

Cuadernos Europeos de Deusto

No. 68/2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ced682023>

JURISPRUDENCIA

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

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.2703>

Publicado en línea: abril de 2023

Derechos de autoría (©)

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.

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: <https://doi.org/10.18543/ced.2703>

Publicado en línea: abril de 2023

Sumario: I. Introducción.—II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea 1. El rescate de inmigrantes en el Mediterráneo, el Estado ribereño y el Estado de abanderamiento del buque. 2. El secreto profesional de los abogados como límite en la lucha contra el fraude fiscal. 3. La protección de datos personales en Internet: los motores de búsqueda y el alcance de los derechos fundamentales. 4. La construcción del sistema institucional de la moneda única: sentencia *Banka Slovenije*. 5. El mercado único europeo y las restricciones por razones constitucionales. 6. La política social: derecho a las vacaciones retribuidas y el uso de prendas de vestir con connotaciones religiosas. 7. Contratación pública: medidas cautelares y ofertas anormalmente bajas. 8. La gestión de los fondos europeos y los concursos de acreedores. 9. La protección de los consumidores y los poderes de los órganos administrativos de protección.—III. Segunda parte. La jurisprudencia europea en los litigios ante los tribunales españoles y sus efectos en el derecho interno. 1. La sentencia *ASADE* sobre contratos públicos de servicios sociales. 2. Morosidad en el pago de deudas de los poderes públicos españoles. 3. La protección de los consumidores: la jura de cuentas de los abogados y el desistimiento sin costas. 4. El «cártel de los camiones» ante los tribunales españoles. 5. La gestión de los derechos de autor y el sistema de compensación por copia privada.—IV. Relación de las sentencias comentadas.

I. Introducción

70 años de Derecho de la Unión Europea. Una unión para sus ciudadanos es el título de una excelente publicación que acaba de hacer el Servicio Jurídico de la Comisión Europea y que en sus páginas hace un repaso de los hitos fundamentales de la evolución del Derecho de la Unión desde que,

como recuerda este libro, el 23 de julio de 1952 entrase en vigor el Tratado de París por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y desde que se reuniese la Alta Autoridad el 10 de agosto de 1952 en Luxemburgo, bajo la presidencia de Jean Monnet. El 10 de diciembre de 1952 se constituía en el mismo lugar el Tribunal de Justicia de la CECA, que también fue saludada por Jean Monnet subrayando que se reunía «por primera vez un Tribunal soberano supremo» y que lo hacía «en la perspectiva de [convertirse en] una Corte federal europea suprema».

El hilo conductor de esta integración europea ha sido el Derecho y la clave de su interpretación es el interés del ciudadano de la Unión. En todas sus políticas y en toda su legislación, el ciudadano ocupa el centro de interés de la Unión. Si en 1952 la CECA se ocupaba de la chatarra no es de extrañar que hoy en día interesen las familias de los nacionales de terceros países o la aplicación de los valores del Estado de Derecho.

Pero esto no impide que se mantengan las estructuras estatales como base del funcionamiento de los Tratados constitutivos y también como instrumentos privilegiados de la aplicación del Derecho de la Unión.

Es precisamente la busca de ese equilibrio entre profundizar en la integración y mejorar los mecanismos de ejecución del Derecho supranacional europeo lo que refuerza la aplicación por los jueces nacionales y la función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia ha resuelto apropiadamente la cuestión de quién tiene la última palabra en la aplicación del Derecho de la Unión. Lo que resulta claro es que la litigación no puede ser infinita. Por esa razón, la *sentencia F. Hoffmann-La Roche y otros/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-261/21, acaba de poner límites a esta litigación en la que esté implicado el Derecho de la Unión Europea.

En cambio, más dudas plantea la solución que el Tribunal de Justicia ha alcanzado excluyendo de su control jurisdiccional determinadas actuaciones en la Unión Europea como es, por ejemplo, la designación de la sede de una Agencia de la Unión, en este caso la elección de Ámsterdam en detrimento de Milán para acoger a la Agencia Europea del Medicamento.

La *sentencia F. Hoffmann-La Roche* responde una cuestión prejudicial planteada por el supremo órgano contencioso-administrativo en Italia, el *Consiglio di Stato*, que le pregunta al Tribunal de Justicia si cabría admitir como recurso de revisión una impugnación fundada en que no ha interpretado adecuadamente una sentencia del Tribunal de Justicia en la que le responde al propio órgano jurisdiccional administrativo italiano sobre una cuestión bien determinada.

El Tribunal de Justicia corta toda posibilidad en lo que se refiere a la vía de impugnación de la legalidad de la decisión jurisdiccional aunque

deja abierta la vía de la reclamación de la responsabilidad por violación del Derecho de la Unión Europea.

La vía anulatoria está bien determinada y tiene que acabar, como es obvio, en los tribunales nacionales. Si no hay tribunal más alto que el Consejo de Estado italiano, a este corresponde decidir en última instancia, con la colaboración prejudicial del Tribunal de Justicia. Pero para saber si ha interpretado o no bien la respuesta prejudicial del Tribunal de Justicia en ese caso ya no cabe acudir al recurso de revisión para que, nuevamente, el Tribunal Supremo administrativo italiano vuelva a preguntar de nuevo al Tribunal de Justicia, porque sería una historia interminable. Por tanto, la última palabra en vía anulatoria la tienen los Tribunales italianos, no el Tribunal de Justicia.

En efecto, el Tribunal de Justicia señala: «en una situación caracterizada por la existencia de una vía de recurso judicial que permite garantizar el respeto de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, es perfectamente posible [...] a la luz del Derecho de la Unión, que el Estado miembro de que se trate invista al órgano jurisdiccional superior de la jurisdicción contencioso-administrativa de la competencia para pronunciarse en última instancia, tanto de hecho como de Derecho, sobre el litigio en cuestión» (apartado 49).

Por tanto, los recursos extraordinarios de revisión en vía jurisdiccional no tienen que ser una vía para impugnar la interpretación del Derecho de la Unión o, en palabras del Tribunal de Justicia, «el mecanismo de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, establecido en dicha disposición del TFUE, no exige en modo alguno que los Estados miembros establezcan un cauce procesal que permita a los justiciables interponer recursos de revisión de una resolución judicial dictada en última instancia por un órgano jurisdiccional nacional en un litigio determinado, con el fin de obligar a este último a someter al Tribunal de Justicia una petición para comprobar si esa resolución es conforme con la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en respuesta a una petición de decisión prejudicial que dicho órgano jurisdiccional nacional había sometido anteriormente en el mismo asunto» (apartado 56).

La vía indemnizatoria actúa como válvula de escape del sistema pero debe recordarse que se trata de una vía mucho más restringida que la anulatoria. En realidad, aparece como cierre del sistema, pero para ello recuerda el Tribunal de Justicia: «los particulares que, en su caso, hayan sufrido un daño debido a la violación de derechos que les confiere el Derecho de la Unión como consecuencia de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia pueden exigir la responsabilidad de dicho Estado miembro, siempre que se cumplan los requisitos relativos a la violación suficientemente caracterizada y a la existencia de una relación de cau-

salidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por esos particulares» (apartado 58).

Y es necesario recordar que esta violación suficientemente caracterizada quiere decir en relación con los tribunales, como lo estableció la *sentencia Köbler* (sentencia de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513), una infracción manifiesta: «La responsabilidad del Estado derivada de una violación del Derecho comunitario debida a una resolución de ese tipo solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable» (apartado 53).

No hace falta subrayar que la vía indemnizatoria, especialmente cuando tiene como objeto las decisiones judiciales, limita notablemente los supuestos. Y, además, lo decía el Tribunal de Justicia en la *sentencia Köbler*: «el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario exige tal reparación, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño» (apartado 39).

Así pues, la vía anulatoria termina con una eventual intervención prejudicial del Tribunal de Justicia pero con la última palabra en la boca del tribunal nacional; todo ello sin perjuicio de la vía indemnizatoria que puede abrirse por el Tribunal de Justicia mediante sentencia recaída en el recurso por incumplimiento o, simplemente, por la reclamación de responsabilidad patrimonial por actuación de los tribunales nacionales que, en supuestos excepcionales, podría terminar con un reexamen del Tribunal de Justicia en vía prejudicial pero, nuevamente y parece que de manera definitiva, serían los tribunales nacionales los que también en este caso indemnizatorio tendrían la última palabra.

De manera que la última palabra interpretativa en el Derecho de la Unión la tiene el Tribunal de Justicia, tanto en vía anulatoria como en vía indemnizatoria, pero la última palabra para decidir jurisdiccionalmente en la aplicación nacional del Derecho de la Unión corresponde siempre a los tribunales nacionales.

En cambio, en cuanto al control jurisdiccional del propio Tribunal de Justicia, en la *sentencia Italia y Comune di Milano / Consejo*, C-59/18 y C-182/18, la Gran Sala desestima dos recursos formulados por la República Italiana y por el Ayuntamiento de Milán frente a la decisión que elige Ámsterdam como sede de la Agencia Europea del Medicamento por considerar que se trata de un acto intergubernamental de la Unión Europea.

En 1993 la sede de la Agencia Europea del Medicamento se estableció en Londres pero después del *Brexit* las ofertas de Italia y Países Bajos obtuvieron por igual el mayor número de votos en la tercera ronda de votaciones y tras un sorteo la sede se fijó por decisión de 2017 de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en Ámsterdam.

Al examinar su propia competencia para conocer de la impugnación, el Tribunal de Justicia recuerda la jurisprudencia adoptada al efecto y conforme a la cual «la Unión Europea es una Unión de Derecho a la que el Tratado FUE ha dotado de un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a encomendar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones» y «por lo que respecta al recurso de anulación contemplado en el artículo 263 TFUE, ese recurso puede interponerse frente a todas las disposiciones que adopten las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, destinadas a producir efectos jurídicos obligatorios».

Esto significa que «el juez de la Unión solo es competente para controlar la legalidad de los actos imputables a las instituciones, a los órganos y a los organismos de la Unión»; pero, en cambio, «los actos adoptados por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, cuando estos no actúan en calidad de miembros del Consejo o del Consejo Europeo, sino en calidad de representantes de su Gobierno, ejerciendo así conjuntamente las competencias de los Estados miembros, no están sometidos al control de legalidad ejercido por el juez de la Unión».

