

Cuadernos Europeos de Deusto

ISSN: 1130-8354 (papel)

ISSN: 2445-3587 (digital)

DOI: <https://doi.org/10.18543/ced>

Deusto Journal of European Studies

No. 70/2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ced702024>



**Instituto de
Estudios Europeos**

• • • • •

Cuadernos Europeos de Deusto

No. 70/2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ced702024>

Cuadernos Europeos de Deusto está incluida en:
Deusto Journal of European Studies is included in:



Scopus®

SJR

latindex

Dialnet *plus*

DOAJ DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS

EBSCO *host*

ÍnDICES
CSIC

Google
Académico

OCLC
WorldCat®

Cuadernos Europeos de Deusto es una revista universitaria especializada en el estudio de la Unión Europea desde un enfoque interdisciplinar. Su objetivo fundamental es difundir conocimientos sobre el proceso de construcción europea en sus diferentes dimensiones (histórica, política, jurídica, económica, social, cultural...), así como suscitar la reflexión y la valoración crítica de los diferentes factores que van determinando su evolución y transformación.

Cuadernos Europeos de Deusto agradece el patrocinio de la Diputación Foral de Bizkaia, que ha hecho posible la publicación del presente número.

Organización editorial:

Dirección:

Beatriz Pérez de las Heras (Universidad de Deusto, España)

Dirección-Adjunta:

M.ª Luz Suárez Castiñeira (Universidad de Deusto, España)

Consejo de Redacción:

Cristina Arenas Alegría (Universidad de Deusto, España)

Steffen Bay Rasmussen (Universidad de Deusto, España)

Javier Bilbao Ubillos (Universidad del País Vasco, España)

Karolina Boronska-Hryniewiecka (Wroclaw University, Polonia)

Marta Casado Abarquero (Universidad de Deusto, España)

David Fernández Rojo (Universidad de Deusto, España)

Igor Filibi López (Universidad del País Vasco, España)

Inmaculada Herbosa Martínez (Universidad de Deusto, España)

Javier Larena Beldarrain (Universidad de Deusto, España)

Ainhua Lasa López (Universidad del País Vasco, España)

Nerea Magallón Elosegui (Universidad del País Vasco, España)

Aitziber Emaldi Cirión (Universidad de Deusto, España)

Elena Atienza Macías (Universidad de Deusto, España)

Consejo Asesor:

Joana Abrisketa Uriarte (Universidad de Deusto, España)

Francisco Aldecoa Luzárraga (Universidad Complutense de Madrid, España)

Cristina Churruga Muguruza (Universidad de Deusto, España)

Pablo Antonio Fernández Sánchez (Universidad de Sevilla, España)

Beatriz Iñarritu Ibarreche (Universidad de Deusto, España)

María Nagore Casas (Universidad de Deusto, España)

Secretaría Técnica:

Noemí Angulo Garzaro

Administración y Secretaría:

estudios.europeos@deusto.es

La versión digital de Cuadernos Europeos de Deusto se encuentra en régimen de «Open Access» desde 2017.

La edición impresa pueda solicitarse a través de la plataforma de la revista: <http://ced.revistas.deusto.es/>

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.

Indexada en ESCI (desde 2019), SCOPUS (desde 2017),

y en las bases de datos ISOC y EBSCO.

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

ISSN-e: 2445-3587

Depósito legal: BI — 620-91

Deusto Journal of European Studies is a university journal focused in the study of the European Union from an interdisciplinary perspective. It mainly seeks to disseminate knowledge about the different aspects (historical, political, legal, economic, social, cultural issues, etc.) of the European construction process, as well as to encourage reflection and critical assessment of the main factors that determine its evolution and transformation.

Deusto Journal of European Studies is very grateful to the Diputación Foral de Bizkaia (regional government of Biscay) for its sponsorship and financial support which has made possible the edition of this issue.

Deusto Journal of European Studies is indexed in ESCI (since 2019) and SCOPUS (since 2017). It is also included in LATINDEX Catalogue, as well as in ISOC and EBSCO.

Editorial Team

Editor-in-Chief

Beatriz Pérez de las Heras, University of Deusto, Spain

Deputy Editor-in-Chief

M.ª Luz Suárez Castiñeira, University of Deusto, Spain

Editorial Board

Cristina Arenas Alegría, University of Deusto, Spain

Steffen Bay Rasmussen, University of Deusto, Spain

Javier Bilbao Ubillos, University of the Basque Country, Spain

Karolina Boronska-Hryniewiecka, Wrocław University, Poland

Marta Casado Abarquero, University of Deusto, Spain

David Fernández Rojo, University of Deusto, Spain

Igor Filibí López, University of the Basque Country, Spain

Inmaculada Herbosa Martínez, University of Deusto, Spain

Javier Larena Beldarrain, University of Deusto, Spain

Ainhoa Lasa López, University of the Basque Country, Spain

Nerea Magallón Elosegui, University of the Basque Country, Spain

Francesco Ricci, LUM Giuseppe Degennaro University, Italy

Advisory Board

Joana Abrisketa Uriarte, University of Deusto, Spain

Francisco Aldecoa Luzárraga, Complutense University of Madrid, Spain

Pablo Antonio Fernández Sánchez, University of Seville, Spain

Beatriz Iñárritu Ibarreche, University of Deusto, Spain

María Nagore Casas, University of Deusto, Spain

Technical Secretary

Noemí Angulo Garzaro

Contact:

Email: estudios.europeos@deusto.es

Access and Copyright

Print version: Print copies of any issue of the Journal are sold on demand.

