

# Cuadernos Europeos de Deusto

No. 70/2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ced702024>

---

## JURISPRUDENCIA

### **Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Segundo semestre de 2023**

Case Law Review of the Court of Justice of the European Union

David Ordóñez Solís

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.2993>

Publicado en línea: abril de 2024

### **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 Segundo semestre de 2023

*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 (REDUE) del Consejo General del Poder Judicial

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.2993>

Publicado en línea: abril de 2024

---

**Sumario:** I. Introducción.—II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea. 1. La independencia y la promoción de los jueces en Rumanía y en Polonia. 2. El derecho a la tutela judicial efectiva y las jurisdicciones contable y contencioso-administrativa. 3. La aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. 4. La vestimenta vinculada a creencias religiosas de los empleados públicos. 5. El derecho fundamental a las vacaciones de quien ha sido despedido ilegalmente y en pandemia. 6. La protección de los datos personales. 7. Los límites del derecho a la información medioambiental y la cosa juzgada. 8. Las limitaciones a los derechos fundamentales como consecuencia de la pandemia. 9. Las plataformas digitales en el mercado interior europeo. 10. El seguro obligatorio de vehículos y las bicicletas con pedaleo asistido. 11. El control judicial en materia de función pública europea.—III. Segunda parte. La jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el derecho interno. 1. El suplicatorio de Puigdemont ante el Tribunal General. 2. *Non bis in idem*, euroorden y ejecución de condenas penales en el espacio de Schengen. 3. El derecho a las vacaciones retribuidas como principio social europeo y su compensación. 4. La transmisión de una notaría y el mantenimiento de los derechos de su personal. 5. El contumaz incumplimiento por la Seguridad Social española de la jurisprudencia europea. 6. Las cláusulas abusivas de los contratos bancarios y las dudas de los jueces españoles. 7. El derecho de la competencia y el fútbol europeo: *sentencia European Superleague Company*. 8. La devolución de las ayudas ilegales y el principio de confianza legítima: deducciones del impuesto de sociedades aplicado en España.—IV. Relación de las sentencias comentadas.

## I. Introducción

La actividad del Tribunal de Justicia sigue el ritmo de la sociedad europea y de la sociedad global. Buscando los hitos de este segundo semestre de 2023 y en mi perspectiva, son destacables tres cuestiones relacionadas con la tarea de juzgar: la importancia de la inteligencia artificial, la dimensión ética en el ejercicio de la función judicial y la trascendencia de las decisiones judiciales en la actividad económica, incluida la deportiva, como el fútbol.

La inteligencia ha recibido atención del legislador europeo que el 9 de diciembre de 2023 alcanzó un acuerdo sobre el contenido de una norma, el Reglamento que le dará forma. Ya el 14 de junio de 2023 el Parlamento Europeo se había pronunciado sobre la Propuesta de la Comisión de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)).

El Parlamento Europeo había insistido en el procedimiento legislativo de adopción de la futura «Ley europea de la inteligencia artificial»: «La utilización de herramientas de inteligencia artificial puede apoyar la toma de decisiones, pero no debe substituir el poder de toma de decisiones de los jueces o la independencia judicial, puesto que la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad y una decisión de origen humano».

Esta es la preocupación de su uso para la mejora del funcionamiento de nuestras administraciones de justicia e incluso supondrá un alivio en el trabajo cotidiano de los jueces pero también su aplicación en el ámbito judicial supone un desafío para los derechos fundamentales de la persona, como la privacidad y la protección de los datos y, ciertamente, la tutela judicial efectiva después de un juicio justo.

De hecho, el artículo 22.1 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), ya vigente, dispone: «Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar». Y en este mismo artículo se reconoce el «derecho a obtener intervención humana» por parte del responsable del tratamiento de los datos.

En esta *Crónica* veremos cómo el Tribunal de Justicia sigue tejiendo una interpretación cada vez más interesante del RGPD, desde la *sentencia Meta Platforms Inc., C-252/21*, sobre la aplicación del Derecho de la competencia y el Derecho a la protección de los datos personales en una red social como Facebook, hasta la *sentencia SCHUFA Holding, C-26/22* y *C-64/22*, relativa al derecho al olvido de datos relativos a la insolvencia

de las personas físicas a los efectos de elaborar informes sobre riesgos en el ámbito crediticio.

El Tribunal de Justicia cuenta en su página de Internet con un documento muy completo y sólido sobre la *Estrategia sobre la Inteligencia Artificial*, editado por la Dirección General de la Información, que resulta muy esclarecedor y al que me remito.

En segundo lugar, en la labor de los tribunales debe haber, como es obvio, un enfoque jurídico pero también otro ético. Las sociedades evolucionan y ya poco tiene que ver con la nuestra aquella sociedad agraria en América que primero se dio una Constitución escrita en 1787 al instituir un poder judicial donde proclamaba y así sigue reconociendo que los jueces deben mantenerse en el ejercicio de sus cargos siempre que observen un buen comportamiento (*The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour*).

Pues bien, no es casualidad que el 13 de noviembre de 2023 el mismo Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América se haya visto obligado a adoptar un Código de Conducta de los Jueces del Tribunal Supremo (*Code of conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*) respecto del que proclama que no es más que «una recopilación de unas normas que tienen su equivalente en las reglas éticas del *common law*, esto es, un cuerpo de reglas que derivan de una variedad de fuentes, incluidas disposiciones legislativas, el código que se aplica a otros miembros de la justicia federal, dictámenes consultivos sobre ética adoptados por el Comité de la Conferencia Judicial sobre códigos de conducta y la tradición histórica».

Lo que no dice el Tribunal Supremo estadounidense es que se ha visto forzado a adoptar este código ético después de que los mejores periódicos, en la mejor tradición anglosajona de ejercicio de la libertad de informar, destapasen actuaciones poco decentes de los jueces del Tribunal Supremo: vendiendo libros que no siempre escriben, aceptando dar conferencias a cambio de otros favores, o poniendo en cuestión su independencia e imparcialidad. Ahora y como se preguntaba el periódico *The New York Times* que daba la bienvenida a este gesto del más alto Tribunal de Washington, la cuestión es quién y cómo se aplicará.

Por contraste, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuenta con su propio *Código de conducta de los miembros y antiguos miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (DOUE n.º C 397, 30.9.2021, p. 1) en el que se establecen no solo los principios sino que prevé un procedimiento para que se cumplan.

En tercer lugar, permítaseme una licencia lúdica para hacer referencia a un sector económico y, por tanto, político de gran alcance: el deporte del fútbol. Después de la *sentencia Bosman* ha llegado la *sentencia European*

*Superleague Company*, C-333/21, de la que, como consideraba el Abogado General griego Rantos en su Conclusiones de un año antes, «Casi treinta años después [de la *sentencia Bosman*], una petición de decisión prejudicial, esta vez procedente de España, plantea cuestiones relacionadas con la propia existencia de la estructura organizativa del fútbol moderno».

Un Juzgado de lo Mercantil de Madrid ha inquietado a las estructuras mundiales y europeas del deporte universal que es el fútbol y ya tenemos la respuesta del Tribunal de Justicia que nos apresuramos a analizar en la *Crónica*, en este caso como un avance provocado desde España, tanto empresarialmente dado el empuje de los clubes del fútbol español implicados como judicialmente a la vista del interesantísimo reenvío prejudicial del Juez de lo Mercantil de Madrid.

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

No es fácil clasificar las sentencias que voy a comentar y que afectan a la independencia judicial, a los derechos fundamentales, al espacio de Schengen, al mercado interior y a la misma regulación burocrática de los eurofuncionarios.

Gran parte de los esfuerzos del Tribunal de Justicia se centran desde la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa en la interpretación de la Carta y de sus derechos más característicos, tal como se recogen en la Carta o tal como se desarrollan a través de normas europeas paradigmáticas como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), por lo que será necesario un análisis separado de cada uno de ellos: aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, la protección de datos, las limitaciones de los derechos fundamentales como consecuencia de la pandemia, etc.

### 1. *La independencia y la promoción de los jueces en Rumanía y en Polonia*

En los últimos años se están pronunciando reiteradamente tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el alcance del principio de independencia de los jueces, amparado por el Derecho de la Unión, por la Carta y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentamos tres sentencias: una sobre los jueces rumanos y dos sobre los jueces polacos.

La *sentencia Asociația «Forumul Judecătorilor din România» (Asociación Foro de Jueces de Rumanía)*, C-216/21, se refiere al sistema de promoción profesional de los jueces.

La Asociación Foro de Jueces de Rumanía impugnó el Reglamento sobre la organización y el desarrollo de los concursos para la promoción de jueces, adoptado por el Consejo Superior de la Magistratura y que se basa exclusivamente en una evaluación sumaria de su actividad y de su conducta profesional.

El Tribunal Superior de Ploiești, una ciudad cercana a Bucarest, acudió al Tribunal de Justicia cuestionando esta regulación rumana y preguntándole si podría atentar contra la independencia judicial reconocida por el artículo 19.1.2 TUE y por el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión.

La primera cuestión que resuelve el Tribunal de Justicia es su competencia para pronunciarse y llega a la conclusión de que «si bien corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su Administración de Justicia, al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión».

Esto no impide que la Comisión Europea, de conformidad con la Decisión 2006/928/CE, por la que se establece un mecanismo de cooperación y verificación de los avances logrados por Rumanía para cumplir indicadores concretos en materia de reforma judicial y lucha contra la corrupción, adopte informes y recomendaciones al efecto.

En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal de Justicia matiza su respuesta a partir de la constatación de que el régimen de promoción de los jueces debe garantizar el respeto de los principios de independencia y de imparcialidad judicial. Y esto significa, como se deduce de su jurisprudencia anterior y que cita profusamente, que «las condiciones materiales y las normas de procedimiento que rigen la adopción de las decisiones de promoción de los jueces impidan que se susciten dudas legítimas entre los justiciables sobre la impermeabilidad de los jueces de que se trate frente a elementos externos y su neutralidad ante los intereses en litigio, una vez hayan sido promovidos».

Seguidamente, el Tribunal de Justicia examina si el régimen rumano de promoción judicial es conforme con el principio de independencia.

A tal efecto, determina su características en torno a las dos fases que tiene: una primera fase, «promoción *in situ*», con pruebas escritas, destinadas a comprobar tanto los conocimientos teóricos de los candidatos como sus competencias prácticas; y una segunda fase, «promoción efectiva», para el ascenso a un órgano jurisdiccional superior de los candidatos promovidos *in situ*, basada en una evaluación de su trabajo y conducta de los tres últimos años de servicio. Esta segunda fase está encomendada a una comisión integrada por el presidente del Tribunal superior y por cuatro de sus miembros, cuya especialización debe coincidir con la de los puestos vacantes.

Como subraya el Tribunal de Justicia, por un parte, la evaluación del trabajo de los candidatos se basa en criterios relativos a su capacidad de análisis y de síntesis, a la claridad y a la lógica de su argumentación, al respeto de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores y a su aptitud para pronunciarse respetando un plazo razonable basado en una muestra de diez decisiones judiciales dictadas por el candidato, seleccionadas de forma aleatoria y sobre la base de criterios uniformes.

Y, por otra parte, la evaluación de la conducta de los candidatos se basa en criterios relativos al comportamiento de los candidatos en el ejercicio de sus funciones tanto respecto de sus colegas como de los justiciables y a su capacidad para garantizar el buen desarrollo de las vistas, a la luz del expediente profesional del candidato y de las grabaciones de las vistas.

A final de lo cual el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que el nuevo sistema de promoción judicial establecido en Rumanía, tanto por la composición de la comisión de evaluación como por la necesidad de motivación, mediante un informe escrito, y por la posibilidad de recurrir la decisión al Consejo General de la Magistratura, no pone en peligro la independencia judicial.

La independencia de los jueces polacos vuelve a tener un nuevo hito con la sentencia de la Gran Sala *Procedimiento penal entablado contra YP y otros*, C-615/20 y C-671/20, en la que el Tribunal de Justicia tiene que resolver una cuestión planteada en dos asuntos pendientes ante el Tribunal Regional de Varsovia en los que está implicado el mismo juez.

Por una parte, se sigue un procedimiento penal contra un juez que había sido suspendido provisionalmente en sus funciones, se le había reducido su salario a una cuarta parte y se había autorizado el procedimiento penal por la eventual comisión de un delito de revelación de información judicial. Por otra parte, se reasignaba un asunto civil a otro juez distinto del juez al que le habría correspondido, es decir, al juez que había sido suspendido y contra el que se seguía el procedimiento penal.

La argumentación del Tribunal Regional de Varsovia gira en torno a la falta de imparcialidad de la Sección Disciplinaria del Tribunal Supremo y sus efectos en los dos procedimientos que se ven afectados por el levantamiento de la inmunidad y la suspensión de funciones del mismo juez.

La clave en la resolución de esta cuestión prejudicial es la sentencia que el Tribunal de Justicia había dictado el 5 de junio de 2023, Comisión / Polonia (independencia y vida privada de los jueces), C-204/21, EU:C:2023:442, que constataba el incumplimiento del Derecho de la Unión porque, entre otras razones, la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo polaco no garantizaba la independencia de los jueces y el régimen disciplinario de los jueces polacos podía ser utilizado para generar, frente a los jueces que están llamados a interpretar y a aplicar el derecho de la Unión, presio-

nes y un efecto disuasorio susceptibles de influir en el contenido de sus decisiones.

