgue al acreedor el derecho a adherirse a un mecanismo que prevé el pago «acelerado» del principal adeudado con arreglo a un contrato cuando el acreedor ha cumplido sus obligaciones establecidas en el contrato, siempre que renuncie a su derecho al pago de los intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro, pero también puede negarse a adherirse a este mecanismo y conservar el derecho

a los intereses y a la compensación, aunque es probable que tenga que esperar bastante más para cobrar.

En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia admite que el acreedor pueda renunciar libremente al derecho a exigir los intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro. No obstante, puntualiza que la renuncia tiene que haber sido libremente consentida lo que significa que el acreedor ha podido realmente disponer de todos los recursos efectivos para exigir, si lo hubiese deseado, el pago de la deuda íntegra, incluidos los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro.

Por tanto, en los supuestos de que una empresa se acoja al mecanismo extraordinario de pago, su renuncia al cobro de intereses de demora y de los costes no será, por lo general, contraria a la Directiva sobre morosidad.

3. *La discriminación entre profesores universitarios interinos y de carrera está proscrita:* auto Rodrigo Sanz

Como continuación de la jurisprudencia sobre empleo público temporal desarrollada especialmente en 2017, el Tribunal de Justicia resolvió mediante el *auto Rodrigo Sanz*, C-443/16, un reenvío prejudicial del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 8 de Madrid.

La Juez madrileña le había preguntado al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

El litigio tiene su origen en la decisión de la Universidad Politécnica de Madrid de transformar la jornada a tiempo completo en jornada a tiempo parcial de determinados profesores interinos. En este caso la Ley de presupuestos de la Comunidad de Madrid para 2012 había permitido reducir la jornada de algunos profesores interinos a tiempo completo que no fuesen doctores. Esta legislación fue invocada por la Universidad para reducir la jornada y el sueldo de un profesor interino que llevaba más de 30 años como docente.

El Tribunal de Justicia, después de recordar su jurisprudencia reiterada, considera que en este supuesto se aplica la Directiva cuya cláusula 4.1 del Acuerdo marco exige que las condiciones de trabajo a las que están sometidos los trabajadores con contrato de duración determinada no sean menos favorables que las aplicables a los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable, a menos que se justifique un trato diferente entre estas categorías de trabajadores por razones objetivas.

A juicio del Tribunal de Justicia, los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios interinos y los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios de carrera se encuentran en una situación comparable sin

que en este caso la discriminación aplicada esté justificada por razones presu-
puestarias ni de autoorganización.

Además, el Tribunal de Justicia subraya que la cláusula 4.1 del Acuerdo marco es incondicional y suficientemente precisa por lo que los particulares pueden invocarla ante un juez y frente a las autoridades públicas.

En estos momentos están pendientes de resolver por el Tribunal de Justicia varias cuestiones que pretenden aclarar los efectos de la jurisprudencia sobre la Directiva 1999/70/CE sobre empleo temporal.

En el *asunto Grupo Norte Facility S.A. / Ángel Manuel Moreira Gómez*, C-574/16, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia le pregunta al Tribunal de Justicia si son comparables la extinción del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores bien por «circunstancias objetivas» (art. 49.1 c) bien por «causas objetivas» (art. 52). En este caso, el Tribunal gallego pretende saber si se aplica la cláusula 4.1 del Acuerdo a una indemnización por la extinción laboral de un contrato de relevo que es por naturaleza de duración determinada.

En el *asunto Montero Mateos / Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid*, C-677/16, el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid le pregunta al Tribunal de Justicia si es conforme con la Directiva la no indemnización por la extinción de un contrato temporal de interinidad para cobertura de vacante por vencimiento del término que dio lugar a su suscripción entre el empresario y la trabajadora, mientras que en el caso de un trabajador fijo comparable que ha sido despedido por una causa objetiva se prevé una indemnización de 20 días por año.

En fin, el *asunto Pedro Viejobueno Ibáñez y Emilia de la Vara González / Consejería de Educación de Castilla-La Mancha*, C-245/17, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha le pregunta al Tribunal de Justicia sobre el régimen temporal de los funcionarios docentes no universitarios durante las vacaciones escolares, en junio y agosto, y que son contratados nuevamente en septiembre.