Digital version (online): Unrestricted access to the digital content of any Issue of this Journal is free upon its publication. The content can freely be downloaded, copied and distributed only for non-commercial purposes. More details are available at <http://ced.revistas.deusto.es>

ISSN (Print) 1130-8354

ISSN (Online) 2445-3587

URL <http://ced.revistas.deusto.es>

Printed in Spain

Legal deposit: BI-620-91

Revista Cuadernos Europeos de Deusto

Normas de publicación

Contenido. La revista *Cuadernos Europeos de Deusto* publica, con carácter semestral (octubre y abril), estudios jurídicos, económicos, políticos, sociales e históricos sobre el proceso de integración europea.

Envío de originales. Los originales han de ser inéditos y escritos en castellano. También podrán admitirse originales en alguna de las lenguas oficiales de la Unión Europea, así como en Euskera, en Microsoft Word o formato compatible. Se enviarán en soporte electrónico al Instituto de Estudios Europeos a la dirección: estudios.europeos@deusto.es

Formato

—En la primera página se incluirá el título del artículo, en castellano y en inglés, nombre del autor, filiación académica, dirección de correo electrónico.

—La segunda página recogerá un sumario, un resumen en castellano y un *abstract* en inglés, de 200 palabras máximo cada uno, 3-5 palabras clave en castellano y en inglés.

—Extensión máxima: 25 páginas, tamaño Dina 4.

—Párrafos: interlineado 1,15, justificado y primera línea sangrada con tabulador.

—Tipo y tamaño letra: *Times New Roman* 12.

—Notas a pie de página: *Times New Roman* 10.

—Título del artículo: *Times New Roman* 14, mayúscula y negrita.

- Ejemplo: **LA ENERGÍA ELÉCTRICA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE**

—Primer rango de apartado: *Times New Roman* 12, minúscula y negrita.

- Ejemplo: **La política energética en la UE**

—Segundo rango de apartado: *Times New Roman* 12, minúscula y cursiva.

- Ejemplo: *La posición de la UE en las negociaciones internacionales*

—Sumario:

- Ejemplo: **Sumario:** I. Introducción.—II. Marco jurídico-institucional de la política ambiental UE. 1. Marco Institucional. 2. Marco Jurídico—III. El papel de la UE en las negociaciones internacionales del régimen sobre cambio climático. 1. La posición de la UE en las negociaciones internacionales. 2. La política de la CE para combatir el cambio climático. 2.1. Antes de la reforma de Maastricht. 2.2 Después de la reforma de Maastricht—IV. Conclusiones.

—Párrafos: interlineado sencillo, justificado y primera línea sangrada en un tabulador.

- Ejemplo:

Sin embargo, este artículo hace comprender la ZEE no solo la columna de agua suprayacente sino el lecho y el subsuelo de la marino, coincidiendo, en parte, con la plataforma continental, como luego veremos.

¿Estarían entre estas actividades económicas el almacenamiento de dióxido de carbono? En principio no parece que haya nada que lo impida...

Manual de estilo Chicago-Deusto

Para la incorporación de citas y referencias bibliográficas, los autores seguirán el sistema denominado «notas y bibliografía» del Manual de estilo Chicago-Deusto, <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>

La versión en inglés del Manual está disponible en http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

Notas y bibliografía: ejemplos

—Cada vez que se cita una obra por primera vez se deben dar en nota todos los detalles. Sin embargo, las posteriores citas que se hagan de esa obra solo requieren una forma abreviada.

—En la bibliografía se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En la mayoría de los ejemplos que siguen a continuación se ofrece la cita completa, la abreviada y la entrada bibliográfica (resaltada en nuestros ejemplos en color gris).

1. Libro

Un autor

—Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.

—Duch, *Mito...*, 15.

—Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.

—Segura, *Gramática...*, 75.

Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.

Segura, Santiago. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

Dos autores

—Orfelio G. León e Ignacio Montero, *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación* (Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993).

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993.

Tres autores

—Julio Borrego Nieto, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos, *El subjuntivo...*

Borrego Nieto, Julio, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.

Cuatro o más autores

En la nota se cita solo el nombre del primer autor, seguido de *et al.* Sin embargo, en la entrada de la bibliografía se citan todos los autores.

—Natalia Ojeda *et al.*, *La predicción del diagnóstico de esquizofrenia...*

—Ojeda *et al.*, *La predicción...*

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

—Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

—Andrés-Suárez, *Antología del microrrelato...*

Andrés-Suárez, Irene, ed. *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo*. Madrid: Cátedra, 2012.

Editor, traductor o compilador además de autor

—Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Ed. por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

18 Fernández Ramírez, *La enseñanza...*, 33

Fernández Ramírez, Salvador. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros, 1985.

