

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA,
ENERO-ABRIL 2018

FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE
Servicio Jurídico de la Unión Europea
fernando.castillo-de-la-torre@ec.europa.eu

PETRA NEMECKOVA¹
Servicio Jurídico de la Unión Europea
petra.Nemeckova@ec.europa.eu

Cómo citar/Citation

Castillo de la Torre, F. y Nemeckova, P. (2018).
Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia
de la Unión Europea, enero-abril 2018.
Revista de Derecho Comunitario Europeo, 60, 719-760.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.60.07>

SUMARIO

I. INSTITUCIONES, PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. II. CONTEN-
CIOSO. III. MERCADO INTERIOR, LIBRE CIRCULACIÓN Y CIUDADANÍA EURO-
PEA. IV. COMPETENCIA. V. APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES. VI. DERECHO
SOCIAL. VII. JUSTICIA, LIBERTAD Y SEGURIDAD. VIII. RELACIONES EXTERIORES.

¹ Director y miembro, respectivamente, del Servicio Jurídico de la Unión Europea.

I. INSTITUCIONES, PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El principio *ne bis in idem* puede limitarse con el fin de proteger los intereses financieros (tales como la recaudación del IVA) y los mercados financieros de la Unión, siempre que no exceda de lo estrictamente necesario para alcanzar esos objetivos (sentencias de 20 de marzo de 2018, Luca Menci, C-524/15, EU:C:2018:197; Garlsson Real Estate SA y otros, C-537/16, EU:C:2018:193, y Enzo Di Puma y Zecca, asuntos acumulados C-596/16 y C-597/16, EU:C:2018:192).

En cuatro asuntos italianos, el Tribunal de Bérgamo y Corte suprema di cassazione italiana solicitaban al Tribunal de Justicia que interpretara el principio del *ne bis in idem* en el contexto de la Directiva 2006/112/CE, del IVA, y de la Directiva 2003/6/CE sobre abuso en mercados financieros. En cada uno de los cuatro asuntos, las personas implicadas fueron objeto de un procedimiento administrativo y de otro penal por los mismos hechos.

En el asunto *Menci*, la Administración tributaria italiana impuso al Sr. Menci una sanción administrativa por no haber pagado el IVA correspondiente al ejercicio 2011. Con posterioridad, se inició un proceso penal contra él por los mismos hechos ante el Tribunal de Bérgamo. En el asunto *Garlsson Real Estate y otros*, la Comisión Nacional del Mercado de Valores italiana impuso al Sr. Ricucci una sanción administrativa por manipulación del mercado. En su recurso, el Sr Ricucci alegó, *inter alia*, que ya había sido condenado en firme en 2008 por los mismos hechos a una sanción penal extinguida mediante indulto. En los asuntos *Di Puma y Zecca*, por su parte, la misma Comisión Nacional del Mercado de Valores impuso a estos señores sanciones administrativas pecuniarias por haber realizado operaciones con información privilegiada. Estos alegaron, en sus respectivos recursos, que, en el procedimiento penal por los mismos hechos incoado paralelamente al procedimiento administrativo, el juez penal había declarado, de manera firme, que las operaciones con información privilegiada no habían quedado probadas.

El principio de *ne bis in idem* está reconocido tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 50), como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (protocolo núm. 7). El Tribunal de Justicia admite que dicho principio puede verse limitado y reconoce que puede existir una acumulación de procedimientos y sanciones penales, por una parte, y procedimientos y sanciones administrativos de carácter penal, por otra, contra la misma persona por los mismos hechos. No obstante, las limitaciones de ese tipo requieren una justificación, que debe ajustarse a las exigencias derivadas del derecho de la Unión. A este respecto, una normativa nacional que autorice la acumulación de procedimientos y sanciones de carácter penal debe cumplir

con cuatro condiciones: responder a un objetivo de interés general que pueda justificar dicha acumulación de procedimientos y sanciones, los cuales deberán tener finalidades complementarias; establecer normas claras y precisas que permitan al justiciable prever qué actos y omisiones pueden ser objeto de tal acumulación de procedimientos y sanciones; garantizar que los procedimientos están coordinados entre ellos para limitar a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación suponga para las personas afectadas, y garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la gravedad de la infracción de que se trate. Estas exigencias garantizan, según el Tribunal, un nivel de protección del principio *ne bis in idem* que no vulnera el garantizado por el CEDH.

Basándose en estas consideraciones, el Tribunal de Justicia señala, en su sentencia *Menci*, que el objetivo de garantizar la recaudación de la totalidad el IVA devengado en los territorios de los Estados miembros puede justificar una acumulación de procedimientos y sanciones de carácter penal. No obstante, en su sentencia *Garlsson Real Estate y otros*, el Tribunal de Justicia considera que, aunque el objetivo de proteger la integridad de los mercados financieros de la Unión y la confianza del público en los instrumentos financieros también puede justificar una acumulación de procedimientos y sanciones de carácter penal, la normativa italiana que sanciona la manipulación del mercado no parece respetar el principio de proporcionalidad. En efecto, dicha normativa nacional autoriza la tramitación de un procedimiento administrativo de carácter penal respecto de los mismos hechos por los que ya se ha impuesto una condena penal, a pesar de que la sanción penal parece apta para reprimir por sí sola la infracción de manera efectiva, proporcionada y disuasoria. En consecuencia, la tramitación de un procedimiento administrativo de carácter penal respecto de los mismos hechos por los que ya se ha impuesto una condena penal excedería lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo de protección de los mercados. Además, esta normativa no parece garantizar que el conjunto de las sanciones sea proporcionado a la gravedad de la infracción.

En lo que concierne a los asuntos acumulados *Di Puma y Zecca*, el Tribunal señala que el art. 14, apdo. 1, de la Directiva 2003/6, en relación con los arts. 2 y 3 de esta, impone a los Estados miembros que establezcan sanciones administrativas efectivas, proporcionadas y disuasorias para reprimir la vulneración de la prohibición de efectuar operaciones con información privilegiada, sin exigirles que adopten igualmente sanciones penales contra los autores de operaciones con información privilegiada. Los Estados miembros pueden instituir la acumulación de sanciones penales y administrativas, respetando, sin embargo, los límites dimanantes del derecho de la Unión y, en particular, los derivados del principio *ne bis in idem* garantizado en el art. 50 de la Carta, que rigen, en virtud del art. 51, apdo. 1, de esta, cuando se aplica dicho derecho.

No obstante, la aplicación de sanciones administrativas efectivas, proporcionadas y disuasorias, que el art. 14, apdo. 1, de la Directiva 2003/6 dispone para el supuesto de vulneración de la prohibición de efectuar operaciones con información privilegiada, presupone que las autoridades nacionales competentes constaten hechos que demuestren la existencia, en el asunto de que se trate, de una operación de tal índole que pueda justificar la imposición de una sanción administrativa. Pues bien, como se desprende de la resolución de remisión, en los litigios principales se declaró, al término de un procedimiento penal contradictorio, mediante una sentencia penal firme con fuerza de cosa juzgada, que no habían quedado probados los elementos constitutivos de una operación con información privilegiada.

La fuerza de cosa juzgada que una disposición nacional confiere a las constataciones fácticas de tal sentencia penal en relación con el procedimiento de sanción administrativa pecuniaria no se opone a que puedan declararse infracciones de la normativa relativa a las operaciones con información privilegiada y a que se sancionen dichas infracciones de manera efectiva en el supuesto de que, en dicha sentencia penal, se hayan probado los hechos controvertidos. En el supuesto contrario, la obligación que el art. 14, apdo. 1, de la Directiva 2003/6 impone a los Estados miembros de establecer sanciones administrativas efectivas, proporcionadas y disuasorias no puede llevar a descartar la fuerza de cosa juzgada que una sentencia penal absolutoria reviste, en virtud de una disposición nacional como el art. 654 del CPP, en relación con un procedimiento de sanción administrativa que tiene por objeto los mismos hechos que la sentencia penal ha considerado no probados. Tal apreciación no excluye la posibilidad, contemplada en el art. 4, apdo. 2, del Protocolo núm. 7 al CEDH, de reabrir, en su caso, el procedimiento penal cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior puedan afectar a la sentencia penal dictada. En estas circunstancias, el art. 14, apdo. 1, de la Directiva 2003/6 no se opone a una normativa nacional como la que es objeto de los litigios principales.

La cláusula arbitral incluida en un tratado celebrado entre dos Estados miembros (antes de la adhesión de uno de ellos a la UE) sobre la protección de las inversiones no es compatible con el derecho de la Unión, ya que sustrae del mecanismo de control judicial del derecho de la Unión los litigios que pueden versar sobre la aplicación o la interpretación de este derecho (Sentencia de 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158).

En este asunto de la Gran Sala, el Tribunal de Justicia, contrariamente a las conclusiones del abogado general Wathelet, considera contraria al derecho

de la Unión una cláusula arbitral que permite que un inversor de uno de esos Estados miembros pueda, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro.

La cláusula arbitral controvertida estaba introducida en un tratado, celebrado en 1991 entre la antigua Checoslovaquia (y, mediante subrogación, Eslovaquia a partir de 1993) y los Países Bajos para el fomento y la protección de las inversiones. El tratado bilateral de inversiones (como otros 195 tratados bilaterales) disponía que las controversias entre un Estado contratante y un inversor del otro Estado contratante deberán dirimirse por acuerdo amistoso o, si no es posible, ante un tribunal arbitral.

En 2004 Eslovaquia permitió el acceso de los inversores extranjeros a su mercado de los seguros de enfermedad. Achmea, una empresa que pertenece a un grupo de seguros neerlandés, creó una filial en Eslovaquia para ofrecer allí seguros de enfermedad privados. No obstante, en 2006 Eslovaquia dejó parcialmente sin efecto la liberalización del mercado de los seguros de enfermedad y prohibió, concretamente, la distribución de los beneficios derivados de las actividades relativas a los seguros de enfermedad. Achmea inició un procedimiento arbitral contra Eslovaquia con arreglo al tratado bilateral de inversiones, alegando que la prohibición era contraria a dicho tratado y que esta medida le había causado un perjuicio económico. En 2012, el tribunal arbitral declaró que Eslovaquia había infringido efectivamente el tratado bilateral y la condenó a abonar a Achmea una indemnización por daños y perjuicios por importe de aproximadamente 22,1 millones de euros. Posteriormente, Eslovaquia interpuso ante un órgano jurisdiccional alemán un recurso de anulación contra el laudo del tribunal arbitral, alegando que la cláusula arbitral incluida en el tratado bilateral infringía varias disposiciones del TFUE, que remitió, en última instancia, una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia comienza su análisis afirmando que según el tratado bilateral de inversiones, el tribunal arbitral constituido conforme a dicho tratado debe dirimir las controversias sobre la base del derecho vigente en el Estado contratante afectado por la controversia así como de todo tratado pertinente entre los Estados contratantes. Pues bien, a la luz de las características del derecho de la Unión —como su autonomía en relación con los derechos nacionales y con el derecho internacional, su primacía sobre los derechos nacionales y el efecto directo de toda una serie de sus disposiciones sobre los ciudadanos de la Unión y los Estados miembros— este derecho, por un lado, forma parte del derecho vigente en todos los Estados miembros y, por otro lado, deriva de un tratado internacional celebrado entre esos Estados. En

consecuencia, por estos motivos, el tribunal arbitral de que se trata puede verse obligado a interpretar y a aplicar el derecho de la Unión, en particular las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales.

El Tribunal de Justicia apunta que la decisión del tribunal arbitral es definitiva en virtud del tratado bilateral. El tribunal arbitral determina sus propias normas de procedimiento, en particular eligiendo él mismo su sede y, en consecuencia, el derecho aplicable al procedimiento que regula el control judicial de la validez del laudo que ha emitido. De esta manera, el órgano jurisdiccional nacional de que se trata solo puede llevar a cabo dicho control judicial en la medida en que se lo permita el derecho nacional, requisito que no se cumple plenamente en el presente asunto, puesto que el derecho alemán únicamente prevé en ese ámbito un control judicial limitado. A este respecto, el Tribunal de Justicia señala que, aunque en el ámbito del arbitraje comercial sea legítimo limitar el control de los laudos arbitrales ejercido por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros si se cumplen determinadas condiciones, esta norma no es aplicable al procedimiento arbitral de que se trata en el presente asunto. En efecto, mientras que el primer procedimiento tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, el segundo resulta de un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios órganos jurisdiccionales, y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el derecho de la Unión les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión, los litigios que puedan referirse a la aplicación o la interpretación de ese derecho.

