

# 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 Especialistas en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019pp197-230>

---

**Sumario:** I. Introducción.—II. Primera parte. Los desarrollos Jurisprudenciales del Derecho de la Unión Europea 1. Los aspectos constitucionales e institucionales de la Unión Europea a) La compatibilidad del Acuerdo entre la UE y Canadá con el Derecho constitucional de la Unión b) La independencia de los gobernadores en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) c) Las garantías de los procedimientos de protección frente al acoso en las instituciones europeas 2. Las personas y las fronteras en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia 3. El mercado único europeo a) Las restricciones a las libertades económicas y el ejercicio de la prostitución b) La complejidad del régimen de ayudas de Estado y la indemnización de las empresas competidoras c) Las restricciones al ejercicio de la profesión de abogado d) El mantenimiento del derecho de los trabajadores en caso de transmisión de empresas y el empleo público.—III. Segunda parte. La Jurisprudencia Europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el Derecho Interno 1. La independencia económica de los jueces españoles: *sentencia Escribano Vindel* 2. La protección de los consumidores: las cláusulas abusivas, las denominaciones de origen del queso manchego, el seguro de automóviles y el transporte aéreo 3. La protección de los derechos de los trabajadores: la jornada laboral, los trabajadores temporales y la pensión de las trabajadoras a tiempo parcial 4. La armonización fiscal de IVA: *sentencia Nestrade* y *sentencia Oro Efectivo* 5. La Directiva de servicios y la «bombona de butano» 6. Los derechos exclusivos en materia de servicios postales 7. Las contribuciones de las empresas de telecomunicaciones en la financiación de la radiotelevisión pública.—IV. Relación de las sentencias comentadas

## I. Introducción

En 2018 el Tribunal de Justicia dictó 462 sentencias y 101 autos jurisdiccionales, de los cuales 354 sentencias y 35 autos respondían reenvíos prejudiciales. El predominio de las cuestiones prejudiciales resulta apabullante y revela la importancia de la cooperación de los tribunales nacionales con el Tribunal de Justicia.

Esto explica la importancia que en otros tribunales se le empieza a dar a la cooperación de los jueces nacionales con los jueces supranacionales. Así resulta de la primera respuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en forma de dictamen de la Gran Sala, de 10 de abril de 2019. Es la primera vez que se utiliza este procedimiento en Estrasburgo. El 12 de octubre de 2018 el Tribunal de Casación francés (demanda n.º P16-2018-001) le pregunta al Tribunal Europeo sobre la espionosa cuestión del reconocimiento de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente.

Este procedimiento prejudicial en Estrasburgo fue posible gracias a que el Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos había entrado en vigor el 1 de agosto de 2018. En estos momentos solo son parte 13 (entre los que destacan Francia y los Países Bajos) de los 47 Estados del Consejo de Europa. No estaría mal que España imitase a su vecino del Norte.

En su dictamen el Tribunal Europeo recuerda que su función no consiste en pronunciarse, como en los procedimientos contradictorios, mediante una sentencia vinculante sino más bien en proporcionar, en el plazo más breve posible, al órgano jurisdiccional solicitante una orientación que le permita garantizar el respeto de los derechos consagrados en el Convenio a la hora de resolver el asunto del que conoce (apartado 35 del dictamen).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un formato muy sencillo, que convendría que se adoptase en sustitución de sus recargadas sentencias habituales, constata que «la falta de reconocimiento de una relación jurídica entre un niño nacido a través de un acuerdo de gestación subrogada llevado a cabo en el extranjero y la madre comitente tiene [u]n impacto negativo en varios aspectos del derecho de ese niño al respeto de su vida privada» (apartado 40).

Por tanto, el Tribunal de Estrasburgo concluye considerando que el derecho del niño al respeto de su vida privada, reconocido por el artículo 8 del Convenio, exige que la legislación francesa prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, aunque este reconocimiento puede adoptar la forma de inscripción en el regis-

tro civil u otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento se aplique con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño.

La vía prejudicial es la que ha dado consistencia a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia desde Luxemburgo y permite elaborar esta *Crónica* atendiendo a algunas de las líneas jurisprudenciales más significativas (primera parte) y a las respuestas a las preguntas prejudiciales de los tribunales españoles con carácter más exhaustivo (segunda parte).

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

La *Crónica* debe seguir la evolución de las respuestas a las cuestiones prejudiciales, sin perjuicio de tener en cuenta, en menor medida, algún recurso directo e incluso un dictamen sobre la celebración de un tratado internacional con Canadá.

Esta parte debe ser necesariamente selectiva y, de alguna manera, representativa por lo que me ocupo de los desarrollos institucionales, de las personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia; y, en fin, del mercado único europeo. A tal efecto, debo subrayar que el espacio de libertad, seguridad y justicia sigue acaparando una máxima atención lo que se refleja en las estadísticas de 2018; año en el que 67 sentencias y 7 autos se refirieron a esta cuestión; mientras que las siguientes más destacadas fueron la fiscalidad (56 sentencias y 2 autos) y la política social (37 sentencias y 5 autos).

### 1. *Los aspectos constitucionales e institucionales de la Unión Europea*

El Tribunal de Justicia se encarga de velar por el sistema constitucional de la Unión y por la estructura institucional de la Unión Europea que desborda el tradicional triángulo Comisión, Parlamento y Consejo.

Es conveniente reparar en tres aspectos que ha tratado el Tribunal de Justicia: el primero se contiene en un nuevo dictamen sobre la compatibilidad de un tratado internacional con Canadá con el Derecho de la Unión; el segundo afecta a la estructura de la Unión Económica y Monetaria, se trata de una sentencia relativa a la independencia de un gobernador del Banco central de Letonia; y en tercer lugar, otra sentencia muestra de qué modo se resuelven cuestiones del personal al servicio de las instituciones y organismos de la Unión, en este caso la denuncia de acoso por una empleada del Banco Europeo de Inversiones (BEI).

a) La compatibilidad del Acuerdo entre la UE y Canadá con el Derecho constitucional de la Unión

El dictamen 1/17, adoptado por el Pleno del Tribunal de Justicia el 30 de abril de 2019 considera que Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, *Comprehensive Economic and Trade Agreement*) de la UE con Canadá es compatible con el Derecho primario de la Unión.

El dictamen lo solicitó Bélgica y pretendía saber si las provisiones sobre el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados (SDIE) eran compatibles con los derechos fundamentales de la Unión.

Como señalaba en sus Conclusiones el abogado general Yves Bot, seguidas en lo sustancial por el Tribunal de Justicia, se trata de un acuerdo de libre comercio de «nueva generación» «en la medida en que, además de las disposiciones tradicionales relativas a la reducción de los derechos de aduana y de los obstáculos no arancelarios que afectan al comercio de mercancías y de servicios, contiene disposiciones, en particular, en materia de inversiones, contratación pública, competencia, protección de la propiedad intelectual y desarrollo sostenible». Asimismo, con este mecanismo la Unión trata de llevar a cabo una reforma global del modelo de solución de diferencias entre inversores y Estados mediante la evolución del actual régimen, basado en los principios del arbitraje, hacia un modelo, que finalizaría con la creación de un tribunal multilateral permanente (apartado 8).

Por tanto, la consulta de Bélgica tenía gran importancia para esta política comercial de la Unión Europea porque, como insiste el AG Bot, «la Unión se ha visto obligada a abordar con pragmatismo las negociaciones con terceros Estados a este respecto, habida cuenta de que tanto sus socios como los propios inversores consideran el arbitraje entre inversores y Estados un elemento indispensable para garantizar la protección de estos últimos» (apartado 19).

De modo que la respuesta del Tribunal de Justicia, que en anteriores ocasiones había sido reticente a este tipo de estructuras arbitrales o judiciales que le pudieran hacer sombra, era decisiva.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia examina la compatibilidad del SDIE con la autonomía del Derecho de la Unión. El punto de partida de sus razonamientos es que una interpretación maximalista supondría un aislamiento de la Unión Europea. Sin embargo, como recuerda el AG Bot, «la salvaguarda de la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión no es sinónimo de autarquía» o, citando expresamente un estudio del propio presidente del Tribunal de Justicia, K. Lenaerts, «la autonomía constitucional de la Unión no incluye entre sus rasgos característicos una finalidad aislacionista» (nota 48 de las Conclusiones).

A tal efecto, el Tribunal de Justicia recuerda que tal autonomía «existe tanto en relación con el Derecho de los Estados miembros como con respecto al Derecho internacional, se deriva de las características esenciales de la Unión y de su Derecho». Y también recuerda las características de este Derecho enunciando los lugares comunes al respecto: «por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a esos mismos Estados y a sus nacionales. Estas características han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, así como a los Estados miembros entre sí» (apartado 109). Asimismo, la autonomía supone que la Unión está dotada de un marco constitucional propio (apartado 110) y que cuenta con un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión (apartado 111).

Ahora bien, el Tribunal de Justicia comprueba que el mecanismo SDIE se encuentra fuera del sistema jurisdiccional de la Unión y el Tribunal y el Tribunal de Apelación del CETA no tienen competencia para interpretar y aplicar normas del Derecho de la Unión que no sean las disposiciones del CETA.

Asimismo, el Tribunal de Justicia subraya que los tribunales del CETA no interpretan el Derecho de la Unión sino que toman en consideración este Derecho como elemento de hecho y están obligados a seguir la interpretación dominante de ese Derecho realizada por los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la Unión, y dichos órganos jurisdiccionales y autoridades no estarán vinculados, por lo demás, por el sentido que dé a ese Derecho interno el Tribunal CETA.