La consecuencia de tal constatación la deduce claramente el Tribunal de Justicia de que la suspensión contra el juez y la reducción de su salario adoptada por la Sala Disciplinaria se habían fundado en disposiciones polacas que el Tribunal de Justicia había considerado contrarias al Derecho de la Unión.

Esto significaba que el legislador polaco debía adoptar una nueva legislación y los jueces polacos debían hacer que se respetase la sentencia que declaraba el incumplimiento. Asimismo, el Tribunal de Justicia reconoce el efecto directo del artículo 19.1.2 TUE y el principio de primacía del Derecho de la Unión.

Esto supone que el Tribunal Regional de Varsovia debe inaplicar la legislación polaca y la interpretación que de la misma hace su Tribunal Constitucional, que son contrarias al Derecho de la Unión, al tiempo que debe abstenerse de continuar con la tramitación del procedimiento penal seguido contra el juez y debería reanudarse el procedimiento judicial del que fue apartado.

La *sentencia Krajowa Rada Sądownictwa* (Consejo Nacional del Poder Judicial de Polonia), C-718/21, corrobora esta jurisprudencia en la medida en que el Tribunal de Justicia inadmite una cuestión prejudicial procedente de la Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos del Tribunal Supremo polaco.

Se trata de un portazo institucional que justifica la Gran Sala del Tribunal de Justicia en que esta Sala especial no es un órgano que tenga la condición de tribunal independiente e imparcial, establecido previamente por la ley, como requiere el Derecho de la Unión. Para ello el Tribunal de Justicia se apoya en la constatación hecha por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal Supremo administrativo polaco en la medida en que la Sala de Control Extraordinario no cumple alguno de los requisitos para ser considerada órgano jurisdiccional: origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, la naturaleza contradictoria de su procedimiento, la aplicación de reglas de derecho y su independencia.

El Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la Sala de Control Extraordinario no es una jurisdicción en el sentido del Derecho de la Unión porque, a la vista de las modalidades de nombramiento de los jueces que la componen, no cumple la cualidad de tribunal independiente e imparcial establecido previamente por la ley. En este sentido, el Tribunal de Justicia se refiere a aspectos sistemáticos y circunstanciales de las reformas introducidas en el sistema judicial polaco para concluir con su duda sobre la independencia de los integrantes de esta Sala de Control Extraordinario.

Se trata, ciertamente, de un desplante institucional que está a la altura del desafío del Gobierno y del legislador polacos a la independencia judicial que, todo parece indicar, podrá corregirse en la nueva etapa del Ejecutivo polaco iniciada el 13 de diciembre de 2023 bajo la presidencia de Donald Tusk.

## 2. *El derecho a la tutela judicial efectiva y las jurisdicciones contable y contencioso-administrativa*

La *sentencia Ferroviennord*, C-363/21 y C-364/21, tiene interés porque se refiere a un país como Italia, y lo mismo ocurre España aunque con matices, que cuenta con dos jurisdicciones, la contable y la contencioso-administrativa, que deben aplicar el Derecho de la Unión Europea, en este caso el Reglamento (UE) n.º 549/2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea y la Directiva 2011/85/UE sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

Pues bien, en este caso *Ferroviennord* y la Federación Italiana de Triatlón impugnaban ante el Tribunal de Cuentas que el Instituto Italiano de Estadística (ISTAT) las hubiesen inscrito en una *lista* como administraciones públicas incluidas en la cuenta de resultados consolidada de los poderes públicos, con una serie de deberes y obligaciones impuestos por la normativa europea y de la que pretendían quedar eximidas.

El Tribunal de Cuentas italiano plantea varias cuestiones prejudiciales sobre la eventual falta de tutela judicial efectiva al no garantizar el control jurisdiccional sobre las decisiones del ISTAT relativas a la inscripción de entidades en el sector de las administraciones públicas.

El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el alcance de la tutela judicial efectiva y reitera que el efecto útil de la Directiva 2011/85 se opone a una normativa nacional que excluye toda posibilidad de control jurisdiccional de la fundamentación de la designación de una entidad como administración pública.

En este sentido, por una parte, el artículo 19.1.2 TUE «obliga a los Estados miembros a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar a los justiciables, en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, el respeto de su derecho a la tutela judicial efectiva».

Y, por otra parte, el artículo 47 de la Carta reconoce «el principio de tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables [que] constituye un principio general del Derecho de la Unión que emana de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros [y] que ha sido consagrado en los artículos 6

y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950».

Ahora bien y a la vista de la regulación legislativa italiana y de sus posibles interpretaciones, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que, en realidad, cabe un control jurisdiccional porque los afectados «podrían solicitar al juez de lo contencioso-administrativo la anulación *erga omnes* de la decisión por la que se las inscribe en esa lista» y los afectados también podrían impugnar las consecuencias de su inscripción en dicha lista ante el Tribunal de Cuentas y obtener, en su caso, por vía incidental, la inaplicación de la referida inscripción.

### 3. *La aplicación retroactiva de la ley penal más favorable*

La Gran Sala del Tribunal de Justicia resolvió con la *sentencia Lin*, C-107/23 PPU, una cuestión prejudicial remitida desde Rumanía por el Tribunal Superior de Braşov que conocía en apelación de un procedimiento penal contra cinco personas en que se planteaba la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable.

En primer lugar, es muy llamativa la tramitación como procedimiento prejudicial de urgencia, PPU, que admite el Tribunal de Justicia porque, por una parte, la cuestión se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, es decir, en este caso, el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas («Convenio PIF»), una materia comprendida en los artículos 82, 83 y 85 TFUE. Y, por otra parte, porque dos de los apelantes estaban en prisión.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia inadmite las preguntas que le hace el Tribunal de apelación rumano y que se refieren a normas que no son aplicables: la Directiva (UE) 2017/1371 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal («Directiva PIF») pero que no estaba en vigor en el momento de los hechos enjuiciados ni la Decisión 2006/928/CE referida a supuestos de corrupción y que no es aplicable a un asunto relativo al fraude en materia de IVA.

En tercer lugar y en cuanto al fondo, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre los efectos de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo a la interrupción de la prescripción que, ante la inactividad del legislador rumano, determina que desde 2018 y hasta 2022 no haya ninguna posibilidad de interrumpir la prescripción de la responsabilidad penal.

Por una parte, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la situación jurídica provocada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

y del Tribunal Supremo de Rumanía es incompatible con la obligación de velar por que en los casos de fraude grave que afecte a los intereses financieros de la Unión, cometidos en el territorio nacional, se impongan sanciones penales efectivas y disuasorias.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia deduce de esa incompatibilidad que los jueces nacionales están obligados a inaplicar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Pero, a continuación, se ve obligado a comprobar que tal interpretación no sea contraria a un derecho fundamental, como ocurrió en la *sentencia Taricco II*. Y para ello el Tribunal de Justicia llega a distintas conclusiones que dependen del momento en que se adoptó la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es decir, 2018.

Ya el Abogado General Campos Sánchez-Bordona le había sugerido al Tribunal de Justicia en las Conclusiones dictadas en este mismo asunto: «Las tradiciones constitucionales de los Estados miembros son, en realidad, «poco comunes» en relación con el principio de la *lex mitior*. Hay países que casi desconocen esta garantía penal básica y otros que le confieren una amplia cobertura, incluso de índole constitucional (Portugal, Rumanía, Italia o España, entre otros). En mi opinión, el Tribunal de Justicia debería establecer un estándar de protección autónomo y específico del artículo 49, apartado 1, última frase, de la Carta, que ofrezca a sus destinatarios un nivel de salvaguarda elevado y no solo una protección *de minimis*» (apartado 100 de las Conclusiones).

Por tanto, para el período posterior a la constatación de la invalidez de la legislación penal rumana por el Tribunal Constitucional, en 2018 y hasta que se adoptó en 2022 una legislación rumana sobre la prescripción acorde con el Derecho de la Unión, debe aplicarse la jurisprudencia constitucional rumana que se basa en el principio de legalidad de los delitos y las penas, en los términos que resultan de la *sentencia Taricco II* y a pesar de que sea contraria al Derecho de la Unión.

En cambio, pretender extender los beneficios de la prescripción a situaciones anteriores a 2018 también sería contrario al Derecho de la Unión pero en este supuesto y dado que «las reglas que regulan la prescripción en materia penal no están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 49, apartado 1, de la Carta», el Tribunal de Justicia considera que los tribunales rumanos están obligados a dejar inaplicado un estándar nacional de protección relativo al principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable (*lex mitior*) que permita cuestionar, también en el marco de recursos contra sentencias firmes, la interrupción del plazo de prescripción de la responsabilidad penal en tales asuntos por actuaciones procesales realizadas antes de la constatación de invalidez, la que se produce en las sentencias del Tribunal Constitucional rumano de 2018.

Y la última cuestión que resuelve el Tribunal de Justicia se refiere a las posibles amenazas disciplinarias que el Derecho rumano aplica a los jueces que no respeten las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

La respuesta del Tribunal de Justicia es contundente al puntualizar que la aplicación de medidas disciplinarias a un juez sería contraria a la primacía del Derecho de la Unión porque «el hecho de que un órgano jurisdiccional nacional ejerza las funciones que le confieren los Tratados y cumpla las obligaciones que le incumben en virtud de estos, dando, conforme al principio de primacía del Derecho de la Unión, efecto a una disposición de este Derecho como el artículo 325 TFUE, apartado 1, o el artículo 2, apartado 1, del Convenio PIF, y a su interpretación por el Tribunal de Justicia, no puede, por definición, constituir una infracción disciplinaria de los jueces que integran tal órgano jurisdiccional nacional sin que se infrinjan, *ipso facto*, dicha disposición y ese principio».

#### 4. *La vestimenta vinculada a creencias religiosas de los empleados públicos*

La Gran Sala del Tribunal de Justicia ha dictado la *sentencia Commune d'Ans*, C-148/22, en la que, a requerimiento del Tribunal de lo Laboral de Lieja, interpreta la Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y responde dos preguntas sobre la solicitud de uso en su trabajo por una jefa de la oficina municipal, que no tenía contacto con el público, del velo islámico.

La regulación municipal prohíbe a todos los trabajadores del Ayuntamiento de Ans, estén o no en contacto con el público, llevar en su trabajo cualquier signo visible que pueda revelar sus convicciones, en particular, religiosas o filosóficas.

En cuanto a la discriminación directa por razones religiosas, el Tribunal de Justicia constata que todo hace pensar que no la hay dado que «un empresario que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas, en el lugar de trabajo no constituye tal discriminación directa si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de manera general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos».

En cambio, podría producirse discriminación indirecta si la norma municipal puede constituir una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o en las convicciones, si se demuestra que la obligación aparentemente neutra contenida en dicha norma ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.

Ahora bien, continúa razonando el Tribunal de Justicia, «tal diferencia de trato no constituye una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios».

A tal efecto, el Tribunal de Justicia examina el caso concreto y comprueba que «la política de «neutralidad exclusiva» que una administración pública, en este caso municipal, pretende imponer a sus trabajadores, en función del contexto que le es propio y en el marco de sus competencias, con vistas a instaurar en su seno un entorno administrativo totalmente neutro, puede considerarse que está objetivamente justificada por una finalidad legítima».

En definitiva y después de un detallado análisis, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la norma del municipio belga puede estar justificada por la voluntad de dicha administración de establecer, teniendo en cuenta el contexto que le es propio, un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea adecuada, necesaria y proporcionada, a la luz de ese contexto y habida cuenta de los diferentes derechos e intereses en juego.

En cambio, el Tribunal de Justicia inadmite la cuestión prejudicial formulada por el tribunal belga sobre la existencia de una discriminación por razón del sexo de la recurrente dado que no realiza el juicio de relevancia y porque, en realidad, se trata de interpretar otra Directiva, la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, cuando, en realidad, la cuestión prejudicial se había planteado únicamente en relación con la Directiva 2000/78/CE.

## 5. *El derecho fundamental a las vacaciones de quien ha sido despedido ilegalmente y en pandemia*

El derecho a las vacaciones se ha erigido, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en un principio del Derecho social de la Unión que también está expresamente reconocido en el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados. Sin embargo, su alcance depende de las circunstancias.

La *sentencia Ředitelství silnic a dálnic, C-57/22*, se refiere a las vacaciones de un trabajador despedido ilegalmente por la Dirección de Carreteras y Autopistas de la República Checa y posteriormente readmitido en su puesto de trabajo, de conformidad con el Derecho checo, a raíz de la anulación de su despido mediante resolución judicial; la cuestión es si tenía derecho a las vacaciones anuales retribuidas por el período comprendido entre la fecha del despido y la de la readmisión.

El Tribunal de Justicia responde afirmativamente y considera que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas no puede ser interpretado de manera restrictiva y cualquier excepción a este derecho solo puede permitirse dentro de los límites expresamente establecidos por la propia Directiva 2003/88 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Por eso el Tribunal de Justicia considera que el período comprendido entre la fecha del despido ilícito y la fecha de la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo debe asimilarse a un período de trabajo efectivo a fin de determinar el derecho a vacaciones.

