

CRÓNICA SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE LA UE EN ESPAÑA (2014)

Carlos Teijo García* y Carlos Durán Suárez**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. III. EL PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES PREJUDICIALES. IV. LA APLICACIÓN DE ALGUNOS DE LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES QUE REGULAN LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE LA UE Y EL DERECHO ESPAÑOL: PRIMACÍA, EFECTO DIRECTO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

I. INTRODUCCIÓN

La crónica sobre la aplicación judicial del derecho de la UE en España tiene un carácter informativo, más que doctrinal. Teniendo en cuenta la fuerza expansiva del derecho de la UE, su creciente invocación cotidiana ante los tribunales internos responsables del control de su aplicación y las trabas metodológicas a las que aboca un rastreo exhaustivo de la normativa comunitaria en las bases de datos sobre jurisprudencia española, hemos optado por articular la presente crónica desde un enfoque eminentemente ilustrativo. Esta no pretende ser, por tanto, una revisión exhaustiva de las sentencias dictadas por tribunales españoles aplicando el derecho de la UE.

Desde esa perspectiva, la crónica da cuenta de las principales aportaciones realizadas por los distintos tribunales, enfocándose en particular sobre las resoluciones procedentes de las instancias judiciales superiores (salvo contadas excepciones, las sentencias reseñadas pertenecen al TC, al TS y a los diversos TSJ) y, dentro de ese horizonte, sobre aquellas en las que se visualizan con mayor nitidez los principios reguladores de la relación entre el ordenamiento comunitario y el español. El trabajo aparece estructurado en tres grandes apartados: a) La aplicación del derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional; b) El planteamiento de las cuestiones prejudiciales; y c) La aplicación de algunos de los principios estructurales que regulan las relaciones entre el Derecho de la UE y el derecho español, esto es, primacía, efecto directo y responsabilidad patrimonial.

* Profesor Contratado Doctor. Universidad de Santiago de Compostela.

** Becario predoctoral. Universidad de Santiago de Compostela.

II. LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El primer ámbito de actuación del TC sobre el que se proyecta la aplicación del Derecho comunitario es el de la *protección de los derechos fundamentales*. De entre toda la jurisprudencia constitucional de 2014 que cuenta con referencias a las normas de la UE el espacio central lo ocupa, sin duda, la recepción de la sentencia *Melloni* del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013¹ que se ha materializado mediante la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2014, de 13 de febrero que resuelve un recurso de amparo² en el cual el recurrente alegaba una vulneración “indirecta” del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española al entender que “*acceder a la extradición a países que, en caso de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa, constituye una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías*”. Esta sentencia es uno de los casos de referencia para el análisis del nuevo marco de protección multinivel de los derechos fundamentales que se está articulando en Europa³.

Los hechos objeto del litigio se remontan a 1996 cuando la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró procedente la extradición a Italia de un ciudadano italiano, con la finalidad de que fuera juzgado por los hechos que se recogían en dos órdenes de detención emitidas en junio de 1993 por el Tribunal de Ferrara. De dos resoluciones posteriores a este Auto se deriva que el recurrente se dio a la fuga, de modo que no llegó a ser entregado a Italia. Mediante Decreto, en marzo de 1997 el Tribunal de Ferrara declaró en estado de rebeldía al demandante de amparo y acordó que las notificaciones fueran efectuadas en lo sucesivo a los abogados de su confianza que éste ya había designado. De este modo, mediante sentencia de 21 de junio de 2000 del Tribunal de Ferrara (posteriormente confirmada por sentencia de 14 de marzo de 2003 del Tribunal de Apelación de Bolonia), el demandante fue condenado en rebeldía como autor de un delito de quiebra fraudulenta a la pena de diez años de prisión, interviniendo en ambas estancias los letrados de confianza nombrados por el recurrente, a los que se les notificó el Decreto para la apertura del juicio oral previo a la condena así como la orden europea de detención y entrega número 271/2004, dictada el 8 de junio de 2004 por la Fiscalía General de la República ante el Tribunal de Apelación de Bolonia, a resultas de la cual se inició el procedimiento que dio lugar al proceso de amparo constitucional ahora analizado. En cumplimiento de esa orden el recurrente fue detenido por la Policía Española, tras lo cual, el 1 de agosto de 2008, el Juzgado Central de Instrucción número 6 incoó el procedimiento de orden de detención y entrega

¹ Asunto C-399/11.

² Recurso de amparo número 6922/2008 contra el Auto de 12 de septiembre de 2008, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Primera), por el que se acuerda la entrega del recurrente a las autoridades italianas para el cumplimiento de condena dictada por el Tribunal de Apelación de Bolonia, en el marco de una orden europea de detención y entrega número 157/2008.

³ Sarmiento, D., “Who's afraid of the Charter?. The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”, *Common market law review*, Vol. 50, Nº 5, 2013, págs. 1267-1304

pertinente, acordando este mismo Juzgado mediante Auto de 2 de agosto de 2008 elevar la cuestión a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El recurrente se opuso a la entrega aduciendo, en primer lugar, que en la fase de apelación había designado otro abogado, revocando el nombramiento de los dos anteriores, a pesar de lo cual se les continuó dirigiendo a ellos las notificaciones. Y en segundo lugar, alegó que la ley procesal de Italia no establecía la posibilidad de recurrir las condenas dictadas en ausencia, por lo que la orden europea de detención y entrega debería, en su caso, condicionarse a que Italia garantizase un recurso contra la Sentencia. Por último en lo relativo a los hechos, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante el Auto de 12 de septiembre de 2008, impugnado en amparo, desestimó sus alegaciones acordando la entrega del recurrente a las autoridades italianas para el cumplimiento de la condena que le fue impuesta por el Tribunal de Ferrara, como autor de un delito de quiebra fraudulenta al considerar que el demandado se había situado voluntariamente en rebeldía.

En su recurso de amparo, el demandante, además de alegar, como ya se ha indicado, la violación del artículo 24.2 CE, sostuvo que el Auto impugnado se había separado de la doctrina del TC sobre la materia, conforme a la cual, en el caso de las condenas por delitos graves impuestas en ausencia del acusado, la entrega se habría de condicionar a la posibilidad de revisión de la Sentencia, citando a tal efecto las STC 91/2000, de 30 de marzo⁴ y la STC 177/2006, de 5 de junio. A lo cual se opuso el fiscal en su escrito de alegaciones considerando que conforme a la doctrina contenida en ambas sentencias “*la Constitución no proscribe la condena en ausencia, ni tan siquiera en los supuestos de delito grave, sino que sólo la supedita a que exista la posibilidad de una impugnación posterior*”, algo que a su entender sí había existido en el presente supuesto, indicando además, que en lo relativo a la orden europea de detención, no cabe hacer ningún reproche frente a toda resolución que recoja la posibilidad de impugnar la condena de acuerdo con la STC 177/2006, posibilidad esta contemplada por el artículo 175 del Código Procesal Italiano, no cabiendo por tanto aducir indefensión material cuando quien la alega no ha observado la debida diligencia en la defensa de sus derechos.

En trámite de alegaciones, el recurrente, además de reiterar los argumentos ya expuestos, añadió que si bien ni la Decisión Marco del Consejo relativa a la orden europea de detención y entrega ni la Ley que la traspone⁵ establecen como requisito indispensable el condicionar la entrega a la posibilidad de revisión de la condena, ello no significa que pueda ignorarse la exigencia derivada del contenido esencial del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

⁴ De acuerdo con la misma, constituiría una vulneración “indirecta” de las exigencias dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE que se proyectan *ad extra*, la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa, puesto que esto menoscabaría el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana (FJ 14).

⁵ Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

Una vez el Pleno recabó para sí el conocimiento del recurso de amparo, y tras dar audiencia a las partes, el Tribunal acordó mediante Auto de 9 de junio de 2011 suspender la tramitación del recurso y plantear al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales –las primeras en la historia del TC– al entender que “*el canon de control que debemos aplicar para enjuiciar la constitucionalidad del Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008 , por el que se autorizó la entrega del demandante de amparo a las autoridades italianas, ha de ser integrado a partir, entre otras, de las normas de Derecho de la Unión Europea que protegen los correspondientes derechos fundamentales, así como de las que regulan la orden europea de detención y entrega, de donde deriva claramente la trascendencia constitucional de la interpretación que haya de darse a esas disposiciones del Derecho de la Unión*”⁶.

En su sentencia de 26 de febrero de 2013, el TJUE (Gran Sala) declaró que:

«1) *El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002 , relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 , debe interpretarse en el sentido de que se opondrá a que, en los supuestos previstos en esa disposición, la autoridad judicial de ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro[s] emisor.*

2) *El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 , en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299 , es compatible con las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de Unión Europea .*

3) *El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución»⁷.*

⁶ En concreto, las cuestiones planteadas fueron las siguientes: «1ª. El Art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?; 2ª. En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el artículo 48, apartado 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?; 3ª. En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el artículo 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta , a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?».

⁷ Asunto C-399/11.

Dispuesto lo anterior, el TC señala en su razonamiento jurídico que al hallarnos ante un caso en el que, de acuerdo con el principio de primacía, se ha de acudir al Derecho de la Unión para la delimitación del contenido del derecho a un proceso justo con todas las garantías que despliega eficacia *ad extra*, esto es, las facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras pueden dar lugar a una vulneración indirecta en caso de que se acuerde una entrega sin condicionamiento, la doctrina del TC sobre la materia habría de completarse con las normas de Derecho Europeo que protegen los correspondientes derechos fundamentales, así como con aquellas que regulan la orden europea de detención y entrega, ya que es el propio Derecho de la Unión el marco de validez al que se han de ajustar las normas comunitarias, *“si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos”* (STC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2).

De este modo, entiende el TC que para precisar cuáles son en concreto los derechos, facultades o facetas del contenido absoluto de un derecho fundamental cuya lesión determina una vulneración indirecta de aquel por parte de los poderes públicos españoles, deben tenerse en cuenta los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y libertades públicas ratificados por España, de modo que la doctrina del TC sobre la materia (anteriormente señalada), debía en este caso ser revisada conforme a la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea habían realizado del contenido del derecho a un proceso equitativo recogido tanto en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la presencia del acusado en el juicio es un derecho básico de éste, pero no se infringe el art. 6 CEDH cuando el acusado, debidamente emplazado, decida libremente renunciar a su presencia en el juicio, y siempre que cuente durante el mismo con la asistencia de Abogado para la defensa de sus intereses⁸. Mientras que por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que *“en lo que atañe al alcance del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47 de la Carta y de los derechos de la defensa garantizados por el artículo 48, apartado 2, de ésta, se ha de precisar que, aunque el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, aquel derecho no es absoluto”*⁹.

Así, entiende el TC que no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio consta que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por letrado designado, por lo que desestima el amparo solicitado.

⁸ STEDH Pelladoah c. Países Bajos, de 22 de septiembre de 1994, párr. 40; y en el mismo sentido, SSTDH Poitrimol c. Francia, de 23 de noviembre de 1993, párr. 35; Lala c. Países Bajos, de 22 de septiembre de 1994, párr. 33; Van Geyseghem c. Bélgica, de 21 de enero de 1999, párr. 34.