Capítulo u otra parte de un libro

—Josefina Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», en *La ciudad del futuro*, ed. por Antonio Bonet Correa (Madrid: Instituto de España, 2009), 177-217.

19 Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», 180.

Gómez Mendoza, Josefina. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España, 2009.

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

—James Rieger, introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

—Rieger, introducción, XXXIII.

Rieger, James. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado.

En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

—Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

—Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

Libro consultado en línea

- Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrezordonez>.
- Philip B. Kurland y Ralph Lerner, eds., *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), acceso el 28 de febrero de 2010, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.
- Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*.
- Kurland y Lerner, *Founder's Constitution*, cap. 10, doc. 19.

Gutiérrez Ordóñez, Salvador. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

2. Artículo de revista

2.1. Artículo en una revista impresa

Para la nota a pie de página o final de capítulo, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la bibliografía, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

- María José Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», *Meta* 56, n.º 1 (2011): 112-13.
- Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», 115.

Hernández Guerrero, María José. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1 (2011): 101-118.

2.2. Artículo en una revista en línea

- Ángeles Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española», *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 470, doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.
- Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional», 475.

Feliu Albadalejo, Ángeles. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...») en lugar de en una nota y, normalmente, se omiten en la bibliografía. Los siguientes ejemplos muestran una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo:

- Sheryl Gay Stolberg y Robert Pear, «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote», *New York Times*, 27 de febrero de 2010, acceso el 28 de febrero de 2010, <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.
- Stolberg y Pear, «Wary Centrists...».

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero de 2010. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

4. Reseña del libro

- David Kamp, «Deconstructing Dinner», reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan, *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review, <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.
- Kamp, «Deconstructing Dinner».

Kamp, David. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

5. Tesis o tesina

- Francisco José Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro» (tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2010), 145, <http://hdl.handle.net/10201/17600>.
- Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo», 130-132.

Hernández Rubio, Francisco José. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2010. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

- Silvia Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo» (conferencia, Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012).
- Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción».

Rodríguez Vázquez, Silvia. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012.

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en el texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...») o en una nota. Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir una fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

—«McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts», McDonald's Corporation, acceso el 19 de julio de 2008, <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

McDonald's Corporation. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio de 2008. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») en lugar de en una nota y, generalmente, se omiten en la bibliografía. No es necesario añadir *seud.* después del nombre aparentemente ficticio.

—José Luis Ramírez, 17 de marzo de 2012 (21:28), comentario a Alberto Bustos, «Hacer los deberes», *Blog de Lengua española*, 13 de marzo de 2012, <http://blog.lengua-e.com/2012/hacerlos-deberes/#comments>.

Blog de Lengua española. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») o se dan en nota; raramente se incluyen en la bibliografía:

—Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011.

—Mike Milanovic (director ejecutivo de Cambridge ESOL), en conversación con el autor, septiembre de 2011.

En lo que se refiere a las entrevistas, sea cual sea su forma, la cita normalmente comienza por el nombre de la persona entrevistada. El entrevistador, en caso de mencionarse, figura en segundo lugar:

—Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

—Spock, entrevista.

10. Obra registrada en bases de datos

Para los documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de la base de datos y, entre paréntesis, el número de identificación proporcionado o recomendado por la base de datos:

Choi, Mihwa. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago, 2008. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

En los documentos legales y públicos, las menciones a la documentación se hacen generalmente en el cuerpo del texto. En otras materias, especialmente académicas, que usan como fuente documental textos legales y públicos, se mencionan tanto en el cuerpo del texto como en nota.

—Asunto C-38/14, Mr. Jones versus Secretariat of State, Judgment of the Court of 23 June 2015, ECLI:EU:C:2015:222.

Norma jurídica

- Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (BOJA núm. 248 de 19 de diciembre de 2007).
- Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (BOE núm. 213 de 5 de septiembre de 2007).
- Reglamento (UE) n.º 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores (DOUE L 241 de 27 de mayo de 2011).

Proceso de evaluación y publicación. Los trabajos dirigidos a las secciones de Estudios y Otros estudios se someterán a la previa evaluación por un miembro del Consejo de Redacción y por un experto independiente a la revista. Aparte de las cuestiones formales de presentación, se valorarán la coherencia de los trabajos con el enfoque de la revista, su carácter innovador, el rigor de análisis y metodológico y su aportación al conocimiento del proceso de construcción europea. El proceso de evaluación será absolutamente anónimo. La decisión sobre la publicación o no de los originales, así como su publicación con previas modificaciones será comunicada en un plazo no superior a 3 meses desde el momento en que se acepta su entrega.

Política antiplagio

Cuadernos Europeos de Deusto (CED) mantiene una política antiplagio que vela para que todos los trabajos publicados sean inéditos, garantizando así la originalidad de todos los manuscritos. Como principal herramienta antiplagio, CED se sirve del sistema Turnitin para avalar la publicación de contribuciones científicas novedosas y de impacto.

Derechos de autor

El autor cede a la Universidad de Deusto los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción del trabajo que somete a publicación en *Cuadernos Europeos de Deusto* (CED) en cualquier tipo de soporte, incluida la cesión para su inclusión en las bases de datos en las que esta revista está indexada y en el repositorio institucional de la Universidad de Deusto.