Además, para el Tribunal, la posibilidad de someter los litigios en materia de inversiones a un organismo que no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión puede poner en peligro, además del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del derecho establecido por los tratados, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE, por lo que no es compatible con el principio de cooperación leal (establecido en el art. 4 TUE, apdo. 3, párr. primero).

Por estos motivos, el Tribunal de Justicia considera que, mediante la celebración de un tratado internacional, los Estados miembros signatarios han establecido un mecanismo de resolución de controversias que no permite garantizar que los litigios entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro se diriman ante un órgano jurisdiccional perteneciente al sistema judicial de la Unión. En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la cláusula arbitral incluida en el tratado vulnera

la autonomía del derecho de la Unión y, por tanto, no es compatible con este.

Por añadidura, el Tribunal de Justicia señala que el tribunal arbitral excluye la competencia de los órganos jurisdiccionales de sendos Estados miembros en cuestión (Eslovaquia y los Países Bajos), a pesar de que no forma parte de sus respectivos sistemas judiciales. De ello se deduce que este tribunal arbitral no puede calificarse de órgano jurisdiccional «de uno de los Estados miembros» en el sentido del art. 267 TFUE, relativo al procedimiento prejudicial, y, por tanto, no está facultado para presentar una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Las reducciones salariales aplicadas a los miembros del Tribunal de Cuentas en Portugal no violan el principio de independencia judicial, pues las medidas, adoptadas en el marco de la ayuda financiera de la Unión Europea a dicho Estado miembro, fueron aplicadas con carácter general y temporal a una gran parte de la función pública portuguesa (Sentencia de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117).

El legislador portugués redujo, a partir del mes de octubre de 2014 y con carácter temporal, las retribuciones de una serie de cargos públicos y de personas que ejercen funciones en el sector público, entre los que se incluyen los miembros del Tribunal de Cuentas (que ejerce en Portugal ciertas funciones jurisdiccionales). Posteriormente, una ley de 2015 puso gradualmente fin, a partir del 1 de enero de 2016, a estas medidas de reducción de las retribuciones. La Asociación Sindical de los Jueces Portugueses, actuando en representación de miembros del Tribunal de Cuentas, interpuso un recurso contencioso-administrativo contra estas reducciones, alegando que las medidas de reducción salarial violan el principio de independencia judicial, consagrado no solo en la Constitución portuguesa, sino también en el derecho de la Unión.

El tribunal remitente explicó que, por un lado, las medidas de reducción temporal de las retribuciones del sector público estaban justificadas por las exigencias imperativas de reducir el déficit presupuestario excesivo del Estado portugués, impuestas por la Unión Europea al Gobierno portugués en contrapartida, entre otras medidas, de la concesión de una ayuda financiera a dicho Estado miembro. Por otro lado, puso de relieve que, no obstante, el Estado portugués también tiene la obligación de respetar los principios generales del derecho de la Unión, entre los que figura el de independencia judicial, aplicable tanto a los tribunales de la Unión como a los órganos judiciales nacionales, que son quienes garantizan en primer término la tutela judicial efectiva de los

derechos derivados del ordenamiento jurídico de la Unión. La independencia de los órganos judiciales depende de las garantías previstas en el estatuto de los integrantes del poder judicial, garantías entre las que se incluyen las relacionadas con las retribuciones.

El Tribunal de Justicia declaró que el principio de independencia judicial no se opone a que se apliquen a los miembros del Tribunal de Cuentas las reducciones salariales.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia reconoce el papel esencial de la independencia e imparcialidad del juez nacional como juez del derecho de la Unión. Todo Estado miembro debe garantizar que sus órganos jurisdiccionales —en el sentido definido por el ordenamiento jurídico de la Unión— formen parte de un sistema de vías de recurso en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión y que cumplan las exigencias de la tutela judicial efectiva. La garantía de independencia de los órganos jurisdiccionales es inherente a su misión de juzgar. Dicha garantía resulta esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia. A su vez, la noción de independencia supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones. El hecho de que los miembros del órgano en cuestión perciban un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen constituye un factor inherente a la independencia judicial.

A pesar de ello, el Tribunal de Justicia declara que no se puede considerar que las medidas de reducción salarial de que se trata menoscaben la independencia de los miembros del Tribunal de Cuentas. En efecto, dichas medidas no se aplicaron únicamente a los miembros de ese tribunal, sino, con mayor amplitud, a una serie de cargos públicos y de personas que ejercen funciones en el sector público, incluidos representantes de los poderes legislativo, ejecutivo y los demás representantes del poder judicial. Se trata, pues, de medidas generales destinadas a lograr que un conjunto de miembros de la función pública nacional contribuya al esfuerzo de austeridad que imponen las exigencias imperativas de reducción del déficit presupuestario excesivo del Estado portugués. Además, las medidas de reducción salarial controvertidas tenían carácter temporal, puesto que entraron en vigor el 1 de octubre de 2014 y fueron definitivamente derogadas a fecha de 1 de octubre de 2016.

II. CONTENCIOSO

El Tribunal de Justicia aclara lo que constituye un acto que incluye medidas de ejecución, considerando que la medida de ejecución no tiene por qué tener como base jurídica el acto impugnado (sentencias de 13 de marzo de 2018, *European Union Copper Task Force/Comisión*, C-384/16 P, EU:C:2018:176, e *Industria Químicas del Vallés/Comisión*, C-244/16 P, EU:C:2018:177).

Mediante su recurso de casación las recurrentes, *European Union Copper Task Force* e *Industrias Químicas del Vallés, S.A.*, solicitaban la anulación de sendos autos del Tribunal General en los asuntos T310/15 y T-296/15, mediante los que el Tribunal General declaró inadmisibles los recursos por los que aquellas solicitaban la anulación parcial del Reglamento de Ejecución (UE) 2015/408 de la Comisión, que establece una lista de sustancias candidatas a la sustitución, en aplicación del art. 80, apdo. 7, del Reglamento (CE) núm.1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios. Se examinaba en casación si el Tribunal General había incurrido en error de derecho al considerar que el reglamento controvertido incluía medidas de ejecución con respecto a las recurrentes.

El Tribunal de Justicia recuerda que la expresión «que no incluyan medidas de ejecución», en el sentido del art. 263 TFUE, párr. cuarto, *in fine*, debe interpretarse teniendo en cuenta el objetivo de esta disposición, que consiste en evitar que un particular se vea obligado a quebrantar el derecho para tener acceso al juez. Cuando un acto reglamentario produce directamente efectos en la situación jurídica de una persona física o jurídica sin requerir medidas de ejecución, existiría el riesgo de que dicha persona se viera desprovista de tutela judicial efectiva si no dispusiera de una vía de recurso ante el juez de la Unión para impugnar la legalidad de ese acto reglamentario. En efecto, a falta de medidas de ejecución, aunque el acto de que se trate afectara directamente a una persona física o jurídica, esta solo podría obtener el control judicial de dicho acto tras haber infringido sus disposiciones, invocando la ilegalidad de tales disposiciones en los procedimientos abiertos en su contra ante los tribunales nacionales. En cambio, cuando un acto reglamentario incluye medidas de ejecución, el control judicial del respeto del ordenamiento jurídico de la Unión queda garantizado independientemente de que tales medidas procedan de la Unión o de los Estados miembros. Las personas físicas o jurídicas que no puedan impugnar directamente un acto reglamentario de la Unión ante el juez de la Unión, a causa de los requisitos de admisibilidad establecidos en el art. 263 TFUE, párr. cuarto, quedan protegidas, no obstante, contra la aplicación de dicho acto en lo que a ellas respecta mediante la posibilidad de

impugnar las medidas de ejecución que el acto lleva implícitas. Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, para determinar si un acto reglamentario incluye medidas de ejecución es preciso considerar la posición de la persona que invoca el derecho de recurso al amparo del art. 263 TFUE, párr. cuarto, *in fine*. Así pues, la cuestión de si el acto de que se trata lleva implícitas medidas de ejecución con respecto a otros justiciables no es pertinente.

En los casos de autos, en primer lugar, desestima por infundada la alegación de las recurrentes según la cual el Tribunal General no tomó en consideración correctamente el objeto del recurso interpuesto ante él, en particular el hecho de que mediante tal recurso se solicitaba la anulación del Reglamento controvertido por cuanto somete los compuestos a determinadas normas sustantivas previstas por el Reglamento núm. 1107/2009. En efecto, tras recordar que el reglamento controvertido tiene por objeto establecer la lista de sustancias candidatas a la sustitución, el Tribunal General señaló que el Reglamento núm. 1107/2009 prevé la aplicación, a estas sustancias, de reglas particulares, las cuales establecen excepciones a aquellas aplicables a otras sustancias activas. El Tribunal General precisó que estas reglas particulares se refieren, en primer término, a la aprobación de las sustancias candidatas a la sustitución y a la renovación de la aprobación; en segundo término, a las autorizaciones de comercialización de los productos fitosanitarios que contengan tales sustancias y a la renovación y modificación de dichas autorizaciones y, en tercer término, al reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de estas autorizaciones. El Tribunal General procedió a un examen en profundidad de estas reglas particulares y concluyó que producían sus efectos en la situación jurídica de las recurrentes únicamente a través de actos adoptados por la Comisión o por los Estados miembros.

Los efectos jurídicos del reglamento controvertido relativos al período de validez de la renovación de la aprobación de las sustancias se materializarán únicamente, con respecto a las recurrentes, a través de medidas de ejecución. Tal como constató fundadamente el Tribunal General, los efectos del reglamento controvertido relativos al período de validez de la renovación de la aprobación solo se desplegarán a través de la adopción eventual de un reglamento que renueve por un período máximo de siete años la aprobación de esa sustancia. Así pues, si bien la eventual carga suplementaria que recae en las recurrentes y que está relacionada con la necesidad de renovar con más frecuencia la aprobación de las sustancias puede considerarse un efecto de la adopción del reglamento controvertido, este efecto no se materializa por la adopción de ese Reglamento, sino que se materializará mediante la eventual adopción, por parte de la Comisión, de un reglamento que renueve la aprobación de dicha sustancia.

Esta conclusión no quedaba en entredicho por la alegación según la cual los actos adoptados por la Comisión o por los Estados miembros a fin de poner en práctica las reglas particulares aplicables a las sustancias controvertidas, en particular el acto mediante el que la Comisión proceda a la renovación de la aprobación de estas sustancias, no son medidas de ejecución del reglamento controvertido, sino del Reglamento núm. 1107/2009. En efecto, el tenor literal del art. 263 TFUE, párr. cuarto, *in fine*, no exige, para que una medida sea calificada de medida de ejecución de un acto reglamentario, que tal acto constituya la base jurídica de esa medida. Una misma medida puede ser una medida de ejecución tanto del acto cuyas disposiciones constituyen su base jurídica como de un acto distinto, como en este caso el reglamento controvertido, cuando la totalidad o parte de los efectos jurídicos de este último acto se materialicen únicamente, frente a la parte recurrente, a través de esa medida. En este asunto, los actos que sean adoptados por la Comisión o por los Estados miembros a fin de poner en práctica las reglas particulares aplicables a las sustancias controvertidas, previstas por el Reglamento nnúm. 1107/2009, materializarán los efectos jurídicos del Reglamento controvertido frente a las recurrentes y constituirán, por tanto, medidas de ejecución de este último reglamento.

El Tribunal General no cometió error de derecho al declarar inadmisibile un recurso sobre la recomendación de la Comisión relativa a principios para la protección de los consumidores y los usuarios de servicios de juego en línea y la prevención del juego en línea entre los menores (Sentencia de 20 de febrero de 2018, Bélgica/Comisión, C-16/16 P EU:C:2018:79).

El Tribunal de Justicia desestima un recurso de casación considerando que el Tribunal General no cometió error alguno al declarar la inadmisibilidad de su recurso que tenía por objeto la anulación de la Recomendación 2014/478/UE de la Comisión, relativa a principios para la protección de los consumidores y los usuarios de servicios de juego en línea y la prevención del juego en línea entre los menores.

