

LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN ESPAÑA (2016)

Carlos Durán Suárez* y Carlos Teijo García*

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 presente crónica da noticia de las principales aportaciones jurisprudenciales que han realizado nuestros tribunales en la aplicación del Derecho de la UE, enfocándose en particular sobre las resoluciones procedentes de las instancias judiciales superiores (las sentencias citadas pertenecen todas ellas al TC, 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.

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 la jurisprudencia constitucional con referencia a las normas de la UE destaca la relevancia de varias sentencias (STC 218/2016 de 19 diciembre, STC 221/2016 de 19 diciembre, 207/2016 de 12 diciembre, 208/2016 de 12 diciembre, 206/2016 de 12 diciembre, 148/2016 de 19 septiembre) que resuelven recursos de amparo relativos a la vulneración de la tutela judicial en el marco de la ejecución interna de la sentencia del TJUE (STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:980) relativa a la nulidad de las cláusulas suelo. En todos los casos, la cuestión planteada es coincidente y estriba en la denuncia de vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción, por

* Becario predoctoral. Universidad de Santiago de Compostela.

* Profesor Contratado Doctor. Universidad de Santiago de Compostela.

preterición de una acción de nulidad individual de cláusula abusiva en crédito hipotecario (cláusula suelo) a favor de una acción colectiva de cesación instada por una asociación de consumidores, en todos los asuntos ADICAE. La cuestión se plantea porque el art. 11.1 de la Ley de enjuiciamiento civil reconoce legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios para defender los intereses de éstos, pero también confiere legitimación activa a los consumidores individuales para defender sus propios intereses, permitiendo extender los efectos de la cosa juzgada material a los consumidores no litigantes lo que implicaba –a juicio de los tribunales ordinarios- que planteado un pleito con las mismas pretensiones por una asociación de consumidores no pudieran plantearse acciones individuales o las que se plantearan fueran sobreseídas. El TC, tras un extenso análisis de las normativas nacional y del Derecho de la UE, ha llegado a la conclusión de que ninguna norma habilita al juez para acordar la exclusión o archivo del proceso de nulidad individual por la mera admisión a trámite de una acción de cesación de la misma cláusula. En particular, en su análisis sobre derecho comunitario se ha detenido sobre el hecho de que tanto la Directiva 98/27/CE sobre acciones de cesación, como la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, hacen reserva en todo caso del ejercicio de las acciones individuales por los interesados.

Por otra parte, la STC 71/2016 de 14 abril declara inconstitucional la disposición adicional quincuagésima séptima de la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Canarias que estableció con carácter coyuntural durante el ejercicio 2013, por razones de contención del gasto público, una reducción de la jornada de trabajo del personal funcionario interino y del personal laboral temporal e indefinido de un 20 por 100. En el asunto, el TC identifica la existencia de dos grupos diferenciados –el de los trabajadores fijos y el de los trabajadores indefinidos y temporales– a los que se otorga tratamiento distinto en la disposición adicional, por cuanto solo a los segundos se les reduce en un 20 por 100 su jornada de trabajo. El TC concluye que ha existido en este caso una violación del artículo 14 de la CE y abunda en su argumentación en el análisis realizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, cuando se ha pronunciado sobre la interpretación del principio de no discriminación contenido en la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE ha establecido una doctrina muy similar a la que ha llegado el propio juez constitucional español en relación con las diferencias de trato entre trabajadores fijos y temporales.

En la jurisprudencia del TC durante 2016 aparecen también referencias al Derecho comunitario, si bien tienen un carácter contextual y una relevancia limitada, al hilo de asuntos relacionados con la ***delimitación de títulos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas***. Así, la STC 31/2016 de 18 febrero resuelve el conflicto positivo de competencias interpuesto por el Gobierno de Canarias contra el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, por considerar que el régimen jurídico de cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria resulta contrario al principio de reserva de Ley Orgánica, de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y lesivo del derecho a la tutela

judicial efectiva. Para el recurrente el punto de partida del conflicto estaba constituido por el régimen de derivación de responsabilidad hacia las Administraciones públicas por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Tal régimen “no puede altear las competencias de las Comunidades Autónomas a quienes les correspondería depurar en el orden interno sus propias responsabilidades en el ejercicio de sus competencias”, algo que sin embargo se lleva a cabo en la regulación contenida en el Real Decreto 515/2013, que no respeta las competencias autonómicas “violentando de forma notoria el principio de lealtad institucional”; a decir del Gobierno canario, con el procedimiento allí regulado la Administración del Estado pasa a ocupar una posición de superioridad jerárquica respecto de las Comunidades Autónomas, ignorando mecanismos de colaboración y coordinación que propicien la participación de éstas en los procedimientos de depuración de responsabilidades. El TC razona, citando su anterior sentencia 215/2014, que “aun cuando el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea no justifica la asunción por el Estado de una competencia que no le corresponde, tampoco le impide “repercutir *ad intra*, sobre las Administraciones públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda” por lo que procede desestimar el presente conflicto positivo de competencia”.

De manera similar, se aborda en la STC 70/2016 de 14 abril la pretensión del Gobierno canario de cuestiona la constitucionalidad de una mejora técnica introducida (mediante el Real Decreto-ley 7/2013) en la normativa existente sobre la repercusión de la responsabilidad financiera a las Comunidades Autónomas derivada del incumplimiento de los compromisos adquiridos por España ante la Unión Europea. Esta modificación había sido justificada por el Gobierno en la necesidad de adaptar el art. 7 de la Ley General de Subvenciones a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. El TC recuerda que ya era posible realizar dicho traslado de responsabilidades con el marco jurídico vigente en el momento en el que se aprueba el RDL impugnado, a partir de lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012 (art. 8 y disposición adicional segunda) desarrollada por el Real Decreto 515/2013. Por tanto, en el momento en que se aprobó el Real Decreto-ley 7/2013, en nuestro ordenamiento jurídico ya existía un sistema que permite al Estado repercutir *ad intra* la responsabilidad por lo que no ha quedado acreditada la existencia de urgente y extraordinaria necesidad de adoptar un nuevo RDL lo que determina la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la disposición.

En la sentencia 35/2016 de 3 marzo, el TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en relación con el segundo párrafo del apartado 1 del art. 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva por considerar la inversión obligatoria prevista en la norma como contraria al art. 38 CE. El precepto cuestionado dice -en su redacción aplicable al caso, que procede de la disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual- que “Los operadores de televisión que tengan la responsabilidad editorial de canales de televisión en cuya programación se incluyan

largometrajes cinematográficos de producción actual, es decir, con una antigüedad menor de siete años desde su fecha de producción, deberán destinar, como mínimo, cada año, el 5 por 100 de la cifra total de ingresos devengados durante el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, a la financiación anticipada de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeos (...). El 60 por 100 de esta financiación deberá destinarse a producciones cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales en España”. La Unión de Televisiones Comerciales Asociadas presentó recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, por el que fue aprobado el Reglamento que regula la inversión obligatoria.

El TC recuerda en su sentencia que la cuestión de inconstitucionalidad se ha visto precedida por una cuestión prejudicial ante el TJUE planteada por el mismo órgano (la Sala Tercera del Tribunal Supremo) en el curso del mismo procedimiento y en relación con la misma medida y que el Tribunal de Luxemburgo consideró que la mencionada obligación es compatible con el Derecho de la Unión, y más en concreto con las libertades fundamentales consagradas en el Tratado fundacional (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2009, asunto C-222/07, *UTECA*, ECLI:EU:C:2009:124). Como recuerda el TC, la desestimación de una cuestión prejudicial no impide el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el mismo precepto legal, pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes (por todas, STC 28/1991, de 14 de febrero, FFJJ 4 a 6), ni condiciona el pronunciamiento del Tribunal en la cuestión de inconstitucionalidad. Ahora bien, tratándose de limitaciones a la libertad de empresa, la pertenencia de España a un espacio de libre circulación de personas, servicios y capitales, como es la Unión Europea, y la conformidad de la medida cuestionada con esas libertades y principios que ha apreciado el Tribunal de Luxemburgo, obliga a tener muy presentes -a la hora de desestimar la cuestión de inconstitucionalidad- las conclusiones alcanzadas por este último en el proceso anterior.

Por último, el conflicto abordado por el TC en la sentencia 165/2016 de 6 octubre, deriva de la transposición de la Directiva 2009/31/CE, de 23 de abril de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre almacenamiento geológico de dióxido de carbono a través de la Ley 40/2010, de 29 de diciembre. El Gobierno de Aragón planteó un recurso de inconstitucionalidad contra esta ley al considerar que el Estado está habilitado para transponer la Directiva, pero sólo dentro del ámbito de sus bases competenciales en materia de protección del medio ambiente, régimen minero y, en su caso, coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.23, 25 y 13 CE). Sin embargo, para el demandante la Ley estatal se ha extralimitado al atribuir a la Administración General del Estado una serie de facultades de ejecución que corresponden a la Comunidad Autónoma de Aragón, en especial en materia de régimen minero. El TC desestimó la pretensión del Gobierno aragonés al considerar que el hecho de que las Cortes Generales hayan asignado a la Administración General del Estado la atribución de conceder, o de no hacerlo, el derecho al uso exclusivo de determinados lugares del dominio público minero para el almacenamiento de dióxido de carbono no extralimita la competencia estatal sobre las bases del régimen minero (número 25 del

art. 149.1 CE), que es la competencia fundamental en el que se ubica la controversia. La Magistrada Adela Asúa ha formulado un voto particular a la Sentencia, al que se ha adherido el Magistrado Juan Antonio Xiol, al estimar que en este caso el legislador básico se excede en sus atribuciones y altera casi por completo la regla ordinaria de la competencia ejecutiva autonómica. A juicio de los discrepantes, la Sentencia debiera haber concluido que, dentro de su territorio, corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la titularidad de las facultades ejecutivas en materia de almacenamiento de dióxido de carbono en estructuras subterráneas.

III. CUESTIONES PREJUDICIALES

Los tribunales españoles plantearon en 2016 un total de 47 cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) lo que supone un significativo incremento sobre el registro del año precedente (28). Esta tendencia ascendente en la interposición de cuestiones no es específica del caso español, sino que tiene alcance general. El *Informe Anual* del TJUE destaca, al respecto, que el “de los 692 asuntos iniciados en 2016, 470 asuntos eran peticiones de decisión prejudicial, lo que representa casi el 70 % de todos los asuntos sometidos este año al Tribunal de Justicia. Nunca, en la historia del Tribunal de Justicia, había sido tan elevado el número de remisiones prejudiciales (...) Esta tendencia refleja la creciente importancia de este procedimiento no sólo en los Estados que son miembros de la Unión Europea desde hace mucho tiempo (un número elevado de cuestiones prejudiciales presentadas en 2016 procedían efectivamente de Alemania, Italia o España), sino también de los Estados que se adhirieron más recientemente, en 2004, 2007 o 2013”¹. En los párrafos siguientes aparecen reseñadas algunas de las más destacadas en los diferentes ámbitos de aplicación del derecho de la UE.

