

# Decisiones de los órganos judiciales españoles en materia de Derecho internacional público\*

Juan Jorge PIERNAS LÓPEZ (coord.) [Universidad de Murcia]

Elena LÓPEZ-ALMANSA BEAUS [Universidad de Valencia]

José Elías ESTEVE MOLTÓ [Universidad de Valencia]

## I. JURISDICCIÓN UNIVERSAL: DE LAS PRIMERAS TENTATIVAS DE UNA CONTRARREFORMA DEL ART. 23.4 LOPJ A LA FRUSTRADA TENTATIVA DE INVESTIGAR LOS CRÍMENES COMETIDOS EN SIRIA

Una vez más en estos últimos meses la cuestión de la jurisdicción universal ha generado movimientos tanto legislativos, como en el orden judicial. Baste recordar que en el Congreso de los Diputados se está debatiendo la contrarreforma de la justicia universal gracias la proposición de ley orgánica presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana; iniciativa que cuenta con el apoyo de una mayoría parlamentaria. En efecto el 9 de septiembre de 2016 se presentaba la *Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la mejora de la justicia universal*, cuya redacción finiquitaría los obstáculos interpuestos tanto por la reforma del 2009, como la draconiana del 2014. En la exposición de motivos se deja patente cuál es la motivación de esta reversión legal: «*Las víctimas son universales y discriminarlas por su nacionalidad limita sus posibilidades de exigir justicia y poner coto a la impunidad. Por ello, siguiendo la tendencia internacional expansiva del principio de Justicia Universal, conviene revertir la reforma desarrollada entonces. De este modo, se pretende reinstaurar una autentica jurisdicción universal en el Estado español; reengrandeciendo de nuevo la calidad democrática de la justicia española y también la altura moral en el compromiso colectivo en la defensa de los derechos humanos*».

---

\* La selección se ha referido exclusivamente a decisiones judiciales adoptadas desde el 1 de septiembre de 2016, al 31 de agosto de 2017.

A su vez el 13 de diciembre de 2016 el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presentó su propia Proposición no de Ley en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, en la que se «*insta al Gobierno a que derogue la actual redacción del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativo a la jurisdicción universal, volviendo al enunciado anterior a las reformas realizadas por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre y por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo*».

El 17 de febrero de 2017 a su vez el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) presentaba en el Congreso su propia proposición de ley que «*recuperar la naturaleza genuina de la jurisdicción universal que lo es desvinculada de intereses nacionales, ya que el bien jurídico protegido es un interés internacional que se basa exclusivamente en las características de los delitos sometidos a aquella jurisdicción universal: Delitos que atentan contra la comunidad internacional en su conjunto, tales como crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, crímenes de tortura, desaparición forzada, entre otros, y que son los previstos en los tratados internacionales, al margen del lugar de comisión y de la nacionalidad de su autor y víctima. Volviendo, con ello, a incorporar al ordenamiento jurídico español al concierto de Estados de nuestro entorno más acordes con el fundamento de esa institución*». A pesar de estos loables propósitos esta proposición conserva en alguno de sus apartados las limitaciones actuales, y así por ejemplo en el apartado 5.b.1 la conexión nacional continúa siendo imperante, al estipularse que los tribunales españoles no serían competentes para perseguir universalmente crímenes internacionales si «*la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español*».

En la sesión plenaria del 21 de febrero de 2017 se debatió la proposición de ley del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana. En los enconados debates dialécticos, se vislumbra una mayoría por suprimir la reforma del 2014. Sin embargo, mientras Ciudadanos y PSOE defendieron la versión del artículo 23.4 LOPJ tras la reforma del 2009, el resto de grupos de la oposición justificaron la necesidad y coherencia de retornar a la versión original. Obviamente el grupo parlamentario popular se opuso a ambas consideraciones. Sea como fuere se pudo constatar una ajustada mayoría parlamentaria de 176 votos a favor, 136 en contra y 30 abstenciones de Ciudadanos a favor de la proposición de ley.

Junto a este devenir parlamentario, el Tribunal Constitucional ha ido examinando los distintos recursos de amparo de casos como los de Tíbet (TC, Sala Segunda, Sección Cuarta, nº recurso 3986/2015-P), Falun Gong y Couso (TC, Sala Segunda, Sección Tercera, nº recurso 6438/2016-A), y los ha acaba-

do por admitir a trámite, «apreciando que concurre una especial trascendencia constitucional». Al mismo tiempo el Tribunal Constitucional sigue sin resolver el recurso de inconstitucionalidad presentado por los diputados socialistas contra la reforma del 2014.

Otras noticias esperanzadoras se vislumbran en el orden judicial. Por un lado, el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional mediante auto de 27 de marzo de 2017 (Diligencias Previas 11/2017) admitió inicialmente a trámite la querrela dirigida contra distintos mandos del régimen sirio por haber cometido delitos de terrorismo de Estado y de desapariciones forzadas. Asimismo, habrá que seguir con detenimiento los esperanzadores avances ante el mismo Juzgado Central de Instrucción nº 6 en el caso sobre matanzas de jesuitas en El Salvador (caso Ellacuría) ya que el 22 de agosto de 2017 el juez Terrence Boyle del *U.S. District Court for the Eastern District of North Carolina* rechazó la petición de habeas corpus del coronel salvadoreño Orlando Montano, lo cual abre la puerta a su extradición a España. Con todo y a pesar de estos avances, el Tribunal Supremo ha acabado por desestimar los recursos de casación que quedaban pendientes de resolver en casos como los de Couso y Guantánamo

### **Sentencia de 25 de octubre de 2016**

#### **Sala de lo Penal, Tribunal Supremo**

Sentencia nº 797/2016. Recurso 37/2016. Caso Couso

Ponente: *Carlos Granados Pérez*

Por el presente fallo se desestiman los recursos de casación presentados por la familia Couso y la Asociación Libre de Abogados. De nuevo se llega al mismo callejón sin salida a los que avocó el auto recurrido de 25 de noviembre de 2015 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Y una vez más se reiteran los argumentos allí expuestos rechazando las peticiones de desestimación del sobreseimiento y archivo del sumario y la de promover la cuestión de inconstitucionalidad contra la LO 1/2014.

Asimismo, se rechaza la solicitud de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE por dudas en la interpretación del derecho de la UE, en especial de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, y fundamenta dicha denegación trayendo a colación «la STUE, de 6 de octubre de 1982 (ECLI: EU:C:1982: 335)»: asunto *Cilfit*: «un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una

*cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna; la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad».*

A continuación, la sentencia transcribe distintos fundamentos de derecho de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2015 en el caso Ruanda para afirmar que la redacción del nuevo art. 23.4 LOPJ no vulnera el derecho de los tratados; precisamente el auto recurrido en casación de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acudió a este mismo precedente para llegar al mismo veredicto que insiste en que *«de los Tratados, que configuran el Derecho Penal Internacional convencional, no se deriva con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta o incondicionada»*. Al mismo tiempo se reproducen seguidamente razonamientos de la sentencia 296/2015 del caso Tíbet para rechazar las alegaciones del planteamiento de una cuestión de constitucionalidad. El recurso de la familia Couso acude al apartado p) del art. 23.4 LOPJ para considerar de aplicación las Convenciones de Ginebra, ya que allí se hace referencia a *«cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente»*. Pretensión que de nuevo es rechazada al expresar que: *«Esta argumentación no puede ser aceptada. El apartado p) del art. 23 4º de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, pues constituye una cláusula de cierre aplicable exclusivamente a otros supuestos que pudieran ser objeto de un Tratado no contemplado en la regulación anterior. Así se deduce tanto de la interpretación literal de la norma, como de la lógica y de la teleológica. El citado apartado p) del precepto dispone expresamente: Cualquiera otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos. La interpretación del precepto según el sentido propio de sus palabras conduce con claridad a apreciar que se refiere a ‘Cualquier otro delito’, no a los mismos delitos que ya están contemplados en los apartados anteriores de la norma. Interpretarlo en otro sentido constituye un error manifiesto, pues el precepto es de una absoluta claridad e in claris non fit interpretatio. En segundo*

lugar, desde un punto de vista de la interpretación lógica de la norma, carece de sentido que se introduzca como cierre de un largo y minucioso precepto, como el analizado, una regla final que deje sin contenido las anteriores».

Asimismo respecto a la obligación internacional dispuesta en el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 en la que se establece que cada Estado parte «*tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad*» interpreta el Tribunal Supremo de forma retrógrada y *contra legem*, que «esta obligación está referida a los supuestos en que estos responsables se encuentren en el territorio del Estado firmante». Y para que no quede ningún asomo de duda sobre la cuestión concluye la sentencia al respecto: «*Por todo ello, y para que quede claro en éste y en otros procedimientos con similar fundamento, conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Sin que pueda extenderse dicha jurisdicción ‘in absentia’ en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia*».

### **Sentencia de 18 de noviembre de 2016**

#### **Sala de lo Penal, Tribunal Supremo**

Sentencia nº 869/2016. Recurso 308/2016

Caso Torturas Guantánamo

Ponente: *Carlos Granados Pérez*

Por la presente sentencia se desestiman los recursos de casación del caso Guantánamo. Se acude de forma reiterada y se transcriben a lo largo del fallo los fundamentos de derecho de las sentencias del Tribunal Supremo que sepultaron los casos Tíbet, y el relativo a los crímenes cometidos en los Grandes Lagos. Recuerdan que «ni el Derecho Internacional Convencional ni el Consuetudinario imponen un modelo de Jurisdicción Universal absoluto o *in absentia*». Es más, se permiten los jueces del Supremo valorar positivamente la Ley Orgánica 1/2014 ya que «no vulnera lo dispuesto en los Tratados ni en la práctica judicial internacional». Únicamente admite la sentencia

que en el caso de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, «*la Convención de Ginebra, a diferencia de otros Tratados, establece un sistema obligatorio de Jurisdicción Universal, en el sentido de imponer a cualquier país firmante la carga de localizar a los criminales de guerra que se oculten en el mismo, y llevarlos ante sus Tribunales, asumiendo jurisdicción extraterritorial para juzgarlos con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y de su nacionalidad. Pero esta Jurisdicción imperativa no se extiende a la obligación de iniciar investigaciones 'in absentia', de buscar a los responsables fuera de su territorio y de reclamarlos en cualquier caso*». Finalmente, tras denegar la petición de plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre la reforma, el fallo desestima los recursos y declara el sobreseimiento en aplicación de la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2014.

### **Auto de 27 de marzo de 2017**

#### **Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional**

Diligencias Previas 11/2017

### **Auto de 21 de julio de 2017**

#### **del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional**

Recurso de apelación 219/2017

Caso terrorismo y desapariciones forzadas en Siria

El presente veredicto del juez Eloy Velasco supuso un paso firme en favor de la justicia universal que ha quedado frustrado con posterioridad. En efecto, el auto, aun reconociendo la imposibilidad de perseguir los hechos como crímenes de lesa humanidad y de guerra (por la no concurrencia de los insalvables requisitos acumulables impuesto por la LO 1/2014), hace suyas las alegaciones del equipo de abogadas de Guernica 37 que, al acudir al concepto de «*víctima indirecta*» con nacionalidad española habilita la mencionada admisión según lo dispuesto en los apartados c) y e) del art. 23.4 LOPJ.

Asimismo, el auto se hace eco de distintas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas («Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2139 (2014) que recordó sus resoluciones 2042 (2012), 2043 (2012) y 2118 (2013), y las declaraciones de su Presidencia de 3 de agosto de 2011, 21 de marzo de 2012, 5 de abril de 2012 y 2 de octubre de 2013») en las que se condenan las graves violaciones de derechos humanos que se están cometiendo en Siria, y que pueden ser constitutivas de crímenes internaciona-

les. Es más, trae a colación el juez Velasco los infructuosos esfuerzos de poner fin a la impunidad en Siria. En efecto, el fundamento de derecho primero *in fine* del auto constata que «*la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos requirió se remitiera la situación siria ante la **Corte Penal Internacional**, lo impidió el veto chino y ruso en el seno del Consejo de Seguridad operado el 22/05/2014, razón por la que el 5/02/2015 la Comisión de Investigación Internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria determinó la necesidad de aplicar vías alternativas para obtener Justicia, incluyendo los procesos a desarrollar ante los Tribunales nacionales, en la línea de complemento del Estatuto de Roma a que se refiere el Preámbulo (4) de la Decisión 2003/335/JAI del Consejo, de 8/05/2003 sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra*».

A continuación, aprecia el juez que se han cometido en Siria los crímenes de lesa humanidad, de guerra, torturas y desapariciones forzadas que se denuncian en la querrela. Ahora bien, aun siendo «delitos de jurisdicción universal de primer grado» no pueden perseguirse; extremo que es aprovechado para cargar de nuevo de forma justificada y razonada contra la reforma. Siendo así, el juez Eloy Velasco no duda en calificar los puntos de conexión nacional para admitir la querrela de «restrictivos» y que «*de esa manera desnaturalizó lo que o es ‘de persecución universal’, o no es justicia contra el ser humano por el hecho de serlo, dondequiera y contra quienquiera que se produzca, máxime cuando no lo puedan hacer los Tribunales internacionales*».

Con todo salva el poder calificarse los hechos denunciados como delitos de terrorismo y constatarse en el caso víctimas de nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos, «en contra del criterio formalmente argüido por el Ministerio Fiscal». A continuación acude a toda una serie de resoluciones internacionales para interpretar el art. 23.4 LOPJ referido al «terrorismo transnacional», que relaciona con el fin de «*intimidar gravemente a una población*» del art. 1 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, con miras a atentar contra la vida de una persona con resultado de muerte, del mismo art. 1 a), atentando gravemente contra su integridad, a través de la tortura, art. 1 b) y con secuestro, art. 1 c)». Por otro lado, insiste en la impunidad del caso Siria a nivel internacional y de la necesidad tanto de «aplicar vías alternativas para obtener Justicia», como «*de hacerlo por los respectivos Tribunales nacionales ante la inoperancia del principio de subsidiariedad recogido en el art. 23.5 LOPJ –lo que sería una especie de principio de subsidiariedad al revés, para posibilitar la máxima internacional ... ‘aut iudicare’–*».



Seguidamente acude a la legislación interna y a la normativa internacional para aplicar el concepto de «víctima indirecta» al caso y así admitir a trámite la querrela. En concreto acude a «art. 2.1 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, o los arts. 8 y 9 de la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147, A/RES/147 de 16 de diciembre de 2005 sobre Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones» y al «art. 10.2 de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, cuando señala que ‘los Estados miembros tomarán, en caso necesario, todas las medidas posibles para garantizar una adecuada asistencia a la familia de la víctima’, y no sólo a la víctima directa».

Por último, tras invocar «el Convenio para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas hecho en New York el 20/12/2006, firmado por España el 27/09/2007, y en vigor para nuestro país desde el 23/12/2010», constata que según el art. 23.4.c) LOPJ la jurisdicción española es competente para perseguir este crimen al concurrir víctima de nacionalidad española.

Con todo, el auto del juez Velasco ha sido recurrido por la fiscalía y el 21 de julio de 2017 la mayoría de jueces del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha acabado por acceder a las pretensiones del ministerio público manifestadas en el recurso de apelación 219/2017. Siendo así se ha procedido a revocar el auto del juez instructor, inadmitiéndose finalmente a trámite la querrela presentada. Debe destacarse el voto particular encabezado por José Ricardo de Prada Solaesa y Ramón Sáez Valcárcel en el que de forma coherente motivan que resulta de aplicación al caso lo establecido en los Convenios de Ginebra. De esta manera, habida cuenta de las graves infracciones a estos tratados, concluyen que la jurisdicción española es competente para perseguir los crímenes internacionales denunciados cometidos por las fuerzas de seguridad sirias.

José Elías Esteve Moltó  
*Universitat de València*



## II. DERECHO DEL MAR

### **Sentencia de la Audiencia Nacional**

**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 7ª), de 10 de julio de 2017**

Recurso contencioso-administrativo núm. 115/2014

Ponente: *Excmo. Sr. D. Jaime Santos Coronado*

### **Sentencia de la Audiencia Nacional**

**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 7ª), de 10 de julio de 2017**

Recurso contencioso-administrativo núm. 182/2014

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Jaime Santos Coronado*

### **Sentencia de la Audiencia Nacional**

**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 7ª), de 7 de julio de 2017**

Recurso contencioso-administrativo núm. 183/2014

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Javier Eugenio López Candela*

En la fundamentación jurídica de estos pronunciamientos judiciales desestimatorios en materia tributaria se trae a colación la doble nacionalidad de buques que han pescado atún importado al mercado europeo por Calvo Conservas SL (recursos 115/2014 y 183/2014) y Calvo Distribución Alimentaria SL (recurso 182/2014), empresas que se dedican a la fabricación y comercialización de conservas de pescado, respectivamente. En base al doble registro y pabellón de dos de los buques pesqueros (Seychelles y El Salvador), entre otros motivos, se consideran inaplicables determinados beneficios arancelarios del Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG) y se respaldan las liquidaciones emitidas a cargo de las entidades.

Conforme refieren todas las sentencias (FD 1), la base jurídica de la inaplicabilidad de los beneficios ya se recogió en el informe de la misión conjunta de investigación de Oficina Europea de Lucha contra el Fraude de la Comisión Europea (OLAF)/EL Salvador, establecida para comprobar el origen real de las materias primas utilizadas por la filial del grupo en dicho país para la producción de lomos de atún congelados y para el atún enlatado exportado a la Unión Europea bajo la cobertura de los certificados de origen FORM A del SPG emitidos en El Salvador. Acreditada la existencia de un doble pabellón, conforme al Derecho internacional consuetudinario (incorporado por el artículo 6.2 de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar de 1958 y el artículo 92.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

de 1982), deben considerarse buques sin nacionalidad, y por tanto sin derecho a acogerse a los beneficios del sistema SPG. La falta de ratificación por El Salvador de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no influye en este criterio, dado que el citado país sí reconoce el principio del Derecho consuetudinario que impide a los buques enarbolar más de un pabellón y que, en todo caso, la Unión Europea puede, con base en dicho Derecho consuetudinario y las Convenciones firmadas, considerar que dichos buques no tienen nacionalidad.