4. *La interpretación de la Directiva sobre cláusulas abusivas y la ejecución hipotecaria*: sentencia Banco Primus

Los poderes del juez en la aplicación de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores siguen ampliándose a la luz de la jurisprudencia que, además, pone de manifiesto la inapropiada legislación procesal española.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander le preguntó al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de la Directiva 93/13 en rela-

ción con las sucesivas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). En su respuesta, el Tribunal de Justicia en la *sentencia Banco Primus*, C-421/14, insiste en el poder del juez para velar por los derechos del consumidor.

En este caso la cuestión se refería a un préstamo hipotecario para la compra de una vivienda que contenía una cláusula de vencimiento anticipado por impago. Después del impago de siete mensualidades consecutivas el banco reclamó el pago del capital pendiente y consiguió la venta pública del bien hipotecado. Fue en un incidente de ejecución cuando el deudor invocó el carácter abusivo de dos cláusulas del contrato.

La cuestión planteada era si la legislación española puede impedir que el juez lleve a cabo de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.

El Tribunal de Justicia admite que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una previsión del artículo 207 LEC, que impide al juez hacer de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada. Sin embargo, también comprueba que la ley procesal española impide apreciar judicialmente el eventual carácter abusivo de otras cláusulas de ese mismo contrato.

Por tanto, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas.

A continuación el Tribunal de Justicia establece una serie de pautas para determinar el carácter abusivo de una cláusula y a tal efecto puntualiza: «El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de

cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración».

5. *La Directiva sobre procedimientos de recurso en materia de contratación pública y su efecto directo en España: sentencia Marina del Mediterráneo*

La *sentencia Marina del Mediterráneo*, C-391/15, resuelve un reenvío prejudicial de la Sala malagueña de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y reconoce el efecto directo de la Directiva 89/665/CEE de procedimientos de recurso en materia de contratación pública.

La mesa de contratación había permitido la participación de una segunda unión temporal de empresas en una licitación de una concesión de obras públicas de ampliación del puerto de Marbella por importe de 70 millones de euros. Concurrieron finalmente dos únicos licitadores y el contrato se adjudicó a la unión temporal de empresas admitida por la mesa de contratación.

La cuestión que se planteaba era si en un recurso especial en materia de adjudicación de contratos públicos cabía recurrir la admisión de un licitador o, más bien y conforme al Derecho español, procedía la inadmisión del recurso contencioso-administrativo dado que había que esperar a la adjudicación del contrato para poder impugnar tal admisión.

El Tribunal de Justicia considera que la Directiva de procedimientos de recurso se aplica también a la decisión de admitir a un licitador a un procedimiento de adjudicación y solo quedarían fuera de su alcance «las actuaciones que formen parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público».

En suma, el Tribunal de Justicia subraya que el objetivo de la Directiva de procedimientos de recurso es que los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador sean eficaces, es decir, que sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas de transposición.

6. *La protección social de los trabajadores móviles no afecta a su eventual despido: sentencia Pérez Retamero*

La *sentencia Pérez Retamero*, C-97/16, inadmite una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona en rela-

ción con la Directiva 2002/15/CE relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

Ahora bien y en el caso concreto, según explica el Tribunal de Justicia, el problema que se suscita ante el Juzgado barcelonés no es un problema de la aplicación de la Directiva sino, simplemente, de si estamos ante una relación laboral. Como dice el Tribunal de Justicia, la demanda por el despido no plantea una cuestión de ordenación del tiempo de trabajo sino si el Derecho laboral español se aplica al trabajador móvil como empleado por cuenta ajena y no como empleado por cuenta propia como sostiene la empresa a la que está vinculada.

Aunque en la Directiva 2002/15 se establecen las definiciones de «trabajador móvil» y «conductor autónomo», estos conceptos no pueden desplegar efectos fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

7. *La divergencia entre versiones lingüísticas de las Directivas debe resolverse conforme a la interpretación uniforme:* sentencia *Sharda Europe*

La *sentencia Sharda Europe*, C-293/16, pasaría desapercibida si no fuese tan importante el principio que aplica el Tribunal de Justicia cuando existen divergencias entre las distintas versiones lingüísticas de una norma del Derecho de la Unión.