También el Tribunal de Justicia insiste en que los tribunales del CETA no pueden ser competentes para dictar laudos en los que se declare incompatible con el CETA el trato a un inversor canadiense debido al nivel de protección de un interés público fijado por las instituciones de la Unión porque eso comprometería la capacidad de la Unión de actuar de manera autónoma en su propio marco constitucional.

En fin, el Tribunal de Justicia salva la objeción planteada por Bélgica de que el trato de los inversores canadienses en la Unión sería discriminatorio. Por una parte, el Tribunal de Justicia admite discriminaciones por razón de la nacionalidad dado que «el artículo 20 de la Carta no obliga a la Unión a otorgar, en sus relaciones exteriores, un trato igual a los distintos Estados terceros» (apartado 173). En cambio, por otra parte, el principio de igualdad de trato ante la ley «exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté objetivamente justificado» (apartado 176).

Y así lo resuelve el Tribunal de Justicia: «las empresas y las personas físicas canadienses que invierten en la Unión se encuentran en una situación comparable a la de las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que invierten en Canadá, su situación no es comparable, en cambio, con la de las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que invierten en la Unión» (apartado 180).

Por último, el Tribunal de Justicia examina la compatibilidad del SDIE con el derecho a acceder a un tribunal independiente. Y sobre este particular, recuerda su jurisprudencia anterior conforme a la cual las «garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, el nombramiento, la duración del mandato y las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio» (apartado 204).

A tal efecto, el Tribunal de Justicia examina y llega a la conclusión de que las normas de accesibilidad a los tribunales del CETA, en materia de costas de manera especial, son conformes con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 47 de la Carta. También considera el Tribunal de Justicia, siempre y cuando se tengan en cuenta algunas adaptaciones en materia de retribución de los miembros de los tribunales del CETA, que el acuerdo del CETA es compatible con la exigencia de independencia.

Este dictamen ha supuesto un alivio para la política comercial de la Unión Europea y permite albergar esperanzas de que la autosuficiencia y el solipsismo que desde la perspectiva europea se critica en numerosos tribunales nacionales no sean notas comunes del propio Tribunal de Justicia.

#### b) La independencia de los gobernadores en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC)

La credibilidad del Sistema Monetario Europeo depende del funcionamiento de sistema institucional que lo dirige, es decir, del Banco Central Europeo (BCE) y del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC).

El Tribunal de Justicia ha resuelto en su *sentencia Rimšēvičs, C-202/18* y *C-238/18*, la delicada cuestión de la independencia de los Gobernadores de los Bancos centrales. En este caso se planteaba si era compatible con el estatuto de independencia de estos Gobernadores una decisión de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de Letonia que prohibía cautelarmente al Sr. Ilmārs Rimšēvičs ejercer sus funciones de gobernador del Banco de Letonia puesto para el que había sido nombrado en 2013 y por un período de seis años.

La suspensión del gobernador letón tenía su origen en la acusación de haber solicitado y aceptado en 2013 un soborno para que ejerciera su influencia de gobernador en beneficio de un banco privado de Letonia.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia resuelve dos recursos directos planteados contra Letonia por el Sr. Rimšēvičs y por el BCE y anula la resolución de la Oficina Letona de Lucha contra la Corrupción en la medida en que prohibía al Sr. Ilmārs Rimšēvičs ejercer sus funciones de gobernador.

Frente a la alegación de falta de competencia invocada por Letonia, el Tribunal de Justicia subraya que los Estados miembros, a través de los Tratados constitutivos, confiaron «directamente al Tribunal de Justicia la competencia para conocer de la legalidad de la decisión de relevar de su mandato al gobernador de un banco central nacional» y «pusieron de manifiesto la importancia que conceden a la independencia de los titulares de dichas funciones».

En cuanto a los recursos formulados prudentemente por el Sr. Rimšēvičs y por el BCE, el Tribunal de Justicia no duda en recalificarlos como recursos de anulación, o como dice la sentencia: «se desprende de un análisis sistemático que la especificidad del artículo 14.2 de los Estatutos del SEBC y del BCE no es incompatible con las características del recurso de anulación» (apartado 68).

No obstante, el Tribunal de Justicia es consciente de que el poder de anulación se refiere a un acto jurídico nacional por lo que explica: «el SEBC constituye en Derecho de la Unión una construcción jurídica original en la que participan y cooperan estrechamente las instituciones nacionales, esto es, los bancos centrales nacionales, y una institución de la Unión, a saber, el BCE, y en el que prima una articulación diferente y una distinción menos pronunciada entre el ordenamiento jurídico de la Unión y los ordenamientos jurídicos internos» (apartado 69).

El Tribunal de Justicia insiste en que este control directo de la legalidad de los actos de los Estados miembros, lo que incluye como ocurrió también en este caso las medidas cautelares, es necesario para garantizar la eficacia de la decisión judicial porque de otro modo «no se daría respuesta de manera satisfactoria a las intenciones de los autores de los Estatutos del SEBC y del BCE si la sentencia [...] tuviera carácter declarativo y si sus efectos dependieran de su ejecución por parte de las autoridades nacionales» (apartado 74).

Por último, el Tribunal de Justicia resuelve el problema de la legalidad de la suspensión del gobernador del Banco central de Letonia acusado de un grave crimen en el sentido de que «corresponde al Tribunal de Justicia [...] comprobar que únicamente se adopte una prohibición provisional al gobernador afectado de ejercer sus funciones si existen indicios suficientes de que ha incurrido en una falta grave que pueda justificar tal medida» (apartado 92).

Ahora bien y en este caso, el propio Tribunal de Justicia en el procedimiento judicial requirió a Letonia para que presentase pruebas pero «ninguno de los documentos aportados por la República de Letonia tras la vista contiene elementos probatorios que permitan demostrar la existencia de indicios suficientes del fundamento de las acusaciones formuladas contra el interesado» (apartado 94).

Por tanto, el Tribunal de Justicia consideró injustificada la suspensión del gobernador del Banco de Letonia, anuló el acto nacional adoptado en tal sentido y reconoció el derecho del Sr. Rimšēvičs de ejercer sus funciones.

c) Las garantías de los procedimientos de protección frente al acoso en las instituciones europeas

La intrahistoria de las instituciones de la Unión Europea resulta de gran importancia y, de hecho, el sostenimiento del aparato burocrático europeo forma parte de su identidad. Ahora bien, la gestión de los empleados de la Unión Europea, muy inspirado en la tradición administrativa francesa, ha sido controlada por el Tribunal de Justicia, en instancia por un Tribunal de la Función Pública, absorbido ahora por el Tribunal General. En primera instancia un 11% de los litigios ante el Tribunal General se refieren a la función pública (en 2018 resolvió 92 asuntos de esta clase de un total de 834) y al Tribunal de Justicia llega ya solo el 19% (cuando la media total de recursos también en 2018 fue del 27%).

El Tribunal de Justicia ha dictado la interesante *sentencia OZ / BEI*, C-558/17 P, referida al procedimiento por acoso laboral en el Banco Europeo de Inversiones (BEI) con sede en Luxemburgo. El Tribunal de Justicia corrige la sentencia desestimatoria del Tribunal General aunque, finalmente, desestima la solicitud de indemnización de la empleada que había denunciado el acoso.

La clave de la sentencia de casación radica en una interpretación conforme a la cual a un procedimiento seguido con motivo de la denuncia de acoso laboral no se aplica el artículo 47 de la Carta, de derecho a la tutela judicial efectiva porque ni el comité de investigación, instancia *ad hoc*, cuyos miembros designa el presidente del BEI y formula recomendaciones no vinculantes sobre el resultado de una investigación, ni el presidente del BEI, cumplen los criterios precisados por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia para definir el concepto de «tribunal».

En cambio, es aplicable el artículo 41 de la Carta sobre el derecho a una buena administración de manera que toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable, y también incluye el derecho de toda persona a ser oída antes de que se adopte en contra suya una medida



individual que la afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, y la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

Por tanto, a juicio del Tribunal de Justicia el artículo 41 de la Carta debe interpretarse en estos términos: «el derecho a ser oído garantiza a cualquier persona la posibilidad de expresar de manera adecuada y efectiva su punto de vista durante el procedimiento administrativo y antes de que se adopte cualquier decisión que pueda afectar desfavorablemente a sus intereses».

El Tribunal de Justicia lo explica detalladamente en estos términos: «el Tribunal General incurrió en error de Derecho al no declarar que era contrario a las exigencias derivadas del artículo 41 de la Carta el hecho de que no se hubiera comunicado a la recurrente [...] al menos un resumen de las declaraciones de la persona acusada de acoso y de los diferentes testigos y que no hubiera podido ser oída sobre estas, de modo que no había podido formular útilmente observaciones sobre su contenido antes de que el comité de investigación presentara sus recomendaciones al presidente del BEI y, en cualquier caso, antes de que este adoptara la decisión controvertida, que la afectaba desfavorablemente» (apartado 59).

Ahora bien y en cuanto al fondo del asunto, aun cuando el Tribunal de Justicia anula la decisión adoptada por el BEI, rechaza que se hubiese violado el derecho al respeto a la vida privada reconocido por el artículo 7 de la Carta en la medida en que, por una parte, el procedimiento controvertido responde a un objetivo de interés general, a saber, la identificación de posibles prácticas de acoso, en particular sexual, que atentan contra la dignidad humana; y, por otra parte, las referencias a elementos correspondientes a la vida privada de la recurrente en casación, incluidos en el informe del comité de investigación y en la decisión litigiosa, no fueron excesivos ni carentes de pertinencia.