Los recurrentes aducen la inconsistencia de los motivos invocados para la denegación de dichos beneficios arancelarios y para recaudar *a posteriori* los derechos de importación (FD 2 de los dos primeros pronunciamientos judiciales). En su defensa se encuentran informes de profesores de Derecho Internacional que no estiman acreditado el doble pabellón (sólo el doble registro) y ponen de relieve la confusión de la Agencia Tributaria entre el concepto de «pabellón» con el de «registro» y «abanderamiento» de buque, con diferente sanción en caso de duplicidad (apatridía y reparación de los daños causados). Pero la AN, en todos los supuestos (FD 6), comparte la visión de la OLAF y la Agencia Tributaria, a saber, que existe doble nacionalidad (pabellón) de los buques y por consiguiente no se puede aplicar el SPG.

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2<sup>a</sup>, núm. 974/2016), de 23 de diciembre de 2016**

Recurso de casación núm. 1331/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez*

Con un voto particular, el Supremo estima el recurso de casación y entiende que no hay jurisdicción española para conocer de los hechos objeto de querrela por el Ministerio Fiscal. Básicamente, según refirió el Ministerio (FD1), se trató del abordaje por una patrullera de Nueva Zelanda de tres buques pesqueros que se encontraban faenando bajo pabellón de Guinea Ecuatorial en aguas internacionales del Océano Antártico. Pescaban merluza negra con artes tradicionales –redes de arrastre o enmalle– en el área regulada por la Convención sobre la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos de 20 de mayo de 1980.

El Tribunal, haciendo suyas las argumentaciones de la defensa, sobresee la causa por no encontrar base para la jurisdicción española en el art. 23 LOPJ. Así pues, comienza por justificar que no hay jurisdicción con fundamento en

el art. 23.2 y 23.3 de la LOPJ (FD 6 y 7). En el primer caso, en la medida en que faltan dos de los presupuestos *sine qua non* para que esa capacidad de investigación y enjuiciamiento pueda ser afirmada. Por un lado, los hechos no son constitutivos de delito en territorio español, pues no concurren los tipos de los arts. 335 y 336 del CP. Por otra parte, tampoco concurre el requisito de la doble incriminación, esto es, que los hechos sean también punibles en el lugar de ejecución (han acaecido en aguas internacionales). Tampoco pueden ser encajados en alguno de los tipos penales mencionados en el art. 23.3 de la LOPJ.

De este modo, se sitúa la verdadera cobertura normativa para el adecuado tratamiento jurisdiccional de los hechos en el apartado 4, letras d) y p) del mismo precepto de la LOPJ (FD 8). Pero, nuevamente, no se dan los presupuestos. En él primero se dispone que la jurisdicción española será competente para instruir y castigar cuando las conductas hayan sido realizadas en aguas internacionales, en determinados tipos penales, entre los que no hallamos el delito de pesca ilegal. Por su parte, la cláusula de cierre que se contiene en el apartado p) del mismo precepto, extiende la aplicación de la ley penal a cualquier otro hecho delictivo ejecutado fuera del territorio nacional cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro. Sin embargo, la lectura de los principales preceptos de la Convención hecha en Canberra el 20 de mayo de 1980, referida a la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (arts. II, III, XXI, XXII y XXIV), no revela un propósito de las partes contratantes de imponer la persecución penal obligatoria de las infracciones de pesca en la captura de austromerluza.

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2<sup>a</sup>, núm. 730/2016), de 4 de octubre de 2016**

Recurso de casación núm. 10169/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco*

En este caso el TS no estima las pretensiones de los recurrentes, y sí que afirma la jurisdicción española para el enjuiciamiento de delitos de tráfico ilegal de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas cometidos en medios marinos en base al art. 23.4.d LOPJ. Como el buque carece de abanderamiento legítimo y no existe jurisdicción preferente, la subsidiaria de quien ejercita el abordaje en aguas internacionales y detiene a los tripulantes deviene principal.

Es en el fundamento jurídico cuarto donde se explicita que, como el pabellón congolés es ficticio, se permite la aplicación del Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, dentro de las competencias de los órganos judiciales españoles en materia de jurisdicción universal. Se cita sentencia anterior (STS 704/2015, de 11 de noviembre) para decirlo de otro modo: si la Convención del Derecho del Mar faculta la intervención o derecho de visita a cualquier Estado sobre los buques carente de nacionalidad (derivado de que no pueden acogerse a la protección de ningún Estado concreto), al no existir jurisdicción preferente del pabellón, cobra efectividad la subsidiaria consecuente al derecho de visita.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª, núm. 716/2016),  
de 26 de septiembre de 2016**

Recurso de casación núm. 10075/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón*

Al igual que en el supuesto anterior, el Supremo desestima el recurso por considerar que España posee jurisdicción para conocer de delitos contra la salud pública cometidos por polizones colombianos que se colaron en la grúa del buque con bandera italiana que se encontraba fondeado en la bahía de Turbo (Colombia), buque de carga que iba a realizar la ruta desde Colombia hasta Europa, con el puerto de Tarragona como primer punto de atraque. Descubiertos en medio del océano Atlántico, quedaron custodiados en un camarote hasta que el 3 de noviembre de 2014, agentes de la Guardia Civil accedieron al barco previa autorización del capitán, procediendo a custodiar tanto la sustancia intervenida como a los tres acusados hasta la llegada del buque al puerto de Tarragona.

El segundo fundamento jurídico desecha que exista infracción de ley por indebida aplicación del artículo 23.4 apartado d) de la LOPJ y los artículos 4 y 17 de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988). No es cierto que España carezca de jurisdicción para enjuiciar un delito de tráfico de estupefacientes cometido en aguas internacionales en un barco de pabellón no español porque no exista ningún elemento de conexión con el territorio español que justifique la asunción del enjuiciamiento por los tribunales españoles. De hecho, tal y como recuerda la Audiencia de Tarragona en

la sentencia impugnada, la sentencia del Pleno de la misma Sala de 23 de julio de 2014 ya aclaró que las dos reglas de atribución de jurisdicción para los casos de delitos de tráfico de drogas tóxicas y sustancias estupefacientes (letras d) e i) del art. 23. 4) son normas de atribución competencial distintas y autónomas, y por tanto, con un propio y específico ámbito de aplicación para cada una de ellas sin que los requisitos de ambos apartados sean cumulativos.

En consecuencia, en el caso enjuiciado, la atribución de jurisdicción a los Tribunales españoles viene establecida por la aplicación del párrafo d) del art 23.4 de la LOPJ, que, por su carácter de norma especial, ha de ser aplicado con carácter preferente en supuestos de delitos cometidos en espacios marinos, con independencia de que los acusados sean de nacionalidad colombiana, de que la embarcación sea de nacionalidad italiana, de que el descubrimiento de los delitos se realizara cuando el buque se encontraba a media travesía hacia el puerto de Tarragona, y de cuál fuera el destino final del buque, y ello porque la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en relación con el Convenio de Montego Bay sobre el Derecho del Mar, permite la atribución de jurisdicción al legislador español, asumida expresamente en el art 23. 4. d) de la LOPJ conforme a la reforma operada por la LO 1/2014 de modificación de la LOPJ relativa a la justicia universal.

**Sentencia de la Audiencia Nacional  
(Sala de lo Penal, sec. 3<sup>a</sup>, núm. 27/2016), de 1 de septiembre de 2016**

Recurso núm. 8/2015

Ponente: *Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Clara Eugenia Bayarri García*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2<sup>a</sup>, núm. 228/2017),  
de 3 de abril de 2017**

Recurso de casación núm. 10612/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Alberto G. Jorge Barreiro*

Se analizan conjuntamente estos dos pronunciamientos judiciales por su íntima conexión, si bien es el primero el que nos interesa especialmente por cuestiones ligadas al Derecho Internacional del Mar y la jurisdicción española. Por un lado, la sentencia de la Audiencia Nacional falla condenando por delitos contra la salud pública. Posteriormente, el TS anula este fallo por basarse en escuchas telefónicas ilegales y absuelve a los recurrentes (FJ 5).

El supuesto se refiere a un buque de pabellón estadounidense con tripulación de Croacia, Montenegro y Serbia que realizaba un transporte de cocaína desde costas de Sudamérica hacia Europa. Policías españoles lo abordaron en aguas internacionales en mitad del Atlántico Norte y lo remolcaron al puerto de Las Palmas de Gran Canaria, contando con previa autorización judicial española para la detención, abordaje, inspección y remolque. Sin embargo, ésta se basaba en una autorización del Departamento de Estado de los Estados Unidos que era limitada, y no cedía jurisdicción, sino que solicitaba en caso de hallazgos positivos se mantuviese el barco en aguas internacionales hasta tanto se resolviese por Estados Unidos el destino del mismo. No obstante, posteriormente sí que hubo cesión de jurisdicción para enjuiciar, pues, en Expediente Gubernativo de Cesión de Jurisdicción Internacional nº 2/2016 del Juzgado Central de Instrucción español, se solicitó y obtuvo cesión de la jurisdicción estadounidense a favor de la Audiencia Nacional, a lo que se accedió por el Gobierno de los Estados Unidos en nota verbal 144 de 19 de febrero de 2016.

Precisamente, varios de los motivos de nulidad esgrimidos por los acusados en el procedimiento ante al AN (nulidad del procedimiento y de la incautación de droga en alta mar) tienen que ver con la ausencia de jurisdicción, ya que consideran que hubo extralimitación de las autoridades españolas al realizar el abordaje y que la cesión posterior de jurisdicción estadounidense no convalidaba esta nulidad. No obstante, la AN no atiende a estas peticiones y descarta las nulidades, al entender que las irregularidades procesales se sanaron por la posterior cesión de jurisdicción estadounidense.

Elena López-Almansa Beaus  
*Universitat de València*

### III. APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES: DE LOS EFECTOS DEL LAUDO ARBITRAL DEL CIADI EN MATERIA DE ENERGÍA SOLAR A LA CUESTIONADA PERSECUCIÓN DEL AUTOADOCTRINAMIENTO YIHADISTA

En este apartado se hará referencia a asuntos tan dispares relativos a aplicación de normas internacionales en materias como la energía solar y la persecución del yihadismo. En primer lugar, necesariamente debe consignarse el laudo del CIADI de 5 de mayo de 2017 en el que, aplicándose a España el

Tratado de la Carta de la Energía (TCE), se condena al Estado a indemnizar en 128 millones de euros a un grupo de empresas que se vieron perjudicadas por el recorte de primas a las renovables. El asunto puede tener un contundente efecto económico ya que continúan pendientes ante este organismo del Banco Mundial otras veintisiete reclamaciones.

En otro orden de prioridades y gravedad, la amenaza terrorista yihadista continúa al alza aunque ha venido siendo combatida por parte de la decisiva actuación del ministerio público y de los jueces de la Audiencia Nacional. A pesar de los ingentes esfuerzos judiciales, atentados como los de Barcelona y Cambrils de 17 de agosto de 2017 no han podido evitarse. Sobre estos actos terroristas, de forma inmediata el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional abrió diligencias previas 60/2017, decretándose auto de prisión comunicada e incondicional para dos de los presuntos yihadistas el 22 de agosto de 2017. Debe remarcarse que en los múltiples procedimientos que se han seguido en distintos tribunales españoles se ha acudido a normas internacionales para fundamentar jurídicamente investigaciones y sentencias condenatorias. Con todo, se ha constatado recientemente una discrepancia jurídica en relación a la cuestión del autoadotrinamiento yihadista entre los jueces de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

### **Inaplicación del laudo arbitral del CIADI en el caso de las renovables**

**Sentencia 1265/2017 de 14 de julio de 2017,  
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª,  
Recurso 749/2014,  
que trae causa del:**

**Caso CIADI nº ARB/13/36. Laudo de 4 de mayo de 2017.  
Procedimiento de arbitraje entre Eiser Infrastructure Limited y  
Energía Solar Luxembourg S.à r.l. contra el Reino de España**

El presente laudo condena a España por el recorte de las primas a las renovables. Ahora bien, no ha sido el único precedente en la materia. Las distintas demandas que acumula España ante el CIADI denuncian la reforma del régimen regulatorio de la generación de energía mediante sistema fotovoltaico establecido en el 2007 y al que se acogieron los inversionistas demandantes, y



cuyas enmiendas legales del 2010 consideran infringen lo dispuesto en el TCE y les da derecho al oportuno resarcimiento indemnizatorio.

El contenido del litigio o núcleo central del mismo deriva del hecho por el cual en el citado 2007, cuando se constituyó la mercantil de la que son socios las demandantes, el Reino de España reguló el sector de las energías renovables otorgando incentivos y subvenciones a las empresas que pretendiesen desarrollar esta actividad. A través de este régimen legal se establecieron tarifas y primas favorables a los inversores, con el objeto de atraerlos. Posteriormente, en el año 2010 se modificó dicho régimen regulatorio causando con ello, a juicio de las demandantes, graves daños y perjuicios económicos. Como antecedentes a las decisiones de los inversores en este tipo de energía, nos encontramos con que el 24 de mayo de 2005, el Ministerio de Industria publicó un informe titulado, «El sol puede ser suyo», señalando que la energía fotovoltaica suponía una inversión razonable y hasta podría alcanzar una rentabilidad del 15%. Establecía asimismo facilidades para la inversión a través de créditos concedidos por el ICO. Asimismo, en 2005 el gobierno presidido por Rodríguez Zapatero estableció el Plan de Energías Renovables 2005-2010, sentando como factor propicio un nuevo marco legislativo adecuado y estable, añadiendo que una normativa reguladora de este tipo de energía debía generar confianza a los productores consolidada en su permanencia. También volvía a efectuar mención sobre su rentabilidad. Distintas publicaciones oficiales coinciden en el establecimiento de un marco regulatorio estable.

Con fecha 25 de mayo de 2007 se publica el R.D. 661/2007 por el que «se regula la actividad de la energía en el régimen especial [...] garantizando a los titulares de instalaciones en [...] una retribución razonable». En esta norma se crea la necesidad de inscribirse en un registro administrativo para que las empresas de este sector de renovables puedan aplicar el régimen económico que se establece para ellas. El marco regulatorio venía a establecer favorables tarifas, primas e incentivos a la producción. A su amparo proliferaron las empresas para desarrollar esta actividad, entre ellas T-Solar que se inscribió en el pertinente registro administrativo, a fin de serle accesible los beneficios establecidos en la normativa entonces vigente. En el año 2009 las ahora demandantes adquirieron acciones de la citada empresa, pasando a ser accionistas de la misma.

El gobierno de España en el año 2010 a través del R.D. 1565/2010, procede a modificar la regulación del sector, y continúa haciéndolo mediante el R.D. Ley 14/2010. Como medidas más sobresalientes nos encontramos con que: 1.º Se exigen requisitos técnicos adicionales sin cuya cumplimentación no se podrá percibir la tarifa, y tendrá que venderse la energía generada a precio de mercado

(R.D. 1565/10). 2.º Se procede a limitar las horas en las que la energía que se produce estará tarifada (es decir, primada). 3.º Se establece la obligación de pago del peaje por el uso de las redes de transportes y distribución.

Posteriormente y hasta el 2013 se producen otras modificaciones legislativas menores hasta culminar con el Real Decreto-Ley 9/2013 de 12 de julio. Esta normativa modifica profundamente el sistema compensatorio retributivo. El 26 de diciembre de 2013 se publica la nueva ley 24/2013 reguladora de este sistema de energía, a la que sigue la Orden IET/1065/2014 que fija los parámetros retributivos.

Una primera demanda contra el CIADI ya es presentada por compañías mercantiles accionistas del Grupo T-Solar Global S.A. que da lugar a un primer laudo arbitral en la materia de 21 de enero de 2016.

Considerando los demandantes que las nuevas regulaciones lesionaban gravemente sus derechos económicos adquiridos al amparo de las normas con base en las que se realizaron las inversiones, procedieron a iniciar conversaciones previas a una demanda de arbitraje ante el CIADI, la que efectivamente presentaron el 7 de mayo de 2012. La demanda parte del hecho de que el Reino de España estableció un régimen especial regulatorio para la generación de electricidad mediante energía solar fotovoltaica. Al estimarla como energía renovable le aplicó un sistema de primas y tarifas y subvenciones que la incentivaba. Presentó el sistema como muy atrayente desde el punto de vista económico para lograr inversores y posteriormente modificó ilegalmente este régimen especial causando graves daños a los inversionistas. A esta demanda se opuso la demandada (España) a través de distintos motivos, tanto procesales como de fondo.

Las excepciones procesales, que son las que realmente hacen atractivo el caso, se refieren a:

a) Falta de objeto de la Litis. La demanda se funda en una legislación derogada en el año 2013, y esta legislación actual no es objeto de impugnación en esta Litis. En consecuencia, las nuevas normas absorben situaciones anteriores y ante ello el apoyar las pretensiones en normas que ya no están vigentes no pueden servir de fundamento alguno y suponen un «atropello» al debido proceso.

b) Que el Tribunal carece de jurisdicción, lo que basan en los siguientes argumentos:

Primero. Electa vía. Se estima que la demandada ya presentó demanda ante la jurisdicción española (TS, TC). Demandas, formuladas por ahora, que tienen la misma la identidad de parte y asimismo identidad de objeto. Segun-

do. Que los demandantes no tienen el carácter de inversores. Tercero. Que se trata de una cuestión intraeuropea y por tanto sujeta al régimen normativo de la UE.

El Tribunal analiza estas cuestiones procesales y las rechaza. Respecto de la llamada electa vía prevista en el artículo 26 del TCE, con ella se tiende a evitar que el inversor acuda a dos mecanismos diferentes y paralelos de resolución de conflictos. Para que dicha excepción pueda prosperar se exige una triple identidad de partes, objeto y fundamentos. Es cierto que, con anterioridad a la presente decisión arbitral, el problema fue examinado tanto por el TS español como por el TEDH, y tales procedimientos fueron iniciados a instancias de Grupo T-Solar e Isolux, ante el TS y por filiales de T-Solar ante el Tribunal Europeo.

Según el CIADI las empresas ahora demandantes no son las mismas que las que formularon las previas demandas. España sin embargo sostiene que hay que «analizar la esencia de las reclamaciones» y en este sentido «la realidad económica de la estructura societaria de las distintas entidades presentes en los procedimientos». Ya que de no ser así bastaría el emplear sociedades interpuestas para obviar esta excepción. El Tribunal si bien acepta esta argumentación, estima que no concurre en el presente caso, puesto que para que ello fuese así, se precisaría el detentar «el poder de decisión en Grupo Solar e Isolux», y ello no ha sido demostrado. Según el Tribunal el concepto de inversor debe analizarse por el criterio jurídico de la constitución de la sociedad, pues este criterio es el establecido por el TCE.