⁹ Sentencia de 6 de septiembre de 2012, Trade Agency, C-619/10, Rec. p. I-0000, apartados 52 y 55.

La fundamentación jurídica de la STC es controvertida. El TC no aplica el principio de la primacía del Derecho de la Unión, ni en consecuencia el sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE. Por el contrario, utiliza el art. 10.2 CE para reinterpretar el contenido absoluto de este derecho de conformidad con la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, rebajando el nivel de garantías en los casos de orden europea, pero también de extradición¹⁰. Precisamente sobre la discutible fundamentación de la sentencia inciden los tres votos particulares formulados a la misma de los Magistrados Adela Asua, Encarnación Roca y Andrés Ollero, que a pesar de compartir el sentido del fallo, discrepan de los razonamientos jurídicos del mismo.

En ese sentido, da la sensación de que el Tribunal Constitucional no acaba de sentirse cómodo en su condición de juez de la Unión, condición que deriva del propio planteamiento de una cuestión prejudicial. Como se ha señalado al respecto, el TC “una vez que decidió dirigirse al Tribunal de Justicia de la Unión, tenía que resolver el recurso de amparo aplicando las normas del derecho de la Unión según fueron interpretadas, a su impulso, por el mencionado órgano jurisdiccional (...) como todos los jueces españoles en su condición de jueces de la Unión, el Tribunal Constitucional estaba obligado a resolver el litigio (en el caso, el recurso de amparo) aplicando a los hechos que estaban en su base las normas europeas que lo regían, según la interpretación suministrada por el Tribunal de Justicia. Y ello, porque desde la Norma Fundamental así se lo impone el art. 93, sin necesidad de echar mano del art. 10.2, que constituye una herramienta exegética para determinar el alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución reconoce, y no un cauce para asumir y aplicar normas jurídicas que forman parte del sistema de fuente al que el órgano jurisdiccional está sujeto. Da la impresión de que el Tribunal Constitucional ha acogido de mala gana la solución que deriva de la respuesta exegética del Tribunal de Justicia, aceptándola con la boca pequeña”¹¹.

En el mismo ámbito de la tutela de derechos fundamentales, merece también la pena destacar la relevancia de la STC 212/2014 de 18 de diciembre de 2013, que resuelve el recurso de amparo 4007/2012 presentado contra la Sentencia de 12 de enero de 2012 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. El supuesto de hecho es el siguiente: la demandante de amparo participó en tres concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo vacantes convocados por las Consejerías de Cultural y Medioambiente de la Junta de Andalucía sin que le fuese asignado ninguno de los puestos de trabajo solicitados al no haberle sido computados, a efectos de antigüedad, los diferentes servicios prestados para la Administración de la Junta de Andalucía en calidad de funcionaria interina dado que para la resolución de los concursos sólo se tuvo en cuenta la antigüedad generada como funcionario de carrera, de acuerdo con las bases de la convocatoria. Debido a lo anterior, la recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo contra las órdenes resolutorias de los

¹⁰ MARTÍN RODRÍGUEZ, PABLO J. “Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 48, Mayo/Agosto 2014

¹¹ HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín, “La sentencia del Tribunal Constitucional 26/2014 (Melloni)”, *Revista de Jurisprudencia*, número 1.

concursos alegando, entre otros motivos, la contravención del apartado 4º de la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al acuerdo marco CES, la UNICE y el CEEP, sobre trabajo de duración determinada, conforme al cual “*los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas*”.

Tras serle desestimado el recurso por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Sevilla y posteriormente por la sentencia la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía dictada en apelación, la recurrente interpuso incidente de nulidad de actuaciones contra dicha sentencia indicando que a este supuesto debía serle de aplicación lo dispuesto por la STJUE de 8 de septiembre de 2011 en el asunto *Rosado Santana*¹², en cuya virtud se delimitó el contenido y alcance de la cláusula 4, apartado 4º, del acuerdo marco incorporado en la Directiva 1999/70, al resolver la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en relación con el cómputo de la antigüedad generada en calidad de funcionario interino; o, en su defecto, que el Tribunal de apelación debió plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme a lo previsto en el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Por lo que no habiendo actuado el Tribunal de ninguna de las maneras señaladas, la demandante considera que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el art. 24.1 CE al haber incurrido el órgano judicial en error manifiesto o arbitrariedad al seleccionar la norma aplicable, lo que se traduce en una motivación irrazonable y en un apartamiento del sistema de fuentes preestablecido, así como al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley al no haber planteado el Tribunal de Apelación cuestión prejudicial ante el TJUE, a lo cual estaba obligado de conformidad con lo previsto en el art. 267 TFUE (art. 24.2 CE). En consecuencia, la demandante interesa que se declare la nulidad de las actuaciones, con la consiguiente retroacción para que se dicte resolución acorde con la doctrina a que se ha hecho mención o, en su caso, sea planteada cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Al serle denegada su petición por el Tribunal de Apelación mediante Auto, la demandante decide recurrir la sentencia dictada en apelación y el auto desestimatorio en amparo ante el TC.

En relación con la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, el TC se remite a una sentencia anterior¹³ comprensiva de su doctrina al respecto en la que afirma que “*el art. 24 CE impone a los órganos judiciales "no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (STC 8/2005, de 17 de enero). En esa misma doctrina constitucional también hemos señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE "no incluye un pretendido derecho*

¹² Asunto C-177/2010

¹³ STC 27/2013, de 11 de febrero (FJ 5), que ya fue objeto de revisión crítica en estas páginas, cf. TEIJO GARCÍA, C. Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea en España (2013), REEI, N.º. 26, 2013, en págs.2-5.

al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales distintos al de tutela judicial efectiva (recientemente, entre otras, SSTC 3/2011, de 14 de febrero, FFJJ 3 y 5; y 183/2011, de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 7). Y que la simple discrepancia de las partes con una resolución judicial, aun fundada en otra interpretación posible de la legalidad aplicada, incluso por plausible que ésta resulte, no convierte el correspondiente razonamiento judicial en arbitrario o manifiestamente irrazonable ni, menos aún, obliga a este Tribunal a elegir entre las interpretaciones posibles cuál es la que debe prevalecer (SSTC 59/2003, de 24 de marzo, FJ 3; 221/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; 140/2005, de 6 de junio, FJ 5; y 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 5)". Por lo tanto, traduciendo estas palabras a términos prácticos, el hecho de que los tribunales yerren manifiestamente en la aplicación del Derecho de la UE –aun cuando exista una clarísima jurisprudencia en la materia aplicable al asunto en cuestión- no supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Mientras que en lo relativo a una posible vulneración del artículo 24.2 de la Constitución al no haberse planteado la cuestión prejudicial ante el TJUE, el TC sostiene que *"la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es... una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales"* (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4) porque, *"a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, 133/1987, 119/1991, y 111/1993), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio"* (SSTC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2). Por este motivo hemos afirmado que, *"sin perjuicio de que el art. 177 TCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991 y 64/1991), ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita"* (STC 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y en el mismo sentido SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y ATC 296/1993, de 4 de octubre, FJ 2). En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE –al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE– no implica per se la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento."

De este modo, al entender el TC que la sentencia del Tribunal de apelación se hallaba debidamente motivada, no incurriendo en arbitrariedad ni adoleciendo de falta de razonabilidad, el TC insiste en que no es de su competencia el juzgar el eventual acierto o desacierto de la decisión adoptada, por lo que considera que en este caso no se produjo una violación del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art.

24.1 CE. Mientras que por su parte, y en base a la doctrina ya consolidada, señala que tampoco se produjo en este caso una violación del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del artículo 24.2 CE, ya que no le consta al Tribunal que el órgano de apelación haya tenido dudas sobre la necesidad de plantear o no cuestión prejudicial sobre los extremos indicados por la recurrente, pese a la opinión del fiscal al respecto¹⁴. De este modo procede a denegar el amparo solicitado.

Frente a esta posición del TC, la Magistrada Adela Asúa formuló un voto particular a la sentencia de acuerdo con el cual considera que la sentencia debió otorgar el amparo solicitado al considerar que en el presente caso se habían producido tanto una violación del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión como del derecho a un juez predeterminado por la ley al entender que a pesar de que podría resultar ya de por sí insuficiente el razonamiento dado por el Tribunal de apelación limitándose a resaltar la diferente significación de la antigüedad en el concurso de méritos del que trae causa el recurso de amparo y el proceso de promoción interna analizado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 8 de septiembre de 2011, pero sin ofrecer ninguna razón que explicitara por qué desde la óptica de la Directiva 1999/70 la antigüedad obtenida como funcionario interino merece un tratamiento diferente según se trate de un concurso de méritos o un procedimiento de promoción interna, resultaba evidente que al haber la recurrente interpuesto el posterior incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia de apelación, en los concretos términos en que aquel fue fundamentado, indicando que se había producido una preterición en el sistema de fuentes, y solicitando el planteamiento de la cuestión prejudicial, el órgano judicial tuvo la oportunidad de remediar esa situación de indefensión generada o, alternativamente, de justificar su decisión de no planteamiento de la cuestión prejudicial con arreglo a las condiciones establecidas en el art. 267 TFUE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y no lo hizo, limitándose a indicar en su Auto de respuesta que *“La petición de la recurrente no puede ser acogida: Entiende que al caso presente existían dudas interpretativas para plantear la cuestión prejudicial, pero en ningún caso que no se planteara implica vulneración alguna del art. 24 C.E. ni que ello cause indefensión alguna”*. Es por ello que entiende la Magistrada que el Auto que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), así como el derecho del recurrente a una motivación pertinente conforme a los criterios aplicables a

¹⁴ En su escrito de alegaciones al recurso de amparo presentado, el Fiscal entendía que el órgano judicial mantuvo una postura contradictoria, puesto que en el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones reconoció la existencia de dudas interpretativas que, sin embargo, no reflejó en la Sentencia frente a la cual se interpuso el incidente de nulidad. En base a lo expuesto, el Fiscal considera que el Auto de fecha 13 de abril de 2012 no alcanza el estándar de motivación exigido para la resolución de los incidentes de nulidad, pues se limita a declarar de manera apodíctica la inexistencia de lesión. Por otro lado, el reconocimiento de las dudas interpretativas obliga al órgano judicial a plantear cuestión prejudicial de acuerdo con lo establecido en el art. 267 TFUE y, al no haberlo hecho, aquél desconoció la garantía establecida en el referido Tratado y, por ende, vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE. Finalmente, el Fiscal interesó se dicte Sentencia que reconozca la lesión de los derechos fundamentales enunciados y que ordene la retroacción de las actuaciones al momento anterior a que fuera dictada la Sentencia resolutoria del recurso de apelación a fin de que el órgano judicial resuelva conforme al contenido de los derechos fundamentales vulnerados.

la problemática del planteamiento de la cuestión prejudicial europea y correlativamente su derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

