

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. El Derecho constitucional europeo: el Mecanismo Europeo de Estabilidad. 2. La ciudadanía de la Unión y los derechos que irradia. 3. El mercado único europeo. 4. La protección de los derechos de los consumidores. 5. El espacio judicial europeo: la cooperación civil y penal.—III. Segunda parte. La influencia de la jurisprudencia europea en el derecho español. 1. Las sentencias prejudiciales «españolas» del Tribunal de Justicia. 2. El incumplimiento por España del Derecho de la Unión Europea: las sentencias declarativas, las multas judiciales y el Tribunal Constitucional.—IV. Relación de las sentencias comentadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

I. Introducción

El segundo semestre de 2012 de actividad del Tribunal de Justicia de la Unión europea en Luxemburgo se ha caracterizado, desde el punto de vista institucional, por la entrada en vigor el 1 de noviembre de 2012 del nuevo Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (*DOUE* n.º L 265, de 29 de septiembre de 2012, p. 1; la versión codificada y comparada con la anterior se recoge en el *DOUE* n.º C 337, de 6 de noviembre de 2012, p. 1) y por la renovación de la presidencia, que desde 2003 ocupa el profesor griego Vassilios Skouris, y a partir de ahora de la vicepresidencia, encomendada a uno de los más prestigiosos profesores del Derecho europeo, el belga Koen Lenaerts.

El nuevo Reglamento de Procedimiento de 2012 sustituye al adoptado en 1991 y sus innovaciones se refieren, fundamentalmente, a la tramitación de los reenvíos prejudiciales. De hecho, el Tribunal ha publicado las nuevas instrucciones sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial: *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales* (*DOUE* n.º C 338, de 6 de noviembre de 2012, p. 1).

Dado que el principal grupo de asuntos enjuiciados en Luxemburgo, en términos cuantitativos, son las cuestiones prejudiciales presentadas por los

jueces nacionales, se adapta la estructura y el contenido del Reglamento de Procedimiento y su finalidad es reducir la duración de los procedimientos, por ejemplo ampliando las posibilidades del Tribunal de resolver mediante auto motivado, simplificando las reglas relativas a la intervención de los Estados e instituciones y reconociendo al Tribunal la facultad de resolver sin celebrar una vista cuando considere que el conjunto de observaciones escritas presentadas ante él en un asunto le ofrece información suficiente.

De hecho, el diálogo y la cooperación entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión tienen en la cuestión prejudicial su manifestación más acabada. En este sentido, resulta especialmente interesante comprobar cómo el Tribunal de Justicia valora la postura del juez nacional; así, en sus *Recomendaciones* a los jueces nacionales señala: «el órgano jurisdiccional remitente puede, en su caso, indicar de modo sucinto su punto de vista sobre la respuesta que deben recibir las cuestiones planteadas con carácter prejudicial. Tal indicación resulta útil para el Tribunal de Justicia, en particular cuando tiene que pronunciarse sobre la petición en el marco de un procedimiento acelerado o de un procedimiento de urgencia» (apartado 24).

Si hay un ejemplo claro de lo útil que pueden resultar los nuevos procedimientos de agilización procesal ese es el caso *Pringle* (C-370/12) en que el Tribunal Supremo de Irlanda le plantea al Tribunal de Justicia el 31 de julio de 2012 cómo resolver un caso de excepcional importancia y el propio Tribunal de Justicia sigue el procedimiento acelerado de modo que el 27 de noviembre de 2012, estando el verano por medio, se dicta una sentencia por el Pleno del Tribunal de Luxemburgo de gran trascendencia constitucional y económica relativo a la aplicación del Mecanismo Europeo de Estabilidad, es decir, una fórmula diseñada por los 17 países del euro para hacer frente a las dramáticas crisis económicas en Grecia, en Irlanda, en Portugal y en otros países de todos conocidos.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia también se declara incompetente por el *auto Gennaro Currà y otros* (C-466/11) para conocer de cuestiones prejudiciales planteadas como es la que le formuló un Tribunal italiano de Brescia en relación con las acciones de responsabilidad iniciadas por nacionales italianos contra Alemania por acciones armadas durante la Segunda Guerra Mundial. La incompetencia *ratione temporis* se deduce al comprobar que se trata de «una acción indemnizatoria ejercitada por ciudadanos de un Estado miembro contra otro Estado miembro por hechos que tuvieron lugar durante la Segunda Guerra Mundial, es decir, antes de la creación de las Comunidades Europeas» (apartado 16). La incompetencia *ratione materiae*, referida más particularmente a la falta de jurisdicción y a la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, se funda en que «[de conformidad con] el artículo 51, apartado 1, de la Carta, las disposiciones de esta última se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el De-

recho de la Unión. Además, en virtud del apartado 2 de ese mismo artículo, la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados. Por tanto, el Tribunal de Justicia debe interpretar, a la luz de la Carta, el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a ésta» (apartado 25).

Me propongo desarrollar a continuación algunos de los hitos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia durante la segunda mitad del 2012 y seguidamente hago un balance desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español. En la primera parte sigo una división por materias destacando las sentencias que me han parecido más relevantes. En cambio, en la segunda parte tengo en cuenta las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas a instancia de los jueces españoles y los procedimientos prejudiciales y los recursos por incumplimiento relacionados con España.

II. Primera parte. Los nuevos desarrollos de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

La selección de las sentencias tiene, ciertamente, un sesgo subjetivo pero no obstante procuro hacer un recorrido de los ámbitos más afectados: el ordenamiento constitucional, la ciudadanía de la Unión, el mercado europeo, los derechos de los consumidores, y, en fin, algunos aspectos del espacio judicial europeo.

1. *El Derecho constitucional europeo: el Mecanismo Europeo de Estabilidad*

Los ciudadanos constituyen cada vez más el punto de referencia del Derecho de la Unión y, en consecuencia, las sentencias del Tribunal de Justicia tienen que ver con los derechos e intereses de estos tanto o más que, como ha sido tradicional hasta hace poco, con el mercado y con la integración económica.

Esta nueva dimensión ciudadana no ha sido ajena a la impugnación judicial, particularmente ante los Tribunales Constitucionales y Supremos nacionales, de los distintos pasos constitucionales dados en la construcción europea. Nunca como ahora se sintió tan propia o tan ajena de los intereses de los ciudadanos la participación en Europa. Las sentencias del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht en 1993, el Tratado de Lisboa en 2009 o la previsión de un Mecanismo Europeo de Estabilidad en 2012 así lo atestiguan.

El Mecanismo Europeo de Estabilidad se crea con el fin de responder a la crisis financiera de algunos países del euro, a partir precisamente de Grecia, y consiste, por una parte, en una modificación en 2011 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; y, por otra, en la adopción en 2012 de un Tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE).

La reforma constitucional de la Unión Europea se llevó a cabo por el procedimiento simplificado y se añadió el artículo 136.3 TFUE conforme al cual: «Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas».

Esta modificación la introdujo la Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011 que, después de la pertinente ratificación, entrará en vigor el 1 de enero de 2013. Previamente y en el marco de la Unión Europea, todos los Estados miembros, salvo el Reino Unido y la República Checa, habían firmado en Bruselas el 2 de marzo de 2012 el denominado «Fiscal Compact», es decir, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, que entrará en vigor el 1 de enero de 2013 (la ratificación por España fue autorizada, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución, en virtud de la Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio: *BOE* n.º 178, de 26 de julio de 2012).

Al mismo tiempo, los 17 Estados miembros del euro adoptaron en Bruselas el 2 de febrero de 2012 pero fuera de la estructura de la Unión Europea el Tratado MEDE como institución financiera internacional en la que se implican estrechamente el Banco Central Europeo, la Comisión Europea y el propio Tribunal de Justicia.

El Tribunal Constitucional alemán en sus sentencias de 19 de junio de 2012 (2 *BvE* 4/11) y de 12 de septiembre de 2012 (2 *BvR* 1390/12, 2 *BvR* 1421/12, 2 *BvR* 1438/12, 2 *BvR* 1439/12, 2 *BvR* 1440/12, 2 *BvE* 6/12) había advertido sobre la insuficiente información dada por el Gobierno Federal alemán a su Parlamento sobre la adopción del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria y del Tratado MEDE, aunque esto no supuso una paralización del procedimiento de ratificación. De hecho, el Tratado MEDE, ratificado por los 17 países del euro —Alemania fue el último en hacerlo—, entró en vigor el 27 de septiembre de 2012. En España la ratificación fue autorizada por las Cortes Generales en virtud del procedimiento establecido en el artículo 94.1 de la Constitución y no del artículo 93: *BOE* n.º 239, de 4 de octubre de 2012).

Pues bien y en relación con el MEDE y desde Irlanda el parlamentario Thomas Pringle impugna ante el Tribunal Supremo la legalidad del procedi-

miento de revisión constitucional y el propio Tratado MEDE entre los Estados miembros del euro.

En primer lugar, la *sentencia Pringle* (C-370/12) constituye un claro ejemplo de colaboración entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia. Además, la tramitación del recurso ha sido ejemplarmente rápida y la resolución se ha encomendado no a la Gran Sala (15 jueces) sino de manera excepcional al Pleno del Tribunal de Justicia (27 jueces).

El Tribunal Supremo irlandés remite sin más al Tribunal de Justicia las tres cuestiones que debe resolver: si el procedimiento simplificado de revisión constitucional europea es válido, si el Tratado MEDE es compatible con el Derecho de la Unión Europea y si el Tratado MEDE se podía adoptar antes de entrar en vigor el 1 de enero de 2013 la modificación constitucional europea.

La primera cuestión le plantea al Tribunal de Justicia su propia competencia al tratarse de una reforma constitucional. Sin embargo, el Tribunal lo resuelve fácilmente subrayando que es competente para examinar la validez de la Decisión 2011/199 en relación con las condiciones enunciadas en el artículo 48.6 TUE, es decir, es competente para comprobar que se ha seguido el procedimiento de revisión simplificado. A tal efecto, el Tribunal de Justicia se limita a comprobar que la revisión constitucional por el procedimiento simplificado afecta únicamente a disposiciones de la tercera parte del Tratado FUE y que no aumenta las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados.

La segunda cuestión se refiere a la compatibilidad del Tratado MEDE, celebrado fuera del marco de la Unión Europea por los 17 Estados miembros del euro, con el Derecho de la Unión. En este sentido el Tribunal de Justicia comprueba, por ejemplo en relación con la política monetaria de la Unión, que «el MEDE no tiene como objetivo mantener la estabilidad de los precios sino que pretende satisfacer las necesidades de financiación de los miembros del MEDE —es decir, los Estados miembros cuya moneda es el euro— que experimenten o corran el riesgo de experimentar graves problemas de financiación, cuando ello sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados miembros. A tal efecto, el MEDE no está habilitado para fijar los tipos de interés oficiales para la zona del euro ni para emitir euros, debiendo financiarse la totalidad de la asistencia financiera que conceda, con observancia del artículo 123 TFUE, apartado 1, con capital desembolsado o mediante la emisión de instrumentos financieros, según prevé el artículo 3 del Tratado MEDE» (apartado 96).