Se alegó también por el Reino de España que existía una cláusula de desconexión implícita y al respecto se le replica que el TCE debe interpretarse de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Ginebra que establece la interpretación sobre la base de la buena fe; y en este sentido afirma que el TCE no dispone de ninguna cláusula de este tipo. Por último, se pasa al examen de la excepción de la demandada relativa a que el artículo 344 del Tratado UE «no permite a los Estados Miembros a resolver controversias sobre derecho de la UE mediante arbitraje internacional». Señala el Reino de España que «el objeto y propósito del artículo 344 del Tratado Fundacional es que un Estado miembro no pueda ser parte de una controversia que implique responsabilidad del Estado».

El Tribunal no acepta esta argumentación ya que «si la tesis de la demandada fuera cierta, ningún tribunal estatal podría decidir nunca tema alguno que implique una interpretación de los tratados europeos cada vez que la responsabilidad de un Estado Miembro estuviese en juego».

Tras el examen de las excepciones procesales, finalmente el Tribunal pasa al análisis del fondo del asunto, en el que los demandantes pretenden ser indemnizados por cuanto la demandada ha violado el artículo 13 del TCE al modificar su sistema legislativo hasta tal punto que constituye una expropiación. Asimismo, también se considera infringido el artículo 10 que establece la obligación de proporcionar medios efectivos para presentar demandas. Y por último que la demanda es inadmisibile por falta sobrevenida de objeto. La oposición fundada en que la demanda debe ser inadmitida por falta sobrevenida de objeto, es rechazada en tanto en cuanto si existió un periodo transitorio a partir del año 2010 hasta el 2013, en el que pudieran haberse causado perjuicios que de ser estimada la demanda deberían ser resarcidos. La sentencia analiza el concepto de expropiación o medidas equivalentes de la inversión realizada, señalando que están prohibidas por el artículo 13 del TCE. Para efectuar una interpretación adecuada debe previamente conceptuarse qué es una inversión protegida, y a este fin y centrándose en los elementos facticos del caso, considera que esta protección podía extenderse bien a las acciones que adquirieron las demandantes de la empresa española o bien a los rendimientos esperados, tal como prevé el artículo 1 del TCE. Para el tribunal una expropiación puede abarcar tanto la privación como la pérdida de valor de la inversión, pero en todo caso para que una medida pueda ser conceptuada como equivalente a una expropiación «sus efectos tienen que ser de tal magnitud que se pueda considerar que el inversor haya sido privado, total o parcialmente, de la inversión». Una simple disminución del valor de las acciones no puede considerarse una expropiación ni tampoco una reducción de la rentabilidad si se mantiene esta positiva. Ni habiéndose dado ninguno de estos supuestos se concluye en que no ha existido expropiación alguna.

Se alegó también que «España no cumplía con lo dispuesto en el artículo 10 del Tratado en cuanto su derecho nacional no proporciona medios eficaces para la tramitación de demandas y el ejercicio de derecho en relación con las inversiones». La demandada se opuso citando que todo ciudadano puede pedir al juez ordinario que plantee al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad. Igualmente pueden los inversores acudir a los tribunales a través de la vía del ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial. Por último, el Tribunal hace un extenso análisis del artículo 10 del TCE dilucidando la queja de los demandantes por la cual España vulneró «el estándar de trato justo y equitativo» al realizar las modificaciones legislativas. Como base del enjuiciamiento de esta cuestión se establece que según «el derecho de buena fe de derecho internacional consuetudinario, un estado no puede inducir

a un inversor a realizar una inversión, generando expectativas legítimas para luego desconocer los compromisos que hayan generado dichas expectativas». Bajo este prisma se examina la conducta del Reino de España en este caso concreto y centra el problema en «analizar si el ordenamiento jurídico vigente en el momento de realizar la inversión podía en sí mismo generar expectativas legítimas». Ciertamente es que España llevó a cabo una campaña dirigida a lograr inversores, pero la misma no fue suficientemente específica para haber generado expectativa alguna. Los inversores deberían haber realizado una completa *Due diligence* que hubiese previsto en un sector tan cambiante la posibilidad de modificaciones legales y ello no se efectuó. El principio de trato justo y equitativo supone que el Estado no actuara de forma irrazonable, desproporcionada o contrario al interés público y tales requisitos no se sucedieron con la publicación de la norma de 2010. La limitación de horas anuales elegibles a tarifa según el tribunal no es susceptible de generar expectativas bajo el derecho internacional, y más por cuanto se establecieron de forma racional en función de criterios objetivos basados en distintas zonas climáticas. En definitiva, que las normas de 2010 no suprimieron características esenciales en que se basó la inversión. Todas estas son las consideraciones que llevan al CIADI a desestimar esta primera demanda. Aprecia, es cierto que la modificación legislativa de 2010 tuvo influencia en los resultados de la inversión, pero no afectó a la misma de manera sustancial hasta el punto de estimar que constituyó una «expropiación» ni directa ni indirecta.

Se ha hecho referencia a este laudo inicial, ya que el posterior **laudo 13/36 de 4 de mayo de 2017 en el caso denunciado por Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.L. R.L. contra el Reino de España**, sorprendentemente llega a un veredicto condenatorio. En el presente caso el tribunal aprecia que las modificaciones que efectuó España en los años 2013 y 2014 respecto de la regulación que en el momento de la inversión de las energías renovables fueron de tal índole que supusieron una expropiación y en consecuencia condena al Reino de España al pago de la pertinente indemnización. Habida cuenta de que un anterior laudo fue favorable a España, es oportuno el realizar un examen de la posición de las partes para llegar a vislumbrar la solución que da el organismo del Banco Mundial.

La parte demandante establece los siguientes hitos fácticos a partir de los cuales desarrollara sus pretensiones y fundamentos de derechos que fundamentan su pretensión. Los principales hechos hacen referencia: a) Se realizaron inversiones en España superiores a 126 millones de euros en plantas de energía solar concentrada. b) Para financiar tales inversiones incurrieron

en fuertes endeudamientos y préstamos ante las entidades de crédito que las concedieron al considerar la rentabilidad de la inversión a realizar. c) Dicha inversión se llevó a cabo ante la confianza creada por España de que la misma gozaría de incentivos y primas establecidas en el régimen regulatorio estable de estas energías llevado a cabo por el RD 661/2007, que les confirió unos derechos económicos inmutables. d) Que antes de llevar a cabo las inversiones, por un prestigioso bufete de abogados se efectuaron las pertinentes *Due diligence* las cuales concluyeron aconsejando la inversión. e) Que España observó públicamente y ante los inversores una conducta creadora de confianza en la perdurabilidad de la rentabilidad asegurada por la legislación entonces vigente. Sin embargo, a partir del año 2010 y fundamentalmente en 2013 y 2014 se procedió a una nueva regulación que cambió totalmente el marco jurídico-económico en que se había desarrollado la inversión y que derivaba hacia una práctica expropiación de la misma violando el TCE al privarles de un trato justo y equitativo.

A todas estas alegaciones se opuso España señalando que en modo alguno se había dado a los inversores un trato no justo ni equitativo y por tanto no se les había privado de la inversión; continuando los demandantes siendo titulares de las acciones que habían adquirido de las compañías generadores de la energía solar, las cuales continuaban obteniendo ingresos significativos, obteniendo con ello una rentabilidad razonable. Estimaba el Reino de España que las *due diligence* efectuadas por los inversores fueron muy deficientes y de haber llevado a cabo las mismas de forma adecuada habrían ciertamente previsto que era razonable que la legislación no era estática y que España tenía y tiene derecho a legislar de acuerdo con la situación existente en cada momento teniendo presente el bien común.

Explanados los hechos como fundamentos legales, la parte actora adujo que por el Reino de España: 1.- Se había llevado a cabo una expropiación violando con ello el artículo 13 del TCE. 2.- No se les había dado un trato justo lo que implicaba infracción del artículo 10 del citado TCE. 3.- Se les había causado un grave deterioro económico a través de la implantación legal de medidas regulatorias «drásticas» perjudiciales. 4.- Por último, también con violación del artículo 10 del TCE, se habían incumplido las obligaciones contraídas con las inversiones.

El Tribunal pasa al examen de las cuestiones planteadas y considera que todas pueden subsumirse en la interpretación del concepto «trato justo y equitativo», el cual para los demandantes debe «interpretarse a la luz del objeto y fin del TCE que es garantizar CONDICIONES ESTABLES y transparentes

en la inversión» Señalan que invirtieron fuertes sumas en función de las condiciones establecidas en el RD 661/2007 «diseñado para atraer inversiones», que además contiene «una cláusula de estabilización en el artículo 44». El Estado español generó unas expectativas detalladas en las llamadas presentaciones (*road shows*) que tendían a lograr inversiones, expectativas que siguieron creándose en el RD 1614/2010. Y para los inversores tales expectativas eran legítimas, extremo que no comparte la demandada ya que para esta no era razonable que esperaran que el sistema regulatorio de 2007 quedara congelado durante cuarenta años. España, expresa, no realizó promesas ni asumió compromiso alguno y no existe la cláusula de estabilización predicada por la parte actora. Las presentaciones que se hicieron eran simplemente informativas de hechos «no compromisos vinculantes».

Tras la exposición de los hechos, pretensiones y fundamentaciones jurídicas de las partes, el Tribunal entra en el examen de ellas y a este fin estima que, ante la posible inexistencia de compromisos explícitos garantizadores de la inversión, «los tratados en materia de inversiones no eliminan el derecho de los estados a modificar regímenes regulatorios». Es más, «el estándar de trato justo y equitativo no otorga un derecho de estabilidad regulatoria per se». Ahora bien, la obligación de dar un trato justo y equitativo puede dar lugar a un derecho de compensación como «resultado del ejercicio del reconocido derecho a regular de un Estado». En definitiva, el TCE si protege a los demandantes frente al cambio «total e irrazonable». El Tribunal sale al paso de alegaciones sobre posibles antecedentes, precisamente en el caso Charanne (Isolux), cuya sentencia fue desestimatoria para los demandantes, señalando que tenía bases distintas a las que ahora se discuten puesto que basaba su demanda en los cambios legislativos anteriores a los RD de 2013 y 2014, que supusieron consecuencias menos drásticas para los inversores. Para el tribunal cuando un Estado firma un tratado bilateral de inversión «se compromete a cumplir con él». La argumentación de España por la cual el inversor asume un riesgo sobre los cambios regulatorios no es aceptable, ya que el riesgo se asumió con el principio por el cual si dicha reforma era radical recibirían un trato justo y equitativo.

Ahora bien, el concepto de trato justo y equitativo debe ser examinado a la luz de lo dispuesto en la Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que señala que los tratados deben de ser interpretado de buena fe y que para determinar el significado de un determinado concepto hay que acudir a que el mismo se adecue a la finalidad del tratado. En este sentido señala el Tribunal que el TCE en su art. 2 que persigue un marco legal «para



fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía», lo que está en la línea de la Carta europea de la Energía de 1991 cuando hace referencia a «un régimen de inversión estable». Todo ello conduce según el Tribunal a que al interpretar el concepto de trato justo y equitativo habrán de tenerse en cuenta los principios de estabilidad legal y transparencia. Y se infringe este principio cuando «el marco legal dentro del cual la inversión se realizó y opera ha sido cambiado de manera importante». Ello no impide que el Estado que acoge la inversión no pueda evolucionar legislativamente, y las expectativas de cualquier inversor deben concebir dicha incidencia, pero la misma no «puede alterarse radicalmente» de tal manera que prive a los inversores del valor de lo invertido. La estabilidad legal es pues «un elemento esencial en la valoración del estándar del trato justo y equitativo». Por ello los demandantes no podían esperar que la legislación permaneciese estática, pero al Estado le estaba prohibido llevar a cabo modificaciones legales de tal índole que llegase a reducir de forma sustancial la inversión realizada o sus esperados beneficios, ya que «el artículo 10 del TCE les daba derecho a esperar que España no modificaría de forma drástica y abrupta el régimen del que dependía la inversión, de una forma que destruyese su valor». Así pues, el Estado Español con las reformas de 2013 y 2014 condujo a la consecuencia de que los ingresos esperados de la demandante se redujeran en un 66% en comparación con los que se obtenían con la legislación bajo la que se hizo la inversión. Además, el concepto de rentabilidad razonable empleado por la nueva legislación se llevó a cabo de forma teórica sin tener en cuenta la realidad del sector lo que condujo a la reducción de ingresos referenciada.

En conclusión, el Tribunal expresa que el cambio legislativo es lícito, pero «lo que está prohibido al Estado es actuar de manera injusta, irrazonable o inequitativa» en el ejercicio de esta facultad, y en este caso España llevó a cabo las modificaciones origen de la demanda sin ajustarse a estos parámetros. Veredicto que acarrea a España a indemnizar a la empresa inversora el capital invertido de 128 millones de Euros. Ahora bien, la ejecución de la sentencia se ha suspendido provisionalmente ya que España ha presentado un recurso por conflicto de intereses que suscita la participación de un árbitro en el CIADI que se considera afín a las pretensiones de la empresa. Sea como fuere las 27 demandas pendientes de resolver y el precedente de este laudo que considera vulnerado por España el tratado de la Carta de la Energía genera inquietud sobre el hipotético y futuro impacto económico de otras resoluciones condenatorias.

Podría haberse supuesto que con esta decisión quedaban zanjadas cuantas cuestiones se habían suscitado en España con respecto a las modificaciones

legales de 2013 y 2014; y en este sentido múltiples inversores españoles aportaron en sus demandas el citado Laudo ante los órganos judiciales internos. Sin embargo, el resultado no ha sido el esperado y el TS en diversas sentencias por ejemplo la de la Sala de lo Contencioso Administrativo nº 1265/2017, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 3, Rec. 749/2014 de 14 de Julio de 2017, inadmite las reclamaciones señalando que a efectos de lo dispuesto en el artículo 271.2 de la LEC el Laudo del CIADI no es aplicable en España, y que además existen otros dos previos fallos desfavorables a los inversores. Esta sentencia tiene un voto particular en contra muy razonable que señala que: *«Pues bien, considero que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima debían haber llevado a esta Sala a interpretar la nueva regulación eléctrica y, en particular, el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014, en un sentido estrictamente ajustado a su aplicación sólo a partir de la mencionada fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013. Desdichadamente se ha dado plena prevalencia a consideraciones generales ajenas a la estricta interpretación de las normas en juego, como el interés del sistema eléctrico o la congruencia interior del nuevo sistema –consideraciones que en todo caso sin duda había que tener presentes–, por encima del interés legítimo de los sujetos del sistema que han operado en el mismo de conformidad con la regulación que el legislador había puesto en marcha y que ha modificado luego de forma drástica. En efecto, el desarrollo que el Real Decreto 413/2014 y la Orden 1045/2014 han hecho del sistema instaurado por el Real Decreto-ley 9/2013 aplica el mismo con una retroactividad de grado máximo que no era exigida por ésta última disposición (pese a que la misma tuviera en cuenta parámetros anteriores a su entrada en vigor) y que, a mi entender, vulnera con claridad los principios de seguridad jurídica y confianza legítima».*

El problema estriba en que los inversores españoles no pueden acudir al CIADI y sí solo a los tribunales nacionales, con lo que nos encontraremos, posiblemente, con que se fijen indemnizaciones a los inversores extranjeros por el CIADI y los españoles queden sin indemnizar. Ciertamente, les queda la vía de la Responsabilidad Patrimonial de Estado, de conformidad al art. 106 CE, pero prevemos que también estará llena de muy agudas trabas jurídicas. En cualquiera de los casos parece evidente que nos hallamos ante una cierta discriminación de naturaleza jurídica, con cierto matiz infractor de los artículos 14 y 24 de la CE, pues los extranjeros disponen de mayor defensa jurídica que los inversores nacionales, pudiendo acceder a jurisdicciones arbitrales a pesar de todas las cautelas que deben tenerse sobre las mismas. La situación podría agravarse si se produjesen múltiples sentencias condenatorias contra España por parte del CIADI totalmente contradictorias con las del TS.

## **Sobre la persecución penal del yihadismo y la controversia del autoadoc-trinamiento**

La amenaza terrorista yihadista está siendo combatida en parte por la decisiva actuación del ministerio público y de los jueces de la Audiencia Nacional. En este sentido, la exigencia de responsabilidades penales por delitos de terrorismo está aumentando de forma exponencial, pero no únicamente el mayor número de diligencias previas incoadas vienen dadas por la activa labor de la fiscalía, sino que los jueces centrales de instrucción de la Audiencia Nacional están siendo especialmente combativos y eficaces en este ámbito. Siendo así, las actuaciones son más que prolíficas, y desde hace años se concretan desde cientos de expedientes de extradición y órdenes europeas de detención y medidas cautelares hasta los posteriores y crecientes juicios orales y sentencias. De esta forma son cuantiosos los procedimientos penales abiertos en relación a este tipo de causas que traen a colación distintas normas internacionales: desde decisiones marco de la UE a resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, como la 2178, que ha provocado en el orden interno relevantes reformas legales. En concreto la Fiscalía de la Audiencia Nacional dejaba constancia en el informe anual de la Fiscalía General del Estado del aumento del yihadismo y de su importancia en España (Informe de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2016, pp. 249 y ss.).

Entre los distintos pronunciamientos destacan los autos de prisión provisional contra integrantes del Daesh:

### **Auto de prisión provisional de 25 de mayo de 2017**

**Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional.**

Diligencias Previas 14/2017.

Caso Abdessamad Ghailani Hassani

### **Auto de prisión provisional de 25 de mayo de 2017.**

**Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional.**

Diligencias Previas 14/2017.

Caso Zouhair Terrach

Asimismo especial mención merece la cuestión de las condenas por autoadoc-trinamiento yihadista:

**Sentencia de 17 de febrero de 2017**

**Sala de lo Penal, Sección segunda, Audiencia Nacional**

Sentencia nº3/2017.