El acceso al contenido digital de cualquier número de *Cuadernos Europeos de Deusto* es gratuito, en régimen de *open access*. Los trabajos podrán leerse, descargarse, copiar y difundir, sin fines comerciales y según lo previsto por la ley inmediatamente después de la publicación de cada número.

Asimismo, los trabajos editados en *Cuadernos Europeos de Deusto* pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en CED, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor.

Aviso legal

Es responsabilidad exclusiva de los autores el contenido de sus respectivos trabajos publicados en esta Revista. Los autores asumen la responsabilidad de obtener todos los permisos necesarios para la reproducción en sus manuscritos de cualquier texto, material o ilustración, proveniente de otro autor, institución o publicación. Las consecuencias que puedan derivarse de denuncias por publicación de artículos plagiados serán responsabilidad exclusiva de los autores.

Más información: <http://ced.revistas.deusto.es>

Cuadernos Europeos de Deusto

No. 70/2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ced702024>

Sumario/Contents

Presentación/Introduction

Beatriz PÉREZ DE LAS HERAS 19

Estudios

Carlos ESPALIÚ BERDUD, The naval operation *Irini* of the European Union: a step backwards in the CSDP in the fight against illegal immigration and search and rescue activities in the Mediterranean 29

Sang Chul PARK, A Study on Economic Cooperation in the EU and East Asia: Can Franco-German Cooperation be a Model for Japan and Korea? 65

Alberto José DE NOVA LABIÁN, La diligencia debida de las plataformas en línea dentro del Reglamento europeo de servicios digitales 99

Dámaso Javier VICENTE BLANCO y Daniela BARDEL, Las nuevas obligaciones de información corporativa en materia de sostenibilidad en la Unión Europea: la Directiva (UE) 2022/2464 y la naturaleza de sus normas 133

Jurisprudencia

David ORDOÑEZ SOLÍS, Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 171

Crónica

Beatriz IÑARRITU, Actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea 219

Presentación

Introduction

Presentación / Introduction

Beatriz Pérez de las Heras
Directora de *Cuadernos Europeos de Deusto*
beatriz.perez@deusto.es

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.2997>

Publicado en línea: abril de 2024

Resumen: El año 2024 supondrá un tiempo de cambio político e institucional en la Unión Europea. Este proceso se iniciará con las elecciones al Parlamento Europeo el 9 de junio. La convocatoria electoral europea supondrá, no sólo la renovación de la composición política de la institución parlamentaria, sino también de la Comisión Europea, cuya constitución como nuevo ejecutivo europeo deberá estar ultimada para el 1 de noviembre. Además, coincidiendo con los comicios europeos, el Consejo Europeo presentará la Agenda Estratégica de la UE 2024-2029, en la que se definirán las principales prioridades políticas para los próximos cinco años. Entre ellas, se incluyen la seguridad y defensa, la energía, la migración, la resiliencia y competitividad, la cooperación mundial y la ampliación.

Mientras tanto, la crisis energética y las tensiones geopolíticas generadas por la guerra en Ucrania y el conflicto en Gaza siguen determinando la agenda europea durante este año 2024.

Con estas perspectivas de cambio y en un contexto geopolítico todavía inestable y complejo, este número misceláneo 70/2024 de *Cuadernos Europeos de Deusto* incluye diversas contribuciones que inciden en algunas de estas cuestiones que perfilan la actualidad europea. Este primer ejemplar de 2024 incluye también las habituales crónicas de jurisprudencia y de actualidad europea que firman nuestros fieles y valiosos colaboradores, David Ordóñez Solís y Beatriz Iñárritu.

Palabras clave: Operación *Irini*, búsqueda y salvamento, integración económica, cooperación Franco-Alemana, internet, prestadores de servicios intermedarios, responsabilidad social empresarial, información corporativa en materia de sostenibilidad.

Carlos Espaliú Berdud, Catedrático de Derecho Internacional Público y Derecho de la Unión Europea en la Universidad Antonio de Nebrija, firma el artículo «*The naval operation Irini of the European Union: a step backwards in the CSDP in the fight against illegal immigration and search and rescue activities in the Mediterranean*», donde analiza la operación *Irini*, en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa, como nueva misión naval de la UE contra las violaciones del embargo de armas y la exportación ilícita de productos derivados del petróleo en Libia decretado

por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. La operación Irini incluye también, como resalta el autor, un apartado de formación de guardacostas libios en su lucha contra la inmigración irregular y el tráfico de seres humanos. Sin embargo, Irini cuenta con escasos medios para atender sus objetivos, concluye el autor, lo que explica su poca efectividad hasta el momento al tiempo que merma la credibilidad de la UE como actor de seguridad internacional.

