

LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN ESPAÑA (2015)

Carlos Teijo García* y Carlos Durán Suárez*

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

I. INTRODUCCIÓN

Como hemos indicado en ediciones anteriores, esta crónica sobre la aplicación judicial del derecho de la UE en España tiene un carácter más informativo que doctrinal. Teniendo en cuenta la naturaleza transversal del derecho de la UE y las dificultades que plantea la localización exhaustiva de la normativa comunitaria en las bases de datos de jurisprudencia nacional, que se estructuran en función de los órdenes jurisdiccionales internos, la presente crónica se limita a presentar algunas de las principales aportaciones jurisprudenciales que han realizado nuestros tribunales, enfocándose en particular sobre las resoluciones procedentes de las instancias judiciales superiores (las sentencias reseñadas pertenecen al TC, al TS y a los diversos TSJ) y, dentro de ese horizonte, sobre aquellas en las que se visualizan con mayor nitidez los principios reguladores de la relación entre el ordenamiento comunitario y el español. El trabajo aparece estructurado en tres grandes apartados: a) La aplicación del derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional; b) El planteamiento de las cuestiones prejudiciales; y c) La aplicación de algunos de los principios estructurales que regulan las relaciones entre el Derecho de la UE y el derecho español, esto es, primacía, efecto directo y responsabilidad patrimonial.

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 de 2015 que cuenta con referencias a las normas de la UE

* Profesor Contratado Doctor. Universidad de Santiago de Compostela.

* Becario predoctoral. Universidad de Santiago de Compostela.

destaca la relevancia de la STC 232/2015 de 5 noviembre¹, que resuelve el recurso de amparo 1709/2013 contra una Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (Sección 7ª) el 7 de diciembre de 2012 había confirmado la decisión adoptada por la Comunidad de Madrid de denegar el derecho a percibir el pago de los *sexenios* (complementos de antigüedad) a un profesor interino por no ser funcionario de carrera.

El recurrente había solicitado el reconocimiento de los “sexenios”, invocando en su recurso la aplicación de la Directiva 1999/70/CE que prohíbe discriminar a los trabajadores interinos frente a los trabajadores fijos si no hay “razones objetivas” que lo justifiquen y alegando que el TJUE ha establecido que la normativa española que reserva la percepción de sexenios a los funcionarios es contraria a la europea en este aspecto, tal y como se ha establecido a partir de la STJCE de 13 de septiembre de 2007 (asunto C-307/05), caso *del Cerro Alonso*. De manera específica, el recurrente había aportado además al procedimiento, durante la tramitación del recurso, el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2012 (asunto C-556/11) en el caso *Lorenzo Martínez* que trae causa de una situación idéntica a la suya puesto que se trataba de otro profesor interino que reclamaba el cobro de sexenios. Aunque un Juzgado de lo Contencioso Administrativo le dio la razón en primera instancia al recurrente, la sentencia fue posteriormente revocada en apelación por el TSJM, siendo este último pronunciamiento el que es objeto de amparo ante el TC.

El TC señala en su sentencia (FJ 4) que, aunque las normas del Derecho de la Unión Europea no tienen “rango y fuerza constitucionales”, tiene el deber de velar por que los jueces y tribunales resuelvan las controversias que se les suscitan “conforme al sistema de fuentes establecido, a fin de dar cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a un proceso con todas las garantías”. Entre esas fuentes del derecho se encuentra, obviamente, el derecho comunitario por lo que le corresponde al TC “velar por el respeto del principio de primacía del derecho de la Unión” cuando, como ocurre en este caso, “exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea” puesto que el desconocimiento y la preterición de esa norma de derecho de la Unión que ya ha sido debidamente interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva”. En este sentido, el TC se ve obligado a recordar que “la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE preterida por la resolución judicial recurrida en amparo había sido ya interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sentido de que se opone a una normativa como la española en materia de “sexenios” que reserva sin ninguna justificación por razones objetivas este complemento salarial a los funcionarios de carrera excluyendo a los funcionarios interinos en general (Sentencias del Cerro Alonso de 13 de septiembre de 2007 y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres de 22 de diciembre de 2010) y a los profesores de

¹ Para un comentario doctrinal sobre la misma, vid. RIPOLL, S.: “STC 232/2015: La no aplicación del derecho de la Unión Europea como causa de arbitrariedad de las sentencias”, *Revista General de Derecho Europeo* 40, 2016, p. 137

educación secundaria interinos en particular (Auto Lorenzo Martínez de 9 de febrero de 2012)” (FJ 4)

Para el Pleno del TC, el TSJ de Madrid, al haber decidido ignorar en su sentencia esta jurisprudencia “dejó de razonar sobre un alegato sustancial de la parte apelada, como era la existencia de ese precedente dictado en un caso idéntico al que era objeto de resolución (...) y al no hacerlo, resolvió además el recurso de apelación con una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso (...) en la medida en que prescindió por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación de la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante vulnerando con ello el principio de primacía del derecho de la Unión Europea” (FJ 6).

En este caso, además, insiste el TC en la arbitrariedad de la sentencia del TSJ objeto de recurso puesto que “la aplicación directa no precisaba además de una cuestión prejudicial ante el TJUE, ya que se trataba de un acto “aclarado” por el propio Tribunal al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial “materialmente idéntica” planteada en un asunto análogo” (FJ 6) por lo que tendría que obviarse, al resultar de aplicación al caso la jurisprudencia *Cilfit*, el planteamiento de la cuestión prejudicial. Ante esa situación, por tanto, el TC concluye afirmando que “la inaplicación de la Directiva (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso”; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE)” por lo que procede estimar el amparo, anular la sentencia recurrida y retrotraer las actuaciones hasta el momento que permita al TSJM dictar otra resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Como ha señalado Ripoll Carulla “esta Sentencia ratifica el entendimiento tradicional que el TC tiene sobre su labor: no le corresponde valorar el acierto de la decisión del tribunal ordinario que aplicó el DUE con la normativa comunitaria, sino determinar si tal decisión ha causado lesión en los derechos fundamentales, en particular, su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que la Constitución reconoce al recurrente”².

III. CUESTIONES PREJUDICIALES

Los órganos judiciales españoles plantearon en 2015 un total de 28 cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su mayoría relativas a la interpretación del derecho social comunitario y a la protección de consumidores. En los párrafos siguientes reseñamos algunas de las más destacadas en los diferentes ámbitos de aplicación del derecho de la UE.

² RIPOLL, S.: “STC 232/2015: La no aplicación del derecho de la Unión Europea como causa de arbitrariedad de las sentencias”, *Revista General de Derecho Europeo* 40, 2016, p. 137

En el plano del *derecho social comunitario* han sido suscitadas varias preguntas de interés. En el asunto *Otero Ramos* (C-531/15) se ha planteado la aplicabilidad de las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en la Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación a las situaciones de riesgo durante la lactancia natural, a partir del caso suscitado por una enfermera destinada en un servicio de urgencias hospitalarias cuyo puesto de trabajo había sido considerado como exento de riesgo en la relación de puestos de trabajo confeccionada por la empresa³.

En el asunto *Daouidi* se ha cuestionado si la prohibición general de discriminación proclamada en el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea puede comprender, en su ámbito de tutela, la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- a causa de un accidente laboral, cuando estaba recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de la Seguridad Social⁴.

En el asunto C-258/15 se ha planteado si la fijación del límite máximo de edad de 35 años como requisito para participar en la convocatoria de acceso a la plaza de agente de la policía autonómica vasca se ajusta a la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000⁵. A falta de Sentencia, el Abogado General Mengozzi ha sugerido al TJUE, en sus Conclusiones de 21 de julio de 2016 (ECLI:EU:C:2016:588) que responda a la cuestión señalando que el derecho de la UE “no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que fija en 35 años la edad máxima para la selección de los agentes de la Ertzaintza, en la medida en que este límite sea estrictamente necesario para restablecer una estructura de edades que ya no suponga un riesgo para el carácter operativo y el buen funcionamiento de los servicios de dicha Policía”.

En los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15⁶, ya resueltos mediante STJUE de 14 de septiembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:680), se ha analizado el juego de la Directiva 1999/70/CE y del principio de no discriminación entre los trabajadores indefinidos y los de duración determinada. En el asunto C-184/15, se ventilaba el caso de la Sra. Martínez Andrés que fue nombrada, el 2 de febrero de 2010, personal estatutario

³ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (España) el 8 de octubre de 2015 – Elda Otero Ramos / Servicio Galego de Saúde, Instituto Nacional de la Seguridad Social

⁴ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona (España) el 22 de julio de 2015 – Mohamed Daouidi / Bootes Plus S.L., Asunto C-395/15.

⁵ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco (España) el 1 de junio de 2015 – Gorka Salaberria Sorondo / Academia Vasca de Policía y Emergencias

⁶ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco (España)– Juan Carlos Castrejana López / Ayuntamiento de Vitoria. Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco (España) Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud (asunto C-184/15)

temporal eventual en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. Este nombramiento fue objeto de trece prórrogas, ninguna de las cuales incluía una motivación específica, salvo una genérica mención a las “necesidades de servicio”. En el asunto C-197/15, el Sr. Castrejana López celebró con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz varios contratos de trabajo de duración determinada para la prestación de servicios como arquitecto, desde 1993 hasta finales de 2012. El Tribunal remitente considera que en ambos asuntos se ha producido una utilización abusiva de la contratación de duración determinada y el TJUE, abundando en su jurisprudencia en la materia, concluye señalando que “la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo”.

De enorme relevancia ha sido también el asunto C-16/15⁷, resuelto por la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:679), que abordó el litigio suscitado entre la Sra. María Elena Pérez López y el Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid), en relación con la calificación jurídica de su relación de servicio, que ha adoptado la forma de sucesivos nombramientos de duración determinada como miembro del personal estatutario temporal eventual de dicho Servicio. En un trascendente pronunciamiento, el TJUE ha considerado la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional sea aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trate de manera que la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública se considere justificada por «razones objetivas», aunque las necesidades sean permanentes y estables, sin que exista ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual.

Por su parte, el asunto C-98/15⁸ ha planteado si debiera interpretarse que la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, anexo a la Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, resulta aplicable a una prestación contributiva por desempleo como la establecida en el art. 210 de la Ley General de Seguridad Social española, financiada por las cotizaciones aportadas por el

⁷ Petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Madrid, mediante auto de 16 de enero de 2015

⁸ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona (España) el 27 de febrero de 2015 – María Begoña Espadas Recio / Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE)

trabajador y las empresas que lo han empleado en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo.

