

**SENTENCIAS DESTACADAS DE 2022:
EL IMPACTO DEL TJUE EN EL DERECHO
ESPAÑOL**

Coordinador

LUIS ANTONIO FERNÁNDEZ VILLAZÓN

ABEL ARIAS CASTAÑO

Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo

MÓNICA ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Profesora de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

LUIS ANTONIO FERNÁNDEZ VILLAZÓN,

Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de Oviedo

M^a. DOLORES PALACIOS GONZÁLEZ

Profesora de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

Derecho al olvido y libertad de información: Límites de la indexación en los buscadores de Internet de las opiniones críticas con la actividad profesional de un empresario.

(Sentencia 89/2022, de 29 de junio, Pleno del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo 5310-2020).

Por Abel Arias Castaño

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

1.- EL CASO

Son varias las manifestaciones de la influencia, cada vez mayor, que la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ejerce sobre los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional (TC) dando lugar, en último término, al conocido, entre la doctrina, como “diálogo entre tribunales”. En ocasiones dicha influencia se plasma en la necesidad del planteamiento por parte del TC de cuestiones prejudiciales. En otros casos, en la recepción de manera expresa y directa, dentro de la *ratio decidendi*, de sus pronunciamientos de criterios jurisprudenciales construidos, en casos anteriores, por el TJUE. La STC 89/2022, de 29 de junio (BOE núm. 181, de 29 de julio) representa un buen y reciente ejemplo de este segundo fenómeno; y con ello, del empleo, no meramente tangencial, sino central, en la fundamentación jurídica de una STC de la jurisprudencia del TJUE relacionada con los hechos objeto de enjuiciamiento.

El caso objeto de comentario en estas líneas surge de la controversia entre un pequeño empresario y Google respecto a si esta entidad debía proceder o no a la desindexación dentro de los algoritmos del motor del buscador en Internet de comentarios críticos publicados, seis años antes, en un portal de quejas con su actividad profesional ejercida dentro del sector inmobiliario. Con ello, y como veremos, se deberán determinar, en última instancia, los límites del derecho al olvido con relación a la libertad de información, según la opinión mayoritaria del TC y con relación a la libertad de expresión, según el voto particular formulado por Xiol Ríos y Balaguer Callejón.

Esta controversia se planteó, previamente, y antes de formularse el recurso de amparo ante el TC, primero, en vía administrativa, ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y, posteriormente, en vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, siendo muy diferentes los pronunciamientos adoptados dentro del *iter* procesal del caso.

La AEPD por Resolución de 16 de marzo de 2017 y de 28 de junio de 2017 (resolviendo el recurso de reposición planteado frente a la primera) estimó la petición del empresario consistente en que por parte del buscador Google se procediesen a cancelar diferentes enlaces que aparecían, tras la introducción de su nombre y apellidos en dicho buscador, y que remitían a unos comentarios

negativos sobre su actividad profesional en una empresa inmobiliaria realizados por personas que, supuestamente, habían tenido relación comercial con él y en los que se incluían términos descalificadores como “estafador”, “timador”, o “abusador de trabajadores”.

Impugnadas por la entidad Google dichas resoluciones administrativas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de diciembre de 2018 se estimó el recurso planteado al entender que, en los hechos enjuiciados, debía prevalecer el interés público consistente en que los usuarios de Internet pudiesen tener conocimiento de las críticas sobre la actividad empresarial que habían sido publicadas sobre el derecho al olvido invocado por el ciudadano.

En el mismo sentido, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo por Sentencia de 17 de septiembre de 2020 desestimó el recurso de casación planteado frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de diciembre de 2018, confirmando, con ello, la solución que, primando la libertad de expresión sobre el derecho al olvido, a la controversia había dado la previa Sentencia de la Audiencia Nacional.

Frente a dichos pronunciamientos judiciales, se formuló por parte del ciudadano afectado el recurso de amparo, cuya resolución da lugar a la STC 89/2020, de 29 de junio, objeto de comentario, fundamentado en varios motivos de los cuales el principal consistía en que los órganos judiciales (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) no habían aplicado correctamente los criterios de relevancia pública de la información y del tiempo transcurrido en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales afectados establecidos por el TJUE, principalmente, en su Sentencia sobre el asunto *Google Spain*.

2.- LA OPINIÓN MAYORITARIA DEL TC: SOBRE LOS ELEMENTOS RELEVANTES A TOMAR EN CONSIDERACIÓN EN LA PONDERACIÓN DE SI EN LOS HECHOS ENJUICIADOS DEBE PREVALECCER EL DERECHO AL OLVIDO O LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Tras unas previas consideraciones generales sobre el reconocimiento jurisprudencial del derecho al olvido y su integración en el derecho fundamental a la protección de datos consagrado en el art. 18.4 de la CE – y actualmente reconocido tanto por el art. 17 del Reglamento UE 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril, general de protección de datos, como por el art. 15.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales- (F.J. 3º de la STC 89/2022), son los fundamentos jurídicos 4º y 5º de la Sentencia en los que se condensa la argumentación jurídica del TC más relevante para la resolución del caso, indicándose, primero, los criterios generales que deben utilizarse para resolver el potencial conflicto existente entre el derecho al olvido y la libertad de

información y, a continuación, analizándose su concurrencia en los concretos hechos objeto de enjuiciamiento.

El F. J. 4º expone la teoría o los criterios generales sobre los límites al derecho al olvido que el TC argumenta deben aplicarse en la resolución del caso planteado. Sus referentes jurisprudenciales son, por un lado, la previa STC 58/2018 y por otro -como resulta relevante enfatizar en este comentario- la jurisprudencia del TJUE. Y concretamente las SSTJUE de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12, Google Spain), de 24 de septiembre de 2019 (asunto C-136/17, GC y otros) y, sobre el alcance territorial del derecho a la retirada de enlaces, la de 24 de septiembre de 2019 (asunto C-507/17).

A partir de todos estos antecedentes jurisprudenciales y en consonancia con los mismos, el TC infiere, en primer lugar, la constatación de que la actividad de los motores de búsqueda, y no únicamente la de los editores de sitios de Internet, puede afectar significativamente al derecho fundamental a la protección de datos personales. (F. J. 4º a) STC 89/2022). Y que, por tanto, a tales buscadores deben exigírseles, también, unas obligaciones (aunque sean diferentes a las de los editores) consistentes o vinculadas con el control sobre los enlaces que aparecen tras la búsqueda del nombre de una persona en su condición de responsables del tratamiento de datos personales (F. J. 4º d) STC 89/2022). Un pronunciamiento de gran trascendencia en la -aún muy embrionaria- determinación del régimen de responsabilidad jurídica de los intermediarios tecnológicos por las vulneraciones de derechos fundamentales que puedan producirse, por terceros, en el ciberespacio.

La sentencia objeto de comentario considera, asimismo, que el derecho al olvido, concretado, en última instancia en la facultad de los particulares de solicitar la desindexación de los buscadores de contenidos relacionados con su persona, no puede concebirse en términos absolutos o ilimitados pues, respecto de dichos contenidos, puede concurrir también un interés legítimo de los internautas a conocer y acceder a dichas informaciones. Y para la articulación de un “justo equilibrio entre los intereses y derechos fundamentales concurrentes” a la protección de datos personales, por un lado, y la libertad de información de los internautas, por otro, la regla general que, según el TC, debe establecerse, en esta tipología de supuestos, es que “*el derecho al olvido prevalece en principio, y en los supuestos en los que se considere que debe prevalecer el interés de los internautas en tener acceso a dicha información deben existir razones concretas que justifiquen la quiebra de esta presunción*”. (F. J. 4º b) STC 89/2022).

Tales razones que justificarían introducir una modulación o excepción en el principio general de prevalencia del derecho al olvido previamente establecido se identifican y concretan por parte del TC -a partir nuevamente de la previa construcción efectuada por el TJUE, principalmente en su Sentencia de 13 de mayo de 2014- en circunstancias como “*la naturaleza de la información de que se trate, el carácter sensible para la vida privada de la persona afectada o el interés del público en disponer de esa información,*

que puede variar en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública” que deben ponderarse, en todo caso, atendiendo al “factor tiempo”. Pues “la antigüedad de los datos es un elemento que permite valorar si verdaderamente existe un interés actual de los internautas en acceder a la información publicada en la medida en que el paso del tiempo puede hacer disminuir el interés del público en acceder a dicha información”. (F.J. 4º c) STC 89/2022).