Sobre *derechos fundamentales* destaca la relevancia de la cuestión planteada en el asunto C-207/16, en el que la Audiencia provincial de Tarragona pregunta si la suficiente gravedad de los delitos como criterio que justifica la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (vida privada y protección de datos) puede identificarse únicamente en atención a la pena que pueda ser impuesta al delito que se investiga o es necesario, además, identificar en la conducta delictiva niveles particulares de lesividad para bienes jurídicos individuales y/o colectivos; e inquiere, si se acepta la premisa de que el estándar de control de la gravedad del delito ha de ser sólo la pena imponible, si dicho criterio sería compatible con una previsión general de límite en tres años de prisión².

En materia de *ciudadanía* la petición de decisión prejudicial (C-193/16) tuvo por objeto la interpretación del artículo 27, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al

¹ TJUE, Informe Anual 2016 – Actividad judicial, Luxemburgo, 2017, pp. 84-85.

² Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia provincial de Tarragona, Sección cuarta (España) el 14 de abril de 2016 – Ministerio Fiscal.

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, al preguntar el TSJ del País Vasco al TJUE si un individuo condenado a 12 años de prisión por reiterados delitos de abusos sobre menores, puede ser objeto de una orden de expulsión al constituir una amenaza real y actual para la seguridad pública, teniendo en cuenta que se halla internado en prisión, y que, habiendo cumplido seis años, le restan varios años por cumplir antes de obtener su libertad³. Para el TJUE, el hecho de que una persona se halle encarcelada en el momento de la adopción de una resolución de expulsión, sin perspectiva de liberación en un futuro próximo, no excluye que su conducta constituya, en su caso, una amenaza real y actual para la sociedad del Estado miembro de acogida⁴.

En los asuntos acumulados C-236/16 y C-237/16, interpuestos por el TS, la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) manifiesta su oposición a un impuesto específico sobre el daño medioambiental causado por las grandes áreas de venta (IDMGAV) que existe en Aragón, al considerar, con un criterio que comparte la Comisión, que supone una restricción a la *libertad de establecimiento* y una ayuda de Estado ilegal sobre todo a favor de los pequeños establecimientos comerciales, a los que no afecta este impuesto. La ANGED ha sido parte en varios casos más –con similar fundamento jurídico y respecto a los que ya existen Conclusiones de la Abogado General- a los que el TS ha dado también trámite prejudicial. En los asuntos C-235/16 y C-234/16, en litigios planteados contra el Gobierno de Asturias, se cuestiona la existencia de un impuesto regional que grava el funcionamiento de grandes establecimientos comerciales pero que excluye del gravamen a los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m², cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales. En su propuesta de resolución la Abogada General ha considerado que los artículos 49 TFUE y 54 TFUE no se oponen a un impuesto que grava a los minoristas en función de su superficie de venta, así como que el artículo 107.1 del TFUE no puede interpretarse en el sentido de que la exoneración fiscal en favor de los grandes establecimientos individuales dedicados única y exclusivamente a ciertas actividades (jardinería, etc.) constituya una ayuda de Estado⁵. El primero de los pleitos planteados por ANGED que llegó al TJUE derivaba de otro litigio equivalente, en este caso, contra la Generalitat de Catalunya (C 233/16). La asociación demandante consideró que el impuesto autonómico que grava a los grandes establecimientos comerciales individuales, limita la libertad de establecimiento, supone una restricción indirecta, al verse afectadas sobre todo, las cadenas de comercio extranjeras y constituye una ayuda de Estado ilegal. A falta de Sentencia, la Abogada General ha considerado–sugiriendo un tratamiento homogéneo de los diferentes asuntos planteados por ANGED- que del impuesto no derivan limitaciones a la libertad de

³ Petición de decisión prejudicial presentada por la Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco (España) el 7 de abril de 2016– E / Subdelegación del Gobierno en Álava.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de julio de 2017, ECLI:EU:C:2017:542.

⁵ Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 9 de noviembre de 2017, ECLI:EU:C:2017:853

establecimiento ni este tampoco supone una ayuda de Estado en favor de determinadas empresas⁶.

En torno a la problemática relativa a la *libre prestación de servicios* se han planteado dos asuntos principales. El asunto C-243/16 interroga al TJUE acerca de si las normas comunitarias permiten al acreedor de la sociedad mercantil que reclama su crédito laboral ante los órganos judiciales españoles competentes –los de la jurisdicción social– ejercitar simultáneamente ante el mismo tribunal la acción directa frente a la empresa para el reconocimiento de la deuda laboral y, de forma acumulada, la acción frente a la persona física –el administrador societario– como responsable solidario de las deudas de la sociedad⁷. Por otra parte, en Montte S.L./Musikene (C-546/16) el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi cuestionó si la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública se opone a una legislación nacional que autoriza a los poderes adjudicadores a establecer en los pliegos que rigen la licitación de un procedimiento abierto criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias para las ofertas que no superan un umbral mínimo de puntuación predeterminado.

Respecto a la implementación del *espacio de seguridad, libertad y justicia*, el órgano judicial remitente interroga al TJUE en el asunto C-636/16 sobre si el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración entra en contradicción con una normativa nacional que no prevé la aplicación de los requisitos de protección contra la expulsión de un ciudadano extranjero residente de larga duración respecto de toda decisión administrativa de expulsión, cualquiera que sea la naturaleza o modalidad jurídica de la misma, sino que limita al ámbito de aplicación de tales requisitos solamente a una concreta modalidad de expulsión⁸. En concreto, el órgano jurisdiccional remitente indica que en el ordenamiento jurídico español existen dos modalidades diferenciadas de expulsión administrativa de un ciudadano extranjero: por una parte, la expulsión en concepto de sanción impuesta por la comisión de diversas infracciones administrativas, contemplada en el artículo 57, apartado 1, de la Ley Orgánica 4/2000 y, por otra parte, la expulsión como consecuencia legal derivada del hecho de ser condenado por conducta dolosa a pena privativa de libertad superior a un año, al amparo del artículo 57, apartado 2, de dicha Ley Orgánica. El artículo 57, apartado 5, de la Ley Orgánica 4/2000 incorpora al Derecho español el artículo 12 de la Directiva 2003/109 e impone la obligación de tomar en consideración, antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, las circunstancias

⁶ Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 9 de noviembre de 2017, ECLI:EU:C:2017:852,

⁷ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Barcelona (España) el 27 de abril de 2016 – Antonio Miravittles Ciurana, Alberto Marina Lorente, Jorge Benito García y Juan Gregorio Benito García / Contimark S.A. y Jordi Socías Gispert

⁸ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado Contencioso-Administrativo de Pamplona (España) el 9 de diciembre de 2016– Wilber López Pastuzano / Delegación del Gobierno Central en Navarra

personales de ese residente, a saber, la duración de su residencia en España y los vínculos que haya creado con dicho Estado miembro, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

Sin embargo, tal y como señala el juez nacional, el concepto de «sanción de expulsión» empleado en el artículo 57, apartado 5, de la Ley Orgánica 4/2000 ha sido interpretado por la jurisprudencia mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia españoles en el sentido de que se refiere exclusivamente a las decisiones de expulsión adoptadas como sanción por la comisión de determinadas infracciones administrativas y no a las decisiones adoptadas contra un residente de larga duración por haber sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año. En el caso de autos, un nacional colombiano ha sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año por lo que la Administración no le aplica el artículo 57, apartado 5, de la Ley Orgánica 4/2000 y, en consecuencia, dicta orden de expulsión sin tomar en consideración sus circunstancias personales, lo que genera lógicas dudas en el juez remitente. El TJUE las ha resuelto mediante Sentencia de 7 de diciembre de 2017 señalando que antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración sus circunstancias personales, con independencia de que tal medida haya sido acordada como sanción administrativa o que sea consecuencia de una condena penal⁹.

En materia de *derecho de la competencia* resulta encuadrable la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2017¹⁰ que resolvió la duda elevada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 4 de Madrid sobre si resultaba contraria al artículo 107.1 del TFUE la exención a la Iglesia Católica del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, en relación con las realizadas en inmuebles destinados al desarrollo de actividades económicas que no tengan una finalidad estrictamente religiosa¹¹. El TJUE consideró que, efectivamente, la exención puede estar comprendida en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 107 TFUE si las actividades son de carácter económico y en la medida en que lo sean, si bien señala que este extremo debe ser verificado por el órgano jurisdiccional remitente.

También en este ámbito se ha suscitado el asunto C-547/16, ya resuelto por el TJUE¹², en el que el TS pidió auxilio para la interpretación del artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 TFUE, en el contexto de un litigio entre varios particulares y Repsol en relación con la validez de un contrato de arrendamiento de una estación de servicio que lleva aparejada una obligación de abastecimiento en exclusiva. En el asunto en cuestión se discutía si una Decisión de

⁹ ECLI:EU:C:2017:949

¹⁰ ECLI:EU:C:2017:496

¹¹ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 4 de Madrid (España) el 10 de febrero de 2016 – Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania / Ayuntamiento de Getafe, asunto C-74/16.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2017, ECLI:EU:C:2017:891.

compromisos relativa a determinados acuerdos entre empresas y adoptada por la Comisión Europea en virtud del artículo 9.1 del referido Reglamento, que impedía que los acuerdos comprendidos en la misma pudieran ser declarados nulos por un tribunal nacional en atención a la duración del plazo de exclusiva de abastecimiento suponía que tampoco podían ser declarados nulos por otras causas, como por ejemplo la imposición de un precio mínimo de venta al público por el proveedor al comprador (o revendedor). El TJUE consideró que, a pesar de la Decisión de compromisos, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden proceder a examinar la conformidad de dichos acuerdos con las normas en materia de competencia y declarar, en su caso, la nulidad de tales acuerdos con arreglo al artículo 101 TFUE.

En el ámbito de la *propiedad intelectual e industrial*, ha sido presentada una cuestión en el contexto de un litigio entre Ornuo Co-operative Ltd, y Tindale & Stanton Ltd España, S.L. (asunto C-93/16), en relación con el uso por parte de esta última de un signo que, según Ornuo, crea un riesgo de confusión con marcas de la Unión de las que ella es titular y resulta perjudicial para el renombre de tales marcas¹³. La duda que se plantea es si el hecho de que las marcas hayan coexistido pacíficamente en España legitima el uso del signo en otra parte de la UE, a la luz Reglamento n.º 207/2009 sobre marca comunitaria, a lo que el TJUE ha respondido negativamente¹⁴. Por otra parte, el asunto C-139/16 nace de una demanda presentada por varios particulares contra Abadía Retuerta reprochando a ésta, en esencia, que haga uso del signo «El Pago de la Milla de Oro» en la etiqueta de los vinos que produce. El TJUE consideró que un signo como «la Milla de Oro», que hace referencia a la característica de un producto o servicio consistente en la posibilidad de encontrar en abundancia dicho producto o servicio, de un alto grado de valor y calidad, en un mismo lugar, no puede constituir una indicación de procedencia geográfica, ni tampoco una marca¹⁵. Finalmente, en el asunto C-381/16, el TS preguntó si el Reglamento n.º 207/2009 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación, respecto a una marca de la Unión, de una disposición nacional en virtud de la cual una persona perjudicada por el registro de una marca solicitado con fraude de sus derechos o con violación de una obligación legal o contractual, puede reivindicar la propiedad de la marca. A lo que el TJUE ha respondido negativamente, indicando que la persona perjudicada puede reivindicar la propiedad de dicha marca¹⁶.

