

JURISPRUDÈNCIA COMUNITÀRIA

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (ABRIL-JUNIO DE 2020)¹

por

ALEGRÍA BORRÁS

*Catedrática de Derecho internacional privado
Profesora emérita de la Universidad de Barcelona
Miembro del Institut de Droit International
alegriaborras@ub.edu*

NÚRIA GONZÁLEZ CAMPAÑÁ

*Investigadora postdoctoral de Derecho constitucional europeo
Universidad de Barcelona
nuria.gonzalez@ub.edu*

RJC, núm. 4-2020, pgs. 1115-1146

SUMARIO: 0. NOTA INFORMATIVA. Nota relativa al COVID-19. I. COMENTARIO. Nuevo debate entre el TJUE y el Tribunal Constitucional alemán sobre la primacía del Derecho de la UE: Comunicado de prensa 58/2020, de 8 de mayo, asunto C-493/17, Weiss, ECLI:EU:C:2018:1000. II. NOTAS. 1. Principios y Derecho constitucional de la Unión Europea. 2. Libre circulación de personas y ciudadanía. 3. Derecho de establecimiento, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales. 4. Libre circulación de trabajadores. 5. Política agrícola. 6. Derecho de marcas. 7. Protección de los consumidores. 8. Fiscalidad. 9. Medio ambiente. 10. Derecho de la competencia. 11. Cooperación judicial.

-
1. Segundo trimestre de 2020. Las sentencias incluidas en esta Crónica y todas las sentencias dictadas en este trimestre pueden consultarse en la página del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: <http://curia.europa.eu/>. Se incluye para cada sentencia, auto o dictamen su referencia de Documento ECLI que es el método identificativo utilizado actualmente por el Tribunal de Justicia.

0. NOTA INFORMATIVA

NOTA RELATIVA AL COVID-19

1. La incidencia del COVID-19 se ha hecho notar en todos los ámbitos y, lógicamente, ha tenido consecuencias importantes en el mundo del Derecho. Con carácter general, baste ver el último número de esta *Revista* (2020.2), en que se contienen, además del «Pórtico», interesantes trabajos sobre la incidencia de la pandemia en diversas cuestiones y, más específicamente en relación a cuestiones de la Unión Europea, en *La Ley Unión Europea*, correspondiente a los meses de mayo y junio o en el blog de Pedro de Miguel. Por lo que se refiere a la actividad del Tribunal de Justicia, se publicó el 3 de abril de 2020 el comunicado de prensa núm. 46/20, con el claro objetivo de tranquilizar sobre la continuidad del trabajo del Tribunal, algo que viene claramente corroborado por la actividad desarrollada desde marzo de 2020 hasta el inicio de las vacaciones, publicándose el 15 de julio de 2020 una información que resume la anterior y da orientaciones en relación a la actividad a partir de 1.º de septiembre (https://curia.europa.eu/jcms/p1_3012066/es/). Por su interés, se resume a continuación su contenido, a pesar de haberse publicado después del término del segundo trimestre de 2020 a que se refiere esta Crónica.

2. En primer lugar, se refiere a los plazos procesales, en los cuales se establece que, para recurrir y presentar el recurso de casación, se habían de cumplir los plazos establecidos, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 45, párrafo segundo del Protocolo sobre el Estatuto del TJUE, que establece que «No cabrá oponer preclusión por expiración de los plazos cuando el interesado demuestre la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor». En cambio, los plazos señalados en los procedimientos pendientes se prorrogaron por un mes hasta 31 de agosto de 2020. Pero a partir de 1.º de septiembre de 2020 ya no se prorrogarán tales plazos, sino que se aplicarán los plazos procesales ordinarios, aspecto que deberá tenerse muy en cuenta.

3. Si bien a partir de 16 de marzo se suspendieron las vistas orales, éstas se reanudaron a partir del 25 de mayo de 2020, adoptándose todas las medidas necesarias desde el punto de vista logístico para la comunicación con las partes, en especial para el posible uso de la videoconferencia o de la posibilidad de responderse por escrito. En este ámbito, recomienda en particular el uso de una cuenta e-Curia.