Partiendo de estas premisas conceptuales generales, en el F. J. 5º, por su parte, el TC procede a subsumir y aplicar los criterios expuestos en el F. J. 4º de la sentencia en los concretos hechos objeto de enjuiciamiento. Y concretamente con relación a los elementos de “la relevancia pública de lo difundido” y al “factor tiempo”.

Respecto al elemento de “la relevancia pública de lo difundido”, el TC considera que el mismo concurre cuando el sujeto al que se refiera la información sea una persona pública o que haya adquirido notoriedad pública y también cuando, sin concurrir tales elementos subjetivos, la información se refiere a una cuestión de interés general. En el caso concreto, descartada la notoriedad pública de la persona afectada en este caso por tratarse de un pequeño empresario, el TC considera que tampoco cabe atribuir a los comentarios críticos sobre la actividad empresarial ejercida la naturaleza de “cuestión de interés general”.

Y ello atendiendo a tres argumentos principalmente. En primer lugar, la consideración de que la promoción inmobiliaria “no es una actividad profesional que dote de relevancia pública a cualquier publicación relativa a cualquier profesional de dicho sector”. En segundo lugar, el hecho de que los comentarios cuya desindexación del buscador constituían el objeto de la controversia no revisten una naturaleza estrictamente periodística sino que son opiniones manifestadas en un portal de quejas a partir de una mala experiencia personal y de un insatisfactorio trato comercial. En tercer lugar, que el hecho de que las publicaciones controvertidas se desindexen del buscador Google no implica que sean borradas, por completo, de Internet, ni que los internautas interesados ya no puedan acceder de ningún modo a las mismas. (F. J. 5º. A) STC 89/2022).

Sobre el “factor tiempo”, y su influencia en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, el TC considera que siendo los comentarios objeto de enjuiciamiento, críticas o quejas relacionadas con el ejercicio de una actividad empresarial efectuados en 2010, deben considerarse “obsoletos” o carentes de actualidad en 2016, fecha en la que se solicitó, por el ciudadano afectado, su cancelación y desindexación del buscador Google. En este aspecto el TC – separándose en ello del criterio que había establecido, primero la Audiencia Nacional y, posteriormente, el Tribunal Supremo, considera que carece de relevancia o trascendencia el hecho de que con posterioridad al año 2010 aparecieran noticias periodísticas que informaran sobre la instrucción de procedimientos judiciales penales sobre los hechos denunciados en el portal de quejas. En las propias palabras del TC “si bien dichas noticias sobre un

procedimiento penal pueden ser actuales, y, en consecuencia, pueden justificar un interés superior del público, en acceder a las mismas, la actualidad no se traslada a las opiniones vertidas sobre el recurrente en los portales de quejas” (F. J. 5º B) STC 89/2022).

Por todo ello, a diferencia de lo que habían concluido la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, y, en cambio, en consonancia con las resoluciones dictadas inicialmente por la AEPD, el TC concluye que se debe estimar el recurso de amparo formulado e instar a la entidad Google a que adopte las medidas necesarias para evitar que el nombre del empresario que solicitó ejercer su derecho al olvido se vincule con el portal de quejas en que se encontraban los comentarios críticos con su actividad empresarial en el sector inmobiliario.

3.- EL VOTO PARTICULAR DE LA STC 89/2022: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO POR LA DESINDEXACIÓN EN EL BUSCADOR GOOGLE DE LOS COMENTARIOS CRÍTICOS SOBRE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DE UN CIUDADANO

La STC 89/2022 contiene un voto particular formulado por los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y María Luisa Balaguer Callejón que disiente de la opinión mayoritaria expresada por la sentencia tanto en su fallo, como, en lo que requiere especial comentario, en su fundamentación jurídica. Cuatro son las principales divergencias conceptuales que se considera preciso destacar en este voto particular. Una de ellas, más implícita, de, carácter previo, y de índole formal y las otras tres, más expresas, y relacionadas con las cuestiones de fondo planteadas en el asunto.

En un plano estrictamente técnico, este voto particular no se refiere, como, en cambio, si lo hacía la opinión mayoritaria, a la “ponderación” entre derechos fundamentales en conflicto sino, de modo mucho más preciso, en términos de dogmática constitucional, a la aplicación de “un juicio de proporcionalidad” en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido por los mismos. Con ello, el voto parece estar indirectamente planteando un debate de gran calado teórico, consistente en que la resolución del asunto, pero, más en general, la jurisprudencia del TC se incardine dentro de las categorías tradicionales relativas a la teoría general de los derechos fundamentales (como la proporcionalidad) y no a partir de categorías de nuevo cuño (como la ponderación) importadas de los sistemas jurídicos anglosajones.

Mucha mayor relevancia que este aspecto estrictamente técnico-dogmático adquieren, incluso, los otros tres aspectos en torno a los que argumentativamente se construye este voto particular.

El primero de ellos consiste en la crítica contenida en el voto particular acerca de que la fundamentación jurídica de la opinión mayoritaria del TC se

limitara a reproducir y aplicar la jurisprudencia comunitaria sobre el derecho al olvido “*renunciando a la determinación de un parámetro de control constitucional*” del mismo. En tal sentido, los magistrados discrepantes expresan en el voto sus cautelas sobre una incorporación automática y completa de las doctrinas dimanantes de otros órganos jurisdiccionales en la jurisprudencia constitucional. Utilizando, al respecto, sus propias palabras: “*Es irrenunciable en la construcción y desarrollo del derecho nacional de los derechos humanos un constante diálogo con los órganos encargados de la interpretación del derecho regional...de los derechos humanos. Ahora bien, la idea de diálogo entre tribunales no implica ni la sustitución de la Constitución como referente de los derechos fundamentales cuya protección última está encomendada al Tribunal mediante la jurisdicción de amparo ni la de la jurisprudencia constitucional por la doctrina que puedan establecer otros órganos de interpretación de otros textos de derechos humanos*”.

En segundo lugar, se considera que el derecho fundamental de los potenciales internautas que pudiera verse afectado por la eliminación del buscador Google de los comentarios críticos con la actividad empresarial desarrollada en el sector inmobiliario de un determinado ciudadano no sería la libertad de información sino, realmente, la libertad de expresión. Y ello atendiendo a que “*las opiniones que se expresan sobre una persona a partir de una experiencia subjetiva en relación con el desempeño de su actividad... son datos que representan una genuina manifestación del derecho a la libertad de expresión de un consumidor sobre la calidad de la prestación de un servicio mercantil y no de información sobre aspectos fácticos contrastados y contrastables*”.

Una distinción esta, entre libertad de expresión y libertad de información siempre compleja y que, desde luego, no tiene en la fundamentación y resolución del caso una trascendencia meramente académica o nominativa, sino que, muy al contrario, obligaría a abordar su análisis desde unas premisas interpretativas cualitativamente diferentes de las introducidas por la opinión mayoritaria de la STC 89/2022 y vinculadas a la jurisprudencia constitucional sobre el ejercicio de la libertad de expresión.

En tercer lugar, el voto particular plantea ampliar y reformular el tradicional concepto sobre la libre formación de la opinión pública, adaptando el mismo a la incidencia que las nuevas formas de comunicación social como los foros o los portales de quejas on line de consumidores pueden tener. Un concepto que incluyese las nuevas características tecnológicas que presenta el debate público que tiene en Internet su medio de desarrollo y desenvolvimiento y se fundamentase en la premisa central de que “*quien voluntariamente participa en el mercado ofertando una prestación de bienes y servicios tiene que asumir un superior nivel de tolerancia respecto del tratamiento de sus datos de carácter personal referidos a esa actividad que se haga mediante los buscadores informáticos asociados a su nombre y apellidos cuando son objeto de críticas o censura en ese desempeño profesional en ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los consumidores de sus bienes y/o usuarios de sus servicios*”.

4.- A MODO DE CONCLUSIÓN

En la STC 89/2022, de 29 de junio, el TC -en una tendencia que se consolida dentro de su jurisprudencia- vuelve a utilizar expresamente las categorías de la “ponderación” y “la colisión o el conflicto entre derechos fundamentales” en detrimento del “juicio de proporcionalidad” y la “limitación” y “delimitación” de derechos, mucho más precisas desde la dogmática general clásica de los derechos fundamentales y que, en cambio sí que son las categorías propuestas y articuladas por el voto particular. Sin embargo, y más allá de esta crítica conceptual y de la divergencia técnica respecto a esta circunstancia, la sentencia representa, en todo caso, un pronunciamiento jurisprudencial muy relevante desde, al menos, tres perspectivas diferentes.