El Tribunal de Justicia confirma que no basta con que una institución adopte una recomendación conculcando presuntamente determinados principios o normas de procedimiento para que dicha recomendación pueda ser objeto de un recurso de anulación, siendo así que no produce efectos jurídicos obligatorios. Sin embargo, con carácter excepcional, la imposibilidad de interponer recurso de anulación contra una recomendación pierde validez si el acto impugnado, por su contenido, no constituye una auténtica recomendación. A este respecto, al examinar el contenido del acto impugnado para determinar

si este produce efectos jurídicos obligatorios, debe tenerse en cuenta que las recomendaciones quedan excluidas, conforme al art. 263 TFUE, del ámbito de aplicación de dicha disposición y que, en virtud del art. 288 TFUE, párr. quinto, no tienen fuerza vinculante.

Para determinar si la recomendación controvertida podía producir tales efectos y, por lo tanto, ser objeto de recurso de anulación con arreglo al art. 263 TFUE, el Tribunal General examinó su redacción y el contexto en el que se inscribía, su contenido y la intención de su autora. Para el Tribunal de Justicia, tras un examen efectuado de modo suficiente en derecho del tenor, del contenido y de la finalidad de la recomendación controvertida, así como de su contexto, el Tribunal General pudo válidamente concluir que dicha recomendación «no produce ni va destinada a producir efectos jurídicos obligatorios, de manera que no puede calificarse de acto impugnabile en el sentido del artículo 263 TFUE».

III. MERCADO INTERIOR, LIBRE CIRCULACION Y CIUDADANÍA EUROPEA

Los tribunales nacionales pueden descartar la aplicación del certificado de seguridad social de los trabajadores desplazados en la Unión Europea en caso de fraude, siempre que se respeten las garantías vinculadas al derecho a un proceso equitativo (Sentencia de 6 de febrero de 2018, Altun, C-359/16, EU:C:2018:63).

En este asunto el Tribunal de Justicia se interroga sobre el valor que deben tener los certificados E 101 o A1 expedidos por las autoridades competentes de un Estado miembro y que acredita que sus portadores estén afiliados al sistema de seguridad social de ese Estado miembro, si se comprueba que dichos certificados se obtuvieron o invocaron fraudulentamente. El Tribunal analiza también la situación en la que el Estado miembro que expidió dichos certificados se abstiene de revisar de oficio el certificado en un plazo razonable a la luz de los elementos de fraude que se le comunican, lo que ocurrió en el asunto de autos.

En el marco de una inspección sobre el cumplimiento de la normativa de contratación del personal de una sociedad belga que opera en el sector de la construcción, las autoridades competentes belgas comprobaron que dicha empresa apenas contaba con personal propio y subcontractaba todas sus contrataciones a empresas búlgaras, que desplazaban trabajadores a Bélgica. La contratación de estos trabajadores desplazados no se había declarado al organismo responsable en Bélgica del cobro de las cotizaciones sociales, ya que estos

trabajadores eran titulares de certificados E 101 o A1 expedidos por la institución búlgara competente, que acreditaban que estaban afiliados al sistema de seguridad social búlgaro. Ahora bien, una investigación judicial llevada a cabo en Bulgaria en el marco de una comisión rogatoria ordenada por un juez de instrucción belga demostró que las empresas búlgaras no desarrollaban ninguna actividad significativa en Bulgaria. En consecuencia, las autoridades belgas remitieron a la institución búlgara competente una solicitud motivada de revisión de oficio o de retirada de los certificados controvertidos. En su respuesta, la institución búlgara remitió un listado de los certificados, sin tener en cuenta los hechos observados y declarados probados por las autoridades belgas y sin revocar los certificados fraudulentos.

Las autoridades belgas incoaron diligencias penales contra los responsables de la empresa belga, que fueron condenados por la justicia belga. El tribunal competente consideró que no estaba vinculado por el hecho de que los trabajadores búlgaros disponían de los certificados E 101 o A 1, ya que los mencionados certificados se habían obtenido de manera fraudulenta. En casación, el Tribunal de Casación belga decidió plantear una cuestión prejudicial sobre si los tribunales del Estado miembro de acogida pueden anular o no tener en cuenta un certificado E 101 cuando los hechos sometidos a su apreciación le permiten declarar que este certificado ha sido obtenido o invocado de manera fraudulenta.

De entrada, el Tribunal de Justicia recuerda en su sentencia que el principio de cooperación leal exige que la institución expedidora proceda a una apreciación correcta de los hechos pertinentes y garantice la exactitud de las menciones que figuran en el certificado. Este principio implica también el de la confianza mutua: el certificado establece una presunción de conformidad a derecho y, en principio, es vinculante para la institución competente del Estado miembro de acogida. Por ello, mientras no se retire o se declare la invalidez del certificado, la institución competente del Estado miembro de acogida debe tener en cuenta el hecho de que el trabajador desplazado ya está sometido a la legislación de seguridad social del Estado donde está establecida la empresa que lo emplea y, por consiguiente, esa institución no puede someter al trabajador en cuestión a su propio régimen de seguridad social.

También se desprende del principio de cooperación leal que toda institución de un Estado miembro debe proceder a un examen diligente de la aplicación de su propio régimen de seguridad social. En consecuencia, la institución competente del Estado miembro que ha expedido el certificado debe volver a considerar la fundamentación de dicha expedición y, en su caso, retirar dicho certificado, cuando la institución competente del Estado miembro de acogida exprese dudas sobre la exactitud de los hechos que constituyen la base del certificado. Además, en este marco debe respetarse el procedimiento que ha de

seguirse para resolver las eventuales controversias entre las instituciones de los Estados miembros afectados sobre la validez o exactitud de un certificado (en particular, la consulta a la Comisión Administrativa).

No obstante, estas consideraciones no deben llevar a que los justiciables puedan alegar fraudulenta o abusivamente las normas de la Unión. En efecto, si la institución que expide el certificado se abstiene de llevar a cabo la revisión de oficio en un plazo razonable, los elementos que constituyen el fraude deben poder invocarse en un procedimiento judicial destinado a que el juez del Estado miembro de acogida no tenga en cuenta los certificados. En todo caso, las personas sospechosas, en un procedimiento de este tipo, de haber recurrido a trabajadores desplazados al amparo de certificados obtenidos de manera fraudulenta deben tener la posibilidad de refutar estas acusaciones, siempre que se respeten las garantías vinculadas al derecho a un proceso equitativo.

El derecho a la protección reforzada contra la expulsión del territorio está sujeto, en particular, al requisito de que el interesado sea titular de un derecho de residencia permanente, y la exigencia de residencia en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, que también condiciona la protección reforzada, puede cumplirse siempre que un examen global de la situación del ciudadano lleve a considerar que los vínculos de integración que le unen al Estado miembro de acogida no se han roto a pesar de haber permanecido en prisión (Sentencia de 17 de abril de 2018, B y Franco Vomero, asuntos acumulados C-316/16 y C-424/16, EU:C:2018:256).

Con arreglo a la Directiva 2004/38/CE sobre el derecho de circulación y residencia, los ciudadanos de la Unión que hayan residido en un Estado miembro distinto del suyo durante un período ininterrumpido de cinco años adquieren un derecho de residencia permanente en ese Estado. En este marco, el Estado miembro de acogida no puede adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, a menos que lo justifiquen motivos graves de orden público o de seguridad pública. Además, un ciudadano de la Unión que haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores tiene derecho a un nivel de protección aún más reforzado, ya que no se puede adoptar una decisión de expulsión contra él salvo que lo justifiquen motivos imperiosos de seguridad pública.

En los litigios principales, los sujetos que pretendían acogerse a la protección reforzada para eludir la expulsión de, respectivamente, el Reino Unido y Alemania eran nacionales de otros Estados miembros que habían residido en los Estados de acogida durante más de diez años y que habían sido

condenados a penas privativas de prisión por delitos cometidos en el Estado de acogida. En el caso del Sr. Vomero, el ciudadano no era titular de derecho de residencia permanente en el Reino Unido.

En formación de Gran Sala, el Tribunal de Justicia examinó las condiciones y las implicaciones jurídicas de los diferentes grados de protección otorgados por la Directiva 2004/38/CE. Recordó, en primer lugar, que la directiva establece un refuerzo gradual de la protección contra la expulsión vinculado al grado de integración alcanzado por el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida. De este modo, mientras que el ciudadano que es titular de un derecho de residencia permanente puede ser expulsado del territorio por motivos graves de orden público o seguridad pública, por su parte, el ciudadano que puede justificar que ha residido durante los diez años anteriores únicamente puede ser expulsado por motivos imperiosos de seguridad pública. En consecuencia, un ciudadano de la Unión solo puede tener derecho al nivel reforzado de protección vinculado al hecho de haber residido durante diez años en el Estado miembro de acogida cuando cumple previamente el requisito de haber obtenido el derecho a la protección de nivel inferior, a saber, ser titular de un derecho de residencia permanente tras un período de residencia legal ininterrumpida de cinco años en ese Estado miembro.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que el hecho de que la directiva haya establecido un sistema gradual en materia de derecho de residencia en el Estado miembro de acogida corrobora asimismo esta interpretación. Según este sistema, el derecho de residencia por más de tres meses en un Estado miembro de acogida está supeditado a varias condiciones, entre ellas que el ciudadano sea económicamente activo a fin de que no se convierta en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro. Cuando ha residido legalmente en el territorio del Estado miembro de acogida durante un período ininterrumpido de cinco años, el ciudadano de la Unión adquiere un derecho de residencia permanente y, por lo tanto, ya no está sometido a estas condiciones. De ello se desprende que un ciudadano que no haya adquirido un derecho de residencia permanente puede ser expulsado del territorio del Estado miembro de acogida cuando se convierta en una carga excesiva para el sistema de asistencia social. Dicho ciudadano no puede al mismo tiempo tener derecho a la protección considerablemente reforzada que establece la directiva, en virtud de la cual su expulsión solo puede autorizarse por motivos imperiosos de seguridad pública.

A continuación, el Tribunal de Justicia examinó el método de cálculo del período correspondiente al requisito de los diez años anteriores a efectos de la Directiva. Señala que el período de residencia de diez años debe calcularse hacia atrás y ser, en principio, continuado. Pone de manifiesto, no obstante, que la directiva no dice nada acerca de las circunstancias que pueden dar lugar

a la interrupción del período de residencia de diez años a efectos de adquirir el derecho a la protección reforzada. Por tanto, procede llevar a cabo de manera sistemática un examen global de la situación del interesado en el momento exacto en que se plantee la cuestión de la expulsión, para lo que las autoridades nacionales deben tener en cuenta todos los aspectos pertinentes en cada caso concreto, y deben comprobar si los períodos de ausencia del interesado del Estado miembro de acogida implican el desplazamiento hacia otro Estado del centro de los intereses personales, familiares o profesionales del interesado.

Ello es válido también para los períodos de estancia en prisión: para determinar si estos han provocado una ruptura de los vínculos de integración anteriormente establecidos con el Estado miembro de acogida es necesario llevar a cabo un examen global de la situación de esa persona en el momento exacto en el que se plantee la cuestión de la expulsión. De este modo, el Tribunal de Justicia estima que la entrada en prisión del interesado en el Estado miembro de acogida no rompe automáticamente los vínculos de integración que ya ha establecido con este Estado y, por tanto, no lo priva automáticamente de la protección reforzada. El examen global de la situación del interesado debe tener en cuenta la fuerza de los vínculos de integración establecidos con el Estado miembro de acogida antes de su ingreso en prisión, así como la naturaleza de la infracción, las condiciones en las que se cometió y la conducta del interesado durante el período de encarcelación. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia observa que la reinserción social del ciudadano de la Unión en el Estado en el que está verdaderamente integrado no solo redundará en interés de dicho ciudadano, sino también en el de la Unión.

El hecho de privar de su derecho de usufructo a personas que no tienen un vínculo de parentesco cercano con los propietarios de terrenos agrícolas en Hungría contraviene el principio de la libre circulación de capitales (Sentencia de 6 de marzo de 2018, SEGRO y Horváth, C-52/16 y C-113/16, EU:C:2018:157).

SEGRO, una sociedad húngara propiedad de varias personas residentes en Alemania, y el Sr. Horváth, nacional austríaco, son titulares de derechos de usufructo sobre terrenos agrícolas situados en Hungría. Las autoridades húngaras extinguieron sus derechos de usufructo sin que mediara indemnización alguna, invocando las nuevas disposiciones de la legislación nacional que establecía que en adelante tales derechos solo se podrán conceder o mantener en favor de personas que tengan un vínculo de parentesco cercano con el propietario de los terrenos agrícolas de que se trate. SEGRO y el Sr. Horváth recurrieron ante la justicia húngara, que decidió plantear una petición de remisión prejudicial.