Ponente: *Enrique López y López*

**Sentencia de 17 de mayo de 2017**

**Sala de lo Penal, Tribunal Supremo**

Nº resolución, 354/2017.

Ponente: *Andrés Palomo del Arco*

Esta cuestión del autoadotrinamiento ha sido igualmente tratada por el Tribunal Supremo que por primera vez ha anulado una sentencia previa de 30 de noviembre de 2016 de la sección tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de condena por autoadotrinamiento. En este veredicto se acude a la jurisprudencia del TEDH, a la Directiva UE 2017/541, al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE nº 196), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, al Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo y a la Resolución 2178 de Naciones Unidas, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272ª sesión, para argumentar que no consta una exigencia de tipificación del autoadotrinamiento. Es más, el condenar esta conducta de «acercamiento ideológico» sino reviste una «especial intensidad», podría incurrir en una vulneración «del derecho a la libertad ideológica y al derecho a la información». Siendo así, constata que el mismo Consejo de Europa ha censurado la tipificación de esta conducta. Es por ello que el Tribunal Supremo admite la casación del condenado, reduce su pena aunque mantiene más de dos años de prisión por enaltecimiento del terrorismo.

En otros asuntos, sin embargo, el Tribunal Supremo no ha admitido a trámite otros recursos de casación donde de nuevo se traen a colación los precedentes internacionales mencionados, confirmando así las sentencias:

**Sentencia Penal nº 297/2017**

**Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera**

Recurso 10695/2016 de 26 de abril de 2017

Ponente: *Miguel Colmenero Menéndez De Luarca*

José Elías Esteve Moltó  
*Universitat de València*

IV. DERECHO A LA REVISIÓN DEL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA IMPUESTA:  
EFECTOS EN EL ORDEN INTERNO DE LAS SENTENCIAS EUROPEAS  
RELATIVAS A LA DISCRIMINACIÓN DE LOS CONTRATOS  
DE INTERINIDAD Y A LAS CLÁUSULAS SUELO

En los últimos meses se han dictado una serie de sentencias por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que están teniendo un impacto relevante en distintos procedimientos judiciales en el orden interno. Siendo así los veredictos europeos en materias tan socialmente relevantes, como los contratos de interinidad o las llamadas cláusulas suelo, están provocando que distintos tribunales españoles revisen sus previos pronunciamientos sobre estos casos.

**Revisión de los casos laborales relativos a la discriminación  
de los trabajadores temporales**

Los distintos veredictos que se han ido dictando en el orden interno sobre la discriminación de los contratos temporales traen causa de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-16/15, C-184/15 y C-197/15, y C-596/14, las cuales pueden afectar a la situación laboral de más de 300.000 trabajadores interinos de la administración pública en España. Entre los primeros fallos que traen a colación dichos pronunciamientos destacan:

**Sentencia 613/2016, de 5 de octubre de 2016**  
**Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social**

**Sentencia de 18 de octubre de 2016**  
**Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social**

Se examinan en estas sentencias la posible discriminación que pudiera derivarse al finalizar por motivos objetivos contratos indefinidos y de interinidad, y ello por cuanto se establece en la legislación española una disparidad en la cuantía de la indemnización a recibir por el trabajador en estos supuestos. Para fundamentar la sentencia se procede en primer lugar al examen de la Directiva 99/70/CE cuya interpretación sirve de guía para sentar la solución.

Para la debida comprensión de la cuestión objeto de examen debemos remontarnos al Estatuto de los Trabajadores (ET) (RD Legislativo 2/2015

de 23 de octubre) que en su artículo 15.1, determina que las empresas podrán celebrar, en cuanto a su duración, dos tipos de contratos: una por tiempo indefinido y otros con una duración predeterminada.

Respecto de esta última modalidad, concede la posibilidad de contratar temporalmente en los siguientes supuestos:

Primero. Para la realización de una obra o servicio determinado, siempre que el mismo tenga una sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, y cuya ejecución (aunque sea limitada en el tiempo) sea de fecha de finalización incierta o indeterminada *ab initio* (*certus an et incertus quando*). Se trata pues de un contrato bilateral en el que las partes establecen su finalización cuando el objeto o contenido del negocio jurídico se haya cumplido sin conocer con exactitud previamente en que día tendrá lugar. Segundo. Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aunque se trate de la actividad habitual de la empresa. Tercero. Cuando se trate de sustituir a trabajadores con reserva del puesto de trabajo.

El somero examen de estos contratos indica que son causales, esto es, que precisan de una causa para su celebración sin la cual se estimarían fraudulentos, adquiriendo el carácter de indefinidos con todas las consecuencias legales que ello conlleva. Esta duración determinada viene avalada por lo dispuesto en el artículo 49-1-c) del mencionado ET, que añade que el trabajador, a excepción de los contratos de interinidad (sustitución de trabajadores con derecho a un puesto fijo), tendrá derecho a una indemnización de doce días de salario por año de servicio o parte proporcional. Es decir, que solo los contratos de interinidad de acuerdo con esta normativa no llevan aparejada indemnización alguna a su finalización.

Por otro lado, el artículo 51 del citado Estatuto de los Trabajadores, faculta a las empresas a extinguir las relaciones laborales de sus trabajadores, cuando se produzcan determinadas causas objetivas sobrevenidas en el devenir de la actividad empresarial, causas que para ser habilitantes de la extinción contractual deberán ser de tipo objetivo y concretadas en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. De estimarse la concurrencia de estas causas el contrato se extinguirá en base a las mismas, y el trabajador afectado deberá ser indemnizado con veinte días de salario por año de servicio con el tope de una anualidad.

Las organizaciones interprofesionales o agentes sociales de nivel general supranacional, como la Unión de Confederaciones de la Industria Europea (UNICE), el Centro europeo de la Empresa Pública (CEEP) y la Confederación Europea de Sindicatos (CES) con fecha 18 de marzo de 1999 celebra-

ron un Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, el cual trasladaron a la Comisión, que de acuerdo con sus competencias lo admitió, elevándolo al Parlamento Europeo; lo que dio lugar a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, que recoge íntegramente el mencionado Acuerdo Marco. Dicha Directiva establece: «El punto 7 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores prevé, entre otras cosas, que ‘la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada’. A su vez en su artículo 1 hace referencia a: ‘la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores’».

Sin embargo, admitía una excepción, al determinar su inaplicación a las ETT, y en este sentido disponía que «no se aplica a los trabajadores puestos a disposición a través de una empresa de trabajo temporal». Seguía el artículo, del que estamos haciendo cita, que: «6. Considerando que los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento; 7. Considerando que la utilización de contratos de trabajo de duración determinada basados en razones objetivas es una forma de evitar abusos [...]». Siendo así se concluía que: «El objeto del presente Acuerdo marco es: a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación». Es más, se precisaba que: «A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por 1. ‘Trabajador con contrato de duración determinada’: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado». Y se detallaba en la cláusula cuarta el principio de no discriminación estableciendo que, «por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada



de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas». Como núcleo central para determinar los términos que pudieren dar lugar a la discriminación entre trabajadores fijos y temporales, se establecía en «la comparabilidad de sus tareas o actividades» de forma tal que siendo estas idénticas no podían ser los temporales respecto de sus condiciones laborales de peor condición que los fijos.

Con estos antecedentes legislativos se origina el asunto que da lugar a la primera de las sentencias referenciadas y versa sobre una determinada trabajadora que venía prestando sus servicios en la administración española, concretamente en el Ministerio de Defensa, desde el año 2003. La relación laboral se había establecido a través de un contrato de interinidad, con el objeto de suplir a un funcionario dispensado de sus actividades laborales, por su situación de representante sindical. Mediante nueva norma, el Gobierno de España redujo el número de representantes sindicales en la Administración, ello ocurría en el año 2012, lo que motivó el reingreso a su actividad del sustituido por la contratada, extremo que determinó la extinción de su relación laboral por finalización de su contrato, que al ser de interinidad no le supuso percepción de indemnización alguna. Estimando la contratada que dicha decisión extintiva era constitutiva de un despido efectuado en fraude de ley y que por tanto la extinción debía ser resarcida con una indemnización con arreglo a tal consideración (es decir, como despido improcedente). A tal efecto formuló demanda ante un Juzgado de lo Social en Madrid, la cual fue desestimada en sentencia que fue objeto de Recurso de Suplicación ante el TSJ de Madrid. Este tribunal constató que el contrato se había sido extinguido de conformidad con la legislación vigente en España y que se basaba en una razón objetiva. Sin embargo, estimó que los contratos temporales con la excepción indicada de los de interinidad llevan aparejada a su finalización una indemnización de 12 días por año y los indefinidos de 20 en los supuestos de extinción por causas objetivas, todo lo cual podía constituir una discriminación por diferencia de trato. Se consideró que no existían razones objetivas para este trato discriminatorio.

Ante estas consideraciones, el tribunal decidió plantear al Tribunal de Justicia de la UE las siguientes cuestiones prejudiciales:

a) Si ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal entre sus condiciones de trabajo.

b) Si a la finalización de un contrato temporal por razones objetivas han de percibir la misma indemnización que con trabajador fijo (con relación laboral indefinida) cuya relación también se extingue por causas objetivas.

c) Si el no percibir indemnización a la finalización de su contrato los trabajadores interinos padecen una discriminación respecto de los trabajadores indefinidos y del resto de los temporales.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante sentencia de 14 de septiembre de 2016, procede al examen de las cuestiones planteadas, a cuyo fin principió sus consideraciones jurídicas partiendo de cuanto dispone la Directiva 1999/70/CE, y en especial de lo dispuesto en su cláusula 4.1 mencionada, preguntándose si dentro de las allí llamadas «condiciones de trabajo» podría incluirse la indemnización que conceden las empresas por finalización de un contrato de duración determinada. Como principio establece que tales contratos temporales no pueden emplearse, como no puede ser de otra manera, para eludir derechos reconocidos a los trabajadores fijos, y así según la jurisprudencia del tribunal en el concepto de condición de trabajo se encuentra incluido la concesión de un plazo de preaviso, y bajo las mismas circunstancias también lo están los trienios. Siguiendo este razonamiento interpretativo se dictamina que, si una norma nacional establece una diferencia de trabajo, sin una justificación objetiva se opone a la citada Directiva.

La sentencia establece dos parámetros para medir si existe o no discriminación entre los derechos de los trabajadores fijos y los temporales: 1.- La comparabilidad en situaciones idénticas o similares. 2.- La existencia o no de razones objetivas que determinen un trato diferente. Para dilucidar el primer punto señala que «Para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar, en el sentido del Acuerdo marco, debe comprobarse si, en virtud de las cláusulas 3, apartado 2, y 4, apartado 1, de éste, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable (sentencias de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 42 y jurisprudencia citada, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 31)». Con el objeto de estimar si trabajador temporal, y en este caso con un contrato de interinidad, ha desempeñado, como efectivamente ocurrió, el mismo trabajo que los fijos (concretamente el sustituido) señala que: «2) La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabaja-

dores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización». En consecuencia, aprecia que existe discriminación al no conceder indemnización a los trabajadores con contrato de interinidad a la finalización de su contrato.

Recibido el fallo del TJUE, el TSJ de Madrid dictó sentencia de 5 octubre de 2016 estimando la demanda y declarando el derecho de la actora a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio su cese, «en el sentido de no (ser) reprochable al trabajador ni dependiente de la mera voluntad empresarial, con una estructura causal análoga a las que el artículo 52 del ET denomina ‘causas objetivas’, en cuanto a su través se evidencia la necesidad productiva de extinguir una relación laboral». Consideramos que en este punto la sentencia de Madrid resulta poco ajustada a derecho, al estimar que el cese se produce por cuanto se evidencia una causa productiva. Y realmente ello no es así. Hay que recordar que la definición de causa productiva se encuentra explanada en el artículo 47 del ET y que concurre «cuando se produzcan cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado». Pues bien, en el contrato por interinidad que tiene por causa atender una demanda estática que se cubre por la sustitución de una persona por otra, no hay ningún cambio productivo. La demanda al tiempo de la celebración del contrato es la misma que al tiempo de finalización, por lo que no existe tal causa productiva. Posiblemente en los contratos temporales se podría, con encaje un tanto forzado, justificar el cambio de demanda, lo cual ocurre al incrementarse y no puede suplirse con la plantilla fija de la empresa la necesidad de una contratación temporal para cubrir esa demanda prevista desde el principio como coyuntural y por tanto determinante de la causa temporal de la contratación. Por ello en este tipo de contratos existe una distinción entre la demanda fija de la empresa y la coyuntural que obliga a una nueva contratación y a cuya finalización hay que indemnizar, lo cual no habría ocurrido si la empresa hubiese subcontratado con una tercera al exceso de demanda o hubiese realizado la contratación a través de una ETT.

Asimismo, señala esta sentencia que: «Nuestra ley al autonomizar ciertas causas objetivas como instrumentos de la contratación temporal aboca al pernicioso efecto de que trabajadores con idéntica antigüedad y que realizan similar trabajo son tratados de manera divergente cuando el contrato se extingue. La cuestión no estriba en la consideración de que las causas del artículo

52 precisado sean aplicables al contrato de interinidad –que lo son– sino que la causa extintiva que se ha aplicado, conforme a la ley española, a la actora, negándole así cualquier derecho indemnizatorio». En definitiva, está señalando que el ET establece, como plena autonomía, una especialidad o individualización de una causa productiva de extinción del contrato por motivos productivos. El artículo 51 posibilita la extinción por cualquier motivo productivo, siempre que la variación experimentada por la demanda acredite la existencia de mano de obra sobrante. Pero está hablando de causas sobrevenidas a una situación más o menos estable de la empresa. En el momento en que dicha causa sobrevenida actuó y se constata una cierta persistencia futura de la misma, podrá el empresario extinguir la mano de obra excedente. Sin embargo, en los contratos de duración temporal se parte de una situación actual de exceso de demanda y además con una cierta certeza de que está en un determinado tiempo dejará de existir, volviéndose a la situación habitual de la actividad empresarial. Es decir, se parte de una situación ya acreditada de variación de la demanda y que la misma desaparecerá con el tiempo. Tanto el TJUE como el TSJ de Madrid estiman que dichas situaciones son equiparables y por tanto deben dar lugar a una indemnización. Por ello el TSJ Madrid siguiendo, como no puede ser de otra forma, la sentencia europea, acepta el principio indemnizatorio por cuanto el trabajador temporal «tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva».

En el mismo sentido indemnizatorio se pronuncia la **Sentencia del TSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016**, la cual tras realizar unas ciertas disquisiciones procesales entre lo pedido y lo que va a resolverse, acepta la argumentación del TJUE y constata que no hay diferencia entre la actividad del temporal y la de uno fijo, lo que debe dar lugar a la indemnización fijada por extinción de la relación laboral por causas objetivas, ya que en caso contrario existiría discriminación por cuanto la única diferencia es la temporalidad.

Pero esta sentencia hace una precisión adicional y así señala que la extinción por la «referencia a causas objetivas es únicamente a efectos argumentales e indemnizatorios. Señalamos que con ello no queremos decir que lo anterior suponga que en supuestos como el que ahora nos ocupa, la empresa debiera haber satisfecho las formalidades previstas en el número 1.b) del artículo 53 ET [...] con las consecuencias de que ante ese teórico incumplimiento la calificación sería de despido improcedente».

Y ambas sentencias necesariamente tenían que ser estimatorias, con independencia de los argumentos jurídicos de fondo que explican, por cuanto

existe primacía del derecho de la UE, y de las sentencias del TJUE, tal y como afianza la **Sentencia de 23 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social de las Palmas de Gran Canaria Sección Primera, nº de Recurso: 1248/2016** que también trata de un caso sobre indemnización contratos temporales y que precisa que, «Al tratarse de un principio general de la UE el principio de no discriminación (CDFUE art.21), procede la aplicación directa horizontal. En efecto, según la Sala IV del Tribunal Supremo, la aplicación a la relación entre particulares o eficacia directa ‘horizontal’, no puede predicarse de todo el Derecho de Unión, sino tan sólo del ‘Derecho originario europeo’, integrado por los Tratados, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y los principios generales que el TJ atribuye cualidad de constitucionales; y también alcanza –la primacía– al Derecho derivado con directa eficacia, en concreto los Reglamentos, puesto que los mismos –conforme al art. 288 TFUE– gozan de ‘alcance general’ y serán ‘obligatorio[s] en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro’ desde su publicación en el DOUE. (STS (Sala IV) núm. 497/2016 de 8 junio. RJ 2016\2348). En la misma línea, el TJUE en las sentencias 22/11/2005 (TJCE 2005,341) , asunto ‘Mangold’; 19/01/2010 (TJCE 2010, 3) , asunto ‘Kücükdeveci’; 13 septiembre 2011 (TJCE 2011, 261) , asunto ‘Prigge’; y STJUE 19 abril 2016 Caso Dansk Industri , ha considerado que cuando una Directiva concreta un Derecho fundamental o principio general de la UE, como la prohibición de discriminación (en estos casos por razón de edad) corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio (caso Mangold [ TJCE 2005, 341] , antes citado, apartado 77)».

Sin embargo, para parte de la doctrina no resulta tan aceptable la posición del TJUE. En este sentido por ejemplo Federico Durán, catedrático de derecho del trabajo y consejero del despacho de Garrigues (véase [http://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/09/21/economia/1474483588\\_076395.htm](http://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/09/21/economia/1474483588_076395.htm)) la considera contradictoria con la misma jurisprudencia de este alto tribunal, y así este autor señala que la sentencia expresa que «un contrato temporal presupone que existe ya una causa preestablecida para su extinción, pero también que los contratantes tienen la garantía de que el contrato tendrá al menos la vigencia pactada. Su extinción antes de lo previsto (ante

tempus) genera la obligación de indemnizar a la parte que no es responsable de la misma. La normativa civil exigiría, en caso de extinción anticipada por decisión del empresario, el abono de toda la retribución que se hubiera devengado de respetarse la duración prevista del contrato. En el ámbito laboral, por diversos motivos (entre ellos, que no siempre existe una fecha cierta de terminación del contrato), ello se reconduce a la aplicación de las normas relativas a la improcedencia del despido, con reconocimiento de las correspondientes indemnizaciones. Desde ese punto de vista, por tanto, no existe diferencia alguna entre contratos temporales e indefinidos. (Sin embargo) La extinción del contrato temporal por el cumplimiento de las previsiones propias del contrato (fin de la duración pactada, finalización de la obra o servicio contratado, reincorporación del trabajador sustituido) no es equiparable al despido en el contrato indefinido. Pero como el legislador español contempla una indemnización de fin de contrato (salvo en los casos de interinidad), el TJ, prescindiendo de los matices anteriores, afirma que resulta discriminatorio que la extinción del contrato sea indemnizada de manera diversa según dicho contrato sea temporal (12 días de salario por año) o indefinido (20 días)».