El Tribunal de Justicia también rechaza que sea contraria al Derecho de la Unión la implicación en el Tratado MEDE de la Comisión Europea, del Banco Central Europeo o del propio Tribunal de Justicia. Y tampoco se vul-

nera el principio de tutela judicial efectiva consagrado por la Carta de Derechos Fundamentales porque el Tratado MEDE no es una aplicación del Derecho de la Unión.

Ahora bien, la tercera pregunta parece la más difícil de solventar al querer saber el Tribunal Supremo irlandés por qué se celebra el Tratado MEDE antes de que entre en vigor la propia modificación constitucional de la Unión Europea. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no emplea mucho tiempo en argumentar su respuesta señalando: «el derecho de un Estado miembro a celebrar y ratificar el Tratado MEDE no está subordinado a la entrada en vigor de la Decisión 2011/199» (apartado 185).

En este caso la colaboración del Tribunal Supremo irlandés ha sido correspondida con la eficaz y práctica interpretación suministrada por el Tribunal de Justicia que decide de manera excepcional en un tiempo muy breve.

2. *La ciudadanía de la Unión y los derechos que irradia*

Si ha habido un asunto especial de carácter constitucional en el Tribunal de Justicia en el segundo semestre de 2012 y que a la vez justifica una restricción a la ciudadanía de la Unión ese ha sido el que enfrentaba a Hungría contra Eslovaquia ante el Tribunal de Justicia. Se trata de uno de los escasísimos supuestos en que no es la Comisión sino otro Estado miembro el que interpone el recurso por incumplimiento contra otro Estado miembro. En este caso el Tribunal de Justicia en su formación de Gran Sala resolvió por *sentencia Hungría / Eslovaquia* (C-364/10) que no había habido incumplimiento por parte de Eslovaquia al prohibir la libre circulación en su territorio del Jefe del Estado húngaro.

El desencadenante de este recurso por incumplimiento fue la prohibición de Eslovaquia de que el Presidente de Hungría viajase el 21 de agosto de 2009, invitado por una asociación eslovaca a la ciudad de Komárno para participar en la ceremonia de inauguración de una estatua de San Esteban que, asimismo, es patrono de Hungría y cuya fiesta se celebra el 20 de agosto. Como explica el propio Tribunal de Justicia, «el 21 de agosto es una fecha considerada sensible en Eslovaquia, puesto que el 21 de agosto de 1968 las fuerzas armadas de cinco países del Pacto de Varsovia, entre ellas las tropas húngaras, invadieron la República Socialista de Checoslovaquia» (apartado 6).

El Tribunal de Justicia desestimó el recurso de Hungría distinguiendo, por una parte, entre el estatuto del presidente húngaro como ciudadano de la Unión y como Jefe del Estado. Como ciudadano europeo, el Tribunal de Justicia enfatiza el alcance del estatuto de ciudadanía que «confiere a todo ciudadano de la Unión un derecho fundamental e individual a circular

y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación» (apartado 43). Pero, por otra parte, el Tribunal tuvo en cuenta la regulación internacional de la figura del Jefe del Estado y llega a la conclusión, en los mismos términos que habían defendido la Comisión Europea y el abogado general Yves Bot, de que «el hecho de que un ciudadano de la Unión ejerza las funciones de Jefe de Estado justifica una limitación, basada en el Derecho internacional, del ejercicio del derecho de circulación que le confiere el artículo 21 TFUE [por lo que] ni el artículo 21 TFUE ni, *a fortiori*, la Directiva 2004/38 exigen a la República Eslovaca garantizar al Presidente de Hungría el acceso a su territorio» (apartados 51 y 52).

Y en el ámbito de la ciudadanía de la Unión y de la libre circulación de personas, este semestre ha sido fructífero al mostrar las diferentes facetas de los derechos de los ciudadanos europeos y de los nacionales de terceros países.

La *sentencia Byankov* (C-249/11) se refiere a los efectos de la ciudadanía de la Unión dentro del propio país. Así, en el caso del búlgaro Byankov se le impuso la prohibición de abandonar Bulgaria y se le retiró el pasaporte por el único motivo de que tenía una deuda con una persona jurídica de Derecho privado que superaba un umbral legal sin que pudiese aportar garantía alguna.

El Tribunal de Justicia precisa, en primer lugar, «que una situación como la del Sr. Byankov, a quien no se le permite trasladarse desde el territorio del Estado miembro del que es nacional al territorio de otro Estado miembro, está comprendida en el ámbito de aplicación del derecho a la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros conferida por el estatuto del ciudadano de la Unión (apartado 30).

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de una disposición nacional que impone una limitación del derecho de un nacional de un Estado miembro a circular libremente en la Unión por el único motivo de que tiene con una persona jurídica de Derecho privado una deuda que supera un umbral legal y que no está cubierta por una garantía.

Y, por último, se plantea una cuestión de gran interés desde el punto de vista práctico: qué ocurre si la prohibición administrativa es firme y contra la misma no se ha interpuesto un recurso judicial.

En su argumentación, el Tribunal de Justicia recuerda, por una parte, «que el carácter firme de una resolución administrativa contribuye a la seguridad jurídica y que, en consecuencia, el Derecho de la Unión no impone, en principio, a un órgano administrativo el deber de revisar una resolución administrativa que haya adquirido tal firmeza» (apartado 76).

A continuación explica la regla especial conforme a la cual cuando concurran «circunstancias particulares puede, en virtud del principio de cooperación leal establecido en el artículo 4 TUE, apartado 3, determinar que un órgano administrativo nacional quede obligado a revisar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza para, en particular, tomar en consideración la interpretación, realizada posteriormente por el Tribunal de Justicia, de una disposición de Derecho de la Unión pertinente» (apartado 77). Y detalla el Tribunal de Justicia «las particularidades de las situaciones y de los intereses en cuestión para encontrar un equilibrio entre la exigencia de seguridad jurídica y la exigencia de legalidad a la luz del Derecho de la Unión», citando las sentencias *Kühne & Heitz, i-21 Germany* y *Arcor, Kempter* y *Fallimento Olimpiclub*.

Asimismo y en el ámbito de la libre circulación de las personas, el Tribunal de Justicia recuerda que «mediante el artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2004/38, el legislador de la Unión ha impuesto a los Estados miembros la obligación de contemplar la posibilidad de revisar las medidas de prohibición de entrada o de salida de sus territorios, incluso cuando tales medidas hayan sido adoptadas válidamente con arreglo al Derecho de la Unión, e incluso cuando, como sucede con la resolución de 2007, hayan adquirido firmeza. Así debería suceder, con mayor motivo, respecto de prohibiciones territoriales como la analizada en el asunto principal, que no han sido válidamente adoptadas con arreglo al Derecho de la Unión, y que son la negación misma de la libertad establecida en el artículo 21 TFUE, apartado 1. En tal situación, el principio de seguridad jurídica no exige imperativamente que un acto que impone tal prohibición siga produciendo efectos jurídicos por tiempo ilimitado» (apartado 80).

Y ya sin género de duda en el caso examinado llega a la conclusión de que la normativa búlgara sobre la inmodificabilidad del acto administrativo firme es contraria al estatuto de la ciudadanía de la Unión y a su derecho a la libre circulación y a la libre residencia y la prohibición «no puede estar razonablemente justificada por el principio de seguridad jurídica y es contraria al principio de efectividad y al artículo 4 TUE, apartado 3» (apartado 81).

También el Tribunal de casación belga plantea al Tribunal de Justicia una cuestión relativa a la libre circulación y a la percepción del subsidio de desempleo que resuelve la *sentencia Prete (C-367/11)*. La Sra. Prete, de nacionalidad francesa, cursó sus estudios secundarios en Francia, se casó con un belga, se instaló en Bélgica y se inscribió en una oficina de empleo donde solicitó una ayuda. Las autoridades belgas rechazaron su solicitud porque la Sra. Prete no había cursado al menos seis años de estudios en un centro docente belga antes de la obtención de su diploma de estudios secundarios.

Al interpretar el estatuto de la ciudadanía de la Unión, el Tribunal de Justicia considera que es preciso aplicar la libre circulación de trabajadores y el principio fundamental de igualdad de trato respecto de una prestación de naturaleza financiera destinada a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro. A tal efecto, el Tribunal comprueba que los subsidios de espera regulados en Bélgica son prestaciones sociales cuyo objetivo es facilitar a los jóvenes el paso de la enseñanza al mercado laboral, por lo que «la interesada puede ampararse en el artículo 39 CE para defender que no puede ser objeto de discriminación por razón de la nacionalidad en materia de concesión de subsidios de espera». De modo que el Tribunal de Justicia concluye: «el artículo 39 CE se opone a una disposición nacional que, como la controvertida en el litigio principal, supedita el derecho al subsidio de espera a favor de jóvenes que buscan su primer empleo al requisito de que el interesado haya cursado al menos seis años de estudios en un centro docente del Estado miembro de acogida, en la medida en que dicho requisito impide que se tengan en cuenta otros datos representativos que pueden demostrar la existencia de un vínculo real entre el solicitante del subsidio y el mercado geográfico laboral en cuestión y, por este motivo, va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de dicha disposición, que consiste en garantizar la existencia de ese vínculo».

La *sentencia Rahman* (C-83/11) se refiere a la libre circulación de familiares de ciudadanos de la Unión. El tribunal administrativo británico preguntaba por la interpretación 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.

En este litigio un ciudadano bangladeshí, que había contraído matrimonio con una ciudadana irlandesa y trabaja en el Reino Unido, pretendía acoger a un hermano, a un hermanastro y a un sobrino que estaban a su cargo.

La respuesta del Tribunal de Justicia es que, conforme a la Directiva 2004/38, solo gozan del derecho de entrada y residencia, vinculado al ciudadano de la Unión, su cónyuge, sus descendientes directos menores de 21 años y su pareja, y sus ascendientes. En los demás supuestos, no obstante, incumbe a los Estados miembros velar por que su legislación contenga criterios que permitan a las otras personas «a cargo» obtener una decisión sobre su solicitud de entrada y de residencia que esté basada en un estudio detenido de su situación personal y que, en caso de denegación, esté motivada.

En la *sentencia Yoshikazu Iida* el Tribunal administrativo de Baden-Württemberg plantea si en el supuesto de un ciudadano japonés, que había contraído matrimonio en Estados Unidos con una alemana con la que tenía una hija alemana y que, sin embargo, había dejado de residir y convivir con

su esposa que se había trasladado a Viena donde también estudiaba su hija, tenía derecho de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión.