Con relación a la *aproximación de legislaciones* entre los Estados miembros han sido suscitadas varias preguntas por parte de los tribunales españoles. En los asuntos acumulados Elecdey Carcelén, S.A. (C-215/16), Energías Eólicas de Cuenca, S.A. (C-216/16), Iberenova Promociones, S.A.U. (C-220/16), Iberdrola Renovables Castilla La Mancha, S.A. (C-221/16), el TSJ de Castilla-La Mancha cuestionó al TJUE sobre si la implantación de un canon eólico (como el que establece la Ley 9/2011 de Castilla-La Mancha) era conforme con el objetivo de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento

¹³ Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección octava (España) el 15 de febrero de 2016 – The Irish Dairy Board Co-operative Limited / Tindale & Stanton Ltd España, S.L.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 20 de julio de 2017, ECLI:EU:C:2017:571

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 6 de julio de 2017, ECLI:EU:C:2017:518

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 23 de noviembre de 2017, ECLI:EU:C:2017:889

Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables; en segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente albergaba dudas acerca de si dicho canon resultaba conforme con la Directiva 2008/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales, dado que este tributo no tiene una finalidad específica, sino que su objetivo es generar ingresos presupuestarios adicionales para los poderes públicos. Por último, dicho órgano jurisdiccional se interrogó acerca de si el canon era compatible con la Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad por cuanto, al incrementar la carga fiscal resultante de todos los impuestos indirectos que deben pagarse en España, podría dar lugar a un nivel de imposición en este Estado que superase el nivel mínimo prescrito en esa disposición y, en consecuencia, provocar distorsiones de competencia entre los Estados miembros. En los tres aspectos de la cuestión, el TJUE ha resuelto, mediante Sentencia de 20 de septiembre de 2017, la compatibilidad del canon eólico con el derecho de la UE¹⁷.

En el asunto C-291/16 se plantea una interesante cuestión relativa a las relaciones de entre empresas comercializadoras de un mismo producto al preguntar el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona, en un caso en el que Schweppes S.A. demanda a Schweppes International Ltd y otros, si resulta compatible con varias directivas sobre aproximación legislativa en materia de marcas que el titular de una marca en uno o más Estados miembros impida la importación paralela o comercialización de productos, con marca idéntica o prácticamente idéntica, titularidad de un tercero, procedentes de otro Estado miembro, cuando dicho titular ha potenciado una imagen de marca global y asociada al Estado miembro de donde proceden los productos que pretende prohibir.

En el caso Europamur Alimentación S.A. (C-295/16) se planteó si la Directiva 2005/29/CE¹⁸ sobre prácticas comerciales desleales se oponía a una disposición nacional, como el artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista que tiene carácter más estricto que la Directiva en cuestión al prohibir de entrada la venta con pérdida –incluso a los mayoristas– por considerar esta práctica como una infracción administrativa y sancionarla en consecuencia teniendo en cuenta que la Ley española persigue, además de ordenar el mercado, proteger los intereses de los consumidores. El litigio se origina porque como comerciante mayorista, Europamur vende productos domésticos y de alimentación a supermercados y tiendas de barrio que sufren directamente la competencia de las grandes cadenas de supermercados. Tras detectarse la venta a pérdida por parte de Europamur de determinados productos, la empresa fue objeto de sanción por parte de la administración autonómica de Murcia. El TJUE ha considerado que, efectivamente, la Directiva es contraria a una disposición nacional que contenga una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida¹⁹.

¹⁷ ECLI:EU:C:2017:705

¹⁸ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 19 de octubre de 2017, ECLI:EU:C:2017:782

En el asunto C-334/16 la AP de Albacete pregunta si el concepto de “circulación de vehículos” -o “hecho de la circulación”-, como riesgo del seguro de responsabilidad civil por el uso y circulación de vehículos a motor, al que se refiere la legislación comunitaria, puede ser determinado por la legislación nacional de un Estado miembro de modo distinto a como lo determina esta, excluyendo por ejemplo como “hecho de la circulación” a actividades determinadas del vehículo relacionadas con su finalidad (como pudiera ser su uso deportivo, industrial o agrícola) o relacionadas con la intención del conductor (como pudiera ser la comisión de un delito doloso con el vehículo)²⁰.

En el plano del *derecho social comunitario* el impacto de la STJUE en el asunto De Diego Porras (ECLI:EU:C:2016:683) de 14 de septiembre de 2016 ha generado múltiples dudas en los litigios planteados con posterioridad como lo demuestra el hecho de que los tribunales españoles hayan planteado sendas cuestiones prejudiciales ulteriores. En el asunto Montero Mateos (Asunto C-677/16) sobre si es necesario extender la indemnización también al contrato de interinidad por vacante; y en los asuntos Grupo Norte Facility C-574/16 y Rodríguez Otero C-212/17, ambos con origen en el TSJ Galicia sobre la extensión del denominado "contrato de relevo".

El TSJ de Castilla y León cuestiona (en el asunto C-472/16) si existe una transmisión a efectos de la directiva 2001/23/CE²¹ cuando el titular de una concesión de una Escuela de Música de un Ayuntamiento, que recibe todos los medios materiales de ese Ayuntamiento (locales, instrumentos, aulas, mobiliario), tiene contratado a su propio personal y presta sus servicios por cursos escolares, la abandona antes de la finalización del curso escolar, reintegrando todos los medios materiales al Ayuntamiento, que no reanuda la actividad para finalizar el curso escolar, pero procede a una nueva adjudicación a un nuevo contratista, que reanuda la actividad al inicio del nuevo curso escolar, transmitiendo para ello al nuevo contratista los medios materiales necesarios de que antes disponía el anterior contratista Ayuntamiento. La pregunta del órgano judicial es relevante porque permite calificar el despido de toda la plantilla del primer contratista como objetivo por “razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo” o bien si, por el contrario, la causa del despido ha sido “el traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos” será preciso considerar la situación a la luz de la directiva 2001/23/CE que prohíbe dicho traspaso²².

En el Asunto C-270/16 se plantea ante el TJUE la duda de si la Directiva 2000/78 se opone a una norma nacional conforme a la que el empresario está facultado para

²⁰ Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Albacete (España) el 15 de junio de 2016 – José Luís Núñez Torreiro / Seguros Chartis Europe S.A.

²¹ Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad

²² Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (España) el 24 de agosto de 2016– Jorge Luís Colino Sigüenza / Ayuntamiento de Valladolid e IN-PULSO MUSICAL Sociedad Cooperativa

despedir a un trabajador por causas objetivas, por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, en el caso particular de que el trabajador sea discapacitado y cuando la baja laboral fue causada por la discapacidad²³

Continuando con la prolija saga jurisprudencial que ha derivado de la aplicación de la cláusula 4 sobre no discriminación contenida en el Acuerdo marco, anexo a la Directiva 1999/70/CE sobre contratos de duración determinada en el ámbito universitario, el asunto C-443/16 planteó la pregunta de si dicha cláusula constituye un impedimento para que se produzca una reducción de la jornada del trabajador por el único hecho de ser funcionario interino, a lo que el TJUE ha respondido indicando que la normativa comunitaria invocada se opone a una norma nacional que autoriza, en el marco de medidas de reestructuración de la organización universitaria, a las administraciones competentes del Estado miembro a reducir a la mitad la jornada laboral de los Profesores Titulares de Escuela Universitaria que sean funcionarios interinos, debido a que no poseen el título de doctor, mientras que los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios de carrera que tampoco poseen el título de doctor no son objeto de la misma medida²⁴.

En el asunto C-158/16 se suscita el interrogante de si el término “condiciones de trabajo” a que se refiere la cláusula 4 del Acuerdo marco ya citada debe interpretarse en el sentido de que incluya en dicho concepto la situación jurídica que, al igual que al personal fijo, permite a un trabajador con relación de trabajo de duración determinada y que ha resultado elegido para un cargo político representativo, solicitar y obtener una suspensión en su relación de servicio con el empleador para retornar así a su puesto de trabajo, una vez expirado el mandato parlamentario correspondiente. En particular, se cuestiona si el principio de no discriminación entra en contradicción con una legislación regional, como la Ley 3/1985 de ordenación de la función pública asturiana en su artículo 59.2, que impide de forma total y absoluta a los funcionarios interinos, el obtener el reconocimiento de situación administrativa de servicios especiales cuando resultan elegidos Diputados en el Parlamento, mientras que dicho derecho sí se reconoce a los funcionarios de carrera²⁵.

El TSJ de Cataluña ha explorado en dos asuntos (C-103/16 y C-432/16) los límites de la Directiva 92/85 CEE²⁶. En el primero de ellos se cuestionó, básicamente, sobre si la

²³ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca (España) el 13 de mayo de 2016 – Carlos Enrique Ruiz Conejero / Ferroserv Servicios Auxiliares S.A. y Ministerio Fiscal

²⁴ Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 9 de febrero de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 8 de Madrid) — Francisco Rodrigo Sanz / Universidad Politécnica de Madrid

²⁵ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo (España) el 16 de marzo de 2016 – Margarita Isabel Vega González / Consejería de Hacienda y Sector Público de la Administración del Principado de Asturias

²⁶ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya

Directiva es conforme con una legislación, como la española, que no contempla una prioridad de permanencia en la empresa en caso de despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en periodo de lactancia²⁷. En el segundo asunto el órgano remitente se pregunta si el supuesto del artículo 10.1 relativo a al despido por “*casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales*”, que funciona como excepción a la prohibición del despido de trabajadoras embarazadas, se entiende cumplido con la mera acreditación de la concurrencia de causas objetivas de tipo económico, técnicas, organizativas o de producción, en el sentido en que las define el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores al que se remite el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores.