El Tribunal de Justicia declaró que, efectivamente, la legislación controvertida supone una restricción de la libre circulación de capitales, con independencia de que establezca o no una indemnización en favor de las personas desposeídas de sus derechos de usufructo. En efecto, la normativa en cuestión priva a las personas originarias de Estados miembros distintos de Hungría de la posibilidad de seguir disfrutando de sus derechos de usufructo y de transmitirlos a otras personas. Además, señaló que el requisito de que deba existir un vínculo de parentesco cercano entre el titular del usufructo y el propietario del terreno parece constituir una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad del usufructuario o del origen del capital. En particular, es relevante el que los nacionales extranjeros que querían adquirir un derecho de propiedad sobre terrenos agrícolas en Hungría estaban sujetos a restricciones durante muchos años, o fueron incluso excluidos de la posibilidad de adquirir ese derecho, de modo que la única posibilidad que tenían los nacionales de otros Estados miembros de invertir en terrenos agrícolas en Hungría durante todos esos años consistía en adquirir un derecho de usufructo. Así, la proporción de titulares de derechos de usufructo es más elevada entre esos nacionales que entre los nacionales húngaros, de modo que la legislación controvertida afecta sobre todo a los primeros.

Las autoridades húngaras trataron de justificar la medida por tres motivos: en primer lugar, alegando que, con la medida en cuestión, se pretende reservar los terrenos rústicos para las personas que los trabajan; en segundo lugar, que de esta manera puede sancionar infracciones a las reglas nacionales en materia de control de cambios; y, en tercer lugar, que la restricción en cuestión está justificada por el propósito de combatir las prácticas que tratan de eludir, mediante la celebración de contratos simulados, la prohibición de que los nacionales extranjeros y las personas jurídicas adquieran derechos de propiedad sobre terrenos agrícolas.

En cuanto a la cuestión de si la restricción se puede justificar por el hecho de que Hungría pretende reservar los terrenos rústicos a las personas que los trabajan e impedir que estos sean adquiridos con fines especulativos, el Tribunal de Justicia consideró que la restricción controvertida no tiene relación alguna con estos objetivos, por lo que no es adecuada para alcanzarlos. En efecto, el vínculo de parentesco exigido no garantiza que el propio usufructuario vaya a explotar la finca de que se trate y que no haya adquirido el derecho de usufructo con fines especulativos. Asimismo, una persona que no tenga ese vínculo de parentesco puede explotar él mismo el terreno sin intención de adquirirlo por razones especulativas. Por añadidura, la restricción controvertida no resulta proporcionada en relación con los objetivos mencionados, ya que habrían podido adoptarse medidas menos radicales para alcanzarlos.

En cuanto a si la restricción puede justificarse basándose en la supuesta intención del legislador húngaro de sancionar infracciones a las reglas nacionales en materia de control de cambios —infracciones que, según se afirma, cometieron los adquirentes extranjeros de derechos de usufructo—, el Tribunal de Justicia declara que la restricción de que se trata no parece perseguir este objetivo y va además más allá de lo necesario para conseguirlo.

Finalmente, por lo que respecta a la alegación de Hungría de que la restricción en cuestión está justificada por el propósito de combatir las prácticas que tratan de eludir la prohibición de que los nacionales extranjeros y las personas jurídicas adquieran derechos de propiedad sobre terrenos agrícolas, el Tribunal de Justicia declara que la constitución de los derechos de usufructo objeto de los presentes asuntos no estaba prohibida por la legislación húngara cuando se constituyeron tales derechos. Además, al suponer que todos los que no tienen un vínculo de parentesco cercano con el propietario actuaron abusivamente cuando adquirieron el derecho de usufructo, la normativa húngara establece una presunción general de prácticas abusivas. Pues bien, la aplicación de una presunción de ese tipo no resulta proporcionada en relación con el objetivo de combatir dichas prácticas.

IV. COMPETENCIA

Un acuerdo entre dos empresas que comercializan dos medicamentos competidores, consistente en difundir entre los profesionales sanitarios y el público en general, así como para la Agencia Europea de Medicamentos, en un contexto de incertidumbre científica, información engañosa sobre los efectos adversos del uso al margen de la autorización de comercialización de uno de esos medicamentos con el fin de reducir la presión competitiva que ejerce sobre el otro, constituye una restricción de la competencia «por su objeto» (Sentencia de 23 de enero de 2018, Hoffmann-La Roche, C-179/16, EU:C:2018:25).

La Autoridad de Defensa de la Competencia italiana impuso dos multas de un importe individual de más de 90 millones de euros a las empresas Roche y Novartis porque estas habían celebrado un acuerdo dirigido a establecer una diferenciación artificial entre los medicamentos Avastin y Lucentis. Según la Autoridad, el Avastin y el Lucentis eran desde todos los puntos de vista equivalentes en lo que atañe al tratamiento de las enfermedades oculares. A su entender, el acuerdo sobre la diferenciación tenía por objeto difundir información que suscitase inquietud sobre la seguridad de los usos oftálmicos del Avastin con el fin de provocar un desplazamiento de la demanda hacia el

Lucentis. Tras la desestimación por el tribunal italiano competente en primera instancia de los recursos que interpusieron contra las multas, Roche y Novartis recurrieron en apelación ante el Consiglio di Stato italiano.

El Tribunal de Justicia examinó, en primer lugar, si una autoridad nacional de defensa de la competencia puede considerar que, aunque el Avastin no esté autorizado para el tratamiento de las enfermedades oculares, forma parte del mismo mercado que el Lucentis, que está específicamente autorizado para esas enfermedades y, en caso afirmativo, si esa autoridad debe tener en cuenta la eventual ilicitud de dicho uso del Avastin a la luz de la normativa farmacéutica de la Unión. En efecto, para el Tribunal los medicamentos que puedan servir para las mismas indicaciones terapéuticas pertenecen en principio al mismo mercado. No obstante, el hecho de que algunos medicamentos se fabriquen o vendan de manera ilícita impide que puedan ser considerados sustitutivos de los productos fabricados y vendidos lícitamente. Sin embargo, la normativa farmacéutica de la Unión no prohíbe ni la prescripción de un medicamento al margen de los requisitos previstos para su autorización de comercialización ni su reacondicionamiento con vistas a tal uso, siempre que se respeten determinadas condiciones, lo que le incumbe comprobar a los órganos jurisdiccionales nacionales o a otras autoridades competentes en la materia de regulación de medicamentos. Seguidamente, el Tribunal de Justicia señaló que, en lo que respecta al tratamiento de enfermedades oculares, existe una relación concreta de sustituibilidad entre el Lucentis y el Avastin utilizado al margen de su autorización de comercialización.

El Tribunal de Justicia concluyó al respecto que, si el posible carácter ilícito de las condiciones de reacondicionamiento y de prescripción del Avastin utilizado al margen de su autorización de comercialización no ha sido examinado por las autoridades o los órganos jurisdiccionales competentes en la materia, la Autoridad de Defensa de la Competencia italiana puede considerar que los dos productos están comprendidos dentro del mismo mercado y, por lo tanto, pueden considerarse medicamentos competidores. En el supuesto de que el carácter ilícito de las referidas condiciones haya sido examinado por las autoridades o los órganos jurisdiccionales competentes en la materia, la Autoridad deberá tener en cuenta el resultado de dicho examen.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia excluyó que el acuerdo entre los grupos Roche y Novartis de diferenciación de ambos productos pueda estar justificado como accesorio a su contrato de licencia. En efecto, el objetivo de dicho acuerdo no era limitar la autonomía comercial de las partes del contrato de licencia relativo al Lucentis, sino los comportamientos de terceros —en particular, de los médicos— con el fin de que se redujera la prescripción del Avastin en el ámbito de la oftalmología en beneficio del Lucentis. En esas

circunstancias, el acuerdo no puede considerarse accesorio a la aplicación del contrato de licencia ni objetivamente necesario para tal aplicación.

El Tribunal de Justicia subrayó que un acuerdo entre dos empresas que comercializan dos medicamentos competidores, consistente en difundir entre los profesionales sanitarios y el público en general, así como para la Agencia Europea de Medicamentos, en un contexto de incertidumbre científica, información engañosa sobre los efectos adversos del uso al margen de la autorización de comercialización de uno de esos medicamentos con el fin de reducir la presión competitiva que ejerce sobre el otro, constituye una restricción de la competencia «por su objeto» cubierta pues por el art. 101 TFUE. El Tribunal de Justicia precisa que la información debe calificarse de engañosa (extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional) si va dirigida, por una parte, a inducir a error a la Agencia Europea de Medicamentos y a la Comisión y, por otra parte, a exagerar, en un contexto de incertidumbre científica, la percepción por el público de los riesgos asociados al uso del Avastin al margen de su autorización de comercialización.

Finalmente, el Tribunal de Justicia recuerda que un acuerdo que constituye una práctica colusoria no puede acogerse a la exención prevista en el art. 101 TFUE, apdo. 3, si comprende restricciones que no sean indispensables. Dado que la difusión de información engañosa relativa a un medicamento no puede considerarse indispensable, un acuerdo que tiene por objeto difundir esa información engañosa no puede acogerse a una exención.

Los riesgos a los que está expuesto el Estado derivados de ayudas de Estado previamente concedidas están vinculados a su condición de poder público y, por tanto, no se consideran elementos que un operador privado, en condiciones normales de mercado, habría tenido en cuenta en sus cálculos económicos (Sentencia de 6 de marzo de 2018, Comisión/ FIH, C-579/16 P, EU:C:2018:159).

En materia de ayudas de Estado destaca esta sentencia de la Gran Sala en la que el Tribunal de Justicia anuló la sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016 (asunto T-386/14). La sentencia es relevante porque analiza los requisitos de aplicabilidad del principio de operador privado en una economía de mercado y confirma que los riesgos que se derivan de los compromisos adoptados por el Estado miembro con ocasión de su primera intervención no pueden tenerse en cuenta en la aplicación del principio del operador privado a una medida posterior adoptada por ese mismo Estado miembro en favor de la misma empresa, y no escapan a su calificación de ayuda de Estado en el sentido del art. 107 TFUE, apdo. 1.

La Comisión recurrió la sentencia del Tribunal General en casación porque consideró que este aplicó de manera errónea el test de operador privado en economía de mercado. La decisión anulada por el Tribunal General versaba sobre un complejo paquete de medidas adoptadas por Dinamarca en 2012, entre ellas una transferencia de activos del banco FIH a una empresa de propiedad pública. La Comisión consideró en su decisión que esta medida constituía ayuda de Estado porque la tasa de rendimiento recibida por el Estado era inferior a una tasa aceptable para un inversor privado. No obstante, la autorizó como ayuda compatible. Conviene señalar también que, anteriormente, en 2009, Dinamarca otorgó al mismo banco una garantía sobre las obligaciones emitidas por FIH y aportó capital público. Estas medidas anteriores se concedieron al banco en el marco de un régimen de ayudas de Estado danés, que la Comisión había previamente autorizado como ayuda compatible. Las obligaciones emitidas por FIH con la garantía del Estado danés vencían en 2012 y 2013. Durante el año 2011 se vio claramente que FIH iba a enfrentarse en 2012 o 2013 a problemas de liquidez que podían acarrear la pérdida de su licencia bancaria y, por tanto, su liquidación. Por tanto, existía la posibilidad de que se perdiera el capital del Estado y/o de que el Estado activase la garantía. Las medidas de 2012 pretendían paliar este riesgo, eliminando los problemas en la cartera de préstamos del banco.

Cuando la Comisión examinó las medidas de 2012, realizó la evaluación de la racionalidad económica de dichas medidas sin tener en cuenta el posible coste que el Estado danés habría debido soportar, a falta de dichas medidas, debido a los riesgos que se derivaban para él de las medidas de 2009. Este hecho fue criticado por el Tribunal General, que declaró que un operador económico racional habría tenido en cuenta los riesgos que emanaban de las medidas de 2009. Puntualizó que la Comisión estaba obligada a comparar el comportamiento del Estado danés en el momento de la adopción de dichas medidas no con el de un inversor privado, sino con el de un acreedor privado en una economía de mercado, teniendo en cuenta los riesgos financieros a los que dicho Estado miembro estaba expuesto debido a las medidas de 2009.