En primer lugar, porque confirma el reconocimiento por parte de nuestro TC del derecho al olvido como una vertiente del derecho fundamental a la protección de datos personales consagrado en el art. 18.4 de la CE, continuando, con ello, la línea jurisprudencial iniciada en pronunciamientos anteriores como la STC 58/2018, de 4 de junio y confirmada, con posterioridad, en la STC 105/2022, de 13 de septiembre, sobre hechos, en realidad, directamente relacionados con los analizados en este comentario.

En segundo lugar, porque nos evidencia la inexistencia de un consenso o unanimidad dentro del TC sobre la aplicación de los límites generales del derecho al olvido, particularmente, cuando su ejercicio pueda potencialmente afectar la libre formación de la opinión pública. Mientras la opinión mayoritaria del TC concluyó que en aplicación de los criterios generales contenidos en la Jurisprudencia del TJUE, el derecho a la protección de datos personales debía prevalecer sobre la libertad de información de los internautas, el voto particular formulado por los magistrados Xiol Ríos y Balaguer Callejón propone un planteamiento diferente, y muy original, considerando que el derecho fundamental, verdaderamente, afectado en el caso, y cuya delimitación respecto a la protección de datos personales debía haberse abordado no era tanto la libertad de información, como la libertad de expresión.

Y en tercer lugar, - porque, en el contexto de la internacionalización y globalización del Derecho y de los conceptos jurídicos, nos muestra la objetiva influencia, cada vez más intensa, que la Jurisprudencia del TJUE tiene en la argumentación jurídica de los Tribunales Constitucionales de los diferentes Estados europeos, y, en este caso particular, de nuestro TC. Sin tener en cuenta estas influencias, y reflexionar profundamente sobre las mismas, no será, verdaderamente, posible comprender adecuadamente el Derecho de nuestro tiempo.

5.- SENTENCIAS RELACIONADAS

STC 58/2018, de 4 de junio (BOE núm. 164 de 7 de julio).

STC 105/2022, de 13 de septiembre (BOE núm. 253 de 21 de octubre).

STJUE de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12 *Google Spain*).
STJUE de 24 de septiembre de 2019 (asunto C-136/17 GC y otros).
STJUE de 24 de septiembre de 2019 (asunto C-507/17).
STJUE de 08 de diciembre de 2022 (asunto C-460/20).

6.- BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

RALLO LOMBARTE, A., *El derecho al olvido en Internet Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

SANCHO LOPEZ, M., “Límites del derecho al olvido: Veracidad y tiempo como factores de ponderación”, *Revista General de Derecho Constitucional*, Núm. 32, 2020.

SANTOS MORON, M. J., “Los contornos del derecho al olvido en España: la aplicación por los tribunales españoles de la jurisprudencia europea”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 9, Núm. 2, 2022, pp. 71-112.

VILLAVARDE MENENDEZ, I., *Los poderes salvajes: Ciberespacio y responsabilidad por los contenidos difamatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

Incumplimiento del principio de efectividad en la regulación española de la responsabilidad del Estado por vulneración del Derecho de la Unión.

(Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022. Asunto C-278/20)

Por Mónica Álvarez Fernández

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo

1. CONTEXTO DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La Comisión Europea inició en 2016 un procedimiento EU Pilot contra España en relación con los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), al considerar que esos preceptos podían vulnerar los principios de equivalencia y de efectividad, que permiten articular el Derecho de la Unión con los sistemas nacionales. Habiendo culminado esta fase precontenciosa sin acuerdo, la Comisión interpuso entonces un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) con el objetivo de declarar el incumplimiento por parte del Reino de España de los indicados principios de efectividad y de equivalencia, al haber adoptado y mantenido en vigor los artículos 32, apartados 3 a 6 y 34, apartado 1, párrafo segundo de la LRJSP y el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

La base del incumplimiento invocado por la Comisión es el régimen de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares como consecuencia de la vulneración del Derecho de la Unión, inherente al propio sistema de los Tratados, así como el derecho de aquellos a ser indemnizados cuando concurren los requisitos que ha delimitado la jurisprudencia del propio TJUE (que la norma infringida confiera derechos a los particulares, que la infracción de la norma esté suficientemente caracterizada y que exista relación de causalidad directa entre tal infracción y el perjuicio sufrido por esos particulares). Todo ello, sin perjuicio de que los Estados, con arreglo al Derecho nacional, puedan establecer requisitos menos restrictivos.

La Comisión entiende que lo que no resulta posible es que los Estados establezcan en estos casos requisitos menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia), ni articulen tales requisitos de manera que se haga imposible o excesivamente difícil, en la práctica, obtener una indemnización (principio de efectividad).

La Sentencia que se analiza resuelve la indicada controversia, limitándose a valorar la infracción de los principios indicados en relación con la responsabilidad por daños del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión y, por lo tanto, excluyendo el análisis del régimen general de responsabilidad

patrimonial español y, en particular, la responsabilidad del Estado legislador por la aprobación de normas inconstitucionales.

2. LOS DIVERSOS CAUCES O PROCEDIMIENTOS DE REPARACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN PREVISTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL QUE SE INVOCAN POR ESPAÑA NO SON SUFICIENTES, A JUICIO DEL TJUE, PARA EXCLUIR LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD

España invocó, para rechazar el planteamiento de la Comisión, que el régimen de responsabilidad patrimonial regulado en el artículo 32.5 LRJSP constituye únicamente una cláusula de cierre del sistema jurídico español, una vía de resarcimiento adicional que permitiría la reparación de un daño en situaciones que ya han adquirido firmeza por haber sido objeto de una Sentencia desestimatoria por la vía ordinaria. Junto a esta fórmula existirían diversos cauces que habilitarían la compensación de los daños ocasionados por el legislador como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión. La Sentencia, sin embargo, rechaza estas consideraciones.

Por una parte, porque la existencia de eventuales vías alternativas para alcanzar la reparación de cualquier daño ocasionado solo permitiría salvar la vulneración del principio de efectividad, pero no la infracción del principio de equivalencia. Y, por otra, porque, en todo caso, ninguno de los cauces invocados por España permite a los particulares obtener siempre y en todos los supuestos una indemnización por los daños causados por infracción del Derecho de la Unión.

No es posible por la vía del recurso contencioso-administrativo, puesto que si el daño ocasionado por el legislador no se concreta en un acto administrativo no cabe la impugnación por el perjudicado. E, incluso, en los casos en los que el particular pudiera provocar la adopción de un acto administrativo solicitando una indemnización, tampoco sería posible exigir siempre la responsabilidad del legislador, dado que la norma que infrinja el Derecho de la Unión debe haber amparado la concreta actividad administrativa de la que trae causa el daño cuya indemnización se reclama. Se descarta, igualmente, que la impugnación pueda ser de una actividad material constitutiva de una vía de hecho, pues se trata de un supuesto muy singular que no abarca todas las situaciones en las que podría exigirse la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión.

Esta última razón lleva igualmente al TJUE a descartar la viabilidad de recurrir al procedimiento de devolución de ingresos indebidos previsto en la Ley General Tributaria como mecanismo para resarcir a los particulares de los daños ocasionados por el legislador por la infracción del Derecho de la Unión, puesto que se refiere a un ámbito material limitado que, por lo tanto, no alcanzaría a todas las situaciones en las que puede surgir la responsabilidad que se analiza.

Por lo que se refiere al procedimiento de revisión de oficio, igualmente invocado por España, se concluye por el TJUE que el artículo 106.4 LPACAP solo posibilita la obtención de una indemnización al hilo de la declaración de nulidad de un acto o disposición en relación con los daños causados por la Administración, pero no respecto de los que sean resultado de una acción u omisión del legislador.

Tampoco resulta factible a los efectos pretendidos el recurso a la vía procesal de extensión de los efectos de una Sentencia firme que haya reconocido la responsabilidad del legislador nacional por infracción del Derecho de la Unión (y, en su caso, también del derecho a obtener la consiguiente indemnización), puesto que la aplicación de este procedimiento de extensión requiere que tal responsabilidad se haya establecido previamente en el contexto de un recurso anterior.

Por último, la reclamación de responsabilidad patrimonial regulada en el artículo 32.1 LRJSP como cauce ordinario para exigir responsabilidad del Estado, queda vinculada a los daños que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos por lo que, a juicio del TJUE, no podría extenderse a los daños ocasionados por el legislador.