Sang Chul Park, Profesor Catedrático en la Universidad Tecnológica de Corea, se adentra con un enfoque comparativo en las relaciones económicas dentro de la UE y en la región del Este asiático. Bajo el título «*A study on economic cooperation in the EU and East Asia: can Franco-German cooperation be a model for Japan and Korea?*», el artículo explora las posibilidades de trasladar el modelo de reconciliación y de cooperación estrecha entre Francia y Alemania tras la Segunda Guerra Mundial a las relaciones entre Japón y Corea del Sur. El autor sostiene que el mismo proceso de acercamiento franco-alemán no se ha producido en el diálogo entre ambos países del Este asiático, lo que hace que la cooperación entre ambos no resulte tan sólida. Sin embargo, partiendo de los factores que han contribuido al éxito de la cooperación entre Francia y Alemania, el autor pondera las posibilidades de adaptar este modelo en el ámbito de la cooperación económica entre Japón y Corea del Sur.

Alberto José de Nova Labián, Profesor Doctor en la Universidad Internacional de la Rioja, analiza los aspectos más relevantes del nuevo Reglamento UE relativo al mercado único de servicios digitales. Bajo el título «La diligencia debida de las plataformas en línea dentro del Reglamento europeo de servicios digitales», el autor se detiene con especial atención en el sistema de diligencia debida y principales obligaciones de las plataformas. Con un enfoque jurídico y jurisprudencial, el estudio desgrana los criterios vigentes en este ámbito incluidos en el Reglamento europeo. El artículo aporta también una perspectiva comparada entre la normativa de la UE y la de EEUU en materia de responsabilidad de las plataformas en línea, lo que permite extraer importantes diferencias entre ambos modelos, en particular con respecto al nivel de exigencia de las obligaciones y responsabilidad de los prestadores de servicios.

Dámaso Javier Vicente Blanco, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Valladolid y **Daniela Bardel**, Profesora Titular de Teoría General del Derecho en la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, firman el artículo «Las nuevas obligaciones de información corporativa en materia de sostenibili-

dad en la Unión Europea: la Directiva (UE) 2022/2464 y la naturaleza de sus normas». El estudio se adentra en las nuevas obligaciones de información en materia de sostenibilidad que la nueva normativa europea impone a las empresas que operan en la UE, tomando como base la Directiva (UE) 2022/2464. Los autores pasan repaso, en primer lugar, a las iniciativas previas sobre responsabilidad social de las empresas y conducta empresarial responsable adoptadas por la UE, incluidos instrumentos jurídicos como la Directiva 2014/95 sobre Información no Financiera e Información sobre Diversidad. A continuación, analizan el alcance de las disposiciones específicas de la nueva Directiva 2022/2464, destacando sus puntos fuertes y sus insuficiencias, para aportar, finalmente, una reflexión analítica sobre la naturaleza de las normas en base a las categorías de derecho imperativo y uniforme.

Sobre la autora

Beatriz Pérez de las Heras es Catedrática de Derecho de la Unión Europea y Titular de la Cátedra Jean Monnet en Integración Europea en la Universidad de Deusto (UD). Doctora en Derecho por la UD, realizó estudios de postgrado en el Centre Européen Universitaire de Nancy, donde obtuvo los diplomas de DESS y DEA en Droit Communautaire. Fue Directora del Instituto de Estudios Europeos de la UD, de 1996 a 2009. Desempeñó, así mismo, el puesto de Vicedecana de Investigación y Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho, de 2013 a 2015. Ha realizado diversas estancias como investigadora visitante en las Universidades americanas de Oregon (2009), Georgetown (2012), Fordham (2013), Boston College (2014), Florida International University (2016) y en la Universidad de Canterbury (Nueva Zelanda, 2023). Desde 2009 dirige la revista *Cuadernos Europeos de Deusto* y es Investigadora Principal del equipo de investigación «Integración Europea y Derecho Patrimonial en un contexto global». Es autora de numerosas publicaciones sobre cuestiones jurídicas europeas.

Presentación / Introduction

Beatriz Pérez de las Heras

Editor-in-Chief of *Deusto Journal of European Studies*

beatriz.perez@deusto.es

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.2997>

E-published: April 2024

Abstract: The year 2024 will be a time of political and institutional change in the European Union. This process will begin with the elections to the European Parliament on June 9. The European electoral call will mean not only the renewal of the political composition of the parliamentary institution, but also of the European Commission, whose new composition as the European executive will have to be established by November 1. Furthermore, coinciding with the European elections, the European Council will present the EU Strategic Agenda 2024-2029, which will define the main political priorities for the next five years. These include security and defense, energy, migration, resilience and competitiveness, global cooperation and enlargement.

Meanwhile, the energy crisis and the geopolitical tensions generated by the war in Ukraine and the conflict in Gaza continue to determine the European agenda during this year 2024.

With these perspectives of change and in an uncertain and complex geopolitical context, this miscellaneous issue 70/2024 of *Deusto Journal of European Studies* includes various contributions related to some of the current issues in the EU. This first issue of 2024 also includes the usual chronicles of jurisprudence and European current events signed by our faithful and valuable collaborators, David Ordóñez Solís y Beatriz Iñárritu.

Keywords: Operation Irini, search and rescue, economic integration, Franco-German cooperation, internet, intermediary service providers, corporate social responsibility, corporate information on sustainability.

