

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-64-2021pp139-183>

Sumario: I. Introducción.—II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del Derecho de la Unión Europea 1. La Carta y la interpretación de los derechos fundamentales a) No siempre se aplica la Carta b) La igualdad por razón del sexo y la igualdad de oportunidades c) El derecho a la protección de datos personales: transferencia internacional y seguridad nacional d) Las creencias religiosas de los pacientes y la asistencia sanitaria en la Unión e) Las limitaciones de la legislación bancaria italiana al derecho de propiedad, la libertad de empresa y la libre circulación de capitales 2. El espacio de libertad, seguridad y justicia a) El retorno y la expulsión de los no comunitarios b) Los refugiados y el abuso en la solicitud de asilo 3. El mercado único europeo a) La libre circulación de los trabajadores b) La libertad de establecimiento y la libertad de cátedra en Hungría de las universidades de otros países de la OMC y del EEE c) La Directiva de servicios, los apartamentos compartidos y las aplicaciones para taxis d) Contratación pública: ¿algún contrato puede salirle gratis a la Administración? e) El alcance de la tutela judicial efectiva y la cooperación administrativa en materia tributaria f) Las ayudas *de minimis* y la acumulación de ayudas 4. Las políticas europeas a) Los derechos sociales en la Unión: el empleo temporal y la vacaciones b) La protección de los consumidores y el uso de tarjetas bancarias c) La neutralidad en la red.—III. Segunda parte. La jurisprudencia europea, los jueces españoles y sus efectos en el Derecho interno 1. Las medidas cautelares de quien pierde el escaño en el Parlamento Europeo 2. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ya no podrá plantear cuestiones prejudiciales 3. Las sentencias en materia de extranjería: *sentencia Subdelegación del Gobierno en Barcelona* y *Subdelegación del Gobierno en Guadalajara* 4. Las sentencias sobre cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios 5. La protección de los pasajeros del transporte aéreo 6. Las tasas a los servicios de comunicaciones 7. La protección frente a los despidos colectivos 8. La protección de los derechos de autor de intérpretes y productores en la reproducción de fonogramas 9. La fiscalidad de la energía y los hidrocarburos.—IV. Relación de las resoluciones judiciales comentadas.

I. Introducción

Cuando se crearon las Comunidades Europeas el mercado común era lo que importaba. Cuando se intuyó en el Acta Única Europea un espacio de libertad, seguridad y justicia la cooperación judicial resultaba esencial. En el siglo XXI ya no solo importan el mercado, o la libertad, la seguridad y la justicia sino que la Unión Europea también se preocupa por el Estado de Derecho.

El 30 de septiembre de 2020 la Comisión Europea presentó su primer *Informe sobre el Estado de Derecho*, COM (2020) 580 final, del que destaca, precisamente, que se haya elaborado este documento y los temas abordados. El informe se ocupa, básicamente, de cuatro cuestiones: el sistema judicial, el marco de la lucha contra la corrupción, el pluralismo de los medios de comunicación y otras cuestiones institucionales relativas a los controles y equilibrios entre los poderes.

En un examen individualizado ofrece respecto de España una situación bastante aceptable en los distintos parámetros tenidos en cuenta, que van desde los genéricos «la percepción de la independencia judicial se sitúa en un nivel mediano» o «la utilización de herramientas TIC está bien asentada en el sistema judicial y prosigue la inversión en digitalización», hasta «la duración de los procedimientos judiciales en España está aumentando».

Así pues, la calidad y la eficiencia del Estado de Derecho reposan, en último término, en sus jueces y precisamente si en esta *Crónica* me vengo ocupando de la actividad del Tribunal de Justicia pocas veces he leído un estudio tan esclarecedor como el de Christoph Krenn (2020), «A Sense of Common Purpose. On the Role of Case Assignment and the Judge-Rapporteur at the European Court of Justice», *MPIL Research Paper Series* | No. 2020-31, del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, de Heidelberg. Este revelador estudio analiza dos cuestiones clave y con gran trascendencia en un tribunal colegiado: la designación del juez ponente y la atribución de los asuntos a las distintas salas del mismo tribunal.

El análisis resulta muy ilustrativo de la vida interna del Tribunal de Justicia y de la importante función que desempeña el presidente, en este caso del presidente K. Lenaerts, y del reparto de ponencias en la Gran Sala que permite elaborar un listado de los jueces más activos, que constituyen el *elite group*, como el juez danés Bay Larsen o la juez holandesa Prechal, en la orientación de la jurisprudencia europea; y que da cuenta de la existencia, en realidad, de una «jerarquización interna» en el mismo Tribunal de Justicia (Gran Sala, Salas de 5 y Salas de 3 jueces).

Ahora bien, esta situación, inevitable en un Tribunal de Justicia de 27 miembros, más los 11 Abogados Generales, lleva a frecuentes divergen-

cias entre las sentencias de tal modo que lo que gana la Gran Sala en autoridad lo pierde en coherencia argumentativa. Y a la inversa, la coherencia argumentativa de un auto que resuelve una sencilla cuestión prejudicial de manera elocuente, lo pierde en los matices de una Sala con 3 o 5 jueces o la Gran Sala y no digamos si se convocase el excepcional Pleno. Así ocurre, a mi juicio, con el *auto Câmara Municipal de Gondomar*, C-135/20, conforme al cual la cláusula 5 del acuerdo marco de la Directiva 1999/70 impide la aplicación de la legislación portuguesa que prohíbe de manera absoluta y en el sector público la transformación de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de duración indeterminada en la medida en que esta legislación no cuenta con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de los contratos de duración determinada sucesivos (apartado 26).

Nuevamente, también en el Tribunal de Justicia su calidad depende de quienes hayan sido elegidos jueces. Históricamente el poder de los Estados ha sido omnímodo y eso explica el modo abrupto en que ha terminado el *asunto Sharpston*. Como ya había comentado en la anterior *Crónica*, la magnífica abogada general británica Eleanor Sharpston, una vez que el Reino Unido se retiró de las instituciones de la Unión el 31 de enero de 2020, pretendió continuar hasta el término de su mandato, el 6 de octubre de 2021.

La Sra. Sharpston interpuso ante el Tribunal General un recurso contra el Consejo y contra los Representantes de los Estados miembros, T-180/20, y otro contra el Tribunal de Justicia, T-184/20, por haber puesto en marcha el procedimiento de renovación del puesto de abogado general que concluyó el 2 de septiembre de 2020 con el nombramiento por los Representantes de los Estados miembros de un nuevo abogado general, el presidente del Consejo de Estado griego Athanasios Rantos, que también fue recurrido ante el Tribunal General, T-550/20.

La primera batalla de la Sra. Sharpston fue obtener la suspensión cautelar del nuevo nombramiento. Así lo acogió el 4 de septiembre de 2020 el Tribunal General. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, a través de su Vicepresidenta Silva de Lapuerta, en sendos autos de 10 de septiembre de 2020, anula la suspensión cautelar decidida por el Tribunal General y desestima la adopción de la suspensión solicitada (Consejo / Sharpston, C-423/20 P(R), y Representantes de los Estados Miembros / Sharpston, C-424/20 P(R).

La clave para adoptar esta decisión del Tribunal de Justicia radica en que el nombramiento de los miembros del Tribunal de Justicia no lo hace el Consejo de la Unión sino un acuerdo común de los representantes de los Estados miembros. En el primer auto el Tribunal de Justicia considera que es inadmisiblemente manifiestamente el recurso contra el Consejo dado que el nombramiento corresponde a los Representantes de los Estados miembros.

En el segundo auto el acuerdo de los Gobiernos de los Estados miembros, según la jurisprudencia, no es susceptible de control jurisdiccional por lo que también desestima la medida cautelar solicitada.

A tal efecto señala la Vicepresidenta, en ambos autos, que la adopción de la medida cautelar requiere acumulativamente el *fumus boni iuris* y la urgencia, pero no hay duda de que, a primera vista, los recursos principales no parece que puedan prosperar.

La decisión cautelar del Tribunal de Justicia tuvo efectos inmediatos hasta el punto de que mediante sendos autos de 6 de octubre de 2020, el Tribunal General desestima los tres recursos principales, T-180/20, T-184/20 y T-550/20, presentados por la antigua abogada general Sharpston.

Esta intrahistoria del Tribunal de Justicia nos permite recordar que los Estados siguen siendo los dueños de los tratados, en especial cuando nombran a los miembros de sus instituciones, pero ello no empuja la obligación de que se garantice un nivel mínimo de competencia profesional. En este sentido, en el artículo antes citado de Christoph Krenn se propone que con datos como los que presenta se evalúe el rendimiento de los jueces. De este modo se evita que los Estados gocen de una suerte de patente de corso, de manera que, como se contaba hace años, hubo algún juez procedente de un pequeño país que en los años 70 fue destinado por su Gobierno a Luxemburgo y dos años después de ocupar el cargo de juez y a la hora de jubilarse seguía sin distinguir la Comisión del Consejo.

Precisamente, con el fin de mejorar estos mecanismos de nombramientos, en España se ha codificado la práctica seguida hasta ahora. De este modo, el Real Decreto 972/2020, de 10 de noviembre, regula el procedimiento de selección para la propuesta de candidaturas por el Reino de España en la designación de miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*BOE* n.º 297, de 11 de noviembre de 2020). Para la designación del juez y del abogado general del Tribunal de Justicia la regla será que continúen aquellos que estén ocupando el cargo si así lo desean, aunque la decisión última corresponde al Gobierno español.

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

Resulta arriesgado buscar una clasificación de la variadísima gama de cuestiones y litigios resueltos por el Tribunal de Justicia y que merecen una breve consideración en esta *Crónica*. Sin embargo, estructurarlos en torno a la Carta y la interpretación de los derechos fundamentales, el espacio de li-

bertad, seguridad y justicia, el mercado interior europeo y las políticas europeas puede ser tan sencillo como útil.

1. *La Carta y la interpretación de los derechos fundamentales*

La Carta ya está omnipresente en las decisiones del Tribunal de Justicia que, sin embargo, ha tenido que advertir sobre los límites de su aplicación. También se han producido desarrollos importantes en materia de igualdad, protección de datos y derecho de propiedad.

a) No siempre se aplica la Carta

El *auto Maler*, C-256/19, inadmite una cuestión prejudicial remitida por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Viena porque en ese supuesto no se aplicaba la Carta. El asunto se refería a dos liquidaciones giradas contra la empresa Maler por un organismo encargado de la gestión y de la liquidación de las indemnizaciones en concepto de vacaciones retribuidas de los trabajadores del sector de la construcción. Este organismo se encarga en Austria de la aplicación de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Ahora bien, la controversia jurídica versaba sobre el reparto de asuntos entre los magistrados del tribunal austriaco y la pregunta aludía al alcance del artículo 47 de la Carta, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, en relación con el artículo 19.1.2 TUE en cuanto que obliga a los Estados miembros a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual «los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas».

Sin embargo y con el fin de despejar cualquier duda respecto de otros asuntos en que parecía que no había Derecho de la Unión aplicable, el Tribunal de Justicia matiza que su respuesta se debía a que «la interpretación prejudicial solicitada al Tribunal de Justicia podía influir en la cuestión de la determinación del órgano jurisdiccional competente para resolver sobre el fondo de los litigios relativos al Derecho de la Unión». Lo que, sin embargo, no ocurre en este caso en el que «las referidas cuestiones prejudiciales no versan sobre una interpretación del Derecho de la Unión que responda a una necesidad objetiva para la resolución de dicho litigio, sino que tienen carácter general».

b) La igualdad por razón del sexo y la igualdad de oportunidades

En dos importantes sentencias el Tribunal de Justicia aborda el derecho fundamental a la igualdad entre mujeres y hombres. La primera se refiere a la maternidad y la segunda al alcance de este derecho fundamental en los funcionarios de las instituciones europeas.

La *sentencia Syndicat CFTEC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle, C-463/19*, resuelve la cuestión de si es discriminatorio un convenio colectivo francés que reserva a las trabajadoras que crían a sus hijos el derecho a un permiso una vez expirado el permiso legal de maternidad, mientras que los trabajadores carecen de este permiso.