El Tribunal de Justicia, por su parte, considera que la Comisión analizó correctamente las medidas desde la perspectiva del inversor privado. En efecto, para el Tribunal de Justicia, cuando el principio del operador privado es aplicable, el criterio específico que debe utilizarse en un caso concreto debe determinarse en función, concretamente, de la naturaleza de la operación propuesta por el Estado miembro interesado. Entre los criterios que pueden aplicarse figuran el del inversor privado y el del acreedor privado. Ahora bien, en lo que concierne a la correcta aplicación del test, el Tribunal de Justicia observa que, mediante la concesión de una ayuda, un Estado miembro persigue, por definición, objetivos distintos de la rentabilidad de los medios puestos a

disposición de empresas, por lo que, en principio, el Estado concede estos medios ejerciendo sus prerrogativas de poder público. De ello se desprende que los riesgos a los que está expuesto el Estado derivados de ayudas de Estado previamente concedidas están vinculados a su condición de poder público y, por tanto, no se consideran elementos que un operador privado, en condiciones normales de mercado, habría tenido en cuenta en sus cálculos económicos.

Esta consideración se aplica, en particular, a las obligaciones que se derivan para el Estado de préstamos y garantías concedidos anteriormente a una empresa y que constituyen ayudas de Estado. En efecto, tomarlas en consideración en la apreciación de las medidas estatales adoptadas en favor de la misma empresa podría excluir dichas ayudas de la calificación de ayudas de Estado, aunque no se ajusten a las condiciones normales de mercado, por el único motivo de que estas resultan más ventajosas para el Estado, en el plano económico, que si no se hubieran adoptado. En palabras del Tribunal de Justicia, tal consecuencia menoscabaría el objetivo consistente en garantizar una competencia no falseada. El Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la Comisión obró correctamente al no tener en cuenta, al aplicar el principio del operador privado, los riesgos vinculados a las ayudas de Estado concedidas a FIH por las medidas de 2009.

V. APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES

El capítulo relativo a la libertad de establecimiento de la directiva relativa a los servicios en el mercado interior se aplica una situación en la que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un único Estado miembro (Sentencia de 30 de enero de 2018, X, C-3609/15, EU:C:2018:44).

Las peticiones de decisión prejudicial tenían por objeto la interpretación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, y de los arts. 34 TFUE a 36 TFUE y 49 TFUE a 55 TFUE. Estas peticiones se habían presentado en el contexto de dos litigios entre, en primer lugar, el Pleno del Ayuntamiento de Amersfoort (Países Bajos) y X BV, respecto al pago de tasas en relación con la instalación de cables de fibra óptica para una red pública de comunicaciones electrónicas, y, en segundo lugar, Visser Vastgoed Beleggingen BV y la Junta de Gobierno de Appingedam (Países Bajos), en relación con normas incluidas en un plan urbanístico en virtud de las cuales determinadas zonas geográficas situadas fuera del centro de la ciudad se destinan exclusivamente al comercio minorista de bienes voluminosos.

En primer lugar, el Tribunal considera que el art. 4, punto 1, de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que la actividad de comercio minorista de productos constituye un «servicio» a efectos de la aplicación de esta directiva.

El órgano jurisdiccional remitente pretendía también que se dilucidara, y esta era la cuestión de principio importante que justificaba que el asunto fuera decidido por la Gran Sala, si las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2006/123, relativo a la libertad de establecimiento de los prestadores, se aplican a una situación en la que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un único Estado miembro.

A este respecto, el Tribunal señala, en primer lugar, que el tenor de dichas disposiciones no contiene ningún requisito relativo a la existencia de un elemento de extranjería. En particular, el art. 9, apdo. 1; el art. 14 y el art. 15, apdo. 1, de la Directiva 2006/123, que tratan, respectivamente, de los regímenes de autorización, los requisitos prohibidos y los requisitos supeditados a evaluación, no hacen referencia a ningún aspecto transfronterizo. En segundo lugar, por lo que atañe al contexto en el que se inscribe el capítulo III de la Directiva 2006/123, el art. 2, apdo. 1, de esta última dispone, en términos generales, sin establecer ninguna distinción entre las actividades de servicios que presenten un elemento de extranjería y las actividades de servicios que carezcan de un elemento de esta naturaleza, que dicha directiva se aplicará a los «servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro». Asimismo, el art. 4, punto 2, y el art. 4, punto 5, de la Directiva 2006/123, que definen, respectivamente, los conceptos de «prestador» y de «establecimiento», no hacen referencia a ningún elemento transfronterizo. Si bien es cierto que estas disposiciones se remiten a los arts. 54 TFUE y 49 TFUE, esta remisión se realiza únicamente para indicar que los conceptos de «persona jurídica» y «actividad económica», mencionados en el art. 4, punto 2, y en el art. 4, punto 5, de esta directiva deben entenderse a la luz de los citados arts. 54 TFUE y 49 TFUE.

Por el contrario, observa que, en lo que respecta a las disposiciones del capítulo IV de la Directiva 2006/123, relativo a la libre circulación de servicios, el legislador de la Unión consideró oportuno precisar en varias ocasiones, concretamente en el art. 16, apdo. 1, y en el art. 18, apdo. 1, de la citada directiva, que esas disposiciones se refieren al derecho de los prestadores «a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos» y contemplan el supuesto de «un prestador que tenga su establecimiento en otro Estado miembro».

Por último, considera la interpretación según la cual las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2006/123 se aplican no solo al prestador que desee establecerse en otro Estado miembro, sino también al que desee establecerse en su propio Estado miembro, se ajusta a los objetivos que persigue

esta directiva. La plena realización del mercado interior de servicios exige, ante todo, la supresión de los obstáculos que encuentran los prestadores para establecerse en los Estados miembros, ya sea en el propio o en otro Estado miembro, y que pueden perjudicar su capacidad para prestar servicios a destinatarios que se encuentran en toda la Unión. Para crear un verdadero mercado interior de servicios, el planteamiento adoptado por el legislador de la Unión en la Directiva 2006/123 se basa en un marco jurídico general integrado por una combinación de medidas diversas destinadas a garantizar un elevado grado de integración jurídica en la Unión, en particular a través de una armonización de determinados aspectos de la normativa de las actividades de servicios.

Por consiguiente, para no menoscabar el efecto útil del marco jurídico específico que el legislador de la Unión quiso instituir al adoptar la Directiva 2006/123, debe admitirse que el alcance de esta directiva puede ampliarse, en su caso, más allá de lo que establecen estrictamente las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios, sin perjuicio de que, en virtud del art. 3, apdo. 3, de dicha directiva, los Estados miembros deban aplicar lo dispuesto en ella de acuerdo con las normas del referido tratado. La apreciación de que las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2006/123 se aplican también en situaciones puramente internas resulta corroborada asimismo por el examen de los trabajos preparatorios de esta directiva.

No obstante, considera que la medida nacional restrictiva estaba justificada. Con arreglo al art. 4, punto 8, de la Directiva 2006/123, interpretado en relación con el considerando 40 de esta, el objetivo de protección del entorno urbano puede constituir una razón imperiosa de interés general que justifique un límite territorial como el controvertido en el litigio principal. Por ello concluye que el art. 15, apdo. 1, de la Directiva 2006/123 no se opone a que normas contenidas en un plan urbanístico municipal prohíban la actividad de comercio minorista de productos no voluminosos en zonas geográficas situadas fuera del centro de la ciudad de dicho municipio, siempre que se cumplan las condiciones enunciadas en el art. 15, apdo. 3, de dicha directiva, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

Una situación excepcional, en la que una autoridad de un Estado miembro pide a una autoridad de otro Estado miembro que proceda al cobro de un crédito relativo a una sanción pecuniaria de la que el interesado no ha tenido conocimiento, puede legítimamente llevar a una denegación de la asistencia para el cobro por parte de esta última autoridad (Sentencia de 26 de abril de 2018, *Donnellan*, C-34/17, EU:C:2018:282).

La petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del art. 14, apdos. 1 y 2, de la Directiva 2010/24/UE del Consejo, sobre la

asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas. La petición fue presentada en el contexto de un litigio entre el Sr. Donnellan y los Revenue Commissioners, relativo al cobro de un crédito compuesto, por una parte, de una multa impuesta al Sr. Donnellan por una autoridad aduanera helénica y, por otra, de los intereses o sanciones conexos a dicha multa. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, esencialmente, si el art. 14, apdos. 1 y 2, de la Directiva 2010/24 se opone a que una autoridad de un Estado miembro deniegue la ejecución de una petición de cobro de un crédito relativo a una sanción pecuniaria impuesta en otro Estado miembro por razones vinculadas al derecho del interesado a la tutela judicial efectiva ante un tribunal.

Para el Tribunal de Justicia, aunque pertenece al ámbito del mercado interior y no al espacio de libertad, seguridad y justicia, la Directiva 2010/24 se basa también en el principio de confianza mutua. En efecto, la puesta en práctica del régimen de asistencia mutua establecido por dicha directiva depende de la existencia de tal confianza entre las autoridades nacionales de que se trate. La Directiva 2010/24, lejos de conferir a las instancias del Estado miembro requerido la facultad de controlar los actos del Estado miembro requirente, limita expresamente en su art. 14, apdo. 2, la facultad de control de dichas instancias a los actos del Estado miembro requerido. El recurso que el interesado interpuso en el Estado miembro requerido, encaminado a que se denegase la solicitud de pago que le dirigió la autoridad de dicho Estado miembro a fin de cobrar el crédito establecido en el Estado miembro requirente, no puede llevar a un examen de la legalidad de dicho crédito.

En cambio, tal como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, no puede excluirse que, con carácter excepcional, la autoridad requerida esté facultada para denegar la asistencia a la autoridad requirente. De este modo, la ejecución de la solicitud de cobro del crédito podrá denegarse, en particular, si resulta que esta ejecución es contraria al orden público del Estado miembro en el que tiene su sede la autoridad requerida. Asimismo, es jurisprudencia constante que las limitaciones del principio de confianza mutua deben ser objeto de interpretación estricta.

En el caso de autos, cuando se presenta una petición de cobro pese a que el interesado no ha tenido la posibilidad de acudir a los tribunales del Estado miembro requirente en condiciones compatibles con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no cabe oponerle de manera razonable la regla enunciada en el art. 14, apdo. 1, de la Directiva 2010/24, tal como fue transpuesta en el ordenamiento jurídico nacional. Tales consideraciones son aún más válidas cuando, como ocurre en el caso de autos, la propia

autoridad requirente indicó en la petición de cobro, y por lo tanto en una fecha anterior a aquella en la que el interesado tuvo conocimiento de la existencia del crédito de que se trata, que ya no era posible interponer recurso administrativo o judicial en el Estado miembro requirente para impugnar dicho crédito. Aunque es cierto que, posteriormente, el Gobierno helénico afirmó lo contrario en sus observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, alegando que la posibilidad de interponer recurso no se había extinguido a la expiración del plazo de recurso que comenzó a correr por la publicación de dicho crédito en el *Diario Oficial de la República Helénica*, no cabe reprochar al interesado haber tomado en consideración la información facilitada por la autoridad requirente en la petición de cobro, información de la que el interesado, tras haber tenido conocimiento de la existencia del crédito, había recibido copia y que mandó verificar por un experto en derecho griego, el cual la confirmó.

De lo antedicho resulta que una situación excepcional como la controvertida en el litigio principal, en la que una autoridad de un Estado miembro pide a una autoridad de otro Estado miembro que proceda al cobro de un crédito relativo a una sanción pecuniaria de la que el interesado no ha tenido conocimiento, puede legítimamente llevar a una denegación de la asistencia para el cobro por parte de esta última autoridad. La asistencia prevista en la Directiva 2010/24 se califica de «mutua», tal como indican el título y diversos considerandos de la misma, lo cual implica, en particular, que incumbe a la autoridad requirente crear, antes de presentar una petición de cobro, las condiciones en las que la autoridad requerida pueda prestar su asistencia útilmente y de conformidad con los principios fundamentales del derecho de la Unión.

VI. DERECHO SOCIAL

El requisito de pertenencia religiosa para un puesto en el seno de una iglesia debe someterse a un control jurisdiccional efectivo, debe ser necesario y estar dictado objetivamente, en atención a la ética de la iglesia, por la naturaleza o el contexto en que se desarrolle la actividad profesional de que se trate, y respetar el principio de proporcionalidad (Sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257).