4. Finalmente, se informa de las medidas adoptadas con el fin de garantizar el adecuado desarrollo de las vistas orales y, por tanto, aplicables tanto al Tribunal de Justicia como al Tribunal General y que divide en dos partes: a) En lo que se refiere a los edificios de la institución y normas de conducta esenciales en el interior de éstas, se informa sobre la entrada y recepción en los edificios, la distancia interpersonal y el uso de mascarillas, además del respeto a la señalización interior. b) En cuanto a la organización de las vistas orales, se informa sobre las operaciones de desinfección y el hecho de que los abogados deberán llevar sus togas o, en caso negativo, actuar sin toga. También se suprime la tan apreciada práctica habitual de reunión de los miembros del Tribunal con los representantes de las partes. Igualmente, se informa sobre la situación de las partes en la sala de vistas y el lugar en que se tomará la palabra. Finalmente, se informa sobre la forma de hacer llegar a los intérpretes el texto de las intervenciones orales a efectos de traducción.

I. COMENTARIO

Nuevo debate entre el TJUE y el Tribunal Constitucional alemán sobre la primacía del Derecho de la UE: Comunicado de prensa 58/2020, de 8 de mayo, asunto C-493/17, Weiss, ECLI:EU:C:2018:1000

Primacía del Derecho de la Unión Europea.—Diálogo entre tribunales.—Principio de proporcionalidad.

1. A diferencia de lo que es habitual en esta sección, no se comenta en este caso una sentencia del TJUE, sino que se hará referencia a un comunicado de prensa y a su trasfondo jurídico. El pasado 8 de mayo de 2020, el TJUE publicó el comunicado de prensa núm. 58/20, en el que textualmente dice:

«La Dirección de Comunicación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recibido numerosas preguntas en relación con la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional alemán el 5 de mayo de 2020 referente al programa PSPP [Programa de Compras del Sector Público] del Banco Central Europeo (BCE). Los Servicios de la Institución nunca hacen comentarios sobre las sentencias de un órgano jurisdiccional nacional.

En general, se recuerda que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una sentencia dictada con carácter prejudicial por este Tribunal vincula al juez nacional para la resolución del litigio principal.

1. Con el fin de garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia, creado a tal fin por los Estados miembros, es el único competente para declarar que un acto de una institución de la Unión es contrario al Derecho de la Unión. Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de dichos actos pueden llegar a comprometer la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión y perjudicar la seguridad jurídica.

2. Al igual que otras autoridades de los Estados miembros, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a garantizar el pleno efecto del Derecho de la Unión.

3. Solo así puede garantizarse la igualdad de los Estados miembros en la Unión creada por ellos. La Institución se abstendrá de cualquier otra comunicación sobre este tema».

El origen del comunicado es la sentencia de 5 de mayo de 2020 de la sala segunda del *Bundesverfassungsgericht* o Tribunal Constitucional alemán (en adelante, BVerfG), que había provocado un auténtico terremoto jurídico y político al poner en duda algunos de los pilares del proceso de integración, la primacía del Derecho de la UE y la aplicación uniforme del Derecho de la UE. Esta sentencia del BVerfG ha generado multitud de comentarios en periódicos, blogs y revistas especializadas. Este comentario se estructura del siguiente modo. En primer lugar, se analizarán los orígenes y antecedentes que dan lugar al caso y se expondrán los argumentos jurídicos esgrimidos por el BVerfG. A continuación, se valorarán críticamente dichos argumentos. Finalmente se tendrán en cuenta los posibles efectos de esta disputa entre tribunales.

2. La cuestión se remonta al año 2012 cuando el Banco Central Europeo (en adelante, BCE) inició el programa de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios (programa que ha evolucionado y hoy se conoce, por sus siglas en inglés, PSPP). Era una de las medidas que impulsaba la UE para aliviar la crisis de deuda pública de algunos Estados miembros. Esta acción provocó

una serie de recursos de inconstitucionalidad ante el BVerfG. En enero de 2014, convirtiéndose en la primera cuestión prejudicial que planteaba, el BVerfG, preguntó ya al TJUE si la actuación del BCE vulneraba las competencias de la UE en materia de política económica y monetaria, en concreto, los artículos 123 y 127 del TFUE. En su sentencia de 16 de junio de 2015, C-62/14, *Gauweiler y otros*, ECLI:EU:C:2015:400, el TJUE dio la razón al BCE, pero estableciendo ciertos límites e insistiendo en la importancia del principio de proporcionalidad. Cuando años después el BCE decidió extender su programa, la controversia volvió a llegar hasta el BVerfG, quien en julio de 2017 volvió a plantear una cuestión prejudicial. De nuevo, en la sentencia de 11 de diciembre de 2018, C-493/17, *Weiss y otros*, ECLI:EU:C:2018:1000, el TJUE reafirmó que la actuación del BCE era conforme con el Derecho de la UE. En esta ocasión, y a pesar de la postura del TJUE, el BVerfG decidió estimar los recursos interpuestos contra el PSPP.