Carlos Espaliú Berdud, Full Professor of Public International Law and European Union Law at Antonio de Nebrija University, signs the article “The naval operation Irini of the European Union: a step backwards of the CSDP in the fight against illegal immigration and search and rescue activities in the Mediterranean”. This study analyses the operation Irini within the framework of the Common Security and Defense Policy as a new EU naval mission against the violation of the arms embargo and illicit export of petroleum products in Libya decreed by the United Nations Security Council. Operation Irini also includes, as the author

highlights, a training component for the Libyan coast guard in their fight against irregular immigration and human trafficking. However, Irini has few means to address its objectives, the author finds, which explains its lack of effectiveness so far while reducing the credibility of the EU as an international security actor.

Sang Chul Park, Professor at the Tech University of Korea, delves into economic relations within the EU and in the East Asian region with a comparative approach. Under the title “A study on economic cooperation in the EU and East Asia: can Franco-German cooperation be a model for Japan and Korea?”, the article explores the possibilities of transferring the model of reconciliation and close cooperation between France and Germany after the Second World War to relations between Japan and South Korea. The author argues that the same process of Franco-German rapprochement has not taken place in the dialogue between both East Asian countries, which makes the bilateral cooperation not so solid. However, based on the factors that have contributed to the success of the Franco-German cooperation, the author considers the possibilities of adapting this model in the field of economic cooperation between Japan and South Korea.

Alberto José de Nova Labián, Doctor in Law at the International University of La Rioja, analyzes the most relevant aspects of the new EU Regulation about the single market for digital services. Under the title “*La diligencia debida de las plataformas en línea dentro del Reglamento europeo de servicios digitales*”, the author specially focuses on the due diligence system and main obligations imposed on the platforms. With a legal and jurisprudential approach, the study details the current criteria in this area included in the European Regulation. The article also provides a comparative perspective between EU and US regulations about online platforms responsibility, which allows to extract important differences between both models, particularly with respect to the level of exigence related to obligations and responsibility of service providers.

Dámaso Javier Vicente Blanco, Associate Professor of Private International Law at the University of Valladolid and **Daniela Bardel**, Associate Professor of General Theory of Law at the National University of Buenos Aires Province Center, sign the article “*Las nuevas obligaciones de información corporativa en materia de sostenibilidad en la Unión Europea: la Directiva (UE) 2022/2464 y la naturaleza de sus normas*”. The study delves into the new sustainability reporting obligations required by the new European regulations for companies operating in the EU on

the basis of Directive (EU) 2022/2464. The authors first review previous initiatives on corporate social responsibility and responsible business conduct adopted by the EU, including legal instruments such as Directive 2014/95 on Non-Financial Reporting and Diversity Reporting. Next, they analyze the scope of the specific provisions of the new Directive 2022/2464, highlighting its strengths and shortcomings, to finally provide an analytical reflection on the rule nature based on the categories of imperative and uniform law.

About the author

Beatriz Pérez de las Heras is Professor of European Union Law and Jean Monnet Chair on European Integration at the University of Deusto (UD). PhD in Law (UD), she accomplished post-graduate studies at the Centre Européen Universitaire de Nancy (France), where she obtained the DESS and DEA en Droit Communautaire. She was Director of the European Studies Institute at UD from 1996 to 2009. She also served as Vice-Dean for Research and International Relations at Deusto Faculty of Law from 2013 to 2015. She has been a visiting scholar at the US Universities of Oregon (2009), Georgetown (2012), Fordham (2013), Boston College (2014) and Florida International University (2016), as well as the University of Canterbury (New Zealand, 2023). She is currently Editor-in-Chief of *Deusto Journal of European Studies* and Principal Researcher of the “Integración Europea y Derecho Patrimonial” research team. She is author of various books and articles on European legal issues.

Estudios

The naval Operation *Irini* of the European Union: a step backwards of the CSDP in the fight against the illegal immigration and search and rescue activities in the Mediterranean

*La Operación naval Irini de la Unión Europea: un paso atrás
de la PCSD en la lucha contra la inmigración ilegal y las actividades
de búsqueda y salvamento en el Mediterráneo*

PhD. Carlos Espaliú Berdud

Full Professor of Public International Law and European Union Law
Main Researcher in the Security, Risk and Conflict Management Research Group
Director of the Centre for Research on Security, Rule of Law and High Technologies
Antonio de Nebrija University
cespaliu@nebrija.es

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.2989>

Received on September 4, 2023

Accepted on January 24, 2024

E-published: April 2024

Summary: I. Introduction.—II. The achievements of the Operation *Sophia* in their context.—III. Lights and shadows of Operation *Irini*. 1. The achievements of the Operation *Irini* in their context. 2. The abandonment of the search and rescue activities and the situation with regard to the respect of human rights of the migrants.—IV. Conclusions.—V. Bibliography.

Abstract: Operation *Irini* is a new EU naval operation, in the framework of CSDP, to address violations of the arms embargo and illicit export of petroleum products in Libya, imposed by the United Nations Security Council. As a second objective, the Operation contributes to the training of Libyan coastguards in their fight against illegal immigration, as well as combating the mafias involved in the smuggling of migrants in the Central Mediterranean. From the outset, the naval operation has had scant resources and, unsurprisingly, its results have been poor in these first three years. In short, this new Operation, in the wake of *Sophia*'s poor results in the last months of its activity, represents a new setback for the CSDP and for the EU's ambition to become a relevant actor in contemporary international society. Unfortunately, moreover, allegations of significant violations of migrants' human rights by Libyan coast guard forces cast a shadow over the EU, which is assisting and training these security forces.