Y por eso puntualiza: «es irrelevante, a efectos del derecho a vacaciones anuales retribuidas, que la cuantía de la compensación financiera que el Derecho nacional prevé que se abone al trabajador despedido ilícitamente por el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de su readmisión se corresponda, en principio, con el salario medio que dicho trabajador percibía, puesto que dicha compensación financiera tiene como finalidad compensar al trabajador por la retribución no percibida como consecuencia del despido ilícito».

En cambio, la *sentencia Sparkasse Südpfalz, C-206/22*, se refiere a las vacaciones de un trabajador durante la cuarentena debida a la pandemia y tiene su origen en una cuestión prejudicial procedente de Alemania, del Tribunal de lo Laboral de Ludwigshafen del Rin.

El trabajador había estado en cuarentena como consecuencia de la orden de la autoridad pública debido a que había estado en contacto con una persona infectada por el virus. Por tanto, el Tribunal de Justicia distingue entre un trabajador que está enfermo y un trabajador que no lo está pero al que se somete a cuarentena.

La respuesta del Tribunal de Justicia sobre el derecho a las vacaciones es que «un período de cuarentena no puede, en sí mismo, obstaculizar la consecución de la finalidad de las vacaciones anuales retribuidas, que tienen por objeto permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo y que disponga de un período de ocio y esparcimiento».

De modo que el empleador no puede estar obligado a compensar las desventajas derivadas de un acontecimiento imprevisible, como la puesta en cuarentena ordenada por una autoridad pública, que impida al empleado disfrutar plenamente de su derecho a vacaciones anuales retribuidas.

## 6. *La protección de los datos personales*

El Tribunal de Justicia ha dictado en el segundo semestre de 2023 varias sentencias de gran trascendencia en la interpretación del Reglamento de

Protección de Datos, del Reglamento (UE) 2016/679. No es casual que el origen de estas sentencias sean cuestiones prejudiciales «alemanas». El alcance de la protección de los datos personales en la era de las nuevas tecnologías no deja de ampliarse. Y así lo ha constatado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia en relación con la vinculación del Derecho de la competencia y el Derecho de privacidad, el historial clínico de los pacientes, el uso de las redes sociales o el derecho al olvido de datos sobre solvencia económica personal.

En la *sentencia Meta Platforms Inc.*, C-252/21, la Gran Sala se pronuncia sobre tres tipos de cuestiones sobre la red social Facebook: el primero se refiere a la relación entre las autoridades nacionales de la competencia y las autoridades de protección de datos; el segundo está vinculado a la conducta de los usuarios de la red social; y el tercer tiene que ver con la actuación del un operador de esa red social. El origen del litigio está en la investigación relativa al abuso de dominio por Meta en Facebook que se está llevando a cabo por la autoridad de defensa de la competencia de Alemania (*Bundeskartellamt*).

En cuanto a la primera cuestión, la solución interpretativa del Tribunal de Justicia es que se aplica el principio de cooperación leal de modo que «todas las autoridades nacionales implicadas están vinculadas por el principio de cooperación leal, consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3, cuando aplican el RGPD. En virtud de este principio, según reiterada jurisprudencia, en los ámbitos regulados por el Derecho de la Unión, los Estados miembros, incluidas sus autoridades administrativas, deben respetarse y asistirse mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados, adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los actos de las instituciones de la Unión y abstenerse de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

Esto significa que «cuando las autoridades nacionales de defensa de la competencia tienen que examinar, en el ejercicio de sus competencias, la conformidad de una actividad de una empresa con las disposiciones del RGPD, deben ponerse de acuerdo y cooperar lealmente con las autoridades de control nacionales interesadas o con la autoridad de control principal, estando todas ellas obligadas, en ese contexto, a respetar sus respectivos poderes y competencias, de modo que se observen las obligaciones derivadas del RGPD y los objetivos de este y quede preservado su efecto útil».

En lo que se refiere a la segunda cuestión, el Tribunal de Justicia examina los comportamientos de los usuarios de Facebook para llegar a la conclusión de que rige el principio de prohibición del tratamiento de las categorías especiales de datos personales, en particular, de los datos que revelan el origen étnico o racial, las opiniones políticas o las convicciones religio-

sas, o de datos relativos a la salud, la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

Pero también el Tribunal de Justicia insiste en la necesidad de un consentimiento explícito del usuario para que sus datos resulten disponibles a un número ilimitado de personas porque «de la mera consulta de tales sitios de Internet o de tales aplicaciones por parte de un usuario no puede deducirse que ese usuario haya hecho manifiestamente públicos dichos datos personales».

Y en cuanto a la tercera cuestión, al comportamiento del operador de la red social de Facebook, el Tribunal de Justicia considera que el tratamiento de datos personales está limitado. De hecho, señala «un tratamiento de datos personales procedentes de servicios distintos del servicio de la red social en línea ofrecidos por el grupo Meta no parece necesario para permitir la prestación de este último servicio».

Asimismo, el Tribunal de Justicia puntualiza que «a la vista de la naturaleza de los servicios prestados por el operador de una red social en línea, tal operador, cuya actividad reviste un carácter esencialmente económico y comercial, no puede invocar la protección de un interés esencial para la vida de sus usuarios o de otra persona para justificar, en términos absolutos y de manera puramente abstracta y preventiva, la licitud de un tratamiento de datos».

En fin, también refiriéndose al operador de la red social, el Tribunal de Justicia subraya que el RGPD exige que el consentimiento del interesado a efectos del tratamiento sea prestado libremente y aun cuando el hecho de que el operador de una red social en línea, como responsable del tratamiento, ocupe una posición dominante en el mercado de las redes sociales no impide, como tal, que los usuarios de esa red social puedan válidamente prestar su consentimiento, lo cierto es que la existencia de tal posición dominante puede crear un desequilibrio manifiesto entre el interesado y el responsable del tratamiento, desequilibrio que favorece, en particular, la imposición de condiciones que no son estrictamente necesarias para la ejecución del contrato, lo que parece que ocurre en este caso.

La *sentencia FT (copias del historial clínico)*, C-307/22, supone un avance en la interpretación del RGPD en relación con la solicitud por un paciente de su historia clínica a un dentista que lo trataba en Alemania. En instancia y en apelación se le había reconocido el derecho a la primera copia a título gratuito. No obstante, el Tribunal Supremo Federal alemán acude al Tribunal de Justicia en busca de una interpretación del RGPD.

La primera cuestión que resuelve el Tribunal de Justicia le lleva a interpretar, por una parte, el derecho del interesado a obtener una primera copia a título gratuito de sus datos personales objeto de tratamiento y, por otro lado, subraya la facultad ofrecida al responsable del tratamiento, en deter-

minadas condiciones, de facturar un canon razonable en función de los costes administrativos o de negarse a actuar respecto de la solicitud si esta última es manifiestamente infundada o excesiva.

La finalidad de la copia que se solicita es irrelevante a los efectos del derecho de los pacientes. Como dice el Tribunal de Justicia, «el principio de gratuidad de la primera copia de los datos y la innecesariedad de invocar un motivo específico que justifique la solicitud de acceso contribuyen indudablemente a facilitar el ejercicio por el interesado de los derechos que le confiere el RGPD».

La segunda cuestión tiene que ver con la legislación alemana anterior al RGPD que no establecía la gratuidad de la primera copia. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que «el derecho a obtener una primera copia gratuita no es un derecho absoluto, sino que cabe establecer limitaciones, aunque estas deben estar justificadas por la protección de los derechos y libertades de otros, siempre y cuando tal limitación respete en lo esencial el referido derecho y sea una medida necesaria y proporcionada para salvaguardar dicha protección».

En el caso concreto y respecto de la anterior legislación limitativa del Derecho alemán, a juicio del Tribunal de Justicia, «el objetivo relativo a la protección de los intereses económicos de los facultativos no puede justificar una medida que lleve a comprometer el derecho a obtener a título gratuito una primera copia y, de este modo, la eficacia del derecho de acceso del interesado a sus datos personales objeto de tratamiento».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en la *sentencia SCHUFA Holding AG, C-26/22 y C-64/22*, a petición de un tribunal contencioso-administrativo de Wiesbaden ante el que se discutía el derecho de dos ciudadanos a los que se había aplicado la Ley alemana de insolvencia y a los que se les concedió sendas exoneraciones de pasivo no satisfecho que fueron publicadas en Internet y que a los seis meses fueron suprimidas.

Schufa Holding es una agencia privada de información comercial que almacena y conserva, en sus propias bases de datos, información procedente de registros públicos, en particular la relativa a exoneraciones del pasivo insatisfecho.

Al solicitar los dos particulares al Delegado de Protección de Datos y de Libertad de Información del Estado Federado de Hesse que instase a Schufa Holding para que suprimiese tales datos, aquel denegó tal petición, por lo que recurrieron al Tribunal Contencioso-administrativo de Wiesbaden.

En las Conclusiones del Abogado General Priit Pikamäe, de 16 de marzo de 2023, ECLI:EU:C:2023:220, se apunta: «la generación automatizada de un valor de probabilidad acerca de la capacidad futura de un inte-

resado para satisfacer un préstamo constituye ya una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produce efectos jurídicos en el interesado o lo afecta significativamente de modo similar, cuando dicho valor, hallado a partir de datos personales del interesado, es transmitido por el responsable del tratamiento a un tercero responsable del tratamiento y, según una práctica reiterada, este tercero, de un modo determinante, basa en dicho valor su decisión sobre el establecimiento, la ejecución o la extinción de una relación contractual con el interesado» (apartado 59).

En su *sentencia Schufa Holding* el Tribunal de Justicia subraya, por una parte, el amplio control jurisdiccional, «un control jurisdiccional pleno sobre el fondo», lo que quiere decir que «los tribunales que conozcan de un recurso contra una decisión de una autoridad de control deben disponer de una competencia plena y, en particular, de la de examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho relativas al litigio del que conocen». En este mismo sentido y a partir del derecho consagrado por el artículo 47 de tutela judicial efectiva el Tribunal de Justicia interpreta que «los recursos previstos en los artículos 78, apartado 1, y 79, apartado 1, respectivamente, del citado Reglamento, pueden ejercerse de manera concurrente e independiente». Y esto puede suponer que «la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento, establecido en el artículo 79, apartado 1, del RGPD, no afecta al alcance del control jurisdiccional ejercido, en el marco de un recurso interpuesto en virtud del artículo 78, apartado 1, de dicho Reglamento, contra una decisión relativa a una reclamación adoptada por una autoridad de control».

En materia de control de las autoridades de la protección de datos, el Tribunal de Justicia puntualiza: «[la] plena competencia para examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho relativas al litigio de que se trate, la garantía de la tutela judicial efectiva no implica que esté facultado para sustituir la apreciación realizada por la autoridad de control acerca de cuáles son las medidas correctivas adecuadas y necesarias por la suya propia, sino que exige que dicho juez examine si la autoridad de control ha respetado los límites de su poder de apreciación».

Y, por otra parte, el Tribunal de Justicia establece un alcance del derecho a la vida privada y a la protección de datos hasta el punto de que considera justificada la actuación de las empresas dedicadas a la evaluación del riesgo y, en particular, considera que «la obligación de evaluar la solvencia de los consumidores, tal como se establece en las Directivas 2008/48 y 2014/17, no solo tiene por objeto proteger al solicitante del crédito, sino también, como se señala en el considerando 26 de la Directiva 2008/48, garantizar el buen funcionamiento del sistema crediticio en su conjunto».

Ahora bien y por lo que se refiere a los límites impuestos a estas empresas, el Tribunal de Justicia es muy severo en la medida en que «el tratamiento de datos relativos a la concesión de una exoneración del pasivo insatisfecho por una agencia de información comercial, como la conservación, el análisis y la comunicación de dichos datos a un tercero, constituye una injerencia grave en los derechos fundamentales del interesado, consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta. En efecto, tales datos se configuran como un factor negativo a la hora de evaluar la solvencia del interesado y, por tanto, constituyen información sensible sobre su vida privada».

Por eso concluye que «cuanto más tiempo conservan las agencias de información comercial los datos de que se trate, más importantes son las consecuencias sobre los intereses y sobre la vida privada del interesado y mayores las exigencias relativas a la licitud de la conservación de esta información». Esto quiere decir que «los intereses del sector crediticio en disponer de información sobre una exoneración del pasivo insatisfecho no pueden justificar un tratamiento de datos personales como el controvertido en los litigios principales más allá del plazo de conservación de los datos en el registro público de insolvencia, de forma que la conservación de esos datos por una agencia de información comercial con posterioridad a la supresión de dichos datos de un registro público de insolvencia no puede basarse en el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letra f), del RGPD».

De hecho, el Tribunal de Justicia viene a reconocer que una conservación por más de seis meses es particularmente problemática y la adopción de códigos de conducta como los adoptados en Alemania donde se prevé una conservación de datos hasta tres años no sería conforme con el RGPD.

En fin, el Tribunal de Justicia constata que «el interesado dispone de un derecho a oponerse al tratamiento y de un derecho a la supresión a menos que existan motivos legítimos imperiosos que prevalezcan sobre los intereses y sobre los derechos y las libertades del interesado en el sentido del artículo 21, apartado 1, del RGPD, lo cual corresponde demostrar al responsable del tratamiento». En todo caso al órgano judicial le corresponde examinar si existen, con carácter excepcional, motivos legítimos imperiosos que justifiquen el tratamiento en cuestión.

En la *sentencia Natsionalna agentsia za prihodite (Agencia nacional de recaudación búlgara)*, C-340/21, el Tribunal de Justicia hace un examen de gran interés sobre los supuestos de indemnización a cargo del responsable del tratamiento de datos personales.