Y, para finalizar, en el asunto C-137/15⁹ el Auto del TJUE (ECLI:EU:C:2015:771) ha lidiado, de nuevo, con la cuestión de la discriminación indirecta en el ámbito laboral para pronunciarse –en este caso de manera negativa- sobre la pregunta de si la Directiva 79/7 del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, para calcular el importe de la prestación por desempleo total derivada de la pérdida de un único empleo a tiempo parcial, a la cuantía máxima establecida con carácter general se le aplica un coeficiente de parcialidad que se corresponde con el porcentaje que representa la jornada a tiempo parcial respecto de la realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, teniendo en cuenta que en este Estado miembro los trabajadores a tiempo parcial son en su inmensa mayoría mujeres.

En el ámbito de aplicación de la normativa de *consumo*, la compatibilidad de las cláusulas de contratos hipotecarios con la legislación comunitaria ha continuado generando dudas, en la estela de la emblemática jurisprudencia Aziz, que han sido formuladas por los tribunales españoles como cuestiones prejudiciales durante el año 2015. Buena parte de las preguntas orbitan sobre el problema de si debiera reconocerse carácter retroactivo a la declaración de nulidad de las cláusulas suelo para hacer que el exceso de intereses percibido por las entidades bancarias en aplicación de las mismas deba ser devuelto a los consumidores desde la fecha de formalización de las cláusulas en los contratos y no desde el momento en que fue declarada su nulidad. Así, en el asunto C-525/15 se ha planteado suscita si resulta compatible con el principio de no vinculación que dispone el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la limitación de las consecuencias de la ineficacia de una cláusula por ser abusiva, restringiendo los efectos restitutorios de cantidades indebidamente cobradas por aplicarla a partir de una fecha, en lugar de hacerlo desde el momento en que la declarada cláusula abusiva y nula operó¹⁰. El asunto C-431/15 suscita varias preguntas relacionadas con la compatibilidad de la Directiva 93/13/CEE con la limitación de los

⁹ Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, mediante auto de 24 de febrero de 2015

¹⁰ Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Álava (España) el 5 de octubre de 2015– Laboral Kutxa / Esmeralda Martínez Quesada. En términos semejantes se plantea el Asunto C-349/15, petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Castellón (España) el 10 de julio de 2015 – Banco Popular Español S.A. / Elena Lucaciu y Cristian Laurentiu Lucaciu. También en el asunto C-307/15, Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Alicante (España) el 25 de junio de 2015– Ana María Palacios Martínez / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. En este último recurso el órgano remitente interroga al TJUE sobre si los criterios de “buena fe de los círculos interesados” de “riesgo de trastornos graves” que operan como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de una cláusula abusiva son conceptos autónomos del Derecho de la Unión, que deben interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros o no. Una formulación levemente diferente de la cuestión aparece, por último, en asunto C-154/15, Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (España) el 1 de abril de 2015– Francisco Gutiérrez Naranjo / BBK Bank Cajasur, S.A.U.

efectos retroactivos de la nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato celebrado con consumidores¹¹. En la misma línea, el asunto C-381/15 aborda si resulta compatible con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE que los efectos derivados de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo inserta en el contrato hipotecario, no se retrotraigan a la fecha de celebración de contrato sino a uno posterior¹².

En el asunto C-503/15 ha surgido la duda sobre la conformidad de un procedimiento simplificado nacional de reclamación de honorarios de abogado (el denominado expediente de jura de cuentas) con la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. A falta de sentencia por parte del TJUE la Abogada General Kokott ha indicado en sus conclusiones, por un lado, que debe considerarse que los secretarios judiciales sí son «órganos jurisdiccionales» facultados, con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, para plantear peticiones de decisión prejudicial y, por otra parte, ha indicado que, en su opinión, “la Directiva 93/13, en relación con la Directiva 2005/29 y con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en la que, como sucede con la controvertida en el procedimiento principal, los órganos encargados de instruir los procedimientos mediante los que se resuelve sobre las reclamaciones de honorarios (expedientes de jura de cuentas) no pueden comprobar de oficio si en el contrato celebrado entre un abogado y un consumidor existen cláusulas abusivas o si se han dado prácticas comerciales desleales”¹³.

En torno a las implicaciones que tiene para la *libre prestación de servicios* la nueva economía colaborativa gira el asunto suscitado a partir de la demanda de la Asociación Profesional Elite Taxi contra Uber Systems Spain¹⁴ en la que se cuestiona si la actividad realizada por la demandada, con carácter lucrativo, de intermediación entre el titular de un vehículo y la persona que necesita realizar un desplazamiento dentro de una ciudad, gestionando los medios informáticos –interfaz y aplicación de software– que permitan su conexión, debe ser considerada como una mera actividad de transporte (que estaría excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior) o ha de considerarse, por el contrario, como un servicio electrónico de intermediación sometido al régimen del artículo 56 TFUE y de las Directivas 2006/123/CE y 2000/31/CE.

¹¹ Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Cantabria (España) el 7 de agosto de 2015– Liberbank, S.A. / Rafael Piris del Campo

¹² El órgano remitente insiste sobre las consecuencias jurídicas de la jurisprudencia establecida por el TS sobre la cuestión al preguntar si la aplicación de la cláusula abusiva durante el período de tiempo establecido por nuestro Tribunal Supremo provoca un enriquecimiento injusto a favor del contratante profesional, no amparado por la normativa comunitaria, en cuanto no restablece el equilibrio de prestaciones entre las partes y beneficia a la parte del contrato que ha introducido la cláusula financiera declarada abusiva, Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Zamora (España) el 17 de julio de 2015 – Javier Ángel Rodríguez Sánchez / Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SAU (Banco CEISS)

¹³ Conclusiones presentadas el 15 de septiembre de 2016, Asunto C-503/15, párr.138

¹⁴ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona (España) el 7 de agosto de 2015– Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, S.L. (Asunto C-434/15)

En el asunto C-302/15¹⁵ se planteó la cuestión de si los artículos 107 del TFUE y 7 de la Directiva 2008/6/CE, que aborda la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios se oponen a una legislación nacional que establezca, como medio para financiar el servicio postal universal, la exención de tributos vinculados con su actividad. En el Auto de 9 de marzo de 2016 (ECLI:EU:C:2016:192) el TJUE archivó el asunto por desistimiento de la parte demandante en el litigio principal.

En el asunto C-424/15 el TS planteó varias cuestiones sobre el diseño institucional de los órganos de regulación y control en el ámbito de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas¹⁶, en particular, tras la creación en 2013 por parte del Gobierno de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) que vino a aglutinar en un solo organismo las funciones de varios supervisores: la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. El TJUE se ha pronunciado ya sobre el particular señalando que la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE, debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no se opone a una norma nacional que consiste en fusionar una autoridad nacional de reglamentación con otras autoridades nacionales de reglamentación, como las responsables de la competencia, del sector postal o del sector de la energía, para crear un organismo de reglamentación multisectorial. Sin embargo, el TJUE ha estimado que la normativa comunitaria sí se opone a que la fusión de las autoridades nacionales de reglamentación implique automáticamente el cese del Presidente y de un Consejero, miembros del órgano colegial que dirige la autoridad nacional de reglamentación fusionada, sean cesados antes de la finalización de sus mandatos, siempre que no estén previstas reglas que garanticen que tal cese no menoscaba su independencia e imparcialidad¹⁷.

Por su parte, el asunto C-391/15 se cuestiona si la directiva 89/665, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los *contratos públicos* de suministros y de obra, se opone a una normativa nacional como la constituida por art. 40.2 de RD Legislativo 3/2011, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en la medida que impida el acceso al recurso especial en materia de contratación a los actos de trámite del ente adjudicador, como puede ser la decisión de admisión de una oferta de un licitador respecto del que se denuncia el incumplimiento de las disposiciones sobre justificación de la solvencia técnica y económica previstas en la normativa nacional y de la Unión.

¹⁵ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado Contencioso-Administrativo Tarragona (España) el 19 de junio de 2015 – Correos y Telégrafos S.A. / Ayuntamiento de Vila Seca

¹⁶ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 31 de julio de 2015 – Xabier Ormaetxea Garai y Bernardo Lorenzo Almendros / Administración del Estado

¹⁷ STJUE (Sala Segunda) de 19 de octubre de 2016.

En *materia medioambiental*, destaca la relevancia de los asuntos C-372/15¹⁸, C-371/15¹⁹ y C-370/15²⁰ en los que el TS ha planteado diversas preguntas relativas a la interpretación de la Decisión 2013/448/UE de la Comisión, de 5 de septiembre de 2013, sobre las medidas nacionales de aplicación para la asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero al amparo de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Aunque en los casos se entrelazan varias cuestiones la más relevante tiene que ver con el hecho de que, de conformidad con la Directiva 2003/87, los Estados miembros deben presentar a la Comisión una lista de las instalaciones a las que se aplique la Directiva en su territorio. Una vez recibida la lista, la Comisión evaluará la inclusión de cada instalación en la misma y las correspondientes cantidades anuales totales preliminares de derechos de emisión asignados gratuitamente. Tras la notificación, por parte de todos los Estados miembros, de las cantidades anuales totales preliminares de derechos de emisión asignados gratuitamente para el período comprendido entre 2013 y 2020, la Comisión debe determinar el factor de corrección uniforme intersectorial. El TS ha señalado que el establecimiento del factor de corrección entraña el deber de motivación, con arreglo al artículo 296 TFUE y al art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales. Sin embargo, en el reenvío prejudicial se indica que no están claros los procedimientos, datos e informes utilizados por la Comisión para determinar el factor de corrección. Junto a esta duda, el máximo órgano jurisdiccional español presenta otras cuestiones conexas relacionadas con el procedimiento de asignación de derechos gratuitos de emisión.

El asunto C-333/15 ha versado sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 1782/2003 del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la *política agrícola común*²¹. En su Sentencia de 9 de junio de 2016 el TJUE consideró que dicha norma “se opone a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que impide que sean tenidas en cuenta, como hectáreas admisibles a los efectos de la ayuda por superficie correspondiente a una campaña agrícola, aquellas superficies de pastos permanentes declaradas por un agricultor que excedan de la superficie de pastos permanentes que se tuvo en cuenta en su día para determinar el importe de los derechos de ayuda por hectárea a menos que éste demuestre que dichas superficies se utilizan efectivamente para las necesidades específicas de la explotación agraria relacionadas con la cría de ganado durante la campaña agrícola de que se trate”.

En materia de *derecho de la competencia* resulta encuadrable el asunto Eurosaneamientos (C-538/15) en el que se ha suscitado la pregunta de si la regulación que establece el arancel de los procuradores (RD 1373/2003, de 7 de noviembre) y que

¹⁸ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 13 de julio de 2015 – Dow Chemical Ibérica S.A. / Administración del Estado

¹⁹ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 13 de julio de 2015 – Cepsa Química, S.A. / Administración del Estado

²⁰ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 13 de julio de 2015 – Solvay Solutions España S.L. / Administración del Estado

²¹ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 6 de julio de 2015 – María Pilar Planes Bresco / Comunidad Autónoma de Aragón

somete su retribución a un arancel o baremo de mínimos resulta compatible con el artículo 101 del TFUE.