La Sra. Egenberger, sin confesión, solicitó un puesto anunciado por la obra social evangélica, en Alemania. Se trataba de un empleo para elaborar un proyecto de informe paralelo sobre el Convenio Internacional de las Naciones Unidas relativo a la eliminación de todas las formas de discriminación racial. El puesto incluía tanto la representación de la obra social evangélica de

Alemania ante el mundo político y el público como la coordinación del proceso de formación de opinión en la esfera interna. Según el anuncio de empleo, los candidatos debían pertenecer a una iglesia protestante o a una iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las iglesias cristianas de Alemania. La Sra. Egenberger no fue convocada para una entrevista. Al considerar que había sido víctima de una discriminación basada en la religión, presentó una demanda ante los tribunales alemanes.

El Tribunal Supremo de lo Laboral solicitó al Tribunal de Justicia que interpretara en este contexto la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuya finalidad es proteger el derecho fundamental de los trabajadores a no ser objeto de discriminación, entre otros motivos, por su religión o convicciones, y en particular su art. 4, apdo. 2. No obstante, esta directiva también toma en consideración el derecho a la autonomía de las iglesias (y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se basa en la religión o las convicciones) reconocido por el derecho de la Unión, en particular por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

De este modo, la directiva establece que una iglesia (u otra organización cuya ética se base en la religión o las convicciones) puede establecer un requisito relacionado con la religión o las convicciones si, por la naturaleza de la actividad de que se trate o por el contexto en que se desarrolle, «la religión o las convicciones constituyen un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización». El tribunal nacional señalaba a este respecto que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con el privilegio de autonomía de las iglesias, el control jurisdiccional de la observancia de estos criterios debe limitarse, en Alemania, a un control de plausibilidad basado en la conciencia eclesiológica. En consecuencia, preguntaba al Tribunal de Justicia, en particular, si ese control jurisdiccional restringido es compatible con la directiva.

El Tribunal de Justicia declara en primer lugar que, de acuerdo con la directiva, debe garantizarse el justo equilibrio entre la autonomía de las iglesias (y de las demás organizaciones cuya ética se basa en la religión o las convicciones), por un lado, y el derecho de los trabajadores a no ser objeto, en particular durante su selección, de una discriminación basada en la religión o las convicciones, por otro lado. De acuerdo con el Tribunal de Justicia, en caso de litigio dicha ponderación debe poder ser objeto del control de una autoridad independiente y, en último término, del control de un tribunal nacional.

Por lo tanto, cuando una iglesia (u otra organización cuya ética se base en la religión o las convicciones) alegue, en apoyo de un acto o decisión como el rechazo de una candidatura a un empleo en su seno, que por la naturaleza de

las actividades de que se trate o por el contexto en que hayan de desarrollarse, la religión es un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de dicha iglesia (u organización), es necesario que esa alegación, llegado el caso, pueda ser objeto de un control judicial efectivo. El juez que conozca del asunto debe cerciorarse de que, en ese caso concreto, se cumplen los criterios señalados en la directiva para garantizar el justo equilibrio entre esos derechos eventualmente concurrentes.

El Tribunal de Justicia precisa, a este respecto, que no corresponde en principio a los tribunales nacionales pronunciarse sobre la ética como tal, que fundamenta el requisito profesional invocado. No obstante, deben determinar en cada caso concreto si se cumplen respecto de dicha ética los tres criterios de que el requisito sea «esencial, legítimo y justificado». Por consiguiente, los tribunales nacionales deben comprobar si el requisito invocado es necesario y está dictado objetivamente, atendiendo a la ética de la iglesia (o de la organización de que se trate), por la naturaleza o las circunstancias en que se desarrolle la actividad profesional en cuestión. Además, este requisito debe atenerse al principio de proporcionalidad, es decir, ser apropiado y no exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo previsto.

Finalmente, respecto a la cuestión derivada de que una directiva de la Unión, en principio, no tiene efecto directo entre particulares, sino que requiere de una transposición al derecho nacional, el Tribunal de Justicia recuerda que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales interpretar el derecho nacional por el que se transpone la directiva de conformidad con esta en la medida de lo posible. El Tribunal de Justicia precisa que, en caso de que resulte imposible interpretar el derecho nacional aplicable (en este caso, la Ley general alemana sobre igualdad de trato) de conformidad con la directiva contra la discriminación, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en su sentencia, el tribunal nacional que conozca de un litigio entre dos particulares deberá dejar inaplicado el derecho nacional.

En efecto, desde el momento en que resulte aplicable la Carta, el tribunal nacional debe garantizar la protección jurídica que se deriva para los justiciables de la prohibición de cualquier discriminación basada en la religión o las convicciones (prohibición establecida en el art. 21 de la Carta con carácter imperativo como principio general del derecho de la Unión) y del derecho a una tutela judicial efectiva (reconocido en el art. 47 de la Carta). Tanto esa prohibición de discriminación como el derecho a una tutela judicial efectiva son suficientes, por sí solos, para conferir a los particulares un derecho que puede ser alegado como tal en un litigio en el que se enfrenten a otro particular en un ámbito regulado por el derecho de la Unión.

El tiempo de guardia domiciliaria de un trabajador que debe responder a las llamadas del empresario en un plazo de tiempo breve debe considerarse «tiempo de trabajo» (Sentencia de 21 de febrero de 2018, Matzak, C-518/15, EU:C:2018:82).

El servicio de protección contra incendios de la ciudad de Nivelles (Bélgica) está compuesto por bomberos profesionales y voluntarios, y estos últimos participan en las intervenciones y garantizan también guardias y permanencias. El Sr. Matzak es bombero voluntario y entabló un procedimiento judicial contra la ciudad en el que solicitaba, entre otras cosas, una indemnización de daños y perjuicios por sus servicios de guardia domiciliaria, que, en su opinión, deben considerarse tiempo de trabajo. El órgano jurisdiccional nacional deseaba saber si los servicios de guardia domiciliaria pueden considerarse comprendidos en la definición de tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

En su sentencia el Tribunal de Justicia interpreta, en primer lugar, el art. 17, apdo. 3, letra c), inciso iii), en el sentido de que los Estados miembros no pueden establecer excepciones, con respecto a determinadas categorías de bomberos contratados por los servicios públicos de protección contra incendios, al conjunto de obligaciones derivadas de las disposiciones de la directiva, entre las que figuran los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso».

El art. 15 de la directiva tampoco permite a los Estados miembros mantener o adoptar una definición del concepto de «tiempo de trabajo» distinta de la que en ella se contiene. En efecto, aunque la directiva establece que los Estados miembros tienen la facultad de aplicar o de introducir disposiciones más favorables a la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, esta facultad no puede aplicarse a la definición del concepto de «tiempo de trabajo». Esta afirmación resulta corroborada por la finalidad de la directiva, que tiene por objeto garantizar que las definiciones que esta proporciona no puedan recibir una interpretación variable en función de los Derechos nacionales.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia recuerda que los Estados miembros siguen teniendo la facultad de adoptar, en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, disposiciones que establezcan una duración del tiempo de trabajo y de los períodos de descanso más favorable para los trabajadores que la determinada por esta directiva.

El Tribunal de Justicia recuerda igualmente que la directiva no regula la cuestión de la retribución de los trabajadores, aspecto que es ajeno a la competencia de la Unión. Así pues, los Estados miembros pueden establecer en su

derecho nacional que la retribución de un trabajador durante el «tiempo de trabajo» no sea la misma que la de un trabajador en «período de descanso», hasta el punto de que pueden no reconocer retribución alguna durante este último período.

Por último, el Tribunal de Justicia aclara que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos —plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades— debe considerarse «tiempo de trabajo», en el sentido del art. 2 de la directiva. A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que el factor determinante para la calificación de «tiempo de trabajo», en el sentido de la directiva, es el hecho de que el trabajador esté obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad.

En este asunto, resulta que el Sr. Matzak no solo debía estar localizable durante sus tiempos de guardia. Por una parte, debía responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos y, por otra parte, estaba obligado a estar presente físicamente en el lugar determinado por el empresario. El Tribunal de Justicia considera que, aunque en este caso dicho lugar sea el domicilio del Sr. Matzak y no su lugar de trabajo, la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Matzak de dedicarse a sus intereses personales y sociales. Habida cuenta de tales limitaciones, la situación del Sr. Matzak se distingue de la de un trabajador que, durante su servicio de guardia, simplemente deba estar a disposición de su empresario a fin de que este pueda localizarlo.

VII. JUSTICIA, LIBERTAD Y SEGURIDAD

Un solicitante de asilo no puede ser sometido a un examen psicológico para determinar su orientación sexual, pues la realización de este tipo de examen constituye una injerencia desproporcionada en la vida privada del solicitante (Sentencia de 25 de enero de 2018, F, C-473/16, EU:C:2018:36).

En abril de 2015, un nacional nigeriano presentó ante las autoridades húngaras una solicitud de asilo en la que alegaba que tenía fundados temores

de ser perseguido en su país de origen por razón de su homosexualidad. Estas autoridades consideraron que las declaraciones de F no eran contradictorias, a pesar de lo cual denegaron la solicitud de asilo sobre la base de que el informe pericial psicológico requerido para explorar la personalidad del solicitante no había confirmado la orientación sexual alegada por este. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Szeged (Hungría), que conocía del recurso interpuesto, preguntaba al Tribunal de Justicia si las autoridades húngaras pueden valorar las declaraciones de un solicitante de asilo relativas a su orientación sexual basándose en un informe pericial psicológico. En caso de que la respuesta fuese negativa, el órgano jurisdiccional húngaro deseaba saber si existe algún método de valoración que puedan utilizar las autoridades nacionales para examinar la veracidad de las alegaciones presentadas en una solicitud de asilo fundada en el riesgo a ser perseguido por razón de la orientación sexual.

El Tribunal de Justicia señala, en primer lugar, que el art. 4 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, permite a las autoridades nacionales ordenar un dictamen pericial durante el examen de una solicitud de asilo con el fin de evaluar la necesidad real de protección internacional del solicitante. No obstante, las modalidades de un eventual dictamen pericial deben respetar los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como el derecho a la dignidad humana y el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

No puede descartarse que, en el contexto particular de la apreciación de las declaraciones de un solicitante de asilo relativas a su orientación sexual, algunos métodos periciales puedan resultar útiles para valorar hechos y circunstancias que consten en la solicitud y puedan aplicarse sin vulnerar los derechos fundamentales de dicho solicitante. Sin embargo, a este respecto, el Tribunal de Justicia subraya que, al evaluar las declaraciones de un solicitante de asilo relativas a su orientación sexual, las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales no pueden fundamentar su decisión exclusivamente en las conclusiones de un dictamen pericial ni quedar vinculados por estas.

El Tribunal de Justicia hace constar seguidamente que, cuando las autoridades nacionales responsables de la evaluación de la solicitud de asilo ordenan que se lleve a cabo un examen psicológico dirigido a determinar la realidad de la orientación sexual del solicitante, la persona que debe someterse a este

examen se encuentra en una situación en la que su futuro está fuertemente condicionado por la decisión que tomen dichas autoridades respecto de su solicitud. Asimismo, un potencial rechazo a someterse a ese examen puede considerarse un factor importante sobre el que se basarán las autoridades nacionales a la hora de determinar si la persona ha fundamentado suficientemente su solicitud. Por tanto, incluso cuando la realización de estos exámenes esté formalmente subordinada a la expresión del consentimiento del solicitante, cabe considerar que dicho consentimiento no se presta necesariamente con total libertad, dado que viene impuesto por la presión de las circunstancias en las que aquél se encuentra. En estas condiciones, utilizar un informe psicológico para determinar la orientación sexual del solicitante constituye una injerencia en el derecho al respeto de su vida privada.

En cuanto a la cuestión de si esta injerencia en la vida privada puede justificarse por el objetivo de recabar datos útiles para valorar la necesidad real de protección internacional del solicitante, el Tribunal de Justicia hace hincapié en que solo puede admitirse un dictamen si se basa en métodos suficientemente fiables, aspecto este sobre el que no le corresponde pronunciarse, aunque sí ha sido muy cuestionado por la Comisión y por varios Gobiernos nacionales. Además, el Tribunal de Justicia señala que la incidencia de un examen como el controvertido sobre la vida privada del solicitante parece desproporcionada en relación con el objetivo perseguido. A este respecto, el Tribunal de Justicia observa, en particular, que una injerencia de este tipo presenta una especial gravedad, puesto que está dirigida a proporcionar una visión general de los aspectos más personales de la vida del solicitante.

