

Comentario de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

David Ordóñez Solís

Magistrado, Doctor en Derecho y miembro de la Red de Expertos en Derecho
de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial

Sumario: I. Introducción.—II. Primera parte. Los nuevos desarrollos de la jurisprudencia del tribunal de justicia. 1. Las libertades económicas y libre competencia en el mercado: las sentencias *Anton Las* y *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*. 2. La armonización de las legislaciones nacionales sociales, fiscales y medioambientales: las sentencias *Accept*, *Alakor* y *Križan*. 3. El espacio de libertad, seguridad y justicia: las sentencias *Radu* y *Jeremy F.*—III. Segunda parte. La influencia de la jurisprudencia europea en el derecho español. 1. Las sentencias prejudiciales «españolas» del Tribunal de Justicia: a) El nivel de protección europeo de los derechos fundamentales en la sentencia *Melloni*. b) El poder y la obligación del juez de proteger a los consumidores: las sentencias *Aziz* y *Genil 48*. c) Los derechos sociales de los trabajadores (seguridad social, vacaciones y empleados públicos): la sentencia *Salgado González* y los autos *Maestre García* y *Rivas Montes*. d) Las franquicias, las marcas y la prevención del blanqueo de capitales: el auto *La Retoucherie de Manuela* y las sentencias *Fédération Cynologique Internationale* y *Jyske Bank Gibraltar*. 2. Las nuevas cuestiones prejudiciales «españolas». 3. La revocación de fondos europeos por incumplir las Directivas sobre contratación pública. 4. Los efectos de las sentencias por incumplimiento en el Tribunal Constitucional.—IV. Relación de las sentencias comentadas del tribunal de justicia de la Unión Europea.

I. Introducción

El 5 de febrero de 1963 el Tribunal de Justicia con el fin de resolver un litigio que enfrentaba a una empresa de transportes, Van Gend & Loos, con sede en Utrecht, y las autoridades aduaneras neerlandesas, pronunció en Luxemburgo, en contra de la opinión del abogado general Karl Roemer, esta frase: «El artículo 12 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea produce efectos directos y genera en favor de los justiciables derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger» (26-62, *Rec.* p. 3, edición en español *Rec. 1961-1963*, p. 333).

De este modo, aparentemente prosaico, surge un nuevo ordenamiento jurídico, el Derecho comunitario europeo, el Derecho de la Unión Europea.

Y la esencia de este nuevo Derecho radica en lo que los jueces nacionales pueden preguntarle al Tribunal de Justicia a través del reenvío prejudicial, que será lo que interesa a los ciudadanos, a los derechos con los que pretenden ampararse los particulares. Si, por ejemplo, solo se hubiese establecido un recurso por incumplimiento dirigido contra los Estados miembros —corroborando una relación entre la Comisión o los Estados con los demás Estados miembros— probablemente seguiríamos atrapados en la tradición del Derecho internacional.

Sin embargo, hace ahora 50 años algo empieza a cambiar al atreverse un desconocido y exótico tribunal, que llevaba poco más de diez años resolviendo esotéricas cuestiones sobre las empresas de dedicadas a la chatarra o a la extracción de carbón, perdido entre las brumas del frío invierno luxemburgués, a aplicar el mecanismo prejudicial de colaboración entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia en unas organizaciones que en este momento dejan de ser internacionales y que a partir de ahora adquieren el estatus de supranacionales dado en ellas importan los derechos de los justiciables que los jueces, todos los jueces, deben proteger.

De hecho y nuevamente en 2012 la mayor parte de los asuntos del Tribunal de Justicia provinieron de reenvíos prejudiciales de los jueces nacionales. El procedimiento duró menos de 16 meses de media e incluso los procedimientos prejudiciales de urgencia se pudieron ventilar en menos de dos meses. Por eso sorprende de manera especial que un tribunal supranacional como el Tribunal de Justicia, que a título de ejemplo trabaja con 22 idiomas oficiales, requiera, para resolver un litigio muy similar y, afortunadamente, con las mismas consecuencias beneficiosas para el reclamante, poco más de 15 meses (TJUE, sentencia de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11); mientras que ante el Tribunal Constitucional español el recurso de amparo estuvo pendiente más de 114 meses (TC Pleno, sentencia n.º 61/2013, de 14 de marzo, Soneira Fraga, ponente: Pérez de los Cobos Orihuel).

Como es habitual en estas *Crónicas* dedico la primera parte a subrayar algunas de las más interesantes sentencias del Tribunal de Justicia en el primer semestre de 2013 y ya en la segunda parte analizo los efectos de la jurisprudencia europea en el Derecho español resaltando en este caso y por razones bien distintas las sentencias *Melloni* y *Aziz*.

II. Primera parte. Los nuevos desarrollos de la jurisprudencia del Tribunal de justicia

El espíritu de Jean Monnet pervive en el enfoque institucional de la integración europea hasta el punto de que la base es el mercado común y las solidaridades de hecho son las libertades económicas fundamentales. Como

algo consustancial al mercado interior europeo, es decir, para facilitar la integración positiva, las armonizaciones constituyen un elemento esencial, lo que se revela con la interpretación prointegracionista que hace el Tribunal de Justicia en ámbitos tan determinantes como el tributario pero también el social y el medioambiental. En fin, el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia es la última frontera donde los tribunales europeos, los nacionales y el Tribunal de Justicia, se han empeñado en construir una Europa complementaria de la Europa del mercado.

1. *Las libertades económicas y libre competencia en el mercado:
las sentencias Anton Las y Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*

Dos sentencias ilustran el alcance del mercado único europeo de hoy en día. La primera, sentencia *Anton Las* (C-202/11), se refiere a los límites que la protección de la identidad nacional y de las lenguas nacionales puede imponer a la libre circulación de trabajadores; y la segunda, sentencia *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* (C-1/12), consiste en la aplicación del Derecho de la competencia a la regulación de un colegio profesional que, en realidad, está distorsionando la libertad de mercado.

Es muy simple y a la vez muy ilustrativa la sentencia *Anton Las* (C-202/11) referida a la eventual nulidad de un contrato de trabajo redactado en una lengua extranjera. El asunto procedía del Tribunal de lo social de Amberes donde se dilucidaba la nulidad de un contrato de trabajo redactado en inglés y celebrado por una sociedad con sede en Amberes pero perteneciente a un grupo multinacional con domicilio social en Singapur, que explota terminales portuarias. Como consecuencia de su despido, el Sr. Las reclamó una indemnización mayor alegando que el contrato se había redactado en inglés y no en neerlandés como obligaba bajo pena de nulidad un Decreto de la Comunidad Flamenca de 1973 aplicable a las relaciones laborales. El Tribunal social de Amberes acudió al Tribunal de Justicia preguntándole, en sustancia, si la libre circulación de trabajadores (artículo 45 TFUE) debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de la Región belga de Flandes que obliga a todo empresario que tenga su centro de explotación en la región belga a redactar los contratos laborales de carácter transfronterizo exclusivamente en la lengua oficial de dicha entidad federada, so pena de que el juez declare de oficio la nulidad de los contratos.

En este caso y a juicio del Tribunal de Justicia la libre circulación de trabajadores puede ser invocada también por las empresas empleadoras como «el derecho de los empresarios a contratarlos con arreglo a las normas que rigen en materia de libre circulación de los trabajadores».

Y seguidamente el Tribunal de Justicia expone el principio conforme al cual: «las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado sólo son admisibles a condición de que persigan un objetivo de interés general, sean adecuadas para garantizar la realización de dicho objetivo y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido».