En el ámbito de la *propiedad intelectual e industrial*, el TS remitió al TJUE el asunto C-99/15²², resuelto por la Sentencia de 17 de marzo de 2016 (ECLI:EU:C:2016:173), a fin de abordar el litigio suscitado por el director, guionista y productor de la obra audiovisual titulada *Dos patrias, Cuba y la noche*, que narra seis historias personales e íntimas de diversos habitantes de La Habana (Cuba), cuyo común denominador es su opción homosexual o transexual. La productora Mandarina realizó un documental audiovisual sobre la prostitución infantil en Cuba, en la que se insertaban algunos pasajes de la obra *Dos patrias, Cuba y la noche*, pese a no haber solicitado autorización al Sr. Liffers. Dicho documental fue emitido por la cadena española de televisión Telecinco, de la que es titular Mediaset. El autor interpuso un recurso contra Mandarina y Mediaset mediante el que, en síntesis, solicitaba que condenara a éstas a cesar en cualquier vulneración de sus derechos de propiedad intelectual y a indemnizarle por la infracción de los derechos de explotación y en un importe adicional por el daño moral que afirmaba haber sufrido. El Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE la cuestión prejudicial de si la Directiva 2004/48 puede interpretarse en el sentido de que el perjudicado por una infracción de propiedad intelectual que reclame la indemnización del daño patrimonial basada en el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión no puede solicitar además la indemnización del daño moral producido a lo que el Tribunal de Luxemburgo ha respondido positivamente que sí es posible la reparación también del daño moral.

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

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

A pesar de que la mayoría de resoluciones que analizaremos en este apartado pertenecen al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, iniciaremos este repaso por el examen de una sentencia de la Sala de lo Penal del TS que vino a decidir uno de los muchos recursos resueltos durante el año 2015 por el Alto Tribunal respecto a la posible acumulación, por parte de un tribunal español, de condenas dictadas por otro Estado miembro de la UE –y ya cumplidas– a los efectos de determinar el límite máximo de

²² Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Supremo, mediante auto de 12 de enero de 2015, recibido en el Tribunal de Justicia el 27 de febrero de 2015, en el procedimiento entre Christian Liffers y Producciones Mandarina, S.L., Mediaset España Comunicación, S.A.

cumplimiento de penas privativas de libertad. Siendo varios los pronunciamientos del TS al respecto, en esta crónica nos limitaremos a analizar una de ellas, pudiendo sus conclusiones extenderse al resto de sentencias sobre esta misma cuestión²³.

En concreto, la Sección Primera de la Sala de lo Penal del TS, en su sentencia 874/2014 de 27 de enero de 2015, resuelve el recurso interpuesto por un condenado a varias penas privativas de libertad de nacionalidad española contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de septiembre de 2014 por el que se le denegó su solicitud de acumulación de la condena a diez años (ya cumplida) impuesta por el *Tribunal de Grande Instance* de París en 1997 a las penas de prisión ya acumuladas en España en 2007, para las que se fijó un límite máximo de cumplimiento de 30 años.

El recurso interpuesto por el condenado contra el citado Auto se basó en la infracción de diversos preceptos constitucionales y legales, así como de la jurisprudencia del TS sobre la materia. A los efectos que para esta crónica interesan, el recurrente defendía que se había producido una mala aplicación del artículo 76.2 del Código Penal de 1995²⁴ a la luz de la interpretación que del mismo realizara la STS 186/2014, en relación con la 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 (cuyas previsiones debían haber sido incorporadas por los Estados miembros antes del 15 de agosto de 2010), en concreto de su artículo 3, relativo a la eficacia de las sentencias anteriores dictadas en otros Estados. Defendía el recurrente que el citado artículo 3 de la Decisión marco, que establece que las condenas impuestas en el extranjero han de tener la misma eficacia jurídica que las nacionales también en fase de ejecución y acumulación, imponía la acumulación en el caso de autos conforme la interpretación realizada por la STS 186/2014, y que, sin embargo, dicho criterio no había sido aplicado. En este sentido, sostenía el recurrente que la Decisión marco, en la medida en que había sido integrada en el ordenamiento español a través de la interpretación del artículo 76 del CP efectuada por la STS 186/2014, debería tener efecto retroactivo, como si se tratase de una norma interna, abriendo por tanto la vía a la revisión de una resolución judicial firme en ejecución de condena, al ser más favorable para el penado.

De manera muy resumida, se ha de destacar que el TS desestima el recurso interpuesto por el condenado en base a los siguientes criterios: a) la Decisión marco no constituye una norma en el sentido de poder hablar de una sucesión temporal de leyes, sino que simplemente establece de manera amplia una serie de criterios a adoptar por los Estados miembros en sus legislaciones; b) la Decisión marco, cuyas previsiones han sido incorporadas al ordenamiento español a través de la LO 7/2014, de 12 de noviembre,

²³ Entre otras: STS (Sala de lo Penal, Sección Primera) 178/2015 de 24 de marzo; STS (Sala de lo Penal, Sección Primera) 235/2015 de 23 de abril; o STS (Sala de lo Penal, Sección Primera) 270/2015 de 7 de mayo.

²⁴ «La limitación [de la condena] se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar».

admite que se puedan establecer ciertas excepciones a la regla general del reconocimiento de efectos a todas las condenas en el extranjero, y en este sentido el artículo 14.2 de la LO 7/2014 limita los supuestos de condenas en el extranjero con efectos en España en atención a criterios objetivos y temporales²⁵; y por último, c) habiéndose dictado la STS 186/1984 con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 186/2014, la interpretación que la sentencia hace del artículo 76 del CP no puede ser aplicada al supuesto de autos, puesto que en ese caso nos encontraríamos ante una interpretación *contra legem* del Derecho nacional, por cuanto acoger la interpretación dada por aquella sentencia supondría reconocer una acumulación ahora expresamente prohibida por el artículo 14 de la LO 186/2014. En consecuencia acuerda no haber lugar a la acumulación y desestima el recurso presentado.

Desplazándonos ya a la jurisdicción contencioso-administrativa nos referiremos en primer lugar a dos sentencias dictadas en materia de **extranjería** por el TS y por el TSJ del País Vasco en relación a determinadas cuestiones relacionadas con la Directiva de retorno²⁶. En primer lugar analizaremos la STS de la Sección Especial de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 10 de febrero de 2015 (recurso 373/2014) mediante la que el TS resuelve el recurso interpuesto por la Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía, la Federación de Asociaciones de S.O.S. Racismo del Estado Español y la Federación Andalucía Acoge contra el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros (CIE), publicado en el BOE de 15 de marzo de 2014, por considerar que determinados preceptos del mismo son contrarios a la naturaleza preventiva y no penitenciaria de los centros de internamiento, conculcando diversos preceptos constitucionales y legales. En particular, consideran vulnerados varios preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (Ley de Extranjería), diversa jurisprudencia tanto constitucional cuanto del TS, y, en lo que a los efectos de este análisis interesa, la Directiva de retorno. En relación a la citada Directiva, el RD impugnado establece en su disposición final segunda que con su aprobación incorpora parcialmente al Derecho nacional diversos aspectos regulados por la misma. Debido a que son varios los preceptos impugnados y a que sólo algunas de las impugnaciones realizadas guardan relación con el objeto de esta crónica, reduciremos el alcance de nuestro análisis a las pretendidas impugnaciones por violación del Derecho de la UE. En concreto analizaremos, en primer lugar, si la Directiva de retorno y su normativa

²⁵ En concreto, señala que «(...) las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión: a) sobre las sentencias firmes dictadas con anterioridad a aquéllas por los Jueces o Tribunales españoles, ni sobre las resoluciones adoptadas para la ejecución de las mismas; b) 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; c) 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)»

²⁶ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DO L 348, de 24.12.2008, p. 98.

nacional de transposición permiten o no regular el internamiento de extranjeros en centros no especializados por vía reglamentaria; y en segundo lugar, si es posible condicionar a la existencia de módulos que permitan un alojamiento separado el derecho de los internos que formen una unidad familiar a estar en compañía de su familia durante su internamiento.

En cuanto a la primera de las cuestiones, para los recurrentes, el hecho de que la Directiva de retorno establezca como regla general en su artículo 16.1 que el internamiento de los extranjeros sometidos a una decisión de retorno se haya de realizar en centros especializados (admitiendo, no obstante, el internamiento en centros penitenciarios en circunstancias excepcionales) y que la Ley de Extranjería española contemple la posibilidad de privar de libertad a los extranjeros exclusivamente «en los centros de internamientos de extranjeros» (art. 61.1.e), impediría que un norma con rango reglamentario contemplare la privación de libertad en centros temporales o provisionales diferentes. Algo que, a juicio de los recurrentes, vendría avalado por las sentencias del TS de 20 de marzo de 2003 y de 11 de mayo de 2005, según las cuales el establecimiento de cualquier restricción de aspectos esenciales de la libertad de los extranjeros, más allá del derecho ambulatorio «ha de ser regulada por ley». Por su parte, el Abogado del Estado defiende que la Ley de Extranjería simplemente establece que el internamiento ha de efectuarse en centros de internamiento, pero no regula su régimen, que queda sujeto al desarrollo reglamentario, incluida la posibilidad de habilitar centros provisionales en caso de insuficiencias por emergencias que desborden la capacidad de los centros existentes. De acuerdo con esta interpretación, no sería por tanto el Reglamento el que autorizaría la adopción de la medida de internamiento, sino la propia Ley, pudiendo este llevarse a cabo en centros de internamiento regulares o en centros provisionales habilitados por causa de necesidad.

El TS en este caso da la razón a la Abogacía del Estado al disponer que «no es correcto interpretar, tal como viene a hacer la parte recurrente, que la previsión de centros provisionales de internamiento para supuestos de emergencia que desborden la capacidad de los centros ya creados pueda calificarse de un supuesto de privación de libertad sin habilitación legal». En este sentido señala el Alto Tribunal que el artículo 5 del Reglamento sólo se limita a atribuir la competencia para crear centros con carácter permanente al Ministro del Interior, previendo además la posibilidad de que en caso de necesidad se habiliten centros con carácter temporal o provisional, pero en ningún caso establece supuesto alguno de privación de libertad, ya que el único supuesto de privación de libertad de extranjeros se encuentra recogido en la Ley de Extranjería y consiste en la adopción por parte de las autoridades competentes de la medida cautelar de internamiento preventivo previo a la expulsión del territorio nacional de los extranjeros sometidos a un expediente de expulsión o a los que se les denegara la entrada, hallándose dicha regulación perfectamente amparada por la Directiva de retorno, que incluso admite el internamiento en centros no especializados y sometidos a un régimen distinto, como lo es el penitenciario, previendo expresamente en su artículo 18.1 que «en situaciones en que un número excepcionalmente importante de nacionales de terceros países que deban ser retornados planteen una importante carga imprevista para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado miembro o para su

personal administrativo o judicial» se puedan tomar «medidas urgentes con respecto a las condiciones de internamiento que se aparten de las fijadas en el artículo 16, apartado 1 (obligatoriedad de internamiento en centros especializados) y en el artículo 17, apartado 2 (alojamiento separado de las familias internadas en garantía de su intimidad)».