El Tribunal de Justicia también subraya que la realización de un examen psicológico con el fin de determinar la orientación sexual de un solicitante de asilo no es indispensable para evaluar la credibilidad de las declaraciones de este relativas a su orientación sexual. En este sentido, el Tribunal de Justicia señala que, en virtud de la directiva, ante una situación en la que la orientación sexual del solicitante no se recoge en pruebas documentales, las autoridades nacionales, que deben disponer de personal competente, pueden basarse, entre otras opciones, en la coherencia y la credibilidad de las declaraciones de dicho solicitante. Además, en el mejor de los casos, el mencionado examen no tiene más que una fiabilidad limitada, por lo que puede cuestionarse su utilidad para evaluar la credibilidad de las declaraciones de un solicitante de asilo, especialmente en casos como el del presente asunto, en los que las declaraciones del solicitante no son contradictorias.

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia concluye que la utilización de un examen psicológico con el fin de determinar la realidad de la orientación sexual de un solicitante de asilo no se ajusta a la directiva leída a la luz de la Carta.

Una persona que haya sido víctima en el pasado de torturas en su país de origen puede acogerse a la «protección subsidiaria» si corre un riesgo real de verse deliberadamente privada de un tratamiento adecuado a su estado de salud física o mental en ese país (Sentencia de 24 de abril de 2018, MP, C-353/16, EU:C:2018:27).

Un nacional de Sri Lanka llegó al Reino Unido como estudiante en enero de 2005. En 2009 presentó una solicitud de asilo en la que alegaba que había sido miembro de la organización Tigres para la Liberación de la Patria Tamil (LTTE), que había sido detenido y torturado por las fuerzas de seguridad de Sri Lanka y que corría el riesgo de sufrir nuevamente maltrato si regresaba a dicho país. Las autoridades británicas denegaron su solicitud de asilo y decidieron asimismo no concederle la protección subsidiaria basándose en que no había quedado probado que se hallase nuevamente amenazado en caso de regresar a su país de origen.

La Directiva 2004/83/CE del Consejo, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, establece las normas mínimas relativas a la «protección subsidiaria» con el fin de completar la protección internacional conferida por la Convención de Ginebra sobre los Refugiados. La protección subsidiaria se concede a todo aquel que no goce del estatuto de refugiado pero se halle expuesto en su país de origen a alguna amenaza grave como la pena de muerte, la tortura u otras penas o tratos inhumanos o degradantes. A los beneficiarios de la protección subsidiaria se les concede una autorización de residencia de duración limitada. En cuanto a los nacionales de Estados no miembros de la Unión que no gocen de la protección subsidiaria, un Estado miembro puede discrecionalmente autorizarlos a residir en su territorio por compasión o por razones humanitarias, debiendo tenerse en cuenta que tales nacionales no están comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha directiva.

La Supreme Court of the United Kingdom, que conoce de este asunto en casación, preguntaba al Tribunal de Justicia si un nacional de un Estado no miembro de la Unión que tiene secuelas de actos de tortura cometidos en su país de su origen, pero que ya no corre el riesgo de sufrir maltrato en caso de regresar, puede acogerse a la protección subsidiaria basándose en que sus patologías psicológicas no podrían ser tratadas adecuadamente por el sistema sanitario de dicho país.

El Tribunal de Justicia considera en primer lugar que, según el derecho de la Unión, una persona que ha sido víctima en el pasado de actos de tortura cometidos por las autoridades de su país de origen, pero que ya no se

halla expuesta a ese riesgo en caso de regreso a dicho país, no tiene derecho a la protección subsidiaria por ese mero hecho. La finalidad del régimen de protección subsidiaria es proteger al individuo contra un riesgo real de daños graves en caso de expulsión a su país de origen, lo que implica que existan motivos fundados para creer que el interesado correría ese riesgo si fuese devuelto a dicho país. No sucede así cuando existan razones fundadas para considerar que los daños graves sufridos en el pasado no se repetirán o no continuarán.

No obstante, el Tribunal de Justicia señala que este litigio se refiere a un nacional de un país no miembro de la Unión que no solo ha sido víctima en el pasado de actos de tortura por parte de las autoridades de su país de origen, sino que, pese a no correr ya el riesgo de sufrir nuevamente tales actos en caso de expulsión a ese país, sufre aún hoy graves secuelas psicológicas, consecuencia de esos actos de tortura pasados, que, según conclusiones médicas debidamente acreditadas, se agravarían significativamente, con grave riesgo de que el solicitante se suicidase si fuese expulsado a dicho país.

El Tribunal de Justicia subraya que la directiva relativa al régimen de protección subsidiaria debe interpretarse y aplicarse respetando los derechos garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta prevé expresamente que, cuando los derechos que garantiza correspondan a los garantizados por el CEDH, el sentido y alcance de dichos derechos serán equivalentes. De conformidad con la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia considera que la Carta debe interpretarse en el sentido de que la expulsión de un nacional de un país no miembro de la Unión que padezca una enfermedad mental o física particularmente grave constituye un trato inhumano o degradante si esa expulsión implica un riesgo real y cierto de deterioro significativo e irremediable de su estado de salud.

El Tribunal de Justicia considera por lo tanto que la Carta se opone a que un Estado miembro expulse a un nacional de un país no miembro de la Unión cuando dicha expulsión conduciría, fundamentalmente, a exacerbar de forma significativa e irremediable los trastornos mentales que padece, especialmente cuando, como en este caso, esa agravación pondría en peligro su propia supervivencia.

No obstante, habida cuenta de que, en este asunto, los órganos jurisdiccionales nacionales declararon que el CEDH se opone a que MP sea expulsado a Sri Lanka, la cuestión prejudicial se refiere no ya a la protección contra la expulsión, sino a la cuestión de si el Estado miembro de acogida está obligado a conceder el estatuto de protección subsidiaria en virtud de la directiva al nacional de un país no miembro de la Unión que haya sido torturado por las autoridades de su país de origen y cuyas profundas secuelas psicológicas

podrían agravarse significativamente, con serio riesgo de que se suicidase en caso de ser devuelto a dicho país.

El Tribunal de Justicia recuerda que el hecho de que el CEDH se oponga a la expulsión de un nacional de un Estado no miembro de la Unión en casos excepcionales en que exista riesgo de que sufra daños como consecuencia de la inexistencia de tratamientos adecuados en su país de origen no implica que deba ser autorizado a residir en un Estado miembro al amparo de la protección subsidiaria.

El Tribunal de Justicia concluye que, aunque la causa del estado de salud actual del nacional de un país no miembro de la Unión, a saber, los actos de tortura a que fue sometido en el pasado por las autoridades de su país de origen, es un elemento pertinente, la agravación significativa de su estado no puede considerarse, en sí misma, un trato inhumano o degradante de dicho nacional en su país de origen.

A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia y declara que el riesgo de deterioro del estado de salud de un nacional de un país no miembro de la Unión, sin que concurra una denegación deliberada de asistencia, no es suficiente para concederle la protección subsidiaria. Por consiguiente, la Supreme Court deberá comprobar, a la luz de toda la información actual y pertinente (en particular los informes de organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales de protección de los derechos humanos), si en el presente asunto MP puede quedar expuesto, en caso de devolución a su país de origen, al riesgo de verse privado deliberadamente de tratamiento adecuado para las secuelas físicas o mentales de los actos de tortura perpetrados en el pasado por las autoridades de dicho país.

Interpreta, pues, el art. 2, letra e), y el art. 15, letra b), de la Directiva 2004/83/CE, puestos en relación con el art. 4 de la Carta, en el sentido de que tiene derecho al estatuto de protección subsidiaria el nacional de un tercer país que ha sido torturado en el pasado por las autoridades de su país de origen y que ya no está expuesto al riesgo de tortura en caso de devolución a dicho país pero cuyo estado de salud física y psicológica podría, en tal caso, deteriorarse profundamente, con el grave riesgo de que ese nacional se suicidase, debido al traumatismo resultante de los actos de tortura a que fue sometido, si existe un riesgo real de privación de los cuidados adecuados para el tratamiento de las secuelas físicas o mentales de esos actos de tortura, impuesta deliberadamente al citado nacional en el referido país, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

Un Estado miembro no está obligado a permitir que cualquier ciudadano de la Unión que haya circulado por su territorio se acoja a la prohibición de extradición a los Estados Unidos de la que gozan sus propios

nacionales, pero antes de extraditar a dicho ciudadano, el Estado miembro requerido debe permitir que su Estado miembro de origen pueda reclamarlo en el marco de una orden de detención europea (Sentencia de 10 de abril de 2018, Pisciotti, C-191/16, EU:C:2018:222).

El Sr. Pisciotti, nacional italiano, fue acusado en los Estados Unidos de haber participado en concertaciones contrarias a la competencia en el ámbito de la venta de mangueras marinas. Fue detenido en Alemania durante una escala de un vuelo y sobre la base del Acuerdo de Extradición UE-EE. UU., fue extraditado a los Estados Unidos donde, posteriormente, fue condenado a una multa y a una pena de prisión de dos años. El Sr. Pisciotti presentó un recurso ante el Landgericht Berlin (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Berlín, Alemania) para que se condenara a Alemania al pago de una indemnización por daños y perjuicios. A su juicio, Alemania vulneró el derecho de la Unión y, más concretamente, violó el principio general de no discriminación al no permitir que se acogiera a la prohibición de extradición establecida en la Ley Fundamental alemana respecto de todos los nacionales alemanes. El Landgericht Berlin planteaba varias cuestiones al Tribunal de Justicia a este respecto.

Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente preguntaba, en esencia, si el derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que, en un caso como el del litigio principal, en el que un ciudadano de la Unión, que había sido objeto de una solicitud de extradición a Estados Unidos en virtud del Acuerdo UE-EE. UU., fue detenido, en orden a la eventual ejecución de dicha solicitud, en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, la situación de ese ciudadano está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho derecho.

En la Sentencia de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, relativa a una solicitud de extradición procedente de un Estado tercero con el que la Unión no había celebrado ningún convenio de extradición, el Tribunal de Justicia ya declaró que, si bien es cierto que las normas en materia de extradición son competencia de los Estados miembros sin convenio de este tipo, entre las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 18 TFUE, en relación con las disposiciones del Tratado FUE sobre la ciudadanía de la Unión, figuran las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros, tal como se halla reconocida en el art. 21 TFUE.

El tribunal remitente preguntaba también, en esencia, si el art. 18 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el Estado miembro requerido establezca una distinción, basándose en una norma de derecho constitucional, entre sus nacionales y los nacionales de otros Estados miembros y

autorice la extradición de estos pese a no permitir la extradición de sus propios nacionales.

El Tribunal de Justicia examina la segunda cuestión prejudicial a la luz del Acuerdo UE-EE. UU. Señala que dicho acuerdo, que tiene por objeto, a tenor de su art. 1, disponer mejoras de la cooperación entre la Unión y los Estados Unidos de América en el contexto de las relaciones entre los Estados miembros y ese Estado tercero que rijan la extradición, no aborda propiamente la cuestión de una posible diferencia de trato, por parte del Estado requerido, entre sus nacionales y los nacionales de otros Estados. Además, a excepción de su art. 13, relativo a la pena capital, no establece motivos específicos de denegación de la extradición. No obstante, el art. 17 del Acuerdo UE-EE. UU. dispone expresamente, en su apdo. 1 que un Estado miembro, en su condición de Estado requerido, puede aducir, de conformidad con un tratado bilateral entre ese Estado y los Estados Unidos de América, un motivo de denegación de extradición relacionado con materias no regidas por el acuerdo. Por lo que respecta al Tratado de Extradición Alemania-Estados Unidos, su art. 7, apdo. 1, permite a los Estados contratantes no extraditar a sus propios nacionales. Además, con arreglo al art. 17, apdo. 2, del Acuerdo UE-EE. UU., si los principios constitucionales del Estado requerido pudieran constituir impedimento para el cumplimiento de la obligación de proceder a la extradición y en el Acuerdo UE-EE. UU. o en el tratado bilateral aplicable no se contempla una solución de la cuestión, se celebrarán consultas entre el Estado requirente y el Estado requerido. Así pues, dicho art. 17 permite, en principio, que un Estado miembro reserve, basándose en disposiciones de un acuerdo bilateral o en normas de su derecho constitucional, un trato especial a sus nacionales, prohibiendo su extradición.