En la jurisprudencia del TC durante 2014 aparecen también referencias al Derecho comunitario, si bien tienen un carácter fundamentalmente contextual y una relevancia limitada, al hilo de asuntos relacionados con la *delimitación de títulos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas*. En este sentido, el desarrollo normativo y la ejecución de la legislación comunitaria y su interacción con la normativa estatal de carácter básico ha continuado presente en la práctica del TC de este año. En este sentido cabe señalar la STC 215/2014 de 18 de diciembre de 2014 desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad¹⁵ interpuesto por el Gobierno de Canarias contra los artículos 10.3, 11.6, 12.3, 16, 19, 20.3, 24, 25.2 y 26, así como contra las disposiciones adicionales segunda y tercera, todos ellos de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. En lo que nos interesa, el Gobierno Canario recurre la constitucionalidad de la disposición adicional segunda de la Ley¹⁶, relativa a la responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario en supuestos de competencia material autonómica, que atribuye a un órgano estatal, el Consejo de Ministros, la competencia para declarar la responsabilidad del citado incumplimiento. Para el Gobierno Canario dicha disposición incurre en cuatro vicios: en primer lugar, que el presupuesto de hecho de la traslación de la responsabilidad se impone al Reino de España mediante un procedimiento en el que la Administración a la que se imputa la responsabilidad no ha sido oída y constituye, o puede constituir, el título ejecutivo suficiente para actuar contra sus bienes, violándose su derecho a la tutela judicial efectiva; en segundo lugar, que cuando la responsabilidad deriva del ejercicio de competencias propias, el hecho de que sea el Consejo de Ministros el que declare la responsabilidad por dicho incumplimiento, no sólo vulnera su autonomía financiera sino que supone un desconocimiento de la doctrina constitucional sobre las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (STC 45/2001, de 15 de febrero, FJ 7); en tercer lugar, que estamos en presencia de una disposición con un contenido que no queda amparado en el art. 135 CE y que no ha de formar parte de una ley orgánica cuyo objeto es desarrollar los principios de estabilidad presupuestaria; y, en último lugar, con relación a la concreta medida de compensación de créditos que contempla la disposición ahora impugnada, entiende que no resulta procedente por no ser los créditos líquidos, vencidos y exigibles, sin que resulte suficiente el acuerdo del Consejo de Ministros.

En relación a la primera de las alegaciones, comienza el TC su razonamiento jurídico indicando que son los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea los que tiene la obligación, de acuerdo con el art. 126.1 TFUE, de evitar los déficits excesivos y

¹⁵ Recurso de inconstitucionalidad 557/2013.

¹⁶ Durante la sustanciación del proceso la Disposición Adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2012 ha sido modificada por el artículo 1º de la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de noviembre, de control de la deuda comercial en el sector público para extender la responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea a la derivada del incumplimiento de los tratados o de los convenios internacionales de los que España sea parte. Dicha modificación no ha afectado, no obstante, al objeto del recurso de inconstitucionalidad.

asumir la obligación de asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (art. 4.3 TUE), por lo que es al Gobierno del Estado español al único a quien se puede someter a procedimiento de déficit excesivo y a quien, en su caso, se le puede exigir la responsabilidad por el incumplimiento, con independencia de que la causa u origen de la misma se halle en la Administración central, en la regional o en la local, o en la suma de algunas de ellas. Sentado lo anterior, continúa el Tribunal, indicando que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en cuanto poder jurídico que tienen los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto, tiene su lugar propio de satisfacción en un proceso judicial, siendo los Jueces y Tribunales los únicos que han de otorgar la tutela judicial efectiva (SSTC 101/2006, de 5 de abril, FJ 6; y 113/2006, de 5 de abril, FJ 6), por lo que no puede sostenerse que la falta de audiencia a la Comunidad Autónoma eventualmente responsable del incumplimiento, o de parte del mismo, en el procedimiento seguido ante las instituciones comunitarias, lesione su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que este se satisface, protege y garantiza en el seno del correspondiente proceso judicial ante los Jueces y Tribunales españoles, en el que se controle, en su caso, la resolución del Consejo de Ministros por la que se atribuye la responsabilidad.

En segundo término, en relación a la pretendida vulneración de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, dispone el Alto Tribunal que la previsión del art. 93 CE no constituye “*por sí sola un título competencial autónomo a favor del Estado que pueda desplazar o sustituir la competencia autonómica*” (SSTC 80/1993, de 8 de marzo, FJ 3; y 45/2001, de 15 de febrero, FJ 7), y teniendo en cuenta que las normas del Derecho de la Unión no alteran las reglas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias (SSTC 236/1991, de 12 de diciembre, FJ 9; 79/1992, de 28 de mayo, FJ 1; y 45/2001, de 15 de febrero, FJ 7), su ejecución le corresponde, entonces, «a quien materialmente ostente la competencia» (STC 236/1991, de 12 de diciembre, FJ 9). La previsión impugnada no contempla, sin embargo, la traslación *ad intra* de normas del Derecho de la Unión, sino la distribución de una responsabilidad cuya asunción *ad extra* corresponde en exclusiva al Estado (en virtud de lo dispuesto en el art. 3 del protocolo núm. 12 TFUE). Por este motivo, la atribución al Consejo de Ministros de la competencia para declarar la concreta responsabilidad individual derivada del incumplimiento de las normas de Derecho de la Unión Europea, no es lesiva de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas del art. 137 CE.

Y en tercer lugar –y último a efectos de lo que en esta crónica interesa–, alega el Gobierno canario que el contenido de la disposición impugnada no se ve amparado por el artículo 135 CE, por lo que este no ha de formar parte de una Ley Orgánica cuyo objeto es desarrollar los principios de estabilidad presupuestaria. El TC rechaza también este motivo sobre la base de que el art. 135.5 CE reserva a una ley orgánica la regulación de “la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria” [letra c)], lo que incluye el reparto de responsabilidades entre las diferentes Administraciones públicas, tanto por el incumplimiento de los mandatos constitucionales, como por el desconocimiento de los límites señalados en el Derecho de la Unión.

Por otro lado ha de retenerse que más allá de la impugnación concreta de la constitucionalidad de la Disposición Adicional segunda recién analizada, el TC, al hilo de la discusión de si mediante la Ley impugnada se produce o no una violación del principio de reserva de Ley Orgánica para regular estas materias de acuerdo con el artículo 135 CE, realiza en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia una aproximación al marco normativo en el que se desenvuelve el proceso constitucional, fundamentalmente desde la óptica del Derecho de la Unión Europea y del principio de primacía del que este goza sobre el Derecho nacional, habida cuenta de que la modificación del artículo 135 CE y la posterior adopción de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, son una consecuencia directa de la normativa comunitaria adoptada en materia de control del déficit público. En concreto, entiende el TC que la remisión hecha por la Ley a la normativa comunitaria de estabilidad presupuestaria no infringe la reserva de Ley orgánica del artículo 135 debido a la aplicación del principio de competencia y de primacía del Derecho comunitario en este ámbito, pero ha de señalarse la existencia de un voto particular en sentido contrario formulado por los Magistrados Adela Asua, Luis Ignacio Ortega, Encarnación Roca, Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol, de acuerdo con el cual los citados Magistrados entienden sí se infringe la reserva de ley orgánica establecida por el artículo 135.5 CE al aceptarse “la remisión en blanco” como técnica constitucionalmente admisible en el ámbito de dicha reserva al remitirse sin más a la aplicación de la metodología utilizada por la Comisión Europea en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria, señalando así que aquí no nos hallamos ante un problema de competencia, sino de forma, relativo a las fuentes del Derecho.

Por su parte, en las SSTC 20/2014 de 10 de febrero y 161/2014 de 7 de octubre se cuestiona el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas (en ambos casos la Comunidad Autónoma de Cataluña) en materia de medio ambiente.

En la primera de ellas, la STC 20/2014 de 10 de febrero, se plantea un conflicto positivo de competencias¹⁷ promovido por la Generalitat de Cataluña contra el artículo único y, por conexión, contra el último inciso de la disposición transitoria única, la disposición final primera, en la referencia que hace al título competencial del art. 149.1.23 CE¹⁸, la disposición final segunda y la disposición final tercera del Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 339/1993, de 8 de febrero de 1993.

La Generalitat entiende que el conjunto de preceptos impugnados invaden su competencia ejecutiva en materia de medio ambiente (arts. 144 y 111 del Estatuto de

¹⁷ Conflicto positivo de competencias número 2511/2011

¹⁸ Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.

Autonomía de Cataluña) al designar a la Entidad Nacional de Acreditación como único organismo nacional de acreditación de verificadores medioambientales. Antes de analizar los fundamentos jurídicos de la sentencia conviene precisar que el Real Decreto 1715/2010 responde al nuevo marco comunitario constituido por el Reglamento (CE) 765/2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia de mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) 339/1993. En lo relativo a la acreditación, el citado Reglamento diseña, en el ámbito comunitario, el marco en el que ha de desarrollarse la actividad de acreditación en los Estados miembros, y establece una serie de obligaciones para éstos, entre las que destaca la necesidad de que en los mismos no exista más de un organismo nacional de acreditación al que encomendar el ejercicio de la actividad de acreditación al servicio del interés general. Todo ello con el fin de garantizar que los organismos que actúan en el ámbito de la acreditación lo hacen cumpliendo ciertos requisitos mínimos relativos al ejercicio de dicha actividad y conforme a unos principios de funcionamiento y organización comunes, al objeto de posibilitar que todos los Estados miembros confíen en los certificados de conformidad emitidos por organismos de evaluación de la conformidad acreditados para ello en cualquier Estado miembro, sin necesidad de acreditarse necesariamente en el que desarrollen su actividad.

Acontece en este supuesto que el TC ya resolvió en su día un conflicto sustancialmente idéntico en su STC 33/2005 de 17 de febrero, determinando en primer lugar que la designación de la Entidad Nacional de Acreditación como entidad de acreditación afecta a más ámbitos que el medioambiental, por lo que así interpretada la norma no invadiría competencia autonómica (FFJJ 8 y 9) y; en segundo lugar, que la atribución a la Administración General del Estado de la facultad para designar entidades de acreditación de verificadores medioambientales, y la efectiva designación de ENAC como entidad de acreditación vulneran el orden constitucional de competencias, de acuerdo con lo previsto en los arts. 149.1.23 CE y 10.1.6 EAC (FJ 11).

De este modo, y partiendo de la premisa de que *“la traslación al ordenamiento interno de este Derecho supranacional no afecta a los criterios constitucionales de reparto competencial, que no resultan alterados ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias”* (STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9), el TC declara que en cuanto el Real Decreto 1715/2010 designa a la ENAC como único organismo nacional de acreditación, está dando cumplimiento al derecho de la Unión Europea sin que tal designación lleve consigo una competencia universal que abarque también en este caso la correspondiente al ámbito medioambiental (único que plantea controversia competencial), por lo que al no regular el precepto recurrido la acreditación de los verificadores medioambientales, no vulnera las competencias de la Generalitat de Cataluña al respecto.

No obstante, a pesar de lo anterior, el TC dispone que al circunscribirse el objeto del Real Decreto 1715/2010 a la acreditación de organismos de evaluación de conformidad distintos de los verificadores ambientales, el título competencial habilitante en el ámbito

de la seguridad industrial es el art. 149.1.13 CE¹⁹, y no el art. 149.1.23 CE que invoca la disposición final primera, motivo por el cual esta es declarada inconstitucional y nula.