Keywords: Operation *Irini*, CSDP, naval operations, search and rescue, Libya, human rights.

Resumen: *La Operación Irini es una nueva operación naval de la UE, en el marco de la PCSD, para tratar de luchar contra las violaciones del embargo de armas y de exportación ilícita de productos derivados del petróleo en Libia, impuesto por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Como segundo objetivo, la Operación contribuye a la formación de los guardacostas libios en su lucha contra la inmigración ilegal, así como a luchar contra las mafias dedicadas al tráfico de migrantes en el Mediterráneo Central. La Operación naval cuenta desde el principio con escasos medios y, como no podía ser de otro modo, sus resultados son pobres en estos primeros tres años. En definitiva, que esta nueva Operación, en la estela de los malos resultados de Sophia en los últimos meses de su actividad, supone un nuevo revés para la PCSD y para la ambición de la UE de convertirse en un actor relevante en la Sociedad Internacional Contemporánea. Desgraciadamente, además, las acusaciones de importantes violaciones de los derechos humanos de los migrantes, por parte de los cuerpos de Guardacosta libios, ensombrecen a la UE, que está asistiendo y formando a esas fuerzas de seguridad.*

Palabras clave: *Operación Irini, PCSD, operaciones navales, búsqueda y salvamento, derechos humanos.*

I. Introduction

In recent years we have witnessed a major migration crisis in Europe, the most dramatic scene of which has been the Mediterranean, with thousands of deaths of people trying to reach our shores in search of a more promising future. Perhaps the high point of the crisis was the sinking on 18 April 2015, off the coast of Libya, of a fishing boat with more than 800 people on board. This event shocked the consciences of the European leaders of the various institutions, bodies and agencies of the European Union (EU), who began to reflect on how to deal with the crisis. Thus, on 13 May 2015, the European Commission adopted the European Agenda on Migration, which calls for a common European migration policy, bringing together the efforts of the EU institutions, Member States and local authorities, in cooperation with third countries and other international organisations¹.

This call did not fall on deaf ears, and the EU began to make plans for action alone or in conjunction with other international organisations or third States. In fact, this instrument already announced that the EU's High Representative for Foreign Affairs and Security Policy had outlined possible operations under the Common Security and Defence Policy (CSDP) aimed at identifying, capturing and destroying vessels used by people smugglers². In this respect, it should be recalled that the Lisbon Treaty had given a strong impetus to CSDP in general and to crisis management operations in particular³. In relation to the latter, Article 42 (1) of the Treaty on European Union notes that the CSDP "shall provide the Union with an operational capacity drawing on civilian and military assets [...]", which may be used "[...] on missions outside the Union for peace-keeping, conflict prevention and strengthening international security in accordance with the principles of the United Nations Charter". In theory, that impetus was intended to give the EU the necessary competences to play an increasingly important role on the world stage.

¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European Agenda on Migration, Brussels, 13 May 2015 COM(2015) 240 final.

² *Ibid.*, p. 3.

³ It also creates a mutual assistance clause, a solidarity clause and provides for the creation of permanent structured cooperation. On the historical evolution of the CSDP, see, among other works: Panos Koutrakos. *The EU Common Security and Defence Policy*. Oxford: Oxford European Union Law Library, 2013; online edn, Oxford Academic, 23 May 2013. On the present and future of the CSDP, see, among other works: José Luis de Castro Ruano y Diego Borrajo Valiña, «El futuro de la seguridad y la defensa en la UE post-brexite: el salto a la integración», *Cuadernos Europeos De Deusto* 60 (2019): 187-217.

In the framework of the CSDP, the Council of the European Union decided on 18 May 2015 to launch a CSDP naval military crisis management operation, initially called EUNAVFOR MED⁴, but later renamed *Sophia*⁵, in order to curb illegal migration to Europe via the central Mediterranean.

The choice of a military operation to combat illegal migration will be better understood if one takes into account that Operation *Sophia* was established at a time when there was a pressing need for swift action in the face of the scale of the tragedy unfolding across the Mediterranean basin, and when the positive results of Operation *Atalanta* —the naval operation of the EU against maritime piracy in the waters of the Gulf of Aden— were already evident to all⁶. The launch of an EU naval operation was thought to be a good measure, both as a complement to the work of search and rescue, which was already underway with the European Border and Coast Guard Agency's (Frontex) Operation *Triton*, as well as to combat trafficking in human-beings in international spaces or in third States, which necessarily had to be placed in the framework of the CSDP with the support of the United Nations Security Council (UNSC)⁷.

However, as long as this article focuses on EU naval operations in the Mediterranean, particularly in the waters around Libya, it is worth mentioning that, also under the umbrella of the CSDP, the EU had already launched the European Union Integrated Border Assistance and Management Mission to Libya (EUBAM Libya) on 22 May 2013. The aim of that Mission is to cooperate with the Libyan authorities to strengthen the

⁴ Council Decision (CFSP) 2015/778 of 18 May 2015 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED), OJ L 122/31, 19 May 2015.