Aun así, la aplicación por un Estado miembro, sobre la base del art. 17, apdos. 1 o 2, del Acuerdo UE-EE.UU., de una norma de denegación de la extradición que figure en un acuerdo bilateral entre un Estado miembro y los Estados Unidos de América, como el art. 7, apdo. 1, del Tratado de Extradición Alemania-Estados Unidos, o incluso de una disposición como el art. 16 de la Ley Fundamental, según la cual no se extraditará a ningún alemán, debe ajustarse al Tratado FUE, en particular a sus arts. 18 y 21.

Basándose en la sentencia *Petruhhin*, considera que en una situación como la del litigio principal, la desigualdad de trato consistente en permitir la extradición de un ciudadano de la Unión nacional de otro Estado miembro (como el Sr. Piscioti) se traduce en una restricción a la libertad de circulación. Sin embargo, como ya ha reconocido el Tribunal de Justicia, el objetivo de evitar el riesgo de impunidad de las personas que hayan cometido una infracción tiene un carácter legítimo que puede justificar, en principio, esa restricción.

Es preciso, no obstante, que la medida en cuestión sea necesaria para alcanzar dicho objetivo y que este no pueda alcanzarse con una medida menos restrictiva, como la entrega del ciudadano de la Unión a su Estado miembro de origen, si dicho Estado tiene competencia para procesarlo en el marco de una orden de detención europea que tenga por objeto los mismos hechos que se le imputan en la solicitud de extradición. En el caso de autos, las autoridades consulares de Italia fueron informadas de la situación del Sr. Piscioti antes de que se ejecutara la solicitud de extradición controvertida, y las autoridades judiciales italianas no emitieron una orden de detención europea contra él. De ello se infiere que el derecho de la Unión no se oponía a la extradición del Sr. Piscioti a los Estados Unidos.

El Tribunal de Justicia clarifica en qué medida se puede denegar la ejecución de la orden de detención europea cuando la persona que sea objeto de la misma, por razón de su edad, aún no pueda ser considerada responsable penalmente de los hechos (Sentencia de 23 de enero de 2018, Piotrowski, C-367/18, EU:C:2018:27).

La petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del art. 3, punto 3, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Esta petición se había presentado en el contexto de un procedimiento de ejecución en Bélgica de una orden de detención europea emitida por un tribunal polaco. El art. 3, punto 3, de la Decisión Marco 2002/584 obliga a la autoridad judicial de ejecución a denegar la ejecución de la orden de detención europea cuando la persona que sea objeto de la misma, por razón de su edad, aún no pueda ser considerada «responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución».

Del tenor del art. 3, punto 3, se desprende que el motivo para la no ejecución establecido en esta disposición no atañe a los menores en general, sino únicamente a aquellos que no hayan alcanzado la edad necesaria, en virtud del derecho del Estado miembro de ejecución, para ser considerados responsables penalmente de los hechos en que se base la orden emitida contra ellos. El legislador de la Unión no ha querido excluir de la entrega a todos los menores, sino solo a aquellos que, por razón de su edad, no puedan ser objeto de enjuiciamiento o condena penal en el Estado miembro de ejecución por los hechos de que se trate y, a falta de armonización en la materia, ha dejado a ese mismo Estado miembro la facultad de determinar la edad mínima a partir de la cual una persona satisface los requisitos para ser considerada responsable

penalmente de tales hechos. El Tribunal considera que los trabajos preparatorios de esta disposición y el contexto normativo respaldaban tal interpretación.

Mediante su segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente pedía en esencia que se dilucidara si dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que, para decidir la entrega de un menor que es objeto de una orden de detención europea, la autoridad judicial de ejecución solo debe comprobar si la persona de que se trata ha alcanzado la edad mínima para ser considerada responsable penalmente, en el Estado miembro de ejecución, de los hechos en que se basa tal orden, o bien en el sentido de que esta autoridad puede apreciar igualmente en cada caso si concurren los requisitos adicionales relativos a una evaluación personalizada a los que el derecho de ese Estado miembro supedita en concreto el enjuiciamiento o la condena de un menor. El Tribunal se decanta por la primera opción. Como excepción al principio general de ejecución de la orden de detención europea, el motivo para la no ejecución obligatoria establecido en el art. 3, punto 3, no puede interpretarse de forma que se permita a la autoridad judicial de ejecución denegar la tramitación de tal orden basándose en un análisis no previsto expresamente por esta disposición ni por ninguna otra disposición de esta decisión marco, como el que consistiría en apreciar si concurren en el asunto los requisitos adicionales relativos a una evaluación personalizada a los que el derecho del Estado miembro de ejecución supedita en concreto el enjuiciamiento o la eventual condena de un menor.

VIII. RELACIONES EXTERIORES

El Acuerdo de pesca celebrado entre la UE y Marruecos no es aplicable al Sáhara Occidental ni a las aguas adyacentes a este (Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Western Sahara Campaign UK*, C-266/16, EU:C:2018:118).

La Unión Europea y Marruecos celebraron en 1996 un Acuerdo de asociación, en 2006 un Acuerdo de colaboración en el sector pesquero y en 2012 un Acuerdo de liberalización en materia de productos agrícolas y de pesca. El Acuerdo de pesca se ve completado por un protocolo por el que se fijan, entre otras cosas, las posibilidades de pesca previstas en el acuerdo, protocolo que dejará de estar vigente a partir de julio de 2018.

Mediante sentencia de 21 de diciembre de 2016 (C-104/16 P), el Tribunal de Justicia, ante el que se sustanciaba en casación un litigio que enfrentaba al Frente Polisario al Consejo y a la Comisión, declaró que debía interpretarse, de conformidad con el derecho internacional, que el acuerdo de asociación

y el acuerdo de liberalización celebrados entre la UE y Marruecos no eran aplicables al territorio del Sáhara Occidental. No obstante, dicho asunto no afectaba al acuerdo de pesca, por lo que el Tribunal de Justicia no se pronunció en su sentencia sobre la validez del mismo.

Western Sahara Campaign (WSC) es una organización independiente de voluntariado cuyo objetivo es promover el reconocimiento del derecho a la libre determinación del pueblo saharauí. Dicha organización alegaba ante la High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), que el Acuerdo de pesca y los actos que lo aprueban y aplican son ineficaces en la medida en que se aplican al territorio y las aguas del Sáhara Occidental. Por consiguiente, WSC estimaba que las autoridades británicas actuaban ilegalmente cuando prevén aplicar dicho acuerdo y, concretamente, otorgar licencias para pescar en las aguas en cuestión. Se trata de la primera cuestión prejudicial sobre validez que se refiere formalmente a acuerdos internacionales celebrados por la Unión.

En su sentencia el Tribunal de Justicia declara, en primer lugar, que es competente para analizar la validez de los actos de celebración de acuerdos internacionales suscritos por la Unión y, en ese contexto, para analizar si dichos acuerdos son compatibles con los tratados y con las normas de derecho internacional que vinculen a la Unión.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia aborda la validez de la celebración del Acuerdo de pesca. El tribunal británico deseaba saber si la posibilidad de explotar recursos procedentes de las aguas adyacentes al Sáhara Occidental es compatible con el derecho de la Unión y el derecho internacional. Ahora bien, esa pregunta presupone que dichas aguas estén comprendidas en el ámbito territorial de aplicación del acuerdo. Por consiguiente, para empezar el Tribunal de Justicia comprueba si esa hipótesis es correcta.

El Tribunal aborda primero el ámbito territorial de aplicación del Acuerdo de colaboración. Este incluye tres disposiciones que fijan su ámbito territorial de aplicación. Para empezar, su art. 11 precisa que el acuerdo se aplicará, por lo que se refiere al Reino de Marruecos, «en el territorio de Marruecos y en las aguas bajo jurisdicción marroquí». Además, en lo que atañe más en concreto a las actividades pesqueras, el art. 5 del acuerdo establece que se autorizará a los buques que enarboles pabellón de un Estado miembro «el ejercicio de las actividades pesqueras en [las] zonas de pesca [del Reino de Marruecos]». Por último, el art. 2, letra a), precisa que por el concepto de «zona de pesca marroquí» se entenderán «las aguas bajo soberanía o jurisdicción del Reino de Marruecos».

Para interpretar las disposiciones mencionadas, el Tribunal de Justicia se remite a las normas de derecho internacional consuetudinario que se ven reflejadas en el art. 31 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, las

cuales vinculan a las instituciones de la Unión y forman parte de su ordenamiento, y a la Convención sobre el Derecho del Mar, que vincula a la Unión.

Puesto que el Acuerdo de colaboración se sitúa dentro de un conjunto de convenios cuyo marco es el Acuerdo de asociación, procede entender el concepto de «territorio de Marruecos» que figura en el art. 11 del Acuerdo de colaboración del mismo modo que el de «territorio del Reino de Marruecos» que figura en el art. 94 del Acuerdo de asociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia ya señaló en su momento que por este último concepto deberá comprenderse el espacio geográfico en el que el Reino de Marruecos ejerza la plenitud de aquellas de sus competencias que reconoce a las entidades soberanas el derecho internacional, con exclusión de cualquier otro territorio, como puede ser el del Sáhara Occidental. Ello se debe a que incluir el territorio del Sáhara Occidental en el ámbito de aplicación del Acuerdo de asociación conculcaría determinadas normas de derecho internacional general que son de aplicación a las relaciones de la Unión con el Reino de Marruecos, como son el principio de libre determinación —que se reitera en el art. 1 de la Carta de las Naciones Unidas— y el principio de efecto relativo de los tratados —del que el art. 34 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados constituye una expresión concreta—. Así las cosas, a efectos del art. 11 del Acuerdo de colaboración, el territorio del Sáhara Occidental no está comprendido en el concepto de «territorio de Marruecos».

En segundo lugar, el Acuerdo de colaboración no se aplica solo al territorio del Reino de Marruecos, sino también a «las aguas bajo soberanía o jurisdicción» de dicho Estado. Por su parte, el Acuerdo de asociación no utiliza tal expresión. Pues bien, a efectos de interpretar la expresión mencionada, se remite primero a la Convención sobre el Derecho del Mar. Las aguas sobre las que, en virtud de la Convención sobre el Derecho del Mar, el Estado ribereño tiene derecho a ejercer su soberanía o jurisdicción están limitadas a las adyacentes a su territorio y comprendidas en su mar territorial o su zona económica exclusiva.

En tercer lugar, examina si las partes del tratado han acordado que un término del mismo tenga un «sentido especial». Por lo que atañe a la expresión «las aguas bajo [...] jurisdicción del Reino de Marruecos», el Consejo y la Comisión habían contemplado entre otras posibilidades que pueda considerarse que el Reino de Marruecos es «potencia administradora *de facto*» o potencia ocupante del territorio del Sáhara Occidental y que esa calificación resulte relevante a la hora de fijar el ámbito de aplicación del Acuerdo de colaboración. No obstante, el Tribunal de Justicia considera que, sin que sea siquiera necesario analizar si la posible intención común de las partes del Acuerdo de colaboración de dar a la expresión un sentido especial para tener en cuenta las circunstancias mencionadas hubiera sido conforme con las normas de derecho

internacional que vinculan a la Unión, en el presente asunto no puede en ningún caso hablarse de tal intención común, puesto que el Reino de Marruecos ha negado categóricamente ser potencia ocupante o potencia administradora del Sáhara Occidental. De ello se deduce que las aguas adyacentes al territorio del Sáhara Occidental no están comprendidas en la expresión «las aguas bajo soberanía o jurisdicción del Reino de Marruecos» que figura en el art. 2, letra a), del Acuerdo de colaboración.

Por último, el Tribunal de Justicia aborda el ámbito territorial de aplicación del protocolo que acompaña al Acuerdo de pesca. Aun cuando dicho protocolo no contenga ninguna disposición específica sobre el particular, el Tribunal de Justicia señala que varios de sus preceptos usan la expresión «zona de pesca marroquí». Pues bien, esa expresión es idéntica a la que figura en el acuerdo, que la define como «las aguas bajo soberanía o jurisdicción del Reino de Marruecos». El Tribunal de Justicia deduce de ello que la «zona de pesca marroquí» de que habla el protocolo no incluye las aguas adyacentes al territorio del Sáhara Occidental.

Por tanto, el Tribunal de Justicia declara que, dado que ni el Acuerdo de pesca ni el protocolo que lo acompaña son de aplicación a las aguas adyacentes al territorio del Sáhara Occidental, los actos de la Unión que se refieren a su celebración y aplicación son válidos.