Por tanto, el Tribunal de Justicia termina anulando la decisión del BEI pero considera que tal anulación constituye una reparación adecuada de cualquier perjuicio moral que la recurrente pudiera haber sufrido.

## 2. *Las personas y las fronteras en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*

El Tribunal de Justicia se ha esforzado por establecer un estatuto de la ciudadanía de la Unión y una equiparación, en la mayor medida posible, entre nacionales, ciudadanos de la Unión y nacionales de terceros países. Asimismo este espacio europeo se está construyendo gracias a la aplicación de los principios de confianza recíproca y de reconocimiento mutuo. Análisis

la distinción entre fronteras exteriores e interiores de la Unión y de los numerosos casos relativos al espacio de libertad, seguridad y justicia, examino situaciones vinculadas a los ciudadanos de la Unión, a los nacionales de terceros países y a los refugiados.

Al aplicar el Derecho europeo a los extranjeros ya no son lo mismo las fronteras interiores que las fronteras exteriores de la Unión. Así lo pone de manifiesto el Tribunal de Justicia en la *sentencia Arib*, C-444/17, referida a un control de extranjeros precisamente en la frontera franco-española.

El litigio tenía su origen en la detención por las autoridades francesas del marroquí Abdelaziz Arib que procedente de España había entrado ilegalmente en Francia. No obstante, el Juez de Perpiñán anuló la detención preventiva de la Prefectura para su internamiento y expulsión al considerar que el cruce se había producido en las fronteras interiores. Esta resolución judicial fue confirmada en apelación y el Tribunal de Casación de París planteó la cuestión al Tribunal de Justicia.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia considera que Directiva 2008/115 para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular permite a las autoridades nacionales continuar aplicando en sus fronteras exteriores procedimientos de retorno simplificados, sin tener que completar todas las fases procedimentales establecidas en la Directiva y poder así expulsar con mayor rapidez a los nacionales de terceros países interceptados al cruzar estas fronteras. Sin embargo, esta excepción no es aplicable cuando los extranjeros son interceptados en las fronteras interiores porque los conceptos de «fronteras interiores» y «fronteras exteriores» se excluyen mutuamente.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia recuerda que la Directiva 2008/115 no se opone a la detención de un nacional de un tercer país en situación irregular cuando tal medida se adopta porque dicho nacional es sospechoso de haber cometido otro delito distinto de su mera entrada ilegal en el territorio nacional, por ejemplo, un delito que pueda constituir una amenaza para el orden público o la seguridad interior.

En cuanto a la ciudadanía de la Unión, es muy significativa la *sentencia Tjebbes*, C-221/17, donde la Gran Sala del Tribunal de Justicia admite la legitimidad de la pérdida de la nacionalidad holandesa por residencia fuera de los Países Bajos y de la Unión Europea por un tiempo superior a 10 años. No obstante, esta legislación holandesa, en la medida en que afecta al estatuto de ciudadanía de la Unión, queda sometida al principio de proporcionalidad por lo que «incumbe especialmente a las autoridades nacionales competentes —y, en su caso, a los tribunales nacionales— verificar si la pérdida de la nacionalidad resulta conforme con los derechos fundamentales consagrados en la Carta cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia y, muy especialmente, con el derecho al respeto de la vida familiar, tal como se formula en el artículo 7 de la propia Carta, que debe interpretarse en re-

lación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño» (apartado 45).

Respecto de los refugiados, en la *sentencia Jawo*, C-163/17, se plantea la cuestión del traslado de un gambiano de Alemania a Italia en aplicación del *procedimiento de Dublín III* y sus derechos fundamentales. En este caso y frente a la oposición del gambiano de perder calidad de vida en el traslado de Alemania a Italia, el Tribunal de Justicia puntualiza: «el mero hecho de que la protección social o las condiciones de vida sean más favorables en el Estado miembro requirente que en el Estado miembro en principio responsable del examen de la solicitud de protección internacional no permite afianzar la conclusión de que la persona interesada se verá expuesta, en caso de ser trasladada a este último Estado miembro, a un riesgo real de sufrir un trato contrario al artículo 4 de la Carta» (apartado 97).

También en relación con palestinos apátridas residentes en Siria que entraron por Bulgaria y con un checheno que entró por Polonia y terminaron su periplo en Alemania, la *sentencia Ibrahim y Magamadov*, C-297/17, C-318/17, C-319/17 y C-438/17, establece el principio conforme al cual: «en el contexto del sistema europeo común de asilo, debe presumirse que el trato dispensado a los solicitantes de protección internacional en cada Estado miembro es conforme con las exigencias de la Carta, de la Convención de Ginebra y del CEDH».

En la *sentencia H. y R.*, C-582/17 y C-583/17, referida a la determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional de acuerdo con el Reglamento (UE) n.º 604/2013 o *procedimiento de Dublín III*, muestra la pugna entre las autoridades holandesas y alemanas por deshacerse de dos solicitantes de asilo que, no obstante, habían presentado la primera solicitud en Alemania.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia considera que ambos casos se refieren al procedimiento de readmisión y no a un procedimiento de toma a cargo. Por tanto, si un nacional de un tercer país que ha presentado una solicitud de protección internacional en Alemania y que posteriormente abandona Alemania y presenta a continuación una nueva solicitud de protección internacional en los Países Bajos, no podrá, en principio, invocar el criterio de responsabilidad y solo excepcionalmente podrá invocarlo si le transmitió datos que demuestren manifiestamente su responsabilidad.

En dos sentencias prácticamente iguales el Tribunal de Justicia señala quién puede emitir euro-órdenes consolidando, de este modo, el espacio de libertad, seguridad y justicia mediante la aplicación de los principios de confianza recíproca y de reconocimiento mutuo. En la *sentencia OG y PI (Fiscalía de Lübeck y Fiscalía de Zwickau)*, C-508/18 y C-82/19 PPU, el Tribunal de Justicia considera que los Fiscales alemanes no pueden emitir órdenes europeas de detención y entrega; en cambio, en la *sentencia PF*

(*Fiscal General de Lituania*), C-509/18, el Tribunal de Justicia determina que los Fiscales lituanos sí lo pueden hacer.

Las cuestiones prejudiciales procedían de Irlanda, del Tribunal Supremo y de la High Court, que debían resolver sobre la oposición a la solicitud de sendas órdenes de detención y entrega formuladas en procedimientos penales desde Alemania (respecto de un lituano y un rumano) y desde Lituania (respecto de un lituano).

El punto de partida del Tribunal de Justicia es que la orden de detención europea es la primera concreción en el ámbito del Derecho penal del principio de reconocimiento mutuo.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia constata que el concepto de «autoridad judicial» puede englobar a las autoridades nacionales que, sin ser necesariamente jueces o tribunales, participan en la administración de la justicia penal de cada Estado miembro.

En tercer lugar, ambas sentencias reconocen que una autoridad, como una fiscalía, que tiene competencia, en el marco del procedimiento penal, para ejercer la acción penal contra una persona sospechosa de haber cometido un delito a fin de que sea llevada ante un tribunal, participa en la administración de la justicia de cada Estado miembro.

Sin embargo, a partir de aquí las dos sentencias del Tribunal de Justicia examinan la independencia respecto del Ejecutivo de las Fiscalías alemana y lituana, llegando a resultados sustancialmente diferentes.

En cuanto a Alemania, el Tribunal de Justicia comprueba en la *sentencia OG y PI* que las Fiscalías están expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, en este caso de un ministro regional de Justicia, en el marco de la adopción de una decisión relativa a la emisión de una orden de detención europea. Por tanto y desde Alemania sus fiscalías no podrían emitir órdenes europeas de detención.

En cambio, en la *sentencia PF* se constata que el Fiscal General de Lituania puede ser calificado de «autoridad judicial emisora» habida cuenta de que su estatuto le garantiza no solo la objetividad de sus misiones sino que le confiere la independencia frente al poder ejecutivo a la hora de emitir las órdenes de detención europea.

### 3. *El mercado único europeo*

El alcance del mercado interior incluye las libertades económicas fundamentales, la política de la competencia, en particular las ayudas de Estado, y la armonización de las legislaciones nacionales, que merecen el comentario de algunas sentencias destacadas de este primer semestre de 2019.

a) Las restricciones a las libertades económicas y el ejercicio de la prostitución

La *sentencia PI / Landespolizeidirektion Tirol, C-230/18*, hace un análisis muy interesante de lo que supone el mercado europeo en relación con los servicios de prostitución y los límites que tienen las prohibiciones y restricciones que sobre el particular impongan las autoridades nacionales.

El litigio había surgido en Innsbruck, en el Tirol austriaco, donde una ciudadana búlgara tenía licencia para ofrecer servicios de masajes desde 2011. No obstante, la Policía tirolesa comprobó en 2017 durante una inspección que, en realidad, en ese negocio se ofrecían servicios sexuales por lo que cerró y precintó el local, sin permitir el acceso de su propietaria y sin responder a un recurso administrativo. Planteado el litigio ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Tirol, este acude al Tribunal de Justicia que le hace varias observaciones de gran interés.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia observa que la ciudadana búlgara está ejerciendo su derecho de establecimiento y goza de la libertad de empresa en Austria pero cabe que se establezcan restricciones a los derechos y libertades consagrados en los artículos 15 y 16 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión siempre y cuando «tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

La justificación de las restricciones se basaba, según las autoridades austriacas, en la prevención de actividades delictivas relacionadas con la prostitución y para proteger la salud humana. Aun cuando la prostitución no está prohibida en el Tirol, el Tribunal de Justicia consideró que la normativa tirolesa y la actuación de su policía debían considerarse justificadas por razones imperiosas de interés general y adecuadas para garantizar la realización de los objetivos perseguidos por dicha normativa.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia examina el alcance de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y de defensa de los artículos 47 y 48 de la Carta, cuyo corolario es «la obligación de motivar una decisión de modo suficientemente específico y concreto para que el interesado pueda comprender las razones de la denegación que se opone a su solicitud».