Con respecto a la segunda de las cuestiones que vamos a analizar, los recurrentes impugnan dos preceptos del Reglamento²⁷, al entender que su regulación es incompatible con el artículo 17.2 de la Directiva, que establece el derecho de las familias internadas en espera de expulsión a disponer de un alojamiento separado que les garantice un grado adecuado de intimidad. En este caso el TS acoge el motivo de impugnación al destacar «el carácter imperativo no sometido a condicionamientos de ningún tipo del mandato» del precepto de la Directiva, anulando por tanto los incisos del reglamento señalados al contravenir el Derecho de la UE en el sentido de añadir condiciones no previstas por la Directiva comunitaria.

La segunda de las sentencias que examinaremos en materia de extranjería es la sentencia 428/2015 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ del País Vasco de 8 de julio de 2015 mediante la que se resolvió un recurso de apelación contra la sentencia de 16 de noviembre de 2012 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de San Sebastián dictada en un procedimiento abreviado en el que se estimó el recurso interpuesto por un ciudadano extranjero contra la orden de expulsión dictada por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa fundada, además de en la estancia ilegal en España del ahora apelado, en la existencia de factores desfavorables como la indocumentación, el hecho de ignorarse la fecha y lugar de entrada en España, y la existencia de una previa orden de expulsión y de una condena penal. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo estimó el recurso presentado por el ciudadano sometido a la orden de expulsión al entender que como de acuerdo con el art. 53.1.a) de la Ley de Extranjería los antecedentes penales del recurrente debían ser cancelados y que no concurrían otras circunstancias desfavorables, la proporcionalidad imponía que la sanción debiera ser la de multa en lugar de la de expulsión.

Elevado el asunto al TSJ, este decide plantear al TJUE como cuestión prejudicial si los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115/CE [Directiva de Retorno] deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión. El TJUE resolvió la cuestión prejudicial formulada mediante sentencia de 23 de abril de 2015

²⁷ Impugnan la locución «*en la medida de lo posible*» del apartado 3 del artículo 7, relativo a las instalaciones y medios básicos [«Se procurará que los internos que formen una unidad familiar estén juntos y tengan en su compañía a sus hijos menores, facilitándoles, *en la medida de lo posible*, alojamiento separado que garantice un adecuado grado de intimidad»]; y el inciso final de la letra 2 del artículo 16, relativo a los derechos de los internos [«2. En particular y en atención a su situación, se garantizan a los extranjeros internados, desde su ingreso y durante el tiempo de permanencia en el centro, los siguientes derechos: (...) k) a tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y *existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar*»].

(asunto C-38/2014) considerando que salvo en los supuestos expresamente tasados en la misma, la Directiva 2008/115/CE impone que en estos casos la solución ha de ser el retorno del extranjero y no la opción disyuntiva entre, según los casos, una multa o la expulsión. En consecuencia, el TSJ estima el recurso formulado por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa revocando la sentencia apelada.

Por lo que se refiere a la aplicación judicial del **derecho social comunitario**, durante 2015 han seguido coleando en nuestros tribunales las consecuencias de las sentencias del TJUE de 22 de diciembre de 2010, asuntos C-444/2009 y C-456/2009 respecto al reconocimiento del efecto directo de la Cláusula 4, punto 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, que impide el establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos.

En el año 2015 varias docenas sentencias del TS se han pronunciado acerca de la aplicación de la Directiva 1999/70/CE a los jueces suplentes y magistrados sustitutos con respecto a la equiparación de ciertos elementos de su régimen jurídico al de los jueces y magistrados de carrera. A los efectos de esta crónica, y dado que todas las sentencias son bastante similares en lo esencial, procederemos a analizar una de ellas, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera) de 19 de febrero de 2015 (recurso 394/2013), pudiendo las conclusiones extraídas de esta ser extrapoladas al resto de pronunciamientos del Alto Tribunal sobre la materia, que suman más de cincuenta.

En concreto, la STS de 19 de febrero de 2015 desestima un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una juez sustituta de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que venía desempeñando su cargo desde 1982 en virtud de sucesivos nombramientos anuales, contra la desestimación, por silencio administrativo, de la solicitud que dirigió al Consejo General del Poder Judicial, al Ministerio de Justicia y al Gobierno de España, interesando la adopción de las medidas necesarias para la aplicación de la Directiva 1999/70/CE al colectivo de los jueces sustitutos y magistrados suplentes. Las principales pretensiones de la demandante se pueden resumir en las siguientes: en primer lugar, solicitaba el reconocimiento de la condición de empleada pública fija o, subsidiariamente, la condición de empleada pública indefinida al servicio de la Administración de Justicia; en segundo lugar, que se declarare contraria a la Directiva la discriminación existente entre el colectivo de los jueces y magistrados de carrera y el de los jueces sustitutos y magistrados suplentes para la provisión de vacantes y sustituciones, y muy especialmente los llamamientos preferentes a favor de los jueces y magistrados de carrera recogidos en la reforma legislativa operada por la Ley Orgánica 8/2012, de tal forma que la antigüedad en el desempeño de funciones fuese el único mérito o uno de los méritos a valorar para la provisión de vacantes y sustituciones, sin discriminación basada en la diferente naturaleza de la relación de servicio de los jueces sustitutos y magistrados suplentes y de los jueces y magistrados de carrera; y en tercer lugar, reclamaba el abono de las retribuciones fijas, los trienios y los complementos atrasados en idénticas condiciones y cuantías que los percibidos por

los jueces y magistrados de carrera y por todo el periodo de sus nombramientos y no solo por los días en los que había sido efectivamente llamada. A mayores la demandante interesó de la Sala, al amparo del artículo 267 TFUE, el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE, petición que no obstante fue rechazada por el Tribunal.

La recurrente centra su argumentación en el principio de primacía del Derecho de la UE, defendiendo que las Administraciones demandadas deben aplicar las disposiciones del mencionado Acuerdo marco, citando para ello, además de la jurisprudencia del TJUE al efecto, la sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 8 de noviembre de 2012 (reiterada en las posteriores de 29 de abril y 10 de mayo de 2013) según la cual «los magistrados suplentes, jueces sustitutos y fiscales sustitutos están incluidos en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 1999/70/CE». Por su parte, el Abogado del Estado se opone a la pretensión de la demandante alegando, entre otras cuestiones, que la pretendida equiparación de la situación de los jueces sustitutos y magistrados suplentes con la de los jueces y magistrados de carrera no es posible en el supuesto de autos en tanto la propia Directiva establece la posibilidad de que se fijen diferencias de trato en atención a la existencia de circunstancias objetivas que las justifiquen. Circunstancias que en este caso concurrirían dada la especificidad de que gozan los jueces y magistrados de carrera integrantes del Poder Judicial, que ejercen en régimen de monopolio la función jurisdiccional, y a los que en ningún caso se podrían equiparar los jueces sustitutos, que a pesar de ser empleados públicos que excepcionalmente desarrollan funciones jurisdiccionales, no forman parte del Poder Judicial ni se integran en él, siendo por ello su estatuto diametralmente opuesto al de la carrera judicial.

En su argumentación jurídica, el TS, tras efectivamente reconocer la aplicación de la Directiva 1999/70/CE al colectivo de jueces sustitutos y magistrados suplentes, matizando no obstante que «una cosa es que la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco que figura en su anexo sean aplicables, y otra distinta que de una y otro hayan de seguirse en todo, en parte o en nada las consecuencias que pretende la actora», describe el régimen jurídico aplicable a dicho colectivo para posteriormente, y a los efectos de su enjuiciamiento por separado, dividir en dos grupos las pretensiones de la parte demandante en función de la cláusula del Acuerdo marco en que se sustentan. Así, en primer lugar, respecto de la pretensión de la demandante de ser considerada empleada pública fija o, subsidiariamente, empleada pública indefinida, señala la Sala que la misma se ampara en la cláusula 5.1 del Acuerdo, según el cual «a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada» los Estados miembros deben justificar las razones objetivas que determinan la utilización de dichos contratos de duración determinada, así como su duración máxima y el número de renovaciones de los mismos; mientras que, en segundo lugar, el resto de pretensiones vendrían a ampararse en el principio de no discriminación contenido en la cláusula 4.1 del Acuerdo marco, según la cual «por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».

Con respecto a la primera de las pretensiones, la Sala se vale de varias sentencias del TJUE²⁸ para señalar que sin perjuicio de que la cláusula 5.1 del Acuerdo tenga por objeto «imponer límites a la utilización sucesiva de esos contratos o relaciones laborales, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados», en el supuesto de autos se dan las «razones objetivas» que exige la mencionada cláusula para justificar la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada ya que «los sucesivos nombramientos y llamamientos de duración determinada que anualmente puedan recaer en aquellos, incluso aunque en ocasiones se sucedan por espacios prolongados de tiempo, obedecen en nuestro ordenamiento a concretas necesidades prefijadas en él, de sustitución o de apoyo judicial siempre temporal, no duradero ni permanente, que requieren de atención pronta por la propia naturaleza de la actividad», no pudiendo considerarse que el ordenamiento jurídico español, para ese sector de actividad a la que son llamados los jueces sustitutos y magistrados suplentes, realice una utilización abusiva de las relaciones laborales de duración determinada, dado que la propia esencia de sus funciones es la de dar cobertura a necesidades temporales y/o excepcionales, no pudiendo en este caso darse una relación fija o indefinida, puesto que el proceso de selección que pasan jueces y magistrados suplentes es de menores exigencias que el que deben pasar jueces y magistrados de carrera. De entre la larga argumentación de la Sala al respecto en su sentencia, merece sin duda mencionarse la referencia que hace a la sentencia *Mascolo y otros* del TJUE, que era una de las citadas por la recurrente en su argumentación, al destacar que frente a lo acontecido en el caso de autos, la sentencia del TJUE se refería a profesores cuyos contratos de trabajo de duración determinada eran renovados «para atender necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, en razón del déficit estructural de puestos de personal titular en el Estado miembro afectado», no siendo ello equiparable al régimen jurídico que gobierna en nuestro ordenamiento la posible utilización sucesiva de las relaciones de empleo de duración determinada de jueces sustitutos y magistrados suplentes.