La respuesta del Tribunal de Justicia es que no hay discriminación cuando el permiso adicional concedido tenga por objeto la protección de las trabajadoras tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en lo que se refiere a su maternidad.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia insiste en cómo concibe el trato que debe dispensarse a una trabajadora embarazada o que acaba de dar a luz: por una parte, el derecho al permiso de maternidad reconocido a favor de las trabajadoras embarazadas debe considerarse un medio de protección del Derecho social que reviste particular importancia; y, por otra parte, las modificaciones sustanciales en las condiciones existenciales de la mujer durante el período limitado de al menos catorce semanas que precede y sigue al parto constituyen un motivo legítimo para suspender el ejercicio de su actividad profesional, sin que ni las autoridades públicas ni los empresarios puedan cuestionar en modo alguno la legitimidad de dicho motivo.

El Tribunal de Justicia distingue entre dos tipos de protección de las mujeres trabajadoras: la vinculada a la maternidad de la mujer trabajadora y la relativa al cuidado de los hijos. En el primer caso la maternidad incluye a la embarazada y a la que haya dado luz; pero también el período de descanso por maternidad concedido a la mujer una vez expirado el plazo legal de protección de la Directiva 2006/54, en la medida en que su objetivo es la protección de la mujer tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad. En este caso el período de descanso puede lícitamente reservarse a la madre, con exclusión de cualquier otra persona, habida cuenta de que únicamente la madre puede verse bajo la presión, no deseable, de reanudar prematuramente su trabajo. Como insiste el Tribunal de Justicia este permiso adicional se ha de destinar a proteger la condición biológica de la mujer y las particulares relaciones que mantiene con su hijo durante el período posterior al parto.

Por tanto, el Tribunal de Justicia considera que una vez expirado el permiso legal de maternidad, las legislaciones nacionales pueden reservar a la madre del hijo un permiso adicional cuando dicho permiso la contemple no

como progenitora, sino tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad.

La *sentencia Hebberecht*, C-93/19 P, resulta muy interesante porque el Tribunal de Justicia confirma la interpretación adoptada por el Tribunal General en la aplicación del principio de igualdad en favor de las mujeres que trabajan en el Servicio Europeo de Acción Exterior. Se trataba de la prórroga de Chantal Hebberecht en el puesto de jefa de la Delegación de la Unión en Etiopía. El Alto Representante había nombrado a esta funcionaria en 2013; sin embargo, decidió no prorrogarla en ese puesto en aplicación de su política de rotación y explicó expresamente que no procedía tener en cuenta su condición de mujer.

Ahora bien, el Tribunal General anuló la decisión porque la decisión podría haber sido diferente si no se hubieran excluido las consideraciones sobre la igualdad de sexos; sin embargo, denegó la pretensión indemnizatoria.

El Tribunal de Justicia confirma esta interpretación y resulta reseñable que, en primer lugar, argumente en estos términos: «aun cuando el principio de igualdad entre hombres y mujeres, como derecho subjetivo, no exige para su aplicación medida alguna de ejecución [...] no es este el caso, sin embargo, de las ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales».

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia rechaza tajantemente que «una institución quede dispensada de la obligación de tener en cuenta el principio de igualdad entre hombres y mujeres al adoptar una decisión individual».

Y, en tercer lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres no se limita a las situaciones de competencia entre candidatos (procedimientos de selección), sino que implica asimismo comprobar si el trato dispensado, en este caso a una mujer, se habría dispensado del mismo modo a un hombre situado en una situación comparable (en el supuesto de la petición de prórroga en el puesto).

c) El derecho a la protección de datos personales: transferencia internacional y seguridad nacional

Vuelve el Tribunal de Justicia a desarrollar el derecho a la protección de los datos personales adoptando una firme postura en cuanto a las garantías requeridas para la transferencia internacional de los datos personales y a los supuestos excepcionales en que cabe un control de los datos personales por los servicios de inteligencia amparado en el imperativo de la seguridad nacional.

La Gran Sala se pronunció en la *sentencia Facebook Ireland y Schrems*, C-311/18, sobre la transferencia de datos de los usuarios de Facebook en la UE a los Estados Unidos y su distinto nivel de protección. Maximillian Schrems, ciudadano austríaco y usuario de Facebook, denunció ante el comisario de protección de datos irlandés que Facebook Irlanda, con la que había contratado su acceso a esta red social, había transferido todos sus datos a los Estados Unidos, cuyo nivel de protección no le ofrecía suficientes garantías.

Frente a la desestimación de la autoridad irlandesa de protección de datos, acudió a la High Court de Dublín, que cuestionó la validez de la Decisión 2000/520/CE de la Comisión sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América.

El Tribunal de Justicia resolvió dos problemas: el primero se refería al control de la validez de la Decisión de la Comisión que corresponde ejercer a los particulares o incluso a las autoridades nacionales de protección de datos que, en su caso, pueden o deben acudir a los tribunales nacionales impugnando la decisión de la Comisión Europea y son estos tribunales nacionales los que están obligados a plantearle la cuestión prejudicial.

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia dejó bien claras las obligaciones de las autoridades nacionales en materia de protección de datos.

En primer lugar, cuando una persona, cuyos datos personales han sido o pudieran ser transferidos a un tercer país que haya sido objeto de una decisión de la Comisión, presenta a la autoridad nacional de control una solicitud para la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de esos datos e impugna la compatibilidad de dicha decisión con la protección de la vida privada y de las libertades y derechos fundamentales de las personas, incumbe a la autoridad nacional examinar la solicitud con toda la diligencia exigible (apartado 63).

En segundo lugar, si la autoridad nacional desestima las alegaciones, es el particular quien debe poder acudir a los tribunales para que, en su caso, planteen la cuestión prejudicial de validez; en cambio, si la autoridad nacional estima las alegaciones, es ella misma quien debe poder acudir a los tribunales con el mismo propósito.

Y la segunda cuestión se refería al fondo del asunto, es decir, a si era válida la decisión de la Comisión Europea sobre la transferencia de datos personales a los Estados Unidos.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia constata, por una parte, que «una normativa que permite a las autoridades públicas acceder de forma generalizada al contenido de las comunicaciones electrónicas lesiona el contenido esencial del derecho fundamental al respeto de la vida privada garanti-

zado por el artículo 7 de la Carta»; y, por otra parte, «una normativa que no prevé posibilidad alguna de que el justiciable ejerza acciones en Derecho para acceder a los datos personales que le conciernen o para obtener su rectificación o supresión no respeta el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 47 de la Carta». En este sentido, el Tribunal de Justicia comprueba que la Comisión no manifestó en la Decisión 2000/520 que Estados Unidos «garantizaba» efectivamente un nivel de protección adecuado en razón de su legislación interna o sus compromisos internacionales.

Y, en segundo lugar, el Tribunal de Justicia también comprueba que en la Decisión de la Comisión Europea se priva a las autoridades nacionales de control de las facultades que les atribuye el artículo 28 de la Directiva 95/46 en el supuesto de que una persona alegue factores que puedan afectar a la compatibilidad de una decisión de la Comisión, que haya constatado con fundamento en esa Directiva que un tercer país garantiza un nivel de protección adecuado, con la protección de la vida privada y de las libertades y derechos fundamentales de las personas.

La falta de tales garantías conduce al Tribunal de Justicia a anular la Decisión europea de transferencia de datos a los Estados Unidos.

Otras dos sentencias se refieren a los límites a la protección de datos personales y las comunicaciones electrónicas cuando están implicadas la seguridad nacional y la lucha contra la criminalidad grave.

El Tribunal de Justicia, en su formación de Gran Sala, se pronunció en la *sentencia La Quadrature du Net*, C-511/18, C-512/18 y C-520/18, provocada por el Consejo de Estado francés y del Tribunal Constitucional belga, y en la *sentencia Privacy International*, C-623/17, procedente del *Investigatory Powers Tribunal* británico.

En la primera sentencia se resolvía la cuestión de la conformidad de la legislación francesa y belga que imponían a los proveedores de servicios la obligación de conservación de datos electrónicos por razones de seguridad pública y de orden público. En el caso británico la cuestión se refería a la transmisión generalizada e indiferenciada de datos de tráfico y de localización en relación con la protección de la seguridad nacional, con la actuación de los servicios secretos.

En la *sentencia La Quadrature du Net* el Tribunal de Justicia señala, con carácter general, que la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas permite a los Estados miembros adoptar medidas legales para limitar el alcance de los derechos y las obligaciones que reconoce cuando tal limitación constituya una medida necesaria proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de

delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas, refiriéndose, en particular, a aquellas que exijan que los datos se conserven durante un plazo limitado.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia, inspirándose en su jurisprudencia y en la de Estrasburgo, considera justificada tal previsión de la Directiva de modo que no permite que se imponga a los proveedores de servicios una conservación generalizada e indiferenciada de datos relativos al tráfico y de datos de localización de los sistemas de comunicaciones electrónicas.

Sin embargo, prevé dos excepciones: la seguridad nacional y la lucha contra la criminalidad grave.

Por una parte y en cuanto a la seguridad nacional, el Tribunal de Justicia considera que este objetivo es susceptible de justificar medidas que supongan injerencias en los derechos fundamentales más graves de las que podrían justificar otros objetivos. Por tanto, puede establecerse una obligación de conservación de datos de estas características siempre y cuando se trate de una amenaza grave, real y actual contra la seguridad nacional; siempre y cuando esta conservación de los datos sea susceptible de un control efectivo por una jurisdicción o una autoridad administrativa independiente, cuyas decisiones tenga efectos vinculantes y que verifiquen la existencia de una situación de tales características y garantice el respeto de las condiciones y de las garantías que se prevean.

Por otra parte y en lo que se refiere a la lucha contra la criminalidad grave, el Tribunal de Justicia considera que no impide una legislación nacional que imponga, a título preventivo, una conservación bien determinada de datos relativos al tráfico y a los datos de localización para luchar contra la criminalidad grave y la prevención de las amenazas graves contra la seguridad pública siempre y cuando esa conservación sea limitada a lo estrictamente necesario en cuanto a las categorías de datos que deben conservarse, los medios de comunicación previstos, las personas afectadas y la duración de la conservación impuesta.

Ahora bien y de manera específica, el Tribunal de Justicia señala que tal interpretación debe aplicarse sin ningún tipo de restricción temporal por parte de los tribunales nacionales y en virtud del principio de primacía.

En la *sentencia Privacy International* el Tribunal de Justicia subraya, en primer lugar, que la legislación británica, que permite que una autoridad estatal obligue a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas a transmitir a las agencias de seguridad e inteligencia datos de tráfico y de localización con el fin de proteger la seguridad nacional, está sometida a la Directiva 2002/58 sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

Y, en segundo lugar, el Tribunal de Justicia determina el alcance de la excepción que supone la seguridad nacional de modo que «el objetivo de protección de la seguridad nacional puede justificar medidas que supongan

injerencias en los derechos fundamentales más graves que las que podrían justificar esos otros objetivos [de lucha contra la delincuencia en general, incluso grave, y de protección de la seguridad pública]».

No obstante, estas restricciones deben cumplir el principio de proporcionalidad. Esto quiere decir que «las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esta deben establecerse sin sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario» por lo que, a juicio del Tribunal de Justicia, «una normativa nacional que suponga una injerencia en los derechos fundamentales consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta debe respetar los requisitos derivados de la jurisprudencia [del Tribunal de Justicia]».

Esto significa, en definitiva, que cuando la transmisión de los datos de tráfico y de localización tiene lugar de manera generalizada e indiferenciada, afecta de manera global a todas las personas que utilizan servicios de comunicaciones electrónicas, por lo que excede de los límites de lo estrictamente necesario y no puede considerarse justificada en una sociedad democrática.

d) Las creencias religiosas de los pacientes y la asistencia sanitaria en la Unión

La *sentencia Veselības ministrija (Ministerio de Sanidad de Letonia)*, C-243/19, interpreta tanto el Reglamento (CE) n.º 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social como la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

Se trataba de un paciente que iba a someterse a una operación a corazón abierto, prevista en la sanidad pública letona, pero, al ser Testigo de Jehová, no admitió una transfusión de sangre. Esta operación solo podría hacerse en otro país de la Unión Europea, en este caso en Polonia. En instancia y en apelación los tribunales administrativos desestimaron el recurso y en casación el Tribunal Supremo de Letonia recurre al Tribunal de Justicia.

En la interpretación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social el Tribunal de Justicia considera que, en realidad, la negativa a conceder la autorización previa para el tratamiento en otro país establece una diferencia de trato indirectamente basada en la religión.