La cuestión prejudicial la formula el Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Bulgaria en un supuesto en que se reclamaba de la Agencia estatal una indemnización como consecuencia de la publicación de datos derivados de un ciberataque.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia comprueba que el RGPD obliga «al responsable del tratamiento a adoptar medidas técnicas y organizativas destinadas a evitar, en la medida de lo posible, cualquier violación de la seguridad de los datos personales» y añade: «El carácter apropiado de tales medidas debe evaluarse en cada caso concreto, examinando si el responsable ha adoptado esas medidas teniendo en cuenta los diferentes criterios establecidos en los mencionados artículos y las necesidades de protección de datos específicamente inherentes al tratamiento de que se trate y a los riesgos que conlleva».

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, corresponde al juez nacional comprobar de qué manera el responsable del tratamiento ha procurado cumplir con las obligaciones que le incumben en virtud de dicho artículo y también debe llevar a cabo un examen en cuanto al fondo de estas medidas, a la luz de todos los criterios a que hace referencia el RGDP, así como de las circunstancias propias del caso y de los elementos de prueba de que dispone el órgano jurisdiccional nacional a estos efectos.

En tercer lugar, resulta de especial interés cómo el Tribunal de Justicia subraya, por una parte, que el responsable del tratamiento soporta la carga de la prueba del carácter apropiado de las medidas de seguridad que ha adoptado; pero, por otra parte, se pregunta si un informe pericial ordenado por el juez constituye sistemáticamente un medio de prueba necesario y suficiente en estos casos.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia considera que la prueba no necesariamente debe llevarse a cabo a través de un informe pericial porque el recurso sistemático a dicho informe pericial puede resultar superfluo a la vista de las demás pruebas en poder del órgano jurisdiccional, por ejemplo, si se tienen en cuenta los resultados de un control del cumplimiento de las medidas de protección de datos personales llevado a cabo por una autoridad independiente y establecido por la ley, siempre que dicho control sea reciente. Y tampoco el informe pericial judicial debe ser suficiente para el juez nacional dado que el derecho a la tutela judicial efectiva contra el responsable del tratamiento exige que un órgano jurisdiccional imparcial proceda a una apreciación objetiva del carácter apropiado de las medidas de que se trate, en lugar de limitarse a realizar tal deducción.

En cuarto lugar, el Tribunal de Justicia confirma que el responsable del tratamiento debe, en principio, indemnizar los daños y perjuicios causados por una infracción del RGPD y, por otro lado, que solo puede quedar exonerado de responsabilidad si aporta la prueba de que en modo alguno es responsable de esos daños y perjuicios.

Por último, también el Tribunal de Justicia considera que RGPD no descarta que el concepto de «daños y perjuicios inmateriales» incluya la obtención de una indemnización sobre la base de su temor a que sus datos per-

sonales sean objeto de uso indebido en el futuro por parte de terceros como consecuencia de la infracción que se ha cometido del Reglamento, lo que, recuerda el Tribunal de Justicia, es una mera «pérdida de control» sobre los datos.

En el mismo sentido, la *sentencia Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos (Centro Nacional de Salud Pública del Ministerio de Sanidad de Lituania)*, C-683/21, la Gran Sala se pronuncia, a requerimiento del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo lituano, sobre el desarrollo de una aplicación móvil referida a la pandemia que el organismo público encarga a una empresa, habiéndoles impuesto sendas sanciones en materia de protección de datos.

El Tribunal de Justicia considera que ambos, el organismo público y la empresa, son responsables del tratamiento de datos y, en todo caso, un responsable del tratamiento es responsable no solo por todo tratamiento de datos personales que efectúe él mismo, sino también por los tratamientos realizados por su cuenta.

También constituye un «tratamiento» la utilización de datos personales para pruebas informáticas de una aplicación móvil, a menos que tales datos se hayan anonimizado de modo que el interesado no sea identificable o haya dejado de serlo o se trate de datos ficticios que no se refieran a una persona física existente.

Asimismo, a juicio del Tribunal de Justicia, todas las infracciones requieren la concurrencia de la culpabilidad, es decir, que haya habido una infracción cometida de forma intencionada o negligente.

Por último, el Tribunal de Justicia fija límites a la responsabilidad por el tratamiento de datos realizados por un encargado: no puede extenderse a las situaciones en las que el encargado haya tratado datos personales para fines que le sean propios o en las que haya tratado dichos datos de manera incompatible con el marco o las modalidades del tratamiento tal como hayan sido determinados por el responsable del tratamiento o de manera que no pueda considerarse razonablemente que dicho responsable hubiera dado su consentimiento.

En fin, la *sentencia Deutsche Wohnen SE*, C-807/21, que tiene su origen en el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Berlín, resulta de interés porque la Gran Sala aprovecha para subrayar el alcance de la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de sanciones administrativas, en este caso multas por un importe total superior a 14 millones de euros impuestas a una empresa inmobiliaria berlinesa.

La primera respuesta que da el Tribunal de Justicia se refiere a que no tiene que existir ninguna vinculación entre la imputación de una infracción a una persona jurídica y la imputación previa de esta infracción a una persona física concreta. Y para su cálculo el Tribunal de Justicia señala que

«el importe máximo de la multa administrativa se calcula sobre la base de un porcentaje del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior de la empresa de que se trate».

Seguidamente, el Tribunal de Justicia insiste en que la imposición de multas administrativas requiere que se demuestre que la infracción fue cometida de forma intencionada o negligente por el responsable del tratamiento y, por tanto, la culpabilidad en la comisión de la infracción constituye un requisito para la imposición de la multa.

Y así explica el Tribunal de Justicia el alcance de la culpabilidad: «un responsable del tratamiento puede ser sancionado por un comportamiento comprendido en el ámbito de aplicación del RGPD cuando no podía ignorar el carácter infractor de su conducta, tuviera o no conciencia de infringir las disposiciones del RGPD».

### 7. *Los límites del derecho a la información medioambiental y la cosa juzgada*

El Tribunal de Justicia sigue matizando en la *sentencia Right to Know CLG*, C-84/22, el alcance del derecho a la información en materia medioambiental tal como ha sido consagrado por el Convenio de Aarhus de 1998. Este Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente forma parte del Derecho de la Unión Europea y se completa con la Directiva 2003/4/CE relativa al acceso del público a la información medioambiental.

En este caso la High Court de Dublín le había planteado varias preguntas al Tribunal de Justicia en relación con el litigio de una asociación irlandesa sin ánimo de lucro que le había pedido al Gobierno irlandés el acceso a todos los documentos relativos a las deliberaciones del Consejo de Ministros sobre las emisiones de gases de efecto invernadero de Irlanda mantenidas en reuniones celebradas entre 2002 y 2016. Sobre esta cuestión ya se había pronunciado el mismo tribunal superior.

La primera cuestión se refería a las comunicaciones internas que quedan excluidas del derecho de acceso. Sin embargo, el Tribunal de Justicia insiste en que «el derecho de acceso a la información medioambiental establecido en la Directiva 2003/4 significa que la divulgación de esa información debe ser la norma general y que las autoridades públicas únicamente deben poder denegar una solicitud de información medioambiental en casos concretos claramente definidos. Por tanto, los motivos de denegación deben interpretarse de modo restrictivo, de tal forma que el interés público atendido por la divulgación de la información debe ponderarse con el interés atendido por la denegación de la divulgación».

Por eso, por una parte, «la protección de las «comunicaciones internas» permite, en efecto, crear, en favor de las autoridades públicas, un espacio protegido para llevar a cabo procesos de reflexión y deliberaciones internas. Se trata de una excepción de alcance particularmente amplio que puede aplicarse en cada una de las etapas del conjunto de los trabajos de dichas autoridades. De ello se deduce que, para determinar si la denegación de acceso a la información sobre la que recae esta excepción está justificada, es preciso delimitar estrictamente la ponderación de los intereses en juego, a saber, los que se oponen a su divulgación y los que la justifican».

Y, por otra parte, «la excepción relativa a los «procedimientos de las autoridades públicas» solo se refiere a la información intercambiada en un marco muy específico. Permite a los Estados miembros proteger exclusivamente la información que se refiere a las etapas finales de los procesos de toma de decisiones de las autoridades públicas y que estas, debido a su carácter especialmente sensible, consideran que deben ser confidenciales».

Las dos excepciones no son acumulativas sino que se aplican autónomamente.

Y la segunda cuestión se refería a que en este caso, de acuerdo con el Derecho irlandés, el recurso era inadmisibile porque el Tribunal dublinés ya se había pronunciado sobre la misma cuestión y tal decisión no había sido recurrida.

El Tribunal de Justicia repite su jurisprudencia sobre el principio de cosa juzgada conforme al cual «con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos».

Asimismo, el Tribunal de Justicia subraya que «el reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia no tiene como consecuencia en sí cuestionar la fuerza de cosa juzgada de tal resolución. En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico de la Unión exige la reparación del daño sufrido, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado ese daño».

No obstante, en el caso concreto parece que había una posibilidad de que el Tribunal irlandés volviese a examinar la cuestión dado que, en circunstancias particulares, los órganos jurisdiccionales irlandeses tienen efectivamente una facultad discrecional de permitir a una parte en un litigio plantear una cuestión que ya ha sido resuelta en su contra en un procedimiento anterior.

## 8. *Las limitaciones a los derechos fundamentales como consecuencia de la pandemia*

Las medidas de control fronterizo a las personas pueden estar justificadas como consecuencia de la pandemia del Covid-19. Así lo constata la Gran Sala del Tribunal de Justicia al reconocer expresamente en la *sentencia Nordic Info V*, C-128/22, que un Estado miembro puede adoptar medidas que limiten la libre circulación de las personas en la Unión Europea y en el espacio de Schengen para responder a una amenaza relacionada con una enfermedad infecciosa contagiosa que presente un carácter pandémico reconocido por la Organización Mundial de la Salud.

El Tribunal de Primera Instancia neerlandófono de Bruselas le preguntó al Tribunal de Justicia por la legalidad de las medidas adoptadas en Bélgica en restricción de la libre circulación de personas, en particular con Suecia, y en relación con la reparación del perjuicio supuestamente sufrido como consecuencia de determinadas medidas nacionales de limitación de la libre circulación adoptadas por el COVID-19.

La respuesta del Tribunal de Justicia es muy clara y justifica las medidas nacionales adoptadas porque, en primer lugar y en aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, los Estados miembros pueden limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, siempre que esas razones no se aleguen con fines económicos.

A juicio del Tribunal de Justicia, las medidas de limitación de la libre circulación que un Estado miembro puede adoptar por razones de salud pública no solo engloban las prohibiciones totales o parciales de entrada o de salida del territorio nacional, como una prohibición de salida de dicho territorio para realizar viajes no esenciales, sino también medidas que tengan como efecto obstaculizar o hacer menos atractivo el derecho de las personas afectadas a entrar en dicho territorio o a salir de él, como una obligación de los viajeros que entren en este de someterse a pruebas de detección y de cumplir una cuarentena.

También el Tribunal de Justicia establece los principios a que se somete la imposición de tales limitaciones, como el principio de buena administración, de tutela judicial efectiva, de publicidad y de proporcionalidad. Y, además, se refiere al principio de cautela en estos términos: «cuando subsisten incertidumbres sobre la existencia o la importancia de riesgos para la salud de las personas, los Estados miembros deben tener la posibilidad, en virtud del principio de cautela, de adoptar medidas de protección sin tener

que esperar a que se demuestre plenamente la realidad de tales riesgos. En particular, los Estados miembros deben poder adoptar cualquier medida que pueda reducir en todo lo posible un riesgo para la salud».

Y la misma respuesta, *mutatis mutandis*, da el Tribunal de Justicia en lo que se refiere al espacio de Schengen de manera que «si una amenaza sanitaria constituye una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior, un Estado miembro puede restablecer temporalmente los controles en sus fronteras interiores para responder a ella, siempre que se cumplan los demás requisitos prescritos en los artículos 25 y siguientes del Código de fronteras Schengen».

Y así lo considera en relación con «una pandemia de una magnitud como la de la COVID-19, originada por una enfermedad contagiosa capaz de provocar la muerte en diferentes categorías de la población y de sobrecargar, incluso saturar, los sistemas nacionales de salud, puede afectar a un interés fundamental de la sociedad, a saber, el de salvaguardar la vida de los ciudadanos preservando al tiempo el buen funcionamiento del sistema de salud y la prestación de los cuidados adecuados a la población, y afecta además a la propia supervivencia de parte de la población, en particular las personas más vulnerables».

En definitiva, la adopción de medidas generales como las adoptadas por Bélgica, y otros Estados miembros de la Unión, no resulta, con las limitaciones detalladas por el Tribunal de Justicia, contraria al Derecho de Schengen en lo que se refiere a la libre circulación ni al espacio de Schengen

También el Tribunal de Justicia, en la *sentencia Ministerstvo zdravotníctví (aplicación móvil para la Covid-19)*, C-659/22, confirma la legitimidad de los certificados Covid de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia le ha respondido al Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Chequia sobre si es aplicable el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) a una aplicación, denominada «čTečka», que permite a quienes organizan espectáculos y eventos controlar y verificar, tal como les exigía la legislación sobre la pandemia, la validez de los certificados COVID digitales de la UE expedidos en virtud del Reglamento 2021/953 para permitirles el acceso.