Por nuestra parte no compartimos la interpretación que expresa el profesor Durán respecto del imprescindible cambio legislativo, y ello por la sencilla razón de que la sentencia del TJUE puede no sentar jurisprudencia ya que pudieran dictarse otras sentencias posteriores en sentido diferente. Basta leer lo declarado por el Presidente del TJUE, Koen Lenaerts, para que quede sembrada una duda muy razonable; en inquietantes declaraciones efectuadas a la prensa pública Lenaerts, «ha reconocido que en la sentencia sobre las indemnizaciones por despido a los interinos –la conocida como caso De Diego Porras–, ‘no hubo entendimiento sobre el problema entre el juzgado que realizó la consulta y los miembros de la Corte de Justicia Europea, y no comprendieron completamente el problema [...] Soy consciente de esta situación. Esta historia no ha terminado. Hemos enviado este caso a una Sala de tres jueces pensando que el problema estaba claramente expuesto en la cuestión prejudicial y que la respuesta era la correcta, pero ocurre a veces, que no se entiende correctamente el contexto completo en que se desenvuelve el asunto de referencia. Los jueces debemos ser siempre muy modestos y reconocer estas situaciones’» (<http://www.economista.es/legislacion/noticias/8163313/02/17/La-Justicia-europea-reconoce-que-ha-patinado-en-su-fallo-sobre-la-indemnizacion-por-despido-de-los-interinos.html>).

**Efectos de la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 relativa a las cláusulas abusivas de las hipotecas, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo**

El presente veredicto europeo examina la validez de las llamadas cláusulas suelo, procediéndose al análisis de su posible carácter abusivo. Es igualmente objeto de examen la posible retroactividad o, en su caso, revisión de sentencia a raíz del fallo que al respecto emite el TJUE. Decisión que obliga al Tribunal Supremo a pronunciarse de nuevo sobre estas cuestiones mediante:

**Sentencia 123/2017 de 24 de febrero de 2017**

**Sala Primera de lo Civil, Tribunal Supremo**

Recurso 740/2014

Ponente: *Rafael Sarazá Jimena*

**Auto de 4 de abril de 2017**

**Sala Primera de lo Civil, Tribunal Supremo**

Revisión 7/2017

Ponente: *Rafael Sarazá Jimena*

**Sentencia 367/2017 de 8 de junio de 2017**

**Sala de lo Civil, Pleno, Tribunal Supremo**

Casación 2967/2017

Ponente: *Rafael Sarazá Jimena*

Debe referenciarse que con carácter previo a estos veredictos en el orden interno el Tribunal Supremo mediante sentencia 241/2013 de 9 de mayo de 2013 ya venía pronunciándose sobre estas cuestiones. Este caso anterior derivaba de una demanda presentada ante el Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, en solicitud de que se declarase la nulidad por abusiva de las cláusulas que establecían en los contratos de préstamo a interés variable, un mínimo de interés fijo. Asimismo, se solicitaba que se decretase la eliminación de dichas cláusulas. El juzgado estimó la demanda siendo recurrida en apelación, que la revocó. Formulado recurso de casación, la Sala 1ª del TS lo admitió a trámite. Se procedió al examen de aquellos contratos de préstamo garantizados por hipoteca y con un interés que, de forma simple, podía calcularse de la siguiente forma: Interés



de referencia más diferencial= interés a pagar. Para limitar efectos la cláusula fijaba un máximo de interés al alza (techo) sobre el 12,5% y otro a la baja (suelo, sobre el 2,5%). De esta forma el banco se aseguraba un interés mínimo cuando el que se tenía que pagar en función de los parámetros establecidos era inferior al límite fijado. Se trasladaba pues al prestatario la bajada del interés.

La sentencia para el enjuiciamiento y determinación de si estas cláusulas son abusivas parte del principio establecido por el TJUE. Mediante Directiva 93/13 se protege al consumidor, el cual se halla en desventaja ante el profesional, tanto a nivel de negociación como de información, lo que le lleva a tener que adherirse a las condiciones expuestas por el profesional o rechazar el contrato. Por ello para «reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 [...] ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas».

En el presente caso, la cláusula se formalizaba de forma minuciosa, siguiendo lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, lo que suponía cumplir con el principio de transparencia. Sin embargo, según el TS, el artículo 80.1 de TRLCU dispone que en los contratos con cláusulas no negociadas (cuál es la que se examina) deben de estar redactadas de forma que permita al consumidor, con carácter previo a la contratación, tener un conocimiento diáfano de su contenido y que con evidente claridad perciba la «carga económica» que realmente le va a suponer. Por ello la transparencia «documental» es insuficiente para determinar la bondad jurídica de la cláusula. Así pues, la comprensión de lo dispuesto en la cláusula debe ser de tal índole que permita al consumidor contratante conocer el reparto real de riesgos, con ejemplos simuladores informativos al respecto, cuanto menos de forma previsible a corto plazo; debiendo estar informado que «lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo en las variaciones del tipo de referencia a interés fijo mínimo».

Según este veredicto del TS «las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato» y el coste que le puede suponer. Por ello, «la condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos –en cuyo caso procedería la nulidad

de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia», la cual «no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información». Dicho esto, afirma el fallo que «es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico» por lo «que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas». Consecuentemente con lo expuesto, «procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia».

Quedaron sin embargo sin resolver en esta sentencia alguna cuestión jurídica, lo que permitió que se planteasen dichas lagunas en otro caso posterior derivado de un recurso de casación que sobre el mismo da lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015.

Con carácter previo a esta sentencia, el Poder Judicial publicó una nota informativa haciendo referencia a la misma señalando que se confirma la doctrina de la nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia. Se precisaba que su efecto restitutorio «se producirá desde la fecha de publicación de la sentencia de la propia Sala de 9 de mayo de 2013». Como hemos dicho en esta nueva sentencia se abordan cuestiones no resueltas en la primera y que permiten al banco recurrente plantearlas. La entidad financiera cuestiona la sentencia de 2013 al estimar que se ha declarado la abusividad de la cláusula suelo según lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLCU, y según el recurrente tal deber no está previsto en esta norma, puesto que la Directiva 93/13/CEE no establece este control ni tampoco ninguna sentencia del TJUE. El TS no admite esta tesis y afirma que la transparencia debe darse en dos sentidos, como ya estableció en su primera sentencia, el gramatical, y el subjetivo, que implica que el contratante conozca de forma clara y comprensible el contenido de la carga económica que le pueda suponer la aplicación de la cláusula, y a tal efecto se traen a colación distintas sentencias del TJUE. Continúa alegando la recurrente que algunos hechos o conductas en que se basa la conclusión de falta de transparencia no se deben a la voluntad o capricho de las entidades financieras, sino que estas venían obligadas a ello por la Orden de 5 de mayo de 1994, donde se ordenaba que las cláusulas suelo constaran junto a las cláusulas techo. Asimismo, afirma el recurso, que la sentencia parte de un determinado sesgo en la valoración, derivado de los bajos tipos de interés de los últimos años, pues valora la falta de transparencia únicamente sobre la coyuntura económica de los años más recientes. Añadía la entidad bancaria que tampoco «se

valoran las consecuencias de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, ni el deber de advertencia del notario». El TS discrepa de estas consideraciones y señala que interpreta adecuadamente la OM de 5 de mayo de 1994, y que su cumplimiento no garantiza el cabal conocimiento del consumidor. Respecto de la intervención notarial advierte que la comprensibilidad real debe devenir de la reglamentación predispuesta de forma que la escritura pública no suple esta posible carencia. También se defienden en esta sentencia las acciones colectivas, que después el TJUE rechazara.

Con todos estos precedentes estas causas llegan al Tribunal de Luxemburgo, que se pronuncia inicialmente mediante **sentencia de 14 de abril de 2016, Sala Primera, TJUE**. Unos determinados consumidores formularon demanda sobre declaración de abusividad de las cláusulas suelo que se insertaron en sus contratos de préstamo. Asimismo, con anterioridad a dicha demanda una asociación de consumidores había presentado ya otra demanda colectiva que estaba pendiente de resolverse por el juzgado. Ante ello por la demandada se solicitó la suspensión del segundo pleito, el de la demanda individual, al amparo de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a lo que se opusieron los demandantes. El juzgador estimando que podría existir, de admitir la petición de suspensión, una posible infracción de la Directiva 93/13, formuló ante el TJUE una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del artículo 7 de la citada Directiva. Dicho artículo dispone: «1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el Derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas». El problema se presentaba pues respecto de si entablada una acción colectiva, las individuales pendientes debían suspenderse en su trámite procesal y estar a resultas de lo decidido en la colectiva.

El TJUE parte en su sentencia del principio que deriva del artículo 7 de la Directiva y señala que el «artículo 7, apartado 1, obliga a los Estados miembros a velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (sen-

tencia de 26 de abril de 2012, *Invitel*, C-472/10, EU:C:2012:242, apartado 35)». Constata el TJUE que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la LEC, el órgano jurisdiccional español está obligado a suspender enjuiciamientos individuales si existe pendiente de resolución una acción colectiva. Ahora bien, de ese modo «el consumidor no puede hacer valer de forma individual los derechos reconocidos por la Directiva 93/13 desvinculándose de dicha acción colectiva». Y esa situación redundaría en «perjuicio de la efectividad de la protección» al consumidor que «queda obligatoriamente vinculado por el resultado de la acción colectiva, incluso cuando decida no participar en la misma» Y la conclusión que saca el Tribunal es que «esa regla nacional resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado ni eficaz para que cese el uso de cláusulas abusivas, en contra de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13».

Como fundamentos de la anterior conclusión se señalan: a) Que el consumidor «pierde necesariamente los derechos que le serían reconocidos en el marco de una acción individual, esto es, la toma en consideración de todas las circunstancias que caracterizan su causa, y la posibilidad de renunciar a que no se aplique una cláusula abusiva, a fortiori si no puede desvincularse de la acción colectiva». b) Que «la necesidad de garantizar la coherencia entre las resoluciones judiciales no puede justificar esa falta de efectividad [...] la diferente naturaleza del control judicial ejercido en el marco de una acción colectiva y en el marco de una acción individual debería, en principio, evitar el riesgo de que se dicten resoluciones judiciales contradictorias». c) «En relación con la necesidad de evitar la saturación de los tribunales, cabe afirmar que el ejercicio efectivo de los derechos subjetivos que la Directiva 93/13 reconoce a los consumidores no puede quedar obstaculizado por consideraciones vinculadas a la organización judicial de un Estado miembro». A la vista de todo ello el Tribunal concluye que se opone a la Directiva la normativa nacional que subordina la acción individual a la colectiva.

Con todos estos precedentes se llega a la **sentencia de la Gran Sala del TJUE de 21 de diciembre de 2016**. Se examina en este veredicto la decisión de irretroactividad de la cláusula abusiva que estableció el Tribunal Supremo en su sentencia de 2013. En este caso la petición «de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación, en particular, de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO 1993, L 95, p. 29; corrección de errores en DO 2015, L 137, p. 13)». El Tribunal trae a colación, como guía para el enjuiciamiento de la cuestión, lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1,

de la Directiva 93/13 que textualmente establece: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». Señalándose en el apartado 2, párrafo primero, que: «Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión». Recuerda el Tribunal de Luxemburgo que nuestro TS tras declarar la abusividad de la cláusula en el asunto que examinaba en la sentencia citada de 2013 limitó «su eficacia temporal y dispuso que esta solo surtiría efectos desde la fecha de la publicación» de la sentencia. Tras dicho fallo y ante una demanda similar, la Audiencia Provincial de Alicante, consideró que «la irretroactividad de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva puede entrar en contradicción [...] con los objetivos» de la Directiva 93/13, formulando cuestión prejudicial en este sentido. A esta cuestión prejudicial se le acumularon otras derivadas de diferentes juzgados españoles, que son resueltas conjuntamente.

El TJUE interpreta el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 sentando algo tan simple como el declarar que «una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula». Y añade que «la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013». Por lo que una jurisprudencia nacional que limite los efectos temporales solo garantiza una protección limitada que «resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para el cese de dicha cláusula, en contra de lo establecido por el artículo 7 apartado 1 de la Directiva». Por todo lo cual declara y concluye el Tribunal que toda jurisprudencia limitadora en el tiempo relativo al reintegro de los intereses abonados en virtud de la cláusula resulta contraria a la Directiva referenciada.

En consecuencia, de las dos sentencias referenciadas del TJUE se extraen dos conclusiones: 1.- Que las acciones colectivas no pueden suspender la tramitación de las individuales. 2.- Que una declaración de nulidad de una cláusula abusiva entraña su total inexistencia y por tanto no puede producir ningún efecto limitativo en el tiempo, toda vez que nunca ha podido ser de aplicación.

A la vista de estas declaraciones y de la obligación de subordinación de los tribunales nacionales a los fallos del de Luxemburgo, se han dictado distintas sentencias una del TC y las referenciadas del TS que siguen la senda marcada por el TJUE.

La **sentencia 209/2016 de 12 de diciembre de 2016 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional** ya declaró la compatibilidad entre la acción colectiva y la individual, al entender que se estaba vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Asimismo, el **Tribunal Supremo** mediante **sentencia 367/2017 de 8 de junio de 2017** ha hecho lo propio. Respecto al problema que puede surgir entre el fallo de una sentencia dictada en proceso colectivo y otra a dictar en una acción posterior individual, el TS señala que salvo que concurren circunstancias diferentes deberían ser idénticos. Realmente parece que aplica la doctrina de cosa juzgada.

Por otro lado, y como no podía ser de otra manera, los perjudicados por la aplicación de las cláusulas suelo que habían formulado demandas sobre su abusividad siendo desestimadas por sentencia firme, trataron de buscar su revisión a través del correspondiente recurso. Sin embargo, el TS mediante **auto de la Sala 1ª de lo Civil de 4 de abril de 2017** ha declarado que «no es posible obtener la revisión de una sentencia firme por el hecho de que una sentencia posterior establezca una jurisprudencia incompatible. El ordenamiento jurídico español preserva la firmeza de las sentencias frente a modificaciones posteriores de la jurisprudencia». Inadmitiendo en consecuencia la demanda de revisión. Para fundar esta negativa ha sustentado la siguiente argumentación jurídica: Primero. «Una sentencia posterior no tiene la consideración de ‘documento recobrado’ en el que pueda fundarse una demanda de revisión». Segundo. «Una sentencia del TJUE de fecha posterior a la sentencia cuya revisión se insta no es un documento que permita la revisión de una sentencia firme conforme al art. 510.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que ha de prevalecer el efecto de cosa juzgada de la sentencia firme dictada con anterioridad». Por todo ello según la jurisprudencia de la Sala no es posible la revisión solicitada al no existir documento apto a este fin.

Por nuestra parte no acabamos de aceptar esta argumentación pues si bien es cierto, y desde luego lógico y jurídicamente aceptable que la jurisprudencia

dencia posterior no es apta para revisar sentencias firmes, pues ello conduciría a una inseguridad jurídica total, no es menos cierto que en el presente caso no nos encontramos en este supuesto, es decir ante un cambio jurisprudencial sino ante un fallo que declara la «INEXISTENCIA» de una cláusula; no hay un cambio de doctrina sino una absoluta declaración de inexistencia por nulidad y siendo ello así lo nulo nunca ha existido y si no ha existido no ha podido producir efectos como más arriba se ha expuesto. Todo lo cual debería haber permitido la revisión, no por cambio jurisprudencial, sino por la aplicación lógica y jurídica por la cual lo inexistente tiene su naturaleza ilimitada en el tiempo, y no puede admitirse que tan solo es inexistente en un cierto periodo, pero no antes, por mucha declaración judicial que haya al efecto. Sea como fuere el asunto no está cerrado pues una futura reforma de la Ley Hipotecaria que a no dudar deberá regularizar estos supuestos, abrirá sin dudar nuevas vías contenciosas quedando las actuales soluciones posiblemente sin efecto.

José Elías Esteve Moltó  
*Universitat de València*

## V. APLICACIÓN DEL 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Especial atención ha prestado el Tribunal Supremo a los tratados internacionales a la hora de interpretar la discriminación por razón de sexo y su compatibilidad con la educación separada por sexos. Ha sido al conocer de numerosos recursos de casación relacionados con la concesión de conciertos educativos a centros privados de educación diferenciada en Andalucía, en los se ha interpretado el contenido de este derecho a la luz de la normativa internacional. En particular, se ha atendido a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y a la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 14 de diciembre de 1960.

De hecho, con el matiz de algún voto particular, en la mayoría de ellos (convencido de que debía haberse suspendido la votación y fallo hasta que se resolviera el recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la ley aplicable LOMCE, Ley Orgánica 8/2013 de mejora de la calidad educativa) 8/2013), el Supremo ha establecido que *con la reforma efectuada por la LOMCE de la LOE 2/2006, el legislador ha seguido y reafirmado el criterio de compatibilidad de los sistemas de educación diferenciada por sexo con el principio de*



*igualdad interpretado conforme a* los textos internacionales que, por mandato del art. 10.2 de la CE, han de informar la interpretación de las normas constitucionales sobre los derechos y libertades en ellas reconocidas.

Para llegar a tales conclusiones, el tribunal analiza en primer lugar el art. 84.3 de la LOE en su redacción dada por la LOMCE, en virtud del cual los centros privados que deseen acogerse al sistema de concierto deberán cumplir los requisitos legales establecidos al efecto. La nueva redacción y el mandato de acceso en condiciones de igualdad, se complementa con la referencia del apartado tercero al mandato de no discriminación por razón de sexo, precisando que *«no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960»*, además de que *«en ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad»*.

Acto seguido, se examina la conformidad de este precepto con el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la CE, interpretado de conformidad con los tratados mencionados. En este punto se reseña la jurisprudencia de la Sala, con especial referencia a la sentencia de 26 de junio de 2006 (rec. cas. núm. 3356/2000) donde, con atención al régimen de convenios internacionales vigentes en la materia, se invoca el artículo 10.c) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18-12-1979 y el artículo 2.a) de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 14-12-1960.