De hecho, como la propia Sentencia recuerda, el artículo 32 contempla en los apartados 3 a 6 vías específicas de reclamación de daños que tienen su origen en la acción u omisión del legislador, una ordinaria, en el apartado 3 y dos adicionales o complementarias en los apartados 4 y 5, aunque ninguna de ellas, ni siquiera la previsión del apartado 3, resulta suficiente a los fines de justificar una vía útil y eficiente de obtener una indemnización por los daños ocasionados por el legislador que infringe Derecho de la Unión, puesto que no es posible su aplicación cuando el daño resulta de una falta de actuación del legislador y porque se está condicionando la obtención de una indemnización a que así se establezca en el acto legislativo que ocasiona el daño.

En consecuencia, la única vía que permitiría efectivamente a los particulares exigir responsabilidad del Estado legislador para obtener una indemnización por los daños derivados del incumplimiento del Derecho de la Unión sería la recogida en el artículo 32.5 LRJSP, en relación con los apartados 3, 4 y 6 del mismo precepto y con el artículo 34.1 LRJSP y el artículo 67.1 LPACAP.

3. LOS REQUISITOS QUE RECOGE EL ARTÍCULO 32.5 LRJSP VULNERAN TANTO INDIVIDUAL COMO ACUMULATIVAMENTE EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD, PUES EN LA PRÁCTICA HACEN IMPOSIBLE O EXCESIVAMENTE DIFÍCIL OBTENER UNA INDEMNIZACIÓN

Se refiere la Sentencia, en primer lugar, a la exigencia de que la infracción del Derecho de la Unión que ocasiona el daño, imputable al legislador nacional, sea declarada previamente por el TJUE.

La Sentencia deduce la exigibilidad de este requisito no solo del propio artículo 32.5 LRJSP sino también de las previsiones sobre la máxima extensión temporal posible de la indemnización (artículo 34.1 párrafo segundo LRJSP) y del plazo de prescripción de la correspondiente acción de responsabilidad (artículo 67.1 LPACAP), que establecen como *dies a quo* para el cómputo la fecha de la publicación de la Sentencia que hubiera declarado aquella infracción.

El TJUE rechaza de plano, apoyándose en abundante jurisprudencia previa, que deba concurrir tal requisito, ni por la vía de una Sentencia que declare el incumplimiento ni por la de una Sentencia que con carácter prejudicial así lo establezca. Ello supondría excluir todo derecho a obtener una eventual indemnización en tanto que el presunto incumplimiento no hubiera sido planteado por los sujetos competentes en cada caso para que pudiera producirse un pronunciamiento del TJUE.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que la constatación de una vulneración del Derecho de la Unión que determine la responsabilidad del Estado legislador puede ser apreciada por un órgano jurisdiccional interno en los casos en los que, concurriendo los requisitos necesarios, no queden obligados a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

El segundo requisito que impone el artículo 32.5 y que se impugna por la Comisión es la exigencia de que el particular perjudicado deba haber obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que hubiese ocasionado el daño.

Si bien se entiende por el TJUE que resulta pertinente exigir que el particular adopte una diligencia razonable, reaccionando contra esa actuación administrativa y que, en esta línea, el precepto cuestionado solo requiere que se obtenga una Sentencia firme en un recurso interpuesto contra esa actuación y no que se hayan agotado todos los recursos disponibles, concluye, no obstante, que el requisito conlleva dificultades excesivas e incluso imposibilita el derecho a obtener una indemnización en los casos en los que el perjuicio deriva de una acción u omisión del legislador que no genere ninguna actuación administrativa, pues en esos casos el particular no podría interponer recurso jurisdiccional alguno ni, por lo tanto, obtener la Sentencia firme requerida.

La falta de previsión en el artículo 32.5 LRJSP de alguna excepción en el sentido indicado obligaría a los particulares, en esos casos, a forzar la emisión de un acto por la Administración para su impugnación posterior en una suerte de recurso preventivo que pudiera permitirles, en el futuro, y de concurrir el resto de los requisitos establecidos, una eventual indemnización de los daños causados por el legislador por la infracción del Derecho de la Unión.

Por último, el precepto que se analiza impone la necesidad de, que en este recorrido previo a la acción de responsabilidad, el particular haya invocado la infracción del Derecho de la Unión como presupuesto necesario para llegar a obtener una indemnización.

El Tribunal, entiende, es cierto, que en los casos en los que procede un recurso jurisdiccional frente a la acción u omisión del Estado legislador resulta

necesaria la invocación de las normas vulneradas en atención a los principios de primacía, efecto directo e interpretación conforme. Y ello, en la medida en que, por una parte, y en virtud de lo previsto en la legislación nacional, los órganos jurisdiccionales internos pueden tener la capacidad de inaplicar las normas internas contrarias al Derecho de la Unión sin necesidad de que este último tenga un efecto directo y, por otra, porque, en cualquier caso, deben interpretar el Derecho nacional de conformidad con las disposiciones del Derecho de la Unión.

No obstante, el TJUE aprecia que el requisito que se analiza constituye una complicación procesal excesiva, contraria al principio de efectividad, si se aplica a la fase previa del recurso, en la vía administrativa, pues en esa instancia resulta muy difícil o incluso imposible prever qué infracción del Derecho de la Unión declarará finalmente el Tribunal Justicia. Ni los órganos administrativos pueden, en la práctica, inaplicar una norma interna por resultar contraria al Derecho de la Unión ni, mucho menos, plantear una cuestión prejudicial.

En definitiva, la Sentencia, en atención, a cuanto se ha señalado, estima el motivo invocado por la Comisión y declara el incumplimiento del principio de efectividad por parte del artículo 32 apartado 1 LRJSP.

4.LALIMITACIÓNENELTIEMPODELOSDAÑOSINDEMNIZABLES O LA FIJACIÓN EN UN AÑO A PARTIR DE LA SENTENCIA QUE DECLARE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA RECLAMAR VULNERAN IGUALMENTE EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD

En el primer caso, la Sentencia entiende que el plazo de cinco años establecido en el artículo 34.1 segundo párrafo LRJSP al que, como máximo, podrán extenderse los daños indemnizables es insuficiente. La mera duración de los procedimientos que eventualmente habría que seguir ante el TJUE para declarar el incumplimiento o la incompatibilidad con el Derecho de la Unión, sumados a la tramitación del procedimiento administrativo que fuera necesario, en su caso, y, sobre todo, contencioso-administrativo hasta obtener una Sentencia firme desestimatoria contra la actuación administrativa que ocasionó el daño harían en la práctica imposible o extremadamente difícil obtener una indemnización mínimamente razonable y adaptada a la entidad o la duración de los daños sufridos.

Por lo que se refiere al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad, fijado por el artículo 67.1 párrafo tercero de la LPACAP en un año a contar desde la publicación de la Sentencia que declare la vulneración del Derecho de la Unión, restringiría igualmente las posibilidades de indemnización, toda vez que no se tienen en cuenta todos los supuestos en los que no exista una Sentencia del Tribunal de Justicia que declare el incumplimiento.

En consecuencia, y a la vista de lo anterior, el TJUE considera igualmente incumplido el principio de efectividad en relación con estas disposiciones.

5. LA SENTENCIA NO APRECIA, EN CAMBIO, VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA

La Comisión consideró que, en la medida en que el artículo 32.5 LRJSP exige, para apreciar la responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho de la Unión, que la norma infringida confiera derechos a los particulares y que la infracción apreciada esté suficientemente caracterizada y que, sin embargo, para constatar responsabilidad del Estado por vulneración de la Constitución tales requisitos no se prevén en el artículo 32.4 LRJSP, se estaría vulnerando el principio de equivalencia.

El TJUE entiende, sin embargo, que este principio no resulta aplicable a este supuesto. Por una parte, admite que la posibilidad de que se prevean requisitos menos estrictos que los establecidos por el propio Tribunal de Justicia para exigir responsabilidad a un Estado Miembro puede responder a previsiones del Derecho interno y no del Derecho Comunitario y, por otra, sostiene que el principio de equivalencia no impone a un Estado Miembro que proyecte su régimen interno más favorable a todo tipo de recursos. Se concluye, en definitiva, que el principio de equivalencia no puede suponer que el régimen más favorable para las infracciones del Derecho interno haya necesariamente de extenderse a las infracciones del Derecho de la Unión.

6. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

La Sentencia que se analiza tiene un carácter meramente declarativo, pero resulta obligatoria para España. Esto es, por sí mismo este pronunciamiento del TJUE no determina la nulidad o la expulsión del ordenamiento jurídico de las normas declaradas contrarias al Derecho de la Unión, pero sí impone la adopción de cuantas medidas sean necesarias para superar el incumplimiento y acomodar el régimen jurídico español de responsabilidad del Estado legislador al ordenamiento jurídico de la Unión. En otro caso, cabría la tramitación de un procedimiento específico de ejecución (artículo 260 TFUE) que podría incluso conllevar la imposición de multas coercitivas para España en tanto se prolongue el incumplimiento.