Se trata, por tanto, de una conclusión del Tribunal de Justicia decepcionante al reconocer paladinamente: «la Decisión impugnada constituye no un acto del Consejo, sino un acto de carácter político carente de efectos jurídicos vinculantes adoptado colectivamente por los Estados miembros, de modo que dicha Decisión no puede ser objeto de un recurso de anulación».

Es preciso reconocer el carácter especialmente sensible de la designación de sedes de instituciones y agencias de la Unión Europea; pero de ahí a persistir en que se trata de un acto político, no susceptible de control jurisdiccional, hay una gran diferencia, una decepcionante diferencia porque reconoce, incomprensiblemente, la existencia de inmunidades en el ejercicio del poder en la Unión Europea. Otra cosa es que se admita el control judicial y que el margen de decisión de la institución o del órgano sea realmente muy amplio.

Después de este preámbulo analizamos, como ya es habitual, algunas sentencias que evidencian los desarrollos jurisprudenciales en el segundo semestre de 2022 y dejamos para la segunda parte un examen más exhaustivo de la jurisprudencia referida al Derecho de la Unión y su incidencia en España.

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

La jurisprudencia europea constituye un buen indicador de los problemas que se plantean en nuestra sociedad.

Desde los más apremiantes, como es el de la inmigración y la tragedia que día tras día se produce en un mar Mediterráneo que se cobra las vidas mientras en la Unión Europea se sigue discutiendo sobre el modo de resolver el problema o incluso poniendo objeciones al salvamento y rescate de quienes quieren venir a Europa. Pero también los más humildes e incluso prosaicos tienen por fuerza hacer evolucionar el Derecho de la Unión: el derecho a las vacaciones retribuidas o el derecho de protección de los consumidores.

Veamos algunos supuestos escogidos que se han producido en el segundo semestre de 2022.

1. *El rescate de inmigrantes en el Mediterráneo, el Estado ribereño y el Estado de abanderamiento del buque*

La *sentencia Sea Watch*, C-14/21 y C-1/21, adoptada por la Gran Sala constituye una lección del contexto en el que se aplica el Derecho de la Unión, de la interpretación de la Directiva 2009/16/CE sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto y de la necesaria cooperación entre las autoridades nacionales, en particular el Estado de abanderamiento del buque.

La cuestión prejudicial la planteó el Tribunal Administrativo Regional de Sicilia ante el que había acudido la organización humanitaria Sea Watch con sede en Berlín y cuyos barcos, clasificados por un organismo establecido en Alemania, se consideran «buques de carga general - polivalente» y que, sin embargo, se utilizan para la búsqueda y salvamento de personas en las aguas internacionales del mar Mediterráneo.

Una vez admitido en dos puertos de Sicilia el desembarco de personas, las autoridades italianas obligaron a dos buques de la organización humanitaria a someterse a una inspección que finalmente terminó con su inmovilización debido, según las autoridades italianas, a numerosas irregularidades.

En su examen el Tribunal de Justicia comprueba, en primer lugar, que la Directiva 2009/16 es aplicable a buques de asistencia humanitaria privados. Y, asimismo, la Directiva 2009/16 debe interpretarse teniendo en cuenta no solo el Convenio para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, sino también la Convención sobre el Derecho del Mar.

Esto quiere decir que el deber de prestar auxilio en el mar tiene consecuencias jurídicas en las facultades respectivas del Estado de abanderamiento del buque, en este caso Alemania, y del Estado ribereño o Estado rector del puerto, en este caso Italia, en materia de control del cumplimiento de las normas de seguridad en el mar.

Pues bien, el Tribunal de Justicia considera, en primer lugar, que el Estado del puerto, es decir, Italia, puede someter a una inspección adicional a los buques que ejercen una actividad sistemática de búsqueda y de salvamento y se encuentran en alguno de sus puertos o en las aguas bajo su jurisdicción, tras haber entrado en esas aguas y una vez terminadas todas las operaciones de trasbordo o de desembarco de las personas a las que su respectivo capitán haya decidido prestar auxilio, cuando ese Estado haya acreditado, sobre la base de elementos jurídicos y fácticos detallados, que existían indicios serios que podían demostrar un peligro para la salud, la seguridad, las condiciones de trabajo a bordo o el medio ambiente, teniendo en cuenta las circunstancias de utilización de tales buques.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que el Estado del puerto está facultado para realizar inspecciones más detalladas cuando existan motivos fundados para creer que un buque ha sido «utilizado con peligro para las personas, los bienes o el medio ambiente». De modo que la inmovilización del buque procede solo cuando las deficiencias sean manifiestamente peligrosas para la seguridad, la salud o el medio ambiente. Ahora bien, el Estado del puerto, es decir, Italia no puede exigir que buques bajo su jurisdicción dispongan de certificados, distintos de los que emitió en su favor el Estado de abanderamiento, Alemania, o que respeten el conjunto de exigencias aplicables a los buques pertenecientes a otra clasificación distinta de la suya.

Por último, en Tribunal de Justicia recuerda la importancia del principio de cooperación leal entre las autoridades nacionales de modo que están obligadas a concertarse y a cooperar lealmente en el ejercicio de sus facultades de control respectivas, de modo que el Estado competente cumpla las obligaciones de la Directiva 2009/16, preservando su efecto útil.

Esta cooperación pretende conseguir el justo equilibrio entre los respectivos intereses de los Estados ribereños y de los Estados de abanderamiento. Esto quiere decir que cuando el buque que ha sido inspeccionado e inmovilizado enarbole un pabellón de un Estado miembro distinto del Estado del puerto, este último, que es el único competente, en el marco del dispositivo establecido por la Directiva 2009/16, para adoptar medidas correctoras, debe, al hacerlo, respetar la clasificación y las certificaciones concedidas por el Estado de abanderamiento.

Por su parte, el Estado de abanderamiento, Alemania, debe tener en cuenta las razones que han llevado al Estado del puerto, Italia, a inspeccionar y a inmovilizar dicho buque y prestarle ayuda en la búsqueda de las medidas correctoras más adecuadas para subsanar las deficiencias comprobadas, así como para evitar los peligros o los riesgos manifiestos que derivan de ellas. Ambos Estados miembros, Italia y Alemania, deben igualmente esforzarse, tanto uno como el otro, para alcanzar una posición concertada

en cuanto a las medidas que cada uno de ellos debe adoptar en el ejercicio de sus facultades respectivas, así como en la ejecución de esas medidas.

2. *El secreto profesional de los abogados como límite en la lucha contra el fraude fiscal*

La *sentencia Orde van Vlaamse Balies y otros*, C-694/20, se refiere a la validez de una obligación de la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad interpretada a la luz de la Carta.

La sentencia se dicta a requerimiento del Tribunal Constitucional belga que conocía de la impugnación por parte del Consejo de Colegios de Abogados Flamencos de un Decreto del Gobierno regional flamenco, que transponía la Directiva 2011/16/UE, en cuanto que obliga al abogado que actúa como intermediario, cuando está sujeto al secreto profesional, a informar mediante escrito motivado a los demás intermediarios interesados de que no puede cumplir su obligación de comunicación de información.

El Tribunal de Justicia examina la validez del artículo de la Directiva en cuanto que en su reforma de 2018 introduce una obligación de los abogados de comunicar a las autoridades competentes información sobre los mecanismos fiscales transfronterizos de planificación fiscal potencialmente agresivos.

El problema se plantea cuando los abogados actúan profesionalmente como intermediarios y se ven obligados a compartir información con otras personas que no sean sus clientes.

El razonamiento del Tribunal de Justicia se refiere a los derechos fundamentales consagrados en el artículo 7 de la Carta y el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que «conceden al secreto profesional de los abogados, que se traduce ante todo en obligaciones a cargo de estos, se justifica por el hecho de que se les encomienda un cometido fundamental en una sociedad democrática, a saber, la defensa de los justiciables [y] esta misión fundamental implica, por una parte, la exigencia, cuya importancia se reconoce en todos los Estados miembros, de que todo justiciable debe poder dirigirse con entera libertad a su abogado, profesión a la que es propia la función de asesorar jurídicamente, con independencia, a todos aquellos que lo soliciten y, por otra parte, la exigencia, correlativa, de lealtad del abogado hacia su cliente».

Seguidamente, el Tribunal de Justicia comprueba que la regulación de la Directiva supone una injerencia en el derecho al respeto de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes, garantizado por el artículo 7 de la Carta, lo que le obliga a comprobar si está prevista en una ley, está justificada y es proporcionada.

El principio de legalidad se cumple y la limitación podría estar justificada porque es limitada; sin embargo y a diferencia de lo que había concluido el Abogado General Rantos, el Tribunal de Justicia considera que la redacción de la Directiva no cumple el requisito de proporcionalidad porque el artículo 8 bis ter, apartado 5, de la Directiva 2011/16 modificada vulnera el derecho al respeto de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, garantizado en el artículo 7 de la Carta, en la medida en que establece, en esencia, que el abogado intermediario sujeto al secreto profesional estará obligado a notificar sus obligaciones de comunicación de información a cualquier otro intermediario que no sea su cliente.

Ahora bien, en relación con la vulneración del artículo 47 de la Carta, el Tribunal de Justicia no considera que la haya en este caso dado que las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo implican, por definición, que exista una relación con algún procedimiento judicial. El propio Tribunal de Justicia recuerda que el derecho a un proceso justo incluye el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a disponer de un abogado tanto en materia civil como penal.

Sin embargo, tal como lo regula la Directiva cuya validez se cuestiona, en esta fase temprana, el abogado intermediario no actúa como defensor de su cliente en un litigio y la mera circunstancia de que el asesoramiento del abogado o el mecanismo transfronterizo sobre el que se le consulta puedan dar lugar a un litigio en una fase posterior no significa que la intervención del abogado se haya producido en el marco o a efectos del derecho de defensa de su cliente.

En definitiva y en una sentencia que consagra la importancia esencial en nuestra sociedad de la función de los abogados, el Tribunal de Justicia anula el artículo 8 bis ter.1 de la Directiva debido a que estos están sujetos al secreto profesional que se ve afectado por la obligación de notificar sin demora sus obligaciones de comunicación de información a cualquier otro intermediario que no sea su cliente.

3. *La protección de datos personales en Internet: los motores de búsqueda y el alcance de los derechos fundamentales*

La Gran Sala del Tribunal de Justicia vuelve a pronunciarse sobre la protección de datos personales en internet en la *sentencia Google*, C-460/20, al haberle preguntado el Tribunal Supremo Civil alemán sobre la interpretación del Reglamento general de protección de datos, en vigor desde el 25 de mayo de 2018.