En este caso el Tribunal de Justicia comprueba que la decisión de cierre con efecto inmediato del establecimiento comercial no estaba debidamente motivada fáctica y jurídicamente por escrito ni se había comunicado a la interesada. Asimismo, el Tribunal de Justicia le recuerda al tribunal tiroles que el cierre decretado podía ser anulado siempre y cuando se aportase

la autorización de explotación de un prostíbulo o se garantizase que cesaría este tipo de actividad.

b) La complejidad del régimen de ayudas de Estado y la indemnización de las empresas competidoras

El régimen europeo de las ayudas de Estado sigue siendo uno de los pilares del mercado único y, por ende, de la integración europea. Sin embargo, es necesario reconocer la maraña burocrática que tanto resta de seguridad jurídica y el tiempo que cuestiones relativamente sencillas necesitan para resolver los litigios, centrados fundamentalmente en la ilegalidad de las ayudas (por no haberse notificado convenientemente a la Comisión), la incompatibilidad de las ayudas (en manos exclusivamente de la Comisión, bajo el control del Tribunal General y del Tribunal de Justicia) y, en fin, la casi imposible recuperación de las ayudas ilegales e incompatibles. Pero también es importante la aplicación del régimen europeo de ayudas de Estado con el fin de que los perjudicados sean indemnizados en caso de incumplimiento del Derecho de la Unión sin que las autoridades nacionales susciten dificultades insalvables y en un plazo razonable.

La realidad dista de este deseo como demuestra la saga de la empresa Traghetti del Mediterraneo que se vio perjudicada en 1974 por la concesión de ayudas ilegales a una empresa competidora por parte de las autoridades italianas y que ha sufrido un verdadero calvario de más de cuatro decenios. En efecto, para determinar la ilegalidad de la concesión de las ayudas y para resarcirse de los daños que la condujeron al concurso de acreedores habrá requerido que pasen más de 45 años.

Las ayudas ilegales concedidas a la competidora, Tirrenia, son de 1976 a 1980, la primera demanda de Traghetti del Mediterraneo contra su competidora se presentó ante los tribunales de Nápoles sin éxito alguno y la nueva reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Estado se inició en 2002. En 2012 en instancia y en 2014 en apelación los tribunales italianos reconocieron la responsabilidad del Estado italiano por conceder ayudas ilegales y habían fijado la indemnización en 2.330.355,78 euros.

La sentencia de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391), fue dictada por el Tribunal de Justicia a requerimiento del Tribunal de Génova que conocía en instancia de una reclamación patrimonial contra el Estado italiano. La sentencia de 10 de junio de 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-140/09, EU:C:2010:335) se pronunció en Luxemburgo en respuesta a una prejudicial del Tribunal de Apelaciones de Génova. En fin, en 2019 el Tribunal de Justicia ha adoptado la *sentencia Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, C-387/17, la tercera de la saga, en respuesta a las preguntas del Tribunal Supremo italiano.

En esta tercera *sentencia Fallimento Traghetti del Mediterraneo* el Tribunal de Justicia subraya la importancia que tienen los jueces nacionales en la aplicación de las normas europeas sobre ayudas de Estado: por una parte, su función es complementaria de la de la Comisión Europea; y, por otra parte, el incumplimiento de la obligación de notificar las ayudas puede acarrear la responsabilidad de las empresas beneficiarias de las ayudas ilegales.

Con el fin de obstaculizar la indemnización concedida en instancia y en apelación a la concursada Traghetti del Mediterraneo, el Gobierno italiano invocaba que las ayudas concedidas eran ayudas existentes porque el ámbito del transporte marítimo no estaba liberalizado en 1974 cuando se concedieron las ayudas o porque había prescrito el procedimiento de recuperación de ayudas ilegales que podía iniciar la Comisión Europea.

El Tribunal de Justicia parte de una premisa en materia de ayudas de Estado que es preciso señalar: «en el sistema de control de las ayudas de Estado, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen un papel particular y disfrutan de un cierto grado de independencia frente a la Comisión, en particular cuando conocen de una demanda de indemnización de daños y perjuicios, sin que exista una decisión de la Comisión» (apartado 53).

A continuación, el Tribunal de Justicia señala las competencias diferentes y complementarias de los jueces nacionales y de la Comisión Europea. Y esto es así porque: «so pena de vulnerar el efecto directo del artículo [108.3, última frase, TFUE] y de ignorar los intereses de los justiciables que estos órganos jurisdiccionales tienen la misión de proteger, una decisión de la Comisión por la que se declara la compatibilidad de una ayuda no notificada con el mercado interior no produce el efecto de regularizar, *a posteriori*, los actos de ejecución que fueran inválidos por haber sido adoptados incumpliendo la prohibición prevista en tal artículo. Cualquier otra interpretación conduciría a fomentar la inobservancia, por parte del Estado miembro interesado, de dicha disposición y la privaría de su efecto útil» (apartado 59).

Esto significa que la prescripción de la recuperación de las ayudas ilegales por haber transcurrido 10 años no es relevante en este caso dado que la reclamación de indemnización de las ayudas ilegales ante los tribunales nacionales está sometida al plazo de prescripción de las normas nacionales, interpretado a la luz de los principios de efectividad y de equivalencia.

Por tanto, termina el Tribunal de Justicia reconociendo que cuando se hayan otorgado ayudas ilegales, es decir, incumpliendo la obligación de notificación previa, las entidades estatales no pueden invocar el principio de protección de la confianza legítima.

Parece que la saga Traghetti del Mediterraneo terminará en el Tribunal de Casación italiano reconociendo la responsabilidad patrimonial del Estado frente a la empresa en concurso de acreedores. Por tanto, más de 40

años después de cometida la ilegalidad parece que llegará la reparación a una empresa en quiebra.

A pesar de que haya triunfado la razón jurídica, tanto tiempo transcurrido nos obliga a preguntarnos si realmente los jueces, italianos y europeo, han comprendido las debilidades propias del régimen de ayudas de Estado con una regulación particularmente compleja y llena de trampas que al común de los mortales le es imposible sortear o, siquiera, aguantar por el inexorable paso del tiempo pues si 20 años no es nada, según el tango, 40 años son difíciles de resistir para cualquier persona física o jurídica.

En este caso, por tanto y en los términos que avalan las propias Conclusiones del Abogado General Nils Wahl, en las que se inspira plenamente la sentencia, «esta “saga” jurisprudencial se explica, sin duda, porque las autoridades italianas han mostrado cierta pasividad —y en este contexto, han rivalizado en inventiva y audacia en la elaboración de argumentos jurídicos— a la hora de extraer todas las consecuencias de la calificación de las medidas controvertidas como ayudas de Estado concedidas de manera ilegal».

Con menos comedimiento podría decirse que el Estado italiano es doblemente responsable por infringir el régimen de ayudas de Estado y por su contumacia en tratar de eludir hasta la última instancia su responsabilidad frente a los perjuicios causados a una empresa como Traghetti del Mediterraneo. Aunque también podría decirse que sería conveniente que las instituciones europeas, incluida la Comisión e incluso el Tribunal de Justicia, fuesen más claros y menos oraculares.

### c) Las restricciones al ejercicio de la profesión de abogado

La *sentencia Monje Ireneo*, C-431/17, se refiere a la prohibición del Colegio de Abogados de Atenas para que un monje con título obtenido en Chipre ejerciese la profesión de abogado en Grecia.

El Consejo de Estado griego le explicó al Tribunal de Justicia las objeciones que en Grecia suscitaban al ejercicio por un monje de la profesión de abogado dado no permite ofrecer determinadas garantías de un abogado en cuanto a su independencia de las autoridades eclesiásticas, la dedicación a la abogacía, la capacidad para gestionar asuntos conflictivos, la fijación de su establecimiento real en la demarcación de un tribunal de primera instancia y dada la prohibición de prestar servicios a título gratuito.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 98/5/CE que facilita el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título y considera que esta Directiva realiza una armonización completa de los requisitos previos exigidos para el ejercicio de esta profesión. Esto significa que el único requisito al que debe supeditarse la inscripción para ejercer la pro-



fesión es la presentación a la autoridad griega de una certificación de inscripción de la autoridad chipriota, sin perjuicio de que quede sometido a las normas profesionales y deontológicas aplicables a los abogados en Grecia, dado que estas normas no han sido armonizadas.

El Tribunal de Justicia reconoce que el legislador griego puede establecer garantías con el fin de evitar que surjan conflictos de intereses para el ejercicio de la abogacía y debe procurar que los abogados estén en una situación de independencia frente a las autoridades, de las que conviene que no reciban influencia alguna; pero subraya que estas garantías no pueden constituir requisitos suplementarios a los requisitos previos exigidos para la inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida.