A la vista de estos textos, se afirma tajantemente que no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo. No sólo porque así lo dice la Convención de 1960, sino porque el artículo 10. c) de la Convención de 1979 no hace más que indicar que el estímulo de la enseñanza mixta es una de las posibles vías para superar los estereotipos de los papeles masculino y femenino. No hay contradicción entre ellos y es distinta la fuerza normativa que despliegan vista la estructura de uno y otro precepto: en el art. 2 se afirma con contundencia que en las condiciones indicadas la enseñanza separada no discrimina por razón de sexo, y en el art. 10.2, se dice que la enseñanza mixta es

un medio, no el único, de promover la eliminación de aspectos de la desigualdad por razón de sexo. Por último, se interpreta el art. 2 en el sentido de que las facilidades equivalentes de acceso de ambos sexos a la enseñanza, deban ser proporcionadas, bien por los sistemas educativos, o por los establecimientos, sin que resulte exigible que en todo caso sean los centros o establecimientos los que deban ofrecer tales condiciones de acceso equivalentes para ambos sexos.

*Por tanto, la jurisprudencia comentada (vid. FD 7 de los recursos 3564/2015, 3574/2015, 541/2016, 3915/2015, 2923/2015, 2958/2015, 3035/2015 y 3582/2015, y FD 10 de los recursos 169/2016 y 3834/2015) insiste en que con la reforma efectuada por la LOMCE en el art. 84.3 de la LOE, el legislador ha vuelto a declarar la compatibilidad de los sistemas de educación diferencia por sexo con el principio de igualdad. Su constitucionalidad no suscitó dudas durante la aplicación del marco normativo previo a la LOE, ni las suscita ahora, habida cuenta de la exigencia impuesta para los centros que impartan enseñanzas bajo este sistema en el sentido de que garanticen el pleno respeto a las exigencias derivadas de la normativa internacional (art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza), a cuyo fin deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad. Así pues, la educación diferenciada por sexos no constituye un supuesto de exclusión del régimen de conciertos educativos, ni implica en sí misma una discriminación por razón del sexo, si se atiende debidamente a los requisitos que exige la LOE y la normativa internacional.*

**Sentencia de la Audiencia Nacional  
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, núm. 82/2017),  
de 14 de febrero de 2017**

Recurso contencioso-administrativo núm. 1109/2015

Ponente: *Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Felisa Atienza Rodríguez*

El presente recurso contencioso-administrativo se interpone contra una resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos que reafirma la no incoación de actuaciones inspectoras y no iniciación de procedimiento sancionador o de infracción de las Administraciones Públicas. Los recurrentes afirman que se violaron sus derechos fundamentales al publicar la sección sindical de CGT en la compañía Maitours unas actas de la Inspección Provincial de Trabajo con su nombre y apellidos, sin su consentimiento, en la red social Facebook.

La cuestión fundamental radica en determinar si la publicación de las actas, dictadas en un procedimiento de denuncia interpuesta por CGT contra Maitours, excede las facultades que le son otorgadas por la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical (lo que alegan los recurrentes y constituye un incumplimiento de lo dispuesto en el art. 11 de la LOPD) o por el contrario forman parte del ejercicio de la libertad sindical y cabe aplicar la excepción del art. 2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

El Tribunal analiza en el FD 3 el contenido de los derechos en conflicto (derecho fundamental a la protección de datos, libertad de expresión y derecho a la libertad sindical). Sobre la base de jurisprudencia anterior, se trae a colación el canon interpretativo del artículo 10.2 CE (Convenios de la OIT núms. 87 y 98) para determinar el amplio contenido del derecho a la libertad sindical, que abarca la vertiente organizativa y la funcional y por tanto comprende la libertad de expresión e información como instrumento de acción sindical para cumplir los fines a los que los sindicatos están constitucionalmente llamados. Sentado lo anterior, se afirma que el ejercicio de esta libertad no lesiona el derecho a la protección de datos personales de los recurrentes, pues los hechos denunciados quedan fuera de la aplicación de la LOPD y resulta aplicable la excepción del art. 2 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD (FD 4).

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3<sup>a</sup>, sec. 3<sup>a</sup> núm. 769/2017), de 5 de mayo de 2017**

Recurso contencioso-administrativo núm. 407/2016

Ponente: *Ilma. Sra. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Isabel Perelló Domenech*

Gas Natural Servicios SDG SA pretendía la declaración de ilegalidad del Real Decreto 1074/2015 de 27 de noviembre, por el que se modifican distintas disposiciones en el sector eléctrico. En concreto, se cuestionaba la prohibición de que los comercializadores accedan a la información contenida en el art. 7.1.c) del RD 1325/2002 relativa a la ubicación del punto de suministro.

No obstante, dicha nulidad se descarta por el TS sirviéndose, entre otros (FD 3), de los textos internacionales en interpretación del derecho a la protección de datos de carácter personal (Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los Ficheros Computadorizados de Datos Personales y Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal de 28 de enero de 1981), derecho que,

en virtud del principio de proporcionalidad, debe prevalecer sobre la actividad empresarial de las comercializadoras (FD 4). Recuerda el juzgador que el contenido de este derecho consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

**Auto del Tribunal Supremo (Sala 3ª, sec. 1ª),  
de 5 de junio de 2017**

Recurso de casación núm. 1002/2017

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas*

El auto que comentamos posee especial relevancia al admitir a trámite, en el marco de una ruptura familiar, un recurso de casación contra una sentencia de la AN desestimatoria de una reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Los hechos se refieren al cumplimiento del régimen de visitas en el cual el padre mata a su hija y se suicida, ya que la madre/recurrente considera que el fallecimiento de su hija se podría haber evitado si la Administración de Justicia hubiese funcionado correctamente manteniendo el régimen de visitas con vigilancia que se estableció en un primer momento tras la separación matrimonial.

La particularidad del caso tiene que ver con el fundamento de la pretensión materna: el cumplimiento de lo dispuesto en el dictamen número 47/2012 del Comité de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer), emitido en contestación a la denuncia de la recurrente al Estado español. Éste se pronunció en sentido favorable, afirmando que el Estado español había infringido los derechos de la solicitante y su hija previstos en los artículos 2. a), b), c), d) e) y f) y 16.1.d) de la Convención y recomendándole no sólo que le otorgara una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos, sino también que llevara a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que ocasionaran una falta de protección a la denunciante y su hija.

El tribunal identifica las normas a interpretar en casación (10 y 96 CE, en relación con arts. 26/27/31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los

Tratados y la CEDAW) y basa la admisión a trámite en el interés casacional de las cuestiones para la formación de jurisprudencia (FD 3). En concreto, y ante la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un procedimiento que permita dotar de eficacia ejecutiva a las recomendaciones contenidas en los dictámenes del Comité, estima debe que dilucidarse:

«1. *Cuál debe ser el cauce adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de los dictámenes del Comité de la CEDAW, emitidos en los términos y por el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención –ratificado por España–, cuando se contienen en tales dictámenes recomendaciones dirigidas a nuestras autoridades a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en la Convención.*

2. *O si, como sostiene la sentencia de instancia, la inexistencia de un procedimiento en el ordenamiento español que posibilite dotar de eficacia ejecutiva a aquellas recomendaciones y la ausencia de mecanismos necesarios para la tutela eficaz de los derechos reconocidos en la Convención no permiten exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes, más allá de la posible revisión –por los cauces correspondientes– de la decisión del Estado español de denegar la reparación solicitada».*

**Sentencia de la Audiencia Nacional  
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5ª, núm. 191/2017),  
de 22 de febrero de 2017**

Recurso contencioso-administrativo núm. 1007/2015

Ponente: *Ilma. Sra. Dª Alicia Sánchez Cordero*

Se está ante otro recurso en el que se plantea la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en este caso por los padres de un recluso que se suicidó en el centro penitenciario. Los recurrentes consideran responsable al centro, que tiene la obligación de velar por la vida, integridad y salud de los reclusos, obligación que no cumplió al no impedir que surgiera el hecho dañoso, el suicidio del interno. Denuncian anormalidad en el servicio penitenciario por la hora y el modo en que ocurrieron los hechos, tanto por la culpa *in vigilando*, como por la actuación del facultativo que previamente atendió al interno, y el modo indebido del cacheo al no retirarle elementos personales como el cinturón para evitar tentativas suicidas.

La Audiencia repasa los elementos de este tipo de responsabilidad sirviéndose del canon hermenéutico del artículo 10.2 CE, para acabar concluyendo que éstos no se dan en el caso enjuiciado y se desestima el recurso. A

este respecto, el fundamento jurídico segundo se remite a las declaraciones y los tratados internacionales para interpretar el derecho fundamental a la vida y la integridad física y moral: «*En supuestos relativos a perjuicios imputados a actuaciones u omisiones de la Administración penitenciaria, es constante la jurisprudencia que, afirma ‘el ineludible deber de mantener a los presos en condiciones de dignidad y seguridad’*, exigidas por la Constitución Española en los artículos 10.1 y 15, por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, artículo tercero, y por las previsiones contenidas en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. También son de aplicación, en este punto, las Declaraciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977».

**Sentencia de la Audiencia Nacional  
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6ª),  
de 24 de julio de 2017**

Recurso contencioso-administrativo núm. 248/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal*

En la desestimación del recurso en materia tributaria se plantea la interpretación del principio de proporcionalidad dentro del Derecho Administrativo sancionador conforme a las declaraciones internacionales y la jurisprudencia de la AN y el TC. En base a todos ellos, se encuadra el principio como una proyección o anexo del principio de legalidad y se sustenta la validez del Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central, toda vez que la Administración se ha limitado a aplicar las normas exigibles, no existiendo margen cuantitativo para la fijación de la sanción (FD 8).

**Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, núm. 76/2016),  
de 19 de diciembre de 2016**

Recurso de súplica núm. 74/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D Fermín Javier Echarri Casi*

El auto de la AN desestima recurso de súplica contra acuerdo partidario de extraditar a un nacional de Armenia. Para ello, los fundamentos jurídicos quinto

y sexto atienden al principio de *non refoulement* y la interpretación de la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes de conformidad con las determinaciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con la Convención contra la Tortura.

**Sentencia de la Audiencia Nacional**  
**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 8ª, núm. 498/2016),**  
**de 7 de octubre de 2016**

Recurso contencioso-administrativo núm. 211/2015

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Fernando Ruiz Piñeiro*

**Sentencia de la Audiencia Nacional**  
**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 8ª, núm. 502/2016),**  
**de 3 de octubre de 2016**

Recurso contencioso-administrativo núm. 500/2014

Ponente: *Ilma. Sra. Dª Mercedes Pedraz Calvo*

**Sentencia de la Audiencia Nacional**  
**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 8ª, núm. 503/2016),**  
**de 4 de octubre de 2016**

Recurso contencioso-administrativo núm. 77/2015

Ponente: *Ilma. Sra. Dª Mercedes Pedraz Calvo*

Se agrupan tres pronunciamientos judiciales sobre asilo por cuanto, al desestimar recursos que lo deniegan a nacionales de Honduras (primera sentencia FD 3) y Costa de Marfil (segunda FD 2/5 y tercera FD 2/4), se basan en la regulación e interpretación que de dicha figura realizan los principales textos internacionales (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y Protocolo de 1967). Más aún, en estos casos la AN recuerda que a los solicitantes de asilo les asisten determinados derechos fundamentales mientras se encuentran en los puestos fronterizos y esperan recaiga una primera resolución, los cuales también deben interpretarse de conformidad con el 10.2 CE.

Elena López-Almansa Beaus  
*Universitat de València*



## VI. DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DEL REFUGIADO, APÁTRIDAS Y EXTRADICIÓN

Entre las resoluciones relativas al derecho de asilo, estatuto del refugiado, apátridas y extradición destacamos una sentencia de la Audiencia Nacional por la que se reconoce el derecho de asilo a un ciudadano camerunés que solicitó asilo en España alegando persecución por razón de su homosexualidad y en la que subraya que la interpretación de la prueba de la persecución no debe ser restrictiva. En materia de extradición destacamos una importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en formación de Gran Sala, en la que aclara que el Derecho de la Unión no se opone necesariamente a la extradición por parte de un Estado miembro de un ciudadano de la Unión que haya circulado en su territorio, a diferencia de la protección que concede a sus propios nacionales, aunque, antes de extraditarlo, el Estado miembro interesado deberá dar prioridad al intercambio de información con el Estado miembro de origen y permitirle solicitar la entrega del ciudadano para su procesamiento. Además, el Estado miembro en cuestión deberá asegurarse de que no haya un riesgo real de trato inhumano o degradante a la persona extraditada en el Estado tercero de que se trate a la hora de examinar la solicitud de extradición.

### Derecho de asilo, estatuto del refugiado y apátridas

#### **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 16 de febrero 2017**

Recurso 246/2016

Ponente: *Excmo. Sr. Fernando Román García*

La Sentencia de la Audiencia Nacional analizada trae causa de un recurso interpuesto en representación de un ciudadano camerunés que solicitó asilo en España alegando persecución por razón de su homosexualidad. En concreto, manifestó que había sido golpeado por su vecindario al conocerse su relación con otro hombre, su pareja, y también por la policía, que además los detuvo. Su solicitud de protección internacional fue rechazada por resolución de 23 de diciembre de 2015, del Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro de Interior, en la que se denegaba también el acceso a la protección subsidiaria.

Frente a esta resolución denegatoria se interpuso el recurso ante la Audiencia Nacional objeto de este comentario. A este respecto, la Sala constató, como uno de los datos relevantes para la resolución del caso, que la presentación de la solicitud fue comunicada al ACNUR, y que este organismo recomendó su admisión a trámite habida cuenta de la situación del colectivo LGBTI en Camerún, incluyendo que la homosexualidad está sancionada penalmente, y que las penas por la misma se aplican efectivamente. De hecho, añadía el informe, más de doscientas personas habían sido encarceladas en los últimos años por este motivo. Además, el rechazo a este colectivo por parte de algunas partes de la policía había conllevado la muerte de algunas personas, incluso lapidadas (FJ, 3º).

La Sala constataba asimismo que el solicitante presentó una serie de documentos, incluido un informe en el que se documentaba la persecución de homosexuales en Camerún y se mencionaba el caso del solicitante, que fueron rechazados por resultar poco fiables según la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, que decidió finalmente rechazar la solicitud por unanimidad, incluida la presencia del representante de ACNUR, quien se mostró de acuerdo con la propuesta formulada.

A continuación la Sala recordó, con base en jurisprudencia del TS, y en particular la STS de 16 de febrero de 2009, que, según el artículo 4.5 de la Directiva europea 83/2004, de 29 de abril, sobre normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida «Si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no están avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones: a) el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su petición; b) se han presentado todos los elementos pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes; c) las declaraciones del solicitante se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso; d) el solicitante ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así; e) se ha comprobado la credibilidad general del solicitante».

En relación con esta disposición y jurisprudencia, la Sala subrayó la dificultad que entraña acreditar extremos relativos a una persecución real y efectiva, y concluyó que «una persona que sale de su país por motivos de persecución, hostigamiento o violencia no suele estar en condiciones de obtener

los medios probatorios que acrediten de modo directo tales conductas –más bien sucede justamente lo contrario–, lo que permitiría apreciar los hechos y valorar las circunstancias con amplitud» (FJ, 5º).

A continuación, la Sala criticó la falta de motivación de la resolución impugnada, y en general de la tramitación del expediente habida cuenta de que la primera resolución denegatoria de la solicitud de protección internacional formulada por el solicitante tuvo que ser rectificadas pues la fundamentación de la misma se correspondía con una solicitud distinta a la formulada por el solicitante, un error de «maquetación» como sostuvo el Ministerio del Interior.

Especialmente, la Sala constató que el solicitante presentó una serie de documentos que no fueron impugnados por la Abogacía del Estado, entre los que destaca una orden judicial de arresto por razón de su actividad homosexual y una citación policial para recoger la misma, sobre cuya autenticidad no se habían presentado dudas.

Por último, de conformidad con la STS de 2 de noviembre de 2015, RC 263/2015, la Sala subrayó que la efectiva persecución de la homosexualidad en un país es un presupuesto necesario para que pueda apreciarse la necesidad de protección internacional pero no es en sí misma un elemento suficiente para poder dispensar dicha protección, debiendo exigirse a este respecto, al menos, «la concurrencia de unos mínimos indicios acreditativos de la veracidad de su relato, el cual, asimismo, debe alcanzar un grado razonable y suficiente de consistencia y estar dotado intrínsecamente de coherencia» (FJº, 7º).

A la luz de lo anterior, y considerando que el relato del solicitante tenía una base real y objetiva, junto al resto de elementos presentados –incluyendo el informe de ACNUR– sobre la persecución de homosexuales en Camerún, la Sala estimó el recurso y, tras anular la resolución controvertida, declaró el derecho del solicitante a que le sea reconocido el derecho de asilo.

**Sentencia de la Audiencia Nacional  
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª),  
de 16 marzo 2017**

Recurso: 231/2016

Ponente: *Excmo. Sr. Jesús María Calderón González*

La sentencia objeto de este comentario guarda relación con la inclusión de un hermano dentro de la unidad familiar a la que un solicitante de asilo puede hacer extensiva su solicitud.

La recurrente, nacional de Pakistán, había solicitado asilo en España alegando diferentes motivos, incluyendo la situación de las mujeres en Pakistán, sometidas a costumbres ancestrales y la preponderancia del varón en la sociedad, así como la extensión del Asilo concedido a su hermano. Esta solicitud fue denegada, señalando en relación con la solicitud de extensión del Asilo concedido a su hermano, que la recurrente no cumplía con los requisitos establecidos en los puntos 1 y 2 del artículo 40 de la Ley 12/2009, habida cuenta de que la misma es mayor de edad, cuenta con su propio trabajo y con medios propios de vida, y por tanto no existe la dependencia que la ley exige para tales casos.