El Tribunal de Justicia explica el razonamiento que debe seguirse: primero es preciso comprobar si el ciudadano japonés puede acogerse a disposiciones del Derecho derivado que, bajo ciertas condiciones, prevén la atribución de una autorización de residencia en un Estado miembro a un nacional de un tercer país. En segundo lugar, sería preciso comprobar si el ciudadano japonés puede invocar un derecho de residencia directamente sobre la base de las disposiciones del Tratado FUE relativas a la ciudadanía de la Unión.

Por lo que se refiere al primer supuesto, el Tribunal de Justicia constata: «un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho a la libre circulación, sólo puede invocar un derecho a instalarse con éste en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida en que dicho ciudadano resida» (apartado 64). Sin embargo y como el Sr. Iida no ha acompañado al miembro de su familia ciudadano de la Unión que ha ejercido su libertad de circulación ni se ha reunido con él, no se le puede reconocer un derecho de residencia sobre la base de la Directiva 2004/38.

Y por lo que se refiere, subsidiariamente, al segundo supuesto, el Tribunal de Justicia argumenta: «las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión no confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de terceros países» (apartado 66). Y explica a continuación: «al igual que ocurre con los derechos conferidos por la Directiva 2004/38 a los miembros de la familia nacionales de terceros países de un ciudadano de la Unión beneficiario de ésta, los eventuales derechos conferidos a los nacionales de terceros países por las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión no son derechos propios de esos nacionales, sino derechos derivados del ejercicio de la libertad de circulación por parte de un ciudadano de la Unión». Por lo que en este supuesto «fuera de las situaciones reguladas por la Directiva 2004/38 y cuando tampoco existe otro elemento de conexión con las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de ciudadanía, un nacional de un tercer país no puede invocar un derecho de residencia derivado de un ciudadano de la Unión».

Respecto de ciudadanos de terceros países, en la *sentencia Sagor* (C-430/11) se plantea por un tribunal italiano el caso de un bangladeshí que estaba en situación irregular y al que le era aplicable la Directiva 2008/115/CE sobre el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Las dudas radican en si la Directiva se opone a la normativa italiana que sanciona la situación irregular de nacionales de terceros países con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión o por una pena de arresto domiciliario.

A juicio del Tribunal de Justicia la Directiva sobre el retorno de los inmigrantes irregulares no se opone a que Italia sancione la situación irregular con una pena de multa que, si se cumplen determinados requisitos, puede ser sustituida por una pena de expulsión. En cambio, la Directiva se opone a que Italia sancione la situación irregular con una pena de arresto domiciliario cuando no se garantice que tal pena finalizará tan pronto como sea posible el traslado físico del interesado fuera del territorio de dicho Estado miembro.

Por último, quisiera subrayar que la protección de datos personales se ha convertido en uno de los temas estrella de la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los derechos fundamentales. Así, en la *sentencia Comisión / Austria* (C-614/10) el Tribunal de Justicia constata que la legislación austriaca no asegura, como exige la Directiva 95/46, la independencia de la autoridad austriaca de control de datos personales (DSK); y el Tribunal de Justicia detalla dónde radica el incumplimiento o la falta de independencia dado que, en primer lugar, el administrador de la DSK es un funcionario federal sometido a supervisión jerárquica; en segundo lugar, la secretaría de la DSK está integrada en la Cancillería federal; y, por último, el Canciller federal tiene un derecho incondicional a informarse de todos los aspectos de la gestión de la DSK. Del mismo modo que ya había dicho respecto de la legislación alemana, el Tribunal de Justicia reitera que «las autoridades de control en materia de protección de datos personales han de disfrutar de una independencia que les permita ejercer sus funciones sin influencia externa [por lo que] dichas autoridades deben estar a resguardo de toda influencia externa, ejercida directa o indirectamente, que pueda orientar sus decisiones» (apartado 41).

3. *El mercado único europeo*

Como es habitual, el grueso de la interpretación del Tribunal de Justicia se ha referido a la realización del mercado único europeo. Sin embargo, me referiré solo a tres aspectos relevantes: la libre competencia, la fiscalidad y la utilización de bases de datos.

En cuanto a la libre competencia, la *sentencia Otis NV* (C-199/11) se refiere a la reclamación presentada por la Comisión Europea ante un Tribunal belga en Bruselas reclamando la indemnización por los daños causados a la Unión por un cártel.

Un tribunal belga de Bruselas, donde la propia Comisión Europea planteó una reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra varias empresas, es el que solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre el alcance de la aplicación privada de Derecho europeo de la competencia.

Me interesa destacar que, a juicio del Tribunal de Justicia, «el artículo 47 de la Carta no se opone a que, en nombre de la Unión, la Comisión ejercite ante un órgano jurisdiccional nacional una acción de indemnización del daño irrogado a la Unión como consecuencia de un acuerdo o una práctica que hayan sido declarados contrarios al artículo 81 CE o al artículo 101 TFUE por una decisión de dicha institución» (apartado 77).

Esta contestación despeja cualquier duda de que la Comisión Europea sea juez y parte en la aplicación administrativa del Derecho europeo de la competencia y abre una interesantísima vía indemnizatoria en el ámbito de la libre competencia.

Asimismo, la *sentencia Expedia* (C-226/11) se pronuncia sobre el significado de los acuerdos de menor importancia o *de minimis* y la aplicación nacional del Derecho europeo de la competencia.

El Tribunal de Justicia responde una cuestión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* francesa en un litigio en que la autoridad nacional de la competencia había considerado que colaboración entre la SNCF y Expedia para crear una agencia para la venta de billetes de tren y de viajes por Internet era una práctica colusoria, imponiéndoles una multa. La cuestión en este supuesto es si a un acuerdo de menor importancia de conformidad con la calificación de la Comisión Europea en su Comunicación sobre acuerdos *de minimis*, se le puede aplicar el artículo 101.1 TFUE.

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia precisa que «una comunicación de la Comisión, como la Comunicación *de minimis*, no es imperativa para los Estados miembros» (apartado 29); en cambio, «la Comisión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de su contenido, so pena de violar los principios generales del Derecho, en particular, la igualdad de trato y la protección de la confianza legítima [y] pretende brindar una orientación a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar [el artículo 101 TFUE]» (apartado 28).

Por tanto, el Tribunal de Justicia concluye señalando que el artículo 101.1 TFUE y el artículo 3.2 del Reglamento n.º 1/2003 no impiden que la autoridad francesa de la competencia los aplique a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación *de minimis*, siempre que dicho acuerdo constituya una restricción sensible de la competencia en el sentido de esta disposición (apartado 38).

Respecto de la fiscalidad, la *sentencia Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11) continúa la saga relativa al derecho de sociedades y a las libertades económicas. El reenvío procede de la *High Court of Justice* de Londres y se plantea, nuevamente, la conformidad de la regulación británica del derecho de sociedades con el derecho de establecimiento y la libre circulación de capitales.

El Tribunal de Justicia señala cómo una legislación tributaria que discrimina según el método de exención de los dividendos de origen nacional o extranjero puede ser contraria al derecho de establecimiento (artículo 49 TFUE) y a la libre circulación de capitales (artículo 63 TFUE) (apartado 65). Y la misma sentencia distingue cuándo ha de aplicarse una libertad fundamental u otra. Así, a juicio del Tribunal de Justicia, «está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 49 TFUE, relativo a la libertad de establecimiento, una legislación nacional destinada a aplicarse únicamente a las participaciones que permitan ejercer una influencia real en las decisiones de una sociedad y determinar las actividades de ésta» (apartado 91). En cambio, el Tribunal europeo puntualiza: «las disposiciones nacionales aplicables a participaciones adquiridas con el único objetivo de realizar una inversión de capital sin intención de influir en la gestión y en el control de la empresa deben examinarse exclusivamente en relación con la libre circulación de capitales (apartado 92).

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia reconoce los derechos que derivan de la invocación del Derecho de la Unión y señala: «el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que una sociedad matriz residente en un Estado miembro que, en el marco de la tributación en régimen de grupo, como la controvertida en el litigio principal, fue obligada, infringiendo las normas del Derecho de la Unión, a abonar el ACT por la parte de los beneficios procedentes de dividendos de origen extranjero puede formular una reclamación de devolución de dicho impuesto indebidamente recaudado en la medida en que éste exceda el incremento del impuesto sobre sociedades que el Estado miembro de que se trate podía exigir para compensar el tipo impositivo nominal inferior que se aplicó a los beneficios subyacentes a los dividendos de origen extranjero respecto del tipo impositivo nominal aplicable a los beneficios de la sociedad matriz residente» (apartado 87).

Por último, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la utilización de bases de datos en los términos protegidos por la Directiva 96/9/CE.

En un asunto el Tribunal Supremo austriaco le pregunta al Tribunal de Justicia sobre la reutilización de datos del Registro mercantil por la empresa Compass-Datenbank que explota una base de datos económicos con el fin de prestar servicios de información y para ello utiliza un archivo cuyo contenido se había comprobado, corregido y completado previa consulta del *Boletín central de inscripciones* en el Registro Mercantil al que había accedido sin ninguna restricción.

En su respuesta el Tribunal de Justicia en la *sentencia Compass-Datenbank* (C-138/11) se plantea si es una actividad económica la de una autoridad pública consistente en almacenar, en una base de datos, datos que las empresas han de comunicar en virtud de una obligación legal, en permitir a las personas interesadas consultar dichos datos, o en facilitarles impresiones de

estos en papel a cambio de una remuneración, mientras se prohíbe cualquier otro uso de tales datos, amparándose la autoridad pública, en particular, en la protección *sui generis* de la que goza como creadora de la base de datos en cuestión. Para el caso de que constituyese una actividad económica la autoridad pública, en el ejercicio de dicha actividad, estaría sometida a las normas de competencia, a lo previsto en el artículo 102 TFUE.

No obstante, el Tribunal de Justicia puntualiza, en primer lugar: «en la medida en que un organismo público ejerce una actividad económica que puede dissociarse del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, dicho organismo, por lo que respecta a esa actividad, actúa como una empresa, mientras que si dicha actividad económica es indisoluble del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, todas las actividades ejercidas por dicho organismo permanecen vinculadas al ejercicio de esas prerrogativas» (apartado 38).

Y en cuanto se refiere al caso concreto, es decir, a los datos del Registro público austríaco, el Tribunal de Justicia considera: «la actividad de una autoridad pública consistente en almacenar, en una base de datos, datos que las empresas han de comunicar en virtud de una obligación legal, en permitir a las personas interesadas consultar dichos datos, o en facilitarles impresiones de éstos en papel a cambio de una remuneración, no constituye una actividad económica, y, por consiguiente, esa autoridad pública, en el ejercicio de dicha actividad, no debe considerarse empresa en el sentido del artículo 102 TFUE. El hecho de que dicha consulta o entrega de copias se hagan a cambio de una remuneración prevista por la ley, y no determinada, directa o indirectamente, por el correspondiente organismo, no basta por sí misma para modificar la calificación jurídica de dicha actividad. Además, en la medida en que esa autoridad pública prohíbe cualquier otro uso de los datos que de esa manera se recopilan y ponen a disposición del público, amparándose en la protección *sui generis* que se le concede como creadora de la base de datos en cuestión con arreglo al artículo 7 de la Directiva 96/9, o en cualquier otro derecho de propiedad intelectual, tampoco ejerce una actividad económica y, en el ejercicio de dicha actividad, no debe considerarse empresa en el sentido del artículo 102 TFUE» (apartado 50).