Por tanto, el Tribunal de Justicia declara que la normativa griega es contraria a la Directiva al prohibir a un abogado inscrito en Chipre inscribirse en un colegio de abogados griego para ejercer la profesión por el hecho de ser monje.

d) El mantenimiento del derecho de los trabajadores en caso de transmisión de empresas y el empleo público

La *sentencia Correia Moreira*, C-317/18, se refiere a una cuestión de gran importancia en materia de empleo público. En este caso se trataba de una trabajadora de una empresa que fue disuelta y cuyos trabajadores fueron cedidos al Ayuntamiento portugués de Portimão.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia deja claro que es aplicable la Directiva 2001/23/CE relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas cuando las actividades de una empresa municipal se transmiten a un ayuntamiento siempre que la identidad de la empresa se mantenga después de la transmisión. A juicio del Tribunal de Justicia, la Directiva se limita a garantizar que la protección de que disfruta una persona en virtud de la legislación nacional no se deteriore por el mero hecho de la transmisión.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia matiza que la transmisión debe afectar a una entidad que ejerza una actividad económica, con o sin ánimo de lucro, y que, en principio, se excluyen las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas del poder público. Ahora bien, en los casos en que se aplique la Directiva no cabe exigir que los trabajadores cedidos se sometan a un procedimiento público de selección ni queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario, ni que la transmisión suponga una disminución del salario de los trabajadores.

En tercer lugar, el Tribunal de Primera Instancia de Faro también preguntaba si en este caso podía invocarse el artículo 4.2 TUE sobre la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitu-

cionales de los Estados miembros, en la medida en que el artículo 47.2 de la Constitución portuguesa dispone: «Todos los ciudadanos tendrán derecho a acceder a la función pública, en condiciones de igualdad y libertad, en general mediante convocatoria pública».

Sin embargo, el Tribunal de Justicia fue inflexible al señalar: «en un ámbito en el que los Estados miembros han transferido sus competencias a la Unión, como en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, [no cabe, invocando la identidad nacional,] privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión».

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

La Constitución de 1978 supuso una conmoción para la decimonónica estructura judicial en España al introducir la aplicación de la norma suprema y la interpretación y defensa de los derechos fundamentales como los elementos definitorios de la función de juzgar. La ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (4 de octubre de 1979) y la interpretación del Tribunal de Estrasburgo (la primera sentencia fue dictada el 6 de diciembre de 1998 en el *asunto Barberà, Messegue y Jabardo / España*) profundizaron en la senda de la garantía judicial de los derechos fundamentales. Y la integración en las Comunidades Europeas desde el 1 de enero de 1986 supuso una definitiva modernización de las estructuras legales y administrativas de España, a la que han contribuido los jueces españoles paulatinamente y con el inestimable apoyo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En esta tarea modernizadora el Consejo General del Poder Judicial ha impulsado dos iniciativas que se instrumentan a través del Reglamento 1/2018, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional (*BOE* núm. 249, de 15 de octubre de 2018): la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE) y la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea (REDUE).

La REJUE tiene la misión la «asistir a los órganos judiciales españoles que lo soliciten en cuantas peticiones de cooperación judicial internacional emitan o reciban en el ejercicio de su actividad jurisdiccional y auxiliar a otros miembros de redes de cooperación judicial». La REJUE surge en el Consejo General del Poder Judicial en 1999, responde, entre otras, a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en mayo de 1999 y su objetivo ha sido «la creación de una red de coordinadores especializados en cooperación jurídica internacional en todo el territorio nacional con cometidos operativos».

En el año 2000 se selecciona a sus miembros que anualmente celebran un seminario en Murcia (primero en La Manga del Mar Menor y desde 2007 en Águilas, donde en mayo de 2019 se celebró su XIX Encuentro). La REJUE tiene dos divisiones, la Civil y la Penal, y está integrada por unos 60 jueces procurándose una distribución equitativa a nivel geográfico de sus miembros.

La REDUE tiene como objetivo asistir «a los órganos judiciales en todo lo concerniente a la aplicación del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con una especial atención a todo lo relacionado con las cuestiones prejudiciales».

La REDUE fue creada en 2006 por el Consejo General del Poder Judicial y su impulso vino del juez español y entonces abogado general en Luxemburgo Dámaso Ruiz-Jarabo. Su primera reunión, simultánea con la REJUE, se celebró en Águilas, Murcia, en 2007; el 28 de mayo de 2019 celebró su XIII Encuentro. Sus miembros han sido elegidos mediante sendas convocatorias públicas en junio de 2006, enero de 2012 y noviembre de 2018.

En las dos primeras convocatorias la REDUE estuvo integrada por 10 jueces, dos por cada una de las cinco divisiones (civil, mercantil, penal, administrativo y social) y a partir de 2019 han sido designados 18 jueces, tres por cada una de las seis divisiones, las anteriores que se corresponden con las especializaciones jurisdiccionales (civil, mercantil, penal, contencioso-administrativa y social) más una transversal (aspectos generales del Derecho de la Unión Europea).

El caudal de sentencias y autos dictados a instancias de los tribunales españoles vuelve a ser considerable. En 2018 los tribunales españoles plantearon 67 cuestiones prejudiciales, solo por detrás de los jueces alemanes (78) e italianos (68).

La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional español contribuirá a intensificar la cooperación prejudicial de los tribunales ordinarios. En efecto, según la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este amparará frente a aquellos tribunales ordinarios que, a la vista de una norma del Derecho de la Unión Europea, inapliquen una ley española sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial.

La sentencia 37/2019 del Pleno del Tribunal Constitucional español, ES:TC:2019:37, ponente, González-Trevijano Sánchez, concede amparo y anula una sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo por no haber planteado una cuestión prejudicial y, sin embargo, a la vista de la Directiva 2009/72/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, haber inaplicado el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico.

El propio Tribunal Constitucional resume su jurisprudencia sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el planteamiento de una cuestión prejudicial, por lo que procede el amparo en estos casos:

a) si los jueces inaplican una norma interna (tenga esta rango de ley o no) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia cuando exista una «duda objetiva, clara y terminante» sobre esa supuesta contradicción;

b) si los jueces inaplican una norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del «acto aclarado», en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que «la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo», según la *jurisprudencia Cilfit*;

c) si los jueces inaplican el Derecho de la Unión cuando existe una interpretación auténtica del propio Tribunal de Justicia y se procede a una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso»; no obstante, si los jueces aplican una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión sin plantear la cuestión prejudicial siempre sin una exégesis racional de la legalidad ordinaria (FJ 4).

Pues bien, esta doctrina constitucional, como pone de manifiesto el voto particular del magistrado Ollero Tassara, resulta poco afortunada y, en realidad, «utiliza la *doctrina Cilfit* para favorecer la aplicación de la ley nacional en detrimento del Derecho de la Unión Europea».

La cuestión prejudicial es un mecanismo de cooperación entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia en el que todo parece indicar que no puede intervenir el Tribunal Constitucional ni siquiera para vigilar que se cumpla el Derecho de la Unión o la *jurisprudencia Cilfit*. Para eso ya existen mecanismos de la Unión Europea, como el recurso por incumplimiento, y de ese modo no hace falta que el Tribunal Constitucional se erija en garante último de la aplicación del Derecho de la Unión. Es preciso puntualizar que, a mi juicio y en aplicación del Derecho de la Unión tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia, de la anterior doctrina solo se salvaría la regla conforme a la cual el Tribunal Constitucional debería amparar aquellos casos en que, cuando existe una interpretación definitiva del Derecho de la Unión, los jueces españoles se nieguen de manera irrazonable y arbitraria a aplicarla o cuando existiendo dudas razonables sobre la interpretación del Derecho de la Unión, un juez español, contra cuya decisión no quepa, recurso ordinario, no someta la cuestión a la interpretación del Tribunal de Justicia.

Esta doctrina, sin embargo, es mucho más limitada que la consagrada por el Tribunal Constitucional que obliga innecesariamente a un planteamiento generalizado de cuestiones prejudiciales en todos los niveles jurisdiccionales o, en último caso, obligaría al Tribunal Constitucional a plantear él mismo si en el Derecho de la Unión las cosas están claras, aclaradas o necesitadas de más luz.

En el primer semestre de 2019 las cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia en relación con España son de la más diversa naturaleza lo que obliga a un examen individualizado. No obstante, debe subrayarse que donde los tribunales españoles han mostrado una especial querencia ha sido por la interpretación de los derechos de los consumidores y los derechos sociales de los trabajadores.

### 1. *La independencia económica de los jueces españoles: sentencia Escribano Vindel*

El Tribunal de Justicia ha hecho un canto a la independencia de los jueces nacionales y a su importancia en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea repitiendo en la sentencia *Escribano Vindel*, C-49/18, lo que un año antes había afirmado la Gran Sala en la *sentencia Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117.

El litigio lo había planteado ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña un magistrado de Barcelona que impugnaba los recortes superiores al 9% de sus retribuciones aplicados en las nóminas de 2011 como consecuencia de la lucha contra el déficit público. El magistrado se quejaba de que los recortes eran mayores cuanto más antigüedad tenía el juez por lo que podrían incurrir en una discriminación por razón de la edad y podrían constituir un atentado a la independencia judicial.

En cuanto a la discriminación por razón de la edad, el Tribunal de Justicia señala que no es equiparable a la pretendida discriminación por razón de la antigüedad. Además y aun cuando reconoce que la Directiva 2000/78/CE relativa a la igualdad de trato en el empleo se aplica a las retribuciones de los jueces y, en particular, prohíbe toda discriminación por razón de la edad, en el caso concreto del magistrado Escribano Vindel no se había probado que existiese tal discriminación en materia salarial.

Por lo que se refiere a la independencia económica de los jueces, el Tribunal de Justicia insiste en la jurisprudencia anterior y, en particular, señala: «La noción de independencia supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales 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, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones. Pues bien, al igual que la inamovilidad de los miembros del órgano en cuestión, el hecho de que estos perciban un nivel de retribuciones en consonancia con

la importancia de las funciones que ejercen constituye una garantía inherente a la independencia judicial».