La Sentencia reproduce una parte significativa de las alegaciones de la recurrente respecto de la situación de la mujer en Pakistán, avaladas por informes como el titulado «Pakistán: Circumstances under which single women could live alone», elaborado por el Immigration and Refugee Board of Canadá, de 4 de diciembre de 2007, de las que se desprende que es habitual que en Pakistán el varón que preside la familia, que puede ser el padre, el tío, el hermano etc., tiene una influencia considerable sobre la vida de todos los miembros de la familia, en concreto sobre las mujeres, incluso en los raros casos en los que éstas viven solas.

A este respecto, en relación con los dos requisitos que exige el artículo 40.1.d) de la Ley 12/2009 para extender el Asilo a miembros de la familia distintos al cónyuge y descendientes, a saber, que resulte establecida la dependencia y la existencia de convivencia previa en el país de origen, la Sala consideró acreditado, que la recurrente había convivido junto con la familia de su hermano «bajo el mismo techo» en diferentes ocasiones, como así lo reconocía además la resolución objeto del recurso.

Más controvertida resultaba la presencia del segundo de los requisitos, el de la dependencia al tener la recurrente un trabajo, ser mayor de edad, y haber vivido sola en diferentes momentos. En este contexto, la sentencia constató que la recurrente no cuenta en Pakistán de un apoyo familiar adecuado sin la presencia de su hermano, de quien dependía «económica, social, emocional y afectivamente» (FJ, 4º). Por otro lado, resulta interesante subrayar la referencia que la sentencia hace al Manual de Reasentamiento del ACNUR, en su edición revisada de julio de 2011, a la hora de clarificar quiénes deben considerarse como miembros de una familia para poder ser beneficiarios de la reunificación familiar. De esta forma, como afirma la sentencia, este Manual «establece que el concepto de dependencia es fundamental para la identificación objetiva de los miembros de la familia. La dependencia supone que existe una relación o un vínculo entre miembros de la familia, ya sea social, emocional

o económico. El concepto de dependiente debe ser entendido como alguien que depende sustancial y directamente para su existencia de otra persona, en particular por motivos económicos, pero tomando también en consideración la dependencia social o emocional y las normas culturales. La relación o vínculo entre las personas en cuestión normalmente será fuerte, continuo y razonablemente duradero» (FJ, 5º). La resolución de la Sala añade que «si bien es cierto que dentro del derecho del mantenimiento de la unidad familiar de las personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiarla la familia nuclear es claramente el eje. El elemento de dependencia entre los miembros de la familia, tanto física y económica, como psicológica y emocional, debe valorarse debidamente a la hora de conceder la extensión de la protección a otros familiares. Este entendimiento culturalmente sensible de la familia es muy importante para las personas beneficiarias de protección internacional que han sido forzadas a huir debido a la persecución en su país de origen, debiendo aplicarse el principio de dependencia de manera proactiva y con criterios de inclusión respecto a los miembros del núcleo familiar con los que ha existido una convivencia permanente y dependen del grupo familiar o del cabeza de familia para su sustento. Debe tenerse en cuenta, además, que el mantenimiento de la unidad familiar facilita la integración de los refugiados en el país de acogida. Una aplicación adecuada del principio de dependencia permite interpretar el concepto de familia con la amplitud que imponen las circunstancias de cada caso, permitiendo flexibilidad para atender a las necesidades específicas de los distintos miembros de la familia así como a las necesidades de protección, que requieren que la persona continúe formando parte del mismo grupo familiar» (FJ, 5º).

Con base en estos criterios, la sentencia analiza detalladamente la dependencia económica de la recurrente, haciendo además constar que aunque habitualmente se suele considerar que existe dependencia hasta la mayoría de edad, se deben tener en cuenta las cuestiones culturales en el país de origen de los solicitantes. De esta forma, la dependencia económica de las mujeres paquistaníes puede, como en este caso, ir más allá de la mayoría de edad.

Por último, la Sentencia cita de nuevo al ACNUR para reforzar su argumentación, en este caso mediante un informe relativo a la solicitante, y para la que dicho organismo consideraba procedente la extensión de la protección internacional concedida a su hermano, con quien además convivía ya en España. En los términos utilizados por la sentencia: «[el informe del ACNUR señalaba] la necesidad de que los países de asilo aplicaran criterios liberales a la hora de identificar a los miembros de la familia incluyendo,

al menos, a aquellos miembros que dependen económicamente del cabeza de familia y teniendo en cuenta, dentro de lo posible, la composición de la unidad familiar en el país de origen, apuntando que la exclusión de otros miembros de la familia diferentes a los que componen la familia nuclear, que de manera natural y originaria formaban parte de la misma y que, si se separan, quedan sin un sustento económico y social, la mayoría de las ocasiones trae como resultado su deterioro moral y físico, por lo que recomiendan incluir a estos miembros cuando su viabilidad económica y social depende del núcleo familiar principal. Dicho informe del ACNUR, sobre la base de los argumentos indicados, concluye que debería concederse a la solicitante la extensión familiar de la protección del asilo otorgada a su hermano puesto que convivía y convive con éste y su familia desde hace 23 años, depende económica y emocionalmente de él por constituir su único núcleo familiar, cumpliéndose de esta forma los requisitos establecidos en el artículo 40.2 de la Ley 12/2009».

A la luz de estas consideraciones, la Sentencia concluye que concurren todos los requisitos para conceder la extensión familiar de la protección internacional a otros miembros de la familia distintos de cónyuge, ascendientes o descendientes conforme a la Ley 12/2009 y, en consecuencia, estimando el recurso, anula la resolución denegatoria de la solicitud de asilo y declara la existencia de dicho derecho por extensión del Asilo concedido a su hermano.

### **Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), de 4 de julio de 2017**

Recurso de inconstitucionalidad 6352/2010

Ponente: *Excmo. Sr. Antonio Narváez Rodríguez*

Un supuesto bien distinto al anterior es el de la presente sentencia, por la que el Tribunal Constitucional («TS») declaró inconstitucional y, por tanto, nulo un inciso de la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña («BOE» núm. 139, de 8 de junio de 2010).

El recurso fue promovido por la Defensora del Pueblo en funciones contra los apartados segundo, cuarto y quinto del artículo 9 de la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña, por considerar que vulneran la competencia exclusiva en materia de inmigración y extranjería reservada al Estado en el artículo 149.1.2 CE, así como el artículo 3 CE, en el que se recoge que el castellano es la lengua española oficial

del Estado y que las demás lenguas españolas serán también oficiales en sus respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.

El artículo 9 de la mencionada Ley 10/2010 establece lo siguiente:

«1. La persona titular del derecho de acceso al servicio de primera acogida, a lo largo del proceso de integración en la sociedad catalana, debe alcanzar las competencias lingüísticas básicas en catalán y en castellano.

2. El servicio de primera acogida debe ofrecer la formación y los medios necesarios para la adquisición de las competencias básicas en lengua catalana a las personas titulares del derecho de acceso al servicio que no la conozcan, siempre que sea posible mediante el Consorcio para la Normalización Lingüística.

3. Debe fijarse, por reglamento, el nivel mínimo de referencia que debe alcanzarse en cuanto a competencias lingüísticas referidas en el Marco europeo común de referencia para las lenguas, establecido por el Consejo de Europa.

4. El catalán, como lengua propia de Cataluña, es la lengua común para la gestión de las políticas de acogida e integración. También es la lengua vehicular de la formación y la información, instrumento básico para la plena integración en el país. A tal fin, el aprendizaje lingüístico ofrecido por los servicios de primera acogida empieza por la adquisición de las competencias básicas en lengua catalana.

5. El servicio de primera acogida, terminada la formación en lengua catalana, debe ofrecer la formación para adquirir las competencias básicas en lengua castellana a las personas que hayan alcanzado la adquisición de competencias básicas en lengua catalana y que lo soliciten o lo requieran».

Respecto de los apartados del artículo 9 impugnados el Tribunal Constitucional concluyó, en primer lugar, que el apartado cuarto reproducido *supra* debe ser interpretado como sigue para ser constitucional, a saber, «que el inciso tercero del apartado cuarto del artículo 9 de la Ley 10/2010, que se limita a prever el carácter vehicular del catalán, resultará conforme al artículo 3 CE si no cierra a los extranjeros titulares del derecho de acceso contemplado en la Ley la posibilidad de utilizar también el castellano como lengua vehicular en el área de las acciones sociales formativas e informativas. Esta interpretación será llevada al fallo».

En segundo lugar, el intérprete auténtico de la Constitución concluyó que el siguiente inciso del apartado quinto del artículo 9, a saber, «que hayan alcanzado la adquisición de competencias básicas en lengua catalana y» es inconstitucional. Como se ha señalado, el tenor literal del apartado quinto esta-



blece que «el servicio de primera acogida, terminada la formación en lengua catalana, debe ofrecer la formación para adquirir las competencias básicas en lengua castellana a las personas que hayan alcanzado la adquisición de competencias básicas en lengua catalana y que lo soliciten o lo requieran».

Como constató el TC, este artículo no se limita «a disponer que la enseñanza del conjunto de las lenguas oficiales –en este caso, el castellano y el catalán– comience por la lengua catalana, sino que impide que los extranjeros que hayan seguido las acciones formativas en catalán y que, pese a ello, no hayan logrado acreditar un determinado nivel de conocimientos de esta lengua, puedan obtener ese mismo servicio formativo en lengua castellana» (FJ, 7º). En otros términos, esta norma hace depender el acceso a las acciones formativas en castellano a la acreditación de haber alcanzado la competencia básica en la lengua catalana, estableciendo de esta forma, como alegaba el recurso interpuesto, un régimen de preferencia lingüística en catalán frente a la otra lengua oficial en el territorio de Cataluña, el castellano incompatible con la Constitución.

A tenor de lo anterior, el Tribunal Constitucional declaró, en primer lugar, inconstitucional y, por tanto, nulo el inciso «que hayan alcanzado la adquisición de competencias básicas en lengua catalana y» del apartado quinto del artículo 9 de la Ley 10/2010, de 7 de mayo, del Parlamento de Cataluña, en segundo lugar que el apartado cuarto del artículo 9 de la Ley 10/2010, de 7 de mayo, del Parlamento de Cataluña es constitucional siempre que se interprete en los términos expuestos en el fundamento jurídico 11 c) de esta Sentencia, y, por último, desestimó en todo lo demás el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensora del Pueblo.

### **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 julio de 2017**

Recurso: 405 / 2015

Ponente: *Ilma. Sra. D.ª. Concepción Mónica Montero Elena*

Mediante esta sentencia el Tribunal Supremo ha resuelto un recurso interpuesto contra una resolución del Ministerio del Interior por la que, habiéndose aceptado por la Administración que el recurrente, de nacionalidad camerunesa, podría estar en situación de ser merecedor de la protección internacional solicitada, se acuerda la exclusión del artículo 8.2 de la Ley 12/2009 por haber participado el recurrente en la guerra civil chadiana en un contingente militar rebelde apoyado por Libia.

En efecto, como afirma la resolución impugnada, «el interesado ha prestado servicios continuados, voluntarios y retribuidos de naturaleza militar a rebeldes chadianos en escenarios de guerra durante la guerra civil chadiana y al régimen libio en condiciones que sólo pueden ser consideradas como las propias de un mercenario». A este respecto, la sentencia constata que El TJUE ha declarado procedente la exclusión por actos contrarios a los fines y principios de Naciones Unidas, aun cuando al autor no se imputase delito alguno (Sentencias TJUE 31 de enero de 2017 c-573/14 y 9 de noviembre de 2010, c-57/09 y 101/09), y resume como sigue la doctrina del TJUE en materia de exclusión: «De esta doctrina resulta: 1.- Que es necesario definir los actos que, por ser contrarios a los fines y principios de naciones unidas dan lugar a la exclusión, así como su gravedad; 2.- Que es, igualmente, necesario individualizar la situación respecto a la persona a la que se excluirá del estatuto de refugiados por tales actos; 3.- No es necesario para aplicar la cláusula de exclusión que la persona interesada represente un peligro actual para el Estado miembro de acogida; y 4.- No exige que se realice un examen de proporcionalidad en el caso concreto» (FJ, 3º).

En relación con lo anterior, la sentencia realiza una serie de aclaraciones interesantes relativas a la exclusión de la protección internacional con referencia a la jurisprudencia del TJUE. Así, no es necesario cometer, participar, inducir o incitar la comisión de un delito grave para aplicar la causa de exclusión. En segundo lugar, la comisión de actos no violentos como de coordinación, suministro y enlace son también suficientes para aplicar la causa de exclusión. Por último, no es necesario tener capacidad de decisión para contribuir directamente a actos contrarios a los fines y principios de Naciones Unidas.

A tenor de lo expuesto, la Sala considera procedente concluir, como hiciera la Administración, tanto que el solicitante tenía derecho a solicitar asilo por los hechos ocurridos en Camerún, como que concurre la cláusula de exclusión de la protección prevista en los artículos 8.2 de la Ley 12/2009 y 1.F de la Convención de 1951, en la medida en que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

A continuación, la sentencia analiza la aplicación del principio de no devolución (non-refoulement) al presente caso, y en relación con este principio cita no sólo el artículo 33.1 de la Convención de 1951, sino La Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984), que señala en su quinta conclusión lo siguiente «Reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio impe-

rativo en cuanto a los refugiados debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *ius cogens*» (FJ, 5º). La sentencia recuerda asimismo que el principio de no devolución está también garantizado por el derecho primario de la Unión Europea, y en concreto por el artículo 78 TFUE y por los artículos 18 y 19, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

De lo anterior concluye la sentencia que el principio de no devolución forma parte de la protección internacional aunque, como en este caso, su aplicación no haya sido explícitamente solicitada por el recurrente en su demanda. Además, concluye la sentencia que este principio constituye la regla general de no devolución del extranjero al país donde su vida o su libertad peligre, siendo la excepción la de la devolución.

De esta forma, la sentencia estima parcialmente el recurso del solicitante y anula la resolución impugnada en cuanto no reconoce la aplicación del principio de no devolución, declarando la aplicación al recurrente del principio de no devolución al país perseguidor u a otro que no dé garantías de respetar tal principio, confirmando la resolución en el resto de extremos.

Cabe constatar, por último, que dos magistrados, en concreto D<sup>a</sup> Sandra González de Lara Mingo, y D. Jesús María Calderón González, formularon un voto particular discrepando del reconocimiento de la aplicación del principio de no devolución al país perseguidor u otro que no dé garantías de respetar tal principio en este caso pues, en opinión de estos magistrados, la resolución rechaza que el recurrente sea perseguido en su país de origen.

### *Otras resoluciones*

Un supuesto interesante es el de la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de marzo de 2017 (Sala de lo Contencioso, nº recurso: 386/2016, Ponente: D. José Alberto Fernández Rodera), que, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular en las sentencias de 27 de marzo de 2013 recaídas en los Recursos 2429/2012 y 2529/2012 –comentadas en ediciones precedentes de esta sección jurisprudencial–, no procede aplicar el expeditivo cauce que ofrece el artículo 21.2 b) de la Ley de Asilo cuando se formulan peticiones en frontera, a menos que, ya en una primera aproximación, sin necesidad de esfuerzos dialécticos ni actos de investigación, dichas solicitudes merezcan ser calificadas de incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente, lo que resultará muy difícil cuan-

do, como en el presente caso, exista un informe razonado del ACNUR que concluye que la solicitud debería ser admitida a trámite. En consecuencia, la Sala estimó parcialmente el recurso planteado a los solos efectos de que la Administración admita a trámite la petición de protección internacional de la recurrente y proceda a la incoación del pertinente procedimiento ordinario con el fin de decidir si existen méritos para otorgar la protección internacional solicitada.

Por último, mediante sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2017 (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, nº de Recurso: 1349/2016), el Alto Tribunal confirma, en relación con una solicitud de asilo presentada en el aeropuerto de barajas respecto de la que la Administración no resolvió en las siguientes 96 horas (4 días), que, en cuanto a la forma de computar el plazo de cuatro días para la resolución de la solicitud de protección internacional, «la constante jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el cómputo debe ser de hora a hora y sin descontar los días inhábiles (STS de 5 de diciembre de 2007 –casación 4050/2004–, de 30 de junio de 2006 –casación 5386/2003–, y 6 de noviembre de 2006 –casación 4964/2003–, entre otras muchas)» (FJ, 4º) desestimando de esta forma el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado, que alegaba que el plazo para resolver la solicitud de asilo no comienza a contar hasta que la solicitud entra en el órgano competente para su tramitación, en este caso, la Oficina de Asilo y Refugio, y que debía además computarse en días hábiles.

## Extradición

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,  
de 6 de septiembre de 2016 en el asunto C-182/15 Aleksei Petruhhin,**  
Ponente: *C. G. Fernlund*.

Destacamos, de entre las sentencias dictadas en el periodo cubierto en materia de extradición, esta importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en formación de Gran Sala, en la que concluye que Un Estado miembro no tiene la obligación de conceder a todo ciudadano de la Unión que haya circulado en su territorio la misma protección contra la extradición que la que concede a sus propios nacionales.

La sentencia trae causa de una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo de Letonia, en el marco de una solicitud de extradición diri-

gida por las autoridades rusas a las autoridades letonas con respecto a un Sr., Aleksei Petruhhin, nacional de Estonia, en relación con una infracción por tráfico de estupefacientes. La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 18 TFUE, párrafo primero, del artículo 21 TFUE, apartado 1, y del artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante también la «Carta»).

En concreto, el Tribunal Supremo de Letonia preguntaba si los artículos 18 TFUE, que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad, y 21 TFUE, que establece el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, deben interpretarse en el sentido de que, para la aplicación de un acuerdo de extradición celebrado entre un Estado miembro y un Estado tercero, en este caso Letonia y Rusia, los nacionales de otro Estado miembro (Estonia) deben beneficiarse de la regla que prohíbe la extradición por el primer Estado miembro de sus propios nacionales.

A este respecto, el Tribunal concluyó, en contra de la opinión de los Estados miembros que participaron en el procedimiento, que al haber hecho uso el Sr. Petruhhin, en su condición de ciudadano de la Unión, de su derecho de circular libremente en la Unión desplazándose a Letonia, la situación controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de los Tratados, en el sentido del artículo 18 TFUE, que contiene el principio de no discriminación en función de la nacionalidad, citando en relación con esta conclusión la conocida sentencia Cowan, C-186/87, sobre la prestación pasiva de servicios.