En el ámbito de aplicación de la normativa de **consumo**, el asunto C-7/16 se ha suscitado la cuestión de si se oponen las normas de la Unión Europea a una norma de Derecho interno, como el artículo 1535 del Código Civil español, que permite la cesión a un tercero de un crédito litigioso en el que sea parte un empresario, por un lado, y un consumidor, por otro, sin que se exija una notificación fehaciente al referido consumidor del hecho mismo de la cesión, su título o razón de ser, y sin que sea preciso que se indique, documentalmente acreditado (y en todo caso), el precio cierto por el que se adquirió el crédito, señalando la quita o descuento realizado²⁸. El TJUE ha indicado que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, no resulta aplicable a una normativa nacional, como la que es objeto del litigio principal, relativa al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a éste el precio que haya pagado por esa cesión²⁹. Por otra parte, en el asunto (C-92/16) se ha planteado si debe interpretarse esta Directiva en el sentido de que un contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva cuando el contrato remanente fuera irrazonablemente oneroso para el profesional³⁰. Por último, y también sobre la Directiva 93/13/CEE, ha surgido la cuestión (C-486/16) de aclarar si es preciso tener en cuenta, a la hora de decidir sobre el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor, no sólo las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato, sino también la gravedad del incumplimiento del consumidor en momentos posteriores a la perfección del contrato³¹.

dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)

²⁷ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña – Sala Social (España) el 19 de febrero de 2016 – Jessica Porras Guisado / Bankia SA, y otros

²⁸ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Vigo (España) el 6 de enero de 2016– Banco Popular Español S.A. y PL Salvador, S.A.R.L. / Maria Rita Giraldez Villar y Modesto Martínez Baz

²⁹ Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de julio de 2016, ECLI:EU:C:2016:523

³⁰ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fuenlabrada (España) el 15 de febrero de 2016 – Bankia S.A. / Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez y Sheyla-Jeanneth Felix Caiza

³¹ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Alicante (España) el 12 de septiembre de 2016– Bankia S.A. / Alfredo Sánchez Martínez y Sandra Sánchez Triviño

En materia de **legislación fitosanitaria**, el Tribunal Supremo ha interpuesto cuestiones prejudiciales (C-293/16, C-325/16) sobre la naturaleza (perentoria o bien susceptible de ampliación por parte de los Estados) de los plazos dados para la incorporación de las varias sustancias activas (entre otras, matalaxil, clofentecina, dicamba, difenoconazol o diflubenzurón) a la Directiva 91/414/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1991 relativa a la comercialización de productos fitosanitarios. El TJUE ha aclarado al TS que la Directiva 2008/69/CE de la Comisión, de 1 de julio de 2008, por la que se modifica la Directiva 91/414/CEE del Consejo para incluir varias sustancias activas debe interpretarse en el sentido de que la fecha de 31 de diciembre de 2008 a la que hace referencia marca la fecha límite en la que deben haber sido incluidas en la lista que figura en el anexo I de la Directiva 91/414/CEE todas las sustancias activas contenidas en un producto fitosanitario autorizado³².

Por último, sobre la **política energética** el TS ha cuestionado en el asunto C-561/16 la compatibilidad de la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética con una regulación que establece un sistema nacional de obligaciones cuya forma de cumplimiento primaria consiste en una contribución financiera anual a un Fondo Nacional de Eficiencia Energética³³.

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

En esta sección analizaremos algunos de los más importantes pronunciamientos del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional del año 2016 en los que han venido aplicando el principio de primacía sobre el que pivota la relación del Derecho de la UE con el Derecho español, frecuentemente en conjunción con el principio de la eficacia directa en aquellos casos en los que se pone de manifiesto la contradicción entre la norma comunitaria y la norma nacional para, en último término, hacer referencia a una serie de sentencias en las que se ha deliberado sobre la eventual responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión.

Iniciaremos este repaso por el **orden jurisdiccional penal**, examinando una sentencia del TS que vino a decidir uno de los muchos recursos resueltos durante el año 2016 por el Alto Tribunal respecto a la posible *acumulación por parte de un tribunal español, de condenas dictadas en otro Estado miembro de la UE* a los efectos de determinar el límite máximo de cumplimiento de penas privativas de libertad. Siendo varios los pronunciamientos del TS al respecto, en esta crónica nos limitaremos a analizar uno de ellos, pudiendo sus conclusiones ser extendidas al resto de sentencias sobre esta misma

³² Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 25 de mayo de 2016– Sharda Europe B.V.B.A. / Administración del Estado y Syngenta Agro, S.A y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 8 de junio de 2017, ECLI:EU:C:2017:430; Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo – (España) el 9 de junio de 2016 – Industrias Químicas del Vallés, S.A. / Administración General del Estado y Sapec Agro, S.A.

³³ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 7 de noviembre de 2016 – Saras Energía S.A. / Administración del Estado

cuestión³⁴. En concreto, nos centraremos en la sentencia 16/2016 de 26 de enero, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del TS, resolutoria del recurso de casación número 10733/2015 interpuesto por un condenado a varias penas privativas de libertad de nacionalidad española contra el Auto de 9 de junio de 2015 de la AN que denegó su solicitud de acumulación de las condenas impuestas y ya cumplidas en Francia y declaró no haber lugar al planteamiento –interesado por el condenado– de cuestión prejudicial ante el TJUE respecto a la Decisión Marco 2008/675/JAI³⁵, en lo referente a la acumulación de condenas impuestas y totalmente ejecutadas en país distinto e integrante de la Unión³⁶.

Con carácter previo se ha de señalar que la Decisión Marco 2008/675/JAI garantiza la toma en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, de *«las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes, sobre las cuales se haya obtenido información a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales, en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional»* (art. 3.1), siendo sus normas de aplicación *«en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena»* (art. 3.2). No obstante, el apartado 5º de su artículo 3 permite como excepción que *«si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso»*. A pesar de que los Estados miembros debían dar cumplimiento a lo dispuesto en la mencionada Decisión Marco a más tardar el 15 de agosto de 2010, sus disposiciones no fueron incorporadas al ordenamiento jurídico español hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre³⁷ que, acogiéndose a la autorización del art. 3.5 de la Decisión Marco, dispone que en contra el principio general de que *«las condenas anteriores firmes dictadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que hubieran correspondido a tal condena si*

³⁴ Entre otras, sentencias de la Sala de lo Penal, Sección 1ª, del TS 50/2016, de 3 febrero (recurso de casación 10709/2015); 81/2016, de 10 febrero (recurso de casación 10634/2015); 333/2016, de 20 de abril (recurso de casación 10876/2015).

³⁵ Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, DOCE L 220, de 15.08.2008.

³⁶ Es preciso mencionar que con fecha 15 de junio varios Magistrados de la AN emitieron voto particular considerando que el Tribunal sí debía haber planteado la cuestión prejudicial ante el TJUE y suspender la solicitud de acumulación de penas hasta su resolución, al entender que existían dudas sobre la compatibilidad del contenido de la transposición de la Decisión Marco 2008/675/JAI llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2014 con el Derecho comunitario.

³⁷ Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, BOE núm. 275, de 13.11.2014.

hubiera sido dictada en España» (art. 14.1), estas no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión: 1) *«sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro»*, y 2) *«sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b)»* (art. 14.2).

Sentado lo anterior, procede introducirnos en el análisis de los motivos del recurso y en su resolución por parte del TS. En concreto, el recurrente basó su pretensión en el hecho de que el Auto recurrido había infringido diversos preceptos constitucionales y legales, así como de la jurisprudencia del TS sobre la materia. Más concretamente, y a los efectos de lo que a esta crónica interesa, se quejaba de que se había aplicado retroactivamente y en su perjuicio la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, que no estaba en vigor en el momento de formularse la solicitud de acumulación (el 14 de agosto de 2014), dando como resultado el rechazo de la acumulación de las condenas sufridas y cumplidas en Francia (10 y 4 años de prisión) a la ejecutoria dimanante de la sentencia 33/2005 de 24 de mayo dictada por la Sección 1ª de la AN. Ello truncaba su expectativa formada sobre previos pronunciamientos jurisprudenciales, particularmente la STS 186/2014 de 13 de marzo, que a falta de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco 2008/675/JAI, fallaba que *«en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, la interpretación de las vigentes debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de una normativa europea, cuya incorporación al ordenamiento interno es una obligación contraída por el Estado español como miembro de la Unión Europea»*, aplicando al supuesto enjuiciado el principio de equivalencia del art. 3.1 de la Decisión Marco, proyectándolo a todas las fases del proceso como exigía su apartado 2º, sin excepciones, reconociendo por tanto la acumulación de sentencias solicitada. En este sentido, defendía el recurrente que la Decisión Marco había sido integrada en el ordenamiento español a través de la interpretación jurisprudencial efectuada por la STS 186/2014, y que la aplicación de la Ley Orgánica 7/2014 al supuesto de autos constituía una aplicación retroactiva prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución.

El TS, por su parte, rechazó en primer lugar el planteamiento de la cuestión prejudicial solicitada por el recurrente³⁸, al indicar que *«la aplicación de una norma comunitaria*

³⁸ En concreto, solicitaba el planteamiento de tres preguntas: *«1.-¿Los preceptos de la decisión Marco 2008/675 pueden interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para excluir de la norma de trasposición el efecto equivalente que constituye el objetivo de la Decisión, para todas las sentencias condenatorias de los tribunales del resto de los Estados miembros de la UE anteriores al 15 de agosto de 2010?; 2.-¿El artículo 3, párrafo 5, de la Decisión Marco 2008/675/JAI puede interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para excluir el efecto equivalente en la fase de ejecución de sentencia en relación con los límites máximos de cumplimiento de las penas, y en perjuicio del reo, para todas aquellas sentencias condenatorias dictadas en otros Estados miembros que sean de fecha posterior a la comisión de los delitos objeto de los procesos nacionales?; 3.-¿La aplicación retroactiva de las restricciones de la LO 7/2014, de 12 de noviembre, a los supuestos planteados y resueltos con anterioridad a su entrada en vigor, constituye una vulneración del principio de*

no impone al Tribunal la obligación de dudar en su interpretación. Sólo si al aplicarla surge la duda se activa la necesidad de elevar la cuestión prejudicial; en particular si se trata del órgano jurisdiccional de última instancia (...) [como] lo es esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». De este modo, y dado que para la Sala no existían dudas acerca de la interpretación de la Decisión Marco (ello a pesar del voto discrepante de varios Magistrados de la AN y del propio TS en esta y en otras sentencias similares) decide no elevar la cuestión prejudicial al señalar que «la doctrina del acto claro es predicable de la cuestión a dilucidar para resolver aquí; si la Decisión Marco 2008/675/JAI, permite a los Estados Miembros excepcionar la toma en consideración de las condenas dictadas por otros Estados Miembros en trance de determinar el límite máximo de cumplimiento», ya que «la mera lectura del artículo 3.5 de la Decisión, clarifica su alcance, así como la inexigibilidad del principio de asimilación de las condenas de otro Estado miembro con las propias, cuando haya de ponderarse en un nuevo proceso, en relación con la acumulación jurídica de las penas. Pretender que suscita dudas tal subsunción, responde más a un voluntarismo previo, que a su sosegada lectura, cuando meramente se indica que tal artículo 3.5 no se refiere a la acumulación jurídica de penas o fijación del tiempo máximo de condena, pero no se indica alcance alguno del precepto, o cual fuere la razón de la duda, que sólo se enuncia de forma abstracta».

En cuanto al resto de motivos del recurso, nos detendremos especialmente en la pretendida aplicación retroactiva de una disposición desfavorable como lo sería la Ley Orgánica 7/2014 al supuesto de autos. En concreto, la Sala defiende que habiéndose dictado la sentencia 186/2014, de 13 de marzo (invocada por el recurrente), entre el plazo máximo para la incorporación de la Decisión Marco y la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2014, la mencionada sentencia «tomó como referencia la Decisión Marco y usando como criterio exegético el principio de interpretación conforme rompió con el precedente constituido por la STS 2117/2002, de 18 de diciembre única (...) que resolvía un supuesto absolutamente idéntico en términos jurídicos», pero que dicho «principio de interpretación conforme (...) no puede estirarse hasta avalar una interpretación contra legem del Derecho nacional» que es lo que ocurriría de no aplicarse ahora al caso de autos lo dispuesto por la Ley Orgánica 7/2014, sobre cuya validez y adecuación a Derecho comunitario no albergaba dudas la mayoría de la Sala. Por consiguiente, estima el Tribunal que habiéndose dictado la mencionada sentencia 186/1984 con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 186/2014, aplicar ahora la interpretación dada por aquella al supuesto de autos supondría reconocer una acumulación expresamente prohibida por la ley. En consecuencia acuerda no haber lugar a la acumulación y desestima el recurso de casación presentado.