En cambio, en la *sentencia Football Dataco* (C-173/11) el Tribunal de Justicia se refiere a la reutilización de bases de datos. En la Directiva 96/9 se hace referencia al derecho *sui generis* y determinar que el fabricante de la base de datos tiene la facultad de prohibir la extracción y reutilización de la totalidad o de una parte sustancial de su contenido, evaluada cualitativa o cuantitativamente, cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia considera que «se pondría en peligro, de forma general, la consecución del objetivo de protección de las ba-

ses de datos mediante el derecho *sui generis* [...] si actos de reutilización destinados a un público situado en todo o en parte del territorio de la Unión quedaran fuera del ámbito de aplicación de esta Directiva y de las normas nacionales de transposición de la misma por el mero hecho de que el servidor del sitio de internet explotado por el autor de estos actos se encuentre en un tercer Estado» (apartado 46).

De este modo y a juicio del Tribunal de Justicia: «el envío por una persona, a través de un servidor web situado en un Estado miembro A, de datos previamente obtenidos por esta persona a partir de una base de datos protegida por el derecho *sui generis* con arreglo a esta misma Directiva al ordenador de otra persona establecida en un Estado miembro B, a solicitud de esta última, para ser almacenados en la memoria de este ordenador y ser visualizados en su pantalla, constituye un acto de “reutilización” de dichos datos por parte de la persona que ha realizado tal envío. Debe considerarse que este acto ha tenido lugar, al menos, en el Estado miembro B cuando existan indicios que permitan concluir que tal acto pone de manifiesto la intención de su autor de dirigirse a los miembros del público establecidos en este último Estado miembro, extremo éste que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional» (apartado 47).

4. *La protección de los derechos de los consumidores*

Los derechos de los consumidores cuentan en la Directiva de armonización legislativa con una fuente de felices interpretaciones por el Tribunal de Justicia que, además, tienen una repercusión extraordinaria en los Derechos nacionales.

Precisamente en el ámbito de la responsabilidad civil del automóvil el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de distinguir netamente entre la armonización de las normas del seguro realizadas por sucesivas Directivas y la no armonización de los principios nacionales de responsabilidad patrimonial.

La *sentencia Marqués Almeida* es una respuesta del Tribunal de Justicia en su formación de Gran Sala a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal portugués de Guimarães sobre el alcance del seguro obligatorio de responsabilidad civil en caso de accidentes de automóvil. En este supuesto se planteaba si las Directivas relativas a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, tal como estaban redactadas y en vigor en 2004, permitían que conforme al Derecho portugués se limitase o denegase la indemnización a un pasajero que iba de copiloto sin el cinturón de seguridad abrochado y que, en consecuencia, había contribuido a la producción del daño.

La abogada general Verica Trstenjak plantea en las Conclusiones de este asunto el problema teórico de un modo que resulta particularmente esclarecedor en la medida en que la cuestión debatida es central para el Derecho y es esencial para comprender el alcance del Derecho de la Unión:

La idea de la reparación nace a raíz del afán de justicia, concebido como ideal ya en la filosofía de la Antigua Grecia. Siguiendo este planteamiento, pensadores como Platón, por ejemplo, formularon sus reflexiones acerca de una reparación de todo tipo de daños más allá de las fronteras del Derecho penal. Además de varios grados de imputación de responsabilidad, en la Filosofía antigua también se conocía la posibilidad de exoneración de la responsabilidad cuando resultaba evidente que, en todo caso, el daño no podía imputarse exclusivamente a su autor, debido, por ejemplo, a la propia contribución del perjudicado. Este concepto, con la determinante impronta de Antifonte, experimentó una evolución en el transcurso de la historia del Derecho romano y del Derecho europeo moderno hasta llegar a ser lo que actualmente se conoce generalmente bajo el concepto de «corresponsabilidad» en los sistemas de Derecho civil de numerosos Estados miembros. En el presente asunto el Tribunal de Justicia debe responder a la cuestión de si este concepto, conocido también en el régimen portugués de responsabilidad civil, es compatible con la normativa del Derecho de la Unión en materia del seguro de responsabilidad civil del automóvil [apartado 1 de las Conclusiones de 5 de julio de 2012, se omiten las notas].

El Tribunal de Justicia recuerda la diferencia entre la obligación de cobertura por el seguro de responsabilidad civil de los daños causados a los terceros por la circulación de vehículos automóviles, definida y garantizada por las Directivas, y el alcance de la indemnización de terceros en virtud de la responsabilidad civil del asegurado que se rige, fundamentalmente, por el Derecho nacional (apartado 28). En este sentido, el Tribunal de Justicia subraya: «tanto del objeto de las Directivas Primera, Segunda y Tercera como de su tenor se desprende que su finalidad no es armonizar los regímenes de responsabilidad civil de los Estados miembros y que, en el estado actual del Derecho de la Unión, éstos tienen libertad para definir el régimen de responsabilidad civil aplicable a los siniestros derivados de la circulación de vehículos» (apartado 29). Por eso, a juicio del Tribunal de Justicia, siguiendo las sugerencias de la abogada general Trstenjak: «la legislación [portuguesa] no afecta a la garantía, prevista por el Derecho de la Unión, de que la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, determinada en virtud del Derecho nacional aplicable, quede cubierta por un seguro conforme con las Directivas Primera, Segunda y Tercera [relativas a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles]» (apartado 38).

En materia de etiquetado de bebidas alcohólicas se ha planteado en la *sentencia Deutsches Weintor* (C-544/10) la interpretación del Reglamento aplicable y los límites de las restricciones impuestos a los empresarios en esta materia. Así, el land de Renania-Palatinado prohibió a la cooperativa vinícola Deutsches Weintor utilizar etiquetas en sus botellas de vino la mención «de fácil digestión» dado que se trataba de una «declaración de propiedades saludables» que prohibía el Reglamento n.º 1924/2006 relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos respecto de aquellas bebidas con una graduación superior al 1,2% en volumen de alcohol. Después de pasar por dos tribunales de lo contencioso-administrativo, de instancia y de apelación, que desestimaron el recurso, llegó al Tribunal Supremo Contencioso-administrativo alemán que le preguntó al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del Reglamento y sobre su validez por si pudiese atentar esta regulación contra el derecho fundamental a la libertad de empresa.

El Tribunal de Justicia en la *sentencia Deutsches Weintor* consideró, en primer lugar, que «el concepto de “declaración de efectos saludables” no se refiere únicamente a los efectos del consumo aislado de una cantidad determinada de un alimento que, normalmente, puede tener efectos únicamente temporales y transitorios, sino también a los efectos de un consumo repetitivo, regular, e incluso frecuente, de dicho alimento; efectos que, en cambio, no son necesariamente temporales y transitorios» (apartado 36). Por tanto, la expresión «declaración de propiedades saludables» del Reglamento incluye una indicación como «de fácil digestión», acompañada de la mención del contenido reducido en sustancias que a menudo se consideran perjudiciales, con la que se etiquetaban las botellas de vino, y, por tanto, estaría prohibida.

Y, en segundo lugar, el Tribunal alemán plantea si la prohibición de esta publicidad es conforme con los derechos fundamentales tal como están consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia recuerda que la compatibilidad de la prohibición, sin excepción alguna, de etiquetar las botellas de vino en tal sentido debe valorarse en atención a la libertad profesional y a la libertad de empresa y a la protección de la salud. El Tribunal de Justicia recuerda: «tal valoración debe efectuarse respetando la necesaria conciliación de las exigencias relacionadas con la protección de distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, así como el justo equilibrio entre ellos» (apartados 46 y 47).

Por lo que se refiere a la protección de la salud, el Tribunal de Justicia señala: «las medidas que limitan las posibilidades de hacer publicidad de bebidas alcohólicas, como medio de combatir el alcoholismo, responden a preocupaciones de la salud pública, cuya protección, como se dedu-

ce también del artículo 9 TFUE, es un objetivo de interés general que, en caso necesario, puede justificar la restricción de una libertad fundamental» (apartado 49). Por tanto, «la prohibición total de una declaración como la controvertida en el litigio principal puede considerarse necesaria para garantizar el respeto a las exigencias derivadas de lo dispuesto en el artículo 35 de la Carta» (apartado 53).

En cuanto a la libertad profesional y la libertad de empresa, también el Tribunal europeo recuerda: «el libre ejercicio de una actividad profesional, al igual que el derecho de propiedad, no son prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad [...] Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de tales derechos siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la propia esencia de esos derechos» (apartado 54). Y, en definitiva, el Tribunal llega a esta conclusión: «la prohibición total, establecida en el Reglamento n.º 1924/2006, de una declaración como la controvertida en el litigio principal, debe considerarse conforme con la exigencia destinada a conciliar los distintos derechos fundamentales y a establecer entre ellos un justo equilibrio» (apartado 59).

En la *sentencia Purely Creative* (C-428/11) el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre las prácticas comerciales desleales agresivas y, en este caso, sobre los premios que implican gastos a la luz de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

En Inglaterra la Office of Fair Trading inició un procedimiento judicial ante la *High Court of Justice* de Londres para que conminara a varios profesionales de la publicidad a que cesaran en una publicidad engañosa consistente en cartas, cupones y otros encartes publicitarios incluidos en periódicos y revistas donde se informaba al consumidor de que tenía derecho a obtener uno de los premios o recompensas especificados, que van desde premios de valor considerable hasta premios que apenas valen unas libras. No obstante, el consumidor disponía de varias opciones para averiguar lo que le había tocado y para obtener un número de pedido: llamar a un número de teléfono de tarificación incrementada, un servicio de SMS de teletexto inverso, o bien obtener información por vía postal ordinaria.