La segunda de las sentencias en la que se cuestiona el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas es la STC 161/2014 de 7 de octubre de 2014, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad²⁰ interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra la disposición final primera de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, en cuanto declara aplicables al art. 4.2 y 3, y a las disposiciones adicionales segunda y tercera los títulos competenciales del art. 149.1.13, 20, 21 y 24 CE²¹, y en la medida en que declara básicos los arts. 10.2, 12.1 y 3, 13 a), y 15.3, así como la disposición adicional séptima. Considera el recurrente que la materia en la que deben quedar encuadradas las actuaciones reguladas es la de medio ambiente, por lo que el título estatal que podría amparar la regulación sería el del art. 149.1.23 CE, de manera que la atribución al Estado de funciones ejecutivas en una materia en la que la competencia de ejecución corresponde a la Comunidad Autónoma, supone una extralimitación competencial. Por lo que se refiere al otro aspecto, se discute la remisión que los preceptos reseñados, declarados básicos, realizan a una posterior regulación reglamentaria en cuanto a extremos respecto de los que, a juicio del Parlamento de Cataluña, no se encontraba justificada tal remisión, pudiendo haberlos regulado la propia Ley. En cuanto a lo que se refiere a la aplicación del Derecho de la UE en esta sentencia, simplemente se debe señalar que la Ley del ruido responde en buena medida a la labor de trasposición de la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental; reiterando el TC en el FJ 3º que la normativa comunitaria puede ser utilizada como elemento interpretativo útil para encuadrar materialmente la cuestión. Según doctrina constitucional reiterada (SSTC 115/1991, de 23 de mayo; 236/1991, de 12 de diciembre; 117/1992, de 16 de septiembre; 80/1993, de 8 de marzo, y 13/1998, de 22 de enero, entre otras), el Derecho comunitario no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponde el ejercicio de las competencias implicadas, pero prestarle atención “*puede ser no sólo útil, sino incluso obligado para proyectar correctamente ... el esquema interno de distribución competencial*”.

¹⁹ Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

²⁰ Recurso de inconstitucionalidad número 965/2004

²¹ Artículo 149.1 CE

13ª El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional.

20ª Marina mercante y abanderamiento de buques; iluminación de costas y señales marítimas; puertos de interés general; aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves.

21ª Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación.

24ª Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.

III. CUESTIONES PREJUDICIALES

Los órganos judiciales españoles plantearon en 2014 un total de 41 cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). La cifra supera largamente las 26 registradas en 2013, las 16 de 2012, las 27 de 2011 y las 22 de 2010. De esas 41 cuestiones prejudiciales, 17 estaban referidas a la protección de los consumidores; nueve a política social; cinco al espacio de libertad, seguridad y justicia; tres a ayudas del Estado; dos a asuntos de propiedad intelectual e industrial; dos a aproximación de las legislaciones; una a la libertad de establecimiento; otra a los mercados públicos y la última a la ciudadanía de la Unión. En los párrafos siguientes nos limitaremos a reseñar algunas de las más destacadas en los diferentes ámbitos.

En el marco de aplicación de la normativa de *consumo*, la compatibilidad de las cláusulas de contratos hipotecarios con la legislación comunitaria ha seguido generando una enorme cantidad de dudas, tras la Sentencia dictada por el TJUE en el caso Aziz y la normativa adoptada en respuesta a la misma por el legislador español, que han sido formuladas como cuestiones prejudiciales durante el año 2014. En el asunto C-421/14 la cuestión principal que se plantea es si, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, al consumidor le está permitido denunciar la presencia de cláusulas abusivas más allá del tiempo previsto en la norma nacional para realizar esa denuncia de manera que el juez nacional tenga que enjuiciar dichas cláusulas. La duda surge porque la Ley de Enjuiciamiento Civil admitió, tras ser modificada por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, un nuevo motivo de oposición al procedimiento de ejecución hipotecaria, basado en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución del contrato de préstamo o que hubiese determinado la cantidad exigible. Esta ley que introdujo la mencionada modificación cuenta con una disposición transitoria con arreglo a la cual, en los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso a la fecha de su entrada en vigor en los que haya transcurrido el período ordinario de oposición de diez días, el ejecutado dispondrá de un plazo de un mes, que comenzará a contar a partir del día siguiente a esa fecha, para formular un incidente extraordinario de oposición basado en ese nuevo motivo. Habida cuenta de que la parte demandada en el litigio principal del que nace la cuestión formuló oposición tras expirar este plazo, la citada disposición transitoria impediría, en este caso, que el órgano jurisdiccional remitente examinara ciertas cláusulas del contrato de préstamo que podrían considerarse abusivas en el sentido de la Directiva 93/13. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas en cuanto a la compatibilidad de ese plazo preclusivo con la Directiva 93/13²².

²² Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander (España) el 10 de septiembre de 2014 – Banco Primus S.A. / Jesús Gutiérrez García. El resto de preguntas planteadas en el mismo asunto C-421/14 interrogan al TJUE sobre los siguientes aspectos: ¿Conforme a qué criterios puede influir la relación calidad/precio en el control de abusividad de los términos no esenciales del contrato?, ¿a la hora de abordar tal control indirecto de este tipo de elementos es pertinente tomar en consideración las limitaciones legales a los precios impuestas en normas nacionales?, ¿puede ocurrir que unos pactos válidos tomados en abstracto pierdan validez tras considerar que un precio de la operación muy elevado sobre el normal del mercado?, ¿A los efectos del artículo 4 de la Directiva

En este asunto se solicitó la tramitación de la petición mediante el procedimiento acelerado, lo fue rechazado mediante Auto de 11 de noviembre de 2014, puesto que según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el número elevado de personas o de situaciones jurídicas que puedan verse afectadas por la resolución que deba dictar un órgano jurisdiccional remitente tras solicitar que el Tribunal de Justicia se pronuncie con carácter prejudicial no puede, como tal, considerarse una circunstancia excepcional que sirva para justificar la aplicación del procedimiento acelerado²³.

Respecto a la misma problemática de las cláusulas hipotecarias, el asunto C-169/14 ha planteado la duda de si el procedimiento civil español (que permite interponer recurso de apelación contra la resolución judicial que, tras estimar la oposición formulada por el deudor, ponga fin al procedimiento de ejecución hipotecaria pero no permite, en cambio, que el deudor cuya oposición haya sido desestimada interponga recurso de apelación contra la resolución judicial de primera instancia que ordene la continuación del procedimiento de ejecución) resulta compatible con el objetivo de protección de los consumidores que persigue la Directiva 93/13, así como con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta. En este caso, mediante Auto de 5 de junio de 2014, sí que fue estimada la solicitud tramitación del asunto por la vía del procedimiento acelerado previsto en el artículo 23 bis del Estatuto del TJUE. El TJ dictó, resolviendo esta cuestión, la STJ (Sala Primera) de 17 de julio de 2014, *Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*. (ECLI:EU:C:2014:2099).

El TJ ha considerado que un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria, como el controvertido en el litigio principal, se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, interpretada en relación con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores, máxime habida cuenta de que las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía. En consecuencia, las normas del derecho

93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es posible tomar en cuenta las circunstancias posteriores a la celebración del contrato si a ello conduce la inquisición de la norma nacional?; Si el artículo 693.2 de la LEC, reformado por la Ley 1/2013, debe interpretarse en el sentido de que no puede ser obstáculo a la protección del interés del consumidor; y si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional.

²³ Al respecto véanse, en particular, los autos del Presidente del Tribunal de Justicia Kögáz y otros, C-283/06 y C-312/06, EU:C:2006:602, apartado 9; Plantanol, C-201/08, EU:C:2008:385, apartado 10.

de la UE invocadas se oponen a los aspectos mencionados del sistema de procedimientos de ejecución hipotecaria españoles.

En un ámbito de controversia similar, también se ha cuestionado si la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa como la española que no permite revisar de oficio *ad limine litis*, en el posterior proceso de ejecución, la existencia de cláusulas abusivas en el contrato que sirvió para dictar el título ejecutivo judicial -auto poniendo fin al proceso monitorio por falta de oposición- cuya ejecución se pide, por considerar el Derecho nacional que existe cosa juzgada, artículos 551 y 552 en relación con el artículo 816.2 todos de la LEC²⁴. En el asunto C-385/14, igualmente en relación a la aplicación de la normativa de consumo al negocio bancario, se ha planteado la duda de si se puede considerar al artículo 43 de la LEC -que determina el efecto suspensivo de la acción individual entablada de forma paralela por el consumidor hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento colectivo, quedando vinculado a lo que se decida en ésta, sin haber tenido oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga ni proponer medios de prueba con plenitud de armas- como un medio o mecanismo eficaz conforme al artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CE[E]²⁵.

En el mismo terreno, ha sido cuestionado también si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se oponen a una norma, como la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, que prevé en todo caso una reducción del tipo de interés de demora, con independencia de que la cláusula de intereses moratorios fuera inicialmente nula por abusiva²⁶. También ha sido interrogado el TJUE sobre la validez de un pacto entre el banco y el prestatario consumidor por el que, además de modificar las condiciones relativas a los límites de los tipos de interés, se imponen al consumidor los gastos derivados de la modificación de la escritura pública de préstamo y de constitución de la hipoteca, y fue aceptado voluntariamente por el consumidor, como consecuencia del acuerdo alcanzado tras las negociaciones entre la entidad bancaria y la Mutualidad a la que pertenece el consumidor²⁷. Por último, hay que indicar que los derechos procesales del deudor hipotecario han sido también objeto de la cuestión que interroga sobre si, a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales y de la Directiva 93/13/CEE, debe interpretarse que el proceso monitorio español -artículos 815 y 816 LEC- en el que no está previsto imperativamente el control de las cláusulas abusivas ni

²⁴ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Cartagena (España) el 14 de marzo de 2014– Aktiv Kapital Portfolio Investment / Angel Luis Egea Torregrosa (Asunto C-122/14)

²⁵ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado Mercantil nº 9 de Barcelona (España) el 12 de agosto de 2014 – Youssouf Drame Ba / Catalunya Caixa S.A. Con un contenido muy similar Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona (España) el 11 de agosto de 2014 – Jorge Sales Sinués / Caixabank S.A., (Asunto C-381/14)

²⁶ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Miranda de Ebro (España) el 24 de febrero de 2014– Banco Grupo Cajatres S.A. / María Mercedes Manjón Pinilla y Comunidad Hereditaria formada al fallecimiento de D. Miguel Ángel Viana Gordejuela (Asunto C-90/14)

²⁷ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia Madrid (España) el 5 de febrero de 2014– Rafael Villafañez Gallego y María Pérez Anguio / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (Asunto C-54/14)

la intervención de un juez, salvo que lo considere oportuno el Secretario Judicial o se opongan los deudores, es contrario al derecho de la UE²⁸.

En resumen, por tanto, cabe considerar que la timidez demostrada por el legislador español a la hora de adaptar el régimen hipotecario español a las exigencias del derecho comunitario de consumo está siendo, trabajosa y lentamente, paliada por la labor de planteamiento continuado de cuestiones prejudiciales en la materia por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales.