Ante los tribunales contencioso-administrativos, primero ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y luego ante el Tribunal Supremo, se había planteado un litigio entre dos empresas dedicadas a la comercialización de productos fitosanitarios. Y, en particular, se aplicaba la Directiva 2008/69/CE que establecía la necesidad de hacer una nueva evaluación, con el fin de modificar o retirar la autorización, de aquellos productos fitosanitarios que contuviesen determinadas sustancias activas.

Ahora bien, en la versión española de la Directiva se dice que «todo producto fitosanitario autorizado [...] será objeto de una nueva evaluación, a más tardar, el 31 de diciembre de 2008»; en cambio, en las otras versiones de esta Directiva, se hace referencia a la necesidad de nueva evaluación de todo producto fitosanitario que contuviese determinadas sustancias activas que estuviesen listadas como muy tarde el 31 de diciembre de 2008 en la Directiva.

De hecho, el Tribunal madrileño había anulado el procedimiento de nueva evaluación del producto fitosanitario *Core*, basándose en que la solicitud había sido presentada fuera del plazo establecido en la (versión auténtica en español) de Directiva 2008/69.

Por eso el Tribunal de Justicia enuncia el principio conforme al cual «la necesidad de una aplicación y, por tanto, de una interpretación uniforme de un acto de la Unión exige que éste no sea considerado de manera aislada en una de sus versiones, sino que sea interpretado en función del sistema general y de la finalidad de la normativa en la que se integre».

La interpretación del Tribunal de Justicia y, en particular, el hecho de que la propia Directiva entrase en vigor el 31 de diciembre de 2008 le lleva al Tribunal europeo a concluir que la fecha de 31 de diciembre de 2008 se refiere a la inclusión de una de las sustancias activas para que nazca la obligación de realizar una nueva evaluación del producto fitosanitario y no es, como dice la versión española, la fecha límite para solicitar la evaluación.

8. *Las ayudas de Estado en favor de las acciones sociales y educativas de la Iglesia Católica*: sentencia Congregación de Escuelas Pías Provincia de Betania

La *sentencia Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, C-74/16, le permite a la Gran Sala del Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la aplicación del régimen europeo de ayudas de Estado a las actividades de enseñanza de la Iglesia Católica en España y, sin duda, en numerosos países de la Unión Europea.

La AG Kokott plantea clara y directamente la cuestión que el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 4 de Madrid había formulado al Tribunal de Justicia en relación con la exención del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO) del Ayuntamiento de Getafe a una congregación religiosa, los Escolapios, dedicada a la enseñanza: «¿Constituye una ayuda estatal prohibida en virtud del artículo 107 TFUE, apartado 1, el hecho de que un Estado miembro exonere a una comunidad religiosa de determinados impuestos también en el caso de actividades que no persiguen una finalidad estrictamente religiosa?».

Y la respuesta de la AG es afirmativa porque, a su juicio, una exención fiscal no está afectada por el régimen europeo de ayudas de Estado por falta de actividad económica de la Iglesia Católica en la medida en que afecte a un edificio escolar utilizado por la Iglesia para prestar servicios de enseñanza en el marco de su labor social, cultural y educativa; en cambio, habrá actividad económica siempre que el edificio en cuestión se use con fines genuinamente comerciales (punto 60).

La sentencia también resulta muy elocuente en la medida en que, por una parte, da una lección de cómo debe analizarse la presencia de una eventual ayuda de Estado y los aspectos más relevantes para su resolución. Por

otra parte, el Tribunal de Justicia deja patente que es imperativa la aplicación del régimen de ayudas de Estado en el ámbito de la educación. En ambos casos el Tribunal de Justicia rechaza los intentos de la Abogacía del Estado de que se inadmitiese esta cuestión prejudicial.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia observa los tres tipos de actividades que por lo general realizan instituciones religiosas como la Congregación de las Escuelas Pías: actividades estrictamente religiosas, enseñanza subvencionada por el Estado español y educación libre sin el apoyo financiero estatal.