En este marco, el TJUE afirmó que las normas nacionales en materia de extradición, en este caso el acuerdo de Letonia con Rusia, introducen una diferencia de trato en función de si la persona interesada es nacional de ese Estado o de otro Estado miembro, que pueden afectar la libertad de estos últimos de circular dentro de la Unión. De esta forma, concluye el Tribunal, la desigualdad de trato se traduce en una restricción a la libertad de circulación, en el sentido del artículo 21 TFUE (ap. 33).

A continuación el TJUE analizó si esta restricción a la libertad de circulación puede ser justificada por razones objetivas y proporcionadas. A este respecto, y de conformidad con la opinión del Abogado General Bot, el Tribunal constató que la extradición es un procedimiento que tiene como objetivo combatir la impunidad de una persona que se halla en un territorio distinto de aquel en que supuestamente ha cometido una infracción, y que el principio *aut dedere, aut judicare* (o extraditar o juzgar), permite compensar la no extradición

de los nacionales del propio Estado con la posibilidad del Estado miembro requerido de procesar a sus propios nacionales por infracciones graves cometidas fuera de su territorio. No obstante, como señala acertadamente el TJUE, «este Estado miembro, por regla general, no tiene competencia para juzgar hechos de ese tipo cuando ni el autor ni la víctima de la supuesta infracción tienen la nacionalidad de dicho Estado miembro. La extradición permite así evitar que queden impunes las infracciones cometidas en el territorio de un Estado por personas que han huido de este territorio. En este contexto, normas nacionales como las controvertidas en el litigio principal, que permiten responder favorablemente a una solicitud de extradición con vistas al procesamiento o al juicio en el Estado tercero donde supuestamente se ha cometido la infracción, parecen adecuadas para alcanzar el objetivo perseguido» (aps. 39-40).

Por lo demás, en sede del análisis de la proporcionalidad de la medida, el Tribunal analizó si existe una medida alternativa que sea menos lesiva para el ejercicio de los derechos que confiere el artículo 21 TFUE y que permita alcanzar de una manera igualmente eficaz el objetivo de evitar el riesgo de impunidad de las personas que cometan una infracción penal. De esta forma, el Tribunal haya una solución que permite asimilar la situación del nacional de la Unión a la de los propios nacionales del Estado donde se encuentra, a saber, los Estados miembros deben en casos como este «dar prioridad al intercambio de información con el Estado miembro del que el interesado es nacional para dar a las autoridades de este Estado miembro, siempre que tengan competencia, en virtud de su Derecho nacional, para procesar a esta persona por hechos cometidos fuera del territorio nacional, la oportunidad de emitir una orden de detención europea con vistas a tal procesamiento. En efecto, el artículo 1, apartados 1 y 2, de la Decisión Marco 2002/584 no excluye la posibilidad de que, en tal caso, el Estado miembro del que el supuesto autor es nacional emita una orden de detención europea para la entrega de esta persona con vistas al procesamiento» (ap. 48).

Por último, y respondidas las principales preguntas formuladas por el Tribunal Supremo de Letonia, el TJUE respondió a la tercera cuestión formulada por el órgano jurisdiccional letón, a saber, si en un supuesto como el de autos dicho órgano debe, en cumplimiento del artículo 19 de la Carta, asegurarse de que el nacional cuya extradición se solicita no corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. A tal efecto, el órgano remitente preguntaba si bastaba para considerar que no existe tal riesgo que el Estado que solicita

la extradición sea parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos y esté sometido a la jurisdicción del TEDH. No obstante, el TJUE consideró que lo anterior no basta si existe otra información fiable de que se vaya a infligir un trato inhumano o denigrante. Esta información puede provenir de sentencias del TEDH, de resoluciones judiciales del Estado requirente o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas.

En consecuencia, mediante esta importante sentencia el Tribunal de Justicia aclara que el Derecho de la Unión no se opone necesariamente a la extradición por parte de un Estado miembro de un ciudadano de la Unión que haya circulado en su territorio, a diferencia de la protección que concede a sus propios nacionales, aunque, antes de extraditarlo, el Estado miembro interesado deberá dar prioridad al intercambio de información con el Estado miembro de origen y permitirle solicitar la entrega del ciudadano para su procesamiento. Además, el Estado miembro en cuestión deberá asegurarse de que no haya un riesgo real de trato inhumano o degradante a la persona extraditada en el Estado tercero de que se trate a la hora de examinar la solicitud de extradición.

#### *Otras decisiones de tribunales nacionales relativas a extradición*

Entre las decisiones dictadas por los tribunales nacionales en materia de extradición durante el periodo cubierto por este trabajo cabe destacar el **Auto del Tribunal Constitucional de 20 septiembre (RTC\2016\155 AUTO)**, por el que se inadmite un recurso de amparo por el que se consideraba contraria a los derechos fundamentales protegidos por la Constitución la negativa, por parte del Tribunal Supremo, a reconocer a las condenas extranjeras el efecto de limitar la imposición o ejecución de la pena impuesta en un nuevo proceso con base en lo dispuesto por el artículo 3.5 de la Decisión Marco 2008/675/JAL, respecto del cual el Tribunal Supremo aplicó la doctrina del «acto claro» para no formular una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE. Frente a la decisión de la mayoría, los magistrados doña Adela Asua Batarrita y don Juan Antonio Xiol Ríos presentaron un voto particular discrepante, en el que señalaban que el recurso debería haberse admitido y, entre otros aspectos, que el Tribunal Supremo vulneró el artículo 24 CE al no plantear una cuestión prejudicial al TJUE. Asimismo, la magistrada doña Encarnación Roca Trías formuló un voto particular en el que discrepaba de la



decisión de la mayoría de no admitir el recurso de amparo al considerar que *prima facie* no puede descartarse la existencia de lesión.

En un supuesto parcialmente similar al anterior, también relacionado con la extradición, destacamos la **sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 19 julio de 2017, Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez** por la que se rechaza abonar la prisión provisional sufrida en Portugal a la ejecutoria seguida en España, solicitud presentada con base en lo dispuesto por el artículo 17 de la Decisión Marco 2008/909/JAI (LCEur 2009, 396), habida cuenta de que no consta la coincidencia temporal entre la situación de prisión provisional y la de penado, presupuesto esencial para poder apreciar lo que ha sido denominado como situación de «doble cómputo».

Juan Jorge Piernas López  
*Universidad de Murcia*

## VII. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

En materia de inmunidad de jurisdicción destacamos un auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ) en la que se aplica e interpreta la reciente Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

### **Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal). de 14 de noviembre de 2016**

Reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeras 71/2015

El auto trae causa de una solicitud de exequátur de un laudo arbitral dictado en Gabón frente a la República de Guinea Ecuatorial, y en particular, la sociedad CEIBA INTERCONTINENTAL S.A. Así, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, a saber, que «los órganos jurisdiccionales españoles comunicarán al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación la existencia de cualquier procedimiento contra un Estado

extranjero a los solos efectos de que aquel emita informe en relación con las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución, del que dará traslado al órgano jurisdiccional competente por la misma vía», el TSJ de Madrid acordó comunicar la existencia del procedimiento objeto del comentario al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC), solicitando el preceptivo informe.

El informe del MAEC concluyó que debe reconocerse la inmunidad de jurisdicción de la República de Guinea Ecuatorial con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, siguiendo además lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas de 2004. El informe señalaba además que la excepción prevista en el 16 de la LO 16/2015, «Procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral», a saber, «Cuando un Estado extranjero haya convenido con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado la sumisión a arbitraje de toda controversia relativa a una transacción mercantil, salvo acuerdo de las partes en otro sentido en el convenio arbitral o en la cláusula compromisoria, el Estado no podrá hacer valer la inmunidad ante un órgano jurisdiccional español en un proceso relativo a: la validez, interpretación o aplicación de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral; El procedimiento de arbitraje, incluido el nombramiento judicial de los árbitros; la confirmación, la anulación o la revisión del laudo arbitral; o El reconocimiento de los efectos de los laudos extranjeros». En concreto, el informe señalaba que el convenio arbitral o la cláusula compromisoria que dio lugar al arbitraje y al posterior laudo fue acordada por el Estado extranjero con una empresa de la nacionalidad de ese Estado (la entidad COMMERCIAL BANK GUINEA ECUATORIAL (CBGE)), y no, como establece el artículo mencionado, «con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado».

El TSJ, tras confirmar la interpretación de la Ley 16/2015 llevada a cabo en el informe, haciendo referencia además a la propia Convención de Naciones Unidas de 2004, y en concreto a su artículo 17, constató la tesis restrictiva de la inmunidad de jurisdicción que han defendido nuestros más Altos Tribunales, desde el Tribunal Supremo al Tribunal Constitucional, y que ha sido incluida en la Ley Orgánica 16/2015. Así, como resume el TSJ «Frente a la indeterminación anterior sobre lo que lo que debía considerarse actos *iure gestionis* y actos *iure imperii*, que unos distinguían conforme a la naturaleza de la actividad, otros a la finalidad de la misma, y algunos por la naturaleza

del contrato o las partes intervinientes en él, esta Ley Orgánica precisa que están excluidos de la inmunidad de jurisdicción los procesos derivados de la sumisión a arbitraje convenida con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado de toda controversia relativa a una transacción mercantil, lo que, a sensu contrario, determina la inmunidad jurisdiccional en las transacciones mercantiles realizadas con los nacionales del mismo Estado». (FJ, 5º)

Sin embargo, aplicando la teoría del control real de la inversión, común en la resolución de disputas relativas a inversiones, aun no tratándose el asunto controvertido de una disputa en materia de inversiones, el TSJ concluyó que la empresa con la que acordó la República de Guinea Ecuatorial someterse a arbitraje era camerunesa, al ser de esta nacionalidad la parte principal de su capital social, y que se trataba en consecuencia de una nacionalidad diferente a la de la República de Guinea Ecuatorial. En consecuencia, y aplicando la excepción prevista en el artículo 16 de la LO 16/2015, el Tribunal declaró su jurisdicción para pronunciarse sobre la demanda formulada, en contra por tanto de la tesis sostenida por el MAEC en su informe.

### **Otras resoluciones de tribunales nacionales relativas a la inmunidad de jurisdicción o de ejecución**

Entre las decisiones dictadas por los tribunales nacionales en materia de inmunidad de jurisdicción durante el periodo cubierto por este trabajo cabe destacar el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ((Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 28 septiembre de 2016, Auto núm. 11/2016. Esta resolución resuelve una solicitud de exequátur, también formulado contra la República de Guinea Ecuatorial por una sociedad. Como en el anterior caso analizado, el MAEC presentó un informe solicitando que fuera reconocida la inmunidad de jurisdicción del Estado mencionado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16 de la LO 16/2015. De hecho, de la lectura del auto objeto de este comentario se desprende que se trata del mismo informe que el MAEC consideró «válido para ambos procedimientos» (Antecedente de hecho, nº 6), lo que fue criticado por el TSJ al no coincidir ni el Laudo, ni el Tribunal Arbitral ni las partes contendientes en el arbitraje (FJ, 4º).

De hecho, el Tribunal constató que en el caso de autos resultaban de aplicación dos excepciones a la inmunidad de jurisdicción reconocidas por la LO 16/2015, a saber, lo dispuesto por el artículo 16, analizado en relación con el asunto comentado *supra*, y lo dispuesto en el artículo 5(b) de la misma, esto

es, que el Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un órgano jurisdiccional español respecto de una cuestión en relación con la cual haya consentido de forma expresa el ejercicio de dicha jurisdicción en un contrato escrito.

En consecuencia, el TSJ declaró su jurisdicción para acodar el reconocimiento del Laudo arbitral objeto del litigio frente a la República de Guinea Ecuatorial.

Destacamos asimismo la **sentencia de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Décima, de 24 de enero de 2017, nº de Recurso: 993/2016** por la que se reconoce la inmunidad de jurisdicción de una funcionaria miembro de la Oficina de Enlace de ONU-Mujeres con España, a pesar de haber cesado en su cargo ya que los actos fueron realizados en el ejercicio de sus funciones durante su permanencia en el cargo, sin que las Naciones Unidas hayan renunciado a tal inmunidad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, la sección 18 a) del artículo V de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946 (a la que se adhirió España el 31 de julio de 1974) y el artículo 36.3 y 5 de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España. La Audiencia concluye, por tanto, que la demandada gozaba y goza de inmunidad de jurisdicción, tal y como habían expuesto los informes remitidos por la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Naciones Unidas, aseverados por el del Gabinete Técnico de la Subsecretaría de Asuntos Exteriores y de Cooperación del MAEC.

Subrayamos también la **sentencia de 23 de enero de 2017 la Audiencia Provincial de Sevilla (nº de Recurso: 5282/2016, Ponente: Encarnación Gómez Caselles)** recuerda, en un asunto relativo al procesamiento de un funcionario consular por un presunto delito contra la seguridad vial en su modalidad de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólica en el que alegó inmunidad de jurisdicción absoluta, que, de acuerdo con el artículo 43.1 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de fecha 24 de abril de 1963 y del artículo 37.2 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961, los funcionarios consulares sólo gozan de dicha inmunidad en el ejercicio de funciones consulares. En consecuencia, la Audiencia desestimó el recurso interpuesto con base en la inmunidad de jurisdicción por el funcionario consular.

Por último, el **Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) mediante Auto de 16 de septiembre de 2016**, con motivo de su rechazo al recurso de súplica presentado contra el auto dictado por la misma Sala el 11 de julio de 2016 ha vuelto a reconocer la inmunidad de jurisdicción de la que gozan los miembros del Tribunal de Justicia de la UE con arreglo al artículo 3 del Estatuto de dicho Tribunal.

Juan Jorge Piernas López  
*Universidad de Murcia*

## VIII. OTRAS SENTENCIAS

### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de marzo de 2017**

Asunto C-638/16 PPU

Ponente: *Maria Berger*

Mediante la sentencia objeto de este comentario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en formación de Gran Sala, resuelve una cuestión prejudicial relativa a una solicitud de visado de validez territorial limitada, presentada por una pareja casada de nacionalidad Siria en la embajada de Bélgica en Beirut (Líbano) antes de regresar a Siria con la finalidad de permitirles abandonar la ciudad asediada de Alepo para presentar una petición de asilo en Bélgica. A este respecto, en su solicitud de visado humanitario, uno de los demandantes declaraba haber sido secuestrado por un grupo armado, golpeado y torturado antes de ser finalmente puesto en libertad contra el pago de un rescate, además de relatar la situación generalizada de seguridad precaria en Siria, en particular para los cristianos ortodoxos como ellos.

Los demandantes alegaban que el artículo 18 de la Carta impone a los Estados miembros la obligación positiva de garantizar el derecho de asilo y que la concesión de la protección internacional es el único medio para evitar el riesgo de que se infrinjan el artículo 3 del CEDH y el artículo 4 de la Carta. Asimismo sostenían que, en la medida en que las propias autoridades belgas consideraron que se hallaban en una situación humanitaria excepcional y teniendo en cuenta las obligaciones internacionales que el Reino de Bélgica debe respetar, se cumplían todos los requisitos para que se aplicara el artículo 25, apartado 1, letra a), del Código de visados, es decir, para recibir un visado por motivos humanitarios.

En este contexto, el órgano jurisdiccional belga que conoció de estas solicitudes planteó si el artículo 25, apartado 1, letra a), del Código de visados debe interpretarse en el sentido de que las obligaciones internacionales a las que se refiere dicha disposición incluyen el deber, por parte de un Estado miembro, de respetar el conjunto de los derechos garantizados por la Carta, en particular en sus artículos 4 y 18, por el CEDH y por el artículo 33 de la Convención de Ginebra. Además, se preguntaba si, teniendo en cuenta la respuesta a la primera cuestión, el artículo 25, apartado 1, letra a), del Código de visados debe interpretarse en el sentido de que el Estado miembro que conoce de una solicitud de visado de validez territorial limitada está obligado a expedir el visado solicitado cuando resulta probado que existe el riesgo de que se infrinjan los artículos 4 y/o 18 de la Carta o de que se incumpla una obligación internacional a la que ese Estado miembro está sujeto.

A este respecto, el TJUE constató, en primer lugar, que el Código de visados fue adoptado para estancias cuya duración no supere los tres meses, y que los demandantes en el caso de autos pretendían solicitar asilo en Bélgica y, por tanto, obtener un permiso de residencia cuya validez no estuviera limitada a 90 días.

En segundo lugar, el TJUE constató que en la medida en que el legislador de la Unión no ha adoptado ningún acto sobre la base del artículo 79 TFUE, apartado 2, letra a), con respecto a las condiciones en las cuales los Estados miembros expedirán visados o permisos de residencia de larga duración a los nacionales de terceros países por razones humanitarias, las solicitudes como las formuladas por los demandantes en el caso de autos sólo están sujetas al Derecho nacional.

En consecuencia, el TJUE consideró que las solicitudes formuladas por los demandantes, aunque formalmente se hicieran con base en el Código de visados, no se encuentran reguladas por el Derecho de la Unión y, por ende, no resulta aplicable la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en el sentido de la jurisprudencia Åkerberg Fransson (asunto C-617/10).

Por otro lado, el TJUE subrayó que una conclusión contraria a la alcanzada equivaldría a permitir en la práctica a los nacionales de terceros países que presenten una solicitud de protección internacional en las representaciones de los Estados miembros situadas en el territorio de un tercer país, lo que hasta la fecha el Derecho de la Unión Europea no prevé.

A la luz de las consideraciones anteriores, el TJUE concluyó que «el artículo 1 del Código de visados debe interpretarse en el sentido de que una solicitud de visado de validez territorial limitada presentada por un nacional

de un tercer país por razones humanitarias, sobre el fundamento del artículo 25 de este Código, en la representación del Estado miembro de destino situada en el territorio de un tercer país con la intención de presentar, en cuanto llegue a este Estado miembro, una solicitud de protección internacional y de permanecer, por tanto, en dicho Estado miembro más de 90 días en un período de 180 días, no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicho Código, sino que, en el estado actual del Derecho de la Unión, sólo está sujeta al Derecho nacional» (ap. 51). En otros términos, los Estados miembros son libres de expedir visados humanitarios sobre la base de su Derecho nacional para permitir a los solicitantes poder solicitar asilo posteriormente en su territorio, pero el Derecho de la Unión, lamentablemente, no exige actuar así.

Juan Jorge Piernas López  
*Universidad de Murcia*





---

# RECENSIONES