En el plano del *derecho social comunitario* han sido suscitadas durante 2014 sendas cuestiones prejudiciales relativas al alcance del concepto de “despido colectivo” de la Directiva 98/59 y su coherencia con diversas disposiciones del Estatuto de los Trabajadores²⁹. Así mismo, se ha cuestionado también si la relación de socio-trabajador de una cooperativa de trabajo asociado -como la regulada en el art. 80 de la Ley (española) 27/99 de Cooperativas y art. 89 de la Ley 8/2003 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana- entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2010/181 relativa al “Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental”; en este asunto se plantea la duda razonable de si, aún siendo calificada la relación por la normativa y jurisprudencia interna como “societaria”, pudiera ser considerada, en el ámbito del Derecho Comunitario, como un “contrato de trabajo”³⁰.

La Audiencia Nacional ha interrogado al TJUE al respecto de si debe interpretarse el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el sentido de que el tiempo invertido en el desplazamiento al inicio y al final de la jornada realizado por un trabajador que no tiene adscrito un centro de trabajo fijo, sino que ha de desplazarse cada día desde su domicilio al centro de un cliente de la empresa, diferente cada día, y volver a su domicilio desde el centro de otro cliente a su vez diferente (sobre una ruta o listado que le es fijado por la empresa el día anterior), constituye “tiempo de trabajo” según la definición de ese concepto dada en el indicado artículo de la Directiva o, por el contrario, ha de considerarse como “periodo de descanso”³¹.

El Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada incluido como anexo en la directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de

²⁸ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Cartagena (España) el 3 de febrero de 2014– Finanmadrid E.F.C, SA / Jesús Vicente Albán Zambrano y otros (Asunto C-49/14)

²⁹ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona (España) el 12 de septiembre de 2014 – Christian Pujante Rivera / Gestora Clubs Dir, S.L. y Fondo de Garantía Salarial, (Asunto C-422/14)

³⁰ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona (España) el 22 de julio de 2014 – Estrella Rodríguez Sanchez / Consum Sociedad Cooperativa Valenciana, (Asunto C-351/14).

³¹ Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Nacional (España) el 2 de junio de 2014 – Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (CC.OO.) / Tyco Integrated Security S.L. y Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios S.A., (Asunto C-266/14)

junio –que ha generado ya una amplia jurisprudencia del TJUE respondiendo a cuestiones planteadas por tribunales españoles- ha continuado durante 2014 dando lugar a un número significativo de problemas hermenéuticos. Así, se han suscitado dudas respecto a si se encuentran comprendidos dentro de la definición de “trabajador con contrato de duración determinada” el “personal eventual” regulado actualmente en el artículo 12 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y el “personal eventual” regulado con anterioridad en el artículo 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública³². También se ha preguntado al TJUE si la regulación nacional que somete a un periodo de prueba de un año el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, durante el cual permite el libre desistimiento, es compatible con el derecho fundamental garantizado por el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con la regulación de la Directiva citada³³. Respecto a la figura del trabajador indefinido no fijo -tal y como está configurado legal y jurisprudencialmente- se ha planteado su conformidad con la definición que da la Directiva 1999/70/CE de un trabajador con contrato de duración determinada, a los efectos de determinar la compatibilidad con el Derecho comunitario de una interpretación y aplicación del Derecho nacional por parte del juez nacional, según la cual cuando se trata de contratos de trabajo de duración determinada fraudulentos en el sector público transformados en indefinidos no fijos, la Administración puede cubrir o amortizar la plaza unilateralmente sin abono de ninguna indemnización al trabajador³⁴.

En el ámbito del *Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia* se ha planteado la cuestión de si el artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 1393/2007³⁵ debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional que conoce de una causa puede determinar si un destinatario entiende un idioma a la vista de todo lo que obre en autos a su disposición (Asunto C-384/14)³⁶. También se ha suscitado ante el TJUE la pregunta de si puede ser considerado como “documento extrajudicial”³⁷ un documento puramente privado, con independencia de que no haya sido emitido por una autoridad o funcionario público no

³² Petición de decisión prejudicial presentada por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (España) el 10 de abril de 2014– María José Regojo Dans / Consejo del Estado (Asunto C-177/14)

³³ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social n° 23 de Madrid (España) el 11 de marzo de 2014– Grima Janet Nisttau Poclava / Jose María Ariza Toledano (Taberna del Marqués) (Asunto C-117/14)

³⁴ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social n° 1 de Granada (España) el 18 de febrero de 2014 – Marta León Medialdea / Ayuntamiento de Huetor Vega (Asunto C-86/14)

³⁵ Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) DO L 324, p. 79.

³⁶ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia n° 44 de Barcelona (España) el 11 de agosto de 2014– Alta Realitat S.L. / Erlock Films y Ulrich Thomsen,

³⁷ De conformidad con el artículo 16 del Reglamento 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007 (Relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (“notificación y traslado de documentos”) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, DO L 324, p. 79).

judicial³⁸. Igualmente, ha generado el planteamiento de una cuestión prejudicial la interpretación del artículo 3.1 a) de la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países de 28 de mayo, en particular, al respecto de si la expresión infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año que contiene dicho precepto viene referida a la pena prevista en abstracto para el delito de que se trate o, por el contrario, a la concreta pena de prisión impuesta al condenado y, por consiguiente, si la decisión de un Estado miembro de expulsar a un nacional de un tercer país condenado a una pena privativa de libertad de ocho meses sería o no reconocida por otros Estados miembros³⁹.

El TSJ de Euskadi ha suscitado la duda de si los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión⁴⁰.

Sobre *propiedad intelectual e industrial*, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha dictado un auto por el que acuerda plantear una cuestión prejudicial al TJUE, tras las dudas surgidas sobre si el Decreto que regula el procedimiento para el pago de la compensación por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado se ajusta a la legislación europea. En concreto, los magistrados preguntan si el sistema de compensación económica por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, establecido en la Disposición Adicional 10ª del Real Decreto-Ley/20/2011, es conforme al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 que establece que los Estados miembros podrán fijar excepciones o limitaciones al derecho de reproducción en cualquier soporte, efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6⁴¹.

³⁸ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria (España) el 7 de mayo de 2014 – Tecom Mican S.L. / Man Diesel & Turbo SE (Asunto C-223/14)

³⁹ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha (España) el 2 de octubre de 2014 – Manuel Orrego Arias / Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real (Asunto C-456/14)

⁴⁰ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco (España) el 27 de enero de 2014 – Subdelegación del Gobierno en Guipuzkoa - Extranjería / Samir Zaizoune (Asunto C-38/14)

⁴¹ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo – Sala Tercera Contencioso-Administrativo (España) el 14 de octubre de 2014 – Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros, Asunto C-470/14.

En el ámbito de la **aproximación de legislaciones** ha sido admitida a trámite una petición presentada, en el ámbito de la prohibición de discriminación, por el Juzgado nº1 de lo Social de Córdoba que se pregunta, en el asunto C-407/14, si el art. 18 de la Directiva 2006/54/CE⁴², cuando predica el carácter disuasorio (además de real, efectivo y proporcional al perjuicio sufrido) de la indemnización de la víctima de una discriminación por razón de su sexo puede ser interpretada en el sentido de que autoriza al juez nacional a una condena verdaderamente adicional por daños punitivos razonables, esto es, a una suma adicional que, aun estando más allá de la reparación íntegra de los daños y perjuicios reales sufridos por la víctima, sirva como ejemplo para otros, inclusive cuando esta figura de los daños punitivos resulte ajena a la propia tradición jurídica del juez nacional⁴³.

En el problemático terreno de las **ayudas de Estado**, se ha planteado la interesante cuestión de si existe contradicción entre la normativa española (en particular los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores, la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y los artículos 123 y 124.13 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) y los artículos 107 y 108 del Tratado de la Unión Europea, por cuanto la norma nacional materialmente aumenta las indemnizaciones autorizadas por la Comisión Europea en el procedimiento “State aid SA.35253 (2012/N) Spain. Restructuring and Recapitalisation of the BFA Group”⁴⁴.

También en materia de ayudas de Estado, el Tribunal Económico Administrativo Central ha planteado si debe interpretarse el apartado 2 del artículo 1 de la Decisión 2011/5/CE de la Comisión, de 28 de octubre de 2009, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras nº C45/2007, en el sentido de considerar de aplicación la confianza legítima reconocida en él y en los términos en que en él se delimita a la deducción de la amortización fiscal del fondo de comercio financiero del artículo 12.5 del TRLIS en relación con las adquisiciones indirectas de participaciones en sociedades no residentes realizadas a través de la adquisición directa de una sociedad holding no residente⁴⁵.

Al analizar el alcance de la **libertad de establecimiento**, la AP de Barcelona ha planteado un amplio elenco de interrogantes sobre la interpretación que debe darse a la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, en lo tocante la amplitud de las

⁴² Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) DO L 204, p. 23

⁴³ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social número 1 de Córdoba (España) el 27 de agosto de 2014 – María Auxiliadora Arjona Camacho / Securitas Seguridad España, S.A.

⁴⁴ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Terrassa (España) el 22 de julio de 2014– Elisabet Rion Bea / Bankia S.A. y otros, (Asunto C-353/14); en el mismo sentido, Juan Miguel Iglesias Gutiérrez / Bankia, S.A. y otros, (Asunto C-352/14)

⁴⁵ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Económico Administrativo Central de Madrid (España) el 5 de junio de 2014 – Banco de Santander S.A., (Asunto C-274/14)

obligaciones de control de las entidades de crédito en relación con sus propios clientes cuando los mismos sean entidades de pagos, puesto que se han suscitado dudas al respecto de si la diligencia debida de las entidades de crédito les obliga a supervisar la operativa de las entidades de pagos⁴⁶.

En el ámbito de la *libre prestación de servicios*, la polémica cuestión de la “inspección técnica de vehículos (ITV) –que ya dieron lugar en su momento a la STJUE de 22 de octubre 2009 (asunto C-438/08)- continúa generando controversia por lo que el TS ha interrogado al Tribunal de Luxemburgo sobre si la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior excluye de su ámbito de aplicación a las actividades de “inspección técnica de vehículos” cuando son realizadas, conforme a las normas nacionales, por entidades mercantiles privadas bajo la supervisión de la Administración de un Estado miembro⁴⁷.

Por último, hay que señalar que TS ha planteado una pregunta, en materia de *ciudadanía*, sobre la eventual compatibilidad con el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, interpretado a la luz de las Sentencias de 19 de octubre de 2004 (asunto C-200/02) y 8 de marzo de 2011 (asunto C-34/09), de una legislación nacional que excluye la posibilidad de otorgar permiso de residencia a un progenitor de un ciudadano de la Unión Europea, menor de edad y dependiente de aquél, por tener antecedentes penales en el país donde formula la solicitud, aunque ello lleve aparejada la salida forzosa del territorio de la Unión del menor al tener que acompañar al progenitor⁴⁸.

IV. LA APLICACIÓN DE ALGUNOS DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE LA UE Y EL DERECHO ESPAÑOL: PRIMACÍA, EFECTO DIRECTO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Con carácter general, el principio de primacía sobre el que pivota la relación del Derecho de la UE con el Derecho español ha sido aplicado de manera ordinaria por parte de los órganos judiciales nacionales, frecuentemente en conjunción con el principio de la eficacia directa en aquellos casos en los que se pone de manifiesto una contradicción entre la norma comunitaria y la norma nacional.