A juicio del Tribunal de Justicia las actividades de enseñanza de la Congregación no subvencionadas por el Estado, correspondientes a la enseñanza preescolar, extraescolar y postobligatoria, reunirían todos los requisitos para ser calificadas de «actividades económicas» y, por tanto, quedar sometidas al régimen de ayudas de Estado. En cambio, quedarían excluidas de la aplicación del régimen de ayudas de Estado, por no ser actividades económicas las actividades religiosas y la enseñanza concertada.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia recuerda que en este tipo de ayudas de Estado también es aplicable el régimen *de minimis*, aquel conforme al cual las ayudas que no superen el límite de 200.000 euros en un período de tres años no afectan a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, ni falsean ni amenazan con falsear la competencia, de modo que tales medidas no están incluidas en el concepto de ayudas estatales y, en consecuencia, no sería preciso notificarlas a la Comisión Europea. El Tribunal de Justicia subraya que el cálculo de este límite debe hacerse teniendo en cuenta las ventajas de las que haya disfrutado la Congregación en relación con sus eventuales actividades económicas, quedando excluidas del cálculo las actividades no económicas (religiosas y enseñanza concertada).

Por último, el Tribunal de Justicia también aplica la distinción entre el régimen de ayudas existentes y nuevas ayudas con consecuencias muy diferentes dado que solo es preciso notificar a la Comisión Europea las ayudas nuevas pero no las existentes, es decir, las que estaban en vigor en España antes del 1 de enero de 1986. Ahora bien y en el caso de la exención del ICIO se trataría de una ayuda nueva porque, aun cuando se basa en el Acuerdo de 3 de junio de 1979 entre España y la Santa Sede, el ICIO se introdujo en el ordenamiento jurídico español en 1988 y la exención fiscal fue adoptada mediante una Orden de 5 de junio de 2001.

En definitiva, la *sentencia Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* constituye una aclaración de gran interés y trascendencia para la aplicación del régimen de ayudas de Estado y para la ordenación de un ámbito especialmente sensible y de gran alcance en la sociedad española.

IV. Relación de las sentencias comentadas (Tribunal de Justicia y Tribunal General)

1. TJUE, sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus Banco Primus, S.A. / Jesús Gutiérrez García, C-421/14, EU:C:2017:60 (ejecución hipotecaria en España y Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas).
2. TJUE (Gran Sala), sentencia de 31 de enero de 2017, Lounani, C-573/14, EU:C:2017:71 (estatuto de refugiado y actividades terroristas).
3. TJUE, auto de 9 de febrero de 2017, Rodrigo Sanz / Universidad Politécnica de Madrid, C-443/16, EU:C:2017:109 (discriminación de profesores universitarios interinos y reducción de jornada).
4. TJUE, sentencia de 9 de febrero de 2017, M, C-560/14, EU:C:2017:101 (derecho a ser oído en un procedimiento de protección subsidiaria en materia de asilo).
5. TJUE (Gran Sala), dictamen de 14 de febrero de 2017, avis 3/15, EU:C:2017:114 (competencia exclusiva de la UE para celebrar el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas).
6. TJUE, sentencia de 16 de febrero de 2017, IOS Finance EFC / Servicio Murciano de Salud, C-555/14, EU:C:2017:121 (compatibilidad del mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores con la Directiva de lucha contra la morosidad).
7. TJUE, sentencia de 16 de febrero de 2017, C.K. y otros, C-578/16 PPU, EU:C:2017:127 (*Reglamento Dublín III* en materia de asilo y derechos fundamentales).
8. TJUE, sentencia de 16 de febrero de 2017, Ramón Margarit Paniello, C-503/15, EU:C:2017:126 (un secretario judicial español no está facultado para plantear una cuestión prejudicial).
9. TGUE, auto de 28 de febrero de 2017, NM / Consejo Europeo, T-257/16, EU:T:2017:130 (incompetencia del Tribunal General para controlar la legalidad del acuerdo UE-Turquía sobre refugiados).
10. TJUE, sentencia de 2 de marzo de 2017, Pérez Retamero / TNT Express Worldwide Spain, S.L., y otros, C-97/16, EU:C:2017:158 (inadmisión de cuestión prejudicial sobre protección del contrato laboral y Directiva 2002/15/CE).
11. TJUE (Gran Sala), sentencia de 7 de marzo de 2017, X y X, C-638/16 PPU, EU:C:2017:173 (visados humanitarios ante riesgo de tortura).

12. TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de marzo de 2017, A y otros, C-158/14, EU:C:2017:202 (impugnación indirecta de la legalidad de un acto de la Unión).
13. TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions NV, C-157/15, EU:C:2017:203 (normativa empresarial y trabajadora con pañuelo islámico).
14. TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de marzo de 2017, Asma Bougnaoui, C-188/15, EU:C:2017:204 (requerimiento empresarial a trabajadora con pañuelo islámico).
15. TJUE (Gran Sala), sentencia de 28 de marzo de 2017, Rosneft Oil Company, C-72/15, EU:C:2017:236 (competencia del control judicial en la política exterior y de seguridad común).
16. TJUE (Gran Sala), sentencia de 5 de abril de 2017, Sahar Fahimian, C-544/15, EU:C:2017:255 (denegación de entrada de nacional de tercer país por razones de seguridad nacional).
17. TJUE, sentencia de 5 de abril de 2017, Orsi y Baldetti, C-217/15 y C-350/15, EU:C:2017:264 (*non bis in idem*, Derecho administrativo sancionador y Derecho penal en materia fiscal).
18. TJUE, sentencia de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo / Agencia Pública de Puertos de Andalucía, C-391/15, EU:C:2017:268 (impugnación de la admisión de un licitador antes de la adjudicación de una concesión de obra pública).
19. TJUE, sentencia de 4 de mayo de 2017, Esaprojekt sp. z o.o., C-387/14, EU:C:2017:338 (igualdad de los licitadores).
20. TJUE, sentencia de 4 de mayo de 2017, Oussama El Dakkak, C-17/16, EU:C:2017:341 (control de entrada o salida de dinero efectivo en la zona internacional de tránsito de la Unión Europea).
21. TJUE, sentencia de 4 de mayo de 2017, Marcela Pešková y Jiří Peška / Travel Service a.s., C-315/15, EU:C:2017:342 (compensación por retraso en vuelos en caso de circunstancias extraordinarias).
22. TJUE (Gran Sala), sentencia de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros, C-133/15, EU:C:2017:354 (ciudadanía de la Unión y derecho de residencia de los progenitores de terceros países).
23. TJUE, sentencia de 11 de mayo de 2017, Archus sp. z o.o., C-131/16, EU:C:2017:358 (igualdad de los licitadores).
24. TJUE, sentencia de 11 de mayo de 2017, Bas Jacob Adriaan Krijgsman / Surinaamse Luchtvaart Maatschappij NV, C-302/16, EU:C:2017:359 (compensación por cancelación de vuelos).
25. TJUE (Gran Sala), sentencia de 16 de mayo de 2017, Berlioz Investment Fund S.A. / Directeur de l'administration des Contributions directes, C-682/15, EU:C:2017:373 (informaciones tributarias).

26. TJUE (Pleno), dictamen de 16 de mayo de 2016, avis 2/15, EU:C:2017:376 (competencias exclusivas y compartidas para firmar el Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Singapur).
27. TJUE, sentencia de 8 de junio de 2017, Sharda Europe B.V.B.A. / Administración del Estado y Syngenta Agro, S.A., C-293/16, EU:C:2017:430 (autorización de productos fitosanitarios e interpretación de directivas con versiones lingüísticas divergentes).
28. TJUE (Gran Sala), sentencia de 27 de junio de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496 (ayudas de Estado en materia fiscal e instituciones religiosas).

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, Salvador, Paraguay y Uruguay—. 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 politológica 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) y sobre refugiados (Movimiento Europeo Vasco).

About the author

David Ordóñez Solís works as a contentious-administrative law judge, 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 and Uruguay—. 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. Judge Ordóñez 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), the protection of personal data (Agencia Española de Protección de Datos) and refugees (the Basque European Movement).

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.