Sin embargo, examina si tal diferencia de trato se basa en un criterio objetivo y razonable. A tal efecto, el Tribunal de Justicia considera que «no puede excluirse que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social constituya una razón imperiosa de interés general que pueda justificar una diferencia de trato basada en la reli-

gión. El objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos también puede estar comprendido en las excepciones por razones de salud pública, en la medida en que dicho objetivo contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud».

Por tanto, concluye el Tribunal de Justicia, es posible que los sistemas sanitarios nacionales puedan exponerse a un gran número de solicitudes de autorización para recibir asistencia sanitaria transfronteriza basadas en motivos religiosos y no en la situación médica del asegurado, por lo que ni el Reglamento ni la Carta impiden que Letonia deniegue la autorización de la operación en Polonia cuando en Letonia está disponible un tratamiento hospitalario cuya eficacia médica no se pone en duda, pero las creencias religiosas del paciente reprueben el método de tratamiento empleado.

La Directiva 2011/24/UE sobre los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza prevé que el Estado miembro de afiliación, en este caso Letonia, garantice el reembolso de los gastos contraídos por un asegurado que haya recibido asistencia sanitaria transfronteriza, siempre que dicha asistencia sanitaria figure entre las prestaciones a que el asegurado tiene derecho en Letonia. La Directiva determina que los gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza sean reembolsados directamente por el Estado miembro de afiliación hasta la cuantía que habría asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio, sin exceder del coste real de la asistencia sanitaria efectivamente prestada.

Pues bien, puntualiza el Tribunal de Justicia, en el marco de la Directiva 2011/24 y a diferencia de las situaciones reguladas por el Reglamento n.º 883/2004, el Estado miembro de afiliación no estará expuesto, en principio, a una carga económica adicional en el caso de una asistencia transfronteriza, de suerte que tal objetivo no puede, en principio, invocarse para justificar la negativa a conceder la autorización prevista.

De modo que la única justificación para mantener la discriminación indirecta por razón de las creencias religiosas sería que la denegación estuviere objetivamente justificada por una finalidad legítima relativa al mantenimiento de una capacidad de asistencia sanitaria o de una competencia médica y constituyese un medio apropiado y necesario para alcanzarla.

e) Las limitaciones de la legislación bancaria italiana al derecho de propiedad, la libertad de empresa y la libre circulación de capitales

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de interpretar el derecho de propiedad y la libertad de empresa, en relación con la libre circulación de capitales, en la *sentencia OC y otros / Banca d'Italia y otros*, C-686/18.

En este caso se cuestionaba la conformidad de la legislación italiana, aplicada por el Banco Central, que permite establecer un límite máximo a

los activos de los bancos populares constituidos como sociedades cooperativas y que permite limitar el derecho al reembolso de las acciones de los socios que causan baja.

Distintas asociaciones de consumidores habían impugnado la actuación del Banco Central italiano que aplicaba los referidos límites. Sin embargo, los recursos fueron desestimados por el Tribunal Administrativo del Lacio y, en apelación ante el Consejo de Estado, se planteó primero la cuestión de inconstitucionalidad, que fue rechazada, y luego acudió al Tribunal de Justicia.

El hecho de haber ido primero al Tribunal Constitucional y luego al Tribunal de Justicia no resulta relevante pues como dice el Tribunal de Justicia: «la eficacia del Derecho de la Unión se hallaría amenazada y el efecto útil del artículo 267 TFUE quedaría reducido si, como consecuencia de la existencia de un control de constitucionalidad, se impidiera al juez nacional plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales y dar inmediatamente al Derecho de la Unión una aplicación conforme a la resolución o a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia».

Cuatro de las cuestiones planteadas por el Consejo de Estado fueron inadmitidas por falta de argumentación del propio tribunal administrativo italiano. Por eso, el Tribunal de Justicia limita su respuesta a solo dos cuestiones.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que la legislación italiana que permite a los bancos populares limitar el reembolso de sus instrumentos de capital no vulnera la Carta. El Tribunal de Justicia recuerda que los artículos 16 y 17 de la Carta reconocen tanto la libertad de empresa («la protección conferida por el citado artículo implica la libertad para ejercer una actividad económica o mercantil, la libertad contractual y la libre competencia») como el derecho de propiedad. Ahora bien, no se trata de prerrogativas absolutas. La libertad de empresa «puede estar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general». Y en cuanto al derecho de propiedad «su ejercicio puede ser objeto de restricciones, siempre que estas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia del derecho así garantizado». De hecho, la Carta permite introducir limitaciones a los derechos fundamentales mediante ley que garantice su contenido esencial y que estén justificadas y sean proporcionadas.

El Tribunal de Justicia comprueba que la legislación italiana cumple estos requisitos al estar amparada por una ley y las limitaciones están dirigidas a asegurar el buen gobierno del sector bancario cooperativo, su estabilidad y el ejercicio prudente de la actividad bancaria, y contribuyen a evitar

la quiebra de las entidades de que se trata, o incluso el riesgo sistémico, y, por consiguiente, a garantizar la estabilidad del sistema bancario y financiero.

En definitiva, el Tribunal de Justicia considera que «las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y, en caso de que existan, al ejercicio de la libertad de empresa resultantes de una normativa como la que es objeto del asunto principal obedecen efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión».

Del mismo modo y por lo que se refiere a la libre circulación de capitales, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual cabe que las legislaciones nacionales establezcan restricciones siempre y cuando cumplan unos requisitos. En efecto, estas restricciones «pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que pretenden y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo». En este caso vuelve a remitir a la argumentación anterior referida al derecho de propiedad y la libertad de empresa en cuanto que hay razones de interés general que justifican la restricción impuesta por la legislación italiana.

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

En materia de extranjería el Derecho de la Unión tiene como punto de referencia la distinción entre ciudadanos de la Unión y nacionales de terceros países, los «no comunitarios», a lo que habría que añadir la condición especial de los solicitantes de asilo, de los refugiados. En este ámbito la jurisprudencia se pronuncia con profusión. Bastará recordar dos tipos de cuestiones referidas a la expulsión de los no comunitarios y al estatuto de los refugiados.

a) El retorno y la expulsión de los «no comunitarios»

La expulsión de los nacionales de terceros países por estancia irregular sigue ocupando las energías del Tribunal de Justicia. En la *sentencia JZ, C-806/18*, explica si cabe imponer una pena de prisión a quienes permanezca en territorio europeo después de habérselo prohibido. La cuestión prejudicial la planteó el Tribunal Supremo holandés y el Tribunal de Justicia vuelve a matizar su doctrina sobre la Directiva 2008/115/CE para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia admite que las autoridades holandesas recurran al Código penal en materia de extranjería, en particular para imponer una pena de prisión a un no comunitario en situación irregular

respecto del cual ha concluido el procedimiento de retorno y, sin embargo, no ha abandonado el territorio de la Unión, cuando la conducta típica consiste en la estancia irregular con conocimiento de una prohibición de entrada, dictada, principalmente, debido a sus antecedentes penales o al peligro que representa para el orden público o la seguridad nacional.

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia si la obligación de retorno nunca fue cumplida, el no comunitario se encuentra en una situación ilegal derivada de su estancia irregular inicial, y no de una estancia irregular posterior que sea consecuencia de un incumplimiento de la prohibición de entrada.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia hace dos referencias expresas a la necesidad de respetar la jurisprudencia de Estrasburgo en la medida en que, por un parte, la imposición de sanciones penales a los nacionales de terceros países a los que se aplique el procedimiento de retorno y que se hallen en situación irregular en el territorio de un Estado miembro sin que exista un motivo justificado para el no retorno está sujeta al pleno respeto de los derechos fundamentales, y en particular de los que garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos; y, por otra parte, recuerda: «según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la ley que faculta al juez para privar de libertad a una persona debe ser suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad (TEDH, sentencia de 21 de octubre de 2013, *Del Río Prada c. España*, CE:ECHR:2013:1021JUD 004275009, § 125)» (apartado 41).

La Directiva 2008/115/CE para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular ha sido interpretada en las *sentencias CPAS de Lieja, C-233/19*, y *CPAS de Seraing, C-402/19*, donde el Tribunal de Justicia precisa el alcance de la tutela judicial efectiva y de la protección cautelar.

En este caso, el Tribunal de lo Social de Lieja preguntaba al Tribunal de Justicia en dos asuntos relativos a sendos Centros Públicos de Acción Social belgas de Lieja y de la vecina Seraing en los que dos nacionales de terceros países impugnaban las decisiones de retorno por padecer una enfermedad grave en el caso de la primera recurrente o de ser el progenitor del que depende un hijo, aunque sea mayor, aquejado de una grave enfermedad.

A juicio del Tribunal de Justicia, «la tutela judicial efectiva garantizada a un nacional de un tercer país contra el que se ha dictado una decisión de retorno cuya ejecución pueda exponerle a un riesgo real de ser sometido a un trato contrario al artículo 19, apartado 2, de la Carta no sería suficiente si ese nacional de un tercer país no dispusiera de un recurso suspensivo de pleno Derecho contra esa decisión desde el momento de su notificación».

En este sentido, el Tribunal de Justicia equipara lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Carta, es decir «un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes», con la exposición de «un nacional de un tercer país que padece una grave enfermedad a un riesgo grave de deterioro serio e irreversible de su estado de salud».

Pues bien, la protección que confiere el Derecho de la Unión y la primacía incluye la suspensión de las decisiones de retorno por los jueces belgas.

En el caso de la *sentencia CPAS de Seraing*, la enfermedad grave alegada era la de un hijo que dependía del progenitor sobre el que recaía la orden de retorno y al respecto el Tribunal de Justicia señala que las autoridades nacionales deben, en aplicación de la Directiva 2008/115/CE de retorno, velar por que, en la medida de lo posible, se mantenga la unidad familiar con los miembros de la familia en Bélgica, se garantice la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades, y se tomen en consideración las necesidades especiales de las personas vulnerables.

b) Los refugiados y el abuso en la solicitud de asilo

La *sentencia JP / Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C-651/19, interpreta la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional en lo que se refiere a la legislación belga sobre el lugar y el plazo para impugnar la inadmisibilidad de una protección internacional.

La legislación belga se refiere a un supuesto en que, después de haber rechazado una solicitud de asilo de un no comunitario, se le inadmite una solicitud de protección internacional que se le había notificado, a falta de domicilio en Bélgica, en la sede del Comisionado General para los Refugiados y Apátridas dándole un plazo de diez días naturales para recurrir la inadmisión.

En cuanto a la notificación, el Tribunal de Justicia señala: «las normas de procedimiento en materia de notificación de las resoluciones sobre las solicitudes de protección internacional están comprendidas en el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, con sujeción a los principios de equivalencia y de efectividad». Y encarga al juez belga que compruebe si se cumplen en este caso la equivalencia y la efectividad.

No obstante, del examen general que hace el Tribunal de Justicia no se desprende que haya en sí misma una incompatibilidad entre la Directiva y la legislación belga, siempre y cuando se informe a los solicitantes de que, en caso de no designar domicilio a efectos de la notificación de la decisión relativa a su solicitud, se reputará que han designado como domicilio la

sede de la autoridad nacional competente para el examen de esas solicitudes.

En lo que se refiere al plazo, tampoco el Tribunal de Justicia ve ningún obstáculo a la aplicación de la Directiva y del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, debe tratarse de «plazos razonables para que los solicitantes de protección internacional puedan ejercitar su derecho a un recurso efectivo, precisando que los plazos que se establezcan no deben hacer imposible o excesivamente difícil dicho ejercicio».

Aunque es el juez belga quien debe comprobar si tal plazo cumple los principios de equivalencia y efectividad, sobre este último el Tribunal de Justicia señala que se trata de un procedimiento más sencillo que el de la primera solicitud de asilo porque «el solicitante debe limitarse esencialmente a demostrar que podía esgrimir de manera fundada la existencia de circunstancias o datos nuevos respecto de los examinados en el marco de su solicitud anterior». En suma, el escrito de oposición no presenta especial complejidad que exija un plazo superior a los diez días naturales.