Es significativo que el Tribunal de Justicia interprete al mismo tiempo el Reglamento y la regulación previa que se contenía en la Directiva 95/46 y que, en realidad, era la norma aplicable al artículo publicado en la web el 4 de junio de 2015.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia sustenta su interpretación no solo en las referidas normas de Derecho derivado sino también en los artículos 7 (derecho a la protección de datos personales), 8 (derecho a la vida privada) y 11 (libertad de información) de la propia Carta y en la interpretación que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del artículo 8 del Convenio. La interpretación del Tribunal de Justicia resulta especialmente persuasiva apoyándose en la jurisprudencia de Estrasburgo: «La imagen de una persona es, en efecto, uno de los principales atributos de su personalidad, por cuanto manifiesta su individualidad y permite diferenciarla de sus semejantes. Así pues, el derecho de una persona a la protección de su imagen constituye una de las condiciones esenciales de su realización personal y presupone en especial el control por parte de la persona sobre su propia imagen, lo cual incluye la posibilidad de impedir su difusión. De ello se deduce que, si bien la libertad de expresión e información comprende sin duda la publicación de fotografías, la protección del derecho a la vida privada reviste en ese contexto una importancia especial, por la capacidad de las fotografías de transmitir información particularmente personal, cuando no íntima, de una persona o de su familia».

Y seguidamente da la respuesta sobre las fotografías que aparecen como consecuencia de la búsqueda de Google: «el gestor de un motor de búsqueda que reciba una solicitud de retirada de enlaces para que se supriman de los resultados de una búsqueda de imágenes efectuada a partir del nombre de una persona fotografías mostradas en forma de previsualizaciones que representen a esa persona deberá comprobar si la inclusión de las fotografías en cuestión es necesaria para el ejercicio del derecho a la libertad de información de los internautas potencialmente interesados en acceder a esa página web mediante tal búsqueda, libertad garantizada por el artículo 11 de la Carta».

Previamente el Tribunal de Justicia había determinado el alcance de la responsabilidad y las obligaciones concretas del gestor de un motor de búsqueda, en este caso el motor de búsqueda por antonomasia, Google.

En este caso el elemento determinante de la petición de retirada de información del buscador viene justificada por el hecho de que el contenido indexado incluya afirmaciones fácticas inexactas. Y a partir de aquí el Tribunal de Justicia explica las obligaciones de la persona afectada, del motor de búsqueda y de los tribunales nacionales encargados de dirimir la controversia.

En cuanto a las personas afectadas, el Tribunal de Justicia recuerda que en determinados supuestos unas personas están más expuestas que otras, aunque debería aportar las pruebas de la inexactitud o indicios de la misma para lo que distingue entre afirmaciones de hecho y juicios de valor; las afirmaciones de hecho en su materialidad son susceptibles de prueba, los juicios no se prestan a la demostración o no de su exactitud.

No obstante, en el caso de las personas públicas, el Tribunal de Justicia introduce matices: «el derecho a la libertad de expresión e información puede prevalecer sobre los derechos a la protección de la vida privada y a la protección de los datos personales, en particular cuando el interesado desempeña un papel en la vida pública, esa correlación se invierte en cualquier caso cuando se comprueba que al menos una parte de la información objeto de la solicitud de retirada de enlaces, y que no es menor en el conjunto de dicha información, es inexacta. En efecto, en tal supuesto, no pueden tenerse en cuenta los derechos a informar y a ser informado, puesto que no pueden incluir el derecho a difundir dicha información y a tener acceso a ella».

En cuanto a un gestor de un motor de búsqueda como Google, el Tribunal de Justicia le da pautas en lo que se refiere a sus obligaciones y responsabilidades que debe comprobar si un contenido puede seguir estando incluido en la lista de resultados para lo que debe basarse en el conjunto de derechos e intereses en juego y en el conjunto de circunstancias del caso concreto.

No obstante, el Tribunal de Justicia se preocupa de que sus obligaciones no sean desproporcionadas por lo que estará obligado a retirar los enlaces si, por un lado, el interesado le aporta pruebas pertinentes y suficientes, que sean idóneas para fundamentar su solicitud y acreditan la inexactitud manifiesta de la información que figura en el contenido indexado, o al menos de una parte de esa información que no es menor en el conjunto del referido contenido; o, por otro lado, cuando el interesado le presente una resolución judicial adoptada contra el editor del sitio de Internet que se base en que la información que figura en el contenido indexado, que no es menor en el conjunto de este, es, al menos a primera vista, inexacta.

Finalmente, el Tribunal de Justicia consagra la función dirimente de los tribunales nacionales a los que asigna esta misión: «garantizar la ponderación de los intereses en conflicto, ya que son los mejor situados para efectuar en profundidad una ponderación compleja que tenga en cuenta todos los criterios y elementos establecidos por la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Se trata de una sentencia particularmente didáctica y que profundiza, con la ayuda de la jurisprudencia de Estrasburgo, en la protección de los de-

rechos fundamentales en internet y quien dice internet dice hoy en día en nuestra vida diaria.

4. *La construcción del sistema institucional de la moneda única: sentencia Banka Slovenije*

Sigue el Tribunal de Justicia interpretando el marco institucional de la moneda única y en su *sentencia Banka Slovenije*, C-45/21, la Gran Sala tiene ocasión de pronunciarse sobre la cuestión relativa al alcance de la responsabilidad patrimonial y a la independencia de los bancos centrales nacionales que, junto con el Banco Central Europeo, integran el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC).

En este caso fue el Tribunal Constitucional esloveno el que planteó varias cuestiones prejudiciales referidas a un asunto en el que el Banco Central de Eslovenia impugnaba la nueva legislación sobre responsabilidad del banco central por ser contraria al Derecho de la Unión.

La clave de la resolución del Tribunal de Justicia radica en su interés en preservar la independencia de los bancos centrales en cuanto que forman parte del Sistema Europeo de Bancos Centrales. De este modo y como subraya el Tribunal de Justicia: «el BCE y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro, que constituyen el Eurosistema, dirigirán la política monetaria de la Unión Europea». Y sigue explicando: «el SEBC constituye en Derecho de la Unión una construcción jurídica original en la que participan y cooperan estrechamente instituciones nacionales, esto es, los bancos centrales nacionales, y una institución de la Unión, a saber, el BCE, y en el que priman una articulación diferente y una distinción menos pronunciada entre el ordenamiento jurídico de la Unión y los ordenamientos jurídicos internos. En este sistema estrechamente integrado, que fue el querido por los autores de los Tratados para el SEBC, los bancos centrales nacionales y sus gobernadores tienen un estatuto híbrido, en la medida en que son a la vez autoridades nacionales y autoridades que actúan en el marco del SEBC».

La cuestión más importante que trata la sentencia es la que determina si la atribución al Banco de Eslovenia por la legislación nacional y, de conformidad con la Directiva 2001/24/CE relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito, la función de saneamiento de entidades de crédito.

A tal efecto, como dice el Tribunal de Justicia, la referida Directiva fue «adoptada en virtud de las competencias de la Unión en el ámbito del mercado interior, más concretamente la de suprimir obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios dentro de la Unión, y

no de sus competencias en el ámbito de la política económica y monetaria. Por tanto, la atribución de competencias de saneamiento solo es compatible con el Derecho de la Unión si no compromete la independencia del Banco central nacional, esto es, cabe atribuir al Banco central nacional la responsabilidad derivada de la función atribuida de saneamiento de entidades de crédito en el caso de que se trate «de los daños sufridos por antiguos titulares de instrumentos financieros cancelados por él en aplicación de medidas de saneamiento, en el sentido de la Directiva 2001/24, ordenadas por ese banco central, cuando resulte en un procedimiento judicial posterior que, o bien tal cancelación no era necesaria para garantizar la estabilidad del sistema financiero, o bien esos antiguos titulares de instrumentos financieros han sufrido, por dicha cancelación, pérdidas mayores que las que habrían sufrido en caso de quiebra de la entidad financiera de que se trate, siempre que solo se considere responsable a ese banco central cuando él mismo o las personas que ha habilitado para actuar en su nombre hayan actuado incumpliendo gravemente su deber de diligencia».

En cambio, tal independencia se vería comprometida, según el Tribunal de Justicia, si el legislador nacional, que «está legitimado para asegurar, respetando el Derecho de la Unión, tal indemnización, a fin de evitar que los efectos de las políticas llevadas a cabo con el objetivo de garantizar la estabilidad del sistema financiero impongan una carga excesiva a las personas físicas con ingresos modestos», en la medida en que el legislador esloveno establece «una obligación de pago que tiene su origen directamente en opciones políticas de dicho legislador y no en la manera en que el banco central del Estado miembro de que se trate ejerce sus funciones y en las propias opciones de este último en ese marco».

Y, asimismo, la independencia que el Derecho de la Unión asegura a los bancos centrales nacionales es contraria a la legislación eslovena en la medida en que hace responsable al Banco de Eslovenia de los daños causados por la cancelación de instrumentos financieros, en aplicación de medidas de saneamiento, en el sentido de la Directiva 2001/24, ordenadas por ese banco central, por un importe que puede afectar a su capacidad para desempeñar eficazmente sus funciones.

5. *El mercado único europeo y las restricciones por razones constitucionales*

La *sentencia Cilevičs*, C-391/20, de la Gran Sala del Tribunal de Justicia resulta de extraordinaria importancia porque plantea la conformidad de una legislación letona en materia de educación en la que se confiere una posición especial en la educación universitaria a la lengua oficial con la libertad de establecimiento.

El origen de la cuestión prejudicial es el Tribunal Constitucional letón que conoce de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley que impone el uso de la lengua oficial letona en los centros de educación superior de Letonia.

Por una parte, es muy interesante el método de interpretación que propone el Tribunal de Justicia al subrayar que «cuando una medida nacional atañe simultáneamente a varias de esas libertades, el Tribunal de Justicia la examina, en principio, a la luz de una sola de ellas, si se demuestra que, en las circunstancias del caso de que se trate, las demás son por completo secundarias con respecto a la primera y pueden subordinarse a ella».