Desplazándonos al orden jurisdiccional *civil*, se hace necesario mencionar la sentencia 124/2016 de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del TS de 3 de marzo, recaída en un asunto relativo a un contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Los

irretroactividad garantizado en el art. 49 de la Carta de Derechos fundamentales, interpretado en relación con los principios generales sobre la irretroactividad de las normas desfavorables que se deducen del Convenio Europeo para la protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales conforme al art. 6.3º del TUE ?».

hechos son los siguientes: el 9 de diciembre de 1997 dos ciudadanos celebraron con una empresa inmobiliaria española, al amparo de las normas sobre los contratos contenidas en el Código Civil español y la Ley para la Defensa de los consumidores y usuarios de 1984, un contrato para la adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido en virtud del cual adquirieron el derecho a disfrutar de un inmueble propiedad de la empresa inmobiliaria durante determinados periodos anuales para el resto sus vidas a cambio de una cantidad inicial de dinero y una cuota anual. Surgidas desavenencias relativas al modo de prestación de los servicios objeto del contrato y al pago del precio, interpusieron el 14 de septiembre de 2010 una demanda ante el Juzgado de 1ª Instancia de San Bartolomé de Tirajana (Canarias) solicitando, entre otras peticiones, la devolución de la cantidad pagada en su día en concepto de anticipo en aplicación del artículo 6 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994³⁹, según el cual «*los Estados miembros establecerán en sus legislaciones medidas encaminadas a prohibir cualquier pago de anticipos por el adquirente antes del final del período de ejercicio del derecho de resolución contemplado en el primer guion del punto 1 del art. 5*». El Juzgado de 1ª Instancia estimó dicha petición y condenó a la empresa inmobiliaria a devolver la cantidad entregada como anticipo. No obstante, dicha empresa, no conforme con el fallo, recurrió en apelación al considerar que la Directiva 94/47/CE no era de aplicación al contrato de autos y por tanto, en el momento de formalizarse el contrato no existía ninguna norma directamente aplicable que le prohibiera percibir cantidades por anticipado. En este sentido, se ha de señalar que el contrato fue celebrado entre la fecha en que expiró el plazo de transposición de la Directiva 94/47/CE y la entrada en vigor de su normativa de transposición, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos a aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias⁴⁰. Tras la estimación del recurso por parte de la AP de Las Palmas en sentencia de 21 de octubre de 2013, los ciudadanos cuyas pretensiones fueran estimadas en primera instancia, interponen recurso de casación ante el TS, con número 587/2014, en cuya resolución nos detendremos ahora.

Tras el resumen de los hechos, resulta claro que el objeto de la *litis* consiste en determinar si resulta aplicable o no al supuesto de autos la Directiva 94/47 con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que incorporó su contenido a nuestro derecho positivo, teniendo en cuenta que la fecha límite para la transposición de aquella era el 26 de abril de 1997 y que el contrato entre las recurrentes y la empresa demandada se celebró en diciembre de 1997. Para aclarar esta cuestión, el TS acude a algunas de sus sentencias anteriores como la 183/2009, de 27 de marzo, en la que señalaba que «*las Directivas carecen de efecto directo en las relaciones entre particulares*», o la 343/2002, de 22 de abril, en las que aludía expresamente a que «*es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, a partir de la sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/1985), apartado 48, que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una*

³⁹ Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, DOCE L 280, de 29.10.1994.

⁴⁰ BOE núm. 300, de 16.12.1998.

Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en calidad de tal, contra dicha persona». En consecuencia, desestima el recurso planteado confirmando la sentencia de la AP de Las Palmas.

Adentrándonos en la jurisdicción *social* nos detendremos en el análisis de una importante sentencia de la Sala de lo Social del TS de 17 de octubre (sentencia núm. 848/2016), recaída en recurso de casación 36/2016 en materia de despidos colectivos. En fecha de 25 de marzo de 2015, el comité de empresa de una entidad mercantil formula ante el TSJ del País Vasco demanda de impugnación de despido colectivo frente a la decisión empresarial de extinguir un total de 27 contratos de trabajo en el centro de la empresa en la localidad de Munguía, que emplea a 77 trabajadores. Frente a la posición de los demandantes que califican la actuación de la empleadora de despido colectivo, la empresa entiende que se trata de despidos objetivos individuales al no superar el número de 30 afectados de la totalidad de 3.100 trabajadores que integran la plantilla de la empresa en sus diferentes centros de trabajo. Con fecha 21 de mayo de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco estimatoria de demanda declarando la nulidad del despido colectivo de los trabajadores despedidos y el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta su efectiva readmisión.

La representación procesal de la empresa promueve recurso de casación ante el TS con objeto de revisar la aplicación del derecho efectuada en la sentencia, aduciendo que la misma ha incurrido en infracción del art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores y del art. 9.3 de la Constitución Española, al sostener que el cómputo del número de extinciones de contratos de trabajo que deben tenerse en cuenta para determinar si se trata de un despido colectivo o de despidos individuales debe realizarse en referencia al total de los trabajadores de la empresa (criterio del art. 51.1 del ET) y no del centro de trabajo (criterio del art. 1.1 la Directiva 98/59/CE⁴¹), sin que puedan hacerse recaer sobre la empleadora las consecuencias derivadas de la inadecuada transposición por el legislador nacional de la mencionada Directiva, invocando a tal efecto la sentencia del TJUE de 15 de enero de 2014 (asunto C-176/2012, *Association de Médiation Sociale*), que distingue el *efecto vertical* y *horizontal* en los supuestos de no transposición o indebida traslación al derecho interno de las previsiones de las Directivas de la Unión Europea, para negar que puedan aplicarse sus efectos directos en un pleito entre particulares. La cuestión litigiosa consiste por tanto en determinar cuál ha de ser el criterio de referencia para decidir si la actuación empresarial constituye un despido colectivo por superar el número de extinciones de contratos de trabajo permitidos, si la empresa en su conjunto, o si el específico y único centro de trabajo que se ha visto afectado.

En su argumentación, el TS, tras admitir que efectivamente «*el art. 51.1 ET no ha realizado correctamente la transposición de la Directiva 98/59*», y remarcar que con carácter general la eficacia directa de las Directivas ha de excluirse en el marco de las

⁴¹ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, DOCE L 225, de 12.08.1998.

relaciones privadas, puesto que «una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocado en su calidad de tal en su contra», señala no obstante que «las insuficiencias que la inaplicabilidad directa de este tipo de Derecho derivado pudiera comportar para la adecuada operatividad del Derecho UE, y el posible daño colateral que ello generaría para los particulares interesados, de alguna manera se suavizan, como observa la doctrina especializada, con dos líneas de actuación: 1º) la eficacia interpretativa de las Directivas, en la aplicación del Derecho nacional, conforme al principio de interpretación conforme; y 2º) la posible responsabilidad del Estado incumplidor por los daños y perjuicios que pueda causar su incumplimiento de la Directiva».

De este modo, y dado que la interpretación conforme, como instrumento que permite corregir «las indeseadas consecuencias de la inaplicabilidad directa e inter privados de las Directivas» ha sido perfilada por el TJUE indicando que el órgano jurisdiccional «está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado [actual 288 TFUE]»⁴², señala el TS que cuando los términos de la Directiva que no ha sido transpuesta en plazo o lo ha sido indebidamente, son claros, terminantes e incondicionados, procede (en un litigio entre particulares) analizar la posible aplicación del derecho interno adecuado a las previsiones de la Directiva, lo que, de no ser factible, dará opción al particular perjudicado a reclamar una indemnización por daños y perjuicios al Estado infractor.

Para ello, y tras exponer que el mandato de la Directiva es claro, rotundo y terminante al imponer el centro de trabajo como unidad de referencia en garantía mínima de los derechos de los trabajadores, y señalar que la literalidad del art. 51.1 ET no excluye específicamente los centros de trabajo, sino que lo que hace es introducir una mejora al extender el cómputo de los umbrales a la totalidad de la empresa⁴³, el TS considera que en tanto lo pretendido por el art. 51.1 ET es dar cobertura a una situación más favorable con carácter general para los trabajadores que la prevista en la propia Directiva, no se ha de excluir la protección en aquel nivel mínimo de garantía que su art. 1.1 de la Directiva ha residenciado en los centros de trabajo, debiendo prevalecer en este caso el elemento teleológico que es consustancial a la actuación de todas las Autoridades Públicas de los Estados en la consecución de la finalidad y el resultado al que obligan las Directivas. En apoyo de su argumentación acude una vez más a la jurisprudencia del TJUE, citando su sentencia de 16 de julio de 2009 (asunto C-12/2008, *Mono Car*), que al resolver sobre

⁴² En su argumentación, el TS cita numerosas sentencias del TJUE, entre otras: *Marleasing* (asunto C-106/89); *Pfeiffer* (asunto C-397/01); *Küçükdeveci* (asunto C-555/07); y *Dansk Industri* (asunto C-441/14).

⁴³ Para acreditar tal extremo cita la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 18 de marzo de 2009 (recurso 1878/2008) en la que destacaba que lo pretendido por el ET es establecer «una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, no sólo con respecto a la unidad de referencia física (empresa y no centro de trabajo) para el cómputo de trabajadores afectados, sino también exigiendo a la empresa la justificación de la causa extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa para proceder al despido colectivo (requisitos éstos que no establece la norma comunitaria», lo que impediría considerar que el legislador nacional haya querido substraerse a tan categórica previsión del Derecho de la Unión para descartar en cualquier supuesto el centro de trabajo como unidad de cómputo.

una cuestión prejudicial atinente al artículo 2 de la misma Directiva 98/59 establece en su parte dispositiva que *«al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional debe, en virtud del principio de interpretación conforme del Derecho nacional, tomar en consideración el conjunto de normas de dicho Derecho e interpretarlo, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 98/59 para alcanzar el resultado que ésta persigue. En consecuencia, le incumbe garantizar, en el marco de sus competencias, que las obligaciones que debe cumplir tal empresario no se reduzcan con respecto a las establecidas en el artículo 2 de dicha Directiva»*.

De este modo, pese a la aparente claridad que parece desprenderse la definición de centro de trabajo del art. 1.5 ET, el TS destaca que al no ser pocos los preceptos legales del ET en los que se utiliza indistintamente el término empresa/centro de trabajo, o en los que se contiene una misma e indistinta regulación en referencia a uno y otro ámbito⁴⁴, de ello resultaría evidente que *«es suficiente para constatar que el precepto no ha querido excluir de su ámbito de aplicación el centro de trabajo como unidad de referencia del despido colectivo, y es por sí solo suficiente para descartar que pueda considerarse contra legem la interpretación que nos lleva a extender al centro de trabajo las previsiones del apartado primero de este mismo artículo»*.