3. *El mercado único europeo*

Son numerosas las cuestiones que plantea la realización del mercado interior relativas a las libertades económicas fundamentales, la aplicación de la Directiva de servicios, la contratación pública, la cooperación administrativa tributaria o, en fin, el régimen de ayudas de Estado.

a) La libre circulación de los trabajadores

La Gran Sala se ha pronunciado en la *sentencia Jobcenter Krefeld*, C-181/19, sobre la improcedencia del recorte de los derechos sociales de un trabajador comunitario con hijos escolarizados a su cargo.

Esta sentencia resulta especialmente importante porque subraya el alcance del Reglamento (UE) n.º 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión y el ámbito de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en la Unión. El Reglamento fija un régimen amplio en favor de los trabajadores; en cambio, la Directiva constituye una codificación y una revisión de los instrumentos existentes que trataban separadamente a los asalariados, los trabajadores por cuenta propia, los estudiantes y otras personas inactivas, con el fin de simplificar y reforzar el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión, rebasando así el enfoque sectorial y fragmentario anterior.

En este caso un trabajador polaco vivía Alemania con sus hijas menores escolarizadas, pero al quedar en paro no se le reconoció una ayuda social que había solicitado porque en ese preciso momento estaba buscando empleo.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia puntualiza que los hijos de un polaco que trabaja o ha trabajado en Alemania y el progenitor que ejerce efectivamente su custodia pueden ampararse, en Alemania, en un derecho de residencia autónomo basándose exclusivamente en lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento n.º 492/2011, sin estar obligados a cumplir los requisitos definidos en la Directiva 2004/38, entre ellos, e disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad.

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato se aplica tanto al progenitor como a los hijos del trabajador comunitario de manera que los derechos reconocidos al trabajador de la Unión y a los miembros de su familia pueden subsistir, en determinadas circunstancias, incluso tras la extinción de la relación laboral, sin que se exponga al riesgo si pierde la condición de trabajador, de tener que interrumpir la escolaridad de sus hijos y regresar a Polonia al no poder beneficiarse de las prestaciones sociales que Alemania garantiza a sus propios nacionales y que permitirían a su familia disponer de medios de subsistencia suficientes.

El Tribunal de Justicia explica el distinto alcance del Reglamento n.º 492/2011 y de la Directiva 2004/38, hasta el punto de que la excepción al principio de igualdad de trato solo se aplica cuando el derecho de residencia se basa en la Directiva, pero no cuando dicho derecho tiene un fundamento autónomo en el Reglamento. Por tanto, afirma categóricamente el Tribunal de Justicia, el trabajador polaco se beneficiará en Alemania, incluso si hubiera quedado en situación de desempleo, de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores alemanes.

b) La libertad de establecimiento y la libertad de cátedra en Hungría de las universidades de otros países de la OMC y del EEE

El Tribunal de Justicia sigue adoptando, en su formación de Gran Sala, sentencias contra la legislación manifiestamente contraria al Estado de Derecho de Hungría. La *sentencia Comisión / Hungría (Enseñanza superior)*, C-66/18, constata la vulneración por la Ley húngara que supedita el ejercicio en Hungría de una actividad de formación universitaria al control del Gobierno.

Las normas vulneradas son el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio (Ronda Uruguay), la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios reconocidos

por el artículo 49 TFUE y por la Directiva 2006/123 relativa a los servicios en el mercado interior) y, en fin, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En primer lugar, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios forma parte del Derecho de la Unión. Por tanto, es contrario a este tratado internacional supeditar el ejercicio de las instituciones de enseñanza superior que tengan su sede en un país miembro de la OMC distinto de los que forman parte del Espacio Económico Europeo (EEE) y ejerzan sus actividades en el territorio húngaro a la facultad discrecional de las autoridades húngaras.

En segundo lugar, es contraria al mismo Acuerdo de la OMC, al derecho de establecimiento y a la Directiva de servicios la legislación húngara que exige a las universidades del EEE tener su sede en Hungría.

En tercer lugar, la vulneración de la Carta resulta la más flagrante al constatar el Tribunal de Justicia que se ha vulnerado la libertad de cátedra, garantizada en el artículo 13, y la libertad de creación de centros docentes y la libertad de empresa, consagradas respectivamente en los artículos 14.3 y 16 de la Carta.

Para desarrollar su jurisprudencia el Tribunal de Justicia se refiere a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y considera, en particular, respecto de la libertad de cátedra que «no se limita a la investigación académica o científica, sino que se extiende igualmente a la libertad de los universitarios de expresar libremente sus puntos de vista y opiniones», añadiendo una mención a «la infraestructura autónoma necesaria para llevar a cabo sus investigaciones científicas y ejercer sus actividades pedagógicas». En cuanto a los otros dos derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia subraya: «la libertad de creación de centros docentes públicos o privados se garantiza como uno de los aspectos de la libertad de empresa».

Además, el Tribunal de Justicia comprueba que ninguna de las restricciones a estas libertades fundamentales está justificada por ninguno de los objetivos de interés general reconocidos por la Unión pues no se ve afectado el mantenimiento del orden público, ni está basada en razones imperiosas de interés general relativas a la prevención de prácticas que induzcan a error ni permite garantizar una enseñanza superior de calidad.

c) La Directiva de servicios, los apartamentos compartidos y las aplicaciones para taxis

El Tribunal de Justicia ha dictado dos sentencias de gran trascendencia para la aplicación de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior en el ámbito local que se aplican a las autorizaciones del uso de apartamentos turísticos y de taxis.

En la *sentencia Cali Apartments*, C-724/18 y C-727/18, la Gran Sala aplica la Directiva de servicios a la autorización municipal de una práctica cada vez más frecuente: el arrendamiento de un inmueble amueblado de forma reiterada durante breves períodos de tiempo a clientes de paso que no fijan en él su domicilio.

La primera cuestión que aborda el Tribunal de Justicia es si en estos casos se aplica la Directiva 2006/123 y la respuesta es afirmativa en la medida en que no hay razones para que se entienda excluida. Únicamente le preocupa al Tribunal de Justicia comprobar que la normativa que regula el acceso a determinadas formas específicas de actividades de arrendamiento de inmuebles y el ejercicio de esas actividades no constituye una normativa aplicable indistintamente en materia de ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural y, por tanto, no puede quedar excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123.

La segunda cuestión se refiere a si la normativa francesa y la parisina constituyen un régimen de autorización en el sentido de la Directiva. La respuesta es afirmativa en la medida en que «tal normativa exige que las personas que deseen prestar ese servicio de arrendamiento inmobiliario se sometan a un procedimiento que tiene como efecto obligarlas a realizar un trámite ante una autoridad competente para obtener de ella un acto formal que les permita acceder a esa actividad de servicios y ejercerla».

La tercera cuestión tiene que ver con la posibilidad de encomendar a determinados entes locales, en este caso la ciudad de París, la aplicación de un régimen de autorización previa de estas actividades con el fin garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles.

A juicio del Tribunal de Justicia, esta autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

Por último, el Tribunal de Justicia considera que la obligación de compensación en forma de transformación accesoria y concomitante en viviendas de inmuebles con otro uso para otorgar la licencia municipal de arrendamiento constituye, en principio, un instrumento adecuado para alcanzar los objetivos de diversidad social del hábitat en su territorio, de oferta suficiente de viviendas y de mantenimiento de los alquileres a un precio asequible y no es contraria a la Directiva de servicios.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia somete esta compensación a una serie de requisitos, en particular que los entes locales precisen de manera clara, inequívoca y objetiva, de modo que la comprensión de este régimen

no deje lugar a dudas en cuanto al ámbito de aplicación de las condiciones y de las obligaciones así establecidas por dichas autoridades locales y que estas últimas no puedan aplicar arbitrariamente este concepto.

La *sentencia Star Taxi App*, C-62/19, permite al Tribunal de Justicia pronunciarse, a solicitud de un tribunal rumano, sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico y la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior. En este caso el Ayuntamiento de Bucarest le había impuesto una multa a la empresa Star Taxi App por falta de autorización para operar en este ámbito del taxi.

Como se encarga de precisar el propio Tribunal de Justicia en este caso la aplicación informática consiste en un servicio de intermediación que conecta, mediante teléfonos inteligentes, a personas que desean desplazarse en taxi y a conductores de taxi autorizados; los taxistas deben pagar un abono mensual por la utilización de dicha aplicación, aunque el prestador de servicios, Star Taxi App, no les transmite directamente las solicitudes de taxi ni fija el precio de la carrera ni tampoco media en el pago.

El Tribunal de Justicia se apresura a subrayar que se trata de un sistema distinto del utilizado por Uber, que ya había resuelto el Tribunal de Justicia en la sentencia de 20 de diciembre de 2017, Asociación Profesional Élite Taxi, C-434/15, EU:C:2017:981, a petición del Juez de lo Mercantil de Barcelona.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que este servicio no puede considerarse como parte de un servicio de transporte, dado que «[no] organi[za] el funcionamiento general del servicio de desplazamiento urbano subsiguiente, toda vez que el prestador no selecciona a los conductores de taxis, ni fija o percibe el precio de la carrera, ni tampoco ejerce control sobre la calidad de los vehículos o de sus conductores ni sobre el comportamiento de estos últimos». Esto quiere decir, en definitiva, que se trata de un servicio de la sociedad de la información en el sentido de la Directiva sobre el comercio electrónico.

En segundo lugar, se plantea si se aplica la Directiva (UE) 2015/1535 que establece un procedimiento de información previo a la Comisión Europea en materia de reglamentaciones técnicas relativas a los servicios de la sociedad de la información. A juicio del Tribunal de Justicia, la normativa rumana que aquí se aplica no hace referencia a los servicios de la sociedad de la información. Por tanto, esta normativa rumana no constituye un reglamento técnico y, en consecuencia, no había que comunicar el proyecto de norma a la Comisión Europea.

En cambio, en tercer lugar, el Tribunal de Justicia se refiere a la libre prestación de servicios y ofrece una respuesta ambivalente pero muy significativa sobre la aplicación de la Directiva de servicios.

Por una parte, considera que en el caso concreto el artículo 56 TFUE, el artículo 3, apartados 2 y 4, de la Directiva 2000/31 y el artículo 16 de la Directiva 2006/123 no son aplicables a un litigio entre una sociedad rumana como Taxi Star App, sin proyección exterior, y las autoridades municipales rumanas, pues se trataría de situaciones puramente internas.

Pero, por otra parte, el Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior en cuanto que sus artículos 9 y 10 sobre regímenes de autorización también se aplican a una situación en la que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un único Estado miembro.

La Directiva 2006/123 exige, por un lado, que el régimen de autorización no sea discriminatorio, esté justificado por una razón imperiosa de interés general y sea proporcionado; y, por otro, que los criterios de concesión de las autorizaciones sean claros, inequívocos y objetivos, se hagan públicos con antelación y sean transparentes y accesibles.

El Tribunal de Justicia explica el carácter de la norma europea aplicable y los pasos que debe dar el tribunal rumano: los artículos 9 y 10 de la Directiva de servicios establecen «obligaciones claras, precisas e incondicionales que les confieren un efecto directo»; y es preciso «apreciar separada y sucesivamente, primero, el carácter justificado del propio principio del establecimiento de este régimen y, a continuación, los criterios de concesión de las autorizaciones previstas por él».

El propio Tribunal de Justicia, que se queja de los escasos datos que le ofrece el tribunal de Bucarest, le da algunas pistas interpretativas haciéndose eco de la opinión del Abogado General: «el hecho de supeditar la concesión de una autorización para prestar un servicio al cumplimiento de requisitos técnicos inadecuados para el servicio de que se trate y, por ende, generadores de cargas y costes injustificados para sus prestadores no puede ser conforme con el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/123».

Por eso, el Tribunal de Justicia considera que la obligación de transmitir las carreras a los taxistas a través de un emisor-receptor de radio «no solo es inútil, sino que también carece de cualquier relación con las características de un servicio que está plenamente vinculado a las capacidades técnicas de los teléfonos inteligentes que permiten, sin intermediación humana directa, localizar tanto a los conductores de taxis como a sus clientes potenciales y conectarlos inmediatamente».

d) Contratación pública: ¿algún contrato puede salirle gratis a la Administración?

Es peculiar la pregunta que le hizo un tribunal esloveno al Tribunal de Justicia y su respuesta es muy ilustrativa del régimen de contratación pú-

blica. La *sentencia Tax-Fin-Lex*, C-367/19, responde a lo que abogado general Bobek resumió así al principio de sus Conclusiones: «¿Es el cero (un número) anormalmente bajo?».