El Tribunal de Justicia, a partir de un concepto amplio de tratamiento y de datos personales contenidos en el RGPD, llega a la conclusión de que la verificación, mediante la aplicación «čTečka», de la validez de los certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación expedidos en virtud del Reglamento 2021/953 constituye un «tratamiento» al que se le aplica el RGPD.

Esto supone, tal como concluye el Tribunal de Justicia, que corresponderá al Tribunal Supremo checo verificar si el tratamiento introducido por la medida excepcional, por una parte, es conforme con los principios rela-

tivos al tratamiento de datos enunciados en el artículo 5 del RGPD y, por otra parte, responde a alguno de los principios relativos a la licitud del tratamiento enumerados en el artículo 6 de dicho Reglamento.

### 9. *Las plataformas digitales en el mercado interior europeo*

Google Ireland, Meta Platforms Ireland y Tik Tok Technology son sociedades establecidas en Irlanda que prestan servicios de plataformas de comunicación.

En Austria se aprobó en 2020 la Ley federal de medidas de protección de los usuarios en las plataformas de comunicación y las tres grandes tecnológicas impugnaron su aplicación a quienes estaban establecidas en otro país de la Unión Europea.

El Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Austria planteó la cuestión prejudicial para saber si la Directiva sobre el comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE) permitía que la Ley austriaca se aplicase a estas tecnológicas con sede en Irlanda.

El Tribunal de Justicia explica en la *sentencia Google Ireland Limited y otros*, C-376/22, la esencia de la regulación europea que se resume, por una parte, en que la Directiva 2000/31 se basa en la aplicación de los principios de control en el Estado miembro de origen y del reconocimiento mutuo, de modo que los servicios de la sociedad de la información se regulan en el único Estado miembro en cuyo territorio están establecidos los prestadores de tales servicios.

Y, por otra parte, a juicio del Tribunal de Justicia, de conformidad con el principio de reconocimiento mutuo, corresponde a cada Estado miembro, en su condición de Estado miembro de destino de servicios de la sociedad de la información, no restringir la libre circulación de tales servicios exigiendo el cumplimiento de obligaciones adicionales.

Esto quiere decir que la regla del control en el Estado miembro de origen genera un reparto de la competencia reglamentaria entre el Estado miembro de origen de un prestador de servicios de la sociedad de la información y el Estado miembro en el que se presta el servicio de que se trata, es decir, el Estado miembro de destino.

La Directiva supone que el legislador de la Unión prevé que el control de los servicios de la sociedad de la información se lleve a cabo en el origen de la actividad, es decir, por el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios, con el triple objetivo de garantizar que se protegen de forma eficaz los intereses generales, de mejorar la confianza mutua entre los Estados miembros y de garantizar de forma eficaz la libre circulación de servicios y la seguridad jurídica para los prestadores de servicios y sus destinatarios.

Por esa razón, los Estados miembros no están autorizados, en principio, a adoptar medidas aplicables a las tecnológicas establecidas en otros Estados miembros de la Unión y, a juicio del Tribunal de Justicia, ni siquiera se exige la comprobación de que dichas medidas son necesarias para satisfacer razones imperiosas de interés general.

### 10. *El seguro obligatorio de vehículos y las bicicletas con pedaleo asistido*

La *sentencia KBC Verzekeringen*, C-286/22, se refiere al seguro de vehículos y bicicleta con pedaleo asistido y responde una cuestión prejudicial que tiene su origen en el Tribunal Supremo belga que pregunta sobre la interpretación de la Directiva 2009/103/CE relativa al seguro de la responsabilidad civil de vehículos automóviles.

En Flandes una ciclista que se dirigía a su trabajo fue arrollada por un automóvil y falleció. La disputa entre las aseguradoras, la del empleador de la fallecida y la del automóvil, planteó si la bicicleta debía considerarse vehículo a los efectos de la Directiva.

En este caso la bicicleta con pedaleo asistido tiene una función «turbo» mediante la cual acelera hasta una velocidad de 20 km/h sin pedalear pero requiere fuerza muscular para poder utilizar dicha función.

Con el fin de interpretar la Directiva, el Tribunal de Justicia sostiene que las disposiciones del Derecho de la Unión deben ser interpretadas y aplicadas de modo uniforme a la luz de las versiones de todas las lenguas de la Unión y en caso de divergencia entre las diferentes versiones lingüísticas de un texto del Derecho de la Unión, la norma de que se trata debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra.

A tal efecto considera que la obligación de «seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles» contenida en la Directiva se refiere tradicionalmente, en el lenguaje corriente, al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de máquinas como las motocicletas, los coches y los camiones que, salvo en los casos en que estén al final de su vida útil, se desplazan exclusivamente por medio de una fuerza mecánica.

Por tanto y dada la finalidad del seguro, el Tribunal de Justicia considera que no es equiparable la bicicleta con pedaleo asistido a los vehículos automóviles porque unas máquinas que no se accionan exclusivamente por una fuerza mecánica y que, por tanto, no pueden desplazarse por el suelo sin utilizar la fuerza muscular, como la bicicleta con pedaleo asistido y que solo puede acelerar hasta una velocidad de 20 km/h, no parecen capaces de causar a terceros daños corporales o materiales comparables, por su grave-

dad o su cantidad, a los que puedan causar las motocicletas, los automóviles, los camiones u otros vehículos que circulan por el suelo, accionados exclusivamente por una fuerza mecánica, ya que estos últimos pueden alcanzar una velocidad sensiblemente superior a la que pueden alcanzar tales máquinas y, a día de hoy, se utilizan más frecuentemente en la circulación.

Y concluye el Tribunal de Justicia: «el objetivo de protección de las víctimas de accidentes de tráfico causados por vehículos automóviles, perseguido por la Directiva 2009/103, no exige que tales máquinas estén comprendidas en el concepto de vehículo.

### 11. *El control judicial en materia de función pública europea*

En una plantilla para 2023 de 39.333 funcionarios en las instituciones y órganos de la Unión Europea, más otros 9.177 agentes de Organismos establecidos por la Unión y dotados de personalidad jurídica, resulta lógico que las cuestiones de personal lleguen a los tribunales, en particular al Tribunal General que actúa en primera instancia y ya en casación ante el Tribunal de Justicia.

Dos sentencias del Tribunal General, *Gómez Calavia*, T-336/22, y *BZ / BCE*, T-161/21, muestran la otra cara de la burocracia de Bruselas: la primera sobre la impugnación de una evaluación profesional de un funcionario del Tribunal de Justicia, que trabajaba en Luxemburgo; y la segunda sobre una antigua funcionaria del Banco Central Europeo que trabajaba en Fráncfort del Meno y que no estaba de acuerdo con una indemnización que se le había reconocido por acoso.

El Tribunal de Justicia da empleo a 2.114 funcionarios, en su gran mayoría juristas lingüistas. Pues bien, en la *sentencia Gómez Calavia* el Tribunal General desestima el recurso de la heredera de un antiguo jurista lingüista del Tribunal de Luxemburgo, que murió durante el procedimiento judicial, y que impugnaba la valoración profesional que le había hecho la superiora jerárquica, la Jefa de Unidad de Traducción en Lengua Española.

El Tribunal General subraya su jurisprudencia conforme a la cual en materia de evaluación de funcionarios, los evaluadores gozan del más amplio poder de apreciación en sus juicios sobre el trabajo de las personas de las que se encargan de valorar y, por tanto, no corresponde al juez intervenir en esta apreciación ni controlar su justificación salvo en los casos de error o exceso manifiesto dado que el control jurisdiccional se limita al control de la regularidad procedimental y a la aplicación apropiada de las reglas de derecho, de la exactitud material de los hechos y de la ausencia de error manifiesto de apreciación o de la desviación de poder.

En este caso, en que había habido cambio de la evaluadora del funcionario y que había disminuido sus calificaciones anteriores, el Tribunal General no acogió ninguno de los motivos de impugnación, ni siquiera el que insinuaba que le habían rebajado las notas por el mero intento de su evaluadora de imponer su autoridad.

El Banco Central Europeo empleó durante 2022 a 5.088 personas, de las cuales 2.844 tenían una relación de empleo permanente; el 30% son alemanes.

En el litigio que zanja el Tribunal General se impugnaba una decisión del Banco Central Europeo que se excusaba por su comportamiento y reconocía una indemnización de 50.000 euros a una de sus empleadas por acoso laboral por no haber reabierto el procedimiento de investigación que había archivado indebidamente en 2009.

Previamente, el asunto ya había sido objeto de enjuiciamiento por el Tribunal General en la sentencia de 28 de mayo de 2020, *María Concetta Cerafogli / BCE*, T-483/16 RENV, ECLI:EU:T:2020:225, que había anulado la actuación incorrecta de los órganos de personal del BCE en cuanto a un presunto supuesto de acoso moral y le reconocía a la funcionaria equitativamente 20.000 euros de indemnización.

Ahora el Tribunal General desestima el recurso de la funcionaria del pago adicional de 50.000 euros por el BCE con el fin de compensar el hecho de que no hubiese habido reapertura de procedimiento de investigación del presunto acoso moral. Se trata, a juicio del Tribunal General, de indemnizar la pérdida de oportunidad de la funcionaria de haber gozado de una investigación administrativa sin los errores identificados por el Tribunal General en la sentencia de 2020 y que podrían haber desembocado en un resultado diferente del obtenido con la investigación iniciada en 2008 y archivada posteriormente.

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

Es difícil establecer un hilo conductor de los distintos asuntos originados o relativos a España y resueltos por el Tribunal de Justicia, muy especialmente los reenvíos prejudiciales pero también e inevitablemente algunos recursos directos que han tenido una gran repercusión pública.

#### 1. *El suplicatorio de Puigdemont ante el Tribunal General*

El Tribunal General dictó dos sentencias que constituyen un hito más en lo que podíamos denominar la *saga del procés: sentencia Puigdemont*, T-115/20, y *sentencia Puigdemont*, T-272/21.

En esta ocasión tres eurodiputados catalanes, domiciliados en Waterloo y que hasta ahora se han sustraído de la acción de la justicia penal española, impugnaban la actuación del Parlamento Europeo y cuestionaban las decisiones de su presidente y de la propia Cámara de Estrasburgo en lo que se refiere a la protección de su inmunidad parlamentaria.

Con sus dos sentencias el Tribunal General inadmitió una demanda relativa al amparo de su inmunidad como europarlamentarios y desestimó la otra referida a la concesión por el Parlamento Europeo del suplicatorio remitido por el Tribunal Supremo español.

En el primer recurso los Sres. Puigdemont y Comín pretendían la anulación de un escrito del presidente del Parlamento Europeo, de 10 de diciembre de 2019, que, en realidad, no los amparaba, como ellos pretendían, en su inmunidad de europarlamentarios.

En el segundo recurso, los eurodiputados Puigdemont, Comín y Ponsatí impugnaban las decisiones del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 2021, que accedían al suplicatorio remitido por el Tribunal Supremo español de suspensión de su inmunidad para poder juzgarlos por los actos relativos al denominado proceso de independencia de Cataluña.

La primera sentencia rechaza el recurso de anulación porque, a juicio del Tribunal General, por una parte, «el Parlamento no dispone de una competencia, dimanante de un acto normativo, para adoptar una decisión de amparo de la inmunidad de los demandantes con efectos jurídicos vinculantes para las autoridades judiciales españolas». Y porque, por otra parte, el Parlamento Europeo no podía adoptar, en respuesta a la solicitud de amparo de su inmunidad, una decisión con efectos jurídicos obligatorios.

La razón fundamental es que en este supuesto resulta aplicable el Derecho español dado que los eurodiputados gozan, en su propio país, de las inmunidades reconocidas por el Derecho nacional a los miembros del parlamento nacional y, sin embargo, en España, ni el Derecho español ni la interpretación del Tribunal Constitucional ni la del Tribunal Supremo atribuyen a las Cortes Generales la prerrogativa de amparo de la inmunidad de sus miembros cuando el órgano jurisdiccional nacional no reconozca esa inmunidad, en particular que requiera la suspensión de un proceso judicial incoado en su contra.

La segunda sentencia examina los numerosos motivos de anulación esgrimidos contra la decisión del Parlamento Europeo de conceder el suplicatorio: falta de motivación, falta de competencia de la autoridad nacional que emitió y transmitió al Parlamento Europeo los suplicatorios, violación del principio de imparcialidad, del derecho a ser oído, de los principios de seguridad jurídica y de cooperación leal, del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa por falta de claridad de las decisiones impugnadas, el Parlamento Europeo habría traspasado los límites de su

prerrogativa para suspender la inmunidad de sus miembros, violación de los principios de buena administración y de igualdad de trato por haberse apartado el Parlamento Europeo, sin justificación, de su práctica previa, la existencia de errores en la apreciación del *fumus persecutionis* y, en fin, la violación de los principios de buena administración y de igualdad de trato por haber autorizado el Parlamento Europeo, por primera vez, la prisión provisional de sus miembros.

El Tribunal General explica el alcance del control de las decisiones adoptadas por el Parlamento Europeo en respuesta a un suplicatorio de suspensión de la inmunidad y señala: «el juez de la Unión debe verificar el cumplimiento de las normas de procedimiento, la exactitud material de los hechos considerados por la institución, la falta de error manifiesto en la apreciación de estos hechos o la inexistencia de desviación de poder».