El Tribunal de Justicia reconoce, en los términos alegado por Bélgica, que el objetivo de fomentar y estimular el uso de la lengua neerlandesa, que es una de las lenguas oficiales del Reino de Bélgica, constituye un interés legítimo capaz de justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el artículo 45 TFUE; y lo mismo ocurre con los objetivos de protección social de los trabajadores y de la facilitación de los controles administrativos relacionados con ella que pueden justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales reconocidas por el Tratado.

Ahora bien y cuando el Tribunal de Justicia analiza la proporcionalidad de las medidas adoptadas por la Región de Flandes constata, por una parte, que las partes de un contrato laboral de carácter transfronterizo no dominan necesariamente la lengua oficial del Estado miembro de que se trata por lo que la formación de un consentimiento libre e informado entre las partes exige que éstas puedan redactar su contrato en una lengua que no sea la lengua oficial de dicho Estado miembro. Y, por otra parte, advierte que si la legislación laboral flamenca impusiera la redacción del contrato en neerlandés pero permitiera además elaborar una versión de esos contratos, cuyo texto fuera igualmente auténtico, en una lengua conocida por todas las partes implicadas, atendería menos contra la libertad de circulación de los trabajadores. Por tanto, el Tribunal de Justicia considera desproporcionada la sanción de nulidad del contrato de trabajo y, en consecuencia, es contraria al Derecho de la Unión.

El Colegio de expertos contables de Portugal adoptó un Reglamento por el que se establecía un procedimiento específico de formación y de homologación de actividades de formación. Sin embargo, la Autoridad portuguesa de la Competencia y el Tribunal de Comercio de Lisboa lo consideraron contrario al Derecho europeo de la competencia. El Tribunal de Relação de Lisboa que conocía en apelación de la controversia acudió al Tribunal de Justicia por la vía prejudicial.

En su sentencia *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* (C-1/12) el Tribunal de Justicia, después de un minucioso análisis, considera aplicable y contrario al artículo 101 TFUE el referido Reglamento.

Por una parte, recuerda su jurisprudencia conforme a la cual: «no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado FUE una actividad que, por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto,

es ajena a la esfera de los intercambios económicos o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público». Sin embargo y en el caso concreto de este colegio profesional el Tribunal de Justicia comprueba que el Reglamento constituye una normativa que no puede considerarse ajena a la esfera de los intercambios económicos. Asimismo, la regulación legal del colegio profesional le deja un amplio margen de apreciación en cuanto a los principios, requisitos y modalidades que deben regir el sistema de formación obligatoria de los expertos contables. Y, en fin, aun cuando el colegio no tenga ánimo de lucro, su oferta de servicios, consistente en ofrecer acciones de formación destinadas a los expertos contables, compite con la de otros operadores con ánimo de lucro. En definitiva, el Colegio de expertos contables está sometido al Derecho europeo de la competencia.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ofrece datos suficientes como para considerar que el Reglamento profesional, en la medida en que impone a sus miembros cursar una formación que solo ese colegio imparte, constituye una restricción de la competencia prohibida por el artículo 101 TFUE porque elimina la competencia en una parte sustancial del mercado pertinente en beneficio de dicho colegio profesional e impone en la otra parte de este mercado condiciones discriminatorias en detrimento de sus competidores.

Asimismo, no puede considerarse que el Reglamento pueda beneficiarse de la exención del artículo 101.3 TFUE porque deben concurrir cuatro requisitos acumulativos (que la decisión contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o servicios de que se trate o a fomentar el progreso técnico o económico; que se reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante; que no imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables; y que no les ofrezca la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios de que se trate). Ahora bien y en este supuesto el Tribunal de Justicia constata que el Reglamento puede dar al Colegio la posibilidad de eliminar la competencia en una parte sustancial de los servicios de formación destinados a los expertos contables y las restricciones impuestas son desproporcionadas. Por tanto, no cabe la exención.

El Tribunal de Justicia también rechaza que en este supuesto pueda aplicarse al Colegio de expertos contables el artículo 106.3 TFUE conforme al cual las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general se someterán a las normas sobre competencia en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia considera que la formación obligatoria de los expertos contables no reviste un interés económico general que presente características específicas respecto al de otras actividades económicas ni, aun suponiendo que fuera así, la aplicación de las normas del Tratado, especial-

mente las relativas a la competencia, puede obstaculizar el cumplimiento de dicha misión.

En suma, el Reglamento del Colegio profesional portugués es contrario al Derecho europeo de la competencia.

2. *La armonización de las legislaciones nacionales sociales, fiscales y medioambientales: las sentencias *Accept*, *Alakor* y *Križan**

Las directivas de armonización de las legislaciones nacionales son una fuente inagotable de interpretación en ámbitos especialmente sensibles para los ciudadanos. Traemos a colación tres sentencias relativas a derechos sociales de no discriminación de los homosexuales, a las legislaciones fiscales y sobre el medio ambiente.

La Directiva 2000/78/CE está teniendo un alcance extraordinario en la aplicación del Derecho de la Unión Europea y en el desarrollo del derecho a la igualdad de trato en el empleo. En la sentencia *Accept* (C-81/12) se aborda el alcance de la prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual.

La asociación *Accept* denunció a un directivo y al club de fútbol *Steau de Bucarest* ante el Consejo Nacional contra la Discriminación por haber hecho unas declaraciones públicas de las que se deducía claramente la exclusión de la contratación de un futbolista presentado como homosexual. El organismo estatal solo le impuso al directivo una sanción de amonestación por discriminación en forma de acoso. El Tribunal de apelación de Bucarest decidió recurrir a Luxemburgo.

En primer lugar el Tribunal de Justicia considera que pueden calificarse de «hechos que permiten presumir la existencia de discriminación» la mera actitud pasiva o el hecho de no distanciarse claramente de las declaraciones controvertidas respecto de un club de fútbol profesional, cuando las declaraciones homófobas emanaron de quien, sin disponer necesariamente desde el punto de vista jurídico de la capacidad necesaria para vincularlo o representarlo en materia de contratación de personal, se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo de dicho club.

En segundo lugar, se produce en este caso una inversión de la carga de la prueba, de modo que correspondía al club demostrar que no hubo violación del principio de no discriminación por ejemplo acreditando que la política de contratación de personal está basada en elementos ajenos a cualquier discriminación por razón de la orientación sexual. Sin embargo, esta prueba está limitada dado que no es necesario que el club de fútbol demuestre que en el pasado contrató personas con determinada orientación sexual, pues, en

determinadas circunstancias, tal exigencia podría violar el derecho al respeto a la vida privada.

Por último, el Tribunal de Justicia pone de manifiesto el extraño sistema sancionador rumano donde el plazo de prescripción de las infracciones es de seis meses pero el plazo para denunciarlo ante el Consejo Nacional contra la Discriminación es de un año, de modo que pasados los seis primeros meses solo cabe una advertencia verbal o escrita. Ahora bien, a juicio del Tribunal de Justicia la sanción debe tener carácter efectivo, proporcionado y disuasorio en relación con la gravedad de la violación del principio de igualdad de trato consagrado por la Directiva.

La sentencia *Alakor* (C-191/12) responde al Tribunal Supremo húngaro que había hecho varias preguntas al Tribunal de Justicia sobre la devolución de tributos indebidos y sobre sus límites. *Alakor* concluyó con el Ministerio de Agricultura húngaro un contrato de subvención pero no pudo deducir, del IVA soportado por los gastos del proyecto subvencionado, la fracción proporcional al importe de la ayuda. Sin embargo, como consecuencia de una jurisprudencia europea posterior fue posible deducir la totalidad del IVA por lo que *Alakor* reclamó tal devolución pero el Ministerio se opuso.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia recuerda el principio general conforme al cual: «el derecho a obtener la devolución de los tributos recaudados por un Estado miembro infringiendo el Derecho de la Unión es la consecuencia y el complemento de los derechos conferidos a los justiciables por las disposiciones del Derecho de la Unión, tal como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia. Por lo tanto, en principio, los Estados miembros están obligados a devolver los tributos recaudados infringiendo el Derecho de la Unión».