La cuestión es muy simple y directa porque plantea si puede rechazarse una oferta de un precio de cero euros para un contrato público de acceso a un sistema de información jurídica durante un período de 24 meses y cuyo valor estimado había fijado el Ministerio del Interior esloveno en 39.959,01 euros.

La respuesta del Tribunal de Justicia es que no se puede excluir automáticamente esta oferta presentada por la empresa *Tax-Fin-Lex* lo que, sin embargo, no impide que «cuando una oferta parezca anormalmente baja, los poderes adjudicadores exigirán al licitador que explique el precio o los costes que en ella se propongan, explicaciones [que] contribuirían a evaluar la fiabilidad de la oferta y permitirían acreditar que, aun cuando el licitador proponga un precio de cero euros, la oferta en cuestión no afectará al cumplimiento correcto del contrato».

Por tanto y como se apunta en la propia sentencia, la empresa *Tax-Fin-Lex* puede contar con que, en caso de que se acepte la oferta, podrá tener acceso a un nuevo mercado u obtener referencias. Como señalaba el abogado general Bobek en sus conclusiones: «la contrapartida exigible en el marco de un contrato público no implica necesariamente una transferencia directa de dinero, sino que puede ser una contrapartida en especie, siempre que tenga como mínimo cierto valor económico».

A tal efecto, el Tribunal de Justicia señala que «el poder adjudicador deberá evaluar la información proporcionada consultando al licitador y solo podrá rechazar tal oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos» y «la evaluación de tal información debe efectuarse con observancia de los principios de igualdad y de no discriminación entre los licitadores, así como de transparencia y proporcionalidad».

e) El alcance de la tutela judicial efectiva y la cooperación administrativa en materia tributaria

La Gran Sala del Tribunal de Justicia ha pronunciado una clarificadora *sentencia État luxembourgeois*, C-245/19 y C-246/19, en dos asuntos en que está en juego la cooperación tributaria entre España y Luxemburgo en los términos establecidos por la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

La autoridad tributaria luxemburguesa, a instancias de la Agencia tributaria española que investigaba a un contribuyente, reclamaba a determinadas sociedades luxemburguesas información sobre el contribuyente in-

vestigado en España. Las cuestiones proceden del Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo del Gran Ducado,

La primer cuestión gira en torno a la aplicación del derecho reconocido en el artículo 47 de la Carta que consagra la tutela judicial efectiva. A tal efecto, el Tribunal de Justicia distingue entre el investigado en España, las personas requeridas para entregar la documentación y terceros.

En cuanto a la tutela judicial de las personas requeridas por la Administración tributaria luxemburguesa, el Tribunal de Justicia es taxativo en la medida en que considera que no se puede privar del derecho a un recurso a quien sea requerido para que aporte la información solicitada.

En cambio, la legislación luxemburguesa que impide recurrir al investigado a quien se refiere a la información solicitada no es contraria a la Carta. Y tampoco lo es la legislación luxemburguesa que impide recurrir a terceras personas: «el respeto del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva no exige que las terceras personas a las que concierne la información en cuestión sin estar sometidas, no obstante, a una obligación jurídica de comunicar esa información ni, por tanto, al riesgo de ser sancionadas en caso de incumplimiento de esa obligación, tengan, en cuanto justificables, la posibilidad de interponer un recurso directo contra la decisión de requerimiento de tal información».

En segundo lugar, la cuestión se refiere al alcance de la colaboración permitida por la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

Así, por una parte, el Tribunal de Justicia considera que se aplica el principio general del Derecho de la Unión que impone la protección de las personas físicas o jurídicas frente a las intervenciones arbitrarias o desproporcionadas de los poderes públicos en su esfera de actividad privada. Esto significa que, por ejemplo, una investigación «aleatoria podría considerarse una intervención arbitraria o desproporcionada de los poderes públicos.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia señala las obligaciones de la autoridad requerida: controlar que la motivación de la solicitud de intercambio de información que ha recibido de la autoridad requirente sea suficiente para concluir que esta información no carece de toda pertinencia previsible, habida cuenta de la identidad del contribuyente sometido a la investigación que ha originado dicha solicitud, de las necesidades de tal investigación y, en caso de que fuera necesario obtener la información de un tercero que la tenga en su poder, de la identidad de ese tercero.

Y, además, el Tribunal de Justicia se refiere al alcance del control jurisdiccional de la decisión de la autoridad requerida a instancias del tercero concernido: que la motivación de la decisión y de la solicitud en la que se basa sea suficiente para concluir que la información no carece manifiesta-

mente de toda pertinencia previsible, teniendo en cuenta la identidad del contribuyente investigado, la del tercero en cuyo poder se halla esa información y las necesidades de la investigación tributaria.

f) Las ayudas de *minimis* y la acumulación de ayudas

La *sentencia Zennaro*, C-608/19, supone un espaldarazo a la utilización y a la invocación del régimen de ayudas de *minimis*.

El Consejo de Estado italiano conocía de un litigio que enfrentaba a la empresa Zennaro con el Instituto Nacional de Previsión (INAIL), que le había concedido una subvención de 130.000 euros; pero previamente también Zennaro había recibido de la Región del Véneto otros 64.483,91 euros y una tercera subvención de un organismo público por importe de 18.985,26 euros. Acumuladamente se trataba de una ayuda de 213.469,17 euros, que superaba el límite máximo de las ayudas de *minimis*, fijado por el Reglamento (UE) n.º 1407/2013 de la Comisión en los 200.000 euros que una única empresa puede recibir en tres años.

La empresa propuso varias soluciones y finalmente redujo la solicitud de la subvención a 111.401,16 euros, pero el INAIL se opuso, terminando el asunto ante el Tribunal administrativo regional del Véneto que le dio la razón a Zennaro después de haber consultado con la Comisión Europea, cuya Dirección General de la Competencia emitió un informe conforme al cual «la entidad pública competente para efectuar el pago podía reducir proporcionalmente la subvención, a fin de respetar el límite máximo de las ayudas de *minimis*, y que correspondía a las autoridades nacionales elegir una de las dos opciones —la reducción proporcional o la denegación total de la subvención—, puesto que ambas soluciones eran teóricamente conformes a dicho Reglamento».

El Tribunal de Justicia puntualiza que el momento en el que debe apreciarse si la acumulación con otras ayudas de *minimis* sobrepasa el límite máximo de *minimis* es el de la «concesión» de la ayuda.

Esto le permite concluir que, atendida la finalidad del régimen de *minimis* de las ayudas de Estado y dado el margen amplio que tienen los Estados miembros para su aplicación, una empresa a la que el Estado se propone conceder una ayuda de *minimis* que, debido a la existencia de ayudas anteriores, daría lugar a que el importe total de las ayudas concedidas a esa empresa sobrepasara el límite máximo de las ayudas de *minimis* puede optar, hasta el momento del pago efectivo de la ayuda en cuestión, entre la reducción de la financiación solicitada y la renuncia, total o parcial, a ayudas anteriores ya percibidas, a fin de no superar tal límite.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia deja en manos de las autoridades nacionales que permitan a las empresas solicitantes modificar las solitu-

des de ayuda para no sobrepasar el umbral y siempre que tales modificaciones se lleven a cabo antes de la concesión de la ayuda.

4. *Las políticas europeas*

La aplicación de las distintas medidas de las políticas europeas permite indagar sobre el alcance de los derechos sociales, los derechos de los consumidores y la neutralidad en Internet

a) Los derechos sociales: empleo temporal y vacaciones

Los progresos en los derechos sociales avanzan en la jurisprudencia europea: por una parte en o que se refiere al abuso en el caso de la contratación temporal de empleados públicos, las vacaciones de los jueces honorarios italianos.

El Tribunal de Justicia sigue interpretando, a requerimiento de los jueces nacionales, especialmente del sur de Europa, la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Así, en el *auto JS / Câmara Municipal de Gondomar*, C-135/20, el Tribunal de Justicia, a requerimiento de Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, se pronuncia sobre la solución en la contratación abusiva de un empleado encargado de la piscina municipal que de 2000 a 2013 había sido contratado sucesivamente en cinco ocasiones.

Las dos preguntas se refieren a si la legislación portuguesa que impide la transformación de un contrato de duración determinada en un contrato indefinido con una Administración; y si la Directiva impone como único medio para luchar contra el abuso de la contratación temporal la conversión de los contratos en indefinidos.

En su respuesta el Tribunal de Justicia considera que corresponde a las autoridades nacionales la adopción de las medidas que deben revestir un carácter no solo proporcionado sino igualmente suficientemente disuasorio para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco.

El auto constata que si no existe en la regulación portuguesa ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos que se comprueben respecto de los empleados del sector público se pondría en riesgo la consecución del objetivo y del efecto útil de la cláusula 5 del Acuerdo.

En la *sentencia Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu*, C-644/19, interpreta la Directiva 2000/78/CE sobre discriminación por razón de la edad y la Directiva 1999/70/CE por contratación temporal. Ante un tribunal rumano se planteaba la discriminación entre profesores universitarios que se

jubilán en la medida en que solo los profesores con el título de director de tesis podían mantener su condición de profesor titular, mientras que los profesores que no tuviesen esa condición solo podían celebrar contratos de trabajo de duración determinada, con un régimen de remuneración inferior a la otorgada a los profesores titulares con contratos de duración determinada.

En cuanto a la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, el Tribunal de Justicia considera que no se incurre en discriminación por razón de la edad dado que la diferencia de trato radica en la posesión o no del título de director de tesis, es decir, se basa en la categoría profesional de las personas afectadas y no en la edad.

En cambio, respecto de la Directiva 1999/70/CE y, en particular, la cláusula 4ª, el Tribunal de Justicia observa que se puede producir una discriminación si las condiciones de trabajo de los docentes que poseen un título de director de tesis y que ejercen su profesión después de haber alcanzado la edad legal de jubilación son más beneficiosas que las condiciones de trabajo de quienes no lo son y, por tanto, están abocados a contratos de trabajo de duración determinada, cuya remuneración es inferior.

El Tribunal de Justicia recuerda su definición del principio de no discriminación que «exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado».

A tal efecto, el Tribunal de Justicia indica que corresponde al juez rumano determinar si se trata de situaciones comparables las de estas dos categorías de profesores, en atención a la naturaleza de su trabajo y los requisitos de su formación.

Seguidamente, debe comprobar también el juez rumano que no hay razones que justifiquen la discriminación y recuerda que tales razones deben ser objetivas por lo que no pueden ser organizativas ni presupuestarias.

Las vacaciones y la equiparación de los jueces honorarios con los jueces de carrera en Italia son tratadas por la *sentencia UX, C-658/18*, que se refiere al peculiar estatuto de los jueces de paz italianos que son elegidos y no seleccionados mediante el correspondiente concurso; sin embargo, cumplen amplias e intensas funciones jurisdiccionales

En la sentencia el Tribunal de Justicia despeja cualquier duda y llega a la conclusión de que estos jueces pueden plantear cuestiones prejudiciales porque cumplen los criterios del artículo 267 TFUE para ser «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros».

La primera cuestión que resuelve el Tribunal de Justicia se refiere a la aplicación de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo para que se les reconozca el derecho a las vacaciones retribuidas.

Para ello el Tribunal de Justicia recuerda su concepto autónomo de trabajador conforme al cual «la característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución». En el caso de la juez de paz recurrente durante un año conoció de unos 1.800 procedimientos, dictó 478 sentencias y 1.326 autos como juez penal y celebró vistas dos veces por semana.

Por tanto, a juicio del Tribunal de Justicia se aplica la Directiva 2003/88 a los jueces de paz italianos.

Y la segunda cuestión tiene que ver con la aplicación de la Directiva 1999/70/CE relativa trabajo de duración determinada. Pues bien, en este caso el Tribunal de Justicia puntualiza: «el hecho de que los jueces de paz sean titulares de un cargo judicial no basta, por sí solo, para privarles del disfrute de los derechos previstos en dicho Acuerdo Marco».

A tal efecto, el Tribunal de Justicia considera, en sustancia, que los jueces de paz son, en realidad, trabajadores con contrato de duración determinada. Ahora bien, cuando examina si los jueces de paz puede ser equiparados a los jueces de carrera, el Tribunal de Justicia deja en manos del juez nacional la resolución y a tal efecto le da una serie de indicaciones.