No existe constancia de que, a día de hoy, se haya adoptado ninguna iniciativa para derogar o modificar los preceptos analizados por parte del legislador lo que, además del riesgo ya apuntado de que se puedan imponer a España multas para forzar el cumplimiento, supone, de acuerdo con el principio de primacía, la inaplicación por parte de los órganos jurisdiccionales internos de

los requisitos declarados contrarios al Derecho de la Unión (sin perjuicio, en su caso, de la posibilidad de realizar una interpretación conforme de los mismos).

Desde la perspectiva de los eventuales perjudicados, la Sentencia supone un fundamento para que quienes no vieron prosperar una reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión o ni siquiera llegaron a interponerla por no cumplir los requisitos previstos por la LRJSP y la LPACAP, puedan hacer valer, en su caso y de concurrir el resto de los requisitos exigibles, su derecho a obtener la correspondiente indemnización.

Es deseable, en todo caso, la iniciativa del legislador en aras a la seguridad jurídica, tanto desde la perspectiva de las normas aplicables, como de la unidad en la aplicación del Derecho por parte de nuestros Tribunales.

7. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

COBREROS MENDAZONA, E. (2022), “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea tras la intervención del Tribunal de Justicia”, *Revista de Administración Pública*, 219, pp. 21-58.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022), “Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (AS. C-278/20)”, *Revista de Derecho Administrativo*, 221, pp. 21-50.

GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESÚS (2022), “La responsabilidad del Estado legislador y las debilidades del Sistema”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 59, pp.74-121.

El personal indefinido no fijo de plantilla en las reversiones a la gestión directa de servicios públicos: Influencia de la jurisprudencia europea sobre subrogación empresarial

(Sentencia del Tribunal Supremo 85/2022, de 28 de enero, Rec. nº. 3781/2020)

Por Luis Antonio Fernández Villazón

Profesor Titular de Universidad del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo

1.- EL CASO

El Ayuntamiento de Pamplona tenía organizado el Servicio de Asistencia Domiciliaria a través de dos empresas: “ASIMEC, S.A.”, de capital municipal, y “Servisar SS. Sociales S.L.”, adjudicataria del servicio de carácter privado. Doña Dulce prestaba servicios en dicho servicio por cuenta de esta última empresa, con la que mantenía un vínculo laboral indefinido a tiempo completo con la categoría de trabajadora familiar especialista y antigüedad desde el 1 de julio de 2016. El Ayuntamiento decidió asumir directamente la gestión del servicio a partir de marzo de 2017, subrogándose en los derechos y obligaciones de las dos empresas, respecto de la plantilla integrada en ambas. Este hecho fue comunicado a doña Dulce, indicándole que pasaba a ser personal laboral del Ayuntamiento, quedando encuadrada como “personal laboral indefinido no fijo, hasta que se provea la plaza de forma reglamentaria o se proceda a su amortización”.

El día 11 de febrero de 2020 doña Dulce interpuso demanda interesando la declaración de que ostenta la condición de trabajadora fija del Ayuntamiento de Pamplona. El Juzgado de lo Social nº. 3 de Pamplona estimó la demanda de la trabajadora en su Sentencia 142/2020, de 24 de julio. Para el Juzgado, las reglas sobre subrogación empresarial del artículo 44 ET, conforme a la normativa de la Unión Europea y la interpretación que de ella hace el TJUE, implican que la relación laboral en esos casos debe mantenerse en los mismo términos, sin que pueda producirse modificación de la naturaleza del vínculo laboral preexistente. Esta sentencia fue recurrida en suplicación por el Ayuntamiento de Pamplona.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en su Sentencia 226/2020, de 8 de octubre estimó dicho recurso, por entender que los principios de igualdad, mérito y capacidad, que rigen el acceso al empleo público en nuestro ordenamiento, no permiten que una trabajadora acceda a un puesto fijo de plantilla en la Administración sin superar un proceso selectivo que garantice su respeto. Para el Tribunal el artículo 44 ET garantiza que el cambio de empresario no extinga por sí mismo la relación laboral, pero no implica, en modo alguno, el acceso a la fijeza de forma automática. La doctrina del TJUE citada por el Juzgado recuerda, de hecho, que debe respetarse la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales, políticas y constitucionales de los estados

miembros. Tal sería el caso de esos principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público español. Contra esta última sentencia interpuso doña Dulce recurso de casación para la unificación de doctrina, que dio lugar a la resolución que es objeto de este comentario.

2. LA FIGURA DEL CONTRATO INDEFINIDO NO FIJO DE PLANTILLA

La sentencia comentada se plantea por primera vez si el contrato indefinido no fijo de plantilla resulta aplicable a la reversión a gestión directa de los servicios públicos. Debe destacarse que nos encontramos ante una figura de creación jurisprudencial, como solución al conflicto generado por la interactuación de dos grupos normativos bien diferenciados. Por un lado, la normativa laboral y sus reglas contra el fraude en la contratación temporal, que determinan el carácter indefinido de los contratos temporales irregulares. Por otro, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las administraciones públicas, que determinan que nadie debe acceder a un puesto fijo en el sector público si no es superando un proceso selectivo que garantice la vigencia de tales principios. La combinación de estas exigencias lleva a que los contratos temporales en fraude de ley en las administraciones sean declarados indefinidos, como ordena la legislación laboral (tomado indefinido en el sentido estricto de contrato que no tiene prefijada una fecha o término de finalización), pero no fijos, de modo que pervive la obligación de la administración responsable de cubrir reglamentariamente la plaza. Momento en que el contrato indefinido no fijo debe extinguirse.

La sentencia realiza un completo e interesante análisis de la evolución de la figura, que ha ido desde su inicial equiparación a la interinidad por vacante a su actual aproximación al régimen del personal fijo. La clave de esa evolución se encuentra en el dato relevante de que en el indefinido no fijo, a diferencia de la interinidad por vacante, no existe necesariamente una vinculación con un puesto de trabajo concreto, “sin perjuicio de que la plaza deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso a la extinción indemnizada del contrato)”.

Aunque, como hemos señalado, la categoría es de creación jurisprudencial, ha llegado también a tener cierto reconocimiento normativo. El artículo 8.2 c) del Estatuto Básico del Empleado Público señala que el personal laboral de las administraciones se clasifica en “fijo, por tiempo indefinido o temporal”, lo que podría entenderse como un reconocimiento de la institución. No obstante, se trata de un reconocimiento, en palabras del propio tribunal “tan impreciso como polémico”, pues lo que realmente quiso el legislador fue aludir, sin mencionarla, a la situación del profesorado de religión en centros públicos. Sí se introdujo una regulación expresa en la Disposición Adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores, que se ha entendido siempre como la consagración legislativa de esta creación jurisprudencial.

Otras referencias normativas al contrato indefinido no fijo de plantilla se han hecho con la intención clara de restringir su aplicación. Fue el caso de las leyes de presupuestos de 2017 y 2018, que trataron de limitar las posibilidades de que las propias administraciones reconociesen esa condición, si no eran obligadas por los tribunales. Sobre este particular, la STC 122/2018, de 31 de octubre consideró inconstitucional que una Ley de presupuestos incluyese preceptos relativos a las limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público y a la exigencia de responsabilidades a las administraciones públicas y entidades dependientes por la utilización de la contratación laboral. El tema del abuso de la temporalidad en las administraciones ha sido abordado de forma directa por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. En dicha Ley no se menciona en ningún momento a los contratos indefinidos no fijos, por lo que la sentencia comentada entiende que las cosas no han “variado sustancialmente a este respecto”.

El último paso en esta evolución normativa lo ha dado la reforma laboral acometida por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. El Decreto-Ley ha derogado los números de la DA 15ª del ET que hacían referencia al contrato indefinido no fijo de plantilla, lo que podría interpretarse como una supresión de la figura. La reforma es posterior a los hechos juzgados, por lo que no ha podido ser objeto de valoración por la sentencia comentada. No obstante, en nuestra humilde opinión, puesto que se trata de una construcción judicial que nació sin cobertura legal expresa, no parece que la desaparición del reconocimiento normativo posterior implique automáticamente su eliminación. Otra cosa es que en el contexto normativo actual las situaciones de fraude que justifican su aplicación deberían reducirse al mínimo, al menos en teoría.

3. LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE SUBROGACIÓN EMPRESARIAL Y LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La reversión a la gestión directa de servicios públicos antes descentralizados hacia empresas privadas ha sido práctica relativamente reciente en los últimos años, fruto de los cambios de orientación ideológica de muchas corporaciones locales. Está por ver si ese proceso se invierte de nuevo tras los resultados de las últimas y recentísimas elecciones municipales, pero, en todo caso, la cuestión jurídica sobre el régimen aplicable a esas reversiones seguirá siendo de gran actualidad. Y es que, desde el punto de vista laboral, el cambio de una forma a otra de gestión implica un cambio de empresario, por lo que ha de resolverse la cuestión de si procede o no aplicar las reglas sobre subrogación empresarial del artículo 44 ET.

No es esta la cuestión abordada por la sentencia objeto de comentario, pues las partes asumen como presupuesto pacífico que entre la mercantil empleadora y la corporación pública ha existido una transmisión de unidad productiva autónoma. Es decir, lo que el artículo 44.2 define como “un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”. De hecho, la existencia de subrogación en estas situaciones ya había sido declarada por el tribunal en su sentencia nº 619/2021 de 10 de junio.

La cuestión que se suscita aquí se refiere en realidad a los efectos que ha de tener la existencia de tal subrogación. En concreto, si los trabajadores indefinidos de la empresa privada deben conservar tal condición al incorporarse a la administración pública o si lo que procede es el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo de plantilla hasta que se cubra reglamentariamente la plaza respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad ya comentados.

Para contestar a esta pregunta el Supremo analiza, por un lado, la disciplina española de la subrogación empresarial y, posteriormente, la regulación de esta materia realizada por la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. En ambos casos llega a la conclusión que los efectos legales de la sucesión empresarial obligan a mantener la naturaleza del contrato de trabajo preexistente.

Desde el punto de vista del derecho interno, se señala que para determinar el alcance del artículo 44 ET ha de atenderse a su finalidad, que no es otra que la de favorecer la estabilidad en el empleo, para que los afectados por un cambio de empleador puedan mantener los mismos derechos que tenían reconocidos con el anterior. De este modo, la empresa entrante pasa a ocupar el lugar de la saliente respecto de los concretos trabajadores. De ahí deduce el Alto Tribunal que del artículo 44 ET no deriva “un mandato directo y explícito para que la trabajadora demandante mantenga la condición de fija”, pero sí una regulación cuya finalidad clara “es que el tipo de vínculo existente conserve sus características sin alteración”.

Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, el TS analiza la Directiva a través de dos importantes sentencias del Tribunal de Justicia que la interpretan. La primera es la STJUE de 20 de julio de 2017 (C-416/16, *Piscarreta Ricardo*), conforme a la cual que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho público no excluye la existencia de una transición comprendida en el ámbito de aplicación de la norma. Así pues, que el nuevo empleador sea un ayuntamiento, no impide que la Directiva se aplique al supuesto que nos ocupa.

La segunda sentencia es la STJUE de 13 de junio de 2019 (C.317/18, *Correia Moreira*), sentencia que fue valorada tanto por el Juzgado de lo Social como por el Tribunal Superior de Justicia en sus respectivas resoluciones, aunque en un sentido diferente. Lo cierto es que el caso *Correia Moreira* presenta enormes semejanzas con el que es objeto de este comentario. En él, nos en-

contramos también con una trabajadora de una empresa privada (Parque Ferial de Portimao) cuya actividad es asumida por el Ayuntamiento. La legislación portuguesa, como la española, exige para integrarse en la función pública el sometimiento a un procedimiento público de selección. La normativa, además, era en el país vecino mucho más exigente; pues implicaba el surgimiento de un nuevo vínculo (no se mantenía el anterior) y, además, suponía una disminución de su salario durante un periodo de al menos diez años.

El TJUE consideró que esa situación era incompatible con la Directiva. Por un lado, las condiciones de trabajo acordadas con la empleadora cedente no se respetaban. Por otro, se colocaba a la trabajadora en una situación menos favorable que aquella en que se encontraba antes de la transición. Además, ante las alegaciones en dicho sentido de la República Portuguesa, señaló que el respeto a la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros, que deriva del artículo 4.2 TUE, no puede interpretarse en el sentido de que, en un ámbito en el que los estados han transferido sus competencias a la Unión, permite privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho europeo vigente en dicho ámbito.

La conclusión a la que debe llegarse es evidente. Las reglas sobre subrogación empresarial, tanto españolas como comunitarias, obligan al nuevo empleador a respetar las relaciones laborales preexistentes, sin que pueda producirse una minoración de los efectos en atención al carácter público del nuevo empleador. Las consideraciones del Tribunal Superior de Justicia de Navarra sobre el necesario respeto los principios constitucionales de mérito y capacidad son expresamente rebatidas por el TJUE. Ello implica que las exigencias sobre acceso a la función pública del artículo 103.3 de nuestra Constitución no pueden impedir que se apliquen los efectos determinados por la Directiva en esta materia.

4. INDEFINIDOS NO FIJOS Y SITUACIONES DE SUBROGACIÓN EMPRESARIAL

El Tribunal Supremo remata su argumentación con algunas reflexiones sobre la operatividad de la figura del indefinido no fijo en las situaciones de subrogación empresarial derivadas de la reversión de la gestión de servicios públicos. Su conclusión principal es que la figura no se ajusta adecuadamente a las particularidades de estos supuestos. En primer lugar, porque sabemos que surge como instrumento de reacción en situaciones de fraude. El fijo discontinuo se crea para atender circunstancias en la que ha existido una infracción de las normas sobre contratación laboral temporal. Sin embargo, en el supuesto de hecho no ha existido tal infracción. Doña Dulce disfrutaba en su anterior relación laboral privada de un contrato indefinido perfectamente ajustado a la legislación vigente.

En segundo lugar, aplicar a la trabajadora la condición de indefinido no fijo implica la necesidad de proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza,

lo que “supone un claro detrimento, pues debilita su vinculación y debe superar un riesgo (no superar las pruebas) que antes era inexistente”. Ese detrimento resulta inadmisibles a la luz de una interpretación de nuestro ordenamiento conforme a las exigencias del Derecho de la Unión, tal y como hemos señalado.

No obstante, la sentencia comentada plantea la existencia de dos posibles excepciones a estas conclusiones. La primera se refiere a la posibilidad de que se acredite que haya existido una fraudulenta incorporación como personal fijo de una empresa cuya plantilla se sabía de antemano que acabaría integrándose en la Administración. Es decir, que la contratación fija se haya usado, precisamente, como un mecanismo irregular de elusión de las normas de acceso a las administraciones públicas. En tal supuesto, el tribunal defiende que “ha de quedar abierta la posibilidad de activar los resortes necesarios para privar de eficacia a esa maniobra torticera”. La antigüedad adquirida por la trabajadora como fija antes de producirse la reversión es el dato que lleva al Supremo a descartar, en el caso concreto, la existencia de motivaciones fraudulentas. Queda entonces abierta la duda sobre cuáles habrían de ser los resortes que podrían activarse para atajar maniobras de esa índole. Sobre este punto la resolución es especialmente ambigua, pero parece abrir la posibilidad de que la figura del indefinido no fijo sí resultase procedente en tales situaciones.

Por otro lado, el alto tribunal señala que la fijeza declarada en la sentencia “no está adquirida incondicionalmente en todo el ámbito de la empleadora”, sino que “posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que no sea así”. En consecuencia, en la dinámica de la relación laboral pueden darse situaciones o vicisitudes que impliquen un cambio del régimen jurídico del contrato, que sólo se mantendría inalterado mientras se sigan realizando las mismas funciones. No aclara el Supremo que vicisitudes pueden ser esas. Pero parece apuntar a la posibilidad de que un cambio de adscripción dentro de la Administración pudiera tener como consecuencia la desaparición del “blindaje” de la fijeza de la relación laboral. Se trata de una reserva que, probablemente, trata de evitar que las subrogaciones supongan una carga excesiva para la entidad pública, recortando su libertad para planificar y organizar las plantillas. Hasta donde ha de llegar esa libertad, y si pueden implicar cambios impuestos de forma unilateral y en contra de la voluntad de la empleada, es cuestión que, obviamente, supera los límites de una sentencia vinculada a la resolución de un supuesto concreto. En su caso, la incógnita deberá ser resuelta en litigios posteriores.