Y en cuanto al segundo grupo de pretensiones, amparadas en la cláusula 4.1 del Acuerdo marco que proscribía la discriminación, el TS determina que las mismas parten de una consideración errónea por parte de la demandante al pretender equiparar las situaciones jurídicas de los jueces sustitutos y magistrados suplentes con la de los jueces y magistrados de carrera ya que, siendo evidente que ambas figuras presentan dos regímenes jurídicos diferentes, «la aplicación del principio de igualdad y no discriminación no conlleva que el trato normativo dado a unos y otros deba ser igual en un todo». De este modo determina la Sala que el hecho de que jueces sustitutos y magistrados suplentes no pertenezcan a la carrera judicial determina que, por ejemplo, no puedan tomar parte en los concursos para la provisión de destinos convocados para

²⁸ STJUE de 4 de julio de 2006 (asunto C-212/04, Adeneler y otros); STJUE de 23 de abril de 2009 (C-378/07 a C-380/07, Angelidaki y otros); STJUE de 13 de marzo de 2014 (C-190/13, Márquez Samohano); STJUE de 3 de julio de 2014 (C-362/13, C-363/13 y C-407/13, Fiamingo y otros); o STJUE de 26 de noviembre de 2014 (C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, Mascolo y otros).

los jueces y magistrados de carrera.

En cuanto a la equiparación, a efectos retributivos, de los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera realizada por el TJUE en su interpretación del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, procederemos a analizar una sentencia del TSJ de Cataluña en la que se examina la posible contradicción existente entre los principios de primacía y de efecto directo del Derecho de la UE y los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, también integrantes del Derecho comunitario. En concreto, será objeto de análisis la sentencia 289/2015 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña de 19 de mayo de 2015 resolutoria de un recurso de apelación.

Los hechos son los siguientes: el demandante, antiguo funcionario interino y en la actualidad funcionario de carrera del cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, en fecha de 11 de febrero de 2009 solicitó el reconocimiento y abono de los atrasos de los trienios no percibidos correspondientes a los 4 años anteriores a la fecha de la presentación de su solicitud, más los intereses correspondientes. Habiendo denegado la Administración su solicitud por Resolución de 27 de noviembre de 2009, el actor impugnó dicha resolución vía judicial, siendo su demanda desestimada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 15 de Barcelona mediante sentencia de 23 de febrero de 2010, sentencia que devino firme. Con posterioridad, la sentencia del TJUE de fecha 22 de diciembre de 2010 sobre sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de A Coruña y núm. 3 de Pontevedra vino a reconocer que la definición de trabajador con contrato de duración determinada formulada en la cláusula 3.1 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada también englobaba a los empleados públicos, al no poder establecerse diferencia de trato «en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan»²⁹. A la vista de esta sentencia el actor presentó en fecha de 27 de Julio de 2011 solicitud de revisión y revocación de la resolución administrativa enjuiciada en la sentencia de 23 de febrero de 2010, es decir la Resolución de 27 de noviembre de 2009, pero por Resolución de 4 de abril de 2013 el *Secretari del Departament de Justícia de la Generalitat* desestimó su solicitud. No conforme, interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, recurso que fue inadmitido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Barcelona por sentencia de 12 de febrero de 2014. Finalmente, el recurrente decide interponer recurso de apelación contra mencionada sentencia ante el TSJ de Cataluña, recurso que resuelve la sentencia que ahora analizamos.

²⁹ Con respecto al Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, el apartado 1º de su cláusula 4ª dispone en relación a condiciones de trabajo que «no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas»; mientras que el apartado 4º de esa misma cláusula señala que «los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengán justificados por razones objetivas».

La cuestión planteada es, por tanto, determinar si la Administración puede, a instancia de un particular, revocar o revisar un acto suyo confirmado por sentencia firme, en base a una posterior sentencia dictada por el TJUE en la que se reconoce el pago de los trienios con efectos retroactivos, entrando en conflicto, de una parte, el principio de primacía del Derecho europeo, y de otro, la seguridad jurídica y los efectos de cosa juzgada. En efecto, el recurrente discute los términos en que se expresa la sentencia apelada por ignorar el principio de primacía del Derecho europeo sobre el Derecho nacional, pero no discute la existencia de cosa juzgada, manifestado que no ha instado la revisión de una sentencia firme, sino de un acto administrativo firme, añadiendo que la cosa juzgada no afecta a la revocación de los actos desfavorables dictados por las Administraciones Públicas. La Abogada de la Generalitat por su parte se opone a la admisión del recurso en base a la excepción de cosa juzgada y, en cuanto al fondo del asunto, defiende la actuación del *Secretari General del Departament de Justícia* al destacar que en su resolución no hizo otra cosa que dar cumplimiento a lo dispuesto por una sentencia judicial, añadiendo que el ordenamiento jurídico español no existe precepto alguno que permita la revisión de un acto administrativo que haya sido confirmado por sentencia judicial firme.

En su razonamiento, el TSJ defiende la posibilidad de revisar el acto administrativo confirmado por una sentencia judicial firme cuando se haga evidente que el acto administrativo es incorrecto desde el punto de vista del Derecho de la UE, valiéndose para ello de la sentencia del TJUE *Kühne & Heitz NV* de 13 de enero de 2004 (asunto C-453/00), que en un asunto sobre exportación de mercancías³⁰ bastante asimilable al supuesto de autos resuelve que «el principio de cooperación que deriva del artículo 10 TCE (actual 4.3 TUE) obliga a un órgano administrativo ante el que se presenta una solicitud en este sentido a examinar de nuevo una resolución administrativa firme para tomar en consideración la interpretación de la disposición pertinente del Derecho Comunitario efectuada entre tanto por el Tribunal de Justicia cuando: a) según el derecho nacional dispone de la facultad de reconsiderar esta resolución; b) la resolución controvertida ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia; c) dicha sentencia está basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, es errónea y que se ha adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos

³⁰ En concreto, los hechos que motivaron la elevación por parte de un tribunal neerlandés de la cuestión prejudicial que finalizó con la sentencia del TJUE son, y de manera muy resumida, los siguientes: una empresa holandesa vio como los productos que venía exportando fueron clasificados por las autoridades nacionales de una manera diferente a la que venían haciendo con anterioridad, exigiéndole en consecuencia el abono de unas determinadas cantidades. No conforme, la empresa exportadora interpuso recurso administrativo y posteriormente acudió a la jurisdicción ordinaria, que dio la razón a las autoridades de aduanas. Al cabo de tres años el TJUE dictó sentencia en otro caso de la que se desprendería que las autoridades holandesas habían obrado mal, por lo que la empresa exportadora se dirigió a la Administración para reclamar el abono de las cantidades indebidamente percibidas. Ante la negativa de esta, acudió a la jurisdicción ordinaria de nuevo que, ante la duda, eleva la cuestión prejudicial al TJUE cuestionando hasta qué punto puede una sentencia nacional firme ser revisada cuando más tarde se hace evidente que es incorrecta desde el punto de vista del Derecho de la UE.

previstos en el artículo 234 TCE , apartado 3, y d) el interesado se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia».

Así pues, y a la vista de que en el presente caso concurren todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJUE³¹, el TSJ de Cataluña estima el recurso presentado y anula el acto administrativo recurrido ordenando a la Administración el dictado de un nuevo acto en el que se reconozca al actor su derecho a percibir el abono de la cantidad en concepto de trienios devengados y correspondientes a los últimos cuatro años anteriores a la reclamación administrativa de 11 de febrero de 2009.

Por último, en lo que hace a la interpretación de la Directiva 97/81/CE del Consejo, nos referiremos ahora a una sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 8 de mayo de 2015 (sentencia núm. 2537/2015), que explora la posible aplicación de la equiparación de trabajadores fijos y trabajadores a tiempo parcial a los efectos del cálculo de la base reguladora para la percepción de pensiones de incapacidad. En concreto, la señalada sentencia el TSJ de Galicia resuelve un recurso de suplicación interpuesto por una ciudadana contra una sentencia previa del Xulgado do Social núm. 2 de Ourense por la que se desestimó su demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social. El motivo de fondo es que la recurrente, que había sido declarada en 2010 afecta de incapacidad permanente total, con derecho al percibo de pensión en cuantía del 55% de la base reguladora mensual calculada, no estaba conforme con el cálculo realizado. Según consta en autos, la recurrente había cotizado desde 1971 a 2010 a la Seguridad Social alternado períodos a tiempo completo con otros a tiempo parcial y con además, un periodo sin cotización³².

La demandante no estaba conforme con el hecho de que para el cálculo de la base realizado, que tomaba como periodo de cálculo los 8 años anteriores a la fecha del hecho causante (es decir desde marzo de 2002 hasta febrero de 2010), se hubiesen utilizado las bases mínimas de cotización vigentes para cada año en el periodo que va de marzo de 2002 hasta noviembre de 2005, reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de las últimas cotizaciones anteriores a marzo de 2002, solicitando que para el periodo marzo de 2002 a noviembre de 2005 se tomaran las bases mínimas de cotización vigentes para cada año en su cuantía íntegra.

³¹ La Administración puede, por razones de oportunidad o de legalidad, dejar sin efecto un acto administrativo desestimatorio de una pretensión con el fin de reponer la legalidad material o sustantiva, aun cuando el acto haya sido confirmado en sentencia; el Juzgado de lo contencioso-administrativo que resolvió el primer pleito no elevó un su día una cuestión prejudicial al TJUE; y la posterior STJUE de 22 de diciembre de 2010 vino a reconocer el derecho de los funcionarios interinos al cobro retroactivo de los trienios devengados en contra del criterio mantenido por el *Departament de Justícia de la Generalitat*.

³² En concreto, la demandante ha cotizado a la Seguridad Social desde el 15.09.1971 hasta el 25.04.2010, computándosele un total de 5.523 días, todos ellos a tiempo completo salvo los periodos comprendidos del 01.09.1998 al 28.02.1999, del 01.03.1999 al 23.03.2001 y del 24.03.2001 al 23.01.2002, siendo en esos periodos 125 el coeficiente de parcialidad. No se han acreditado cotizaciones entre el 23.01.2002 y el 31.11.2005.

Tras haber sido elevados los autos principales a la Sala de lo Social del TSJ en diciembre de 2010, la Sala decidió, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, por Auto de 10 de septiembre de 2013, presentar cuestión prejudicial ante el TJUE respecto a la compatibilidad con las Directivas 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social y 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES con una norma interna como la española según la cual «la cobertura de las lagunas de cotización existentes dentro del periodo de cálculo de la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se realiza tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo anterior a la laguna de cotización, mientras que, si es a tiempo completo, no hay reducción». Finalmente, en sentencia de 14 de abril de 2015 el TJUE (asunto C-527/2013, ECLI:EU:C:2015:215) declaró la compatibilidad de la normativa española con ambas Directivas por lo que, en consecuencia, la Sala de lo Social del TSJ desestimó el recurso presentado.