Ahora bien y en determinados supuestos esto no impide que excepcionalmente no opere este principio y, en particular, cuando dé lugar a un enriquecimiento sin causa del sujeto pasivo. Esto significa, a juicio del Tribunal de Justicia, que «para neutralizar la carga económica resultante de la prohibición de deducir el IVA, el importe de la devolución a que tiene derecho la demandante en el asunto principal debe equivaler a la diferencia entre, por un lado, el importe del IVA que *Alakor* no pudo deducir debido a la normativa nacional cuya incompatibilidad con el Derecho de la Unión señaló la sentencia *PARAT Automotive Cabrio*, y, por otro lado, el importe de la ayuda concedida a *Alakor* que excede del que se le habría concedido si no se le hubiera impedido ejercer su derecho a la deducción».

En suma, corresponde a los jueces nacionales evitar el enriquecimiento sin causa en materia tributaria de modo que lo relevante será no tanto la devolución de lo indebido que en su caso proceda sino que la carga económica, resultante de la negativa a deducir el IVA, haya sido totalmente neutralizada.

En el ámbito del medio ambiente se están llevando a cabo importantes cambios impulsados por una interesante jurisprudencia como se deduce de la sentencia *Križan* (C-416/10) que tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo eslovaco. El litigio enfrentaba a Josef Križan y otros 43 ciudadanos con la Inspección eslovaca de medio ambiente en relación con la autorización concedida a una empresa para hacer un vertedero de residuos.

El litigio había sido objeto de examen por el Tribunal Constitucional eslovaco que había anulado una sentencia del Tribunal Supremo y, así todo, este planteó, en primer lugar, al Tribunal de Justicia si debía seguir en todo caso las indicaciones del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el Tribunal de Justicia reafirma la posición del Tribunal Supremo y corrobora la vinculación del Tribunal Supremo a la jurisprudencia que establezca el Tribunal de Justicia: «el juez nacional que ha ejercido la facultad que le otorga el artículo 267 TFUE está vinculado, a la hora de resolver el litigio principal, por la interpretación de las disposiciones de que se trate realizada por el Tribunal de Justicia y debe, en su caso, dejar de lado las valoraciones del órgano jurisdiccional superior si, habida cuenta de dicha interpretación, estima que las referidas valoraciones no son compatibles con el Derecho de la Unión» (apartado 69).

La segunda cuestión que plantea el Tribunal Supremo eslovaco se refiere a los derechos que confiere la Directiva 96/61 en el procedimiento de autorización de un vertedero, incluida una resolución de urbanismo sobre la construcción de dicha instalación. En este sentido, el Tribunal de Justicia subraya: «el público interesado en el procedimiento de autorización previsto por la Directiva 96/61 relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación debe, en principio, tener acceso a toda la información pertinente para dicho procedimiento» y solo podrá denegar una solicitud de información cuando su revelación pueda afectar negativamente a la confidencialidad de datos de carácter comercial e industrial, cuando dicha confidencialidad esté contemplada en la legislación nacional o de la Unión a fin de proteger un interés económico legítimo.

Sin embargo y como en este supuesto no había razones para denegar tal información, el Tribunal de Justicia se pregunta si tal defecto es subsanable en el procedimiento administrativo de alzada. A tal efecto, la respuesta del Tribunal de Justicia fue que cabe la regularización si en esa fase tiene efectos tal conocimiento por el público, es decir, «siempre que aún sean posibles todas las opciones y soluciones y que la regularización en esa fase del procedimiento permita todavía al público interesado influir realmente sobre el resultado del procedimiento de toma de decisiones, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional» (apartado 90).

Asimismo, el Tribunal de Justicia precisa que las directivas medioambientales refuerzan el derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, reconoce a los miembros del público interesado «el derecho a solicitar al órgano jurisdiccional o al órgano independiente e imparcial competente que adopte medidas provisionales que puedan prevenir dicha contaminación, incluida, en su caso, la suspensión temporal de la autorización impugnada» (apartado 109).

Por último, el Tribunal de Justicia despeja cualquier duda de que las directivas medioambientales y, en particular, la Directiva 96/61/CE sobre prevención y control integrados de la contaminación, establecen un equilibrio entre las exigencias del derecho de propiedad, consagrado por el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, y las relacionadas con la protección del medio ambiente.

3. *El espacio de libertad, seguridad y justicia: las sentencias Radu y Jeremy F.*

Al mismo tiempo que el Tribunal Constitucional español, un Tribunal de apelación rumano y el mismo Consejo Constitucional francés le planteaban al Tribunal de Justicia cuestiones similares sobre la orden de detención europea regulada en la Decisión marco 2002/584, modificada en 2009. El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de consolidar el espacio de libertad, seguridad y justicia en el marco y bajo la garantía de un nivel apropiado de garantía de los derechos fundamentales.

En la sentencia *Radu* (C-396/11) se planteaba si las cuatro órdenes europeas de entrega emitidas por la Fiscalía alemana contra el ciudadano rumano Sr. Radu para el ejercicio de acciones penales relacionadas con hechos que se corresponden con el delito de robo con violencia tenían que haber concedido el trámite de audiencia.

El Tribunal de Justicia subraya la importancia de la Decisión marco 2002/584 que pretende, a través del establecimiento de un nuevo sistema simplificado y más eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de haber infringido la ley penal, facilitar y acelerar la cooperación judicial de cara a la consecución del objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros.

Ahora bien, el derecho a ser oído no se aplicaría en este caso: «la circunstancia de que la orden de detención europea sea emitida a efectos de un procedimiento penal sin que las autoridades judiciales emisoras den audiencia a la persona buscada no figura entre los motivos de no ejecución de tal orden previstos por las disposiciones de la Decisión marco 2002/584». Y esto tiene una explicación: «la imposición de la obligación a las autoridades

judiciales emisoras de dar audiencia a la persona buscada antes de emitir tal orden de detención europea pondría inevitablemente en peligro el propio sistema de entrega establecido por la Decisión marco 2002/584 y, por lo tanto, la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia, ya que tal orden de detención debe tener un cierto factor sorpresa, en particular para evitar que la persona en cuestión se dé a la fuga».

Y con el fin de asegurar los derechos de los afectados la misma Decisión prevé una serie de garantías: antes de decidir la entrega de la persona buscada para el ejercicio de acciones penales, la autoridad judicial de ejecución debe ejercitar un cierto control sobre la orden de detención europea; la persona buscada tiene derecho a recibir asistencia letrada en caso de que acceda a ser entregada y, en su caso, renuncie al principio de especialidad; en fin, la persona buscada, cuando no dé consentimiento a su entrega y sea objeto de una orden de detención europea dictada para el ejercicio de acciones penales, tiene derecho a ser oída por la autoridad judicial de ejecución en las condiciones determinadas de común acuerdo con la autoridad judicial emisora.

También el Consejo Constitucional francés ha planteado una cuestión prejudicial que ha sido resuelta por el procedimiento de urgencia por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Jeremy F.* (C-168/13 PPU). El 4 de abril de 2013 se plantea desde París la cuestión prejudicial y el 30 de mayo de 2013 se resuelve con una sentencia dictada en Luxemburgo, es decir, en menos de dos meses.