De tal modo que, finalmente, el Tribunal de Justicia solo examina la conformidad de la legislación letona con la libertad de establecimiento, sin necesidad de abordar la cuestión en relación con la libre prestación de servicios o la misma Carta, porque, por una parte, «la naturaleza particular de los servicios de que se trata, a saber, las actividades de educación superior, implica que dichas actividades se ejerzan, con carácter general, de manera estable y continua», es decir, que tales servicios «est[arían] comprendid[os], de manera preponderante, en el ámbito de la libertad de establecimiento». Y, por otra parte, «el examen de la restricción que, con arreglo al artículo 49 TFUE, constituye una normativa nacional también abarca las posibles limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades contemplados en los artículos 15 a 17 de la Carta, de modo que no es necesario proceder a un examen por separado de la libertad de empresa consagrada en el artículo 16 de la Carta».

Y el examen resulta ordenado por el Tribunal de Justicia en torno a las tres cuestiones habituales: si es una restricción, si está justificada y si es proporcionada.

En cuanto a la primera cuestión, el punto de partida es que «si bien el Derecho de la Unión no menoscaba la competencia de los Estados miembros en lo que se refiere, por una parte, a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística, y, por otra parte, al contenido y a la organización de la formación profesional, según se deriva de los artículos 165 TFUE, apartado 1, y 166 TFUE, apartado 1, no es menos cierto que, en el ejercicio de esta competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión, incluidas las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento».

Ahora bien, la respuesta a si hay restricciones al derecho de establecimiento es afirmativa en la medida en que, aun cuando los nacionales de otros Estados miembros puedan establecerse en Letonia e impartir programas de estudios superiores, tal posibilidad está, en principio, condicionada por la obligación de impartirlos únicamente en la lengua oficial de Letonia.

La segunda cuestión está vinculada a si está justificada esta obligación y el Tribunal de Justicia también responde afirmativamente porque «el objetivo de fomentar y estimular el uso de una de las lenguas oficiales de un Estado miembro constituye un objetivo legítimo capaz de justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por la libertad de establecimiento».

Ahora bien, la tercera cuestión sobre la proporcionalidad de la medida la responde el Tribunal de Justicia condicionadamente en la medida en que «es legítimo que los Estados miembros establezcan, en principio, la obligación de que se utilice su lengua oficial en el marco de dichos programas, siempre que tal obligación vaya acompañada de excepciones, que garanticen que en el marco de la formación universitaria se pueda utilizar otra lengua que no sea la oficial». De hecho, el Tribunal de Justicia se preocupa por comprobar que existe, en realidad en Letonia, una válvula de escape: «la normativa letona establece que la utilización obligatoria de la lengua letona no afecta a dos centros privados de educación superior cuyo funcionamiento se rige por leyes especiales, lo que permite a esos dos centros seguir ofreciendo programas de estudios en lengua inglesa o, en su caso, en otra lengua oficial de la Unión».

Por eso el Tribunal de Justicia exige que en la legislación letona haya excepciones que «deberían permitir la utilización de una lengua que no sea el letón, al menos en lo que respecta a la formación impartida en el marco de la cooperación europea o internacional y a la formación relativa a una cultura y a lenguas que no sean la letona».

6. *La política social: derecho a las vacaciones retribuidas y el uso de prendas de vestir con connotaciones religiosas*

Es habitual que en esta *Crónica* haga referencia recurrente al alcance del derecho a las vacaciones anuales retribuidas que, en realidad, constituye una construcción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: «el derecho a vacaciones anuales retribuidas tiene una importancia especial por su condición de principio del Derecho social de la Unión y está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados» y resulta regulado por la Directiva 2003/88 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Es lo que repite la *sentencia LB, C-120/21* al abordar una cuestión de gran interés como es el de la prescripción del derecho a reclamar las vacaciones anuales retribuidas.

Fue el Tribunal Supremo de lo Laboral alemán el que planteó la cuestión prejudicial en un asunto en el que el Tribunal de Justicia diferencia en-

tre la acumulación y la prescripción de distintos períodos de vacaciones que no pudieron ser disfrutadas por el trabajador.

En cuanto a la acumulación, el Tribunal de Justicia recuerda que el artículo 7 de la Directiva 2003/88 no se opone a disposiciones o prácticas nacionales que limitan, en virtud de un período de aplazamiento de quince meses a cuyo término se extingue el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, la acumulación de derechos a dichas vacaciones.

Y en lo que se refiere a la prescripción, establecida con carácter general en tres años tal como dispone el Código civil alemán, el Tribunal de Justicia considera que no opera y no puede invocarse de oficio ni por el empresario cuando el empresario no ha posibilitado al trabajador ejercer tal derecho de forma efectiva. En este sentido y como subraya el Tribunal de Justicia, el trabajador debe considerarse la parte débil de la relación laboral por lo que es obligación del empresario incitar al trabajador a disfrutar de sus vacaciones e informarle de la posible extinción de su derecho.

La *sentencia S.C.R.L.*, C-344/20, se refiere al uso de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, y tiene su origen en una cuestión prejudicial remitida a Luxemburgo por el Tribunal de lo Laboral Francófono de Bruselas en un asunto en el que una demandante de empleo de religión musulmana no fue contratada por el hecho de que se negó a quitarse el pañuelo islámico.

Al interpretar la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación el Tribunal de Justicia recuerda que la protección contra la discriminación garantizada en esta Directiva solo abarca los motivos que se mencionan exhaustivamente en el artículo 1 de la Directiva, que los términos «religión o convicciones» que figuran en él constituyen un solo y único motivo de discriminación, que abarca tanto las convicciones religiosas como las convicciones filosóficas o espirituales, de modo que esta discriminación no cubre ni las convicciones políticas o sindicales ni las convicciones o preferencias artísticas, deportivas, estéticas u otras.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que la prohibición por una empresa a sus trabajadores de manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, del tipo que sean, no constituye, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones» en el sentido de dicha Directiva, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada.

Por último, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual la Directiva 2000/78 permite tener en cuenta el contexto especí-

fico de cada Estado miembro y reconocer a cada uno de ellos un margen de apreciación en el marco de la conciliación necesaria entre los diferentes derechos e intereses en juego, con el fin de garantizar un justo equilibrio entre estos.

7. *Contratación pública: medidas cautelares y ofertas anormalmente bajas*

La contratación pública es prolífica en la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia. En dos sentencias se ha pronunciado y ha reforzado su jurisprudencia anterior sobre las medidas cautelares y sobre el procedimiento que debe seguirse en caso de que se sospeche que hay ofertas anormalmente bajas.

La *sentencia EPIC Financial Consulting*, C-274/21 y C-275/21, se refiere a la adjudicación en Austria de contratos públicos de suministro de pruebas de detección de antígenos producidos por el coronavirus. El Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo austríaco acudió al Tribunal de Justicia para interpretar la Directiva 89/665/CEE sobre procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos y el artículo 47 de la Carta que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva.

Lo más destacable de la sentencia es que la Directiva 89/665/CEE se aplica a los acuerdos marcos, que un poder adjudicador no puede seguir basándose, para adjudicar un nuevo contrato, en un acuerdo marco cuya cantidad o valor máximo de las obras, suministros o servicios de que se trate hayan sido ya alcanzados; y, en fin, sobre las medidas cautelares en materia de contratos públicos.

Precisamente sobre estas medidas cautelares, el Tribunal de Justicia señala que el principio de equivalencia debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la normativa austríaca que establece, para las solicitudes de medidas provisionales y los recursos relativos a un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, normas procesales distintas de las que se aplican en particular a los procedimientos en materia civil.

Del mismo modo, el Tribunal de Justicia considera que la Directiva 89/665/CEE y el artículo 47 de la Carta se oponen a exigir del justiciable que identifique, en su solicitud de medidas provisionales o en su recurso, el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate y la decisión impugnada por separado contra la que interpone el recurso cuando el poder adjudicador haya optado por un procedimiento de adjudicación del contrato público sin publicación previa de un anuncio de licitación y el anuncio de adjudicación del contrato no haya sido publicado todavía.

Y a la misma conclusión llega el Tribunal de Justicia cuando reconoce la misma obligación del órgano judicial encargado de resolver las medidas

cautelares, dado que «en el contexto de un procedimiento de adjudicación de un contrato público organizado de manera opaca, el derecho a solicitar protección cautelar resulta crucial».

En fin, a juicio del Tribunal de Justicia, imponer al justiciable el pago de tasas judiciales a tanto alzado por un importe imposible de prever antes de presentar su solicitud de medidas provisionales o su recurso hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva e infringe, por ello, el artículo 47 de la Carta, incluso cuando dicho importe solo representa una fracción ínfima del valor de mercado del contrato o contratos de que se trate.

La *sentencia Veridos*, C-669/20, se refiere a las ofertas anormalmente bajas en la contratación pública y a su control judicial. La cuestión prejudicial tiene su origen en el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Bulgaria que conocía de un litigio referido a un procedimiento «restringido» de adjudicación de un contrato público que tenía por objeto la planificación, desarrollo y gestión de un sistema de expedición de documentos de identidad búlgaros.

Respecto de las ofertas anormalmente bajas, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual el poder adjudicador está obligado a identificar las ofertas sospechosas; dar a los licitadores afectados la posibilidad de demostrar la seriedad de tales ofertas, exigiéndoles las precisiones que considere oportunas; valorar la pertinencia de la información facilitada por los interesados; y tomar la decisión de admitir o rechazar dichas ofertas.

Por tanto, tales obligaciones se aplican sin que la imposibilidad de aplicar los criterios previstos al efecto por una legislación nacional y el número de ofertas presentadas, en el caso solo dos, sean relevantes a este respecto.

Y, asimismo, el Tribunal de Justicia señala el procedimiento que se debe seguir: cuando un poder adjudicador comprueba que una oferta resulta anormalmente baja y lleva a cabo, a raíz de ello, un debate contradictorio con el licitador correspondiente, es necesario consignar el resultado de ese debate por escrito.

Y sobre tal decisión se impone una revisión judicial porque, en aplicación de la Directiva y del artículo 47 de la Carta, «la decisión de adjudicación del contrato público de que se trate debe poder ser objeto de un recurso eficaz, exige que los licitadores que se consideren perjudicados puedan interponer un recurso contra dicha decisión alegando que la oferta seleccionada debería haberse calificado de «anormalmente baja»». Pero, ciertamente, el legislador de la Unión no ha impuesto a los poderes adjudicadores la obligación de adoptar una decisión expresa y motivada que declare la inexistencia de ofertas anormalmente bajas.