Volviendo a la jurisprudencia del TS analizaremos ahora una sentencia sobre **reintegro de subvenciones comunitarias**: La STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta) de 10 de diciembre de 2015 (recurso 1748/2014) desestima el recurso de casación interpuesto por el Cabildo Insular de Tenerife contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de 20 de diciembre de 2013 desestimatoria del recurso interpuesto por el recurrente frente a la Orden Departamental de 17 de noviembre de 2010 del Consejero de Agricultura, Ganadería, Pesca y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias, por la que se acordó el reintegro de los importes transferidos al Cabildo Insular de Tenerife para la ejecución de un proyecto financiado por la Comisión Europea relativo a la gestión de residuos que no había sido correctamente ejecutado por el beneficiario. Por Decisión de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2003 se le concedió al Gobierno de Canarias una ayuda del Fondo de Cohesión para la realización de un grupo de proyectos relativos a la gestión de residuos en la Comunidad Autónoma. Para la realización de uno de ellos el Gobierno de Canarias y el Cabildo Insular de Tenerife firmaron en junio de 2004 un convenio de colaboración para que fuese este último quien se encargara de su ejecución, produciéndose la transferencia de fondos entre Administraciones el 29 de noviembre de ese mismo año. Iniciado posteriormente por parte de la Comunidad Autónoma un procedimiento de control sobre la ejecución del proyecto, en su informe definitivo de enero de 2008 la Intervención General advirtió que el proyecto no había sido ejecutado correctamente, por lo que recomendó a la Consejería del Gobierno autonómico el inicio de un procedimiento de reintegro, procedimiento que finalmente concluiría mediante Orden de 17 de noviembre de 2010 declarando la procedencia del reintegro. A esta resolución de opuso el Cabildo Insular de Tenerife alegando, entre otras cuestiones, la prescripción del plazo para reclamar el reintegro al entender que en aplicación de la Ley General de Subvenciones este había vencido el 29 de noviembre de 2008, cuatro años después de la transferencia de los fondos. En su sentencia el TSJ de Canarias aplicó con buen criterio el principio de

primacía del Derecho de la Unión Europea al entender que dado que los fondos transferidos correspondían a un proyecto financiado por la Unión Europea de carácter plurianual (aquellos cuyo plazo de ejecución comprende varios ejercicios), debía aplicarse lo dispuesto por el artículo 3.1 del Reglamento (CE) nº 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, según el cual «para los programas plurianuales, el plazo de prescripción se extenderá en todo hasta el cierre definitivo del programa», por lo que, dado que a fecha de noviembre de 2010 el programa aún no había sido cerrado, la obligación de reintegro seguía plenamente vigente, no resultado de aplicación lo dispuesto con carácter general por la Ley General de Subvenciones española.

En sede de casación el TS acoge el razonamiento del TSJ al señalar que a pesar de la insistencia del Cabildo Insular «en su tesis de no ser aplicable, en contra de lo resuelto por la Administración autonómica y la Sala de instancia, el ordenamiento jurídico europeo al reintegro de los fondos recibidos sino el ordenamiento interno», en aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea al caso de autos se ha de aplicar la normativa europea sobre reintegro de subvenciones, correspondiendo a los Estados miembros la responsabilidad de controlar financieramente los proyectos y de recuperar toda cantidad perdida como consecuencia de una irregularidad comprobada.

Desplazándonos al **ámbito fiscal**, abandonamos, en este caso, la jurisprudencia del TS para analizar la sentencia 99/2015 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2015 por la que se resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad mercantil residente a efectos fiscales en el Reino Unido, contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 5 de septiembre de 2013 desestimatoria de las reclamaciones económico-administrativas formuladas contra los acuerdos dictados el 17 de junio de 2011 y el 26 de mayo de 2011, por los que se inadmite la solicitud de devolución del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) correspondiente a los ejercicios 2004 a 2008 por un importe total de 1.146.605,85 euros.

La demandante, una compañía de inversión constituida como una institución de capital abierto y como organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) de acuerdo con el apartado 3 del artículo 1 de la Directiva del Consejo 85/611/CEE, afirma haber soportado en España una carga tributaria muy superior a la que soportaría una entidad española sometida a la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (que tributaría por el Impuesto sobre Sociedades a un tipo impositivo del 1%) ya que, siendo propietaria de participaciones en sociedades cotizadas españolas, se le han practicado, a la hora de repartir dividendos, retenciones a cuenta del IRNR del 15% y del 18%, según ejercicio. Es por ello que considera que dicho trato constituye una discriminación por razón de nacionalidad del artículo 18 TFUE y del artículo 63 TFUE por razón de la libre circulación de capitales, afirmación que sustenta con cita de jurisprudencia del TJUE, interesando además el planteamiento por parte de la Sala de cuestión prejudicial ante el TJUE en caso de albergar alguna duda, cuestión que finalmente la Sala no estima necesario elevar.

Para resolver el recurso, la Sala acude a una anterior sentencia suya de marzo de 2012 (firme, ya que no fue recurrida) referente al distinto trato fiscal dado en España a unos fondos de pensiones holandeses respecto al atribuido a los fondos de pensiones españoles, sentencia en la que se consideraba que existía una discriminación por razón de nacionalidad contraria al Derecho de la UE. En la mencionada sentencia de 2012, cuya extensa argumentación jurídica es reproducida de manera amplia en la sentencia que ahora nos ocupa, la AN cita en primer lugar la jurisprudencia clásica del TJUE relativa a los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión (citando, entre otros, extractos de las sentencias *Costa/ENEL*, *Simmenthal*, *Factortame* o *Van Gend en Loos*) para posteriormente adentrarse en materia puramente fiscal, al señalar que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad consagrado en los Tratados también es aplicable a la materia tributaria, destacando al efecto varias sentencias del TJUE relativas a la interpretación del principio de no discriminación en materia de tributación directa. De entre toda la argumentación podemos rescatar la siguiente aseveración, según la cual «el factor clave al objeto de determinar la existencia o no de discriminación contraria al ordenamiento comunitario se circunscribe al estudio de dos cuestiones entrelazadas, a saber: de una parte, si en el caso concreto planteado los residentes y los no residentes se hallan en circunstancias idénticas o comparables y, de otra, si está presente algún elemento objetivo que justifique la diferencia de trato, esto es, que excluya su carácter antijurídico».

De este modo, y dado que la Sala entiende que en supuesto de autos no existe una «causa objetiva que permita excluir el carácter discriminatorio» de la normativa española que establece una tributación diferente para las sociedades con domicilio fiscal en el extranjero que tengan la fuente de sus ingresos en España con respecto a las sociedades domiciliadas en España, ello determina que nos hallemos ante un supuesto en el que se produce una discriminación por el simple hecho de la residencia fiscal de la recurrente, en virtud de la cual se ve sometida a un tratamiento discriminatorio sobre sus inversiones en acciones de sociedades españolas derivado de la diferente imposición y que determina que el rendimiento obtenido por sus inversiones siempre vaya a ser inferior al obtenido por las sociedades españolas que inviertan en los mismos activos. Destacando finalmente la Sala que esta «discriminación por razones de residencia fiscal» constituye «una limitación a la libre circulación de capitales por nacionalidad prohibida por el Tratado, tal como ha señalado la jurisprudencia del TJCE». En consecuencia la Audiencia Nacional estima el recurso y anula la Resolución del Tribunal Económico Administrativo impugnada, ordenando la devolución a la recurrente de las cantidades indebidamente ingresadas por el Tesoro.

Uno de los ámbitos relacionados con la aplicación del Derecho de la UE sobre el que el TS resolvió más asuntos en 2015 lo constituye sin duda el ámbito de las **ayudas de Estado**. En concreto, durante el pasado año el TS se pronunció en varias sentencias acerca de la compatibilidad de un sistema de financiación excepcional del que se venía beneficiando una sociedad mercantil titular de una central térmica de producción de energía eléctrica en virtud del cual, tras la aprobación de su plan de viabilidad por el Consejo de Ministros en 2007, la sociedad recibía una aportación anual a fondo perdido,

con cargo a la tarifa eléctrica, que ascendió a 75 millones de euros en 2007, 64 millones en 2008, 57 millones en 2009 y 56 millones en 2010. La causa que motivó el litigio fue la retirada de dichas ayudas por parte del Gobierno desde 2011 en adelante, procediendo la sociedad beneficiaria a interponer recursos contenciosos-administrativos contra las sucesivas Órdenes anuales por las que se la excluía de este régimen especial de financiación. A los efectos de esta crónica procederemos al análisis de la primera de ellas, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera) de 27 de febrero de 2015, por ser la primera dictada y a la que se remiten las siguientes, que resuelve el recurso 181/2011 contra la primera de las Órdenes impugnadas, la Orden IET/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, así como por ser también en este procedimiento en el que el TS elevó en abril de 2013 una cuestión prejudicial al TJUE que resultaría fundamental para resolver el litigio y los posteriores conexos³³.

Los hechos que motivan el primero de los litigios, parcialmente señalados en el párrafo introductorio de este análisis, son los siguientes: la citada sociedad mercantil propietaria de una central de energía eléctrica en Puertollano (Ciudad Real) interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la Orden IET/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, alegando que al no haberse incluido entre los costes permanentes del sistema las previsiones de costes asociadas al Plan de Viabilidad de la empresa, aprobado en Consejo de Ministros en marzo de 2007, se estaba infringiendo la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, según la cual los planes de viabilidad extraordinarios debían incluirse obligatoriamente en el cálculo de los peajes de acceso. Como ya se ha señalado la sociedad demandante venía disfrutando desde 2007 y hasta la entrada en vigor de la recurrida Orden ITC/3353/2010 de un régimen excepcional de financiación. La justificación para dicho trato excepcional estaba relacionada con las características de la central de producción térmica de energía eléctrica de la que era titular la empresa, central cuya tecnología originaba unos sobrecostes económicos elevados a los que no podía hacer frente sólo con los ingresos obtenidos por la venta de la electricidad, y venía amparada por la Disposición Adicional vigésima de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, según el cual se le permitía al Gobierno aprobar con carácter excepcional «planes de viabilidad extraordinarios para aquellas sociedades titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica que demuestren especiales dificultades financieras hasta

³³ Las sentencias relacionadas dictadas por el TS en 2015 son las siguientes: STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera) de 2 de marzo de 2015 (recurso 627/2011), relativa a la Orden ITC/2452/2011, de 13 de septiembre, por la que se revisan determinadas tarifas y primas de instalaciones en régimen especial; STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera) de 2 de marzo de 2015 (recurso 121/2013), relativa a la Orden ITC/221/2013, de 14 de febrero, por la que establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y primas de las instalaciones del régimen especial; STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera) de 3 de marzo de 2015 (recurso 198/2012), relativa a la Orden ITC/3586/2011, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones de régimen especial; y STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera) de 23 de junio de 2015 (recurso 263/2014), relativa a la Orden IET/107/2014, de 31 de enero, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para 2014.

el punto de poder poner en peligro el desarrollo normal de las actividades de la empresa».