La cuestión básica planteada es si, en garantía de los derechos fundamentales, cabía decretar en apelación la suspensión de la orden europea de entrega. En octubre de 2012, Jeremy F., ciudadano británico, fue entregado por los tribunales de Burdeos a los tribunales del Reino Unido con el fin de ser juzgado por un delito de sustracción de una menor. No obstante, una vez encarcelado en el Reino Unido, el tribunal británico solicitó al tribunal de Burdeos la autorización para ampliar la acusación al delito de agresión sexual contra una menor de 16 años. Acordada la autorización por el tribunal de Burdeos en enero de 2013, fue impugnada ante la *Cour de Cassation* que acude al Consejo Constitucional con una cuestión prioritaria de constitucional que debe resolver en tres meses. El Consejo Constitucional decide acudir en vía prejudicial al Tribunal de Justicia preguntándole si en ese caso cabe un recurso con efectos suspensivos.

El Tribunal de Justicia respondió en sentido afirmativo dado que nada regula la Decisión marco. Sin embargo, el Tribunal de Justicia somete tal suspensión al plazo establecido en la propia Decisión marco.

En su respuesta el Tribunal de Justicia recuerda la jurisprudencia de *Radu y Melloni* conforme a la cual la orden europea de detención y entrega pretende facilitar y acelerar la cooperación judicial con el fin de contribuir a realizar el objetivo asignado a la Unión de convertirse en un espacio de li-

bertad, seguridad y justicia que se funda en un alto grado de confianza que debe existir entre los Estados miembros (apartado 35).

En este sentido, el Tribunal de Justicia confirma que las garantías de control judicial de la detención y entrega cumplen las exigencias del derecho a la tutela judicial tal como establecen el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

Ahora bien y como nada establece la Decisión marco 2002/584, corresponde al ordenamiento de cada uno de los Estados miembros prever en su caso un recurso aun cuando que corresponde al ordenamiento del Estado miembro de emisión de la orden europea que las personas afectadas puedan utilizar las distintas vías de recurso que les permitan impugnar la legalidad de los procedimientos penales seguidos (apartado 50).

Sin embargo, la posibilidad de establecer tales procedimientos no puede menoscabar la eficaz aplicación de la Decisión marco de modo que, de introducirse en el Derecho nacional un recurso suspensivo, este no debe superar los plazos especialmente breves de la Decisión marco (10 o 60 días para acordar definitivamente la entrega que excepcionalmente pueden ampliarse en 30 días suplementarios; y para autorizar la ampliación de los delitos se fijan solo 30 días).

Es importante subrayar que el Tribunal de Justicia establece una única salvedad al cumplimiento de los plazos dado que, la previsión nacional de un eventual recurso suspensivo frente a la decisión de ejecución de la orden europea no puede, en ningún caso y salvo que el tribunal nacional decida recurrir en vía prejudicial al Tribunal de Justicia, incumplir los plazos fijados para adoptar la decisión definitiva (apartado 65).

III. Segunda parte. Los efectos de la jurisprudencia europea en el derecho español

El examen desde la perspectiva judicial española obliga a analizar las sentencias dictadas como consecuencia de cuestiones prejudiciales de jueces españoles; aconseja dar cuenta de algunas de las más relevantes cuestiones prejudiciales planteadas en lo que va de 2013; e invita a reflexionar sobre la confirmación judicial de las reiteradas revocaciones y reducciones de fondos europeos gestionados por las Administraciones españolas.

1. Las sentencias prejudiciales «españolas» del Tribunal de Justicia

Dos sentencias tienen un significado especial por distintas razones: en el caso de la sentencia *Melloni* (C-399/11) su importancia radica en que

constituye la primera respuesta prejudicial al Tribunal Constitucional español; y la sentencia *Aziz*, no por esperada su respuesta, supone remover los cimientos de una tradición jurídica secular en España como es el procedimiento judicial hipotecario que, en cualquier caso, ha sido cumplida por el legislador estatal en menos de dos meses.

A continuación agrupamos en torno a la protección de los derechos fundamentales, la protección de los consumidores, los derechos sociales y el mercado único europeo, las sentencias y autos dictados por el Tribunal de Justicia a instancia de los tribunales españoles.

a) El nivel de protección Europeo de los Derechos Fundamentales en la sentencia *Melloni*

La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional tiene más relevancia por lo que simboliza que por lo que pregunta e incluso por las respuestas que da el propio Tribunal de Justicia.

Stefano Melloni fue extraditado en 1996 a Italia por orden de la Audiencia Nacional y, acordada su libertad bajo fianza, se dio a la fuga, lo que no impidió que las autoridades italianas lo condenaran en rebeldía. Emitida nueva orden europea de detención por la Fiscalía italiana, en 2008 fue detenido por la Policía española. La Audiencia Nacional acordó su entrega a las autoridades italianas pero el Sr. Melloni acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional español que, antes de resolver el amparo, acude a Luxemburgo.

En su respuesta el Tribunal de Justicia recuerda la finalidad de la orden europea de entrega para conseguir «un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros». Por tanto, esto descarta cualquier control por la autoridad judicial de ejecución que no sea el previsto por la regulación europea: «la solución elegida por el legislador de la Unión, consistente en prever de forma exhaustiva los supuestos en los que debe considerarse que la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una resolución dictada en rebeldía no vulnera el derecho de defensa, es incompatible con el mantenimiento de una facultad de la autoridad judicial de ejecución para someter esa ejecución a la condición de que la condena de que se trata pueda ser revisada con objeto de garantizar el derecho de defensa del interesado» (apartado 44).

En segundo lugar el Tribunal de Justicia observa que la regulación europea de la orden de ejecución no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso equitativo ni a los derechos de la defensa garantizados por los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Y esto se debe, fundamentalmente, como indica el Tribunal de

Justicia, «a que la armonización de las condiciones de ejecución de las órdenes de detención europeas emitidas para la ejecución de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado realizada por la Decisión marco 2009/299 tiende a reforzar los derechos procesales de las personas imputadas en un proceso penal, a la vez que a mejorar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre Estados miembros» (apartado 51).

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia desautoriza una interpretación del Tribunal Constitucional español del artículo 53 de la Carta de modo que se pudiese aplicar el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por una Constitución nacional cuando sea más elevado que el derivado de la Carta, y oponerlo en su caso a la aplicación de disposiciones del Derecho de la Unión. En efecto, el Tribunal de Justicia debe salir en defensa del principio de primacía que resultaría menoscabado y, de este modo, se comprometería el mismo sistema europeo de orden europea de entrega. De modo que «la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado». Y, en fin, la interpretación que el Tribunal de Justicia ofrece del artículo 53 de la Carta es esta: «cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión» (apartado 60).

En suma, el Tribunal de Justicia no aprecia que la regulación europea de la orden de entrega vulnere los derechos fundamentales de la Carta y, por tanto, un Estado miembro no puede, en este caso ni siquiera el Tribunal Constitucional, subordinar «la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución».

b) El poder y la obligación del juez de proteger a los consumidores:
las sentencias *Aziz* y *Genil* 48

La sentencia *Aziz* (C-415/11) es un eslabón más en la cadena jurisprudencial relativa al poder del juez para proteger a los consumidores incluso en un procedimiento judicial como el español de ejecución hipotecaria. Tiene, por tanto, esta sentencia una trascendencia más procesal que sustan-

tiva y, desde luego, su impacto mediático ha sido extraordinario en un momento de crisis y confusión.