8. *La gestión de los fondos europeos y los concursos de acreedores*

La *sentencia Municipio de Wieliszew*, C-698/20, resulta interesante porque pone de manifiesto la naturaleza de los fondos europeos, una vez que son transferidos a las Administraciones nacionales.

En este caso se trataba de unos 500.000 euros, procedentes de los fondos europeos y que un municipio polaco había depositado en el Banco Cooperativo del Artesanado y de la Agricultura, que fue declarado en concurso de acreedores.

La pregunta que le hace el Tribunal Supremo de Polonia al Tribunal de Justicia es si estos fondos de origen europeo pueden separarse de la masa activa de un banco en concurso de acreedores.

Por un lado, es llamativo que el Defensor del Pueblo de Polonia niegue el carácter de órgano jurisdiccional a su Tribunal Supremo por el hecho de que desde el momento en que un órgano jurisdiccional nacional plantea una petición de decisión prejudicial debe presumirse que dicho órgano jurisdiccional cumple tales requisitos, independientemente de su composición concreta.

Añade, no obstante, el Tribunal de Justicia que existen otros factores que podrían repercutir en el funcionamiento del órgano jurisdiccional remitente al que pertenecen dichos jueces, contribuyendo así a menoscabar la independencia y la imparcialidad de dicho órgano jurisdiccional.

Y, por otro, en cuanto al fondo del asunto, el Tribunal de Justicia niega privilegio especial de la financiación de los fondos europeos depositada en una cuenta del banco declarado en concurso de acreedores y, a tal efecto, hace las siguientes constataciones.

En primer lugar, los activos que salen del presupuesto de la Unión y se ponen a disposición de los Estados miembros en virtud de Fondos Estructurales o del Fondo de Cohesión, una vez abonados no pueden considerarse activos de la Unión. Se trata de una transferencia de activos del presupuesto de la Unión a los presupuestos de los Estados miembros. Y, por tanto, no pueden calificarse como activos de la Unión, hasta el punto de que justifique que no pudieran ser objeto de ninguna medida de apremio administrativo o judicial sin autorización del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En segundo lugar, el Derecho de la Unión no obliga a que Polonia adopte disposiciones que permitan separar sumas de la masa activa del concurso de un banco por el solo hecho de que tales cantidades hayan sido depositadas en dicho banco por un beneficiario de un programa cofinanciado por el presupuesto de la Unión.

Y, por último, puntualiza el Tribunal de Justicia que, conforme a la regulación europea de los fondos, los Estados miembros tienen la obligación de reembolsar los importes perdidos al presupuesto general de la Unión,

cuando se demuestre que las pérdidas se han producido por irregularidades o negligencia por su parte. Lo que en este supuesto resulta patente que no ha ocurrido.

Por tanto, aun cuando la eventual imposibilidad de recuperar las sumas controvertidas en determinados casos puede obstaculizar la consecución del objetivo perseguido por la normativa de la Unión aplicable, o incluso implicar para el beneficiario de dichas sumas la obligación de devolverlas, lo cierto es que no se oponen a la normativa polaca sobre el concurso de acreedores.

9. *La protección de los consumidores y los poderes de los órganos administrativos de protección*

La *sentencia LOT*, C-597/20, tiene una gran importancia porque aclara que las autoridades nacionales pueden conferir la potestad de imponer el pago de indemnizaciones a los órganos administrativos encargados de aplicar el Reglamento (CE) n.º 261/2004 por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos.

El litigio tiene su origen en un vuelo entre Nueva York y Budapest que se había retrasado. La denuncia y la petición de indemnización de los afectados se presentaron ante la oficina de protección al consumidor que acordó imponer a la empresa polaca de aviación, LOT, una indemnización por cada pasajero de 600 euros.

Planteado el asunto ante el Tribunal General de Budapest, este acudió al Tribunal de Justicia que, siguiendo muy de cerca al Abogado General J. Richard de la Tour, consideró que los organismos administrativos podían tener esta facultad para obligar a un transportista aéreo a pagar la compensación debida a los pasajeros en virtud del mismo Reglamento, cuando se haya presentado ante ese organismo nacional una reclamación individual de un pasajero, siempre que el pasajero y el transportista aéreo afectados tengan la posibilidad de acudir a la vía judicial.

El Abogado General comprueba que la normativa húngara que atribuye competencias para imponer la obligación de indemnizar a una compañía aérea a un pasajero «contribuye a la sencillez, la celeridad y la eficacia del procedimiento de indemnización, al evitar que el pasajero aéreo afectado tenga que ejercitar una acción ante las autoridades judiciales competentes para obtener el pago de la compensación que le corresponde, lo cual podría implicar la necesidad de acometer prolongados y, en ocasiones, tediosos trámites [y] garantiza un elevado nivel de protección de los pasajeros aéreos y, al mismo tiempo, evita una saturación de los tribunales, habida

cuenta del elevadísimo número de solicitudes de indemnización» (punto 48 de las Conclusiones).

El Tribunal de Justicia señala que «atribuir una competencia coercitiva a un organismo nacional designado sobre la base del artículo 16, apartado 1, de dicho Reglamento contribuye sin duda a que los pasajeros no tengan que padecer los inconvenientes que lleva consigo el ejercicio de acciones judiciales».

El Tribunal de Justicia parece señalar que esta competencia administrativa se limitaría a cumplir el objetivo de remediar, de forma inmediata y estandarizada, los perjuicios sufridos por los pasajeros aéreos de acuerdo con el Reglamento europeo aplicable.

El único límite que impone el Tribunal de Justicia a esta atribución es que, siempre y en todo caso, los pasajeros y los transportistas aéreos tengan la posibilidad de ejercer una acción judicial ante el juez nacional competente.

Por tanto, esta sentencia abre la puerta a una importante reforma en aquellos países que aún no hayan conferido este tipo de facultades a los organismos públicos. Se trata, en definitiva, de un empuje decisivo a la administrativización del régimen de compensaciones a los pasajeros aéreos que, desde luego, puede extenderse a otros ámbitos de protección de los consumidores.

En España esto supondría, si así lo decide el legislador, que un organismo administrativo en materia de navegación aérea o incluso los organismos de protección del consumidor puedan imponer la obligación de compensación, con posibilidad, en principio, de control judicial que, también podría ser natural que se confiriese a la jurisdicción contencioso-administrativa, desgestionando de algún modo la jurisdicción civil, los Juzgados de lo Mercantil.

III. Segunda parte. La jurisprudencia europea en los litigios ante los tribunales españoles y sus efectos en el derecho interno

La vía prejudicial constituye un procedimiento de extraordinaria importancia en el Derecho de la Unión Europea. Por eso resulta esencial recordar en España la conveniencia de una leal cooperación con el Tribunal de Justicia y un exquisito respeto por los órganos judiciales españoles y sus interpretaciones.

En este sentido, la *sentencia Banco Cetelem*, C-302/21, debía abordar una cuestión, sin duda importante, como es la de la protección del consumidor frente a los denominados *créditos revolving*, pero solo ilustra que conviene que los titulares de los órganos judiciales no se empecinen en el planteamiento de cuestiones que devienen sin objeto, por efecto de transac-

ciones o allanamientos, y en la que de una manera cruda se impugna la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

En efecto, el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Castellón de la Plana (auto de 7 de mayo de 2021, recurso n.º 1196/2020, ES:JPI:2021:43A, magistrada: Castillo Martínez) le pregunta al Tribunal de Justicia si un contrato de crédito al consumo de tipo *revolving* en el que se estipuló una tasa anual equivalente (en lo sucesivo, «TAE») del 23,14% y al que iba asociada la entrega de una tarjeta de crédito puede considerarse de carácter usurario sin tener que aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

Ahora bien, Banco Cetelem se allanó y al mismo tiempo llegó a un acuerdo transaccional con la recurrente que reclamaba la nulidad del contrato y la devolución de los intereses pagados, comprometiéndose únicamente a la devolución del capital prestado.

Aun cuando el Juzgado manifestó la voluntad de mantener la cuestión prejudicial y no aceptaba el allanamiento ni la homologación del acuerdo transaccional, el Tribunal de Justicia decidió no pronunciarse sobre la cuestión prejudicial porque el procedimiento prejudicial presupone la pendencia efectiva de un litigio ante los órganos jurisdiccionales nacionales en el que estos deberán dictar una resolución en la que se tenga en cuenta la sentencia dictada con carácter prejudicial, lo que, ciertamente, ya no ocurría en este caso de modo que «una respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales planteadas no le sería de ninguna utilidad al órgano jurisdiccional remitente para la resolución del litigio, que ha quedado sin objeto».

También de la cuestión prejudicial formulada se deduce un planteamiento bastante agrio, e innecesario, de la conformidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, en este caso de la Sala de lo Civil, que es preciso evitar.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la adquisición de la condición de eurodiputado por uno de los independentistas catalanes condenado por sedición y, en definitiva, remite la cuestión a la regulación del Derecho español.

En la *sentencia Junqueras i Vies / Parlamento*, C-115/21 P, el Tribunal de Justicia confirma el auto del Tribunal General de 15 de diciembre de 2020 que inadmitía el recurso de anulación contra la declaración del Presidente del Parlamento Europeo, de 13 de enero de 2020, que tomaba nota de que había quedado vacante el escaño del Sr. Junqueras i Vies, tal como le había transmitido al Parlamento Europeo la Junta Electoral Central de España.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia subraya que «a falta de adopción de un procedimiento electoral uniforme, el procedimiento relativo a la elección de los miembros del Parlamento sigue rigiéndose, en cada Estado miembro, por las disposiciones nacionales». Esto quiere decir, a juicio

del Tribunal de Justicia, que «cuando la vacante del escaño de un miembro del Parlamento resulta de la anulación de su mandato expresamente prevista por el Derecho nacional, el mandato expira con fundamento exclusivo en ese Derecho, ya que el Parlamento es meramente informado por las autoridades nacionales de que el interesado ha perdido su condición de diputado europeo». Y, por tanto, corresponde a los tribunales nacionales, en este caso a los tribunales españoles, recurriendo a un eventual reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia, «controlar la conformidad con el Derecho de la Unión del procedimiento previsto por el Derecho nacional que da lugar a la anulación del mandato de miembro del Parlamento».