Ante el hecho de que la Orden ITC/3353/2010 para 2011 no incluyera la aportación que venía recibiendo en años anteriores, la sociedad decide recurrirla ante el TS alegando incumplimiento del principio de jerarquía normativa por haberse vulnerado la Ley 54/1997. Pero más allá de la legalidad o no de dicha exclusión, el fondo de la cuestión, y lo que interesa a efectos del presente análisis, es en realidad determinar si el régimen privilegiado que venía asistiendo a la sociedad recurrente desde 2007 a 2010 era o no compatible con la prohibición de ayudas públicas que falseen la competencia favoreciendo a determinadas empresas que establecen los artículos 107 a 109 del TFUE; disposiciones que otorgan a la Comisión un papel fiscalizador de los regímenes de ayudas existentes en los Estados miembros a la hora de decidir si dichas ayudas públicas son compatibles o no con el mercado interior, debiendo los Estados notificar a la Comisión la existencia de dichas ayudas conforme al Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999 para que esta se pronuncie.

No obstante, se ha de hacer constar que en sede judicial ninguna de las dos partes intervinientes en el pleito –Estado y sociedad demandante– discutían este extremo, ya que para ambas el sistema de liquidación de las tarifas eléctricas, reguladas y obligatorias, que satisfacían unos sujetos privados a otros sujetos privados, no implicaban ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, precisamente porque las cantidades pagadas por los consumidores y objeto de liquidación por la Comisión Nacional de Energía no constituían fondos públicos. Añadiendo además, que el plan de viabilidad no afectaba un porcentaje específico de la tarifa eléctrica al pago de las aportaciones a la empresa, sino que éstas se obtenían de la masa genérica de ingresos recaudada por el pago de la tarifa. En otras palabras, defendían las partes que los importes que eventualmente correspondían al Plan de Viabilidad de la recurrente no daban lugar a un recargo específico sobre la tarifa que habían de pagar adicionalmente los consumidores de electricidad, por lo que no podía considerarse que el Plan de Viabilidad ponía en marcha una especie de «tasa parafiscal» equivalente a un impuesto sobre la electricidad que permitiera concluir la existencia de «recursos estatales» y, por tanto, de una ayuda pública.

Pero pese a la inexistencia de discrepancia sobre este extremo entre las partes, dado que el TS sí albergaba dudas acerca de si las cantidades entregadas a la sociedad recurrente podían considerarse «fondos estatales» en el sentido del artículo 107 TFUE, y por tanto sometidos a la obligación de ser notificados a la Comisión, la Sala decide, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que prescribe que la intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales debe proteger el efecto directo reconocido a la prohibición de ejecutar los proyectos de ayuda, elevar una cuestión prejudicial al TJUE mediante auto de 22 de abril de 2013 para que este determine si nos hallamos o no ante una ayuda de estado sometida a la obligación de notificación.

Debe señalarse en este punto que la actitud del Estado había sido bastante errática durante todo el proceso, ya que si bien inicialmente el Gobierno notificó a la Comisión Europea el otorgamiento de la primera ayuda en 1 de agosto de 2007 como preceptúa la normativa comunitaria, posteriormente retiró la comunicación en febrero de 2008, para volverla a realizar el 21 de septiembre de 2009 manifestando expresamente que el mencionado plan no suponía transferencia de fondos públicos. Finalmente, y como consta en los autos, la notificación fue de nuevo retirada por el Gobierno coincidiendo con la no renovación del régimen excepcional de financiación otorgado a la sociedad recurrente para 2011. Por este motivo el TS decide elevar la cuestión prejudicial para que el TJUE se pronuncie sobre la naturaleza real de este régimen de financiación.

Por su parte, con fecha de 22 de enero de 2014 tuvo entrada en el registro del TS oficio por el que el Secretario del TJUE remitió copia de la sentencia del TJUE (ECLI:EU:C:2013:851) en el asunto C-262/12 (*Vent de Colère*), para que, a la vista de dicha sentencia, el TS informare de si deseaba mantener las preguntas planteadas en el asunto principal. La razón de dicho traslado era que la citada sentencia *Vent de Colère* de 19 de diciembre de 2013 declaraba que constituía una intervención mediante fondos estatales el establecimiento por ley de un mecanismo de compensación íntegra de los sobrecostes impuestos a las empresas en virtud de una obligación de compra de la electricidad de origen eólico a un precio superior a su precio de mercado cuya financiación recae en todos los consumidores finales de electricidad, y por tanto sometida al régimen previsto por los artículos 107 y siguientes del TFUE. No obstante, y dado que una vez dado traslado del anterior oficio a las partes estas siguieron manteniendo que «la sentencia comunicada por el TJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-262/12) constituye un supuesto distinto al planteado en la cuestión prejudicial. No existiendo razón para alterar los términos de la cuestión prejudicial planteada», el TS acordó mantener el planteamiento de la cuestión prejudicial elevada, destacando que en contraste con el supuesto de hecho y normativo analizado en la sentencia *Vent de Colère*, las cantidades pagadas a la sociedad recurrente no tenían carácter tributario ni constituían un impuesto, ni una exacción fiscal ni una tasa, fiscal o parafiscal.

Finalmente, el 29 de octubre de 2014 tuvo su entrada en el registro del TS el auto del TJUE de 22 de octubre (ECLI:EU:C:2014:2314) recaído en el asunto prejudicial C-275/13, que establece que «el artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituyen una intervención del Estado o mediante fondos estatales los importes atribuidos a una empresa privada productora de electricidad que se financian por el conjunto de los usuarios finales de la electricidad establecidos en el territorio nacional y que se distribuyen a las empresas del sector eléctrico por un organismo público conforme a criterios legales predeterminados». Por tanto, acreditado el primero de los requisitos previsto por el artículo 107.1 TFUE, es decir, que la retribución percibida hasta 2011 por la empresa recurrente constituía una ayuda otorgada por los Estados o mediante fondos estatales, y que el TS no albergaba dudas acerca de la concurrencia de los demás requisitos exigidos, esto es, su caracterización como una «ayuda selectiva» que favorecía en exclusiva a la empresa beneficiaria y el otorgamiento a través de la misma de «una innegable ventaja competitiva sobre las

demás empresas que intervienen en el sector de la generación de energía eléctrica» falseando así la competencia, la Sala advierte que la financiación asociada al plan de viabilidad de la empresa recurrente entraba en el ámbito del artículo 107 TFUE y que por tanto, correspondía a la Comisión decidir en exclusiva si era compatible o no con el mercado interior. De este modo, y dado que el otorgamiento de la ayuda no había sido notificada por el Gobierno a la Comisión a los efectos de que esta se pronunciase sobre su validez o no, su no inclusión en la ITC/3353/2010 era perfectamente legal ya que para que la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 54/1997 fuese aplicable al caso de autos –obligando por tanto a incluir el régimen especial de financiación en la Orden recurrida– era necesario que el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2007 en el que se recogía el plan de viabilidad de la empresa hubiese sido notificado efectivamente a la Comisión Europea a los efectos de que esta fiscalizase la naturaleza y validez de la ayuda prevista.

Por finalizar con este breve análisis sobre la aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales españoles de los principios de primacía y de eficacia directa del Derecho de la UE durante el año 2015 haremos referencia a una sentencia del TS dictada en materia de **urbanismo y ordenación del territorio**, en concreto a la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 3 de septiembre de 2015 (recurso 3687/2013), resolutoria de un recurso de casación interpuesto por una sociedad mercantil contra la sentencia de 15 de octubre de 2013 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ del País Vasco desestimatoria del recurso contencioso-administrativo sostenido por la actora contra el acuerdo, de fecha 25 de junio de 2010, del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, por el que se aprobó definitivamente el Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián.

El objeto de la *litis* se puede fijar en el hecho de que para la recurrente el Plan Territorial Sectorial de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (PTS), al que se adecúa el PGOU aprobado, incurre en una restricción que infringe la Directiva Servicios³⁴ al establecer un límite máximo de 25.000 m² de superficie para grandes equipamientos comerciales en Donostia-San Sebastián, por lo que, no conforme con la sentencia de instancia, recurre en casación basando su argumentación en tres motivos: a) el PTS es contrario a la Directiva europea y su normativa de transposición; b) se ha vulnerado la doctrina del TJUE según la cual ante la inaplicabilidad de normas que transponen de forma incorrecta una Directiva Europea (como el PTS) se ha de aplicar directamente la Directiva europea y las normas que la transponen correctamente, en este

³⁴ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, DO L 376, de 27.12.2006, p. 36. Su trasposición al ordenamiento jurídico español ha sido realizada por diversas leyes: la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la Ley 25/2009, de 22 de diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior; y la Ley 12/2012 de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios. Además, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco por las Leyes 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de Actividad Comercial; y la Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE.

caso la Ley 17/2009; c) la sentencia recurrida conculca varios artículos de la Directiva de servicios y de la Ley 17/2009 así como la doctrina del TJUE en cuanto al principio de libertad de empresa, ya que la limitación de superficie de los equipamientos comerciales no se efectúa caso por caso sino para todos los municipios del País Vasco, y, por tanto, no resulta justificada una limitación de superficie máxima realizada de manera general.

El TS acoge los motivos de casación segundo y tercero al considerar, en contra del criterio de la sala *a quo*, que había defendido que la limitación a los equipamientos comerciales realizada por el PTS tenían como finalidad el interés general, «que las auténticas razones para imponer esas limitaciones a la superficie de los equipamientos comerciales son exclusivamente económicas y mercantiles, y, por ello, proscritas tanto por la Directiva 2006/123/CE como por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que sólo autorizan limitaciones por razones justificadas e imperiosas de interés general, entre las que, como la propia Sala de instancia reconoce y declara en la sentencia recurrida, se encuentran las relativas a la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural», razones que no se darían en el supuesto de autos. En consecuencia el TS declara nulas de pleno derecho las determinaciones del Plan Territorial Sectorial aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián, aprobado por acuerdo plenario del Ayuntamiento de esa ciudad de fecha 25 de junio de 2010, que establecen limitaciones a la dimensión de los equipamientos comerciales.