El litigio que enfrentaba a Mohamed Aziz con Catalunyaacaixa determinó el reenvío prejudicial del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Previamente, el Sr. Aziz había firmado un préstamo hipotecario con la entidad bancaria estableciendo como garantía su vivienda. A pesar de haber pagado las primeras cuotas, finalmente y por incumplimiento del préstamo, Catalunyaacaixa impulsó un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria en un Juzgado de Martorell que terminó con la adjudicación de la vivienda a la entidad bancaria. No obstante, el Sr. Aziz presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, solicitando que se anulara una cláusula del contrato de préstamo hipotecario que preveía no solo la posibilidad de que Catalunyaacaixa recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida.

La primera cuestión planteada era más propia del procedimiento de ejecución hipotecaria, que ya había concluido con el desalojo del Sr. Aziz de su vivienda, pero pretendía saber cuáles son los poderes del juez a la hora de apreciar el carácter abusivo de una cláusula y para adoptar en su caso medidas cautelares.

Después del examen de ejecución procesal hipotecaria, el Tribunal de Justicia caracteriza el sistema español en estos términos: «la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria», siendo la excepción muy residual (apartado 57). Esto supone, a juicio del Tribunal de Justicia, que: «la normativa española [...] no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos» (apartado 63).

La segunda cuestión también resulta muy ilustrativa porque analiza si tres cláusulas del contrato de préstamo hipotecario tienen carácter abusivo: las que se refieren al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, a la fijación de los intereses de demora y al pacto de liquidez. En este caso el Tribunal de Justicia sigue de cerca las conclusiones de la abogada general Juliane Kokott.

Con carácter general, el Tribunal de Justicia da esta pista para determinar si una cláusula produce en detrimento del consumidor un «desequilibrio

importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. Mediante un análisis comparativo, el juez nacional podrá valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas (apartado 68). De modo que «el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual» (apartado 69). Del mismo modo, puntualiza el Tribunal de Justicia: «el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración» (apartado 71). Asimismo, la abogada general recomienda el uso de la técnica consistente en observar cuál sería la situación jurídica —por ejemplo, respecto del procedimiento ejecutivo— si el contrato no contuviera la cláusula controvertida (apartado 91 de las Conclusiones de Juliane Kokott).

Por lo que se refiere a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, en el caso concreto el hecho de que Catalunya Caixa pudiese reclamar sin más trámites la devolución total del préstamo pendiente de pago en caso de que el deudor incurriese en mora por tan sólo una de las 396 cuotas debidas en el período de 33 años de duración del contrato. El Tribunal de Justicia atribuye al juez la competencia para «comprobar especialmente [...] si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo» (apartado 70).

En lo que se refiere a la cláusula relativa a los intereses de demora, hay que tener en cuenta que se habían fijado en 18,75% cuando el tipo de interés inicial del préstamo era de un 4,87%. En este caso, el Tribunal de Justicia también encomienda al juez comprobar las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo

celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (apartado 71).

Y, en fin, respecto de la cláusula relativa a la liquidación unilateral por Catalunya Caixa del importe de la deuda impagada, vinculada a la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, es decir, la caja de ahorros podía fijar de modo autónomo un requisito esencial de la ejecución hipotecaria, el Tribunal de Justicia considera que el juez debe determinar si y en qué medida esa cláusula supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulte el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa (apartado 75).

La reforma legislativa española ha sido ejemplarmente rápida a la vista de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, adoptada en solo dos meses después de haberse dictado la sentencia del Tribunal de Justicia (BOE n.º 116, de 15 de mayo de 2013).

La protección de los clientes de las entidades bancarias también constituye una preocupación de nuestros días como se deduce de la *sentencia Genil 48* (C-604/11), dictada a raíz de un reenvío prejudicial del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Madrid en relación con la interpretación de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros y, más en particular, a la protección de los clientes de los servicios financieros.

En este supuesto dos empresas, que habían celebrado con dos bancos sendos contratos de permuta (*swaps*) que tenían por objeto protegerlas frente a las variaciones en los tipos de interés revisables y correspondientes a los productos financieros que habían suscrito con dichos bancos, alegaban que no habían sido sometidas a la evaluación prevista en la Directiva y, en consecuencia, pedían la anulación de tales contratos.

La primera cuestión consistió en determinar las obligaciones que tienen las entidades de crédito cuando ofrecen un instrumento financiero como un contrato de permuta referido a las variaciones de los tipos de interés. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia considera que de acuerdo con la Directiva la prestación de un servicio de inversión a un cliente conlleva, en principio, la obligación de la empresa de inversión de llevar a cabo la evaluación de la idoneidad y de la conveniencia del servicio que ha de prestarse, salvo en dos supuestos (cuando se trate de determinados servicios de inversión referentes a los instrumentos financieros no complejos y cuando el servicio de inversión se ofrece como parte de un producto financiero). Ahora bien e incluso en los supuestos excluidos, es necesario permitir una

valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate.

A continuación, el Tribunal de Justicia determina si constituye un servicio de asesoramiento en materia de inversión el hecho de ofrecer un contrato de permuta a un cliente para cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero. La respuesta es muy matizada y exige que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público.

Por último, el Tribunal de Justicia analiza cuáles son las consecuencias contractuales que debe conllevar la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio en materia de inversión, de las exigencias de evaluación. A tal efecto, el Tribunal de Justicia reconoce que la Directiva prevé sanciones administrativas pero, en cambio, no precisa las consecuencias contractuales por lo que corresponde a los Derechos nacionales regularlas respetando los principios de equivalencia y efectividad.

c) Los Derechos Sociales de los Trabajadores (Seguridad Social, vacaciones y empleados públicos): la sentencia *Salgado González* y los autos *Maestre García* y *Rivas Montes*

En materia de derechos sociales es preciso examinar una sentencia relativa a la aplicación del sistema coordinado de seguridad social y dos autos sobre los derechos de los trabajadores.

La sentencia *Salgado González* (C-282/11) se refiere a la interpretación del régimen coordinado de sistemas nacionales de seguridad social como elemento que garantiza la libre circulación de los trabajadores y que no puede disuadir el ejercicio de tal libertad fundamental.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) le preguntaba al Tribunal de Justicia si, para el cálculo de la pensión de jubilación de la Sra. *Salgado*, que había cotizado en el régimen de trabajadores autónomos en España y en Portugal, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podía tomar en consideración períodos de seguro que no estaban cubiertos en España y contabilizarlos con valor cero reduciendo de este modo la base de cotización media.

Con carácter de principio, el Tribunal de Justicia deja claro que «el Reglamento n.º 1408/71 no instituye un régimen común de seguridad social, sino que deja subsistir regímenes nacionales distintos y su único objeto es garantizar que exista un nivel de coordinación entre estos últimos. Así, se-

gún jurisprudencia reiterada, los Estados miembros conservan su competencia para organizar sus sistemas de seguridad social» (apartado 35).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia comprobó que en este caso el cálculo de la pensión en España era contrario al Derecho de la Unión y subrayó que es necesario adaptar la duración del período de cómputo y el divisor aplicado con el fin de tomar en consideración el hecho de que la trabajadora en cuestión había ejercido su derecho a la libre circulación en Portugal.

En el auto *Maestre García* (C-194/12) el Tribunal de Justicia aplica su jurisprudencia relativa a las vacaciones de los trabajadores durante una baja por enfermedad. El Tribunal de Justicia recuerda que puede responder con un auto, es decir: «cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia podrá decidir en cualquier momento, tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado haciendo referencia a la jurisprudencia de que se trate».