Ahora bien y en el caso concreto, la reducción salarial no se aplicó únicamente al juez reclamante o solo a los jueces españoles sino que las medidas tuvieron mayor amplitud afectando «a una serie de cargos públicos y de personas que ejercían funciones en el sector público, incluidos los representantes de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial». Se trató, por tanto, de «medidas generales destinadas a lograr que un conjunto de miembros de la función pública nacional contribuya al esfuerzo de austeridad impuesto por las exigencias imperativas de supresión del déficit presupuestario excesivo del Estado español».

Así pues, a juicio del Tribunal de Justicia la legislación española no ha violado el principio de independencia judicial garantizado por el artículo 19.1.2 TUE.

## 2. *La protección de los consumidores: las cláusulas abusivas, las denominaciones de origen del queso manchego, el seguro de automóviles y el transporte aéreo*

Al Tribunal de Justicia llegan cuestiones cuya solución afecta a nuestra vida cotidiana especialmente como consumidores en relación con las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios, en relación con el consumo del queso, a veces manchego, y como beneficiarios del seguro del automóvil. En otros casos se plantea la cuestión de qué tribunales son competentes para que los pasajeros del transporte aéreo reclamen sus derechos.

Se hizo esperar la *sentencia Abanca Corporación Bancaria, C-70/17* y *C-179/1*, dictada por la Gran Sala, que tuvo su origen en sendas cuestiones prejudiciales planteadas por la jurisdicción civil, la Sala de Primera del Tribunal Supremo y el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Barcelona, y que interpreta la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores respecto de préstamos hipotecarios concedidos por los bancos.

En los dos casos se había pactado una cláusula abusiva que consistía en el vencimiento anticipado del préstamo en caso de impago de una cuota y se planteaba cuál era el efecto de la declaración como abusiva.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera abusivas las cláusulas controvertidas en la medida en que, pese a estar inspiradas en la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «establecen que la entidad financiera puede declarar el vencimiento anticipado del contrato y exigir la devolución del préstamo en caso de que el deudor deje de pagar una mensualidad». Por tanto, estas cláusulas no pueden ser aplicadas por los jueces.

En segundo lugar, tampoco cabe que el juez mantenga siquiera parcialmente la aplicación de la cláusula abusiva en la medida en que se menoscabaría directamente el efecto disuasorio dado que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los profesionales.

En tercer lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, la Directiva no impide que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional cuando la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización. La razón de esta regla es reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas. En este caso, la anulación del contrato exigiría el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, lo cual resulta, por lo general, inasumible para un consumidor ordinario.

Por último, el Tribunal de Justicia subraya que el juez nacional debe valorar cuáles son las consecuencias de la anulación de la cláusula abusiva o simplemente de la sustitución de la cláusula abusiva por una normativa española más favorable en caso de seguir el procedimiento de ejecución hipotecaria en vez del procedimiento de ejecución ordinaria.

En definitiva, el Tribunal de Justicia obliga a los jueces españoles a realizar una tarea de protección activa de los consumidores con el fin de que no se produzca el deterioro de la posición procesal de estos consumidores.

El Tribunal de Justicia, a requerimiento de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha interpretado el Reglamento (CE) 510/2006 sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos alimenticios (DOP) mediante la *sentencia Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego*, C-614/17.

El litigio planteado se refería al uso por una empresa de ciertas etiquetas («Adarga de Oro», «Super Rocinante» y «Rocinante» o «Quesos Rocinante») para comercializar quesos que no son de la DOP «queso manchego».

Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial de Albacete consideraron que el uso en el etiquetado de estos quesos de paisajes manchegos y de figuras propias de La Mancha lleva a que el consumidor piense en la región de La Mancha, pero no necesariamente en el queso amparado por la DOP

«queso manchego». No obstante, el Tribunal Supremo acudió al Tribunal de Justicia para preguntarle por el alcance de la evocación y por el consumidor medio, europeo o nacional.

Por una parte, el Tribunal de Justicia considera que «no cabe excluir por principio la posibilidad de que unos signos figurativos sean capaces de traer directamente a la mente del consumidor, como imagen de referencia, los productos amparados por una denominación registrada en razón de su proximidad conceptual a tal denominación».

Por otra parte y a juicio del Tribunal de Justicia, el concepto de consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, a cuya percepción ha de atender el tribunal nacional para determinar si existe una «evocación», debe entenderse referido a los consumidores europeos, incluidos en este caso los consumidores de España donde se fabrica el queso que da lugar a la evocación de la denominación protegida de «queso manchego» o al que tal denominación está vinculada geográficamente, La Mancha, donde este queso se consume mayoritariamente.

El otro caso tiene su origen también en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y la pregunta se refiere a la interpretación de la Directiva 2009/103/CE relativa al seguro de automóviles. La *sentencia Línea Directa Aseguradora*, C-100/18, resuelve la cuestión de quién debe responder por el incendio de un vehículo prácticamente nuevo que ardió en el mismo garaje donde estaba aparcado debido a fallos en su propio circuito eléctrico.

De acuerdo con su propia jurisprudencia, el Tribunal de Justicia recuerda que el concepto de «circulación de vehículos» que figura en la Directiva 2009/103/CE no se limita a las situaciones de circulación vial, es decir, a la circulación por la vía pública sino que incluye cualquier utilización de un vehículo que sea conforme con su función habitual. El estacionamiento y el período de inmovilización del vehículo son estadios naturales y necesarios que forman parte integrante de su utilización como medio de transporte.

Por tanto, la Directiva 2009/103 se aplica a un vehículo estacionado en un garaje privado de un inmueble que comenzó a arder, provocando un incendio que se originó en el circuito eléctrico del vehículo y causando daños en el inmueble, aun cuando el vehículo llevara más de 24 horas parado en el momento en que se produjo el incendio.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Gerona le preguntó al Tribunal de Justicia por la competencia para conocer de un litigio de reclamación de indemnización por retraso en un vuelo de un consumidor que había comprado en línea un billete de avión para un vuelo entre Oporto y Barcelona operado por Ryanair. El demandante no reside en España y la compañía aérea tiene su sede en Irlanda y en Gerona solo tiene una sucursal.



En la *sentencia ZX / Ryanair*, C-464/18, el Tribunal de Justicia interpreta el Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y llega a la conclusión de que «será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado». En este caso, sin embargo, Ryanair no compareció y el demandante no había tenido ninguna relación con la sucursal de Ryanair en Gerona pues había adquirido el billete en línea. Por tanto, a juicio del Tribunal de Justicia el Juzgado gerundense no es competente para conocer del litigio en cuestión.

### 3. *La protección de los derechos de los trabajadores: la jornada laboral, los trabajadores temporales y la pensión de las trabajadoras a tiempo parcial*

La dimensión social del mercado único europeo está teniendo unos efectos extraordinarios en el Derecho español. El Tribunal de Justicia no ha dejado de ampliar con su interpretación prejudicial los derechos de los trabajadores en los tradicionales ámbitos de la jornada laboral, la protección de los empleados temporales y de las trabajadoras a tiempo parcial.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en un conflicto colectivo entre el sindicato Comisiones Obreras y la empresa Deutsche Bank sobre el establecimiento de un sistema de registro de la jornada laboral diaria que realiza su plantilla con el fin de comprobar el cumplimiento de los horarios y las horas extraordinarias. En su reenvío prejudicial la Audiencia Nacional cuestiona la interpretación que sostiene el propio Tribunal Supremo.

En la *sentencia CCOO / Deutsche Bank*, C-55/18, la Gran Sala del Tribunal de Justicia parte de la consagración de un derecho fundamental de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal para, a continuación, interpretar la Directiva 2003/88/CE relativa a la ordenación del tiempo de trabajo.

Después de un interesante razonamiento sobre la posición de debilidad de los trabajadores en la relación laboral («el trabajador debe ser considerado la parte débil de la relación laboral, de modo que es necesario impedir que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos»), el Tribunal de Justicia concluye que para garantizar el efecto útil de los derechos recogidos en la Directiva 2003/88 y del derecho fundamental consagrado en el artículo 31.2 de la Carta, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

Finalmente, el Tribunal de Justicia insiste en que ni el coste económico de la medida ni la interpretación distinta del Tribunal Supremo español son obstáculo para la aplicación la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

En dos sentencias y un auto del Tribunal de Justicia se aborda la aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada por lo que se refiere a la indemnización por cese del personal temporal y la carrera profesional de los empleados públicos.

La *sentencia Cobra Servicios Auxiliares / FOGASA y otros*, C-29/18, C-30/18 y C-44/18, resuelve sendos reenvíos prejudiciales remitidos por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que preguntaba si se producía discriminación entre trabajadores fijos y temporales a la hora de recibir una indemnización por finalización del contrato de trabajo, en el primer caso como consecuencia de un despido colectivo, y en el segundo por haber llegado a término el contrato. En el caso de los fijos la indemnización es de 20 días por año de servicio y en el de los temporales por obra o servicio la indemnización está fijada en 12 días por año.

En este caso el Tribunal de Justicia interpreta la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada incorporado en la Directiva 1999/70/CE y, teniendo en cuenta los más recientes desarrollos de 2018 (*sentencias Montero Mateos*, C-677/16, EU:C:2018:393, *Grupo Norte Facility*, C-574/16, EU:C:2018:390; y *de Diego Porras*, C-619/17, EU:C:2018:936), indica que la legislación española está justificada porque las partes de un contrato de trabajo de duración determinada conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determina su término; en cambio, en el supuesto de un despido colectivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de los trabajadores fijos es preciso compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación laboral por una causa de esta índole y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador pueda albergar, en tal fecha, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación.