5. SENTENCIAS RELACIONADAS

La STS 619/2021, de 10 de junio (Rec. n.º. 4926/2018) y la STJUE de 20 de julio de 2017 (C-416/16, Piscarreta Ricardo) habían declarado ya que a las reversiones de servicios públicos debe aplicárseles el artículo 44 ET.

La STJUE de 13 de junio de 2019 (C-317/18, Correia Moreira) centra la parte esencial del debate del litigio.

La sentencia de contraste para el recurso de casación para la unificación de doctrina fue la STSJ Islas Baleares de 17 de octubre de 2013 (Rec. N°. 225/2013), que se había pronunciado en el sentido luego unificado por la Sala.

6. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ROQUETA BUJ, R., “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n°. 442, 2020, págs. 23-61.

ROQUETA BUJ, R., “Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las administraciones públicas”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, n°. 1, 2023, págs. 112-129.

El consumidor al que en un contrato de préstamo se ha anulado una cláusula suelo por falta de transparencia tiene derecho al reintegro de todas las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria desde la celebración de aquel incluso si se ha quietado con la sentencia de instancia en la que la condena se limitó a las recibidas desde el 9 de mayo de 2013 por ser esa la doctrina del Tribunal Supremo en la fecha en que interpuso el recurso de apelación.

(Sentencia del Tribunal Supremo 579/2022, de 26 de julio, Rec. nº. 806/2017)

Por Dolores Palacios

Profesora Titular de Universidad del Área de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo

1.- COMIENZO Y QUIZÁ FINAL DEL LARGO CAMINO PARA DETERMINAR LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES QUE HAN CELEBRADO UN CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON CLÁUSULAS SUELO FALTAS DE TRANSPARENCIA

La sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15) obligó en su momento al Tribunal Supremo español a cambiar su doctrina acerca de los efectos de una eventual declaración de nulidad por falta de transparencia de una cláusula suelo recogida en un contrato de préstamo celebrado con un consumidor. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, resolución en la que se admitió la posibilidad de abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo en contratos de préstamo, había decidido en relación con los efectos de la nulidad, que habían de retrotraerse únicamente a la fecha de dicha sentencia. Como consecuencia de ello, con doctrina confirmada por la sentencia de 25 de mayo de 2015, solo se restituían al consumidor en cuyo contrato hubiera una cláusula suelo declarada nula por abusiva las cantidades cobradas en aplicación del tipo de interés resultante de la cláusula a partir del 9 de mayo de 2013.

De acuerdo con el TJUE, que interpreta la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, la nulidad de la cláusula implica su ineficacia desde el principio – efecto *ex tunc* – de manera que, determinada la misma - en nuestro país conforme a los artículos 82 y 83 del Texto Refundido de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios – ya no puede producir efectos desde la celebración del contrato.

El TJUE responde a las cuestiones prejudiciales acumuladas en los asuntos mencionados más arriba que “... una jurisprudencia nacional ... relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 98/13, solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que

contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU: C: 2013: 164, apartado 60)”.

Que “En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véase, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU: C: 2010: 581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU: C: 2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Oghyanov, C-554/14, EU: C: 2016: 835, apartados 67 a 70)”.

Continúa diciendo que “De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 98/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

En aplicación de la doctrina del TJUE el Tribunal Supremo en la sentencia 123/2017 de 24 de febrero condena por primera vez a una entidad bancaria a devolver todo lo recibido desde el momento de la firma del contrato como consecuencia de la aplicación del “suelo” previsto en la cláusula declarada nula.

Como resultado de esta situación, entre la fecha de la decisión de 9 de mayo de 2013 y hasta la de la sentencia del TJUE muchos consumidores cuyo litigio fue resuelto en instancia de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo se aquietaron con la resolución dictada y asumieron la devolución parcial de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades financieras aun cuando el contrato hubiese sido firmado con anterioridad al 9 de mayo de 2013. A partir de ahí se imponía la cosa juzgada.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2022 (579/2022), cuyo fallo es consecuencia nuevamente de una resolución del TJUE - Sentencia de la Gran Sala de 17 de mayo de 2022 (C-869) – concluye que faltando la transparencia desde la firma del contrato y decidida la limitación de los efectos

de la misma como consecuencia de la doctrina anterior del Alto Tribunal, si el consumidor no recurrió por entender que el recurso no iba a prosperar de acuerdo con la jurisprudencia y además previsiblemente iba a ser condenado en costas, cabe la restitución total del perjuicio sufrido desde el principio. Pero veremos más adelante todos los detalles del caso.

2.- COMO BREVE *EXCURSUS*: TRIBUNAL SUPREMO, JUZGADOS, AUDIENCIAS PROVINCIALES Y TJUE EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

La primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho interno ha dado lugar a que el Tribunal Supremo, de acuerdo con su función de completar el ordenamiento y unificar la interpretación de las normas, no tenga la última palabra cuando se trata del Derecho de la Unión. Aquí esa función interpretativa corresponde, como es sabido, al Tribunal de Justicia de la Unión.

Al margen del concreto tema de los efectos de la declaración de abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo en contratos con consumidores, desde la Sentencia del TJUE que contradice la doctrina iniciada por nuestro Alto Tribunal en 2013 y hasta el momento actual se ha venido produciendo en el ámbito del Derecho del consumo un verdadero “toma y daca” entre las decisiones civiles del Tribunal Supremo y las del intérprete del Derecho de la Unión. A ello no han sido ajenos los jueces y tribunales de instancia cuando, bien por dudar o bien por abierta disconformidad con resoluciones del Tribunal Supremo que aplican Derecho derivado del de la Unión, antes de acoger la doctrina establecida en las mismas han optado por el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE. En parte probablemente debido a esta situación el propio Tribunal Supremo ha presentado cuestiones prejudiciales por iniciativa propia, argumentando así de inicio su posición¹. El resultado de todo esto ha sido una cadena de resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión que a veces reflejan acuerdo y otras disparidad de criterios y que distan mucho de aportar la seguridad jurídica que es especialmente necesaria en un ámbito de tanta relevancia socioeconómica, tanto en términos cualitativos como cuantitativos, como el Derecho del consumo.

En cualquier caso, concretamente en relación con la cláusula suelo y los efectos de las declaraciones de nulidad por abusiva en los supuestos en que así

¹ En alguna ocasión el Tribunal Supremo ha llegado a “quejarse” ante el TJUE de que había emitido fallos condicionados por planteamientos distorsionados en la petición de la decisión prejudicial tanto en relación con la exposición de la normativa interna española como de la jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo (vid. Auto TS 10 de septiembre de 2021 presentando una cuestión prejudicial en relación con la nulidad de una cláusula relativa al pago de una comisión de apertura de un contrato de préstamo hipotecario con consumidores).

se determine, parece que la sentencia dictada en el año 2022 por el Tribunal Supremo y que aquí nos ocupa, precisamente recogiendo la doctrina del TJUE establecida en la materia concreta, podría cerrar definitivamente la cuestión del alcance de los derechos de los consumidores afectados por aquella. Pero para ello no solo se concreta la adecuada interpretación del Derecho sustantivo, sino que también se ven afectados principios tradicionales del Derecho Procesal nacional.

3.- EL CASO

En el caso resuelto por la sentencia que aquí se comenta dos personas que actúan como consumidoras demandan en enero de 2016 a la entidad Banco de Caja de España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A. (Banco CEISS), solicitando la declaración de nulidad de una cláusula suelo inserta en un préstamo hipotecario suscrito el 22 de mayo de 2006 que textualmente decía: “En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12 por ciento ni inferior al 3 por ciento”; así mismo se pide la nulidad de las cláusulas suelo concordantes que puedan existir y aquellas que se encuentren en novaciones y subrogaciones. Se solicita también, con fundamento en el artículo 1303 del Código civil, el reintegro por la entidad bancaria de las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación del tipo de interés recogido en la cláusula desde la firma de la escritura de préstamo hipotecario (9.056,98 euros), así como aquellas que se devenguen hasta la fecha en que se haga efectiva la sentencia, más los intereses conforme al art. 1108 del Código Civil. En previsión de que el Tribunal Supremo mantuviera, como aparecía probable, su posición conforme a la cual declarada la nulidad de una cláusula suelo la entidad bancaria habría de devolver las cantidades percibidas por aplicación de la misma solo desde el 9 de mayo de 2013, subsidiariamente se solicita la devolución de estas últimas (6.569,63 euros).