La más importante, sin duda, es aquella conforme a la cual «ciertas diferencias de trato entre trabajadores fijos seleccionados tras una oposición y trabajadores con contrato de duración determinada contratados tras un procedimiento distinto del previsto para los trabajadores fijos pueden, en principio, estar justificadas por las diferencias en las cualificaciones requeridas y la naturaleza de las funciones cuya responsabilidad deben asumir».

Por tanto, concluye el Tribunal de Justicia: «si bien las diferencias entre los procedimientos de selección de los jueces de paz y de los jueces de carrera no exigen necesariamente privar a los primeros de vacaciones anuales retribuidas, que se corresponden con las previstas para los segundos, no es menos cierto que tales diferencias y, en particular, la especial importancia concedida en el ordenamiento jurídico nacional y, más concretamente, en el artículo 106, párrafo primero, de la Constitución italiana, a los concursos específicamente concebidos para la selección de jueces de carrera parecen indicar una especial naturaleza de las funciones cuya responsabilidad deben asumir estos últimos y un distinto nivel de las cualificaciones requeridas para llevar a cabo tales funciones».

b) La protección de los consumidores y el uso de tarjetas bancarias

En su *sentencia DenizBank*, C-287/19, hace una interesante interpretación sobre los derechos de los consumidores en el uso de las tarjetas bancarias sin contacto (función NFC, *Near Field Communication*).

En primer lugar, el Tribunal de Justicia señala que en este caso se aplica tanto la Directiva (UE) 2015/2366 sobre servicios de pago en el mercado interior como la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por lo que cuando es un consumidor el que contrata este tipo de servicios las cláusulas tipo que permiten la adaptación unilateral de los contratos deben satisfacer las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia.

En segundo lugar, este tipo de tarjeta bancaria es un instrumento de pago y un pago de escasa cuantía realizado sin contacto mediante la función NFC de una tarjeta bancaria multifuncional personalizada constituye una utilización «anónima» del instrumento de pago.

Ahora bien, en estas circunstancias el Tribunal de Justicia se muestra reacio a que las entidades bancarias se eximan de responsabilidades dado que, de acuerdo con la Directiva (UE) 2015/2366, los proveedores de estos servicios son responsables de las medidas de seguridad, que deben ser proporcionales a los riesgos asociados, y están obligados, en particular, a establecer un marco que permita paliar los riesgos y mantener procedimientos eficaces de gestión de incidentes.

Por tanto, un proveedor de servicios de pago que pretenda acogerse a la excepción no puede limitarse a afirmar que resulta imposible bloquear el instrumento de pago en cuestión o impedir que se siga utilizando, siendo así que, habida cuenta del estado objetivo de los conocimientos técnicos disponibles, no puede demostrarse tal imposibilidad.

Por último, el Tribunal de Justicia deniega a la entidad bancaria litigante la limitación en el tiempo de los efectos de esta sentencia porque, para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves. Por lo demás, el Tribunal de Justicia subraya que, en realidad, la sentencia no niega que haya la posibilidad de eximirse sino que solo la limita considerablemente.

c) La neutralidad en la red

La *sentencia Telenor*, C-807/18 y C-39/19, dictada en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal húngaro le permiten a la Gran Sala interpretar el Reglamento (UE) 2015/2120 para el acceso a una Internet abierta y pronunciarse sobre la neutralidad de Internet y sobre las prácticas comerciales de los proveedores de servicios en el acceso a la red.

Los litigios derivaban de la oferta de la empresa Telenor a sus clientes y que consistía en un volumen de datos de 1 GB que podían utilizarse sin restricciones hasta que se agotasen, disfrutando de acceso libre a las

aplicaciones y a los servicios disponibles, sin que computase a efectos del cálculo de este volumen de datos la utilización de seis aplicaciones, como Facebook, Instagram y WhatsApp, a las que se aplicaba una tarifa denominada «tarifa cero»; no obstante, según la oferta, una vez agotado el volumen de datos, los abonados podían continuar utilizando las aplicaciones determinadas pero en el caso de las demás quedaban sujetas a la ralentización del tráfico en Internet.

El Tribunal de Justicia tiene ocasión de subrayar la limitación que impone el Reglamento (UE) 2015/2120 a los proveedores de servicios en la medida en que «el legislador de la Unión pretendió que la evaluación de los acuerdos y las prácticas comerciales de un proveedor de servicios de acceso a Internet determinado no quedara limitada a un acuerdo concreto o a una práctica comercial concreta, considerados individualmente, sino que también se realizara una evaluación de conjunto de los acuerdos y las prácticas comerciales de ese proveedor».

A juicio del Tribunal de Justicia, al potenciar la utilización de determinadas aplicaciones y reducir la utilización de las demás aplicaciones y los demás servicios disponibles el proveedor de Internet puede limitar el ejercicio de los derechos de los usuarios finales.

La legislación europea permite establecer diferencias objetivas entre los requisitos técnicos en materia de calidad de servicio de determinadas categorías específicas de tráfico pero no basar estas diferencias en consideraciones de índole comercial. Por eso el Tribunal de Justicia considera que las medidas de bloqueo o de ralentización del tráfico se aplican como complemento de la «tarifa cero» de la que disfrutaban los correspondientes usuarios finales y hacen técnicamente más difícil, cuando no imposible, que estos utilicen aplicaciones y servicios no incluidos en la tarifa.

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

Desde la perspectiva española, la actividad del Tribunal de Justicia ha sido muy variada: las medidas cautelares contra un fugaz eurodiputado catalán, una nueva limitación de los órganos facultados para plantear cuestiones prejudiciales, el régimen de extranjería, el alcance de las cláusulas abusivas, los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo, las tasas en las telecomunicaciones, las garantías en caso de despido colectivo, la protección de los derechos de autor o, en fin, la fiscalidad de la energía.

1. *Las medidas cautelares de quien pierde el escaño en el Parlamento Europeo*

La Vicepresidenta del Tribunal de Justicia desestimó el recurso de casación contra la denegación de las medidas cautelares solicitadas en el litigio que enfrenta al fugaz eurodiputado catalán, Oriol Junqueras, con el Parlamento Europeo. En el *auto Junqueras i Vies / Parlamento*, C-201/20 P(R), el Tribunal de Justicia desestima la casación contra la denegación por el Tribunal General de la suspensión cautelar frente a la decisión del Parlamento Europeo de declarar vacante su escaño a partir del 3 de enero de 2020.

El máximo interés que tiene este auto de la Vicepresidenta Silva de La Puerta es, a mi juicio y como ya ocurrió con el comentado *auto Sharpston*, que al comprobar si concurre el presupuesto del *fumus boni iuris*, examina y se pronuncia, en gran medida, sobre el fondo del asunto.

En efecto, la Vicepresidenta argumenta: «en caso de anulación del mandato de un diputado del Parlamento resultante de la aplicación del Derecho nacional, esta institución únicamente puede, con arreglo al artículo 13, apartado 3, del Acta electoral, tomar nota de la declaración, por parte de las autoridades nacionales, de la expiración del mandato del diputado de que se trate, es decir, de una situación jurídica preexistente y resultante exclusivamente de una decisión de dichas autoridades. En particular, no corresponde al Parlamento comprobar el respeto del procedimiento previsto por el Derecho nacional en esa materia, puesto que tal facultad corresponde exclusivamente a los tribunales nacionales competentes, ni comprobar la conformidad de dicho procedimiento con el Derecho de la Unión, puesto que tal facultad corresponde asimismo a los tribunales nacionales competentes, en su caso, tras una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE, o a este último, en el marco de un recurso por incumplimiento» (apartado 66).

En fin, resulta paradójico, como ha ocurrido sin duda en el *auto Sharpston*, que el auto de medidas provisionales esté resolviendo el fondo del *asunto Junqueras*. De hecho y como ocurrió con *Sharpston* el recurso de anulación presentado por quien había sido eurodiputado fue inadmitido por *auto Junqueras i Vies / Parlamento*, T-24/20, por el Tribunal General. A juicio del Tribunal General la declaración de la vacante del escaño del Sr. Oriol Junqueras, a partir del 3 de enero de 2020, anunciada por el presidente del Parlamento Europeo en el Pleno de 13 de enero de 2020, «es un acto de carácter puramente informativo» no susceptible de control por los tribunales europeos; en cambio, señala el Tribunal General: «las medidas que han producido efectos jurídicos obligatorios que han podido afectar a la situación jurídica del demandante son el acuerdo de 3 de enero de 2020 de

la Junta Electoral Central y el auto de 9 de enero de 2020 del Tribunal Supremo, medidas que, ellas mismas, deducen las consecuencias de la sentencia de 14 de octubre de 2019 del Tribunal Supremo por la que se condenó al demandante a una pena de trece años de prisión, por un lado, y a una pena de trece años de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos sus honores, empleos y cargos públicos, por otro».

2. *La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ya no podrá plantear cuestiones prejudiciales*

Todo parece indicar que se complica el acceso al Tribunal de Justicia por vía prejudicial: las inadmisibilidades son cada vez más frecuentes y los órganos facultados para acudir al Tribunal de Justicia son determinados con más cuidado que hasta ahora.

Por un lado, el Tribunal de Justicia ha inadmitido, en virtud de su *auto Repsol Comercial de Productos Petrolíferos*, C-716/19, una cuestión prejudicial procedente de un Juzgado de lo Mercantil de Madrid. El litigio versaba sobre una demanda de varios distribuidores de hidrocarburos en materia de competencia desleal frente a Repsol cuya actuación previa había provocado la intervención de la Comisión Europea y que también había sido sancionada por la autoridad española de defensa de la competencia, cuya legalidad fue confirmada por los jueces españoles. El Juzgado de lo Mercantil quería saber el valor de tales actuaciones y si se invertía la carga de la prueba.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia inadmite el reenvío prejudicial porque el juez español no determina apropiadamente el objeto del litigio ni su contexto fáctico; no expone el Derecho español aplicable al caso; y, en fin, no explica suficientemente la relación existente entre el Derecho de la Unión y la legislación española aplicable al litigio. Esta inadmisión, indica el Tribunal de Justicia, no impide que el Juzgado vuelva a presentar y respecto del mismo litigio debidamente una nueva cuestión prejudicial.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia vuelve a restringir los órganos españoles que están facultados para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia: ya no lo pueden hacer los Tribunales Económico-Administrativos ni ahora la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

A partir de la sentencia *Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques (Anesco)*, C-462/19, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) no puede plantear cuestiones prejudiciales.

La CNMC es el órgano administrativo español encargado de la aplicación del Derecho de la competencia. Con esta sentencia el Tribunal de Justicia continúa una jurisprudencia en la que refuerza el concepto de órgano judicial y limita quiénes pueden plantearle cuestiones prejudiciales.

La razón de ser para no permitir que la CNMC le plantee cuestiones prejudiciales radica, a juicio del Tribunal de Justicia y de manera especial, en que «el procedimiento sancionador ante la CNMC se sitúa al margen del sistema jurisdiccional nacional y no forma parte del ejercicio de las funciones jurisdiccionales», es decir, se trata de un órgano con funciones meramente administrativas.

El Tribunal de Justicia puntualiza que con anterioridad había contestado una cuestión prejudicial del predecesor de la CNMC, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en virtud de *sentencia Asociación Española de Banca Privada*, C-67/91, EU:C:1992:330, pero señala que las funciones de aquel órgano eran distintas a las de la CNMC lo que justificaba que le hubiese permitido plantear cuestiones prejudiciales.

En la *Crónica* precedente recordaba la *sentencia Banco de Santander*, C-274/14, EU:C:2020:17, donde se decidió que los tribunales económico-administrativos, por su dependencia de la Administración, tampoco están facultados para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

3. *Las sentencias en materia de extranjería: sentencia Subdelegación del Gobierno en Barcelona y Subdelegación del Gobierno en Guadalajara*

La *sentencia Subdelegación del Gobierno en Barcelona*, C-503/19 y C-592/19, interpreta de nuevo la Directiva 2003/109/CE sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

El Tribunal de Justicia responde sendas cuestiones prejudiciales de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo n.º 17 y n.º 5 de Barcelona en dos litigios por denegación de la autorización de residencia de larga duración que habían solicitado dos ciudadanos «no comunitarios» que gozaban hasta ese momento del permiso de residencia temporal.