En materia de *asilo y derechos fundamentales* cabe destacar la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2014, recurso de casación 864/2013. Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera: un nacional camerunés interpuso recurso contencioso-administrativo número 412/2011 contra la resolución del Ministerio del Interior de 18 de enero de 2011 mediante la cual se acordó denegarle el derecho de asilo y la protección subsidiaria. En sentencia de 25 de febrero de 2013 la

⁴⁶ Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona (España) el 13 de mayo de 2014 – Safe Interenvios, S.A. / Liberbank, S.A., y otros (Asunto C-235/14)

⁴⁷ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 7 de abril de 2014 – Grupo Itevelesa S.L. y otros / Oca Inspección Técnica de Vehículos SA y otro (Asunto C-168/14)

⁴⁸ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 7 de abril de 2014 – Alfredo Rendón Marín / Administración del Estado (Asunto C-165/14)

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional dictó sentencia desestimatoria de su recurso. No conforme con dicha decisión, el demandante recurre en casación dicha sentencia alegando infracción del artículo 24.1 y 2 CE y del art. 60.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa por haberle denegado el tribunal de instancia la prueba testifical propuesta, así como la infracción del artículo 13.4 CE y de los instrumentos internacionales ratificados por España, en especial la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el día 28 de julio de 1951, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la infracción del art. 3 y concordantes de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria, y por último la infracción de toda la jurisprudencia que resultare de aplicación.

En casación, el TS estima el recurso presentado por el nacional camerunés valiéndose para ello de un doble argumento. De una parte, de la interpretación que del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva 2004/83 hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 7 de noviembre de 2013 (asunto C-199/12), según la cual *"la existencia de una legislación penal como la controvertida en cada uno de los litigios principales, cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales, autoriza a declarar que debe considerarse que tales personas constituyen un determinado grupo social"*. Disponiendo a continuación que *"cuando una persona que solicita asilo invoca la existencia en su país de origen de una legislación que tipifica como delito los actos homosexuales, incumbe a las autoridades nacionales, en el marco de su valoración de los hechos y circunstancias en virtud del artículo 4 de la Directiva, proceder a un examen de todos los hechos pertinentes relativos al país de origen, incluidas la legislación y la reglamentación del país de origen y el modo en que se aplican, tal y como prevé el artículo 4, apartado 3, letra a), de la Directiva"*. Supuesto este en el que se halla Camerún al castigar el código penal camerunés con una pena de 6 meses a 5 años y multa de 20.000 a 200.000 francos CFA a toda persona que tenga relaciones sexuales con otra de su mismo sexo, estando igualmente la práctica de actos homosexuales rechazada socialmente, tal y como constaba en el informe del expediente administrativo suscrito por la Dirección General de Política Interior (Oficina de Asilo y Refugio) del Ministerio del Interior. Y de otra, al considerar que la denegación de la prueba testifical solicitada había supuesto un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, toda vez que dicho testimonio, aún sin necesidad de ser aceptado como incontrovertible, podría haber aportado informaciones suplementarias ya que según la proposición de prueba, era "testigo directo de los hechos que han conducido al peticionario a salir de su país y buscar refugio en el nuestro", pudiendo por tanto el referido testimonio haber sido un elemento de prueba que dotara de mayor verosimilitud a los hechos de "persecución" descritos por el recurrente si es que el testigo era, como aquel afirmaba, la persona con la que había convivido en Camerún y durante su viaje hasta España. Por lo expuesto se estima el motivo de casación ordenando la remisión de las actuaciones al órgano jurisdiccional para que se lleve a cabo la prueba testifical denegada.

En materia de *libertades comunitarias*, la Sentencia del TSJ de Madrid, de 17 Feb. 2014, rec. 909/2013 se ha planteado si una condena por delito de homicidio consumado puede integrar de manera suficiente, por sí sola, el presupuesto de hecho para la denegación de un permiso de residencia, teniendo en cuenta el resto de datos de vida y de arraigo con los que cuenta el actor. En la sentencia apelada se le ha denegado a este el permiso de residencia de familiar comunitario, al valorar su condena penal en relación el orden público. El TSJ, sin embargo, ha enfatizado la necesidad de interpretar el Derecho interno conforme a lo dispuesto en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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. El artículo 27 de esta Directiva autoriza, en efecto, a los Estados a limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia "por razones de orden público, seguridad pública o salud pública". Ahora bien, "las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado", la cual "deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad". El precepto establece en términos categóricos que "la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas".

En el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, se recoge con fidelidad ese contenido. Pero es más, igual interpretación ha acogido el Tribunal Supremo español conforme a la doctrina sentada por el TJUE. La STS de 11 de diciembre de 2003 se basó en la STJCE de 19 de marzo de 1999 (asunto C- 348/96, Donatella Calfa) que, en relación con la expulsión de un ciudadano de un Estado miembro, asimila las razones de orden público con la existencia de "una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida". En consecuencia, el TSJ de Madrid ha estimado el recurso de apelación y revocado la Sentencia de instancia.

Desplazándonos al *ámbito fiscal*, debemos señalar que al igual que en el año 2013, durante 2014 el TS ha dictado varias sentencias como consecuencia de la incorporación a nuestro ordenamiento de la Sentencia del STJUE de 12 de julio de 2012, asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11, que respondió a una cuestión prejudicial solicitada por el Tribunal Supremo en el marco de la Sentencia de 10 de octubre de 2012 mediante la que resolvió el recurso de casación número 4307/2009. En dicha resolución se produjo un importante cambio doctrinal en la exacción de tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por los operadores de telefonía móvil, excluyéndose del pago de la tasa a los operadores interconectados o con derechos de acceso que se limiten a usar las instalaciones de otras empresas para prestar sus servicios. El giro jurisprudencial afecta a los sujetos pasivos gravados por la tasa de utilización privativa o de aprovechamiento especial del dominio público local puesto que el TS había venido considerando hasta ese momento que la sujeción de las empresas de telefonía móvil al pago de dicha tasa se producía «tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los

suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas», STS de 16 de febrero de 2009. El TJUE indicó en su Sentencia de 12 de julio de 2012 que esta afirmación resultaba contraria al artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, aduciendo que «únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplado en el artículo 13 de la Directiva autorización el titular de dichos derechos, que es así mismo el propietario de los recursos instalados en la propiedad pública o privada de que se trate, o por encima o por debajo de ella», por lo que «el artículo 13 de la Directiva autorización debe interpretarse en el sentido de que 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». Como consecuencia de lo anterior se dictaron durante el año 2014 dos sentencias por parte de la Sala 3ª del TS, ambas de 27 de enero de 2014 (recursos de casación 2407/2013 y 2248/2013), en las que, de acuerdo con la STJUE señalada, se declaró la vulneración de la Directiva 2002/20/CE.

De un modo similar, la incorporación de la STJUE de 27 de febrero de 2014, asunto C-82/12, relativa a *céntimo sanitario* autonómico ha dado lugar a varios pronunciamientos ulteriores, a lo largo del año, en las que distintos TSJ, como el de Extremadura (Sentencia 546/2014 de 12 Junio 2014) o Asturias (vid. entre otras las Sentencias 521/2014, 505/2014, 513/2014 de 9 Junio...), ordenan a las respectivas Oficinas Gestoras de Impuestos Especiales que procedan a la rectificación de las autoliquidaciones presentadas en relación con el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, IVMDH, y devuelvan a los interesados las cuotas indebidamente repercutidas y por soportadas por ellos. Todas estas sentencias vienen a afirmar que Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y del IVMDH, que la misma crea, es contraria a la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general de circulación y controles de los productos objeto de Impuestos Especiales, que goza de primacía y efecto directo sobre las normas internas, de ahí que este Impuesto no puede destinarse a financiar el gasto sanitario, al no constituir una finalidad no específica sino presupuestaria.

La contradicción entre la normativa española y el derecho comunitario parte del hecho de que, según el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12, los hidrocarburos pueden estar sujetos a impuestos indirectos distintos del impuesto especial establecido por dicha Directiva si, por una parte, esos impuestos indirectos persiguen una o varias finalidades específicas, y, por otra parte, respetan las normas impositivas aplicables en relación con los impuestos especiales o con el Impuesto sobre el Valor Añadido para la determinación de la base imponible, la liquidación, el devengo y el control del impuesto (sentencia EKW y Wein& Co., apartado 30). Dichos requisitos, que tienen por objeto evitar que los impuestos indirectos suplementarios obstaculicen indebidamente los intercambios (sentencias de 24 de febrero de 2000, Comisión/Francia, C-434/97, Rec. p. I-1129, apartado 26, y EKW y Wein& Co., apartado 46) tienen carácter acumulativo, como se desprende del propio tenor de dicha disposición. Sin embargo, el

TJUE, y los tribunales internos que han recogido su jurisprudencia, no han apreciado que el impuesto español persiguiese una finalidad específica en el sentido indicado por lo que el abono de dicho tributo debe ser considerado indebido.

En materia tributaria, también debe ser mencionada la Sentencia de 20 de enero de 2014, de la Sala 3ª del TS, que resuelve el recurso de casación 3656/2007 presentado por una compañía de telecomunicaciones. En 2001 una compañía de telecomunicaciones, disconforme con una resolución adicional de liquidación de la tasa estatal de reserva del dominio público radioeléctrico de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, interpuso reclamación económico-administrativa alegando, entre otras cuestiones, la inconstitucionalidad de la norma en que se basaba la liquidación y la infracción de la normativa comunitaria sobre la materia. Tras serle denegada su reclamación por parte del Tribunal Económico-Administrativo Central, decide acudir a la jurisdicción contenciosa, suplicando en su demanda, además de la nulidad de la liquidación de la tasa realizada como consecuencia de la falta de cobertura legal de determinados elementos esenciales del tributo, la necesidad de promover cuestión de inconstitucionalidad ante el TC respecto de los coeficientes establecidos en el artículo 66 de la LPGE para 2001⁴⁹ y de cuestión prejudicial ante el TJUE.

La sala de instancia, Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, promovió cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, y tras ser ésta rechazada mediante Auto de inadmisión de 27 de septiembre de 2005, dictó sentencia desestimatoria de las pretensiones de la parte actora el 9 de mayo de 2007, en la que entre otros pronunciamientos, se rechazaba el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE relativa a la compatibilidad del artículo 66 de la Ley 13/2000 con el artículo 11 de la Directiva 97/13/CE⁵⁰ alegando la inexistencia de dudas acerca de la interpretación del precepto comunitario. No conforme con la resolución de la Audiencia Nacional, la compañía de telecomunicaciones interpone recurso de casación (recurso 2656/2007) ante el TS, reproduciendo en lo esencial las anteriores alegaciones, que en lo que se refiere a la incompatibilidad del artículo 66 de la LPGE para el año 2001 con la normativa comunitaria, entendía la recurrente que el citado precepto infringía el art. 11.2 de la Directiva 97/13/CEE, al no potenciar el desarrollo de servicios innovadores y restringir la competencia, ya que el incremento extraordinario e injustificado de la tasa obligaría a detraer cantidades que se destinarían a inversiones para aplicarlas al pago de la misma. Alegando asimismo la incidencia negativa de los nuevos coeficientes sobre la competencia, pues pocas entidades podrían afrontar de manera directa el abono de las cantidades exigidas, lo que supondría una clara situación de desventaja competitiva que, a su juicio, era necesario paliar.