En la sentencia, el BVerfG declara lo siguiente: a) cuando en una cuestión de inconstitucionalidad se deben tener en cuenta medidas tomadas por instituciones de la UE, el BVerfG, en principio, basa su análisis en la jurisprudencia del TJUE; b) sin embargo, el TJUE excede el mandato previsto en los tratados cuando sus interpretaciones jurídicas resultan incomprensibles. Si no controla los excesos de las instituciones europeas (actos *ultra vires*), sus sentencias devienen arbitrarias. Cuando eso sucede, al menos en Alemania, ya no se está sujeto al TJUE; c) el TJUE no puede, simplemente, aceptar la actuación del BCE sin un escrutinio profundo; d) la amplia discrecionalidad de la que gozan las instituciones europeas junto con la excesiva deferencia del TJUE contribuye a una continua erosión de las competencias de los Estados miembros; e) con el fin de salvaguardar la democracia, es imprescindible que se respete la distribución de competencias; f) en el contexto competencial el principio de proporcionalidad resulta primordial, principio que el propio TJUE resaltó en la sentencia *Gauweiler* y parece olvidar en la sentencia *Weiss*. Un programa de compra de valores públicos sólo satisface el principio de proporcionalidad si constituye un medio necesario y apropiado para el fin perseguido. Esto es, los efectos sociales o económicos de la política monetaria deben tomarse en cuenta en el examen de la proporcionalidad; g) en el análisis sobre si el PSPP vulnera la prohibición del artículo 123.1 del TFUE de adquirir de manera directa deuda nacional, debe hacerse un examen general y exhaustivo; h) el PSPP puede llegar a ser incompatible con la Constitución alemana, al exigir responsabilidad por decisiones tomadas por terceros con consecuencias imprevisibles; i) el gobierno alemán y el *Bundestag* deben tomar medidas para asegurarse de que el BCE analiza y justifica la proporcionalidad de su actuación en el marco del PSPP; y j) si ello no es así, los órganos constitucionales alemanes, sus tribunales y el *Bundesbank* no pueden participar de ninguna actuación que pueda considerarse *ultra vires*.

3. Desde un punto de vista jurídico, la sentencia alemana tiene varios aspectos que merecen ser destacados: por una parte, la discusión sobre la primacía, en la que entra de lleno el comunicado del TJUE y, por otra, el análisis del principio de la proporcionalidad.

En primer lugar, la cuestión de la primacía del Derecho de la UE. Desde un punto de vista histórico, no es ninguna novedad que el BVerfG considere, igual que otros Tribunales Constitucionales, que al abordar cuestiones de Derecho de la UE que afectan a elementos esenciales de la Constitución alemana quien tiene la última palabra no es el Tribunal de Luxemburgo, sino los altos tribunales nacionales. En este sentido, la actual controversia se enmarca en la histórica saga *Solange*.

Lo que nos dice la práctica, más allá de las teorías dogmáticas sobre la primacía que se encuentran en los manuales de Derecho Europeo y que el Tribunal recuerda en su comunicado de prensa, es que la aceptación de dicha primacía por parte de los Estados miembros (y de sus Tribunales constitucionales) está basada en sus propios términos constitucionales, y no en la naturaleza de la UE, como pretende el TJUE. Al examinar las relaciones entre el Derecho de la UE y el Derecho constitucional nacional o, más en concreto, aquellas cuestiones esenciales que conforman el núcleo de cada identidad constitucional, debe asumirse que nos encontramos con ordenamientos jurídicos que conviven a través de la cooperación y el respeto (el llamado diálogo entre tribunales), más allá de nociones como la jerarquía, que probablemente no sea la más adecuada para describir dicha relación.

Es por ello que la doctrina ha hablado de pluralismo constitucional (MACCORMICK, WALKER, MADURO, KUMM), de constitucionalismo multinivel (PERNICE) o de tolerancia constitucional (WEILER) y ha explicado que dentro de un marco como este no cabe hablar de un árbitro final, sino de un sistema inherentemente inestable, permanentemente irresuelto. En realidad, el BVerfG, a pesar de un tono muy duro, en ocasiones incluso hasta despectivo con el TJUE, permite a las instituciones de la UE continuar con este intercambio de pareceres al instar al BCE a justificar la proporcionalidad de sus actuaciones, petición que fue rápidamente atendida, como se indicará más adelante. Normalmente, la resolución de este tipo de conflictos debería poder canalizarse a través de la jurisprudencia del TJUE si éste practica de manera inteligente cierta deferencia hacia los Estados miembros en aquellas cuestiones que éstos perciben como nucleares. Sin embargo, si ello no es así, o si los tribunales nacionales no perciben que el TJUE haya hecho un análisis pormenorizado y profundo, deben tener mecanismos para alertar a las instituciones europeas.