En el primer caso, la denegación se debía a la comisión de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas cometido en 2014 y, en el segundo caso, se denegaba la residencia de larga duración por la comisión de un delito de falsedad en documento público cometido en 2011.

A juicio del Tribunal de Justicia, la Directiva permite que las autoridades nacionales denieguen el estatuto de residente de larga duración a un nacional de un tercer país por motivos de orden público o de seguridad pública.

Ahora bien, por un lado, el Tribunal de Justicia reitera que en este tipo de cuestiones es preciso proceder «a una valoración caso por caso, lo que

excluye la posibilidad de denegar el estatuto de residente de larga duración al interesado por el mero hecho de que tenga antecedentes penales, sea cual sea la naturaleza de estos».

Y, por otro lado, el Tribunal de Justicia vuelve a repetir su jurisprudencia conforme a la cual «las medidas justificadas por motivos de orden público o de seguridad pública solo pueden adoptarse cuando, tras una valoración caso por caso por parte de las autoridades nacionales competentes, se ponga de manifiesto que la conducta individual de la persona en cuestión representa actualmente una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad».

En suma, no puede denegarse a un nacional no comunitario el estatuto de residente de larga duración en España por el mero hecho de que tenga antecedentes penales, sin examinar específicamente su situación por lo que respecta, en particular, al tipo de delito que haya cometido, al peligro que representa eventualmente para el orden público o la seguridad pública, a la duración de su residencia en el España y a la existencia de vínculos con nuestro país.

La *sentencia Mo / Subdelegación del Gobierno en Toledo*, C-568/19, contesta una cuestión prejudicial de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha sobre la interpretación de la Directiva 2008/115/CE relativa al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

En este caso un nacional colombiano había sido expulsado como consecuencia de su estancia irregular en España y dado que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, el interesado no justificaba la entrada en España por puesto habilitado ni el tiempo de residencia que llevaba en España, encontrándose totalmente indocumentado y la expulsión no le produciría al ciudadano colombiano desarraigo familiar, puesto que no acreditaba vínculos con familiares residentes legales en línea directa.

El Tribunal de Justicia precisa con esta sentencia la *jurisprudencia Zai-zoune* (C-38/14, EU:C:2015:260) y, en particular, señala que la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que, cuando la legislación española, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes.

Ahora bien, ha de puntualizarse que el propio Tribunal de Justicia indica que, al aplicar el Derecho interno, y dentro de los límites que estable-

cen los principios generales del Derecho, los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue. Parece que será el Tribunal Supremo (Sala C-A, auto de 27 de octubre de 2020, recurso n.º 2870/2020, ES:TS:2020:9272A, ponente: Tolosa Tribiño) el que a través de un recurso de casación resuelva esta cuestión poniendo, a falta de intervención de las Cortes Generales mediante la adaptación de la Ley de extranjería, un poco de orden.

4. *Las sentencias sobre cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*

La jurisprudencia europea sobre cláusulas abusivas en materia de préstamos hipotecarios no deja de crecer gracias a las reiteradas preguntas de los tribunales españoles.

La *sentencia Ibercaja Banco*, C-452/18, en respuesta a una cuestión prejudicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel, se pronuncia sobre el abuso en la renegociación de cláusulas que fueron declaradas abusivas en un contrato de préstamo hipotecario: por una parte, la reducción de la cláusula suelo a cambio de que el consumidor renunciase a las reclamaciones por el abuso de la cláusula inicial; y, por otra parte, la renuncia del consumidor a ejercitar acciones referidas a la nueva cláusula suelo.

Pues bien, el Tribunal de Justicia considera que en la novación del contrato el consumidor puede renunciar a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado.

No obstante, la nueva cláusula presente en la novación puede declararse abusiva si no ha sido negociada individualmente, aunque en el contrato de novación constase la mención, escrita de puño y letra del consumidor, en la que indicaba que comprendía el mecanismo de la cláusula «suelo» y, sin embargo, el banco no le había facilitado con antelación una copia del contrato y tampoco le permitió que se lo llevara consigo para su conocimiento.

El Tribunal de Justicia detalla el alcance del principio de transparencia en el caso de las cláusulas suelo en la medida en que debe situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan de este mecanismo establecido, en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés. Y en el caso de la novación del préstamo hipotecario, la renuncia del consumidor debe ir precedida de la información dada por la entidad bancaria que permita a

un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz calcular tales cantidades.

Ahora bien, la renuncia por el consumidor al ejercicio de acciones a la cláusula suelo inicial se hizo en una situación de incertidumbre también para el banco en la medida en que en el caso concreto y hasta la *sentencia Gutiérrez Naranjo y otros* (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980) no se supo que la existencia de una cláusula «suelo» abusiva justificaba la devolución íntegra de las cantidades indebidamente satisfechas pues la Sala Civil del Tribunal Supremo español había declarado los efectos únicamente a partir de su sentencia de 9 de mayo de 2013.

En cambio, la renuncia del consumidor, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no le vincula.

También la *sentencia CaixaBank*, C-224/19, aplica la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios y responde quince cuestiones prejudiciales del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca y del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta.

Nuevamente el Tribunal de Justicia debe examinar la casuística planteada por los jueces españoles en cuanto al carácter abusivo de cláusulas incluidas en préstamos hipotecarios y sobre sus consecuencias, en particular las cláusulas sobre los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca y sobre la comisión de apertura. El Tribunal de Justicia simplifica las preguntas y contesta cinco cuestiones fundamentales.

En primer lugar, se pronuncia sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de constitución y cancelación de la hipoteca. Sobre este particular señala que la nulidad tiene efectos restitutorios en favor del consumidor. Sin embargo, también precisa el Tribunal de Justicia que el juez debe exigir la devolución al consumidor de lo abonado en virtud de esta cláusula abusiva salvo que las disposiciones de Derecho español aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia se refiere a la cláusula de apertura y a su carácter abusivo y exige que el juez compruebe si el banco ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. En este sentido, considera que el hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En fin, los jueces están obligados a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato.

En tercer lugar, a juicio del Tribunal de Justicia una cláusula de apertura sería abusiva si su pago puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato y la entidad financiera no demuestre ante el juez que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido.

En cuarto lugar y por lo que se refiere al plazo de prescripción de cinco años fijado en el Derecho español, el Tribunal de Justicia recuerda, por una parte, que la Directiva impide que se prohíba al juez declarar el carácter abusivo de una cláusula de un contrato entre un profesional y un consumidor al expirar un plazo de preclusión; y, por otra parte, llega a la conclusión de que no se opone a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución.

Ahora bien, en el caso concreto al aplicarse en España la prescripción desde la firma del contrato, con independencia de si el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, puede vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.

Por último, aborda el Tribunal de Justicia el espinoso problema de las costas en este tipo de litigios y concluye que el principio de efectividad se opone a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que ese régimen sobre las costas crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales.

5. *La protección de los pasajeros del transporte aéreo*

La *sentencia SL / Vueling Airlines*, C-86/19, se refiere a la pérdida de equipajes en el transporte aéreo.

A instancias del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, el Tribunal de Justicia interpreta el Convenio de Montreal para la unificación de cier-

tas reglas para el transporte aéreo internacional de 1999. A un pasajero que volaba de Ibiza a Fuerteventura, con escala en Barcelona, le perdieron el equipaje y reclamaba la máxima indemnización prevista en el Convenio de Montreal, unos 1.544 euros, mientras que Vueling le ofrecía una indemnización de 250 euros.

En su primera respuesta el Tribunal de Justicia considera que la referida cantidad prevista en el Convenio de Montreal es una indemnización máxima que no corresponde *ipso iure* y a tanto alzado al pasajero afectado, sino que corresponde al juez nacional determinar, dentro de ese límite, el importe de la indemnización adeudada al pasajero atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

En la segunda respuesta el Tribunal de Justicia interpreta que corresponde a los pasajeros interesados, bajo el control del juez nacional, acreditar de forma suficiente en Derecho el contenido del equipaje extraviado. A tal efecto, el pasajero puede aportar pruebas documentales de los gastos en que ha incurrido para sustituir el contenido de su equipaje o también cabe tomar en consideración otros datos como el peso del equipaje extraviado y la circunstancia de que la pérdida se haya producido durante el viaje de ida o el de vuelta, para evaluar los daños sufridos y fijar el importe de la indemnización que procede abonar al pasajero perjudicado; datos que no deben tomarse en consideración aisladamente, sino que han de apreciarse en su conjunto.

6. *Las tasas a los servicios de comunicaciones*

La *sentencia Vodafone España / Diputación Foral de Gipuzkoa*, C-443/19, contesta una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre la interpretación de la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Vodafone, después de abonar la tasa por la reserva del dominio público radioeléctrico, impugnó el impuesto de transmisiones patrimoniales aplicable a la misma operación invocando la Directiva 2002/20/CE, y la Sala de lo Contencioso-administrativo de Bilbao planteó al Tribunal de Justicia si era conforme con la Directiva que se gravase el derecho al uso de radiofrecuencias por parte de la operadora de telecomunicaciones, —ya sujeto a la llamada tasa de espectro—, con el impuesto general de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados aplicable en general a las concesiones administrativas de bienes de dominio público.

El Tribunal de Justicia hace un examen de su jurisprudencia conforme a la cual los Estados miembros no pueden percibir tasas o cánones sobre el

suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en la propia Directiva. El artículo 12 se refiere a las tasas administrativas destinadas a financiar las actividades de la autoridad nacional de reglamentación en materia de gestión del sistema de autorización y de concesión de derechos de uso. Y el artículo 13 se refiere a un canon cuya finalidad sea garantizar el uso óptimo de los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que concedan a los suministradores de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas.

De la sentencia parece deducirse que el impuesto sobre transmisiones patrimoniales constituye, junto con la tasa por la reserva del dominio público radioeléctrico, un canon del artículo 13 de la Directiva, aunque corresponde al tribunal vasco determinar si cumple los siguientes requisitos: no es discriminatorio, es transparente, está justificado objetivamente, es proporcionado al fin previsto y tiene en cuenta, entre otros, los objetivos del fomento de la competencia y la promoción del uso eficiente de las radiofrecuencias.

7. La protección frente a los despidos colectivos

A raíz de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona para saber si la Directiva 98/59/CE sobre los despidos colectivos se aplica en el caso de un despido individual, el Tribunal de Justicia contestó en la *sentencia Marclean Technologies, C-300/19*.

En el supuesto concreto la empresa Marclean había despedido el 31 de mayo de 2018 a una trabajadora y el Juzgado constató que desde ese momento hasta el 15 de agosto de 2018 se habían producido de 30 a 35 despidos, lo que podría calificarse como despido colectivo.

Ahora bien, la controversia radica en cómo contar el período previsto en la Directiva 98/59 de 30 a 90 días anterior o posterior al despido individual controvertido. El Juzgado explica que el Tribunal Supremo español solo elegía el período anterior pero consideraba el juez barcelonés que podía aplicarse el período posterior al despido individual para incluir los despidos que lo hubiesen sido en fraude.

El Tribunal de Justicia recuerda que la finalidad de la Directiva 98/59 consiste en reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos por lo que exige que el período de referencia sea continuo. De tal modo que los tribunales españoles pueden computar los despidos producidos antes o después de la fecha del despido individual impugnado a efectos de determinar si existe o no un despido colectivo, en el sentido de la Directiva (30 o 90 días, habiendo elegido el legislador español el plazo de 90 días).

Por tanto, el Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 98/59 en el sentido de que, a efectos de apreciar si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia previsto para determinar la existencia de un despido colectivo ha de calcularse computando todo período de 30 o de 90 días consecutivos en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores.

8. *La protección de los derechos de autor de intérpretes y productores en la reproducción de fonogramas*

La *sentencia Atresmedia*, C-147/19, contesta una cuestión prejudicial de la Sala Civil del Tribunal Supremo sobre la interpretación de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

En este caso el litigio versaba sobre la procedencia de una indemnización que solicitaban dos entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, de productores fonográficos (AGEDI) y de artistas intérpretes (AIE) a Atresmedia, titular de varias cadenas de televisión, por obras audiovisuales en las que se habían incorporado fonogramas con fines comerciales.