A la hora de interpretar la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales el Tribunal de Justicia ponderó, por una parte, la seguridad jurídica como elemento esencial para el buen funcionamiento del mercado interior. Para alcanzar este objetivo, el legislador ha reagrupado en el anexo I de dicha Directiva las prácticas comerciales que son desleales en cualquier circunstancia y que, por tanto, no requieren una evaluación en cada caso concreto. Asi-

mismo, el Tribunal de Justicia considera que el objetivo de garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores está en línea igualmente con la interpretación del punto 31 del anexo I de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales según la cual no puede imponerse ningún gasto al consumidor que ha ganado un premio (apartado 48). En consecuencia y a juicio del Tribunal de Justicia, la Directiva prohíbe las prácticas agresivas mediante las que ciertos profesionales crean la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya un premio, cuando la realización de una acción relacionada con la obtención del premio, ya se trate de una solicitud de información sobre la clase de premio o de la recogida del mismo, está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o de incurrir en cualquier gasto; y para ello es irrelevante que el gasto impuesto al consumidor, como puede ser el gasto en un sello de correos, sea insignificante en relación con el valor del premio o que no confiera ningún beneficio al profesional; y también es irrelevante que las acciones relacionadas con la obtención de un premio puedan realizarse según diversos métodos que el profesional propone al consumidor, de los que al menos uno de ellos es gratuito, cuando uno o varios de los métodos propuestos dan lugar a que el consumidor incurra en un gasto para informarse sobre el premio o sus modalidades de obtención.

La *sentencia Content Services* (C-49/11) constituye una repuesta a la pregunta del Tribunal Supremo austríaco referida a la Directiva 97/7/CE de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Content Services, empresa inglesa con una sucursal en Alemania, ofrece varios servicios en línea en su sitio de Internet, en alemán y accesible también desde Austria. En su página los internautas deben rellenar un formulario de inscripción y cuando formalizan su pedido deben declarar que aceptan las condiciones generales de venta y renuncian a su derecho de resolución, marcando una casilla del formulario. La información relativa al derecho de resolución no se muestra directamente a los internautas, pero pueden visualizarla haciendo clic sobre un vínculo que aparece en la página que rellenan para la conclusión de ese contrato y es imposible celebrar un contrato si dicha casilla no está marcada. Una vez transmitido el pedido, el internauta recibe de Content Services un correo electrónico que le remite a una dirección de Internet, pero no contiene información alguna sobre el derecho de resolución que solo puede obtener información mediante un vínculo transmitido en ese mismo correo.

El órgano austriaco de protección de los consumidores en Viena denunció a Content Services por infringir varias normas del Derecho de la Unión y del Derecho nacional en materia de protección de los consumidores. Sucesivamente ante los tribunales se plantea que la información sobre el derecho de resolución no figura en el propio correo electrónico de confirmación y sólo puede obtenerse mediante un vínculo transmitido en dicho correo

electrónico y el Tribunal austriaco le plantea al Tribunal de Justicia si se respeta la Directiva 97/7 dando acceso al consumidor mediante un hipervínculo a un sitio de Internet de la empresa.

La interpretación de la Directiva se ciñe fundamentalmente a saber si la información es accesible para los consumidores a través de un vínculo presentado por el vendedor en un «soporte duradero». Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera que una práctica comercial que consiste en dar acceso a la información prevista en esta disposición sólo mediante un hipervínculo a un sitio de Internet de la empresa en cuestión no cumple lo exigido por dicha disposición, ya que tal información no es «facilitada» por esa empresa ni «recibida» por el consumidor, en el sentido de esta misma disposición, y un sitio de Internet como del que se trata en el litigio principal no puede considerarse un «soporte duradero» a efectos de lo exigido por la Directiva.

El Tribunal de Justicia en su formación de Gran Sala dictó la *sentencia Nelson / Lufthansa* (C-581/10 y C-629/10) que respondía sendas peticiones de decisión prejudicial procedentes de un tribunal alemán y de un tribunal británico sobre el derecho de compensación por retraso de un vuelo.

Ante el tribunal alemán la familia Nelson había demandado 600 euros por cada pasajero a Lufthansa porque en un vuelo de vuelta desde Nigeria a Fráncfort del Meno llegaron con más de 24 horas de retraso sobre la hora de llegada prevista inicialmente. Ante el tribunal británico se dirimía la controversia entre TUI Travel y la Civil Aviation Authority en relación con la interpretación del Reglamento n.º 261/2004 sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos.

A juicio del Tribunal de Justicia, «al aprobar el Reglamento n.º 261/2004, el legislador pretendía también lograr el equilibrio entre los intereses de los pasajeros aéreos y los de los transportistas aéreos» (apartado 39). Y deduce la siguiente interpretación: «los pasajeros de vuelos retrasados tienen derecho a ser compensados en virtud de lo dispuesto en dicho Reglamento cuando sufren, debido a tales vuelos, una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas, es decir, cuando llegan a su destino final tres o más horas después de la hora de llegada inicialmente prevista por el transportista aéreo. Sin embargo, tal retraso no da lugar a una compensación de los pasajeros si el transportista aéreo puede acreditar que el gran retraso se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables, es decir, a circunstancias que escapan al control efectivo del transportista aéreo» (apartado 40).

Pero esto no impide que los pasajeros afectados, en el caso en que el mismo retraso les cause también daños individuales que den derecho a una indemnización, puedan ejercitar, además, las acciones de indemnización individual de dichos daños en las circunstancias previstas en el Convenio de

Montreal (apartado 58). Y esto implica, a juicio del Tribunal de Justicia, que el artículo 12 del Reglamento n.º 261/2004, bajo la rúbrica «Compensación suplementaria», «permite así al juez nacional condenar al transportista aéreo a indemnizar el perjuicio resultante para los pasajeros del incumplimiento del contrato de transporte aéreo sobre la base de un fundamento jurídico distinto del Reglamento n.º 261/2004, es decir, en particular, en las condiciones previstas por el Convenio de Montreal o por el Derecho nacional». Asimismo, el Tribunal de Justicia puntualiza: «la importancia del objetivo de la protección de los consumidores, incluidos, por lo tanto, los pasajeros aéreos, puede justificar consecuencias económicas negativas, incluso considerables, para determinados operadores económicos» (apartado 81).

En otros casos, los consumidores intentan hacer valer sus derechos fundamentales pero no siempre con éxito. Así, la *sentencia Probst* (C-119/12) es una respuesta del Tribunal de Justicia al Tribunal Supremo alemán que le preguntaba sobre la invocación de la protección de datos personales para evitar la reclamación de una deuda con una compañía telefónica.

El litigio surge entre el Sr. Probst, titular de una conexión telefónica, y Deutsche Telekom, a través de la cual conectaba su ordenador a Internet. Al no haber pagado a la telefónica, le reclamó la deuda una compañía que tenía un contrato de *factoring* con la telefónica mientras el deudor trató de escabullirse invocando los límites establecidos por la Directiva 2002/58 sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas que, en particular, limita el tratamiento de datos de tráfico.

La cuestión es si el proveedor de servicios, la telefónica, puede transmitir datos de tráfico al cesionario de créditos, la empresa a la que cedió el crédito, para que proceda a su cobro. A juicio del Tribunal de Justicia: «comoquiera que se califique el contrato de cesión, se entenderá que el cesionario actúa bajo la autoridad del proveedor de servicios, en el sentido del artículo 6, apartado 5, de la Directiva 2002/58, cuando, a efectos del tratamiento de datos de tráfico, sólo actúe siguiendo instrucciones del proveedor de servicios y bajo el control de éste. Específicamente, el contrato suscrito entre ambos recogerá estipulaciones que garanticen que el tratamiento de los datos de tráfico por el cesionario será lícito y que permitan que el proveedor de servicios pueda asegurarse en todo momento de que el referido cesionario cumple dichas estipulaciones» (apartado 30).

5. *El espacio judicial europeo: la cooperación civil y penal*

Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999, el desarrollo más espectacular del Derecho de la Unión se está produciendo tanto legislativa como jurisprudencialmente en el espacio de libertad, segu-

ridad y justicia donde la cooperación judicial civil y penal adquiere una importancia decisiva.

La *sentencia Lippens* (C-170/11) se refiere al alcance de la cooperación judicial civil en materia de pruebas. Desde el Tribunal Supremo holandés se pregunta por la aplicación del Reglamento n.º 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

En un procedimiento civil seguido en un tribunal holandés de Utrecht contra Lippens y otros directivos de una compañía se acordó el interrogatorio de estos que, a su vez, reclamaron al juez holandés que expidiera una comisión rogatoria para que pudieran prestar declaración ante un juez francés en Bélgica, donde residían.

En este caso se plantea si el Reglamento n.º 1206/2001 exige que el juez que desea interrogar en calidad de testigo a una parte residente en otro Estado miembro, debe aplicar siempre, para llevar a cabo dicho interrogatorio, los procedimientos de obtención de pruebas previstos por dicho Reglamento, o si, por el contrario, tal órgano jurisdiccional tiene la facultad de citar ante él a dicha parte y de interrogarle con arreglo al Derecho del Estado miembro del mismo órgano jurisdiccional.

El Tribunal de Justicia constata, por una parte, que el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro está facultado para citar ante él en calidad de testigo a una parte residente en otro Estado miembro e interrogarle con arreglo al Derecho del Estado miembro del citado órgano jurisdiccional (apartado 37). Y, por otra parte, el Tribunal europeo puntualiza: «dicho órgano jurisdiccional conserva la libertad de deducir de la incomparecencia injustificada de una parte en calidad de testigo las consecuencias previstas por su propio Derecho nacional, siempre que se apliquen de un modo conforme con el Derecho de la Unión» (apartado 38).

También en el ámbito de la cooperación judicial civil la *sentencia Trade Agency* (C-619/10) responde la pregunta del Tribunal Supremo de Letonia sobre la interpretación del Reglamento n.º 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El litigio se refería al reconocimiento y ejecución en Letonia de una resolución de la *High Court* londinense pero se planteaba ante los jueces letones que durante el procedimiento en el Reino Unido se había vulnerado el derecho de defensa del ejecutado, ya que no fue informada de la acción entablada ante la *High Court*, y dado que la resolución inglesa era manifiestamente contraria al orden público letón por no estar motivada en absoluto.

El Tribunal de Justicia considera que «cuando el demandado interpone un recurso contra el otorgamiento de la ejecución de una resolución dictada

en rebeldía en el Estado miembro de origen y acompañada de la certificación, alegando que no recibió la notificación de la cédula de emplazamiento, el juez del Estado miembro requerido, que conoce de dicho recurso, es competente para comprobar la concordancia entre la información contenida en dicha certificación y las pruebas».

Sobre este particular y a juicio del Tribunal europeo: «el juez del Estado miembro requerido es competente para proceder a una apreciación autónoma del conjunto de los elementos de prueba y para comprobar de este modo, en su caso, la concordancia entre éstos y la información que figura en la certificación, a fin de evaluar, en primer lugar, si el demandado rebelde recibió la notificación o el traslado de la cédula de emplazamiento y, en segundo lugar, si la posible notificación o traslado se llevó a cabo en tiempo útil y de modo tal que el demandado pudiera defenderse» (apartado 38).