Así, aun cuando en un primer momento la postura del BVerfG pueda parecer un ataque al proceso de integración (y así parece entenderlo el comunicado de prensa), también cabe asumir que se trata, más bien, de una llamada de atención para evitar que éste se desvirtúe. Si se quiere que la UE perdure, esta no puede convertirse en una amenaza para las identidades constitucionales de los Estados miembros ni para sus guardianes, los Tribunales Constitucionales nacionales. Los profs. SARMIENTO y WEILER, a pesar de criticar la sentencia del BVerfG, reconocen en *Verfassungsblog* este problema (D. SARMIENTO y J. H. H. WEILER, «The EU Judiciary after Weiss», *Verfassungsblog*, 2 de junio de 2020): «¿Qué ha de hacer un Tribunal Constitucional, que tiene la responsabilidad última de asegurar el Estado de Derecho, los derechos fundamentales y los principios democráticos dentro de su jurisdicción cuando una medida de la UE los vulnera? ¿Y qué ha de hacer cuando una sentencia del TJUE, el garante de todos esos valores dentro de las competencias de la UE, legitima dicha medida de una manera que un Tribunal Constitucional considera inadecuada?».

Otra discusión jurídica relevante es la que concierne al principio de proporcionalidad. Como se ha visto, el BVerfG acusa al TJUE, en concreto, a la sentencia *Weiss* de 11 diciembre de 2018, de no tener en cuenta o de aplicar de manera defectuosa el principio de proporcionalidad. El test de la proporcionalidad exige no sólo un objetivo legítimo, sino también una adecuación de los medios, que implica la máxima eficacia a través de los medios menos lesivos y una ponderación o proporcionalidad *stricto sensu*. El BVerfG critica que el TJUE

no haya hecho un ejercicio serio de ponderación, pues se abstiene de valorar los beneficios del PSPP frente a otro tipo de costes, no necesariamente de política monetaria. Aunque es cierto que el TJUE hizo referencia a la necesidad de tener en cuenta el principio de proporcionalidad en la primera sentencia en la que abordó estas actuaciones del BCE (sentencia *Gauweiler* antes citada), también es cierto que el TJUE ha invocado e invoca este principio muy habitualmente y su aplicación no siempre responde de manera exhaustiva al triple test que exige el BVerfG. Pero como bien explica el prof. Toni MARZAL (T. MARZAL, «Is the BVerfG PSPP decisión «simple not comprehensible»?», *Verfassungsblog*, 9 de mayo de 2020), la aplicación un tanto despreocupada del principio de proporcionalidad exigiendo meramente una cierta adecuación por parte del TJUE no es del todo arbitraria, sino que estaría justificada por la contención jurídica. Después de todo, ¿quién es el TJUE, o cualquier tribunal, para decidir si los beneficios de una medida de política monetaria superan los costes y los efectos que pueda conllevar en política fiscal o en la situación económica general de los Estados miembros? ¿Resulta razonable que el BVerfG exija este test de proporcionalidad tan sofisticado y detallado? ¿No se trata más bien de una función legislativa, en lugar de una función judicial?

Además, como señala también el Prof. MADURO, antiguo Abogado General del TJUE, (M. POIARES MADURO, «Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court», *Verfassungsblog*, 6 de mayo de 2020) el BVerfG parece exigirle al BCE que pondere los costes que genera el PSPP en las políticas fiscales y económicas de los Estados miembros, sin tener en cuenta los beneficios que también se generan en esos mismos ámbitos ajenos a la política monetaria.

Bien parece que la verdadera preocupación de los recurrentes (asumida por el BVerfG) no es tanto la aparente ineficiente metodología jurídica usada por el TJUE para justificar la validez de las actuaciones del BCE, sino la política sustantiva de compra de deuda soberana, las consecuencias de las famosas declaraciones de 26 de julio del año 2012 del anterior presidente del BCE, Mario Dragi, al afirmar que el BCE estaba preparado para hacer lo que hiciera falta («*whatever it takes*») para preservar el euro. El BVerfG parece percibir que medidas cercanas a la mutualización de la deuda constituyen una invasión o usurpación de la soberanía alemana.