En definitiva, concluye el Tribunal de Justicia, «la inelegibilidad que dio lugar a la anulación del mandato del Sr. Junqueras i Vies en aplicación de la Ley electoral española forma efectivamente parte, como declaró el Tribunal General, del «procedimiento electoral» regido por el Derecho nacional, en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Acta electoral, cuyo respeto no corresponde al Parlamento controlar».

Por último, el Tribunal de Justicia ha condenado a España por el incumplimiento de la Directiva 2008/50/CE relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa al haberse superado los valores límite de dióxido de nitrógeno tanto en Madrid como en Barcelona en los años 2010 a 2018.

Así lo declara el Tribunal de Justicia en la *sentencia Comisión / España*, C-125/20, donde comprueba que las autoridades españolas habían incumplido la Directiva en cuestión en la medida en que, por una parte, no habían evitado que se superase de forma sistemática y continuada el valor límite anual y el valor límite horario fijado para el dióxido de nitrógeno (NO₂). Y también se había producido el incumplimiento al no haber adoptado las medidas adecuadas para garantizar que el período de superación de los valores límite fijados para el NO₂ fuese lo más breve en Barcelona y en Madrid.

Pues bien, después de esta introducción conviene el examen pormenorizado de las cuestiones prejudiciales españolas de este segundo semestre de 2022 que abordan materias muy variadas.

1. *La sentencia ASADE sobre contratos públicos de servicios sociales*

La *sentencia ASADE*, C-436/20, interpreta los contratos públicos de prestación de servicios sociales con asociaciones sin ánimo de lucro.

El Tribunal de Justicia se pronuncia a petición de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Valencia que conoce de un recurso de la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)

para la anulación del Decreto 181/2017 autonómico valenciano relativo a la acción concertada para la prestación de servicios sociales por entidades de iniciativa social.

El Tribunal de Justicia examina la conformidad del Decreto valenciano con la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y llega a la conclusión de que la normativa autonómica prevé un régimen especial de adjudicación de contratos de servicios sociales que, no obstante, debe respetar los principios de igualdad y de transparencia.

En cuanto al principio de igualdad, el Tribunal de Justicia comprueba, por una parte, que está justificada «la exclusión de las entidades privadas con ánimo de lucro de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos que tienen por objeto la prestación de tales servicios sociales [porque] no es contraria al principio de igualdad, siempre y cuando dicha exclusión contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan ese sistema».

Del mismo modo y también en cuanto al principio de igualdad, el Tribunal de Justicia constata que el Decreto valenciano obliga a que los licitadores estén implantados, desde el momento de la presentación de sus ofertas, en el territorio de la localidad donde vayan a prestarse los servicios sociales. Este requisito resulta, a juicio del Tribunal europeo, desproporcionado porque «aun suponiendo que la implantación del operador económico en el territorio de la localidad en la que ha de prestar los servicios sociales de que se trata sea necesaria para garantizar la proximidad y la accesibilidad de esos servicios, tal objetivo podría alcanzarse, en cualquier caso, de manera igualmente eficaz obligando a dicho operador económico a cumplir este requisito únicamente en la fase de ejecución del contrato público».

Asimismo y en lo que se refiere al principio de transparencia, el Tribunal de Justicia insiste en la *sentencia ASADE* en que la legislación valenciana debería exigir del poder adjudicador «un grado de publicidad adecuado que permita, por un lado, abrir a la competencia los procedimientos de adjudicación y, por otro lado, controlar su imparcialidad para posibilitar a cualquier operador interesado decidir concurrir a licitaciones sobre la base de toda la información pertinente y garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador. La obligación de transparencia implica, pues, que todos los requisitos y condiciones del procedimiento de licitación estén formulados de forma clara, precisa e inequívoca, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, se delimite el poder discrecional de la entidad adjudicadora y esta pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el procedimiento de que se trate».

2. *Morosidad en el pago de deudas de los poderes públicos españoles*

La *sentencia BFF Finance Iberia*, C-585/20, interpreta la Directiva 2011/7/UE de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la aplica a un supuesto de falta de pago en materia de contratación administrativa.

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de Valladolid le preguntaba al Tribunal de Justicia tres cuestiones recurrentes en la jurisdicción contencioso-administrativa sobre el cálculo de los costes de cobro por factura, el plazo del pago para calcular los intereses moratorios y el cumplimiento de las obligaciones tributarias sobre el IVA.

Con carácter previo el Tribunal de Justicia explica que la Directiva se aplica también en los supuestos de cesión de créditos dado que se trata, en realidad, de una prolongación de las operaciones comerciales iniciales.

El Tribunal de Justicia señala, respecto de los costes de cobro fijos, que la Directiva se aplica por cada una de las facturas y no por la reclamación que se haga en vía administrativa o judicial de modo que «la cantidad fija mínima de 40 euros en concepto de compensación por los costes de cobro se adeuda al acreedor que ha cumplido sus obligaciones por cada pago no efectuado a su vencimiento como contraprestación de una operación comercial acreditada en una factura o en una solicitud de pago equivalente, a menos que el retraso producido no sea imputable al deudor».

En cuanto al plazo máximo para el pago de la deuda, el Tribunal de Justicia subraya que el plazo ordinario es de 30 días de manera que solo excepcionalmente se puede ampliar a 60 días naturales; o como dice el Tribunal de Justicia: «la aplicación a las operaciones comerciales entre las empresas y los poderes públicos de un plazo de pago de más de 30 días naturales, hasta un máximo de 60 días naturales, es excepcional y debe limitarse a determinados supuestos bien definidos».

En fin, en lo que se refiere al pago del IVA, el Tribunal de Justicia considera que la cantidad adeudada debe incluir, en su caso, los impuestos, por lo que «el importe del IVA que figura en la factura o en la solicitud de pago equivalente es independiente de si, en la fecha en que se produce la demora en el pago, el sujeto pasivo ya ha abonado dicha cantidad a la Hacienda Pública». De este modo ya no se requerirá, como hasta ahora era habitual, que el acreedor pruebe el pago de tal impuesto.

3. *La protección de los consumidores: la jura de cuentas de los abogados y el desistimiento sin costas*

En cuanto a la jura de cuentas de abogados, el Tribunal de Justicia ha declarado que es contraria a la Directiva sobre cláusulas abusivas con

los consumidores en la *sentencia Vicente*, C-335/21 que se refiere, de una parte, a los contratos de prestación de servicios entre los abogados y sus clientes en relación con la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Directiva 2005/29 CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; y, de otra, al procedimiento judicial de cobro, la jura de cuentas de un abogado, previsto en la legislación procesal española.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 10 bis de Sevilla planteó la cuestión prejudicial a raíz de una jura de cuentas de un despacho de abogados que había suscrito con unos clientes una hoja de encargo para reclamar la nulidad de un préstamo sometido a cláusulas abusivas. Dado que los clientes llegaron a un acuerdo extrajudicial con la entidad bancaria, que les devolvió 870,67 euros, antes de que los abogados presentasen la demanda, los abogados presentaron la demanda, archivándose finalmente el procedimiento. No obstante, los abogados, amparándose en una cláusula de desistimiento del contrato de servicios, reclamaron mediante el procedimiento de jura de cuentas 1.337,65 euros que, a pesar de la oposición de los clientes, fue confirmada por la Letrada de la Administración de Justicia.

En su interpretación el Tribunal de Justicia considera, en primer lugar, que la cláusula de desistimiento era abusiva y no estaba excluida de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE porque, en realidad, es una cláusula de un contrato celebrado entre un abogado y su cliente a tenor de la cual el cliente se compromete a seguir las instrucciones del abogado, a no actuar sin conocimiento o contra el consejo de este y a no desistir por sí mismo del procedimiento judicial que le ha encomendado, y que estipula una penalidad económica para el caso de incumplimiento de estos compromisos.

En segundo lugar, también es aplicable la Directiva 2005/29/CE porque se trata de una práctica comercial «engañosas», en el sentido del artículo 7 de la Directiva, siempre que haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, en este caso, en particular, el consumidor estaría obligado a abonar una penalidad contractual que puede alcanzar un importe significativo, e incluso desproporcionado en relación con el precio de los servicios prestados en virtud de ese contrato.

Por último y en cuanto se refiere al procedimiento de jura de cuentas del abogado, establecido por el artículo 35 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Tribunal de Justicia comprueba que no es conforme con la protección del consumidor porque, por un lado, «aunque el letrado de la Administración de Justicia efectúa determinadas comprobaciones en relación con esos honorarios, de la petición de decisión prejudicial se desprende que, como autoridad no jurisdiccional que es, carece de competencia para

apreciar si una cláusula del contrato del que derivan esos honorarios tiene carácter abusivo a la luz de la Directiva 93/13». Y, por otra parte, porque «ni el procedimiento ordinario ni el procedimiento de ejecución parecen permitir que se conjure el riesgo de que el consumidor no pueda hacer valer los derechos que le otorga la Directiva 93/13 en el marco de un recurso de revisión».

La conclusión resulta manifiesta: «la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad y del artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional relativa a un procedimiento sumario de pago de honorarios de abogado».

La *sentencia Zulima / Servicios Prescriptor y Medios de Pagos*, C-215/21, es la respuesta del Tribunal de Justicia al reenvío prejudicial del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria sobre los créditos *revólving* y las cláusulas abusivas que, no obstante, se habían resuelto mediante una satisfacción extraprocésal propiciada por la entidad financiera antes de terminar el plazo para contestar a la demanda.

La única cuestión que se plantea es si el consumidor debe cargar con sus propias costas relativas al proceso judicial que se ha visto obligado a promover para hacer valer los derechos que la Directiva 93/13 le otorga a pesar del comportamiento de la entidad de crédito.

En este caso se plantea la interpretación del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la terminación del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto y conforme al cual, en principio, no procede la condena en costas.

El Tribunal de Justicia matiza la respuesta y recuerda que, según su jurisprudencia, «la Directiva 93/13 reconoce al consumidor el derecho de acudir a un juez para que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual y para que se deje sin aplicar. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que determinar el reparto de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente sobre la base de las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial».

Ahora bien y en este caso oportunamente el abogado del Estado español le recordó al Tribunal de Justicia que el juez puede tener en cuenta la posible mala fe del profesional y, en su caso, condenarlo al pago de las costas del proceso judicial.