Por todo lo razonado, concluye la Sala, que *«se desprende que nuestra normativa laboral no contrapone la empresa y el centro de trabajo como unidades de referencia empresarial necesariamente diferenciadas, sino que, por el contrario, los asimila y equipara en su tratamiento jurídico en todos esos aspectos tan esenciales y relevantes de las relaciones laborales»*, señalando a continuación que seguir *«otra distinta interpretación daría lugar a un desigual, injustificado e irrazonable tratamiento de los trabajadores de aquellas empresas que cuentan con un solo centro de trabajo respecto a las que disponen de varios, permitiendo a estas últimas despedir individualmente a un número incluso superior a las otras, acudiendo al recurso de concentrar todas las extinciones en un único centro de trabajo»*.

Por este motivo termina el TS por indicar que *«una interpretación conforme al Derecho de la Unión del art. 51.1 ET obliga a entender que el concepto de centro de trabajo, a efectos del despido colectivo, no puede ser otro que el previsto en el art. 1.1 de la Directiva 98/59»*. En consecuencia, desestima el recurso de casación interpuesto y rectifica y completa el criterio establecido en la STS de 18 de marzo de 2009 en el sentido de que deben calificarse como despido colectivo y respetar por consiguiente el régimen legal aplicable en esta materia, tanto las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales del art. 51.1 ET tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, como aquellas otras en las que se excedan esos mismos umbrales afectando a un único centro de trabajo que emplee habitualmente a más de 20 trabajadores.

⁴⁴ En este sentido, cita como ejemplo más relevante el art. 51.2 ET, que al regular el proceso de consultas con los representantes de los trabajadores en casos de despido colectivo, dispone que en el caso de existir varios centros de trabajo la negociación *«quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento»*.

En cuando al orden jurisdiccional *contencioso-administrativo*, ámbito al que pertenecen la mayoría de las resoluciones que analizaremos en esta crónica, iniciaremos nuestro repaso por la sentencia 2394/2016 del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 10 de noviembre que, en materia de derechos de *propiedad intelectual*, resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto en febrero de 2013 por tres entidades dedicadas a la gestión de derechos de propiedad intelectual contra el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los PGE⁴⁵, siendo parte recurrida, además de la Administración General del Estado, la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y otras entidades dedicadas también a la gestión de los derechos de autor. A juicio de las actoras, el Real Decreto recurrido era contrario a Derecho por, entre otras cuestiones, ir en contra de la interpretación dada por el TJUE en su jurisprudencia⁴⁶ al artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29⁴⁷ que permite a los Estados establecer excepciones o limitaciones al derecho de autorización o prohibición de la reproducción de sus obras del que con carácter general gozan los autores cuando nos hallamos ante reproducciones 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.

Una vez recibidas las contestaciones a la demanda, por auto de 10 de septiembre de 2014 la Sala acordó plantear al TJUE una cuestión prejudicial comprensiva de dos preguntas que básicamente se pueden resumir en la interpelación al Tribunal acerca de si un sistema de compensación por copia privada con cargo a los PGE como el previsto por el Real Decreto recurrido era compatible o no con el art. 5.2.b) de la mencionada Directiva, teniendo presente que con dicha compensación resultaba imposible asegurar que el coste de la misma fuese soportado por los usuarios de copias privadas, a lo que el TJUE respondió, en su sentencia de 9 de junio de 2016 (asunto C-470/14), que dicho sistema de compensación era incompatible con el Derecho comunitario.

No obstante, dado que durante la sustanciación del juicio se produjo la aprobación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre⁴⁸, modificativa del artículo 25 de la Ley de la

⁴⁵ Dicho Real Decreto (BOE núm. 295, de 08.12.2012), se dictó en desarrollo de lo dispuesto por la Disposición Adicional 10ª del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE núm. 315, de 31.12.2011), que establecía lo siguiente: «*Se suprime la compensación equitativa por copia privada, prevista en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, con los límites establecidos en el artículo 31.2 de la misma Ley. El Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. La cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado*».

⁴⁶ Citan entre otras, las sentencias del TJUE de 21 de octubre de 2010 (asunto C-467/08) y de 16 de junio de 2011 (asunto C-462/09).

⁴⁷ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, DOCE L 167, de 22.06.2001.

⁴⁸ BOE núm. 268, de 05.11.2014.

Propiedad Intelectual⁴⁹ regulador de la compensación equitativa por copia privada (que había sido suprimida por el Real Decreto-ley 20/2011) en el sentido de concretar el régimen de cálculo de la compensación que con cargo a los PGE estaba dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón del límite legal de copia privada, y teniendo en cuenta que a su vez dicha ley fue recurrida ante el TC⁵⁰, el Abogado del Estado solicitó la suspensión del curso de los autos en tanto no se resolviera el mencionado recurso. Sin embargo, el TS denegó la suspensión al señalar que *«la Ley 21/2014 no altera el marco normativo establecido por el Real Decreto-ley 20/2011, que es el examinado por el TJUE para dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada por esta Sala: se trata siempre de un sistema de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin previsión de ningún medio para que su coste sea soportado únicamente por los usuarios de la copia privada»*, y porque además *«si una norma jurídica nacional es contraria al derecho de la Unión Europea, ha de ser inaplicada independientemente de que además pueda ser inconstitucional»*. En este sentido, destaca el TS que *«el deber que pesa sobre todos los órganos judiciales nacionales de inaplicar -por sí solos, sin plantear previamente cuestión alguna al propio Tribunal Constitucional- las normas jurídicas nacionales contrarias al derecho de la Unión Europea es una exigencia dimanante del principio de primacía de éste»*, por lo que si una norma es contraria a Derecho comunitario, esta debe ser sin más inaplicada, *«independientemente de lo que en su día resuelva el Tribunal Constitucional sobre su conformidad con la Constitución española»*.

Rechazada por tanto la suspensión de los autos, y una vez notificada la sentencia del TJUE, el Abogado del Estado defendió que la misma no declaraba que el sistema de compensación equitativa con cargo a los PGE fuese en sí mismo contrario al Derecho comunitario, sino sólo que lo era en la medida en que no contenía ningún medio para evitar que las personas jurídicas soportaran también el coste económico de la compensación, que era precisamente lo que venía a corregir la Ley 21/2014 mediante la inclusión de límites cuantitativos para cada ejercicio presupuestario. No obstante, el TS rechazó también este argumento al señalar que la legislación española resultante del Real Decreto-ley 20/2011 y de la Ley 21/2014, junto con su desarrollo reglamentario contenido en el Real Decreto 1657/2012, no prevé medio alguno para que se cumpla la única condición establecida por el TJUE en su sentencia para que un sistema de compensación equitativa con cargo a los PGE sea compatible con el Derecho comunitario, esto es, *«que el coste efectivo pese exclusivamente sobre los usuarios de la copia privada, que en ningún caso pueden ser, por definición, las personas jurídicas»*. Por este motivo, y tras recordar que *«introducir en un sistema de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado algún medio para evitar que las cantidades recaudadas de los impuestos pagados por las personas jurídicas terminen sufragando la referida compensación equitativa dista de ser tarea fácil (...) entre otras razones, porque en el ordenamiento español no hay, en principio, una*

⁴⁹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, BOE núm. 97, DE 22.04.1996.

⁵⁰ Recurso de inconstitucionalidad 681/2015.

afectación de concretos ingresos a determinados gastos», la Sala resuelve estimar el recurso planteado y anular el Real Decreto 1677/2012 controvertido.

Por lo que se refiere al ámbito de la *función pública*, el año 2016 ha visto como por primera vez un tribunal español ha estimado el derecho de un trabajador eventual de la Administración Pública a cobrar los trienios en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores al servicio de la Administración. Frente al reconocimiento de la igualdad retributiva entre, por un lado, funcionarios interinos y personal laboral temporal, y por otro, funcionarios de carrera y personal laboral indefinido de la Administración, que los tribunales españoles han venido estimando con carácter general estos últimos años a raíz de la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010⁵¹, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7ª) del TS, en su sentencia de 21 de enero de 2016, ha ido un paso más allá en esta equiparación al reconocer dicho derecho también al personal eventual. No obstante, al igual que en aquella ocasión, la mencionada equiparación trae causa, de nuevo, en una sentencia del TJUE, esta vez de 2015, resolutoria de una cuestión prejudicial elevada por el TS en 2014 en el marco de un pleito planteado por una trabajadora eventual de la Administración que desde 1996 venía ejerciendo sus funciones en el Consejo de Estado, contra la resolución del Presidente de dicha institución de 24 de junio de 2012 denegadora del derecho a la percepción de las retribuciones correspondientes a los trienios perfeccionados durante sus años de servicio.

En su recurso, la actora defendía que las diversas sentencias del TJUE de los últimos años⁵² reconociendo la equiparación a efectos retributivos entre el personal temporal y el personal fijo al servicio de la Administración también eran *«trasladables al personal eventual porque entre unos y otros existía identidad de razón y no existía fin legítimo que, en términos objetivos, permitiera justificar el trato distinto»*; mientras que por su parte, la representación procesal del Consejo de Estado se oponía a dicha pretensión alegando que el carácter especial que tiene el personal eventual dentro de los empleados públicos, singularmente en lo que representa que su designación no se haga mediante un proceso selectivo en el que se apliquen los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como la naturaleza específica de las funciones de confianza que tienen asignadas, determinaban que no nos halláramos ante un supuesto de discriminación de los proscritos por la normativa comunitaria.

Ante estas circunstancias, el Alto Tribunal decidió en enero de 2014 –tras haberlo solicitado la parte actora– elevar al TJUE una cuestión prejudicial para que éste se pronunciara sobre tres cuestiones: en primer lugar, sobre la inclusión de la figura de

⁵¹ Asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09. Dicha sentencia vino a declarar el efecto directo de la Cláusula 4.1 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, y que figura como Anexo a la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio (DOCE, L 175, de 10.07.1999), impidiendo por tanto el establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos al servicio de la Administración Pública.

⁵² Citando, entre otras, la mencionada sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, así como la sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011 (C-177/10).

personal eventual dentro de la definición de *trabajador con contrato de duración determinada* contenida en la cláusula 3.1 del mencionado Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE; en segundo término, sobre la aplicación a dicho *personal eventual* del principio de no discriminación de su cláusula 4.4 a los efectos de que le sean reconocidas y pagadas las percepciones retributivas que por el concepto de antigüedad son abonadas al resto de personal al servicio de la Administración; y en tercer lugar, sobre el eventual encuadramiento del régimen de nombramiento y cese libre, fundado en razones de confianza, dentro de las razones objetivas que invoca la mencionada cláusula 4 del Acuerdo marco para justificar un trato diferenciado. El TJUE resolvió estas cuestiones en su sentencia de 9 de julio de 2015⁵³ afirmando que el concepto de trabajador con contrato de duración determinada sí incluía al personal eventual y que el mencionado Acuerdo marco se oponía a una norma nacional que excluyera, sin justificación alguna por razones objetivas, al personal eventual del derecho a percibir los trienios concedidos al resto de trabajadores de la Administración Pública cuando los trabajadores se hallaren ante situaciones comparables.