Esta interpretación la deduce el Tribunal de Justicia después de haber puesto de manifiesto que el Reglamento n.º 44/2001 establece un régimen de reconocimiento y ejecución que «se basa en la confianza recíproca en la justicia dentro de la Unión Europea. Tal confianza exige no sólo que las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro sean reconocidas de pleno Derecho en otro Estado miembro, sino también que sea eficaz y rápido el procedimiento para hacer ejecutorias, en este último Estado, dichas resoluciones» (apartado 40). Seguidamente, el Tribunal de Justicia precisa: «la función asignada a la certificación consiste precisamente en facilitar la adopción, en una primera etapa del procedimiento, del otorgamiento de la ejecución de la resolución adoptada en el Estado miembro de origen, de modo que su expedición sea casi automática, como está expresamente recogido en el considerando 17 del Reglamento n.º 44/2001».

Sin embargo, el Tribunal de Justicia se refiere a los límites de este procedimiento señalando: «como se desprende de reiterada jurisprudencia, el objetivo así perseguido no puede alcanzarse menoscabando, de cualquier manera que sea, el derecho de defensa» (apartado 42). De tal modo que «el régimen de recursos que prevé contra el reconocimiento o la ejecución de una resolución tiene por objeto crear un justo equilibrio entre, por una parte, la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión, y, por otra parte, el respeto del derecho de defensa, que impone que el demandado pueda, llegado el caso, interponer un recurso que se examine con arreglo al principio de contradicción contra el otorgamiento de ejecución, si considera que se da alguno de los motivos de denegación de la ejecución» (apartado 43). Y subraya la existencia de un «mecanismo de doble control» que tiene por objeto garantizar, en particular, el respeto de los derechos del demandado en rebeldía no sólo durante el procedimiento inicial en el Estado miembro

de origen, sino también durante el procedimiento de ejecución en el Estado miembro requerido (apartado 44). Esto supone que no se puede limitar el alcance de la facultad de examen de la que dispone en esta fase el juez del Estado miembro requerido por el mero motivo de que se ha presentado una certificación equivaldría a privar al control que este mismo juez debe efectuar de todo efecto útil, y, por tanto, a impedir la realización del objetivo consistente en garantizar el respeto del derecho de defensa establecido por dicho Reglamento.

En definitiva, concluye el Tribunal de Justicia, «cuando el demandado interpone recurso contra el otorgamiento de la ejecución de una resolución dictada en rebeldía en el Estado miembro de origen y acompañada de la certificación, alegando que no recibió la notificación de la cédula de emplazamiento, el juez del Estado miembro requerido, que conoce de dicho recurso, es competente para comprobar la concordancia entre la información que figura en dicha certificación y las pruebas» (apartado 46).

Por último, la *sentencia Giovanardi* (C-79/11) se refiere a la interpretación de la armonización de la legislación penal, en este caso la Decisión marco 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

El Tribunal de Florencia plantea, en un procedimiento penal seguido contra el Sr. Giovanardi y otros trabajadores de la Red de Ferrocarriles Italianos, a quienes se imputa un delito de homicidio y varios delitos de lesiones, si la peculiar institución jurídica de la responsabilidad «administrativa» de las personas jurídicas derivada de una infracción penal es compatible con las normas comunitarias en materia de protección de las víctimas de infracciones penales.

En la *sentencia Giovanardi* el Tribunal de Justicia señala que la Decisión marco 2001/220/JAI solo pretende, en el ámbito del proceso penal, establecer normas mínimas sobre la protección de las víctimas de infracciones penales (apartado 44) pero «no contiene ninguna indicación acerca de que el legislador de la Unión hubiera tenido la intención de obligar a los Estados miembros a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas» (apartado 45). En efecto, la Decisión marco garantiza a la víctima, en principio, el derecho a ser indemnizada en el marco del proceso penal por un «acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro» y que haya causado «directamente» el perjuicio (apartado 46).

Por esa razón, «las personas que hayan sufrido un perjuicio derivado de una infracción administrativa cometida por una persona jurídica [...] no pueden considerarse, a efectos de la aplicación del artículo 9, apartado 1, de la Decisión marco, como víctimas de una infracción penal que tienen derecho a obtener, en el marco del proceso penal, una resolución relativa a la indemnización por parte de dicha persona jurídica» (apartado 48).

III. Segunda parte. La influencia de la jurisprudencia europea en el derecho español

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia referida al Derecho español debe centrarse en las respuestas a las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces españoles y también sobre aquellas cuestiones prejudiciales que resultan más interesantes y que en estos momentos están tramitándose. Asimismo y a título de ejemplo comento una sentencia declarativa de incumplimiento, una sentencia que impone una multa a tanto alzado y una multa coercitiva por no haber ejecutado una sentencia declarativa previa de incumplimiento y, en fin, menciono una interesantísima sentencia del Tribunal Constitucional español en la que corrige al Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la aplicación del Derecho de la Unión Europea.

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

Solo a efectos expositivos tiene sentido agrupar las sentencias prejudiciales en función de las jurisdicciones españolas que plantean las preguntas. De modo que exponemos tales sentencias en torno a los ámbitos mercantil, social y contencioso-administrativo.

Desde el ámbito jurisdiccional mercantil, tres sentencias del Tribunal de Justicia se refieren a los derechos de los pasajeros del transporte aéreo en relación con la indemnización por pérdida de equipaje y por denegación de embarque.

La *sentencia Espada Sánchez y otros / Iberia* se suma a la interpretación que el Tribunal de Justicia está haciendo sobre los derechos de los pasajeros de líneas aéreas. En este caso la dinámica Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) planteaba si una familia con dos hijos que hicieron el vuelo de Barcelona a París y a quienes les perdieron las dos maletas podía reclamar una indemnización y si era aplicable un límite en función de sus cuatro miembros. La respuesta del Tribunal de Justicia fue positiva al considerar que efectivamente «el derecho a indemnización y el límite de responsabilidad del transportista en caso de pérdida de equipaje se aplican también al pasajero que reclama esa indemnización a causa de la pérdida de un equipaje facturado a nombre de otro pasajero, si el equipaje perdido contenía efectivamente los objetos del primer pasajero» (apartado 36).

La *sentencia Rodríguez Cachafeiro y otros / Iberia* se refiere al vuelo de una pareja de novios desde A Coruña a Santo Domingo, haciendo transbordo en Madrid. Como el primer vuelo se retrasó, Iberia anuló sus tarjetas de embarque para el segundo vuelo pero al llegar a Madrid, los demandantes se presentaron en la puerta de embarque en el momento en que se rea-

lizaba la última llamada a los pasajeros pero se les impidió embarcar dado que sus plazas habían sido ocupadas por otros pasajeros. Al reclamar ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de A Coruña este pregunta al Tribunal de Justicia si la indemnización procedente se correspondía con el exceso de reservas («*overbooking*»).

El Tribunal de Justicia lleva a cabo una interpretación amplia y protectora de los derechos de los pasajeros en lo que se refiere al concepto de denegación de embarque de modo que «si se reconociera que el concepto de “denegación de embarque” sólo se refiere a los casos de exceso de reservas, la consecuencia sería privar por completo de protección a los pasajeros [...] negándoles la posibilidad de invocar [...] los derechos a la compensación, al reembolso o a un transporte alternativo y a la prestación de asistencia» previstos en el Reglamento 261/2004 sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos.

Y, en fin, en la *sentencia Cuadrench Moré / KLM* responde a la Audiencia Provincial de Barcelona que le había preguntado al Tribunal de Justicia si la reclamación de una indemnización por cancelación de un vuelo estaba sometida a un plazo de prescripción establecido por el Derecho español, de 10 años, o al Derecho internacional convencional, el Convenio de Montreal, de dos años. Al interpretar el Reglamento n.º 261/2004, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que cuando no existe normativa de la Unión en la materia, corresponde al Derecho interno de cada Estado miembro establecer la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, siempre que esta regulación respete los principios de equivalencia y de efectividad. Por tanto y en este supuesto, el plazo de prescripción aplicable era, a juicio del Tribunal de Justicia, el más amplio previsto en la legislación española.

Respecto de las cuestiones sociales, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en dos interesantes sentencias relativas al derecho a las vacaciones retribuidas y a la discriminación por razón de sexo de las trabajadoras a tiempo parcial en cuanto se refiere a su derecho a generar una pensión de jubilación.

La *sentencia Anged (C-78/11)* constituye una respuesta a la pregunta de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el alcance del derecho de los trabajadores a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas aun cuando estas coincidan con períodos de baja por incapacidad laboral temporal. A pesar de existir jurisprudencia europea anterior, el Tribunal Supremo quería saber cuál era el criterio para el caso de que la incapacidad laboral sobreviniese una vez iniciado el período de vacaciones anuales retribuidas.

Lo más destacado de la sentencia es que el Tribunal de Justicia recuerda que «el derecho a vacaciones anuales retribuidas no sólo tiene una im-

portancia especial por su condición de principio del Derecho social de la Unión, sino que también 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» (apartado 17).

En definitiva y a juicio del Tribunal de Justicia: «el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un período de baja por enfermedad en un período posterior, con independencia del momento en que haya sobrevenido esa incapacidad laboral» (apartado 21).

Con esta sentencia el Tribunal de Justicia respondía también la cuestión prejudicial planteada a la vez que el Tribunal Supremo por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Oviedo. La pregunta del juez ovetense se refería a las vacaciones de los funcionarios de la Administración de Justicia y, en particular, a la regulación del artículo 502.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La regulación específica prevé que en caso de surgir una situación de incapacidad temporal durante unas vacaciones ya iniciadas solo podía entenderse interrumpido su disfrute si esa incapacidad había exigido ingreso hospitalario descartando el resto de supuestos de incapacidad temporal (C-194/11, *Martínez Álvarez / Principado de Asturias*, archivado por auto de 6 de agosto de 2012). A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede considerarse que el artículo 502.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es inaplicable por ser contrario al Derecho de la Unión.

Después de trabajar como limpiadora 18 años y cuatro horas a la semana, la Sra. Elbal Moreno, de 66 años, no reunía, según la legislación española, el período mínimo de cotización de quince años, exigido para poder causar derecho a la pensión de jubilación. Ante el Juzgado de lo Social de Barcelona la trabajadora a tiempo parcial invocó el principio de igualdad de sexos y el Juzgado decidió preguntar al Tribunal de Justicia si a este supuesto se aplican las Directivas europeas.

El Tribunal de Justicia en la *sentencia Elbal*, un asunto de gran trascendencia práctica y económica en nuestro país, respondió, recordando su jurisprudencia anterior, que el artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa española en la medida en que «exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada» (apartado 38).

En el ámbito contencioso-administrativo destacan las respuestas del Tribunal de Justicia relativas a la tasa por la ocupación del dominio público de las operadoras de telefonía y respecto del IVA sobre el bingo.