El litigio, que se ventilaba ante el Juzgado de lo Social de Benidorm, enfrentaba a una cajera de Carrefour que mientras estuvo de baja por enfermedad no pudo disfrutar de sus vacaciones estivales correspondientes a 2011.

El punto de partida del Tribunal de Justicia es, por una parte, que «el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia»; y, por otra parte, «está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 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» (apartados 16 y 17).

Esto supone que el trabajador tiene derecho a disfrutar de ese período de vacaciones aunque está limitado por los intereses de la empresa. Ahora bien, puntualiza el Tribunal de Justicia: «el hecho de que se tengan en cuenta los intereses de la empresa sólo puede traducirse en la facultad del empresario de negarse a conceder un período elegido por el trabajador y fijar en lugar de éste otro período situado, en su caso, fuera del período de referencia, y no en cuestionar la concesión de un período de vacaciones anuales posterior en cuanto a tal» (apartado 24).

Asimismo, el Tribunal de Justicia precisa que la Directiva 2003/88 sólo permite sustituir el derecho a vacaciones anuales retribuidas por una compensación económica en caso de que concluya la relación laboral. Por tanto y en este supuesto, la trabajadora solo pudo ver reconocido su derecho a disfrutar de las vacaciones en un momento posterior al asignado y debido a que había estado de baja por enfermedad.

En cambio, el auto *Rivas Montes* (C-178/12) inadmite una cuestión prejudicial remitida por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Córdoba que pretendía saber si a la hora de determinar la antigüedad podía establecerse un régimen

de cálculo distinto para el personal funcionario (se computarían todos los periodos en las distintas administraciones) y para el personal laboral (solo se computarían si las interrupciones entre los contratos no afectan a la unidad esencial del vínculo laboral) de las Administraciones españolas. En este caso, a la Sra. Rivas, una auxiliar administrativo laboral del Instituto Municipal de Deportes de Córdoba, no se le computaron periodos de trabajo anteriores por estar interrumpida la relación laboral más de 20 meses.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia considera que la cuestión planteada está fuera del ámbito de aplicación del principio de igualdad consagrado en el Derecho de la Unión porque la diferencia de trato no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, en cuyo caso se aplicaría la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, sino en su carácter funcional o laboral. Esta última diferenciación, como señala el Tribunal de Justicia, no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en la naturaleza jurídica de la relación que tales empleados mantienen con la Administración.

d) Las franquicias, las marcas y la prevención del blanqueo de capitales:
el auto *La Retoucherie de Manuela* y las sentencias *Fédération Cynologique Internationale* y *Jyske Bank Gibraltar*

Las distintas facetas del mercado único europeo nos permiten exponer los desarrollos jurisprudenciales a través de dos sentencias y un auto dictados por el Tribunal de Justicia en materia de franquicias, de marcas y sobre la prevención del blanqueo de capitales en España.

El auto *La Retoucherie de Manuela* (C-117/12) resuelve una cuestión prejudicial procedente de la Audiencia Provincial de Burgos referida a la aplicación del Derecho de la competencia a una franquicia consistente en la oferta de servicios de arreglos de prendas de confección. Como consecuencia de la resolución del contrato de franquicia, la franquiciada reclama la nulidad de una cláusula de no competencia.

La duda de la Audiencia Provincial versaba precisamente sobre si tal concepto de local y terrenos se refería al lugar desde el que se ponen a la venta los bienes o servicios contractuales, o si se correspondía, con carácter general, a todo el territorio en el cual pueden venderse esos bienes o servicios en virtud de un contrato de franquicia. A juicio del Tribunal de Justicia la exención solo sería posible para las cláusulas de no competencia cuyos efectos se limitasen a los puntos de venta de los bienes o servicios contractuales.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia puntualiza, por una parte, que una cláusula de no competencia que prohíbe al comprador, tras la expiración del contrato, vender bienes o servicios contractuales fuera del local y terre-

nos desde los que haya operado durante el período contractual no goza de la exención por categorías prevista en el Reglamento n.º 2790/1999 (apartado 37).

Y, por otra parte, el Tribunal de Justicia le recuerda a la Audiencia de Burgos que la nulidad de pleno Derecho establecida por el artículo 101.2 TFUE exige que no se cumplan todos los requisitos previstos por un reglamento de exención y también que tenga por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado interior y pueda afectar al comercio entre los Estados miembros.

La sentencia *Fédération Cynologique Internationale* (C-561/11) precisa el alcance del derecho exclusivo del titular de una marca comunitaria. El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante (que es el Juzgado de la Marca Comunitaria en España) plantea esta cuestión prejudicial en un litigio que enfrentaba a dos federaciones caninas titulares de dos marcas figurativas muy similares registradas.

El Tribunal de Justicia recordó varios principios del Derecho de marcas que eran relevantes para resolver el litigio. El primero es que «la marca comunitaria anterior prima sobre la marca comunitaria posterior». El segundo lo enuncia en estos términos: el titular de una marca comunitaria está facultado, antes de que sobrevenga la caducidad por tolerancia (durante cinco años), tanto para solicitar ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) la nulidad de una marca comunitaria posterior como para oponerse al uso de la misma mediante una acción por violación de la marca ante un tribunal de marcas comunitaria. Y el tercero consiste en que si hay conflicto entre dos marcas, se presume que la registrada en primer lugar cumple los requisitos para obtener la protección comunitaria antes que la registrada en segundo lugar.

Esto permitió al Tribunal de Justicia contestar al Juez de Alicante: «el derecho exclusivo del titular de una marca comunitaria de prohibir a cualquier tercero el uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares a su marca se extiende al tercero titular de una marca comunitaria posterior, sin que sea necesaria una declaración previa de nulidad de esta última marca».

Con la sentencia *Jyske Bank Gibraltar* (C-212/11) el Tribunal de Justicia asegura la libre prestación de servicios pero respalda la prevención del blanqueo de capitales precisamente por parte de las autoridades españolas frente al uso como paraíso fiscal de Gibraltar. El Gobierno español había impuesto dos multas de 1,7 millones de euros a este banco danés con sede en Gibraltar y que operaba en el mercado inmobiliario de la Costa del Sol por resistirse a proporcionar la información solicitada por el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias del Ministerio de Economía.

En este caso se planteaba la aplicación de la Directiva 2005/60/CE y demás normas de desarrollo relativas a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo en cuanto prevén que cada Estado establezca una unidad de información financiera (UIF) que deberá colaborar con la red de UIF de la Unión Europea. En efecto, Jyske Bank alegaba que en virtud de la Directiva 2005/60 tenía una obligación de información únicamente respecto de las autoridades de Gibraltar y la legislación española, en la medida en que extiende dicha obligación a las entidades de crédito que operan en España en libre prestación de servicios, era contraria a la Directiva.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia subraya que, de conformidad con las normas europeas (en especial la Directiva 2005/60) relativas a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, las entidades deben transmitir la información requerida a las autoridades del Estado miembro en cuyo territorio se encuentran, es decir, en el caso de operaciones realizadas bajo el régimen de la libre prestación de servicios en España por parte de una entidad establecida en Gibraltar, a las autoridades británicas en Gibraltar y no a las autoridades españolas.

No obstante, el Tribunal de Justicia precisa que España podría imponer a las entidades de crédito que ejercen actividades en España bajo el régimen de la libre prestación de servicios la obligación de transmitir directamente la información requerida a sus propias autoridades, siempre que dicha normativa tenga como finalidad reforzar, respetando el Derecho de la Unión, la eficacia de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Y con este propósito el Tribunal de Justicia analiza los supuestos en que la libre prestación de servicios, sometida a una armonización mínima en materia de blanqueo de capitales, es compatible con normativas nacionales más estrictas. Por tanto, la legislación nacional debe superar el test de la proporcionalidad: si se justifica por una razón imperiosa de interés general, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue, si no va más allá de lo necesario para alcanzarlo y si se aplica de forma no discriminatoria.