De este modo, el TJUE delimitó el objeto de la *litis* a la determinación, por una parte, de si la demandante se hallaba, en su calidad de personal eventual, en una *situación comparable* a la del resto de trabajadores públicos de su misma categoría profesional; y por otra, a la determinación de la existencia de *razones objetivas* que justificaran su no equiparación retributiva, cuestión esta que corresponde apreciar al tribunal nacional. En este sentido, argumenta el TS que al ser el cometido profesional desarrollado por la parte actora en los puestos que ha desempeñado como personal eventual la realización de labores de oficina de colaboración propias de la categoría de auxiliar administrativo (a la que se asimilaba), el hecho de que la confianza haya jugado un papel trascendental en su nombramiento no constituye una razón objetiva que justifique la diferencia de trato, en cuanto sus funciones eran coincidentes con las realizadas por las personas que prestan servicios en condición de auxiliar administrativo, poniendo como ejemplo el hecho de que la nota de confianza que concurre en el nombramiento de los funcionarios de carrera que desempeñan puestos correspondientes a personal eventual no determina que éstos sean privados de sus correspondientes trienios. Por este motivo, la Sala estima el recurso interpuesto por la actora y anula la resolución recurrida.

Desplazándonos al *ámbito fiscal*, descendemos de nivel para comentar las múltiples sentencias⁵⁴ que en el año 2016 la AN ha resuelto en relación con la subida producida el 1 de julio de 2012 de los importes de las tasas aeroportuarias que han de satisfacer las compañías aéreas por operar en los aeropuertos españoles, unas tasas reguladas en los art. 77 y 78 de la Ley de Seguridad Aérea⁵⁵.

⁵³ Asunto C-177/14.

⁵⁴ Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de la AN de 15 de febrero (nº 49/2016); de 15 de febrero (nº 73/2016); de 22 de febrero (nº 64/2016); de 29 de febrero (nº 86/2016); de 14 de marzo (nº 146/2016); de 28 de marzo (sentencia nº 135/2016); de 28 de marzo (nº 142/2016); de 18 de abril (nº 166/2016); y de 27 de mayo (nº 234/2016).

⁵⁵ Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, BOE núm. 162, de 08.07.2003.

En los asuntos que nos conciernen, las compañías aéreas demandantes recurrieron ante la AN diversas resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central desestimatorias de sus reclamaciones en vía administrativa contra la liquidación de dichas tasas practicadas por AENA, al entender que la subida de sus importes operada mediante la Disposición Final 21ª de la Ley de PGE para el año 2012⁵⁶ se había realizado en contravención del Derecho de la Unión Europea, dado que no se habían respetado los requisitos exigidos por la Directiva Comunitaria 2009/12/CE⁵⁷. Una Directiva cuyo artículo 6 establece un procedimiento de consultas obligatorio que las entidades gestoras de los aeropuertos deben mantener con sus usuarios antes de proceder a una modificación del importe de las tasas aeroportuarias, así como una *vacatio* mínima de dos meses entre la publicación de las nuevas tarifas y su entrada en vigor. De este modo, y a pesar de que la Directiva 2009/12/CE sí había sido correctamente traspuesta al ordenamiento español mediante la Ley 1/2011⁵⁸, que añadió a la Ley de Seguridad Aérea un capítulo específico titulado *Procedimiento de transparencia, consulta y supervisión de determinadas tarifas aeroportuarias*, la subida de tarifas había prescindido de todas las exigencias derivadas de la mencionada Directiva (y de la normativa nacional de transposición) pues aun cuando la Disposición Transitoria 1ª de la Ley de Seguridad Aérea permitía que el importe de las tasas pudiese actualizarse por medio de la Ley de PGE, lo cierto es que no se habían observado los trámites formales exigidos por dicha Directiva, al no habersele dado audiencia a las compañías y, sobre todo, por haber entrado las nuevas tarifas en vigor tan sólo un día después de la publicación de la Ley de PGE en el BOE, con lo cual –defendían las demandantes– resultaba imposible repercutir en los usuarios el importe de las nuevas tarifas para los vuelos programados en los meses de julio y agosto (los de mayor movimiento de pasajeros) ya que los billetes habían sido en su mayoría adquiridos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de los nuevos importes.

En su argumentación, la Sala señala que efectivamente la subida de tarifas operada mediante la DF 21ª de la Ley de PGE para 2012 había vulnerado el principio de Primacía del Derecho Comunitario al contravenir el artículo 6 de la Directiva 2009/12/CE, un artículo que por otra parte –añade– goza de efecto directo desde el 11 de marzo de 2011, fecha límite para la transposición de la Directiva. De este modo, y tras caracterizar la Primacía del Derecho Comunitario como como un pilar básico del ordenamiento jurídico del Derecho de la Unión en cuanto «*técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad*», citando para ello las célebres sentencias del TJUE *Van Gend end Loos*, *Costa/ENEL* o *Simmenthal*, así como varias sentencias del TC en el mismo sentido, remata recordándole al TEAC que la obligación que asiste a los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros de inaplicar la disposición nacional «*al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el*

⁵⁶ Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, BOE núm. 156, 30.06.2012.

⁵⁷ Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias, DOUE L 70, de 14.03.2009.

⁵⁸ Ley 1/2011, de 4 de marzo, por la que se establece el Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil y se modifica la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, BOE núm. 55, de 05.03.2011.

Derecho de la Unión», resulta también de aplicación a las Administraciones Públicas ya que, según consta en autos, el TEAC había señalado en las resoluciones recurridas que su función era únicamente la de comprobar la conformidad a derecho de los actos administrativos de contenido fiscal, sin entrar a valorar otras cuestiones como la inaplicación de una norma por contravenir el Derecho de la Unión.

Volviendo de nuevo a la jurisprudencia del TS, nos detendremos ahora en el análisis de las múltiples sentencias que el Alto Tribunal ha dictado durante 2016 en materia de *ayudas comunitarias*, relativas a la devolución de ciertas cantidades vinculadas a la ejecución de programas financiados por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Por identidad de materia, centraremos nuestro análisis en tan sólo una de ellas, si bien sus razonamientos pueden ser extrapolados a varios pronunciamientos⁵⁹. En concreto nos centraremos en la sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 15 de enero, resolutoria del recurso de casación número 1774/2013 interpuesto por Telefónica de España, SA contra la sentencia del TSJ de Madrid de 10 de abril de 2013 desestimatoria del recurso promovido por la recurrente contra la Decisión de la Dirección General de Fondos Comunitarios del Gobierno de España de 29 de junio de 2011, que resolvió reducir la contribución del Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el Programa Operativo Andalucía Objetivo 1 (1994-1999)⁶⁰ a favor de la citada compañía en 6.753.120,20 euros, acordando el reintegro de 2.833.317,19 euros.

En concreto, los hechos que motivan el litigio original planteado ante el TSJ de Madrid son los siguientes: en el marco de un procedimiento de control aleatorio de las ayudas concedidas, la Comisión Europea determinó la existencia de irregularidades en su ejecución al haberse utilizado indebidamente parte de los fondos para financiar gastos no elegibles. En consecuencia, y dado que los controles no habían sido exhaustivos sino muestrales, mediante Decisión C(2009) 9270, de 30 de noviembre de 2009, la Comisión redujo la ayuda total concedida con cargo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del Programa Operativo Andalucía, Objetivo 1 (1994-1999) en 219.334.437,31 €, resultado de aplicar el porcentaje del 6,60% al total de la contribución FEDER para ese programa. Tras ello, España repercutió dicha reducción a todos sus beneficiarios en una proporción similar mediante la Decisión de la Dirección General de Fondos Comunitarios recurrida⁶¹. A pesar de ello, el Gobierno de España recurrió la Decisión de la Comisión –junto con otras Decisiones acordando la devolución de fondos FEDER destinados a otras Comunidades Autónomas⁶²– ante el TGUE, que finalmente desestimó

⁵⁹ Véanse las sentencias de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 15 de enero (recurso de casación 2181/2013); 21 de enero (recurso de casación 2390/2013); 28 de enero (recurso de casación 1435/2013); 5 de febrero (recurso de casación 1378/2013); 19 de febrero (recurso de casación 4471/2012); y 6 de mayo (recurso de casación 1821/2013).

⁶⁰ Aprobado por Decisión C(94) 3456, de la Comisión, de 9 de diciembre de 1994.

⁶¹ Esta actuación también constituyó un motivo de casación que no obstante el TS desestimó por ajustarse a la normativa comunitaria.

⁶² Decisión de la Comisión C (2009) 10678, de 23 de diciembre de 2009, por la que se reducen las ayudas del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) al Programa Operativo País Vasco Objetivo 2 (1997-1999); y Decisión de la Comisión Europea C(2010) 337, de 28 de enero, por la que se reducen las

sus recursos por sentencia de 26 de febrero de 2013 (Asuntos acumulados T-65/10, T-113/10 y T-138/10).

Así las cosas, y estando pendiente el recurso de casación ante el TS, se produjo un hecho sobrevenido, posterior tanto a la sentencia impugnada como a los respectivos escritos de interposición y oposición, que vino a alterar sustancialmente el marco del litigio. En concreto, con fecha de 24 de junio de 2015 se dictó la sentencia del TJUE (asunto C-263/13 P), que vino a estimar el recurso de casación interpuesto por el Reino de España contra la mencionada sentencia del TGUE de 26 de febrero de 2013. En virtud de dicha sentencia del TJUE se anuló la sentencia del TGUE así como las resoluciones de la Comisión C(2009) 9270, C(2009) 10678 y C(2010) 337.

Conocida esta circunstancia, la recurrente aporta la sentencia al proceso, solicitando su integración en los autos y, en congruencia con su pronunciamiento, la casación de la sentencia del TSJ impugnada y la consiguiente anulación de la Resolución de 29 de junio de 2011 de la Dirección General de Fondos Comunitarios. A ello se opuso no obstante el Abogado del Estado alegando, en síntesis, que la resolución ahora recurrida tuvo su causa en la devolución de fondos por parte de España como consecuencia de la resolución de la Comisión ahora anulada y que la referida sentencia del TJUE produce sus efectos sobre aquella, no siendo extrapolable al presente asunto.

Frente al planteamiento puramente formal que efectúa el Abogado del Estado, afirma el TS que *«la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia ha de ser necesariamente integrada y tenida en cuenta en el presente procedimiento»*, vinculando a la Sala, al constituir la resolución anulada por el TJUE la que dio lugar a que la Administración del Estado reclamase en su momento a la recurrente la cantidad en la que habían sido reducidas las ayudas comunitarias con cargo a los fondos FEDER. De este modo, señala la Sala que, de conformidad con el artículo 280 del TFUE según el cual *«las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el artículo 299»*, los tribunales contencioso-administrativos españoles están *«obligados a garantizar la eficacia de las sentencias dictadas por el TJUE, extrayendo las consecuencias que se revelen pertinentes en el Derecho interno»*, por lo que la aplicación de estas previsiones al presente supuesto exige *«privar de todo valor jurídico a la citada resolución de la Directora General de Fondos Comunitarios de 29 de junio de 2011, impugnada en el proceso de instancia, por la referida pérdida de título para efectuar la reclamación de fondos que contiene la misma»*. En consecuencia, el TS casa la sentencia del TSJ de Madrid 10 de abril de 2013 y condena a la Administración demandada a devolver la cantidad reintegrada más los intereses legales de demora devengados.