4. ¿Cuáles han sido hasta ahora los efectos de la sentencia del BVerfG y el consiguiente comunicado de prensa? Por una parte, cabe reflexionar sobre riesgos a largo plazo. Por otra, debe hacerse referencia al impacto que dicha decisión pueda tener en el PSPP.

Respecto a los riesgos sistémicos, varios autores han alertado de que esta sentencia puede suponer el inicio de una revuelta jurídica de los Tribunales Constitucionales de países euroescépticos que parecen transitar hoy por una senda iliberal. Ciertamente, la sentencia fue acogida con indisimulada alegría en los gobiernos polaco y húngaro, como reconocía «con horror» el Prof. MEIER-BECK, juez del Tribunal Supremo Federal alemán. (P. MEIER-BECK, «Ultra vires?», *D'Kart*, 11 de mayo de 2020) Es verdad que no es el mejor momento para minar la credibilidad del TJUE, la institución de la UE que está siendo más efectiva para preservar el Estado de Derecho y la independencia judicial en Estados miembros como Polonia y Hungría. Sin embargo, quizás no deban exagerarse las consecuencias del conflicto.

Mediante su sentencia, el BVerfG exigió a las instituciones europeas que justifiquen de manera adecuada, mediante un análisis ponderado que vaya más allá de la política monetaria, sus actuaciones en el marco del PSPP. Christine Lagarde, la actual presidenta del BCE, dijo que la actividad del BCE no se vería impedida por el BVerfG, ya que su actuación es independiente y únicamente responsable ante el Parlamento Europeo y el TJUE. El propio BCE, en una tensa nota de prensa publicada el mismo día que la sentencia del BVerfG, afirmaba que la institución permanecía totalmente comprometida a hacer lo necesario dentro de sus competencias para asegurar la estabilidad de precios y que sus actuaciones habían sido corroboradas por el TJUE. Y, como se ha dicho, ante tamaña controversia, el TJUE se limitó emitir un brevísimo comunicado en el que solo se recordaba el principio de la primacía del Derecho de la UE y la consiguiente vinculación de los jueces nacionales, sin entrar a discutir las importantes cuestiones de fondo que plantea la postura del BVerfG.

Sin embargo, y a pesar de estas declaraciones iniciales que podían hacer presagiar un claro choque frontal entre, por una parte, Karlsruhe y, por otra, Frankfurt y Luxemburgo, lo cierto es que, pasadas las semanas, sin notas de prensa ni declaraciones, el famoso «diálogo entre tribunales» o en este caso «diálogo entre instituciones» tuvo lugar.

Tal y como señaló el prof. NICOLAIDES en un post en el que comparaba los informes periódicos de política monetaria del BCE, (P.NICOLAIDES, «The ECB is Responding to the Federal Constitutional Court of Germany: A Comparison of Monetary Policy Accounts», *EULawLive*, 29 de junio de 2020) el BCE, en su primer informe tras la sentencia, publicado el 25 de junio de 2020, evidenció el esfuerzo realizado por evitar el conflicto con el BVerfG. Así, el BCE tomó medidas inusuales para demostrar que sus decisiones de política monetaria y los instrumentos no convencionales que utiliza son conformes con el principio de proporcionalidad de acuerdo con el artículo 4 del TFUE. Aunque no admitió abiertamente que estaba respondiendo al BVerfG, si se compara el informe de junio de 2020 con informes anteriores, se comprueba que las palabras «proporcionalidad», «proporcionado», «ponderado» o «ponderar» aparecen en multitud de ocasiones, mientras que eran inexistentes en los informes previos, puesto que antes no había un verdadero análisis de proporcionalidad o ponderación. El propio ministro de Finanzas alemán, Olaf Scholz, reconoció el mismo día que el BCE había cumplido con las demandas del BVerfG y confiaba en que el conflicto no se alargara. En conclusión, el comunicado de prensa del TJUE (seguramente no era el instrumento para ello) no entabló ningún diálogo con el BVerfG, pero el BCE sí lo hizo. Es de esperar que en futuras ocasiones el TJUE se muestre lo más receptivo posible a las legítimas preocupaciones que provengan de los altos tribunales nacionales.

Núria González Campaña

II. NOTAS

1. PRINCIPIOS Y DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18, NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford, ECLI:EU:C:2020:289

Igualdad de trato en el empleo y la ocupación.—Directiva 2000/78/CE.—Prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual.—Condiciones de