Llegados a este punto se debe reseñar que en recurso de casación 5216/2006, en el que se conocían cuestiones similares y que afectaba a las mismas partes, se acordó por Auto del TS de 19 de enero de 2010 suspender el procedimiento hasta la resolución por parte

⁴⁹ Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001.

⁵⁰ Directiva 97/13/CE del Parlamento y del Consejo de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, DOUE L 117/15, 7.5.97.

del TJUE de varias cuestiones prejudiciales suscitadas por el asunto. El TJUE resolvió las cuestiones en Sentencia de 10 de marzo de 2011 (asunto C-85/10), con el siguiente fallo: *“Las exigencias establecidas en el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, según las cuales los gravámenes impuestos a los operadores de servicios de telecomunicaciones por la utilización de recursos escasos deben perseguir el objetivo de garantizar el uso óptimo de dichos recursos y tener en cuenta la necesidad de potenciar el desarrollo de servicios innovadores y de la competencia, han de interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que impone un gravamen por el uso de radiofrecuencias a los operadores de servicios de telecomunicaciones titulares de licencias individuales sin asignar una finalidad específica a los ingresos obtenidos de ese gravamen, y que incrementa significativamente el importe del gravamen para una determinada tecnología sin modificarlo para una tecnología distinta”*.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, en su sentencia de 20 de enero de 2014, el TS reproduce en lo esencial los argumentos anteriores, citando para ello la STS de 12 de abril de 2012, que resolvía el recurso de casación 5216/2006 en el que sustanciaban idénticos motivos y pretensiones, desestimando por tanto el recurso de casación promovido por la parte actora.

Sin salir del ámbito fiscal, abandonamos la jurisprudencia del TS para descender a instancias inferiores, en concreto al TSJ de la Comunidad de Madrid para comentar la Sentencia número 22/2014, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de enero de 2014. En el asunto analizado, una fundación sueca accionista de diversas sociedades españolas a la que le fueron practicadas retenciones del 15% por aplicación del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Suecia, reclamó la devolución de las mismas ante la Agencia Tributaria y, al no haber recibido respuesta en el plazo de seis meses, interpuso reclamación ante el TEAR, que fue desestimada. Finalmente, interpuso recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Madrid alegando la infracción del Derecho de la Unión Europea sobre la materia.

Entiende la fundación actora que los Estados miembros no pueden, mediante el uso de sus competencias fiscales, poner obstáculos a la libertad de circulación de capitales, derecho que, alega la actora, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha reconocido a una fundación residente en otro Estado miembro en la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 254) (asunto C-386/04, Centro di Musicologia)⁵¹, por lo que la exención aplicada a los rendimientos del capital mobiliario obtenidos por fundaciones residentes en España también han de ser aplicadas a las fundaciones cuyo domicilio se encontrare en otro Estado miembro. De este modo, entiende la actora que al tratarse de una fundación inscrita legalmente en su Estado de residencia, cumple todos los requisitos para tener derecho a la exención solicitada, no

⁵¹ Entiende la parte actora que aunque esta sentencia hace referencia a la obtención de rendimientos del capital inmobiliario, también es aplicable a los rendimientos del capital mobiliario porque éstos también están enumerados como movimientos de capitales en el Anexo I de la Directiva 88/361/CEE.

pudiendo exigírsele el de la inscripción en el Registro Español de Fundaciones, ya que ello comportaría la obligación de tener una sucursal en España, lo cual implicaría una restricción de la libertad de circulación de capitales que resultaría desproporcionada en atención a la jurisprudencia del TJUE⁵². De este modo, la parte actora considera que las retenciones practicadas sobre los dividendos antes aludidos infringirían el derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por discriminar, sin justificación alguna, a una fundación residente en otro Estado miembro con respecto a una fundación con residencia en España.

El TSJ de Madrid, tras iniciar su argumentación jurídica disponiendo que si bien una lectura conjunta de la legislación española reguladora del Impuesto sobre la renta de no residentes y del convenio hispano-sueco para evitar la doble imposición aparentemente legitimarían las retenciones realizadas sobre los dividendos obtenidos en España por la fundación sueca demandante, es finalmente el Derecho de la UE, en virtud del principio de primacía, el que proscribe la realización de las citadas retenciones.

Para justificar su decisión la Sala se vale de varias sentencias del TC y del TS que ponen de manifiesto la primacía del derecho comunitario sobre el interno en asuntos competencia del primero. Así mismo, en lo relativo a la aplicación preferente del Derecho Comunitario, cita también la Sala al propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En concreto, sus sentencias de 19 de septiembre de 2006 (C-392/04), 13 de enero de 2004 (C-256/01) y 19 de noviembre de 2009 (asunto C -314-08). En concreto, el apartado 81 de esta última dispone lo siguiente: *“Resulta de una jurisprudencia bien consolidada que el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional”*.

Finalmente, remata el TSJ indicando que *“no puede olvidarse que el mencionado Tribunal de la Unión Europea ha proclamado que si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben ejercerla respetando el Derecho comunitario, absteniéndose de toda discriminación manifiesta o encubierta basada en la nacionalidad”*, conforme a las sentencias de 15 de mayo de 1997 (asunto Futura) y de 28 de abril de 1998 (asunto Jessica Safir). En consecuencia, entiende el Tribunal, que la normativa fiscal española ha de interpretarse de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que en su artículo 12 consagra el principio de no discriminación al establecer que *“en el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”*. Y en desarrollo de ese principio, las disposiciones del mismo Tratado garantizan a los ciudadanos de la Unión el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros y prohíben las

⁵² Sentencias de 15 de mayo de 1997 (TJCE 1997, 90), C-250/95; 28 de enero de 1986 (TJCE 1986, 37), asunto 270/83; y 29 de abril de 1999 (TJCE 1999, 97), asunto C - 311/97.

restricciones a la libertad de establecimiento dentro de la Unión, a la libre prestación de servicios y a los movimientos de capitales, entre otras.

Así pues, y dado que el Tribunal considera que la aplicación de la libertad de circulación de capitales a una fundación con residencia en otro Estado miembro ha sido efectivamente reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2006 (asunto C-386/04), como alegaba la demandante, y que el requisito de inscripción en el Registro de Fundaciones Español conforme al artículo 7.1 de la Ley 50/2002⁵³, sólo es exigible a las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España, pero no a las que se limitan a realizar inversiones adquiriendo acciones de sociedades residentes en España, entiende la Sala que a la vista de los estatutos de la fundación y del resto de la documentación aportada, ésta cumple con los requisitos exigidos a las fundaciones con residencia en España para gozar de la exención tributaria⁵⁴, esto es fundamentalmente, perseguir fines de interés general –en este caso concreto promover la investigación científica– y destinar a la realización de dichos fines un elevado porcentaje de ingresos. En definitiva, entiende el Tribunal que la denegación de la exención reclamada por la fundación actora vulnera la libertad de circulación de capitales dentro de la Unión Europea al no concurrir ninguna circunstancia que justifique la existencia de un trato desigual por razón del Estado de residencia de las fundaciones.

Por lo que se refiere a la aplicación judicial del *derecho social comunitario*, han continuado manifestándose en nuestros tribunales las consecuencias de las sentencias del TJUE de 22 de diciembre de 2010, asuntos C-444/1999 y C-456/2009, que reconocieron el efecto directo de la Cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como Anexo a la Directiva 1999/70/CEE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, que impide el establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos.

Así, la STSJ de Cataluña nº 851/2014 de 18 de noviembre, desestima el recurso de apelación (recurso 133/2014) presentado por la Generalitat de Cataluña contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Barcelona de 3 de abril de 2014 que reconocía el derecho de una funcionaria interina de la Generalitat al abono de los trienios devengados no percibidos. En concreto, la Abogada de la Generalitat alegaba, entre otros motivos, la errónea aplicación por parte del Juzgador de instancia de la Sentencia TJUE de 13 de enero de 2004 (caso Kühne & Heitz), que según la apelante, impediría en este supuesto la revisión de una resolución firme en vía administrativa a la luz de hechos posteriores, como sería en este caso la sentencia del

⁵³ Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

⁵⁴ Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

TJUE que resuelve una cuestión prejudicial, ya que no se daban todos los requisitos exigidos en la misma para proceder a la revisión.

No obstante, resuelve el Tribunal que en el supuesto analizado si se daban los cuatro requisitos exigidos en la mencionada sentencia *Kühne*, esto es: a) que según el derecho nacional se disponga de la facultad de reconsiderar esta resolución; b) que la resolución controvertida haya adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia; c) que dicha sentencia estuviera basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, era errónea y que se ha adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE , apartado 3; y d) que el interesado se haya dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia. Sentado lo anterior, y en aplicación de lo dispuesto por la STJUE de 22 de diciembre de 2010, correctamente aplicada por el Juzgador de Instancia, el TSJ de Cataluña rechaza el recurso de la recurrente, condenando a la Generalitat al abono de los trienios devengados no percibidos.

En sentido similar, véanse también las Sentencias 92/2014 del 3 de febrero, 598/2004 de 30 de julio de 2014 y 599/2014 de 31 de julio, todas ellas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del Cataluña, que reconocieron todas ellas el derecho a percibir retroactivamente las diferencias retributivas por los trienios devengados correspondientes a los servicios prestados en los cuatro años anteriores a la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, considerando que la ausencia de transposición en España en plazo no impide aplicar el principio de primacía del Derecho Comunitario y el efecto directo de la Directiva.

En materia de *ayudas de Estado* es preciso traer a colación la sentencia de 6 de junio de 2014 de la Sala 3ª del TS, recurso de casación 1962/2013. En el marco de la incoación por parte de la Comisión Europea de un procedimiento para determinar si procede autorizar o no las ayudas comprendidas en el Plan Avanza como compatibles con el Tratado de la Unión Europea. Una sociedad anónima parte en un recurso contencioso-administrativo planteado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, solicitó hasta en tres ocasiones la medida cautelar consistente en la suspensión del acto administrativo objeto de recurso⁵⁵, en su actual estado de ejecución y hasta que la Comisión Europea resolviese el expediente incoado, exigiendo a la Administración demandada y a la empresa beneficiaria de la adjudicación, la paralización de la inversión y la restitución de los fondos recibidos, siéndole en todos los casos denegada su petición. La recurrente interpuso entonces recurso de casación ante el TS solicitando la adopción de la medida cautelar señalada y denunciando “la infracción por el auto recurrido del artículo 129.1 y 130.1 de la Ley Jurisdiccional , en relación con el artículo 728.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Y en el segundo

⁵⁵ Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de Información por la que se publicó la adenda al Convenio Marco de Colaboración entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comunidad Valenciana para el desarrollo del Programa de Infraestructuras de Telecomunicaciones, en el ámbito del denominado "Plan Avanza", suscrita el 24 de noviembre de 2008

vuelve a censurar la “infracción por el auto recurrido del artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional, en relación con el artículo 728.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

En su razonamiento jurídico el TS entiende que aunque en principio una vez incoado el procedimiento comunitario, la suspensión sería en principio obligada cualquiera que fuese la fundamentación de la decisión comunitaria⁵⁶, lo cierto es que cuando se trata de situaciones ya consumadas (y no de las “medidas proyectadas” a las que de modo expreso se refiere el artículo 108.2 TFUE) difícilmente cabrá su suspensión, aun cuando no puedan ser excluidas otras medidas cautelares. En este supuesto concreto se trataba de fondos presupuestarios correspondientes al año 2008, ya asignados cuando se dictan los autos de instancia, y se exige en ella que los proyectos incluidos en el programa objeto de la cofinanciación estatal culminaran antes del 3 de abril del año 2010. No se trataba, pues, de actuaciones en curso susceptibles de paralización o suspensión cuando la Comisión adopta su acto de 29 de septiembre de 2010, sino de actos ya agotados en su eficacia propia e inmediata, siendo precisamente estas consideraciones las que el Tribunal de instancia aduce para rechazar la “nueva” pretensión cautelar planteada por la actora.