Por último, se hace necesario mencionar que como consecuencia de la sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2014 (asunto C-82/12) declarativa de la incompatibilidad con

ayuda del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) concedidas al programa operativo de la Comunidad Valenciana Objetivo 1 (1997-1999).

el Derecho de la Unión⁶³ del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos⁶⁴, durante 2016 han sido numerosas las sentencias del TS⁶⁵ que han declarado la *responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión*, al estimar los recursos interpuestos por varias empresas de transporte contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 2015 desestimatorio de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial del Estado. En concreto, las reclamaciones fueron denegadas alegando la inexistencia de un nexo causal, la intangibilidad de las situaciones firmes y la falta de antijuridicidad del daño, al considerar que la vulneración identificada por la Sentencia del TJUE no era una *violación suficientemente caracterizada*, al no concurrir una inobservancia manifiesta y grave del legislador español sobre los límites impuestos a su facultad de apreciación⁶⁶. Además, disponía el Acuerdo recurrido, que se trataba de una regulación que generaba confusión, ya que diversos TSJ habían fallado a favor de la compatibilidad del impuesto con el Derecho de la Unión Europea.

En su recurso, los actores adujeron la efectiva existencia de una relación de causalidad directa entre la creación de un impuesto contrario al Derecho comunitario y el perjuicio económico soportado; el carácter antijurídico del daño causado; y además, defendían, la infracción del Derecho comunitario era *suficientemente caracterizada*. Por su parte, el Abogado del Estado, más allá de señalar que el impuesto había sido declarado constitucional mediante la sentencia del TC 209/2012 de 14 de noviembre, reincidía sobre los argumentos del Gobierno al defender que la mera existencia de una Sentencia del TJUE declarando una infracción o un incumplimiento no bastaba a los efectos de declarar la existencia de una *violación suficientemente caracterizada*, señalando que ésta no lo era porque no había claridad y precisión en la norma vulnerada, al constituir la expresión *finalidad específica* del artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE un concepto jurídico indeterminado que confería un amplio margen de apreciación a los Estados miembros, y que además no existía relación de causalidad.

⁶³ En concreto, con el art. 3.2 de la Directiva 2008/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales, y por la que se deroga la Directiva 92/12/CEE (DOCE L 9, de 14.01.2009), según el cual los hidrocarburos «*podrán estar gravados por otros impuestos indirectos de finalidad específica, a condición de que tales Impuestos respeten las normas impositivas aplicables en relación con los impuestos especiales o el IVA para la determinación de la base imponible, la liquidación, el devengo y el control del impuesto*».

⁶⁴ Dicho impuesto, creado mediante la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, de 31.12.2001), tras experimentar diversas modificaciones, fue derogado con efectos de 1 de enero de 2013, mediante Ley 2/2012, de 29 de junio, de PGE para el año 2012.

⁶⁵ Sentencias de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 18 de febrero (recurso CA 12/2015); de 18 de febrero (recurso CA 194/2015); de 24 de febrero (recurso CA 195/2015); de 24 de febrero (recurso CA 217/2015); de 24 de febrero (recurso CA 241/2015); de 24 de febrero (recurso CA 244/2015); de 24 de febrero (recurso CA 258/2015); y de 7 de junio (recurso CA 291/2015).

⁶⁶ Más concretamente, el acuerdo recurrido sostenía que la Ley de creación del tributo no cumplía ni trasponía una Directiva comunitaria, sino que constituía una actuación del legislador español en el ámbito de su competencia, por lo que la limitación prevista en el artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE no era clara ni precisa, ya que el concepto de *finalidad específica* era un concepto jurídico indeterminado, cuya definición no estaba determinada en la propia Directiva.

El TS, en su argumentación, hace en primer lugar un repaso por la jurisprudencia del TJUE sobre la materia acudiendo a la clásica sentencia de 19 de noviembre de 1991, recaída en el asunto *Francovich y Bonifaci*, para posteriormente, y centrándose en el supuesto específico de responsabilidad originada por actos normativos, referirse a las sentencias de 5 de marzo de 1996 (asunto *Brasserie du Pêcheur*), de 26 de marzo de 1996 (asunto *Dillenkofer*) y de 8 de octubre de 1996 (asunto *British Telecommunications*). Valiéndose de ellas, identifica los tres elementos que han de concurrir para el nacimiento de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión, esto es, que la norma infringida debe tener por objeto conferir derechos a particulares; que la violación debe estar suficientemente caracterizada; y por último, que medie relación de causalidad entre la infracción y el daño sufrido. Centrándose en el segundo de los requisitos, la Sala sostiene que dado que «*una mera infracción de Derecho comunitario por parte de un Estado miembro puede constituir una violación suficientemente caracterizada, pero no la constituye necesariamente*», para su correcta determinación resulta imprescindible valorar «*a) el grado o nivel de claridad y precisión de la norma vulnerada; b) la amplitud del margen de apreciación de que disponga el Estado miembro; c) el carácter intencionado o involuntario de la infracción y del perjuicio; d) su naturaleza excusable o inexcusable ante un eventual error de Derecho; e) que la conducta de una institución comunitaria haya podido contribuir a la infracción del Derecho de la Unión Europea; y f) el mantenimiento de medidas contrarias al Derecho comunitario*». De este modo, y dado que la vulneración del Derecho comunitario no era discutida, la Sala centra el debate jurídico en la determinación de estas cuestiones, y más concretamente en la interpretación del concepto de *finalidad específica* y la identificación de la actitud mantenida por las autoridades españolas a los efectos de caracterizar el error jurídico como excusable o inexcusable.

En síntesis, el TS concluye que la violación es suficientemente caracterizada porque, aunque pudiera sostenerse que el mero contraste entre la norma nacional de creación del tributo y el art. 3.2 de la Directiva 92/12/CEE podría no revelar una infracción suficientemente caracterizada (lo que explicaría las distintas resoluciones de los TSJ), lo cierto es que la interpretación dada al artículo 3.2 por la jurisprudencia del TJUE y las comunicaciones de las instituciones comunitarias a las españolas desde 2001 poniendo de manifiesto la infracción⁶⁷, llevan a la conclusión de la vulneración normativa podía y debía haber sido conocida al tiempo de la implantación del impuesto. En este sentido, destaca el TS que la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación que había de darse al art. 3.2 de la Directiva 92/12/CE había sido constante⁶⁸, señalando que el hecho de

⁶⁷ Antes incluso de la creación del impuesto, el Presidente de la Comisión Nacional para el estudio y propuesta de un nuevo sistema de financiación aplicable a las Comunidades Autónomas, planteó al Director de Política Fiscal de la Dirección General de la Fiscalidad de la Comisión Europea dos cuestiones sobre la creación de dicho impuesto, relacionadas con el acomodo de dicho impuesto a la norma comunitaria, a lo que este respondió, en fecha 14 de junio de 2001, que la «*Comisión considera que, según la información a su disposición, el proyecto presentado, relativo a la introducción de impuestos con tipos de gravamen diferentes en las Comunidades Autónomas aplicables (...) a los hidrocarburos, no respetaría la legislación comunitaria*».

⁶⁸ Véanse las sentencias del TJUE de 24 de febrero de 2000 (asunto C-434/97, *Comisión/Francia*) y de 9 de marzo de 2000 (asunto C-437/97, *EKW y Wein & Co*).

que productos como los hidrocarburos puedan estar gravados por otros impuestos indirectos distintos del sistema de impuestos especiales armonizado siempre que persigan una finalidad específica implica necesariamente que el impuesto ha de tener un objeto, por sí mismo, que no sea financiar una transferencia del Estado a las Comunidades Autónomas, que es lo que sucedía en España⁶⁹. De este modo, no bastaría con que la finalidad u el objeto del impuesto estuviere simplemente *predeterminado* para atender una concreta competencia sectorial como es la sanidad, sino que sería preciso que los rendimientos del impuesto se destinaran efectivamente a garantizar la protección de la salud y del medioambiente para disminuir los costes sociales y medioambientales ocasionados o vinculados, específicamente, al consumo de los hidrocarburos gravados. Siendo por tanto necesario, en definitiva, que el destino al que se afectaren los rendimientos del impuesto favorezca la consecución de una finalidad no presupuestaria del impuesto, que es la reducción de esos costes sociales relacionados con el consumo de hidrocarburos *«de tal modo que existiera un vínculo directo entre el uso de los rendimientos y la finalidad del impuesto en cuestión»*.

Finalmente, en cuanto a la relación de causalidad, el TS entiende que ésta es directa, porque como consecuencia de la aprobación de la Ley 24/2001, que crea el impuesto, y de sus sucesivos actos de aplicación, las partes recurrentes han sufrido un daño de carácter económico, un daño que es antijurídico porque las recurrentes no tienen el deber de soportar una norma legal contraria al Derecho de la Unión Europea derivada de una mala actuación de los poderes públicos; y por último, entiende el TS que la relación de causalidad es exclusiva toda vez que el daño ocasionado al recurrente deriva de la aplicación de una ley estatal, siendo indiferente la eventual determinación de la Administración o Administraciones se han beneficiado de los rendimientos del impuesto, sino que de lo que se trata es de determinar qué Administración o Administraciones son responsables de su implantación. De este modo, si bien es cierto que la configuración del impuesto ha permitido que junto al tipo estatal se aprobaran tipos impositivos adicionales en algunas Comunidades Autónomas, lo cierto es que es la Ley 24/2001 la que establece un diseño y estructura del impuesto contrario al Derecho de la Unión Europea, constituyendo ésta el origen exclusivo del daño ocasionado. Por los motivos señalados, estima el TS los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las representaciones procesales de las empresas de transporte recurrentes y condena a la Administración General del Estado a indemnizarlas⁷⁰.

⁶⁹ El art. 9.3 de la Ley 24/2001 preceptuaba que los rendimientos derivados del impuesto *«quedarán afectados en su totalidad a la financiación de gastos de naturaleza sanitaria orientados por criterios objetivos fijados en el ámbito nacional»*.

⁷⁰ Debe destacarse, no obstante, la existencia de un voto particular formulado por el Magistrado José Luis Requero Ibáñez que no comparte el criterio de la Sala respecto a la concurrencia del requisito consistente en que la violación de la norma comunitaria hubiese sido *suficientemente caracterizada*. A este respecto, defiende el Magistrado que no se puede concluir que la incompatibilidad declarada en firme por la sentencia del TJUE entre la ley nacional y la Directiva 92/12/CEE sea suficientemente caracterizada porque el hecho de que el centro del debate se basara en la delimitación de un concepto jurídico indeterminado como es el de la “finalidad específica” que debía perseguir el tributo creado, determina que hasta que finalmente el TJUE zanjó el debate en 2014 concretando la interpretación e integración del mencionado concepto, las diferentes posturas favorables y desfavorables eran perfectamente defendibles, ya que ni las anteriores sentencias del TJUE sobre la materia eran los suficiente claras, ni la posición de la

Comisión había sido constante a lo largo de todos estos años. Por este motivo, entiende el Magistrado que el hecho de que la sentencia del TJUE haya declarado contrario a Derecho comunitario el tributo controvertido, no lleva a que la postura contraria, mantenida durante más de diez años, haya dado lugar a una infracción de la norma comunitaria suficientemente caracterizada, es decir, que con su mantenimiento se haya incurrido en una infracción grave, manifiesta, intencionada e inexcusable de la Directiva 92/12/CEE.