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Valladolid dictó sentencia con fecha 6 de junio de 2016 estimando sustancialmente la demanda y declarando la nulidad de la cláusula en cuestión que, en consecuencia, se entiende no puesta. En cuanto a las consecuencias económicas de dicha nulidad, se condena a la demandada a reintegrar a la actora las cantidades indebidamente percibidas con sus correspondientes intereses, desde el 9 de mayo de 2013.

Tras la sentencia de instancia únicamente recurre en apelación la entidad bancaria, debido a que le fueron impuestas las costas del proceso, oponiéndose al recurso la representación de la demandante. La Audiencia Provincial de Valladolid revoca la resolución en este concreto particular en su sentencia de 13 de enero de 2017 sin hacer mención alguna a la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia Europeo que había sido dictada el 21 de diciembre de 2016.

4.- LOS MOTIVOS DE CASACIÓN

A pesar de que los consumidores se habían quietado con la sentencia de instancia, deciden interponer recurso de casación que fundamentan en los artículos 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, 10.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 82 TRLCU y 1303 CC, en relación con la STJUE de 21 de diciembre de 2016. El recurso se basa en el hecho de que la Sala de la Audiencia no había actuado de oficio para condenar a la entidad bancaria a la restitución de las cantidades cobradas como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula desde el momento de la firma del contrato².

5.- LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Tras una primera deliberación del recurso y tras un trámite de audiencia a las partes, el Tribunal Supremo decidió formular una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Auto de 27 de noviembre de 2019) preguntando si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE se opone a la aplicación de los principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de *reformatio in peius*, que impiden al tribunal que conoce del recurso interpuesto por el banco contra una sentencia que limitó en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una “cláusula suelo” declarada nula, acordar la restitución íntegra de dichas cantidades y empeorar con ello la posición del recurrente, porque dicha limitación no había sido recurrida por el consumidor.

La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 2022 responde que efectivamente el artículo de la Directiva se opone a la aplicación de principios procesales nacionales que den lugar a que un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el con-

² El control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores tan pronto como se tengan los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello fue introducido en nuestro ordenamiento también como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 21 de febrero de 2013, Bonif Plus Bank, C-472/2011, sentencia de 14 de marzo de 2013, Aiz, C-415/11, EU:C:2013:164, sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60 o sentencia de la Gran Sala de 17 de mayo de 2022, MA contra Ibercaja Banco, S.A., C-600, ECLI:EV:C:2022:394). Jurisprudencia europea que nuestro Tribunal Constitucional ha aplicado no solo a los procesos declarativos sino también a los de ejecución hipotecaria hasta el momento en que se haya producido el efectivo lanzamiento del consumidor de la vivienda (STC de 28 de febrero de 2019, ECLI:ES:TE:2019:31 y de 21 de marzo de 2012, ECLI:ES:TC:2022:44).

sumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no pueda examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este.

Y así, dice el TJUE en su fundamentación jurídica que el hecho de que un consumidor no haya interpuesto recurso en el plazo oportuno puede imputarse a que, cuando se dictó la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15) ya había transcurrido el plazo en el que se podía interponer recurso de apelación o impugnar la sentencia en virtud del Derecho nacional lo que, de hecho, ocurrió en este caso. Entrando en el mismo dice el TJUE que la aplicación de los principios procesales esgrimidos en la cuestión prejudicial, privando al consumidor de los medios que le permiten hacer valer sus derechos en virtud de la Directiva, puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de sus derechos con vulneración del principio de efectividad.

6.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA INCIDENCIA DE LA SENTENCIA DEL TJUE EN LOS ÁMBITOS SUSTANTIVO Y PROCESAL

La aplicación de la doctrina de la sala lleva al Tribunal Supremo a estimar la pretensión principal de la demanda habida cuenta que el hecho de no haber apelado la sentencia de instancia no puede imputarse a la pasividad total del consumidor. Si este no recurrió exigiendo que aquella fuera acogida fue porque en aquel momento parecía muy improbable que el recurso fuera a prosperar. En consecuencia, se condena a la entidad financiera a devolver las cantidades recibidas sobre la base de la aplicación de la cláusula declarada nula por falta de transparencia desde el momento de la celebración del contrato. Se la condena, además, al pago de las costas de primera instancia y las costas del recurso de apelación.

En el ámbito sustantivo la sentencia supone el final del largo camino que se iniciaba cuando el Tribunal Supremo asumió la posibilidad de declarar nula una cláusula suelo por falta de transparencia pero limitando los efectos de la ineficacia al momento de la publicación de su propia sentencia tanto por razones de seguridad jurídica como, en palabras del Tribunal, por el “riesgo de trastornos graves de trascendencia al orden público económico”.

Y como ese final supone que el consumidor ha de ser reintegrado totalmente en su derecho con independencia de que haya habido resoluciones judiciales anteriores que no se lo hayan reconocido, podemos ver también que la efectividad de la protección del consumidor que otorga la interpretación del Derecho de la Unión por parte del TJUE implica la afectación del tradicionalmente calificado “sacrosanto” principio de cosa juzgada. Realmente y

sin perjuicio de que el TJUE haya reconocido la importancia del principio, tanto en los ordenamientos nacionales como el en ordenamiento de la Unión Europea, esta afectación no es algo nuevo³, de manera que el Tribunal Supremo “ya se lo temía”, y de ahí su explicable tendenciosidad al preguntar, como hace, si el artículo 6 de la Directiva 93/13 se opone a principios de tan indiscutible relevancia para la seguridad jurídica recogida en el artículo 9.1 de la Constitución como son los principios de justicia rogada, *reformatio in peius* y congruencia⁴.

Para el TJUE la efectividad del cese del uso de cláusulas abusivas por parte de las entidades bancarias (sentencia de 26 de junio de 2019, Addiko Bank, C-407/18, EU:C:2019:537) y la necesidad de que los consumidores afectados por las mismas vean restablecido su derecho no pueden venir limitadas por principios procesales nacionales siempre que el respeto del principio de efectividad no llegue al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor afectado (sentencia de 1 de octubre de 2015, ERSTE Bank Hungary, C-32/14, EU:C: 2015L 637), lo que no ocurrió en el caso aquí comentado.

Concluimos apuntando que con independencia de que la situación es esta a día de hoy, en el debate crítico que se ha planteado en la doctrina, fundamentalmente en la procesalista, lo determinante sería decidir si el desequilibrio que se produce de hecho en el mercado por la diferente posición de empresarios y consumidores y que está en la base del derecho sustantivo de consumo justifica también un tratamiento ventajoso de los segundos en el proceso⁵. Aunque también podría plantearse, como se ha hecho, si lo más adecuado no sería avanzar hacia un derecho procesal específico de consumo.

³ En la Sentencia de 26 de enero de 2017 (C-421/14, Banco Primus S.A) el TJUE había decidido que en orden a proteger a los consumidores si en un contrato existen una o varias cláusulas cuyo eventual carácter abusivo no hubiera sido examinado en un procedimiento anterior de control de dicho contrato, la Directiva 93/13 tiene que interpretarse en el sentido de que el juez nacional ante el cual se formula un incidente de oposición está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de estas cláusulas.

⁴ Por cierto que ya la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 19 de abril de 2022 (560/202) había estimado el recurso de apelación interpuesto por un consumidor contra la del Juzgado de 1 Instancia nº 33 de Madrid que no había aceptado las pretensiones del demandante en aplicación del principio de cosa juzgada. Condenada la parte demandada en un proceso anterior a la devolución de las cantidades cobradas desde el 9 de mayo de 2013 en aplicación de una cláusula suelo declarada nula, e incluso ejecutada la sentencia y consignadas aquellas, tras la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017 el consumidor había solicitado que se le devolvieran también las recibidas entre el 9 de mayo de 2013 y la fecha de la celebración del contrato.

⁵ Llegando a una conclusión negativa podemos ver el artículo de Agustín Pérez Cruz “La cosa juzgada ha muerto (y los principios procesales vilipendiados)”, AC 7-3, julio-agosto de 2022.

7.- BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

FERNÁNDEZ SEIJI, J. M^a., “Hacia un Derecho Procesal de consumo (Comentario a las recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de consumidores)”, *AC*, n.º. 7-8, julio-agosto 2022.

MARTÍN FUSTER, J.M., “La protección del consumidor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la apreciación de oficio de la nulidad y la flexibilización de los principios procesales”, *AC*, n.º 10, octubre de 2021.

PRATS ALVENTOSA, “Uso y abuso de la cuestión prejudicial ante el TJUE”, www.elnotario.es (fecha de consulta 25 de julio de 2023).