A juicio del Tribunal de Justicia la normativa española es adecuada si permite controlar y suspender efectivamente las transacciones financieras sospechosas realizadas por las entidades de crédito que prestan sus servicios en el territorio nacional y, en su caso, perseguir y sancionar a los responsables; y también determina que es proporcionada para lograr el objetivo de prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo si, cuando se produjeron los hechos, no existía un mecanismo eficaz que garantizara una cooperación plena y completa de las autoridades, en este caso entre las españolas y gibraltareñas.

Por tanto, ni las libertades económicas fundamentales ni la Directiva 2005/60 se oponen a una legislación española que impone a las entidades de crédito que ejercen sus actividades en libre prestación de servicios en el territorio de ese Estado miembro la obligación de comunicar directamente a la UIF española la información requerida a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

2. *Las nuevas cuestiones prejudiciales «españolas»*

Siguen remitiendo los tribunales españoles cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia que intentan precisar la jurisprudencia anterior (tasas a las empresas de telefonía) o ensayan atrevidas vías para problemas que no parece que se resuelvan rápido y apropiadamente en España (tasas judiciales).

En el asunto *France Telecom España / Diputación de Barcelona* (C-25/13) el Juzgado Contencioso-administrativo de Barcelona n.º 17 ha pedido al Tribunal de Justicia más aclaraciones de la sentencia de 12 de julio de 2012, *Vodafone España y France Telecom España* (C-55/11, C-57/11 y C-58/11) relativa a la tasa por la utilización del dominio público por empresas de telefonía.

El Juzgado de lo Social n.º 1 de Benidorm ha preguntado al Tribunal de Justicia en el asunto *Julián Sánchez y otros* sobre la interpretación de la Directiva 2008/94 sobre garantía de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario y del artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión referido a la igualdad en cuanto a su aplicación a los salarios de tramitación que por ahora solo se reconocen en el caso de los despidos declarados improcedentes pero no en los declarados nulos.

También el Juzgado de lo Social n.º 2 de Terrasa, que conoce del asunto *Torralbo Marcos*, ha cuestionado ante el Tribunal de Justicia la Ley estatal 10/2012 sobre tasas judiciales. En este caso, el Juzgado pretende que el Tribunal de Justicia determine la conformidad de la ley española con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y con ocasión de la aplicación de la Directiva 2008/94 sobre garantía de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario.

Por último, es preciso lamentar que finalmente por auto, de 5 de febrero de 2013, se haya archivado la interesantísima cuestión prejudicial planteada en el asunto *Fradera Torredemer y otros* (C-364/12) en relación con la aplicación del arancel de los procuradores. Es muy probable que las partes interesadas hayan llegado a un acuerdo en el procedimiento seguido ante la Audiencia Provincial de Barcelona para evitar un pronunciamiento del Tribunal de Justicia que hubiese podido cuestionar seriamente un aspecto bá-

sico del ejercicio de la profesión de la procura. En cualquier caso, es muy probable que tarde o temprano vuelvan a plantearse en Luxemburgo estas mismas preguntas que ahora se archivan.

3. *La revocación de fondos europeos por incumplir las Directivas sobre contratación pública*

En cinco sentencias del Tribunal General se ha revelado el escandaloso incumplimiento por las administraciones españolas del Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública precisamente e incluso cuando las licitaciones y los contratos se refieren a proyectos financiados por los fondos europeos, en estos casos del FEDER y del Fondo de Cohesión. Esto supone unas reducciones sustanciosas de más de 400 millones de euros respecto de los cuales habrá que preguntarse, no precisamente de forma retórica, quién se responsabiliza política, financiera e incluso penalmente.

El Tribunal General confirmó en la sentencia de 15 de enero de 2013 (T-54/11) la reducción en casi cuatro millones de euros aplicada por la Comisión Europea a una ayuda del FEDER a Andalucía por no respetar las Directivas de contratación pública, en particular porque dos contratos cofinanciados por los fondos europeos habían sido adjudicados mediante el procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación en violación del Derecho de la Unión en materia de contratación pública.

El Gobierno español alegaba que era posible seguir el procedimiento negociado sin publicidad. Sin embargo, el Tribunal General recordó el «carácter excepcional» del procedimiento negociado y que las excepciones son las enumeradas taxativa y expresamente en las Directivas, sometiéndose estas excepciones a una interpretación estricta.

Asimismo, el Tribunal General subrayó que la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias excepcionales que justifican tales excepciones incumbe a quien pretenda alegarlas. Sin embargo y en este supuesto, España no logró probar que a causa de su especificidad técnica o artística, o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, tan solo pueda encomendarse la fabricación o suministro del producto a un determinado proveedor y que procediese la adjudicación directa dado que, en realidad, se trataba de contratos de suministro de productos estándares.

También dos sentencias de 31 de enero de 2013 (T-235/11 y T-540/10) confirman la reducción, en más de 33 millones de euros, adoptada por la Comisión Europea respecto de las ayudas concedidas por el Fondo de Co-

hesión a cinco proyectos para la construcción del AVE a Barcelona, a la frontera francesa y a Levante. Las reducciones se debieron, fundamentalmente, a la introducción de modificaciones de los contratos después de su adjudicación.

Frente a las alegaciones meramente dialécticas del Gobierno español e incluso tan pintorescas como la falta de coordinación entre las Administraciones, el Tribunal General recuerda la jurisprudencia conforme a la cual: «si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados [...] Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas» (apartados 54 y 55 y apartados 51 y 52, de las sentencias recaídas en los asuntos T-235/11 y T-540/10).

Del mismo modo, la alegación por España de que estaba aplicando la legislación interna le sirve al Tribunal General para subrayar que «las únicas excepciones lícitas a la aplicación de la Directiva 93/38 son las que están expresamente mencionadas en ella» (apartado 57 y apartado 54, de las respectivas sentencias).

El Tribunal General confirmó en su sentencia de 26 de febrero de 2013 (T-65/10, T-113/10 y T-138/10) la reducción de la ayuda del FEDER en Andalucía (en más de 219 millones de euros), en Valencia (casi 116 millones de euros) y en el País Vasco (casi 28 millones de euros) por lo que denominó «irregularidades sistémicas» y que, en particular, incluían violaciones del Derecho europeo de la contratación pública consistentes en la modificación de contratos iniciales y la adjudicación directa de obras complementarias; la adjudicación de contratos utilizando el criterio del precio medio y otros criterios supuestamente irregulares, como la implantación local y la experiencia; o la no publicación de anuncios de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Pues bien, de las alegaciones y motivos del recurso lo que más sorprende es no solo la comprobación de la vulneración de la normativa sobre contratación en numerosos proyectos analizados sino, como subraya el Tribunal General, que «el que el origen de una parte de estas irregularidades se halle en la normativa española [lo que] indica que con bastante probabilidad estas irregularidades no se limitan sólo a los proyectos controlados en el marco de la muestra, sino que son generalizadas» (apartado 113). Esta descorazonadora constatación apunta directamente a la lamentable y defi-

ciente transposición legislativa de las Directivas de contratación pública en España que parece tener resultados tan dolorosos financieramente como los que se aprecian en estas sentencias.