En el *auto CCOO / UGT de Galicia y otros (Universidad de Santiago de Compostela)*, el Tribunal de Justicia, aplicando la *jurisprudencia Montero Mateos*, llega a la conclusión de que la normativa española que no prevé conceder indemnización alguna al término de los contratos laborales predoctorales está justificada.

La equiparación de los empleados públicos temporales con los fijos no ofrece margen alguno de aplicación a los jueces españoles. En realidad, la cláusula 4.1 del Acuerdo opera como límite a la configuración de las condiciones de trabajo que establezca la legislación española que queda sometida al control permanente por los jueces españoles.

La *sentencia Ustariz Aróstegui*, C-72/18, responde una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Pamplona en relación con la reserva de la carrera profesional en Navarra únicamente a los funcionarios de carrera, dejando fuera a los contratados en régimen administrativo.

Un profesor que presta servicios desde 2007 en centros educativos de Navarra en régimen de contratación administrativa y que, por tanto, excluido por la legislación autonómica navarra del régimen de carrera profesional, reclamaba este complemento retributivo.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia anterior en relación con casos españoles y respecto de los trienios, los sexenios por formación permanente, la participación en un plan de evaluación profesional y los correspondientes incentivos económicos en caso de evaluación positiva y la participación en un régimen de carrera profesional horizontal que da lugar al abono de un complemento retributivo, equiparando a empleados públicos temporales y fijos.

En este caso y frente a las objeciones planteadas por el Gobierno español y el Gobierno navarro sobre las peculiaridades de la función pública respecto de las relaciones contractuales (administrativos y laborales), el Tribunal de Justicia puntualizó: «basta con que los trabajadores con un contrato de duración determinada sean tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentren en una situación comparable para que los primeros puedan reivindicar que se les aplique dicha cláusula [de equiparación entre temporales y fijos]».

El Tribunal de Justicia admite que los funcionarios públicos tengan una regulación específica en materia de acceso a la condición de funcionarios de carrera y sus condiciones de trabajo, sin embargo, considera contrario a la jurisprudencia europea un requisito genérico y abstracto según el cual una persona debe ser funcionario de carrera para poder tener derecho al complemento retributivo de carrera profesional o del grado, según la terminología de la legislación navarra. En efecto, la clave de la equiparación entre funcionarios de carrera y otros empleados públicos temporales está en que el complemento retributivo controvertido se concede a los funcionarios por el mero hecho de haber cubierto el tiempo de servicios requerido y no afecta a su posición en el sistema de carrera profesional. La perversión del sistema de carrera profesional reservada en exclusiva a funcionarios de carrera o a laborales fijos se pone de manifiesto cuando, como ocurre en Navarra, el tiempo de servicios prestados mediante contratos en régimen administrativo de duración determinada se tiene en cuenta íntegramente en el momento del nombramiento definitivo como funcionario de carrera.

En fin, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la igualdad entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social y considera, en su *senten-*

cia *Villar Láz*, C-161/18, que la legislación española para el cálculo de la pensión de jubilación de trabajadoras a tiempo parcial es contraria a la Directiva 79/7/CEE sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato.

Sobre esta misma cuestión ya se había pronunciado el Tribunal de Justicia en 2012 con la *sentencia Elbal Moreno*, C-385/11, EU:C:2012:746, y en 2015 con la *sentencia Cachaldora Fernández*, C-527/13, EU:C:2015:215, que habían obligado a cambiar la legislación española que discriminaba a las trabajadoras a tiempo parcial.

Pues bien, la Sala de lo Social del Tribunal Superior castellano-leonés cuestionó ante el Tribunal de Justicia el nuevo modo de calcular la pensión de jubilación de una trabajadora que en parte de su vida laboral había trabajado a tiempo parcial. Aunque el Tribunal castellano con sede en Valladolid había invocado la Carta, el Tribunal de Justicia solo considera necesario interpretar la Directiva 79/7/CEE.

Siguiendo la argumentación del Tribunal vallisoletano, el Tribunal de Justicia sostiene que lo discriminatorio de la legislación española de Seguridad Social está «en la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial [porque] va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo *pro rata temporis*».

#### 4. *La armonización fiscal de IVA: sentencia Nestrade y sentencia Oro Efectivo*

En este semestre destacan dos sentencias prejudiciales relativas al IVA: una sobre los límites de la devolución de ingresos indebidos y la otra sobre la compatibilidad del IVA con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales aplicable a la compra de oro a los particulares.

En primer lugar, la *sentencia Nestrade*, C-562/17, es una respuesta a un reenvío prejudicial de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional referido a la aplicación de la Directiva 86/560/CEE, es decir, la 13.<sup>a</sup> Directiva sobre el IVA y la devolución a los sujetos pasivos no establecidos en la Unión.

En este caso se planteaba la aplicación del derecho a la devolución del IVA por una sociedad establecida en Suiza respecto de dos facturas cuya devolución ya había sido denegada mediante una resolución firme de la Agencia Tributaria, por no haber atendido Nestrade los requerimientos de

información de la Agencia ni haber recurrido la resolución denegatoria de la devolución dentro del plazo.

A juicio del Tribunal de Justicia, «la posibilidad de presentar una solicitud de devolución del excedente del IVA sin ninguna limitación temporal sería contraria al principio de seguridad jurídica, que exige que la situación fiscal del sujeto pasivo, en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones frente a la Administración tributaria, no pueda cuestionarse indefinidamente».

No obstante, este principio tiene límites dado que los plazos que se establezcan deben ser razonables y en interés de la seguridad jurídica, que protege tanto al contribuyente como a la Administración.

Para ello el Tribunal de Justicia examina si los plazos del Derecho tributario español cumplen los principios de equivalencia y efectividad.

Por una parte, a juicio del Tribunal de Justicia la Agencia Tributaria no vulneró el principio de equivalencia dado que la firmeza del acto derivada del artículo 219 de la Ley General Tributaria no se aplica de manera diferente en función de que se trate del Derecho de la Unión o del Derecho español.

Y, por otra parte, tampoco la Agencia Tributaria conculcó el principio de efectividad dado que los plazos para remitir la información requerida o para recurrir la resolución tributaria desestimatoria «no hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, aun cuando, por definición, el transcurso de estos plazos dé lugar a la desestimación, total o parcial, de la acción ejercitada».

En segundo lugar, en la *sentencia Oro Efectivo*, C-185/18, el Tribunal de Justicia contesta una cuestión prejudicial de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y considera compatible el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP), aplicable a la adquisición de oro de particulares sin que quepa aplicar las deducciones correspondientes, con el IVA que se aplica en el momento de su reintroducción en el circuito comercial.

A preguntas del Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia recuerda que el ITP no tiene el carácter de IVA. Asimismo, confirma que la aplicación simultánea del ITP y del IVA puede vulnerar el principio de neutralidad fiscal en materia de IVA. Sin embargo, el ITP es un impuesto no armonizado en el marco de la Directiva sobre el IVA por lo que no es posible que vulnere la neutralidad del sistema común del IVA. De modo que la armonización fiscal europea no impide que haya una normativa española sobre el ITP aplicada a la compra de oro de los particulares y que luego la empresa que lo adquiere lo transforma y reintroduce en el mercado quede sometida al IVA.

### 5. *La Directiva de servicios y la «bombona de butano»*

El Tribunal de Justicia, a requerimiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, ha dictado la *sentencia Repsol Butano y DISA Gas, C-473/17 y C-546/17*, en la que, si bien considera que la tradicional legislación española sobre el precio máximo de la bombona de gas y la obligación de su reparto domiciliario no es contraria al Derecho de la Unión, debe mantenerse temporalmente y debe ser proporcionada al objetivo de interés económico general perseguido, en los términos de la Directiva de servicios.

Repsol y DISA habían impugnado la nueva regulación establecida por la Orden ministerial IET/389/2015 que actualiza el sistema de precios máximos de venta de los gases licuados del petróleo envasados, en lo que se refiere al precio de la tradicional bombona de butano y su reparto domiciliario.

El Tribunal de Justicia indica que en el caso de las bombonas no es aplicable la Directiva 2003/55/CE sobre el mercado interior del gas natural. En cambio, es aplicable la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior por cuanto la fijación de un precio máximo de las bombonas de gas y la imposición a determinados operadores de su suministro domiciliario constituyen una restricción a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios.

De conformidad con la Directiva de servicios, estas restricciones podrían estar justificadas siempre y cuando se limiten en el tiempo con el fin de no perpetuar un obstáculo a la realización del mercado único. Por lo que la Directiva de servicios obliga a las autoridades españolas a reexaminar periódicamente, a intervalos no demasiado amplios, la necesidad y las modalidades de su intervención en función de la evolución del mercado.

Asimismo, estas restricciones deben ser proporcionadas en lo que se refiere al ámbito de aplicación personal, más concretamente, en cuanto a sus beneficiarios. Así ocurre cuando tales medidas están dirigidas a los consumidores domésticos y no a las empresas y en la medida en que pretendan el abastecimiento de energía a consumidores vulnerables a un precio razonable.

### 6. *Los derechos exclusivos en materia de servicios postales*

El Tribunal de Justicia pone fin, con la *sentencia Asendia Spain, C-259/18*, a la aplicación de una legislación española que confería a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, operador encargado del servicio postal universal en España, un derecho exclusivo a la distribución de otros medios de franqueo que no fuesen los sellos de correos.