De los distintos motivos, con numerosas ramificaciones, solo me refiero a tres aspectos significativos de esta sentencia.

El primero tiene que ver con la autoridad competente para solicitar el suplicatorio y la normativa en la que debía basarse. A tal efecto, el Tribunal General considera que los suplicatorios de suspensión de la inmunidad se enmarcan en un proceso penal sustanciado a escala nacional en el que la potestad decisoria final recae en el órgano jurisdiccional nacional competente; de modo que, continúa el Tribunal General, estos no constituyen un acto de instrucción, un acto de apertura o una propuesta no vinculante que las autoridades nacionales hayan adoptado en el marco de procedimientos administrativos conducentes a la adopción de un acto de la Unión, en el sentido de la referida sentencia, cuya validez corresponda al Parlamento Europeo y, en su caso, al Tribunal General controlar; a lo que añade el Tribunal General: «Por añadidura, los demandantes cuestionaron la validez de los suplicatorios de suspensión de su inmunidad ante los órganos jurisdiccionales españoles».

El segundo aspecto tiene que ver con la pretendida vulneración de los derechos fundamentales de los eurodiputados reclamantes. Ahora bien, el Tribunal General puntualiza que la inmunidad no puede constituir un derecho fundamental reconocido a los diputados europeos, pues se concede exclusivamente en interés del Parlamento Europeo por lo que, «aunque la inmunidad conferida a los diputados europeos contribuye a garantizar la eficacia del derecho fundamental que constituye el derecho de sufragio pasivo, en particular al permitir a quienes han resultado electos miembros del Parlamento cumplir los trámites para tomar posesión de su mandato [...] no puede ser confundida con este derecho». El Tribunal General también rechaza la invocación de la parcialidad del ponente o del presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo que tramitó los ex-

pedientes del suplicatorio. Por poner el ejemplo de la tacha del ponente, el razonamiento del Tribunal General es claro para rechazarla: «aunque la misión de ponente se encomienda a un diputado perteneciente a un grupo político determinado, ese diputado actúa en el marco de una comisión cuya composición refleja el equilibrio de los grupos políticos en el Parlamento [Europeo]».

El tercer aspecto relevante de la sentencia es que el Tribunal General rechaza cualquier *fumus persecutionis* y confirma la constatación del Parlamento Europeo de que en el caso de los tres eurodiputados no existe porque los hechos imputados se habían cometido en 2017, mientras que los demandantes adquirieron la condición de miembros del Parlamento el 13 de junio de 2019, pero también porque fueron procesados el 21 de marzo de 2018, es decir, en un momento en que la adquisición de la condición de diputado europeo era hipotética y, en fin, porque ese procesamiento afectaba también a otras personas, que no eran miembros del Parlamento Europeo.

## 2. Non bis in idem, euroorden y ejecución de condenas penales en el espacio de Schengen

El Tribunal de Justicia ha dictado la *sentencia Juan / Ministerio Fiscal*, C-164/22, relativa al *caso Forum Filatélico* donde aclara el alcance del principio *non bis in idem* en el espacio de Schengen a la hora de aplicar la euroorden y la ejecución de condenas penales.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AN) planteó la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en un asunto en el que el Juzgado Central de Instrucción había denegado una euroorden del Juzgado Central de lo Penal de Lisboa para la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta a una persona por estafa cualificada (auto de 2 de marzo de 2022, Sección 2.<sup>a</sup>, recurso n.º 3/2022, ES:AN:2022:979A, ponente: De Prada Solaesa).

Se trata de un ciudadano español que había sido condenado a once años y diez meses por su participación en el conocido *caso Forum Filatélico* y que cumple condena en España; la misma persona también había sido condenada en Portugal a una pena de prisión de seis años y seis meses por estafa cualificada como consecuencia del caso *Fórum Filatélico Iniciativas de Gestão* en Portugal.

El Juzgado Central había denegado el requerimiento del Juzgado portugués pero ordenó la remisión de la causa al Juzgado Central de lo Penal, a fin de que se ejecutase en España la condena penal impuesta en Portugal.

En apelación y antes de resolver, la Sala de lo Penal le pregunta al Tribunal de Justicia sobre el alcance en este supuesto del principio *non bis in*

*idem* y sobre las consecuencias de la eventual ejecución de la sentencia portuguesa en España.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual «el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando los hechos de que se trate no sean idénticos, sino solo similares», por lo que «para declarar la identidad de los hechos no basta con la mera circunstancia de que, en una determinada sentencia, se mencione un elemento fáctico que guarde relación con el territorio de otro Estado miembro. Es preciso comprobar, además, si el órgano jurisdiccional que dictó dicha sentencia se pronunció efectivamente sobre ese elemento fáctico con el fin de declarar la existencia de la infracción, de determinar la responsabilidad de la persona enjuiciada por esa infracción y, en su caso, de imponerle una sanción, de tal modo que deba considerarse que esa infracción engloba el territorio del otro Estado miembro».

Aun cuando el Tribunal de Justicia subraya que corresponde la aplicación del principio *non bis in idem* al juez nacional, también parece deducir que en el caso concreto y a la vista de los datos que le ha suministrado la Audiencia Nacional los hechos no eran idénticos aunque «la persona buscada reprodujo en Portugal la actividad defraudatoria que desarrollaba en España. Ahora bien, aun cuando se trate de actividades que obedecen a un mismo *modus operandi*, estas se realizaron a través de personas jurídicas distintas, dedicándose una de ellas a la actividad defraudatoria en España y, la otra, a tal actividad en Portugal. Además [...] el solapamiento entre los hechos cometidos, respectivamente, en Portugal y en España es meramente esporádico y la actividad defraudatoria continuó en Portugal tras la apertura del procedimiento de investigación y el cese de la actividad en España. Asimismo [...] los perjudicados son diferentes. En consecuencia, no parece que las actividades defraudatorias desarrolladas en España y en Portugal estuvieran indisolublemente ligadas entre sí. Por otro lado, [...] la sentencia española se refiere a la actividad defraudatoria desarrollada en España en perjuicio de personas residentes en dicho Estado miembro, mientras que la sentencia portuguesa se refiere a la desarrollada en Portugal en perjuicio de personas residentes en este último Estado miembro».

En cualquier caso, a juicio del Tribunal de Justicia, para acreditar la existencia de los «mismos hechos» no procede tener en cuenta la calificación de los delitos de que se trate según el Derecho del Estado miembro de ejecución.

El Tribunal de Justicia inadmite la segunda cuestión sobre las eventuales consecuencias de la ejecución de la sentencia portuguesa en España porque no es necesaria para resolver el caso concreto planteado.

### 3. *El derecho a las vacaciones retribuidas como principio social europeo y su compensación*

Los autos que resuelven cuestiones prejudiciales suelen ser muy claros porque salen de la mano del ponente sin tener en cuenta más ‘sugerencias’, y, aun cuando resuelven cuestiones sencillas y sobre las que ya hay jurisprudencia, constituyen por lo general un clarividente resumen de la jurisprudencia vigente en ese momento.

En este caso el *auto Adolfo*, C-795/22, lo dicta el Tribunal de Justicia, en respuesta a una cuestión prejudicial de la Sala de lo Social de Valencia, para resolver un aspecto del conocido problema de la compensación por vacaciones no disfrutadas.

En síntesis, se trata de un trabajador que no había percibido las vacaciones correspondientes a 2017 y 2018 de su anterior empleador con el que se había extinguido la relación laboral. El Juzgado de lo Social de Alicante le había reconocido solo el derecho correspondiente a 2018 pero consideró prescrita la obligación respecto a 2017 al aplicar la prescripción de un año prevista en el Estatuto de los Trabajadores.

La Sala de lo Social de Valencia remitió la cuestión prejudicial y el Tribunal de Justicia respondió que la prescripción de un año contada desde la finalización del período anual de referencia al que correspondan esas vacaciones prevista en el Estatuto de los Trabajadores es contraria al Derecho de la Unión si el empresario no posibilitó de manera efectiva al trabajador ejercer ese derecho, incluso en caso de que el trabajador, antes de la extinción de la relación laboral, no hubiese entablado un procedimiento que interrumpiese el plazo de prescripción.

El punto de partida es que el derecho a vacaciones anuales constituye un principio fundamental del Derecho social de la Unión que consagra el artículo 31.2 de la Carta de los derechos fundamentales y que concreta y precisa el artículo 7.1 de la Directiva 2003/88.

Y significa no solo que los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas sino también que, una vez que la relación laboral ha finalizado y que, por consiguiente, ya no resulta posible disfrutar de modo efectivo las vacaciones anuales retribuidas, el artículo 7.2 de la Directiva 2003/88 establece que el trabajador tiene derecho a una compensación económica a fin de evitar que el trabajador quede privado de todo disfrute de las vacaciones, incluso en forma pecuniaria.

Ahora bien, el plazo de prescripción no opera automáticamente sino que es preciso tener en cuenta el comportamiento del trabajador y del empresario. En cuanto al trabajador, subraya el Tribunal de Justicia, debe ser considerado la parte débil de la relación laboral, de modo que es neces-

rio impedir que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos; en cambio, el empresario debe velar de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas, incitándolo, en su caso, formalmente a hacerlo, e informarlo de manera precisa y oportuna para asegurar que tales vacaciones sigan pudiendo garantizar al interesado el descanso y el ocio a los que pretenden contribuir, de manera que, si no las toma, se perderán al término del período de devengo o de un período de prórroga autorizado.

Es también al empresario al que corresponde la carga de la prueba. Por tanto, solo si el empresario puede aportar la prueba que acredite que el trabajador se abstuvo, deliberadamente y con pleno conocimiento de causa en cuanto a las consecuencias que podrían derivarse de su abstención, de tomar sus vacaciones anuales retribuidas tras haber podido ejercer efectivamente su derecho a estas, nada impediría la pérdida de ese derecho ni, en caso de extinción de la relación laboral, a la consiguiente falta de compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas.

Por tanto, el plazo de prescripción de un año solo sería aplicable si el empresario posibilitó de manera efectiva al trabajador el ejercicio de su derecho a las vacaciones.

#### 4. *La transmisión de una notaría y el mantenimiento de los derechos de su personal*

El Juzgado de lo Social n.º 1 de Madrid le había preguntado al Tribunal de Justicia si se aplicaba a las transmisiones de notarías la Directiva 2001/23/CE relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

El Tribunal de Justicia llega en su sentencia *NC, JD, TA y FZ (transmisión de una notaría española)*, C-583/21, C-584/21, C-585/21 y C-586/21, a la conclusión afirmativa al comprobar que «esta Directiva es aplicable a una situación en la que un notario, funcionario público y empleador privado de los trabajadores de su notaría, sucede al anterior titular de esa notaría, asume su protocolo y una parte sustancial del personal que venía trabajando para este último y continúa desempeñando la misma actividad en los mismos locales con los mismos medios materiales, siempre y cuando se mantenga la identidad de dicha notaría, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente considerando todas las circunstancias pertinentes».

Es de gran interés cómo ve el Tribunal de Justicia a los notarios y a sus oficinas lo que, de algún modo, da qué pensar sobre nuestra visión tradicional de las notarías.

Por una parte, el Tribunal de Justicia examina si los notarios ejercen prerrogativas del poder público lo que, de ser así, excluiría la aplicación de la Directiva 2001/23/CE.

Sin embargo y en primer lugar, el Tribunal de Justicia caracteriza a un notario como «funcionario público y empleador privado de los trabajadores a su servicio, sucede al anterior titular de una notaría, asume su protocolo y al personal que venía trabajando laboralmente para este y continúa desempeñando la misma actividad en los mismos locales con los mismos medios materiales».

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia destaca la nota de que los notarios ejercen una actividad económica porque «ofrecen en el mercado a los clientes, con carácter retribuido, sus servicios, que consisten, en particular, en dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales». Y, añade el Tribunal de Justicia, «Según indicó la Comisión Europea en la vista, estos notarios asumen los riesgos económicos del ejercicio de esa actividad».

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia plantea la cuestión de si los notarios ejercen prerrogativas del poder público y responde, en términos generales, en sentido negativo porque, en síntesis, «ejercen en situación de competencia». Por tanto y aun cuando el Tribunal de Justicia deja a los jueces españoles que comprueben si los notarios «ejercen prerrogativas de poder público», todo parece indicar, como también lo comprobó el Abogado General en sus Conclusiones, que las notarías no estarían excluidas de la aplicación de la Directiva 2001/23/CE.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia examina si en el caso de la transmisión de una notaría se aplicaría la Directiva 2001/23/CE como si se tratase de la transmisión de una empresa.

A juicio del Tribunal de Justicia, debe tenerse en cuenta la definición del Derecho español de una notaría u oficina pública como «conjunto de medios personales y materiales ordenados para el cumplimiento de [la] finalidad [de la función pública notarial]». Y en el mismo sentido el Tribunal de Justicia considera respecto de la sucesión de notarios que «el hecho de que haya pasado a ser titular de una notaría, en particular de una determinada demarcación, haya asumido los medios materiales y los locales de dicha notaría y se haya convertido en el depositario del protocolo indica que esta ha mantenido su identidad».

En suma, a juicio del Tribunal de Justicia, todo permite concluir que la Directiva 2001/23 sería aplicable a la transmisión de las notarías en España.