La *sentencia Vodafone España y France Telecom España (C-55/11, C-57/11 y C-58/11)* es de una extraordinaria importancia para los municipios españoles en la medida en que la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo afecta a más de 1.300 Ayuntamientos y a numerosísimos litigios planteados por las operadoras de telefonía contra las ordenanzas municipales y contra las liquidaciones anuales de las tasas.

El origen de la sentencia son tres reenvíos prejudiciales de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en relación con la aplicación de la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que la Directiva «se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil».

Por si hubiese alguna duda, el Tribunal de Justicia explicó las consecuencias de esta incompatibilidad subrayando: «en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haya hecho una adaptación incorrecta» (apartado 37).

De modo que a partir de esta sentencia numerosísimos recursos contra las ordenanzas, ante los Tribunales Superiores de Justicia, y contra las liquidaciones de las tasas, ante los Juzgados, han prosperado anulándose las disposiciones reglamentarias y las liquidaciones tributarias contrarias a la previsión de la Directiva.

La *sentencia International Bingo Technology* responde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre la aplicación del IVA a una empresa dedicada al juego del bingo. En este caso la cuestión se refiere al cálculo de la prorrata de deducción del impuesto sobre el valor añadido para el caso de un sujeto pasivo que efectúe indistintamente operaciones con derecho a deducción (la explotación de un bar y de un restaurante) y operaciones que no conllevan tal derecho (el juego del bingo).

En primer lugar, la venta de cartones del juego del bingo está sometida al IVA. Y a estos efectos el Tribunal de Justicia señala que «la base imponible del IVA no comprende la parte del precio de esos cartones, fijada previamente por la normativa, que se destina al pago de los premios a los jugadores [en el caso concreto el 69% del “valor nominal” de la totalidad de los cartones vendidos]» (apartado 33).

Y, en segundo lugar y por lo que se refiere a la regla prorata, el Tribunal de Justicia considera que se trata de una regla que no confiere ningún margen de apreciación a las autoridades nacionales para determinar lo que debe considerarse la contraprestación obtenida o que obtendrá el prestador por parte del destinatario por lo que interpreta en este supuesto que los Estados miembros no pueden establecer que, a efectos del cálculo de la prorata de deducción del IVA, la parte, fijada previamente por la normativa, del precio de venta de los cartones de bingo que debe abonarse a los jugadores en concepto de premios forme parte del volumen de negocios que se ha de incluir en el denominador de la fracción prevista en el artículo 19.1 de la Sexta Directiva 77/388/CEE sobre el IVA.

En estos momentos y una vez conocidas las conclusiones de los abogados generales, estamos a la espera de que a principios de 2013 el Tribunal de Justicia se pronuncie en el asunto *Aziz* (C-415/11) por la repercusión que pueda tener en la facultad del juez para intervenir decisivamente en los procedimientos de ejecución hipotecaria y en el asunto *Melloni* (C-399/2011, Conclusiones de Yves Bot, de 2 de octubre de 2012) por ser la primera sentencia que el Tribunal de Justicia conteste al Tribunal Constitucional español.

Por último, de las cuestiones prejudiciales que llegaron al Tribunal de Justicia en la segunda mitad de 2012 quisiera destacar los asuntos *Fradera Torredemer* (C-364/12) y *Vueling Airlines* (C-487/12).

En el caso *Fradera Torredemer* la dinámica Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona especializada en asuntos mercantiles, a través de un auto densamente argumentado, se cuestiona, a la luz del Derecho de la Unión, la aplicación del arancel de los procuradores. En este sentido la Audiencia barcelonesa se refiere al Derecho europeo de la competencia aplicado a las autoridades españolas, a la libre prestación de servicios y a la Directiva de servicios para cuestionar el régimen de cobro por arancel aplicado por los procuradores. También el tribunal barcelonés pretende que el Tribunal de Justicia interprete el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la imposibilidad de impugnar la cuenta del procurador por excesiva al estar fijada su retribución por arancel.

Asimismo, el asunto *Vueling Airlines* plantea la cuestión relativa a los derechos de los pasajeros aéreos pero ya desde la perspectiva del poder de sancionar administrativamente la inclusión por las compañías aéreas de cláusulas abusivas. En este caso el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Ourense conoce de la impugnación de una multa de 3.000 euros a Vueling Airlines por imponer cláusulas abusivas en el contrato de transporte al exigir a los pasajeros un recargo por la maleta facturada. Pues bien, el juez de Ourense le pregunta al juez de Luxemburgo si la Ley española de navegación aérea que obliga a las compañías aéreas a facturar una maleta sin so-

brecoaste ni recargo en el precio del billete contratado es conforme con el Reglamento n.º 1008/2008 relativo a la explotación de servicios aéreos que consagra la libertad de fijación de precios.

2. *El incumplimiento por España del Derecho de la Unión Europea: las sentencias declarativas, las multas judiciales y el Tribunal Constitucional*

Tal como se deduce de los informes anuales del Tribunal de Justicia las estadísticas reflejan que España es objeto de numerosísimos recursos por incumplimiento (61 recursos de 2007 a 2011) que por regla general e ineluctablemente terminan con la «condena» por el Tribunal de Justicia (solo se desestimaron 5 de los 61 recursos presentados en los últimos cinco años). Pero también y como consecuencia de estas sentencias declarativas, España tiene el dudoso honor de ser «condenada» a pagar multas coercitivas y multas a tanto alzado por no cumplir y con el fin de que finalmente se ajuste el ordenamiento español a las exigencias del Derecho de la Unión.

La sentencia de 12 de julio de 2012, *Comisión / España* (C-269/09) tiene particular interés porque se refiere a las restricciones que por vía fiscal se pueden imponer a las libertades económicas fundamentales, en este caso la regulación tributaria española para el caso de traslado de la residencia de un contribuyente a otro país de la Unión o del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein).

La Comisión Europea demandó a España ante el Tribunal de Justicia por considerar que la legislación española resultaba desfavorable para las personas físicas que trasladaban su residencia al extranjero y por la que exigía que las rentas pendientes de imputación se incluyesen en la base imponible del último ejercicio en que fueron residentes en España. La Comisión Europea comprobó que esta legislación obligaba a las personas físicas a pagar el impuesto en el momento de trasladar su residencia, mientras que los contribuyentes que mantienen su residencia en el territorio español no están sujetos a tal obligación. Por lo tanto y a juicio de la Comisión, la legislación española permite un trato discriminatorio dependiendo de la residencia en España, lo que es contrario a las libertades económicas fundamentales.

Los razonamientos del Tribunal de Justicia tienen este punto de partida: «si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, en el estado actual de desarrollo del Derecho de la Unión, éstos deben ejercer tal competencia respetando aquel Derecho» (apartado 47).

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia elabora el concepto de restricción y obstáculo a las libertades económicas fundamentales y determina si ha habido en este caso tal restricción. A tal efecto, señala: «Las disposiciones que impidan o disuadan a un nacional de un Estado miembro de

abandonar su Estado de origen para ejercer el derecho a la libre circulación suponen, por consiguiente, obstáculos a dicha libertad, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados» (apartado 53). Y dentro del concepto de obstáculo el Tribunal de Justicia incluye cualesquiera «medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad» e incluso una restricción de escaso alcance o de importancia menor. Por lo que el Tribunal de Justicia no tiene duda de que es una restricción que el traslado del domicilio fuera del territorio español, en el marco del ejercicio de los derechos que garantizan los artículos 39 CE y 43 CE, implique para el contribuyente la obligación de pagar los correspondientes impuestos con anterioridad al momento en que deben hacerlo los contribuyentes que continúan residiendo en España (apartado 57).

Por último, el Tribunal de Justicia determina si esta restricción está justificada y si es proporcionada. Los motivos de justificación que admite el Tribunal de Justicia son: garantizar la recaudación eficaz de las deudas tributarias, asegurar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros y, en fin, preservar la coherencia del sistema tributario nacional.

Si bien el Tribunal de Justicia admite que se pueda invocar la necesidad de garantizar la recaudación eficaz de las deudas tributarias, considera que la legislación española resulta desproporcionada por esta razón: «Aun admitiendo que la recaudación transfronteriza de una deuda tributaria sea normalmente más difícil que una recaudación por vía de apremio efectuada en el territorio nacional, procede declarar que, en el asunto presente, no se trata de un simple método recaudatorio, sino de determinar si la obligación, que incumbe al contribuyente que se propone trasladar su residencia a otro Estado miembro, de pagar inmediata y definitivamente, por el mero hecho del traslado, un impuesto sobre rentas ya devengadas y cuya cuota ya ha sido determinada, excede de lo necesario para alcanzar la finalidad que se persigue, aun cuando los contribuyentes que permanezcan en el territorio nacional no estén sujetos a tal obligación» (apartado 74).

También el Tribunal de Justicia admite que garantizar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros puede ser un objetivo legítimo que justifica la discriminación. Sin embargo, a juicio del Tribunal de Justicia no se ha demostrado que en este supuesto exista un conflicto entre la potestad tributaria de España y la del Estado de acogida, ni existe un problema de doble imposición ni los contribuyentes hayan podido eludir totalmente el impuesto.

Y, por último, el Tribunal de Justicia examina si la medida restrictiva española está justificada por la necesidad de preservar la coherencia del sistema tributario nacional. Sin embargo, considera que no se ha demostrado la relación directa entre la ventaja fiscal de que se trata y la compen-

sación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado. Y, en cualquier caso, la legislación española sería desproporcionada al exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos que justificarían la restricción controvertida.

Ahora bien, este razonamiento sobre el desplazamiento dentro de la Unión Europea no se aplicaría en los mismos términos al Espacio Económico Europeo. En efecto, el Tribunal de Justicia comprueba que en este ámbito no se aplican las Directivas 76/308, 77/799 y 2008/55 relativas a la asistencia mutua en materia de recaudación de impuestos ni España ha celebrado acuerdos bilaterales en esta materia con Noruega, Islandia o Liechtenstein por lo que la restricción en estos supuestos estaría justificada y sería proporcionada.

En definitiva, el Tribunal de Justicia declara el incumplimiento por España del Derecho de la Unión al imponer a los contribuyentes que trasladan su residencia a otro Estado miembro de la Unión (pero no a otro Estado del Espacio Económico Europeo) la obligación de incluir todas las rentas pendientes de imputación en la base imponible del último ejercicio fiscal en el que se les haya considerado contribuyentes residentes en España.

La ejecución forzosa de sentencias del Tribunal de Justicia tiene uno de sus últimos y más interesantes ejemplos en la *sentencia Comisión / España (Magefesa)* por la que se impone a España de una multa a tanto alzado 20 millones de euros y una multa coercitiva de 50.000 euros por cada día de retraso en la ejecución de una sentencia de 2002 relativa a la recuperación de las ayudas concedidas ilegalmente a la empresa Magefesa.