Por último, es preciso señalar que, en materia de *responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea*, el TS ha continuado mostrándose reacio al reconocimiento de esta al caracterizarse la jurisprudencia del alto tribunal por la acusada tendencia a afirmar que los incumplimientos estatales (en vía legislativa o ejecutiva) no están “suficientemente caracterizados”. En su Sentencia de 26 mayo 2015 el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) proporcionó un ejemplo de lo contrario, al casar una sentencia previa de la Audiencia Nacional, que había desestimado el recurso deducido contra una resolución de la ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad, en materia de reclamación de responsabilidad patrimonial. El asunto arranca de una resolución de la AEMP de 21 de noviembre de 2013 que acordó la retirada del mercado de diversos productos que comercializaba el laboratorio YNSADIET, al considerar que tales productos tenían la consideración legal de medicamentos y se comercializaban sin contar con las preceptivas autorizaciones sanitarias. Entre dichos productos, se encontraban los fabricados por la empresa BIOVER NV/SA, con sede en Bélgica a base de tinturas madre que concentran los principios activos de diversas especies vegetales. El TJUE ya había señalado mediante Sentencia de 5 de marzo de 2009, en el Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España (C-88/2007) "que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 CE y 30 CE y de los artículos 1 y 4 de la Decisión nº 3052/95/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1995, por la que se establece un procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de libre

circulación de mercancías en la Comunidad: al haber retirado del mercado productos elaborados a base de plantas medicinales legalmente fabricados o comercializados en otro Estado miembro, en virtud de una práctica administrativa que consiste en retirar del mercado todo producto que contenga plantas medicinales no incluidas en el anexo de la Orden Ministerial de 3 de octubre de 1973 por la que se establece el registro especial para preparados a base de especies vegetales medicinales (...) y al no haber comunicado esta medida a la Comisión de las Comunidades Europeas".

La sentencia de la Audiencia Nacional impugnada desestimó el recurso contencioso-administrativo, básicamente por entender que no concurría el requisito de que la infracción del derecho de la Unión Europea fuese "suficientemente caracterizada". En el FJ 3 de su sentencia, sin embargo, el TS puntualiza que, en este caso, la sentencia del TJUE de 5 de marzo de 2009 considera acreditado que, en el momento en que se ordenó la retirada de los productos de la recurrente, la Administración española conocía que se trataba de mercancías provenientes de otro Estado miembro y legalmente comercializadas en el mismo, no cabiendo, por tanto, sostener que la orden de retirada de los productos de la recurrente constituya una infracción inadvertida o excusable del derecho de la Unión Europea. Para el TS nos encontramos, en este asunto, ante "una vulneración deliberada de la norma y, por consiguiente, suficientemente caracterizada a efectos indemnizatorios". En consecuencia, la STS anula la resolución del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de 24 de mayo de 2011 y declara el derecho de la recurrente a recibir una indemnización por valor de 158.079,32 € más los intereses legales correspondientes. Esta solución, sin embargo, ha sido excepcional en la jurisprudencia del TS a lo largo de 2015.

En la STS de 24 de marzo de 2015 (rec. nº 1468/2013) se plantea un asunto que también versaba sobre una orden de retirada de productos dada en 2002 y frente a la que la empresa afectada también formuló reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando tuvo conocimiento de la sentencia del TJUE de 5 de marzo de 2009. En la Sentencia de 24 de marzo, sin embargo, el TS desestimó la pretensión puesto que, en este caso, no quedaba acreditado "que la Administración española conociese que se trataba de mercancías provenientes de otro Estado miembro y legalmente comercializadas en aquél" por lo cual la violación del derecho de la UE no estuvo suficientemente caracterizada.

Un ámbito en el que el TS ha rechazado igualmente la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado por vulneración del derecho de la UE son las numerosas reclamaciones presentadas por empresas importadoras que se consideraron perjudicadas por las prácticas de la administración tributaria relativas al pago de IVA³⁵. La

³⁵ Diversas sentencias del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) con fecha de 2, 3, 4 y 5 de febrero de 2015 resolvieron los recursos mediante los que se traducían las pretensiones indemnizatorias sobre este particular de Repsol RJ\2015\938, Izasa Distribuciones RJ\2015\642, Enagás RJ\2015\492, Burberry RJ\2015\491, Industrias y promociones alimenticias RJ\2015\1043, Gonvarri Corporación RJ\2015\1038, Toyota España RJ\2015\887, Sociedad Española Chrysler Jeep Iberia, S.A RJ\2015\886, Berdai XII, S.A. RJ\2015\884, Eurofiel Confección, S.A RJ\2015\883, Arbora, S.A., RJ\2015\882, MMC Automóviles España, S.A.RJ\2015\497, Industrial Ferro RJ\2015\490.

administración tributaria vinculó durante tiempo el derecho a la deducción de las cuotas del Impuesto a la importación al previo ingreso de las cuotas deducibles, si bien esta práctica fue declarada, posteriormente, contraria a la Sexta Directiva. Para el TS “puede afirmarse con seguridad que el legislador español (en el artículo 98.Dos de la Ley del IVA, en la redacción aplicable al caso) vulneró el Derecho comunitario en cuanto exigía un requisito para la deducción del tributo auto-repercutido, el del previo ingreso de las cuotas del impuesto a la importación, no previsto en el artículo 17 de la Sexta Directiva (...) y la aplicación de tal precepto de la ley española produjo al recurrente, como se ha razonado, un daño económico perfectamente cuantificado en la suma a la que ascienden los intereses de demora que se le exigieron por falta de ingreso de las cuotas deducibles”.

Sin embargo, para el TS no puede considerarse que la violación normativa en que se basa la pretensión indemnizatoria esté suficientemente caracterizada puesto que “tanto el ejercicio en que se regulariza el IVA a la importación del recurrente (2001) como la fecha del acta de conformidad de la que surge la liquidación de los intereses de demora (abril de 2004) son claramente anteriores a las sentencias (...) que, por primera vez, declaran la contravención, en la regulación del IVA a la importación, de las determinaciones de la Sexta Directiva”. Por lo demás, indica el TS “tampoco puede apreciarse contumacia o reiteración en el incumplimiento del Estado español tras conocer la existencia de la vulneración comunitaria, ni que las autoridades fiscales españolas hayan seguido aplicando el criterio infractor una vez declarada la disconformidad del Derecho español con el europeo” por lo que no habría lugar a la indemnización.

El TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia de 22 octubre 2015 desestimó también la acción de indemnización planteada por varios fondos de inversión estadounidenses que se consideraban perjudicados por haber declarado, en el año 2005, el Impuesto sobre la Renta de No Residentes tributando a un tipo de gravamen del 15%, a pesar de que los residentes en España en idénticas condiciones tributaban por esa misma clase de renta al 1%. Como consecuencia del procedimiento de infracción iniciado por la Comisión Europea contra España en mayo de 2007, en relación con el régimen fiscal discriminatorio de los dividendos e intereses pagados a fondos de pensiones extranjeros (basado en la sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2006 , asunto C-170/05 , Denkavit) España procedió a modificar su legislación a través del artículo 4.2 de la Ley 2/2010, de 1 de marzo , por la que se transponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria. El TS desecha la reclamación formulada por los fondos estadounidenses por razones procesales, al considerar que había sido interpuesta de forma extemporánea, pero señala, de forma adicional y para zanjar también la cuestión de fondo, que “las retenciones a que se refiere la pretensión indemnizatoria, fueron practicadas en el ejercicio 2005, es decir, con anterioridad a las resoluciones [aclaratorias del Derecho de la UE] mencionadas. De aquí que la violación del derecho de la Unión Europea alegada por la demandante no pueda reputarse de suficientemente caracterizada”.

En la Sentencia de 29 mayo 2015, de nuevo, el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) desestima una pretensión indemnizatoria, en este caso de un registrador de la propiedad que se considera perjudicado por el criterio empleado por la administración española, y refrendado por el TS, de no haber sujetado a IVA los ingresos de Registradores provenientes de las liquidaciones de impuestos transferidos por las Comunidades Autónomas. Para el reclamante, la sentencia del Tribunal Supremo fue fruto de una ignorancia inexcusable y así lo evidenció la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), asunto C-154/2008, de 12 de Noviembre de 2009, dictada en un recurso por incumplimiento promovido por la Comisión contra España.

Con notable autoindulgencia al apreciar la gravedad de su propia contumacia a la hora de inaplicar el derecho de la UE, que ha tenido que ser corregida por el TJUE, el TS señala “si bien es claro que la sentencia del TJUE de 12 de noviembre de 2009 advierte el error, contrario al derecho comunitario, de considerar no sujetos al IVA los servicios prestados por los Registradores de la Propiedad a una Comunidad Autónoma, en su condición de titulares de una oficina liquidadora, sin embargo la sentencia del TJUE no efectúa ninguna declaración sobre la concurrencia de los requisitos que su propia jurisprudencia exige para declarar la responsabilidad del Estado, a saber, que la norma jurídica infringida tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento y el daño (sentencia Köbler apartado 51), y en particular, ningún pronunciamiento efectúa la citada sentencia del TJUE sobre la concurrencia del segundo requisito de la violación del Derecho comunitario "suficientemente caracterizada", por lo que en ningún caso puede sostenerse, como hace la parte recurrente, que la sentencia del TJUE sustituya el presupuesto exigido por nuestro ordenamiento de la previa declaración de error judicial para obtener una indemnización por dicho concepto”.

El TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), por último, ha rechazado también la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado en su Sentencia de 13 febrero 2015. En este caso el recurso contencioso administrativo se fundaba en que los recurrentes han estado vinculados laboralmente con empresas pertenecientes al sector eléctrico, lo que les ha permitido disfrutar, según los convenios de aplicación, de una tarifa eléctrica inferior a la de mercado. Las eléctricas, sin embargo, han estado “repercutiendo el Impuesto sobre el Valor Añadido a los trabajadores tomando como base una magnitud distinta al precio satisfecha por el contribuyente por el consumo eléctrico” puesto que han utilizado como base imponible un "precio de referencia" que era ochenta veces superior al importe de la tarifa. Esta fórmula seguida para la determinación de la base imponible ha sido desautorizada por Sentencia, de 9 de junio de 2011, del TJUE que expresamente declara que España ha incumplido el artículo 27 de la Sexta Directiva puesto que no puede tomarse, en definitiva, como base el "precio de referencia", sino la tarifa realmente aplicada al empleado.

En el FJ 7 de su sentencia el TS considera, sin embargo, que “aunque se haya identificado un daño efectivo, sin embargo no estamos ante una infracción suficientemente caracterizada”. Para el máximo tribunal “las "dudas sobre el acomodo de la Ley 37/1992 a la Sexta Directiva surgen por primera vez en 2010 (...) cuando ya

había cesado dicha práctica, pues ninguna de las reclamaciones se extiende a liquidaciones más allá del año 2006. No podemos entender, por tanto, que el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada era tan evidente o que careciera de margen de apreciación, cuando la contravención con la norma comunitaria no fue advertida, de modo reiterado, por los órganos judiciales” (FJ 8).