El litigio se planteó ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid ante el que Correos había demandado a Asendia Spain por competencia desleal al haber comercializado esta empresa unos medios de franqueo distintos de los sellos.

El Tribunal de Justicia interpreta que la legislación española que garantiza a Correos la distribución de medios de franqueo distintos de los sellos de correos es contraria a la Directiva 97/67/CE relativa al mercado interior de los servicios postales.

Esto no impide que el artículo 8 de la Directiva 97/67 haya reconocido el derecho de las autoridades nacionales a organizar la instalación de buzones en la vía pública, la emisión de sellos de correos y el servicio de correo certificado utilizado en el marco de procedimientos judiciales o administrativos.

El Juzgado madrileño de lo Mercantil le preguntó al Tribunal de Justicia si los operadores postales privados debían disponer de establecimientos físicos de atención al público para poder distribuir y comercializar los medios de franqueo distintos de los sellos, pero el Tribunal de Justicia inadmitió esta pregunta.

Sobre el particular, el Tribunal de Justicia insiste en las previsiones del artículo 94 del Reglamento de Procedimiento, «cuyo contenido se presume conocido por el órgano jurisdiccional remitente y que este debe respetar escrupulosamente, en el marco de la cooperación instaurada en el artículo 267 TFUE», así como el apartado 15 de las Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (publicadas en el *DOUE* n.º C 257, 20 de julio de 2018).

Y a continuación señala el Tribunal de Justicia que el Juzgado madrileño no define el contexto fáctico y normativo en que se inscribe esta pregunta y no explica por qué razón considera que procede deducir del artículo 33.e), de la Ley española 43/2010 que los operadores postales privados deben disponer de establecimientos físicos de atención al público para comercializar medios de franqueo distintos de los sellos.

## 7. *Las contribuciones de las empresas de telecomunicaciones en la financiación de la radiotelevisión pública*

En respuesta a tres cuestiones prejudiciales de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, el Tribunal de Justicia dictó el *auto Telefónica Móviles España*, C-119/18 a C-121/18, donde interpreta la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización).

Telefónica, Orange y Vodafone fueron obligadas por una Ley de 2009 a hacer una aportación anual para financiar a la Corporación RTVE debido al impacto positivo para el sector de las telecomunicaciones de la nueva regulación por la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil y por la supresión de la publicidad y la renuncia a contenidos de pago o acceso condicional de RTVE.

A juicio del Tribunal de Justicia las aportaciones financieras anuales exigidas a estas empresas de telecomunicaciones no son contrarias a la Directiva ni se aplica la Directiva de autorización.

El Tribunal de Justicia explica, en primer lugar, que la Directiva de autorización impide que las autoridades nacionales puedan recaudar cánones o gravámenes sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en la Directiva.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia precisa que la Directiva de autorización prevé que las tasas que se impongan a los operadores que sean titulares de autorizaciones generales tendrán por objeto exclusivo los gastos administrativos correspondientes a cuatro actividades administrativas: la expedición, la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorizaciones generales.

Ahora bien y en tercer lugar, el Tribunal de Justicia puntualiza que las aportaciones financieras exigidas a Telefónica, Orange y Vodafone, cuyo pago no es condición previa para obtener la autorización general y que van en definitiva a cargo del consumidor del servicio de televisión, no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de autorización.

#### IV. Relación de las sentencias comentadas

TJUE, sentencia de 23 de enero de 2019, Presidenza del Consiglio dei Ministri / Fallimento Traghetti del Mediterraneo, C-387/17, EU:C:2019:51 (ayudas de Estado e indemnización).

TJUE, sentencia de 7 de febrero de 2019, Escribano Vindel / Ministerio de Justicia, C-49/18, EU:C:2019:106 (independencia económica de los jueces).

TJUE, sentencia de 14 de febrero de 2019, Nestrade / AEAT y TEAC, C-562/17, EU:C:2019:115 (devolución de IVA y actos firmes).

TJUE (Gran Sala), sentencia de 26 de febrero de 2019, Rimšēvičs y BCE / Letonia, C-202/18 y C-238/18, EU:C:2019:139 (independencia del Banco Central nacional).

TJUE (Gran Sala), sentencia de 12 de marzo de 2019, Tjebbes, C-221/17, EU:C:2019:189 (pérdida de la nacionalidad holandesa por residencia fuera de los Países Bajos y el interés superior del menor).

TJUE (Gran Sala), sentencia de 19 de marzo de 2019, Jawo / Bundesrepublik Deutschland, C-163/17, EU:C:2019:218 (traslado de gambiano de Alemania a Italia en aplicación del procedimiento de Dublín III y sus derechos fundamentales).



- TJUE (Gran Sala), sentencia de 19 de marzo de 2019, Ibrahim y otros / Bundesrepublik Deutschland y Bundesrepublik Deutschland / Magamadov, C-297/17, C-318/17, C-319/17 y C-438/17, EU:C:2019:219 (palestinos apátridas residentes en Siria que entró en la UE por Bulgaria y checheno que entró por Polonia).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 19 de marzo de 2019, Préfet des Pyrénées-Orientales / Arib y otros, C-444/17, EU:C:2019:220 (controles en la frontera franco-española, como frontera interior, sobre un marroquí).
- TJUE, auto de 19 de marzo de 2019, Sindicato Nacional de CCOO de Galicia / Unión General de Trabajadores de Galicia (UGT), Universidad de Santiago de Compostela, Confederación Intersindical Gallega, C-293/18, EU:C:2019:224 (no indemnización por cese de temporales, contratos predoctorales en la Universidad, puede estar justificada).
- TJUE, auto de 19 de marzo de 2019, Telefónica Móviles España y otros / TEAC, C-119/18 a C-121/18, EU:C:2019:231 (autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia / García Salamanca Santos y otros, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250 (cláusulas abusivas y facultad del juez).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 2 de abril de 2019, Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie / H. y R., C-582/17 y C-583/17, EU:C:2019:280 (determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional).
- TJUE, sentencia de 4 de abril de 2019, OZ / BEI, C-558/17 P, EU:C:2019:289 (procedimiento en materia de acoso laboral en el BEI).
- TJUE, sentencia de 11 de abril de 2019, Repsol Butano y DISA Gas / Administración del Estado, C-473/17 y C-546/17, EU:C:2019:308 (bombona de gas y su reparto domiciliario).
- TJUE, sentencia de 11 de abril de 2019, Cobra Servicios Auxiliares / FOGASA y otros, C-29/18, C-30/18 y C-44/18, EU:C:2019:315 (indemnización de menor importe abonada al finalizar un contrato de trabajo por obra o servicio).
- TJUE, sentencia de 11 de abril de 2019, ZX / Ryanair, C-464/18, EU:C:2019:311 (incompetencia de un juzgado de Gerona para conocer de la reclamación de la indemnización por retraso de un vuelo).
- TJUE (Pleno), dictamen de 30 de abril de 2019, Avis 1/17, EU:C:2019:341 (sistema de solución de litigios del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la UE).
- TJUE, sentencia de 2 de mayo de 2019, Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego / Industrial Quesera Cuquerella y Cuquerella Montagud, C-614/17, EU:C:2019:344 (protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios: queso manchego).
- TJUE, sentencia de 2 de mayo de 2019, Sociedad Estatal Correos y Telégrafos / Asencia Spain, C-259/18, EU:C:2019:346 (mercado interior de los servicios postales).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 7 de mayo de 2019, (Monje Ireneo) Monachos Eirinaios / Dikigorikos Syllogos Athinon, C-431/17, EU:C:2019:368 (ejercicio de la profesión de abogado en Grecia por un monje con título chipriota).

- TJUE, sentencia de 8 de mayo de 2019, Villar Láz / INSS y TGSS, C-161/18, EU:C:2019:382 (discriminación indirecta en el cálculo de la pensión de jubilación de trabajadoras a tiempo parcial).
- TJUE, sentencia de 8 de mayo de 2019, PI / Landespolizeidirektion Tirol, C-230/18, EU:C:2019:383 (libertades económicas y ejercicio de la prostitución).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de mayo de 2019, Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) / Deutsche Bank, S.A.E., C-55/18, EU:C:2019:402 (sistema de registro de la jornada laboral diaria realizada por sus trabajadores).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 27 de mayo de 2019, Minister for Justice and Equality / OG y PI (Fiscalía de Lübeck y Fiscalía de Zwickau), C-508/18 y C-82/19 PPU, EU:C:2019:456 (Ministerio Fiscal y orden europea de entrega en Alemania).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 27 de mayo de 2019, Minister for Justice and Equality / PF (Fiscal General de Lituania), C-509/18, EU:C:2019:457 (Ministerio Fiscal y orden europea de entrega en Lituania).
- TJUE, sentencia de 12 de junio de 2019, Oro Efectivo, S.L. / Diputación Foral de Bizkaia, C-185/18, EU:C:2019:485 (IVA e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales aplicable a la adquisición de oro de particulares).
- TJUE, sentencia de 13 de junio de 2019, Correia Moreira, C-317/18, EU:C:2019:499 (cesión de trabajadores y acceso al empleo público).
- TJUE, sentencia de 20 de junio de 2019, Ustariz Aróstegui, C-72/18, EU:C:2019:516 (carrera profesional de empleados públicos en Navarra).
- TJUE, sentencia de 20 de junio de 2019, Línea Directa Aseguradora, C-100/18, EU:C:2019:517 (cobertura del seguro obligatorio los daños causados por el incendio de un vehículo).

## 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.