A pesar de ser comprensible, a ojos del TS, que por lo expuesto el tribunal de instancia rechazara la adopción de medidas cautelares sobre lo que ya estaba ejecutado, no obstante, entiende el Alto Tribunal que debió proteger de un modo más activo, en sede cautelar, los intereses de la parte demandante que ésta había invocado en cuanto derivados directamente del artículo 108.3 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, aun cuando ello supusiera adoptar medidas *sui generis* diferentes de la mera suspensión.

En este sentido, resulta oportuno traer a colación la “Comunicación de la Comisión Europea relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales” (2009/C 85/01). Si bien desprovista de valor normativo directo, las consideraciones que contiene sobre las medidas cautelares sin duda constituyen un autorizado criterio sobre los efectos jurídicos derivados de aquella normativa. En dicha Comunicación la Comisión Europea recuerda que la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de deducir las consecuencias legales pertinentes de las infracciones de la obligación de suspensión no se limita a sus sentencias finales, sino que también los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a dictar medidas cautelares cuando ello sea necesario para salvaguardar los derechos individuales y la eficacia de las decisiones adoptadas. Así las cosas, cuando nos hallamos como en el caso de autos ante procedimientos jurisdiccionales que transcurren

⁵⁶ La carta de 29 de septiembre de 2010 mediante la cual la Comisión Europea notificó a España su decisión de incoar el procedimiento previsto en el artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con las ayudas para el despliegue de la televisión digital terrestre, incluye en su apartado 75 el “recordatorio” al Reino de España que el apartado tres de aquel artículo “tiene efecto suspensivo”, ya que cuando la Comisión inicia el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 108 antes citado, “el Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva”, y esa obligación estatal recae también, en la medida en que estén concernidos, sobre los órganos jurisdiccionales que conocen de las correspondientes impugnaciones cuando se solicitan en ellas medidas cautelares.

simultáneamente a una investigación, la Comisión expone en el apartado 62 de la Comunicación su parecer sobre la adopción de las medidas cautelares en los siguientes términos: “[...] Una investigación en curso de la Comisión no dispensa al órgano jurisdiccional nacional de su obligación de amparar los derechos individuales de conformidad con el artículo 88, apartado 3, del Tratado CE[...]. Así pues, el órgano jurisdiccional nacional no puede limitarse a suspender su propio procedimiento hasta que la Comisión se pronuncie, dejando entretanto sin protección los derechos del demandante de conformidad con el artículo 88, apartado 3, del Tratado CE. Por consiguiente, cuando el órgano jurisdiccional nacional desee esperar al resultado de la evaluación de la compatibilidad por parte de la Comisión antes de dictar una orden de recuperación definitiva e irreversible, deberá adoptar las medidas cautelares pertinentes. También en este caso la orden de ingresar los fondos en una cuenta bloqueada parece una solución adecuada.

En caso de que:

a) La Comisión declare la ayuda incompatible, el órgano jurisdiccional nacional deberá ordenar que los fondos ingresados en la cuenta bloqueada se devuelvan a la autoridad que concedió la ayuda estatal (importe de la ayuda más el interés por el periodo de ilegalidad).

b) La Comisión declare la ayuda compatible, el órgano jurisdiccional nacional quedará exonerado de su obligación de Derecho comunitario de pedir la recuperación íntegra [...]”.

Aun cuando estos criterios no sean imperativos ni vinculantes para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros⁵⁷, no puede desconocerse su contenido, en especial cuando reiteran o asumen la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto.

Sentado lo anterior, el TS estima el recurso de casación presentado por la parte actora y ordena retrotraer las actuaciones para que la Sala de instancia dicte un nuevo auto de conformidad con lo expresado en los fundamentos jurídicos de la sentencia adoptando las medidas cautelares oportunas.

Por último, es preciso destacar que, en materia de **responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea**, la relevancia de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 26 de septiembre de 2014 recaída en recurso contencioso-administrativo 554/2012 contra Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de agosto de 2012 desestimatorio de reclamación de responsabilidad patrimonial por daños derivados del incumplimiento del derecho de la Unión Europea.

Los antecedentes del caso son los siguientes: El TJUE mediante sentencia Comisión contra España de 3 de junio de 2010 (Asunto C-487/08) estimó el recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra España declarando que el

⁵⁷ Véanse, *ad exemplum*, los puntos 21 a 24 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2011, asunto C-360/09, en relación con otras comunicaciones de la Comisión Europea relativas a materias propias de la defensa de la competencia.

Reino de España había incumplido “*las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, apartado 1, al supeditar la exención de los dividendos que distribuyen las sociedades residentes en España al requisito de que las sociedades beneficiarias tengan en el capital de la sociedades distribuidoras de los dividendos un porcentaje de participación más elevado en el caso de las sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro que en el caso de las residentes en España*”; posteriormente, la demandante presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por el importe de las retenciones que, según ella misma dice, le fueron practicadas en el año 2007 por los dividendos que le habían sido distribuidos por varias sociedades; retenciones que habrían sido efectuadas con arreglo a la regulación declarada contraria al derecho de la Unión Europea por la sentencia del TJUE recién señalada. Dicha reclamación fue desestimada por acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de agosto de 2012. Disconforme con ello, la recurrente acudió a la vía jurisdiccional, si bien el TS en la sentencia ahora comentada desestimó su pretensión.

La STS de 26 de septiembre tiene una enorme relevancia porque aclara algunos aspectos que permanecían vidriosos por relación a la doctrina mantenida por el TS respecto a la responsabilidad patrimonial de la Administración que deriva de la infracción de normas de Derecho comunitario. Como es sabido, la jurisprudencia del TJUE ha establecido en diversas sentencias que el Derecho comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas. La valoración del segundo de los requisitos es, con mucho, el que presenta mayores dificultades.

Primero, porque los tribunales españoles lo aprecian con laxitud y una enorme dosis de benevolencia hacia la conducta estatal. La reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo del 21 de Febrero de 2014, por ejemplo, es reveladora de este extremo. En ese asunto había que dilucidar si el Estado era responsable del pago retroactivo de los trienios al personal interino ya que el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) fijaba sus efectos desde su vigencia (Abril de 2007) pese a que la Directiva europea (a la que en sentencias del TJUE como *Del Cerro Alonso*, *Gavieiro Gavieiro* y otras se le había reconocido el efecto directo) establecía como límite de transposición al Derecho interno el 10 de Julio de 2001. El TS, tras admitir que España incumplió la Directiva tanto formalmente, al no transponerla hasta 2007, como materialmente, al no reconocer el abono retroactivo de los trienios desde la fecha límite de transposición, concluye exonerando al Estado del deber de reparar el perjuicio sufrido por aquellos interinos que no habían podido reclamar retroactivamente sus trienios por haberlo solicitado ya antes de 2007 y haber sido dictada ya una sentencia desestimatoria en su contra, viniendo a resultar, por tanto, su pretensión “cosa juzgada”. Para el TS, el Estado, a pesar de la flagrante vulneración del Derecho de la UE que ha cometido, no debe indemnizar a estos particulares puesto que dicho incumplimiento no está “suficientemente caracterizado”. Una visión de la cuestión que resulta francamente decepcionante.

Sin embargo, hay un segundo tema que resulta de interés en relación a la responsabilidad patrimonial del Estado y que –volviendo, en concreto, a la STS de 26 de septiembre- esta resolución ha venido a zanjar. Se trata del análisis del principio de equivalencia en relación con el principio de la responsabilidad indemnizatoria del Estado. Ciertamente, el TJUE establece en su jurisprudencia el requisito de que la violación esté “suficientemente caracterizada”, sin embargo, también es doctrina del TJUE que, si las normas internas de responsabilidad son más favorables, se aplicarán éstas y no los criterios fijados por el TJUE; es decir, los requisitos establecidos por el TJUE constituyen sólo un estándar mínimo que cede ante las legislaciones nacionales más favorables a los particulares lesionados. En España, ni la jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad del Estado legislador por leyes declaradas inconstitucionales ni la legislación sobre responsabilidad común (contenida fundamentalmente en la Ley 30/1992) imponen el requisito de que la violación sea suficientemente caracterizada o grave, el cual sí es exigido, en cambio, por el TS cuando la responsabilidad del Estado legislador deriva la existencia de leyes declaradas contrarias al Derecho comunitario. Por ello, siempre ha existido la duda de si ese requisito podría considerarse que vulneraba el principio comunitario de equivalencia al aplicarse a la responsabilidad por infracción del Derecho comunitario una regulación menos favorable que la existente para otros recursos semejantes de naturaleza interna⁵⁸.

La STS de 26 de septiembre viene a cerrar este debate –con un enfoque también censurable, a nuestro juicio- al señalar que «esta Sala ha llegado al convencimiento de que no existe realmente similitud entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Tribunal Constitucional y la estimación de un recurso por incumplimiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y al no existir verdadera similitud entre ambos supuestos, es claro que el principio de equivalencia y efectividad (...) no resulta de aplicación (...) La declaración de inconstitucionalidad de una ley implica —salvo en casos verdaderamente excepcionales— su invalidación con efectos ex tunc, sin otro límite que la fuerza de cosa juzgada tal como establece el art. 40 LOTC. Así, los actos administrativos dictados en virtud de una ley que luego es declarada inconstitucional quedan sobrevenidamente viciados. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que estima un recurso por incumplimiento tiene, en cambio, un carácter meramente declarativo; es decir, se limita a constatar que el Estado miembro ha infringido el derecho de la Unión Europea. Ciertamente, de conformidad con el art. 260 TFUE, de la sentencia que declara el incumplimiento dimanar determinados deberes para el Estado miembro, como es señaladamente poner fin al incumplimiento y, cuando éste consiste en una regulación legal contraria al derecho de la Unión Europea, proceder a su derogación o modificación. Pero es claro que la estimación del recurso por incumplimiento no determina, por sí sola, la invalidez ex tunc de la ley nacional afectada ni de los actos administrativos dictados en aplicación de la misma. (...) Cuanto acaba de decirse muestra claramente que no existe auténtica similitud entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Tribunal Constitucional y la estimación de un recurso por incumplimiento por el Tribunal de Justicia de la Unión

⁵⁸ Vid. al respecto, RODRÍGUEZ CARBAJO, J.R., “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de las normas internas que infringen el Derecho comunitario: ¿punto final?”, Diario La Ley, Nº 8424, 19 de Noviembre de 2014.

Europea y, por tanto, que el principio de equivalencia y efectividad no resulta de aplicación al presente caso. Ello significa que éste habrá de dilucidarse de conformidad con los requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial que contempla la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.»