En 1989 la Comisión Europea había declarado ilegales e incompatibles con el mercado común las ayudas concedidas por el Gobierno español y por varias Comunidades Autónomas a las empresas del grupo Magefesa. En 2002 el Tribunal de Justicia dictó una sentencia en virtud de la cual declaraba el incumplimiento por España de sus obligaciones de recuperar las ayudas ilegales e incompatibles. Y, finalmente, diez años después en 2012 el Tribunal de Justicia dicta esta sentencia de ejecución que consiste en imponer una respetable multa y obliga a las autoridades españolas a adoptar, bajo la amenaza de una disuasoria multa coercitiva diaria de 50.000 euros, las medidas precisas para la recuperación de las referidas ayudas concedidas a Magefesa.

La ejecución judicial forzosa se ha centrado únicamente en el caso de Indosa que seguía operando a través de CMD y de Euskomenaje, radicadas en el País Vasco, dado que las otras empresas de Magefesa ya habían sido liquidadas. Pues bien, en 2010, fecha del requerimiento de la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia constata que Indosa no había devuelto las ayudas ilegales recibidas y que, más en particular, el Gobierno vasco no había presentado una solicitud de inclusión del crédito relativo a la restitución de

las ayudas ilegales en cuestión en la lista de acreedores del procedimiento concursal de CMD que, por lo demás, solo comprendía una parte mínima de las ayudas cuya restitución había exigido la Decisión de la Comisión de 1989 (apartado 73). De hecho, el Tribunal de Justicia explica: «la inclusión en la lista de acreedores del crédito relativo a las ayudas declaradas ilegales e incompatibles con el mercado común no basta por sí sola para hacer desaparecer la distorsión de la competencia causada de esa manera» (apartado 107).

Es muy interesante comprobar que a la hora de imponer las multas a España, el Gobierno español invocase en Luxemburgo que las ayudas ilegales en cuestión hubiesen sido concedidas por una Comunidad Autónoma por lo que debería aplicarse únicamente el porcentaje, el 6,24% del producto interior bruto español, que representa esta Comunidad Autónoma, subrayando el abogado del Estado ante el Tribunal de Justicia que el Derecho nacional obliga al Gobierno español a repercutir las sanciones que se impongan a las entidades infraestatales responsables del incumplimiento del Derecho de la Unión (apartado 91). Sin embargo, el Tribunal de Justicia puntualiza: «No cabe acoger al respecto el argumento del Reino de España de que en este caso la capacidad de pago debe reflejar la de la Comunidad Autónoma del País Vasco y no la del Estado miembro como tal. Basta recordar sobre ello que la circunstancia de que un Estado miembro haya encomendado a sus regiones la función de llevar a cabo la recuperación de una ayuda ilegal e incompatible con el mercado común no puede tener incidencia alguna en la aplicación del artículo 260 TFUE. En efecto, si bien cada Estado miembro tiene libertad para repartir como considere oportuno las competencias del poder central y del regional en el orden interno, no es menos cierto que en virtud de ese mismo artículo dicho Estado miembro es el único responsable frente a la Unión del cumplimiento de las obligaciones que resultan del Derecho de la Unión» (apartado 132).

Por último, en la *sentencia Magefesa* el Tribunal de Justicia también recuerda que, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, se modifica el desarrollo del procedimiento administrativo previo a los recursos de ejecución forzosa de sentencias declarativas de incumplimiento. En efecto, se suprime la fase del dictamen motivado por lo que el procedimiento precontencioso solo tiene una fase, a saber, la del requerimiento al Estado miembro interesado (apartados 42 y 43). En consecuencia, esta sentencia es un aviso, esperemos que económicamente disuasorio, para que las autoridades nacionales cumplan con las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión.

Al hilo, precisamente, de los recursos por incumplimiento seguidos contra España es preciso referirse brevemente a la sentencia n.º 145/2012, de 2 de julio, del Tribunal Constitucional español (*Iberdrola / Comisión Nacio-*

nal de Energía, ponente: Aragón Reyes). El Tribunal Constitucional siempre ha sido muy respetuoso con la ejecución del Derecho de la Unión Europea; de hecho, reconoce que existe una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva si un tribunal no aplica una sentencia declarativa dictada por el Tribunal de Justicia en un procedimiento por incumplimiento.

El litigio tiene su origen en la multa de 60.101,21 euros impuesta en 2007 por la Comisión Nacional de la Energía a Iberdrola por haber incrementado la participación en el capital social de una empresa del sector del gas sin la preceptiva autorización administrativa. En virtud de la sentencia, de 17 de julio de 2008, el Tribunal de Justicia había declarado en un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión que España incumplía el Derecho de la Unión al haber adoptado una normativa que exigía la autorización previa de la Comisión Nacional de Energía en la adquisición de ciertas participaciones en las empresas del sector energético. No obstante, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que conocía de la impugnación de la multa, aun cuando la rebajo a 30.000 euros, la confirmó en una sentencia de 2010.

Iberdrola acudió en amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial y por infracción del derecho a la legalidad sancionadora. El Tribunal Constitucional, después de un amplio recordatorio del efecto directo y de la primacía del Derecho de la Unión, se refiere a los efectos de las sentencias declarativas del Tribunal de Justicia y termina reconociendo: «La declaración por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de que esa norma es contraria al Derecho comunitario impone a los órganos jurisdiccionales españoles (incluido, desde luego, este Tribunal) la obligación de inaplicarla, extrayendo de esta operación jurídica las consecuencias oportunas». Lo que, finalmente, le conduce a la estimación del amparo y a la anulación de la multa administrativa.

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

1. TJ (Sala 3.^a), sentencia de 5 de julio de 2012, *Content Services* (C-49/11) (protección de los consumidores en contratos a distancia).
2. TJ (Sala 1.^a), sentencia de 12 de julio de 2012, *Comisión / España* (C-269/09) (obligaciones fiscales por traslado de la residencia de un contribuyente al extranjero).
3. TJ (Sala 2.^a), sentencia de 12 de julio de 2012, *Giovanardi y otros* (C-79/11) (indemnización a las víctimas de delitos).
4. TJ (Sala 3.^a), sentencia de 12 de julio de 2012, *Compass-Datenbank* (C-138/11) (base de datos del Registro mercantil).

5. TJ (Sala 3.^a), auto de 12 de julio de 2012, *Gennaro Currà y otros* (C-466/11) (responsabilidad durante la guerra del Ejército alemán contra nacionales italianos).
6. TJ (Sala 4.^a), sentencia de 12 de julio de 2012, *Vodafone España y France Telecom España* (C-55/11, C-57/11 y C-58/11) (tasa por la utilización del dominio público por empresas de telefonía).
7. TJ (Sala 1.^a), sentencia de 19 de julio de 2012, *International Bingo Technology* (C-377/11) (IVA y venta de cartones de bingo).
8. TJ (Sala 5.^a), sentencia de 21 de julio de 2012, *Anged* (C-78/11) (vacaciones coincidentes con una baja por enfermedad).
9. TJ (Gran Sala), sentencia de 5 de septiembre de 2012, *Rahman* (C-83/11) (libre circulación de familiares a cargo de ciudadanos de la Unión).
10. TJ (Sala 1.^a), sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Lippens* (C-170/11) (cooperación judicial civil en materia de pruebas).
11. TJ (Sala 1.^a), sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency* (C-619/10) (ejecución de decisiones judiciales civiles).
12. TJ (Sala 3.^a), sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Deutsches Weintor* (C-544/10) (etiquetado del vino y libertad de empresa).
13. TJ (Sala 2.^a) sentencia de 4 de octubre de 2012, *Byankov* (C-249/11) (ciudadanía de la Unión y libre circulación de personas).
14. TJ (Sala 3.^a), sentencia de 4 de octubre de 2012, *Rodríguez Cachafeiro y otros / Iberia* (C-321/11) (denegación de embarque y cancelación de vuelo).
15. TJ (Gran Sala), sentencia de 16 de octubre de 2012, *Comisión / Austria* (C-614/10) (independencia de la autoridad nacional de control de datos personales).
16. TJ (Gran Sala), sentencia de 16 de octubre de 2012, *Hungría / Eslovaquia* (C-364/10) (libre circulación de los Jefes de Estado en la Unión Europea).
17. TJ (Sala 3.^a), sentencia de 18 de octubre de 2012, *Football Dataco* (C-173/11) (reutilización de bases de datos en distintos países).
18. TJ (Sala 6.^a), sentencia de 18 de octubre de 2012, *Purely Creative* (C-428/11) (prácticas comerciales desleales y premios con gastos).
19. TJ (Gran Sala), sentencia de 23 de octubre de 2012 (*Nelson / Lufthansa y otros* (C-581/10 y C-629/10) (derecho de compensación por retraso de vuelo).
20. TJ (Gran Sala), sentencia de 23 de octubre de 2012, *Marqués Almeida* (C-300/10) (responsabilidad civil en accidente de automóvil).
21. TJ (Sala 4.^a), sentencia de 25 de octubre de 2012, *Prete* (C-367/11) (libre circulación de personas y subsidio de desempleo).
22. TJ (Gran Sala), sentencia 6 de noviembre de 2012, *Otis NV y otros* (C-199/11) (tutela judicial y reclamación por daños causados a la Unión por un cártel).

23. TJ (Pleno), sentencia de 6 de noviembre de 2012, *Pringle* (C-370/12) (Mecanismo Europeo de Estabilidad).
24. TJ (Gran Sala), sentencia de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation contra Commissioners of Inland Revenue* (C-35/11) (derecho de sociedades y libertades económicas).
25. TJ (Sala 3.^a), sentencia de 8 de noviembre de 2012, *Yoshikazu Iida* (C-40/11) (ciudadanía de la Unión y derechos de los nacionales de países terceros).
26. TJ (Sala 3.^a), sentencia de 22 de noviembre de 2012, *Cuadrench Moré / KLM* (C-139/11) (plazo para recurrir la denegación de embarque aéreo).
27. TJ (Sala 3.^a), sentencia de 22 de noviembre de 2012, *Espada Sánchez y otros / Iberia* (C-410/11) (responsabilidad de la compañía aérea por pérdida de equipaje).
28. TJ (Sala 8.^a), sentencia de 22 de noviembre de 2012 *Elbal Moreno / Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social* (C-385/11) (jubilación de trabajadores a tiempo parcial y discriminación por razón de sexo).
29. TJ (Sala 3.^a), sentencia de 22 de noviembre de 2012, *Probst* (C-119/12) (comunicaciones electrónicas y protección de datos personales).
30. TJ (Sala 1.^a), sentencia de 6 de diciembre de 2012, *Sagor* (C-430/11) (sanción de los inmigrantes).
31. TJ (Gran Sala), sentencia de 11 de diciembre de 2012, *Comisión / España (Magefesa)* (C-610/10) (multas por no recuperar ayudas ilegales).
32. TJ (Gran Sala), sentencia de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (C-226/11) (acuerdos de menor importancia y aplicación nacional del Derecho europeo de la competencia).