En la sentencia de 29 de mayo de 2013 (T-384/10) el Tribunal General confirma la reducción de casi 8 millones de euros de la ayuda del Fondo de Cohesión a varios proyectos hidrográficos en Andalucía debido, fundamentalmente, al fraccionamiento fraudulento de la contratación en violación de las directivas europeas y de los principios del Derecho de la Unión sobre contratación pública.

Tampoco en este supuesto el Tribunal General atendió las excusas de las autoridades españolas de que los distintos contratos se correspondían con distintas obras. A tal efecto, el Tribunal General recuerda la jurisprudencia europea conforme a la cual: «la simultaneidad de la convocatoria de las licitaciones, la similitud de los anuncios de licitación, la unidad del marco geográfico en cuyo seno se convocan las licitaciones y la existencia de una sola entidad adjudicadora constituyen otros tantos indicios adicionales que avalan la apreciación de que contratos de obras distintos corresponden en realidad a una sola obra» (apartado 69). Y llega a la conclusión de a pesar de que los distintos contratos fuesen una única obra se adjudicaron por separado y, por tanto, esta actuación de las Administraciones españolas constituye una infracción de la Directiva sobre contratos de obras.

Del mismo modo y aun cuando el Gobierno español alegaba que en algunos casos no se aplicaba la Directiva por no superar los contratos el umbral económico, el Tribunal General atajó la discusión subrayando: «la aplicación de los principios generales de los Tratados a los procedimientos de adjudicación de los contratos cuyo valor es inferior al umbral de aplicación de las Directivas presupone que dichos contratos presenten un interés transfronterizo cierto» (apartado 111). Para lo cual toma en consideración el valor relativamente elevado del contrato en cuestión y el lugar de ejecución de las obras lo que le permite concluir que las autoridades españolas no habían respetado los principios generales europeos aplicables a la adjudicación de contratos públicos y, en consecuencia, consideró procedente la reducción de la ayuda del Fondo de Cohesión.

Las anteriores sentencias corroboran la constante sangría de reducciones de ayudas de los fondos europeos por defectos muy graves de gestión o de incumplimiento de las Directivas sobre contratos públicos lo que revela la importancia incluso financiera que supone proceder a una ejecución legislativa y administrativa seria y responsable. No parece que los recursos de casación contra algunas de las anteriores sentencias que ha interpuesto España ante el Tribunal de Justicia tengan muchas posibilidades de

prosperar a la vista de la turbia atmósfera creada (C-192/13P, C-197/13P y C-263/13P).

4. *Los efectos de las sentencias por incumplimiento en el Tribunal Constitucional*

Es preciso recordar un efecto importante de las sentencias declarativas de incumplimiento de España en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tal como lo ha reconocido la sentencia 114/2013, de 9 de mayo de 2013 (Pleno, ponente: Pérez Tremps).

Esta sentencia se pronuncia sobre un recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley valenciana de caza en cuanto se refiere al método de caza del *parany* o caza de aves tradicional con liga por haber invadido competencias básicas estatales.

El Tribunal Constitucional constata la coincidencia entre la prohibición por las normas estatales básicas y por las Directivas europeas de este método de caza en los términos constatados tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asuntos 262/85, C-79/03, entre otros) como por el Tribunal Supremo (sentencia de 22 de junio de 2005).

Pues bien, el Tribunal Constitucional indica que si este método de caza ha sido considerado por la jurisprudencia de Luxemburgo como un método no selectivo de caza y cita expresamente la sentencia de 9 de diciembre de 2004, Comisión / España, C-79/03, declarativa del incumplimiento, en relación con los efectos de la aplicación de la directiva que traspone la norma básica estatal, «este Tribunal no puede por más que aceptar como válida tal interpretación» (FJ 2).

A lo que añade una cita de la STC 69/2013, de 14 de marzo: «como parámetro interpretativo, tampoco resulta irrelevante el régimen comunitario de tales prohibiciones y, sobre todo, su finalidad, del todo afín a la legislación básica de protección del medio ambiente para cuya aprobación está habilitado el Estado *ex* artículo 149.1.23 CE» (FJ 6).

IV. **Relación de las sentencias comentadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

1. TG (Sala 3.^a) sentencia de 15 de enero de 2013, España / Comisión (T-54/11) (reducción de ayuda del FEDER a Andalucía por no respetar las Directivas de contratación pública).
2. TJ (Gran Sala) sentencia de 15 de enero de 2013, Križan (C-416/10) (protección del medio ambiente y protección judicial).

3. TJ (Gran Sala) sentencia de 29 de enero de 2013, Radu (C-396/11) (orden de detención europea).
4. TG (Sala 8.^a) sentencia de 31 de enero de 2013, España / Comisión (T-540/10) (reducción de ayuda del Fondo de Cohesión a cuatro proyectos del AVE a Barcelona y hasta la frontera francesa).
5. TG (Sala 8.^a) sentencia de 31 de enero de 2013, España / Comisión (T-235/11) (reducción de ayuda del Fondo de Cohesión a cinco proyectos del AVE a Barcelona y a Levante).
6. TJ (Sala 8.^a) auto de 7 de febrero de 2013, La Retoucherie de Manuela (C-117/12) (franquicias y libre competencia).
7. TJ (Sala 1.^a) sentencia de 21 de febrero de 2013, Fédération Cynologique Internationale (C-561/11) (alcance del derecho exclusivo del titular de una marca comunitaria).
8. TJ (Sala 1.^a) sentencia de 21 de febrero de 2013, Salgado González (C-282/11) (libre circulación de trabajadores y cálculo de prestaciones de jubilación).
9. TJ (Sala 6.^a) auto de 21 de febrero de 2013, Maestre García / Carrefour (C-194/12) (derecho a vacaciones anuales no disfrutadas por enfermedad).
10. TJ (Gran Sala) sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni (C-399/11) (orden de detención europea y derechos fundamentales).
11. TG (Sala 2.^a) sentencia de 26 de febrero de 2013, España / Comisión (T-65/10, T-113/10 y T-138/10) (reducción de ayuda del FEDER en Andalucía, Valencia y País Vasco).
12. TJ (Sala 2.^a) sentencia de 28 de febrero de 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (C-1/12) (colegios profesionales y libre competencia).
13. TJ (Sala 8.^a) auto de 7 de marzo de 2013, Rivas Montes (C-178/12) (antigüedad de empleados públicos).
14. TJ (Sala 1.^a) sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz / Catalunya-caixa (C-415/11) (poder del juez en el procedimiento de ejecución hipotecaria y protección de los consumidores).
15. TJ (Gran Sala) sentencia de 16 de abril de 2013, Anton Las (C-202/11) (contrato de trabajo en una lengua extranjera).
16. TJ (Sala 3.^a) sentencia de 25 de abril de 2013, Asociația Accept (C-81/12) (discriminación por orientación sexual en el trabajo).
17. TJ (Sala 3.^a) sentencia de 25 de abril de 2013, Jyske Bank Gibraltar (C-212/11) (prevención del blanqueo de capitales y libre circulación).
18. TJ (Sala 7.^a) sentencia de 16 de mayo de 2013, Alakor (C-191/12) (devolución de lo indebido e IVA).

19. TG (Sala 1.^a) sentencia de 29 de mayo de 2013, España / Comisión (T-384/10) (reducción de ayuda del Fondo de Cohesión en un proyecto hidrográfico en Andévalo, Guadalquivir, Granada y Málaga).
20. TJ (Sala 4.^a) sentencia de 30 de mayo de 2013, Genil 48 (C-604/11) (evaluación de riesgos de clientes de servicios financieros).
21. TJ (Sala 2.^a) sentencia de 30 de mayo de 2013, Jeremy F (C-168/13 PPU) (suspensión de la orden europea de entrega).