Por eso la respuesta del Tribunal de Justicia es que el artículo 22 LEC no se opone a la Directiva 93/13, interpretada a la luz del principio de efectividad, «a condición de que el juez que conozca del asunto tenga imperativamente en cuenta la eventual mala fe del profesional de que se trate y, en su caso, lo condene al pago de las costas del proceso judicial que ese consu-

midor se ha visto obligado a promover para hacer valer los derechos que la Directiva 93/13 le otorga».

4. *El «cártel de los camiones» ante los tribunales españoles*

La aplicación privada del Derecho europeo de la competencia está en su máximo esplendor en los tribunales españoles debido a una verdadera guerra desatada en los Juzgados Mercantiles entre quienes compraron uno o más camiones entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011 a los más importantes fabricantes europeos de camiones. Y la refriega ofrece todas las perspectivas del Derecho de la Unión: desde la entrada en vigor o la transposición tardía de la Directiva sobre daños hasta la aplicación de la Carta, con implicación, ciertamente, de los Juzgados de lo Mercantil, pero también de los tribunales jerárquicos, las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y también se ha visto implicado el Tribunal Constitucional, que han pedido en todos los niveles de la jurisdicción ordinaria el apoyo, por vía prejudicial, del Tribunal de Justicia.

La Directiva 2014/104/UE relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea se publicó en el *DOUE* n.º 349, de 5 de diciembre, entró en vigor el 26 de diciembre de 2014 y concedió tres años de plazo para su transposición que, terminaba, por tanto, el 27 de diciembre de 2017. En España, no obstante, fue incorporada por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, que entró en vigor el 27 de mayo de 2017.

La propia Directiva se encarga de que sus disposiciones sustantivas no se apliquen con efecto retroactivo, antes del 26 de diciembre de 2014.

Precisamente en el segundo semestre de 2022 se han publicado varias resoluciones judiciales europeas y españolas que merece la pena comentar.

Quizás la resolución más significativa sea el auto del Tribunal Supremo (auto, de 7 de octubre de 2022, de la Sala Civil del Tribunal Supremo, recurso n.º 45/2021, ES:TS:2022:13837A, del que es ponente el magistrado Sarazá Jimena) y que remite una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia (C-632/22, Volvo) porque no está de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el emplazamiento de los fabricantes de camiones pero que revela los problemas de los numerosos litigios que se han resuelto o que penden en los tribunales españoles.

En efecto, el auto explica las estadísticas de que dispone en ese momento: «en el año 2021 las Audiencias Provinciales dictaron 563 sentencias en recursos de apelación sobre esta materia y los Juzgados Mercantiles, más

de 2300 sentencias, y en 2022 el aumento ha sido exponencial. A 15 de julio de 2022, este Tribunal Supremo tenía registrados 753 recursos de casación sobre esta cuestión».

El problema concreto que plantea el Tribunal Supremo es el del emplazamiento de los fabricantes de camiones demandados tal como surge en el asunto en casación del que conoce.

Se trata de una reclamación de la empresa valenciana Transsaqui contra el fabricante de camiones sueco Volvo. La razón por la que el Tribunal Supremo acude al Tribunal de Justicia es por la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional en relación con el mismo tipo de litigios considerando, en sustancia, que el emplazamiento debe hacerse con todas las garantías y, en particular, en la sede de la empresa matriz.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en dos sentencias, STC 179/21, de 25 de octubre de 2021, ES:TC:2021:179, ponente: Roca Trías, en la que Iveco en su litigio contra Kartin obtiene el amparo por no haber sido emplazada en su sede de Turín, en vez de en la sede de la filial en Madrid.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional, en su STC 91/22, de 11 de julio de 2022, vuelve a amparar a Iveco frente a la reclamación que le había hecho Casa Severón, ES:TC:2022:91, ponente: Narváez Rodríguez, ante el Juzgado de lo Mercantil de Gijón.

El planteamiento del Tribunal Supremo español es interesantísimo porque pone de manifiesto el obstáculo que supone para obtener la tutela judicial efectiva, es decir, para interpretar el artículo 47 de la Carta (tutela judicial efectiva) en la aplicación del artículo 101 TFUE (el fundamento de la aplicación privada del Derecho europeo de la competencia).

Esto es, por una parte, el carácter disuasorio que suponen los gastos para emplazar a las empresas matrices que están en otro país de la Unión Europea y que, por lo general, implica altos costes de traducción de documentos: «la mayoría de los demandantes en los litigios sobre el cartel de los camiones son pequeñas o medianas empresas, que efectúan reclamaciones de una cuantía que no es muy elevada, la exigencia de pagar al inicio del litigio unas cantidades de dinero muy elevadas en comparación con la indemnización reclamada, para traducir la demanda y, en su caso, documentos anexos, puede suponer un obstáculo real a la tutela judicial efectiva que la efectividad del artículo 101 TFUE exige para los afectados por las conductas infractoras del Derecho de la competencia».

Y, por otra parte, la no recuperación de estos costes dado el sistema de costas establecido en el Derecho español y conforme al cual solo en caso de estimación íntegra de la demanda reconoce tal derecho, o como dice el Tribunal Supremo: «para la fijación de la indemnización con frecuencia es necesario aplicar criterios estimativos (artículo 17.1 de la Directiva

2014/104 UE), suele ocurrir que la estimación de la demanda no es plena y, por ello, no haya condena al pago de las costas».

En el período al que se refiere esta *Crónica* se ha dictado la *sentencia PACCAR y otros*, C-163/21, que tiene su origen en un reenvío prejudicial del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona que preguntaba sobre el alcance de la prueba que se puede exigir de la demandada, de los fabricantes de camiones, es decir, «[si] la exhibición de las pruebas pertinentes en poder de la parte demandada o de un tercero comprende únicamente los documentos en su poder que ya existan o también aquellos que la parte frente a la que se dirige la solicitud de exhibición de pruebas deba crear *ex novo*, mediante la agregación o clasificación de información, conocimientos o datos que estén en su poder».

Con carácter previo, el Tribunal de Justicia determina si la norma de la Directiva que se pretende interpretar es una norma sustantiva o una norma procesal, distinción que estableció en la sentencia de 22 de junio de 2022, *Volvo y DAF Trucks*, C-267/20, EU:C:2022:494, dictada en respuesta a la cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de León.

La conclusión del Tribunal de Justicia es que se trata de una norma procesal y, en consecuencia, se aplica la Directiva porque «la demanda en el litigio principal se presentó el 25 de marzo de 2019, esto es, después del 26 de diciembre de 2014 y con posterioridad a la fecha de transposición de la Directiva 2014/104 en el ordenamiento jurídico español».

El examen interpretativo resulta sumamente interesante en la medida en que se trata de saber si las pruebas pueden referirse a documentos preexistentes o también a documentos creados *ex novo*.

El Tribunal de Justicia no limita la exhibición de pruebas a los documentos preexistentes sino que también lo extiende a documentos que tenga que crear la demandada por la situación de asimetría en la información que se produce en estos casos. No obstante, el límite viene dado por el control que encomienda a los jueces nacionales para que apliquen el principio de proporcionalidad: «corresponde a dichos órganos jurisdiccionales evaluar si la solicitud de exhibición de pruebas creadas *ex novo* a partir de elementos de prueba preexistentes en poder de la parte demandada o de un tercero entraña el riesgo, por ejemplo, debido a su carácter excesivo o demasiado general, de imponer una carga desproporcionada a la parte demandada o al tercero afectado, bien sea en lo relativo al coste o a la carga de trabajo que ocasionaría tal solicitud» (apartado 64).

Y está pendiente de sentencia, aunque ya cuenta con las Conclusiones del Abogado General, el asunto C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer SL c Daimler AG*, que tiene su origen en el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia.

De nuevo se trata de la reclamación de una empresa que había adquirido varios camiones de las marcas Mercedes, Renault e Iveco, y reclamaba

el resarcimiento de daños y perjuicios por el sobreprecio establecido vulnerando el Derecho europeo de la competencia.

Las dudas que tiene el juez mercantil valenciano se refieren a la imposición de las costas en este tipo de procesos y a la determinación del daño.

En las Conclusiones de la AG Kokott, de 22 de septiembre de 2022, EU:C:2022:712, se aborda, con carácter preliminar, la aplicación de la Directiva haciendo referencia a la distinción entre normas sustantivas y normas procesales, para llegar a la conclusión de que es clave una fecha, la de la transposición de la Directiva 2014/104 en el Derecho español porque «Esta última fecha es relevante debido a que, en defecto de disposiciones nacionales de transposición, la aplicación de las disposiciones de la Directiva frente a particulares, al menos antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva, sería problemática». La Abogada General no cree que se haya producido la prescripción de la acción al aplicar en este caso el plazo de cinco años de la Directiva dado que la publicación de los datos sobre la comisión de la infracción se produjo el 6 de abril de 2017, pero aunque el plazo fuese de un año no había concluido antes de expirar el plazo de transposición de la Directiva 2014/104, el 27 de diciembre de 2016, ni antes de entrar en vigor las disposiciones españolas de transposición, el 27 de mayo de 2017. Por tanto, debe aplicarse el plazo de cinco años que no se había cumplido cuando se presentó la demanda en 2019.

Aunque a continuación señala la propia AG Kokott, «puesto que las disposiciones de la Directiva codifican con carácter meramente declarativo principios que ya han sido reconocidos por la jurisprudencia, (14) estos principios son aplicables con independencia de si las correspondientes disposiciones de la Directiva deben calificarse o no de sustantivas».

En cuanto a las costas en este tipo de procesos, la AG Kokott establece a modo de principio que solo cabe un interpretación del régimen español de costas aplicable en los supuestos de reclamaciones por daños sufridos como consecuencia de la vulneración del Derecho europeo de la competencia: «parece justificado y equitativo que en las acciones por daños en el ámbito del Derecho de la competencia se haga una excepción al principio general de reparto de las costas en caso de estimación parcial y desestimación parcial de las pretensiones de una y otra parte, cuando la desestimación parcial de las pretensiones del demandante se deba a la excesiva dificultad o a la imposibilidad de la cuantificación del perjuicio, quedando así fuera del ámbito de responsabilidad del demandante. Este es un extremo cuya apreciación le corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del asunto, en atención a las circunstancias del caso concreto» (apartado 71).