##### 5. *El contumaz incumplimiento por la Seguridad Social española de la jurisprudencia europea*

En la *sentencia Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, C-113/22, el Tribunal de Justicia inflige un importante correctivo a la Ad-

ministración española de la Seguridad Social por incumplir **deliberadamente** la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

En su sentencia de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C-450/18, EU:C:2019:1075), el Tribunal de Justicia constataba la discriminación directa de la legislación española al establecer el derecho a un complemento de pensión para las madres de dos o más hijos biológicos o adoptados y negárselo a los padres.

Ahora en 2023 el Tribunal de Justicia reprocha enérgicamente la contumacia de la Administración española basada en una inapropiada interpretación del efecto de las directivas porque una circular administrativa preveía que hasta que se procediese a la modificación legislativa necesaria para adaptar el artículo 60 de la LGSS al pronunciamiento del TJUE, la Administración de la Seguridad Social seguiría reconociendo el complemento únicamente a las mujeres, sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconociesen el citado complemento de pensión a los hombres. De modo que hasta la nueva adaptación de la legislación española se dejaba sin efecto la Directiva y la clara interpretación del Tribunal de Justicia.

Por eso el Pleno de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia (auto de 2 de febrero de 2022, ES:TSJGAL:2022:1A, ponente: Naveiro Santos) planteó una cuestión prejudicial insistiendo en lo que significaba la práctica administrativa y preguntando por el alcance de la indemnización adicional al reconocimiento de la discriminación.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia subraya, por una parte, el efecto directo del principio de no discriminación en relación con la legislación española, el referido artículo 60.1 LGSS, de manera que «una vez que se ha constatado la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la Unión y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada. En ese supuesto, el órgano jurisdiccional nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen del que disfrutaban las personas incluidas en la otra categoría».

Y añade: «Semejante obligación incumbe, por lo demás, no solo a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas nacionales encargadas de aplicar ese régimen».

Por tanto y en cuanto se refiere a la práctica administrativa, consistente en no aplicar directamente la Directiva y la interpretación europea, que, además, se formalizó mediante una norma administrativa publicada, el Tribunal de Justicia considera que «genera para los afiliados de sexo masculino, con independencia de la discriminación directa por razón de sexo que se deriva de los requisitos materiales previstos en la legislación, una discriminación relativa a los requisitos procedimentales que regulan la concesión del complemento de pensión, obligando a acudir ineludiblemente a la vía judicial para obtenerla».

Y esta segunda discriminación, de carácter procedimental, debe tener consecuencias indemnizatorias para los agraviados por lo que en la medida en que la reparación pecuniaria sea la medida adoptada para alcanzar el objetivo de restablecer la igualdad efectiva de oportunidades debe ser adecuada para permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables.

Y para ello el Tribunal de Justicia señala la vía prevista en la Ley de la Jurisdicción Social que permite conceder al demandante una reparación pecuniaria íntegra derivada del artículo 6 de la Directiva 79/7 y, por tanto, una indemnización que cubra las costas y los honorarios de abogado en que haya incurrido el demandante para hacer valer ante los tribunales su derecho al complemento de pensión.

Esta indemnización no puede verse obstaculizada por los privilegios procesales que pudiera tener, por ejemplo, la Administración de la Seguridad Social española en materia de costas, porque «la indemnización que cubre las costas y los honorarios de abogado no está comprendida en el ámbito de aplicación de dichas normas procesales, sino que forma parte de la reparación íntegra del interesado».

## 6. *Las cláusulas abusivas de los contratos bancarios y las dudas de los jueces españoles*

Las *sentencias Cajasur Banco*, C-35/22, y *Banco Santander (Referencia a un índice oficial)*, C-265/22, se refieren a los consumidores y a la protección que les otorga la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas.

A tal efecto y, como dice el Tribunal de Justicia, en la *sentencia Banco Santander*: «el sistema de protección establecido por la referida Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, [y] tal exigencia debe entenderse de manera extensiva».

La *sentencia Cajasur Banco*, que tiene su origen en una cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de Málaga, se refiere a las costas aplicables en los procedimientos en que se invocan cláusulas abusivas de contratos de préstamos con garantía hipotecaria. El supuesto que se examina lo describe muy bien el Tribunal de Justicia: «las entidades bancarias, en vez de informar a los consumidores de las consecuencias de la jurisprudencia nacional relativa a las cláusulas contractuales abusivas, tienden a esperar a que se les dirija un requerimiento previo a la vía judicial, que atienden, o a que se incoe un procedimiento judicial, ante lo cual se allanan de inmediato a la demanda antes de contestarla, con el propósito de evitar que se les impongán las costas del procedimiento».

Aun cuando lanza especiales advertencias sobre los derechos de los consumidores, el Tribunal de Justicia considera finalmente que la interpretación del artículo 395 LEC no es contrario a la Directiva 93/13/CEE pero deja un amplio margen de interpretación al criterio del juez en cada caso para tener en cuenta la existencia de una jurisprudencia nacional reiterada que declara abusivas cláusulas análogas a aquella y la actitud del referido profesional, en este caso la entidad bancaria, para concluir que este ha actuado de mala fe y, en su caso, condenarlo a cargar con las costas.

La *sentencia Banco Santander* se refiere a los índices o tipos de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios (IRPH) aplicables en España. Se trata de tipos de interés variable que se fijan con relación a un «tipo de referencia» —el IRPH de las entidades de crédito, incrementado en 0,20 puntos porcentuales— o a un «tipo de referencia sustitutivo» —el IRPH de los bancos, incrementado en 0,50 puntos porcentuales—.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca le plantea al Tribunal de Justicia dos cuestiones relativas a la Directiva 2005/29 sobre las prácticas comerciales desleales y a la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas.

El primer grupo de preguntas fue inadmitido por el Tribunal de Justicia porque, por razones temporales, la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales no era aplicable al contrato controvertido. La Directiva 2005/29 no era aplicable en la fecha de celebración del contrato objeto del litigio principal, el 12 de mayo de 2006, dado que había sido transpuesta mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

En cambio, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre distintos aspectos de la Directiva sobre cláusulas abusivas.

En primer lugar y por lo que se refiere a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, subraya el Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración.

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, la exigencia de que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible implica que, en el caso de los contratos de préstamo, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia insiste en que los elementos principales relativos al cálculo del índice de referencia deben resultar fácilmente asequibles por haber sido publicados en el *BOE* y en una Circular del Banco de España.

El Tribunal de Justicia ofrece unos parámetros interpretativos pero, en realidad, corresponde al juez nacional aplicarlos al contexto fáctico de cada asunto y al marco jurídico español.

### 7. *El derecho de la competencia y el fútbol europeo: sentencia European Superleague Company*

La *sentencia European Superleague Company*, C-333/21, es la respuesta de la Gran Sala a la cuestión prejudicial remitida por el Juzgado de lo Mercantil n.º 17 de Madrid y contenida en el auto de 11 de mayo de 2021, recurso n.º 150/2021, ECLI:ES:JMM:2021:747A, magistrado Ruiz de Lara.

El litigio enfrenta a una sociedad mercantil española, la *European Superleague Company*, constituida por los 12 clubes más poderosos del fútbol europeo, encabezados por el Real Madrid y el Barcelona CF, con las asociaciones responsables de las competiciones de fútbol mundial (FIFA) y europeo (UEFA). La *European Superleague Company* pretende poner en marcha la primera competición europea al margen de UEFA y prevé un sistema propio de financiación y de explotación de derechos. Se trata de un desafío en toda regla y desde el corazón del asociacionismo profesional del fútbol europeo que ha removido los cimientos del actual sistema controlado férreamente desde Suiza por la FIFA y por la UEFA.

El Tribunal de Justicia dicta una sentencia muy minuciosa, bien estructurada y pedagógica pero que no resuelve el embrollo porque, como se encarga de puntualizar el propio Tribunal europeo, quedan cuestiones pendientes de resolver. De la sentencia solo quisiera destacar tres aspectos.

En primer lugar, la Gran Sala hace una interesante recapitulación de la relación entre deporte y derecho de la competencia y subraya la trascendencia que tiene la ampliación de competencias de la Unión Europea realizada, en especial, a partir del Tratado de Maastricht.

Precisamente, el Tribunal de Justicia recuerda, por una parte y con el fin de no aplicar las normas europeas, cómo «solo pueden considerarse ajenas a cualquier actividad económica determinadas normas específicas que,

por una parte, hayan sido aprobadas exclusivamente por motivos de orden no económico y que, por otra parte, se refieran a cuestiones que afecten únicamente al deporte como tal. Así sucede, en particular, con las normas relativas a la exclusión de los jugadores extranjeros de la composición de los equipos que participan en competiciones entre selecciones nacionales o al establecimiento de los criterios de clasificación empleados para seleccionar a los atletas que participan en competiciones a título individual» (apartado 84).

Y, por otra parte, el Tribunal de Justicia reconoce que el artículo 165 TFUE, relativo a las acciones en materia de deporte, «no constituye una disposición de aplicación general de carácter transversal» (apartado 100) dado que «los autores de los Tratados tenían la voluntad de conferir a la Unión, mediante estas disposiciones, una competencia de apoyo que le permitiera llevar a cabo, no una «política», como se prevé en otras disposiciones del Tratado FUE, sino una «acción» en diferentes ámbitos específicos, entre los que se encuentra el deporte» (apartado 99).

Es preciso recordar que estos ámbitos son educación, formación profesional, juventud y deporte. Y esto le permite al Tribunal de Justicia establecer un criterio de interpretación en el sentido de que «cuando se afirme que una norma adoptada por una asociación deportiva constituye una restricción a la libre circulación de los trabajadores o un acuerdo contrario a la competencia, la calificación de esta norma como restricción o acuerdo contrario a la competencia deberá, en cualquier caso, basarse en un examen concreto del contenido de dicha norma en el contexto real en el que debe aplicarse» y, puntualiza: «Tal examen puede implicar que se tome en consideración, por ejemplo, la naturaleza, la organización o el funcionamiento del deporte de que se trate y, más concretamente, su grado de profesionalización, la manera en que se practica, el modo en que interactúan los diferentes actores que participan en el mismo y el papel que desempeñan las estructuras o los organismos responsables de ese deporte en todos los niveles, con los que la Unión favorece la cooperación» (apartado 105).

En segundo lugar y en relación con las normas europeas de la libre competencia, es esencial la distinción que hace el Tribunal de Justicia entre la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, es decir, del régimen europeo de los acuerdos colusorios y del abuso de posición dominante en este ámbito particularmente complejo de actuación de la FIFA, de la UEFA y de la inquietante competencia que se trata de instrumentar la European Superleague Company.

De sus amplísimos razonamientos quizás la clave y el resumen los recoge el Tribunal de Justicia al señalar: «los artículos 101 TFUE, apartado 3, y 102 TFUE deben interpretarse en el sentido de que normas mediante las cuales las asociaciones responsables del fútbol en los ámbitos mundial y

européo, y que ejercen paralelamente diferentes actividades económicas vinculadas a la organización de competiciones, supeditan a su autorización previa la creación, en el territorio de la Unión, por una tercera empresa de competiciones de fútbol de clubes y controlan la participación de los clubes de fútbol profesional y de los jugadores en tales competiciones, bajo pena de sanciones, solo pueden acogerse a una excepción de la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, o considerarse justificadas a la luz del artículo 102 TFUE si se demuestra, mediante argumentos y pruebas convincentes» (apartado 209).

Y esto mismo es lo que subraya el Tribunal de Justicia en relación con la explotación de los derechos derivados de las competiciones deportivas que, si bien puede conferirse a la FIFA y a la UEFA o a otras asociaciones, estas deben cumplir determinadas exigencias para que el acuerdo esté exento de la prohibición de acuerdos colusorios y de conformidad con el artículo 101.3 TFUE o que el ejercicio de la posición de dominio sujeta al artículo 102 TFUE no se considere abusivo al estar justificado.

Por último, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el efecto de las libertades económicas fundamentales y, en particular, la libre circulación de servicios.

En este caso las normas adoptadas por la FIFA y por la UEFA serían contrarias a esta libertad económica pero, como recuerda el Tribunal de Justicia, cabe reconocer su mantenimiento si estas asociaciones «[demuestran], en primer término, que su adopción está justificada por un objetivo legítimo de interés general cuya naturaleza no sea puramente económica y, en segundo término, [...] respetan el principio de proporcionalidad, lo cual implica que sean aptas para garantizar la consecución de este objetivo y que no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo» (apartado 251).

De modo que, concluye el Tribunal de Justicia, estas regulaciones privadas contrarias en sí mismas a la libre prestación de servicios podrían mantenerse si se comprueba que están «sujetas a criterios materiales y a reglas de procedimiento que permitan garantizar su carácter transparente, objetivo, no discriminatorio y proporcionado».

En suma, estamos ante una sentencia esencial del Tribunal de Justicia que recuerda que las asociaciones deportivas privadas, por muy poderosas que sean, lo que es el caso de la FIFA y de la UEFA, están sometidas al cumplimiento del ordenamiento jurídico europeo en materia de libre competencia y de libre prestación de servicios, por lo que su poder solo puede ejercerse respetando los límites fijados legal y jurisprudencialmente en la Unión Europea. Pero, debe recordarse, que no exonera a la nueva mercantil que cumplir las mismas reglas.

Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia dictaba otras dos sentencias: *sentencia International Skating Union*, C-124/21 P, y *sentencia Royal Ant-*

*werp Football Club*, C-680/21, que confirman el enfoque adoptado e insisten en dos aspectos complementarios.

La *sentencia International Skating Union* resuelve un recurso de casación y se detiene en un aspecto que había destacado la Comisión Europea al haber corregido la actuación anticompetitiva de la Federación Internacional de Patinaje, la obligatoriedad del arbitraje ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD).

Sin embargo, el Tribunal General no está de acuerdo con la Comisión Europea y anula en parte la decisión porque: «el hecho de que el reglamento de arbitraje haya conferido al TAD la competencia exclusiva para controlar la legalidad de las decisiones de inelegibilidad y de que el arbitraje en el caso de autos sea obligatorio no constituyen circunstancias ilícitas que hagan más perjudicial la infracción constatada» (apartado 163 de la sentencia de instancia).

Sin embargo, ahora la Gran Sala corrige esta interpretación, le da la razón a la Comisión Europea e insiste en la necesidad de un control judicial efectivo dado que en su ausencia el recurso a un mecanismo de arbitraje podría afectar a la protección de los derechos que los justiciables derivan del efecto directo del derecho de la Unión y del respeto efectivo de los artículos 101 y 102 TFUE, tal como deben ser asegurados por las reglas nacionales relativas a las vías de recurso (apartado 194).

La *sentencia Royal Antwerp Football Club* es un reenvío prejudicial del Tribunal de Primera Instancia francófono de Bruselas y se refiere a la conformidad de determinadas reglas del fútbol belga sobre la necesidad de contar en los equipos con un número mínimo de jugadores de la cantera, que se hayan formado en el mismo club.

El Tribunal de Justicia examina la conformidad de esta reglamentación a la luz del derecho europeo de la competencia y de la libre circulación de trabajadores.

En lo que se refiere a la primera cuestión, el Tribunal de Justicia, como hace en su *sentencia European Superleague Company*, llega a la conclusión de que se aplica el derecho europeo de la competencia que prohíbe los acuerdos colusorios pero también advierte de que puede aplicarse una exención en virtud del artículo 101.3 TFUE. Y lo mismo ocurre con la libre circulación de trabajadores que se podría ver afectada por la normativa deportiva belga; sin embargo, el Tribunal de Justicia también insinúa que, dada la función social y educativa del deporte reconocido por el artículo 165 TFUE y por la jurisprudencia, el objetivo de incentivar el reclutamiento y la formación de los jóvenes jugadores del fútbol profesional constituye un objetivo legítimo de interés general y podría, de cumplirse las demás condiciones, justificar una restricción a la libre circulación de trabajadores en la Unión.

## 8. *La devolución de las ayudas ilegales y el principio de confianza legítima: deducciones del impuesto de sociedades aplicado en España*

El Abogado General Ruiz-Jarabo consideraba que el régimen de ayudas de Estado aplicado por la Comisión Europea tenía influencia directa del teatro del absurdo o como decía el recordado juez español: «Si me hubieran insinuado alguna vez que Samuel Beckett se inspiró en un asunto de recuperación de ayudas para su célebre drama «Esperando a Godot», probablemente no lo habría creído, aunque, al terminar estas conclusiones, la tenaz paciencia de la Comisión aguardando el reembolso de la subvención me ha recordado esa gran obra del teatro del absurdo» (Conclusiones del abogado general Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 18 de mayo de 2006, Comisión / Francia, C-235/05, apartado 100).

Esto se aplica literalmente a la saga de las ayudas sobre fondo de comercio aplicadas a través del impuesto de sociedades en España y que el Tribunal General anuló, mediante sendas sentencias similares a la que ahora comento, la *sentencia Banco Santander*, T-12/15, T-158/15 y T-258/15, varias decisiones de la Comisión Europea para la recuperación de ayudas consideradas ilegales en relación con una normativa fiscal española sobre la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras prevista en el impuesto de sociedades, contenida en el artículo 12.5 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

El propio Tribunal de Justicia se había pronunciado sobre la ilegalidad de este tipo de ayudas en virtud de varias sentencias de 6 de octubre de 2021, Sigma Alimentos Exterior/Comisión (C-50/19 P, EU:C:2021:792), de 6 de octubre de 2021, World Duty Free Group y España/Comisión (C-51/19 P y C-64/19 P, EU:C:2021:793), de 6 de octubre de 2021, Banco Santander/Comisión (C-52/19 P, EU:C:2021:794), de 6 de octubre de 2021, Banco Santander y otros/Comisión (C-53/19 P y C-65/19 P, EU:C:2021:795), de 6 de octubre de 2021, Axa Mediterranean/Comisión (C-54/19 P, EU:C:2021:796), y de 6 de octubre de 2021, Prosegur Compañía de Seguridad/Comisión (C-55/19 P, EU:C:2021:797).

Por tanto, solo quedaba por saber si, como es habitual, todas las ayudas ilegales percibidas por las empresas deben devolverse. Y aquí, en realidad, el Tribunal General se pronuncia sobre el principio de confianza legítima como excepción a la aplicación de la obligación impuesta por la Comisión Europea de devolver las ayudas recibidas en forma de deducción fiscal por estas empresas.

El Tribunal General recuerda, por una parte, que «las Decisiones iniciales confirieron, con condiciones y debido a la existencia de confianza legítima»

tima, un derecho subjetivo al Reino de España a poder ejecutar el régimen de ayudas controvertido, que sin embargo se había declarado incompatible, y, accesoriamente, a las empresas beneficiarias de dicho régimen a no tener que devolver determinadas ayudas ilegales. El Tribunal General hace constar asimismo que la Decisión impugnada posteriormente retiró ese derecho en lo referente a las adquisiciones indirectas».

Pero también, por otra parte, el Tribunal General constata que los beneficiarios de una ayuda no notificada solo pueden invocar el principio de protección de la confianza legítima cuando concurren circunstancias excepcionales. Y en este caso se cumplían tales condiciones excepcionales por cuanto «mediante esas declaraciones al Parlamento, la Comisión [en respuesta a preguntas de parlamentarios europeos] ofreció garantías precisas, incondicionales y concordantes de tal naturaleza que los beneficiarios del régimen establecido en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS, fuera respecto de sus adquisiciones directas, fuera respecto de sus adquisiciones indirectas, concibieron esperanzas fundadas en que el régimen de ayudas en cuestión era legal, en el sentido de que no entraba en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas de Estado, y en que, por consiguiente, ninguna de las ventajas derivadas de él podía posteriormente ser objeto de un procedimiento de recuperación».

#### IV. Relación de las sentencias comentadas

##### A) *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

1. TJUE (Gran Sala), sentencia de 4 de julio de 2023, Meta Platforms Inc., C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (cooperación entre las autoridades nacionales de la competencia y las autoridades nacionales de protección de datos).
2. TJUE (Gran Sala), sentencia de 13 de julio de 2023, Procedimiento penal entablado contra YP y otros (levantamiento de la inmunidad de un juez y suspensión en sus funciones), C-615/20 y C-671/20, ECLI:EU:C:2023:562.
3. TJUE, sentencia de 13 de julio de 2023, Ferrovienord / ISTAT y Federazione Italiana Triathlon / ISTAT y Ministero dell'Economia e delle Finanze, C-363/21 y C-364/21 ECLI:EU:C:2023:563 (alcance de la tutela judicial efectiva).
4. TJUE, sentencia de 13 de julio de 2023, Cajasur Banco / JO y IM, C-35/22, ECLI:EU:C:2023:569 (costas en litigios sobre cláusulas abusivas).
5. TJUE, sentencia de 13 de julio de 2023, ZR y PI / Banco Santander (Referencia a un índice oficial), C-265/22, ECLI:EU:C:2023:578.
6. TJUE (Gran Sala), sentencia de 24 de julio de 2023, Lin, C-107/23 PPU, ECLI:EU:C:2023:563 (vacaciones retribuidas como derecho social).
7. TJUE, sentencia de 7 de septiembre de 2023, Asociația «Forumul Judecătorilor din România» (Asociación Foro de Jueces de Rumanía), C-216/21, ECLI:EU:C:2023:628 (sistema de promoción profesional de los jueces).

8. TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2023, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), C-113/22, ECLI:EU:C:2023:665 (discriminación procedimental en el cobro de complemento contrario al principio de igualdad).
9. TJUE, sentencia de 21 de septiembre de 2023, Juan / Ministerio Fiscal, C-164/22, ECLI:EU:C:2023:684 (Forum Filatélico, *non bis in idem*, la euroorden y la ejecución de condenas penales).
10. TJUE, sentencia de 5 de octubre de 2023, Ministerstvo zdravotníctví (aplicación móvil de la Covid-19), C-659/22, ECLI:EU:C:2023:745.
11. TJUE, auto de 10 de octubre de 2023, Adolfo / Dirección000 y otros, C-795/22, ECLI:EU:C:2023:783 (compensación por vacaciones no disfrutadas).
12. TJUE, sentencia de 12 de octubre de 2023, Ředitelství silnic a dálnic, C-57/22, ECLI:EU:C:2023:745 (vacaciones de un trabajador despedido ilegalmente).
13. TJUE, sentencia de 12 de octubre de 2023, KBC Verzekeringen, C-286/22, ECLI:EU:C:2023:767 (seguro de vehículos y bicicleta con pedaleo asistido).
14. TJUE, sentencia de 26 de octubre de 2023, FT (copias del historial clínico), C-307/22, ECLI:EU:C:2023:811.
15. TJUE, sentencia de 9 de noviembre de 2023, Google Ireland Limited, C-376/22, ECLI:EU:C:2023:835 (legislación aplicable a plataformas digitales de otros países de la Unión).
16. TJUE, sentencia de 16 de noviembre de 2023, NC, JD, TA y FZ (transmisión de una notaría en España), C-583/21, C-584/21, C-585/21 y C-586/21, ECLI:EU:C:2023:872.
17. TJUE, sentencia de 23 de noviembre de 2023, Right to Know CLG, C-84/22, ECLI:EU:C:2023:910 (alcance del derecho a la información medioambiental).
18. TJUE (Gran Sala), sentencia de 28 de noviembre de 2023, Commune d'Ans, C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924 (prohibición en el trabajo de vestuario con connotaciones religiosas).
19. TJUE (Gran Sala), sentencia de 5 de diciembre de 2023, Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos (Centro Nacional de Salud Pública del Ministerio de Sanidad de Lituania), C-683/21, ECLI:EU:C:2023:949 (corresponsabilidad en materia de protección de datos).
20. TJUE (Gran Sala), sentencia de 5 de diciembre de 2023, Deutsche Wohnen SE, C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (multas por infracción de la protección de datos).
21. TJUE (Gran Sala), sentencia de 5 de diciembre de 2023, Nordic Info V, C-128/22, ECLI:EU:C:2023:951 (libre circulación en la Unión y en el espacio Schengen y las limitaciones nacionales por COVID-19).
22. TJUE, sentencia de 7 de diciembre de 2023, SCHUFA Holding AG, C-26/22 y C-64/22, ECLI:EU:C:2023:958 (conservación de datos y derecho al olvido).
23. TJUE, sentencia de 14 de diciembre de 2023, Sparkasse Südpfalz, C-206/22, ECLI:EU:C:2023:984 (derecho a las vacaciones en cuarentenas durante la pandemia).
24. TJUE, sentencia de 14 de diciembre de 2023, Natsionalna agentsia za prihodite (Agencia nacional de recaudación búlgara), C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 (responsabilidad por daños del responsable del tratamiento de datos).

25. TJUE (Gran Sala), sentencia de 21 de diciembre de 2023, Royal Antwerp Football Club, C-680/21, ECLI:EU:C:2023:1010 (número mínimo de jugadores de fútbol de la cantera, libre competencia y circulación de trabajadores).
26. TJUE (Gran Sala), sentencia de 21 de diciembre de 2023, European Superleague Company, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (derecho de la competencia y fútbol).
27. TJUE (Gran Sala), sentencia de 21 de diciembre de 2023, International Skating Union, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012 (las reglas de arbitraje refuerzan la competencia).
28. TJUE (Gran Sala), sentencia de 21 de diciembre de 2023, Krajowa Rada Sądownictwa (Continuidad en el desempeño del cargo de juez), C-718/21, ECLI:EU:C:2023:1015.

### B) *Tribunal General de la Unión Europea*

29. TGUE, sentencias de 5 de julio de 2023, Puigdemont i Casamajó y Comín i Oliveres/Parlamento, T-115/20, EU:T:2023:372; y Puigdemont i Casamajó y otros/Parlamento, T-272/21, EU:T:2023:373 (suplicatorio de eurodiputados).
30. TGUE, sentencia de 27 de septiembre de 2023, Banco Santander, T-12/15, T-158/15 y T-258/15, EU:T:2023:583 (amortización del fondo de comercio derivado como deducción del impuesto de sociedades y devolución de ayudas ilegales)
31. TGUE, sentencia de 18 de octubre de 2023, BZ / BCE, T-161/21, ECLI:EU:T:2023:647 (indemnización por acoso en el Banco Central Europeo).
32. TGUE, sentencia de 18 de octubre de 2023, Gómez Calavia/Tribunal de Justicia de la Unión Europea, T-336/22, ECLI:EU:T:2023:652 (evaluación de los funcionarios del Tribunal de Justicia)