El Tribunal de Justicia se encarga de precisar la pregunta de la Sala Civil del Tribunal Supremo indicando que no se refiere a la reproducción de los fonogramas con ocasión de su incorporación en las mencionadas grabaciones audiovisuales, pues la incorporación se efectuó con la autorización de los titulares de derechos afectados y a cambio de una remuneración que les fue abonada de conformidad con los acuerdos contractuales aplicables, sino si los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas deben percibir una remuneración equitativa y única cuando las grabaciones audiovisuales sean objeto de comunicación pública posteriormente.

Para resolver la cuestión, el Tribunal de Justicia elabora un concepto propio de fonograma del que finalmente deduce que una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no puede calificarse de «fonograma» a los efectos de las Directivas 92/100 y 2006/115. Esto significa que la comunicación al público de la grabación no genera el derecho de remuneración.

Esto no impide que el Tribunal de Justicia precise que es preciso alcanzar un equilibrio adecuado entre el interés de los intérpretes y de los productores de fonogramas a percibir una remuneración por la difusión de un

fonograma determinado y el interés de los terceros en poder emitir dichos fonogramas o comunicarlos al público en condiciones razonables. Sin embargo, este objetivo debe alcanzarse mediante la celebración, con motivo de la incorporación de los fonogramas o las reproducciones de dichos fonogramas en las obras audiovisuales de que se trate, de acuerdos contractuales adecuados entre los titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de las obras, de modo que la remuneración de los derechos afines sobre los fonogramas como consecuencia de la incorporación se realice a través de estos acuerdos contractuales.

Por tanto, como habían señalado previamente el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, la Audiencia Provincial, el Tribunal de Justicia se inclina por considerar que Atresmedia no tiene que pagar la remuneración equitativa y única que contemplan las Directivas cuando efectúen una comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o sus reproducciones.

9. La fiscalidad de la energía y los hidrocarburos

El Tribunal de Justicia ha interpretado en su *sentencia Repsol Petróleo*, C-44/19, la Directiva 2003/96/CE sobre imposición de los productos energéticos y de la electricidad en relación con el impuesto especial sobre los hidrocarburos.

El litigio de Repsol Petróleo con la Agencia Tributaria española se refería a la aplicación del impuesto especial sobre los hidrocarburos que esa misma empresa había producido y que, a continuación, utilizaba, en sus propias instalaciones, con fines productivos, en la medida en que dicha producción había generado productos residuales no energéticos como el azufre y el dióxido de carbono. La Agencia Tributaria sostenía que los autoconsumos de hidrocarburos no estaban exentos del impuesto cuando se generaban productos no energéticos. Después de pasar por el Tribunal Económico-Administrativo central y la Audiencia Nacional, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial.

La respuesta, como resume felizmente el abogado general polaco Szpunar, debe tener en cuenta este punto de partida: «la coherencia del sistema de tributación establecido por la Directiva 2003/96 exige la imposición de los productos energéticos utilizados en un proceso productivo en la medida en que, durante dicho proceso, se obtengan productos no energéticos».

El Tribunal de Justicia considera que la Directiva 2003/96 establece un régimen de imposición armonizado de los productos energéticos y de la electricidad con el fin de promover el funcionamiento adecuado del mer-

cado interior en el sector de la energía, evitando, en particular, las distorsiones de la competencia. Por esa razón, si no se gravase el autoconsumo de productos energéticos utilizados en el proceso productivo cuando los productos obtenidos no fuesen productos energéticos se crearía una laguna en el sistema de tributación establecido por la Directiva 2003/96, ya que no estarían gravados productos energéticos que, en principio, deberían estarlo. Y, además, la tributación no se vería compensada por la tributación posterior de los productos finales obtenidos a partir de estos últimos, ya que los productos finales resultantes de ese consumo no son productos energéticos. Todo ello podría afectar al funcionamiento del mercado interior de la energía.

En consecuencia y a juicio del Tribunal de Justicia, no es conforme con la Directiva una interpretación que pretenda la exclusión de la tributación de los autoconsumos de hidrocarburos para la fabricación de productos no energéticos que proporcionen un beneficio económico.

IV. Relación de las resoluciones judiciales comentadas

1. TJUE, auto de 2 de julio de 2020, S.A.D. Maler und Anstreicher / Magistrat der Stadt Wien y Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse, C-256/19, EU:C:2020:523 (inadmisibilidad porque no se aplica la Carta).
2. TJUE, sentencia de 9 de julio de 2020, XZ / Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536 (cláusula abusiva y cláusula suelo).
3. TJUE, sentencia de 9 de julio de 2020, SL / Vueling Airlines, C-86/19, EU:C:2020:538 (indemnización en caso de pérdida de equipaje).
4. TJUE, sentencia de 16 de julio de 2020, OC y otros / Banca d'Italia y otros, C-686/18, EU:C:2020:567 (derecho de propiedad y libertad de empresa).
5. TJUE, sentencia de 16 de julio de 2020, UX / Governo della Repubblica italiana (Estatuto de los jueces de paz italianos), C-658/18, EU:C:2020:572 (derecho a vacaciones y equiparación de los jueces honorarios con los jueces de carrera en Italia).
6. TJUE, sentencia de 16 de julio de 2020, CY / Caixabank y LG y PK / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19, EU:C:2020:578 (cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios).
7. TJUE (Gran Sala), sentencia de 16 de julio de 2020, Data Protection Commissioner / Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559 (transferencia de datos de los usuarios de Facebook en la UE a los Estados Unidos).

8. TJUE, sentencia de 3 de septiembre de 2020, UQ y SI / Subdelegación del Gobierno en Barcelona, C-503/19 y C-592/19, EU:C:2020:629 (residentes no comunitarios de larga duración).
9. TJUE, sentencia de 9 de septiembre de 2020, JP / Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, C-651/19, EU:C:2020:681 (desestimación de una solicitud posterior de asilo y plazo para interponer el recurso).
10. TJUE, sentencia de 10 de septiembre de 2020, Tax-Fin-Lex, C-367/19, EU:C:2020:685 (ofertas anormalmente bajas y precio cero del contrato).
11. TJUE (Vicepresidenta), auto de 10 de septiembre de 2020, Consejo / Eleanor Sharpston, C-423/20 P(R), EU:C:2020:700 (medidas cautelares y nombramiento de un abogado general del Tribunal de Justicia).
12. TJUE (Vicepresidenta), auto de 10 de septiembre de 2020, Representantes de los Estados Miembros / Eleanor Sharpston, C-424/20 P(R), EU:C:2020:705 (medidas cautelares y nombramiento de un abogado general del Tribunal de Justicia).
13. TJUE (Gran Sala), sentencia de 15 de septiembre de 2020, Telexor Magyarország / Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke, C-807/18 y C-39/19, EU:C:2020:708 (neutralidad de Internet y prácticas comerciales de los proveedores de servicios en el acceso a la red).
14. TJUE, sentencia, de 16 de septiembre de 2020, Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques (Anesco), C-462/19, EU:C:2020:715 (la autoridad nacional de la competencia española no puede plantear cuestiones prejudiciales).
15. TJUE, sentencia de 17 de septiembre de 2020, JZ, C-806/18, EU:C:2020:724 (pena de prisión en caso de prohibición de entrada de no comunitario).
16. TJUE (Gran Sala), sentencia de 22 de septiembre de 2020, Cali Apartments y HX / Procureur général près la cour d'appel de Paris y Ville de Paris, C-724/18 y C-727/18, EU:C:2020:743 (alquiler de pisos turísticos y normativa municipal).
17. TJUE, sentencia de 30 de septiembre de 2020, B. / CPAS de Liège, C-233/19, EU:C:2020:757 (tutela judicial efectiva y cautelar en el retorno de no comunitarios con una grave enfermedad).
18. TJUE, sentencia de 30 de septiembre de 2020, LM / CPAS de Seraing, C-402/19, EU:C:2020:759 (tutela judicial efectiva y cautelar en el retorno de no comunitarios con una grave enfermedad).
19. TJUE, auto de 30 de septiembre de 2020, JS / Câmara Municipal de Gondomar, C-135/20, JS / Câmara Municipal de Gondomar,

- EU:C:2020:760 (transformación de contratos de duración determinada en indefinidos por abuso).
20. TJUE (Gran Sala), sentencia de 6 de octubre de 2020, *Privacy International / Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* y otros, C-623/17, EU:C:2020:790 (protección de datos personales y seguridad nacional).
 21. TJUE (Gran Sala), sentencia de 6 de octubre de 2020, *La Quadrature du Net* y otros / *Premier ministre* y otros, C-511/18, C-512/18 y C-520/18, EU:C:2020:791 (conservación de datos electrónicos por razones de seguridad pública y de orden público).
 22. TJUE (Gran Sala), sentencia de 6 de octubre de 2020, *Comisión / Hungría (Enseñanza superior)*, C-66/18, EU:C:2020:792 (libertad de establecimiento y libertad de cátedra).
 23. TJUE (Gran Sala), sentencia de 6 de octubre de 2020, *Jobcenter Krefeld / JD*, C-181/19, EU:C:2020:794 (recorte de los derechos sociales de trabajador comunitario con hijos escolarizados a cargo).
 24. TJUE (Gran Sala), sentencia de 6 de octubre de 2020, *État luxembourgeois / B* y otros, C-245/19 y C-246/19, EU:C:2020:795 (derecho de recurso contra una solicitud de información en materia fiscal).
 25. TJUE, sentencia de 6 de octubre de 2020, *Vodafone España, Vodafone España / Diputación Foral de Gipuzkoa*, C-443/19, EU:C:2020:798 (autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas).
 26. TJUE (Vicepresidenta), auto de 8 de octubre de 2020, *Junqueras i Vies / Parlamento*, C-201/20 P(R), EU:C:2020:818 (denegación de medida cautelar por pérdida de escaño europeo por decisión de autoridades nacionales).
 27. TJUE, sentencia de 8 de octubre de 2020, *MO / Subdelegación del Gobierno en Toledo*, C-568/19, EU:C:2020:807 (repercusiones de la sentencia *Zaizoune* y la expulsión de residentes no comunitarios irregulares).
 28. TJUE, sentencia de 8 de octubre de 2020, *FT / Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu* y otros, C-644/19, EU:C:2020:810 (discriminación entre profesores universitarios jubilados con contratos indefinidos y de duración determinada).
 29. TJUE, sentencia de 28 de octubre de 2020, *INAIL / Zennaro Giuseppe Legnami*, C-608/19, EU:C:2020:865 (ayudas *de minimis* y reducción o renuncia para respetar el límite en la acumulación).
 30. TJUE, auto de 28 de octubre de 2020, *ZA* y otros / *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos*, C-716/19, EU:C:2020:870 (inadmisibilidad de cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Mercantil en materia de competencia desleal).

31. TJUE, sentencia de 29 de octubre de 2020, A / Veselības ministrija (Ministerio de Sanidad de Letonia), C-243/19, EU:C:2020:872 (asistencia sanitaria en otros país de la Unión Europea y creencias religiosas).
32. TJUE, sentencia de 11 de noviembre de 2020, DenizBank, C-287/19, EU:C:2020:897 (tarjetas bancarias sin contacto y protección del consumidor).
33. TJUE, sentencia de 11 de noviembre de 2020, UQ / Marclean Technologies, C-300/19, EU:C:2020:898 (cómputo del período y despido colectivo encubierto).
34. TJUE, sentencia de 18 de noviembre de 2020, Syndicat CFTEC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle, C-463/19, EU:C:2020:932 (igualdad de oportunidades, maternidad y cuidado de los hijos).
35. TJUE, sentencia de 18 de noviembre de 2020, Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, C-147/19, EU:C:2020:935 (derechos de intérpretes de fonogramas).
36. TJUE, sentencia de 19 de noviembre de 2020, Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) / Chantal Hebberecht, C-93/19 P, EU:C:2020:946 (principio de igualdad de mujeres y hombres en el empleo en el Servicio Europeo de Acción Exterior).
37. TJUE, sentencia de 3 de diciembre de 2020, Star Taxi App, C-62/19, EU:C:2020:980 (autorización municipal de los servicios de la sociedad de la información y los límites de la Directiva de servicios).
38. TJUE, sentencia de 3 de diciembre de 2020, Repsol Petróleo, C-44/19, EU:C:2020:982 (impuesto especial sobre los hidrocarburos y Directiva 2003/96/CE sobre la imposición de los productos energéticos y de la electricidad).
39. TGUE, auto de 15 de diciembre de 2020, Junqueras i Vies / Parlamento, T-24/20, EU:T:2020:601 (escaño vacante de un eurodiputado).

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.