Por lo que se refiere a las dificultades para la determinación del daño, la AG Kokott también establece otro principio de gran interés desde el punto de vista procesal que tiene dos dimensiones: por una parte, «la exhibición

de los datos utilizados para la elaboración del informe de la demandada no excluye que siga existiendo una asimetría de información entre las partes y que sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar el importe de los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles» (punto 98); y, por otra parte, a juicio de la AG, «el hecho de que el demandante haya demandado a uno de los participantes en la práctica colusoria del cual solo adquirió una parte de los bienes encarecidos por dicha práctica no excluye la posibilidad de estimar los daños y perjuicios debido a la imposibilidad práctica o a la excesiva dificultad de su cuantificación, siempre que, a solicitud del demandado, se hayan agotado también todas las posibilidades de obtención de pruebas a su favor que tengan perspectivas de éxito y sean proporcionadas» (punto 109).

Por último, la Audiencia Provincial de León ha dictado la sentencia de 19 de septiembre de 2022, DAF Trucks NV, AB Volvo, recurso n.º 84/2020, ES:APLE:2022:1005, ponente: del Ser López, en la que, a la vista de las respuestas de la cuestión prejudicial planteada, confirma la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León que había reconocido una indemnización del 15% del precio de adquisición mediante *leasing* de los vehículos, a saber 10,906.31 euros, de los 38.148,71 euros demandados.

En primer lugar, la Audiencia Provincial de León examina la alegación de nulidad por defectuosa notificación. Sin embargo y después de una esmerada fundamentación, la sentencia rechaza este motivo de apelación por considerar que los defectos de notificación no han producido indefensión.

En segundo lugar y por lo que se refiere a las cuestiones que había resuelto la sentencia del Tribunal de Justicia por vía prejudicial, la Audiencia Provincial de León la primera que resuelve es la de la prescripción cuyo plazo es no de un año sino de cinco años como establece la Directiva y el cómputo de la prescripción se hace desde la publicación del resumen en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, del 6 de abril de 2017, de la sanción impuesta a los fabricantes de camiones.

La segunda cuestión sobre la aplicación de la Directiva en materia de presunción del daño la resuelve la sentencia leonesa en el sentido de que «Excluida la aplicación de la Directiva de Daños y de la norma de transposición, entendemos que no procede limitar el marco normativo estrictamente a lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil porque la doctrina del Tribunal de Justicia ha declarado de modo reiterado que el artículo 101 TFUE junto con el principio de efectividad son directamente aplicables».

Y la tercera cuestión se refiere a la determinación del daño y en este caso, de nuevo, la Audiencia Provincial considera que no es aplicable la Directiva pero sí el artículo 101 TFUE. En cambio, al considerar que se trata de una norma procesal y en los términos que le había señalado la sentencia

del Tribunal de Justicia, la Audiencia Provincial de León argumenta: «resulta razonable que el Juez de instancia considere las conclusiones del informe OXERA sobre cuantificación de daños elaborado para la Comisión Europea en 2009 como fundamento del cálculo del 15% de perjuicio soportado. Ante la imposibilidad de alcanzar una conclusión con las pruebas aportadas, el órgano judicial debe realizar una estimación alzada de carácter discrecional, pero no arbitrario, que por ello puede descansar sobre un cálculo estadístico de carácter general».

5. *La gestión de los derechos de autor y el sistema de compensación por copia privada*

La *sentencia Ametic*, C-263/21, responde un reenvío prejudicial remitido por el Tribunal Supremo en el que ante su Sala de lo Contencioso-administrativo la Asociación Multisectorial de Empresas de la Electrónica, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, de las Telecomunicaciones y de los Contenidos Digitales se enfrentaba a las sociedades de gestión de los derechos de autor (EGEDA, CEDRO, DAMA, etc.) e impugnaba la conformidad del Real Decreto 1398/2018 que establece un sistema de compensación equitativa por copia privada con la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de los derechos de autor en la sociedad de la información.

El Tribunal de Justicia considera, en primer lugar, que una normativa española por la que se confía a una persona jurídica, constituida y controlada por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, la gestión de las excepciones del pago y de los reembolsos de la compensación por copia privada no es contraria a la Directiva.

La razón se debe a que, según el Tribunal de Justicia, el derecho a la devolución del canon por copia privada a favor de personas distintas de las personas físicas que adquieran los equipos de reproducción para fines manifiestamente ajenos al de la realización de copias para uso privado debe ser efectivo y no hacer excesivamente difícil la restitución del canon pagado.

A lo que añade el Tribunal europeo: «El alcance, la eficacia, la disponibilidad, la publicidad y la simplicidad del ejercicio del derecho a devolución deben permitir paliar los posibles desequilibrios creados por el sistema de canon por copia privada para responder a las dificultades prácticas observadas».

Y, en segundo lugar, también el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la normativa española no es contraria a la Directiva cuando faculta a una persona jurídica, constituida y controlada por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y a la que se confía la gestión

de las excepciones del pago y de los reembolsos de la compensación por copia privada, para solicitar el acceso a la información necesaria para el ejercicio de las competencias de control que le han sido atribuidas a tales efectos, sin que sea posible, en particular, hacer valer frente a ella el secreto de contabilidad empresarial.

En este caso el Tribunal de Justicia puntualiza que tales controles deben referirse de manera exclusiva a la información que permita, por una parte, comprobar que efectivamente se cumplen los requisitos exigidos para beneficiarse de una excepción o de un reembolso y, por otra parte, calcular las cantidades eventualmente adeudadas en concepto de compensación por copia privada por parte de quienes no estén exceptuados de su pago, como los fabricantes, los importadores o los distribuidores, o de quienes se hayan beneficiado indebidamente de un certificado de excepción o de un reembolso. Además, en la medida en que la información de que se trate sea confidencial, la persona jurídica y las entidades de gestión que tengan conocimiento de ella en el ámbito de sus funciones están obligadas a salvaguardar su carácter confidencial.

IV. Relación de las sentencias comentadas

1. TJUE, sentencia 7 de julio de 2022, F. Hoffmann-La Roche y otros / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-261/21, EU:C:2022:534 (acceso a un juez independiente e imparcial, establecido por la ley y revisión de decisiones de órganos jurisdiccionales supremos).
2. TJUE, sentencia 14 de julio de 2022, Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) / Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas, C-436/20, EU:C:2022:559 (cláusulas sociales de los contratos públicos).
3. TJUE, sentencia 14 de julio de 2022, EPIC Financial Consulting / Republik Österreich y Bundesbeschaffung, C-274/21 y C-275/21, EU:C:2022:565 (medidas cautelares y pago de tasas en materia de contratación administrativa).
4. TJUE (Gran Sala), sentencia 14 de julio de 2022, Italia y Comune di Milano / Consejo (Sede de la Agencia Europea de Medicamentos), C-59/18 y C-182/18, EU:C:2022:567 (control jurisdiccional de actos intergubernamentales de la UE).
5. TJUE (Gran Sala), sentencia 1 de agosto de 2022, Sea Watch / Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti y otros, C-14/21 y C-1/21, EU:C:2022:604 (salvamento de inmigrantes en el mar).
6. TJUE (Gran Sala), sentencia 7 de septiembre de 2022, Cilevičs, C-391/20, EU:C:2022:638 (derecho de establecimiento y obligación del uso de la lengua oficial en la educación superior).
7. TJUE, sentencia de 8 de septiembre de 2022, Asociación Multisectorial de Empresas de la Electrónica, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, de las Telecomunicaciones y de los Contenidos Digitales (Ametic), C-263/21, EU:C:2022:644 (derechos de autor y copia privada).

8. TJUE (Gran Sala), sentencia 13 de septiembre de 2022, *Banka Slovenije*, C-45/21, EU:C:2022:670 (información confidencial y Sistema Europeo de Bancos Centrales).
9. TJUE, sentencia 15 de septiembre de 2022, *Veridos GmbH*, C-669/20, EU:C:2022:684 (ofertas anormalmente bajas en la contratación pública).
10. TJUE, sentencia 22 de septiembre de 2022, *LB*, C-120/21, EU:C:2022:718 (prescripción del derecho a las vacaciones anuales retribuidas).
11. TJUE, sentencia de 22 de septiembre de 2022, *Vicente*, C-335/21, EU:C:2022:720 (jura de cuentas de un abogado).
12. TJUE, sentencia de 22 de septiembre de 2022, *Zulima / Servicios Prescriptor y Medios de Pagos E. F. C., S. A. U.*, C-215/21, EU:C:2022:723 (satisfacción extraprocesal e imposición de costas cuando se trata de cláusulas abusivas).
13. TJUE, sentencia 29 de septiembre de 2022, *Transportes, LOT*, C-597/20, EU:C:2022:735 (indemnización impuesta por la autoridad administrativa).
14. TJUE, sentencia 13 de octubre de 2022, *S.C.R.L.*, C-344/20, EU:C:2022:774 (uso del velo islámico y discriminación por razones religiosas).
15. TJUE, sentencia 13 de octubre de 2022, *Municipio de Wieliszew / Administrador concursal del Banco Cooperativo del Artesanado y de la Agricultura*, C-698/20, EU:C:2022:787 (fondos europeos depositados en un banco en concurso de acreedores).
16. TJUE, sentencia 20 de octubre de 2022, *BFF Finance Iberia S. A. U. / Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León*, C-585/20, EU:C:2022:806 (cobro de deudas de los poderes públicos).
17. TJUE, sentencia de 10 de noviembre de 2022, *PACCAR y otros*, C-163/21, EU:C:2022:863 (reclamación de daños del cartel de los camiones).
18. TJUE, sentencia de 24 de noviembre 2022, *Banco Cetelem*, C-302/21, EU:C:2022:919 (protección del consumidor frente a créditos *revolving*).
19. TJUE (Gran Sala), sentencia de 8 de diciembre 2022, *Google*, C-460/20, EU:C:2022:962 (desindexación de contenidos inexactos y la protección de datos en Internet).
20. TJUE (Gran Sala), sentencia de 8 de diciembre 2022, *Orde van Vlaamse Balies y otros (Consejo de Colegios de Abogados Flamencos)*, C-694/20, EU:C:2022:963 (secreto profesional de los abogados y lucha contra el fraude fiscal).
21. TJUE, sentencia de 22 de diciembre de 2022, *Junqueras i Vies / Parlamento*, C-115/21 P, EU:C:2022:1021 (inmunidad y elecciones al Parlamento Europeo).
22. TJUE, sentencia de 22 de diciembre de 2022, *Comisión / España (valores límites NO₂)*, C-125/21, EU:C:2022:1025.