⁵ Council Decision (CFSP) 2015/1926 of 26 October 2015 amending Decision (CFSP) 2015/778 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED), OJ L 281/13, 27 October 2015.

⁶ Indeed, if in 2011 —the peak in terms of the number of pirate attacks recorded since the start of the operation in 2008— there were a total of 176 attacks, in 2015, none were confirmed, and thereafter the same trend has continued. See in this regard: EUNAVFOR Somalia, Facts and Figures. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://eunavfor.eu/key-facts-and-figures/>.

⁷ On the inspiration of Operation *Sophia* in Operation *Atalanta*, see also: Félix Arteaga Martín y Carmen González Enríquez, “La respuesta militar a la crisis migratoria del Mediterráneo”, *Real Instituto Elcano*, *ARI* 40 (2015): 4-5 and Giovanni Faleg and Steven Blockmans, “EU Naval Force EUNAVFOR MED sets sail in troubled waters”, *Centre for European Policy Studies Commentary*, 26 June 2015, (2015): 2-4. Likewise, on the timeliness and relevance of launching a military operation to solve the migration problem of migration see: Miguel Ángel Acosta Sánchez, “Sobre el ámbito competencial de las operaciones de paz: el enfoque integral de la operación militar Sophia de la UE ante la crisis migratoria”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* 12 (2018): 15-48, or Julia Himmrich, “Beyond operation Sophia What role for the military in migration policy?”, *Dahrendorf Forum Policy Brief*, 4 march 2019 (2019): 3).

security of its land, sea and of its land, maritime and air borders in the short term, and in the longer term to develop a comprehensive integrated border management strategy⁸. Until 31 December 2018, EUBAM Libya's mandate was focused on facilitating security sector reform in Libya and paving the way for a possible civilian CSDP mission, working closely with the United Nations Support Mission in Libya (UNSMIL)⁹. However, on 17 December 2018, the Council of the European Union extended the mandate of EUBAM Libya until 30 June 2020 and expanded its competences so as to assist the Libyan authorities in dismantling the organised criminal networks involved in smuggling of migrants, trafficking in human-beings and terrorism¹⁰. Since then, the Council has extended the mandate of the Mission¹¹ on several occasions, the most recent extension being until June 2025.

As outlined above, the initial objective of Operation *Sophia* was to disrupt the business model of smuggling and trafficking networks in the southern central Mediterranean by making systematic efforts to detect, capture and eliminate the vessels and means used by those criminals, in accordance with applicable international law, including the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) and United Nations Security Council (UNSC) resolutions to this effect. Subsequently, the EU Council

⁸ Council Decision 2013/233/CFSP of 22 May 2013 on the European Union Integrated Border Management Assistance Mission in Libya (EUBAM Libya), OJ L 138 of 24 May 2013, pp. 15-18.

⁹ Of course, the EU is well aware that it cannot solve the root problem of migration from Africa on its own, so it tries to act in cooperation with other international actors, such as the aforementioned UNSMIL Mission, the African Union or the North Atlantic Treaty Organisation (NATO). See: Council of the European Union, Doc. 11471/18, EEAS, Strategic Review on EUNAVFOR MED Operation Sophia, NSCEUBM Libya & EU Liaison and Planning Cell of 27 July 2018 [EEAS (2018) 835], p. 22. Furthermore, EUBAM Libya and the naval operations of the EU work in coordination with CSDP missions in the Sahel and with some EU Member States, as well as with other EU actions and other European international organisations, such as the EU Delegation to the Council of Europe (EUDEL), the EU Liaison and Planning Cell (EULPC), Europol, Eurojust, the Integrated Border and Migration Management Support Programme in Libya (EUTF), Frontex and Project Seahorse (private sector). See *ibid.*, p. 49.

¹⁰ Council Decision (CFSP) 2018/2009 of 17 December 2018 amending and extending Decision 2013/233/CFSP on the European Union Integrated Border Assistance and Management Mission (EUBAM Libya), OJ L 322 of 18 December 2018, pp. 25-26.

¹¹ See: Council Decision (CFSP) 2020/903 of 29 June 2020 amending Decision 2013/233/CFSP on the European Union Integrated Border Management Assistance Mission in Libya (EUBAM Libya), OJ L 207, 30 June 2020, p. 32; Council Decision (CFSP) 2021/1009 of 18 June 2021 amending Decision 2013/233/CFSP on the European Union Integrated Border Management Assistance Mission in Libya (EUBAM Libya), OJ L 222/18, 22 June 2021 and Council Decision (CFSP) 2023/1305 of 26 June 2023 amending Decision 2013/233/CFSP on the European Union Integrated Border Management Assistance Mission in Libya (EUBAM Libya), OJ L 161/68, 27 June 2023.

extended Operation *Sophia* and added new objectives, as directed by the UNSC. Thus, in June 2016¹², two new support tasks were added: on the one hand, training and capacity-building of the Libyan Coast Guard and Navy to carry out maritime control activities, in particular against human trafficking; and, on the other hand, the implementation of the arms embargo imposed on the high seas off the coast of Libya by UNSC Resolution 2292 (2016) of 14 June 2016.

A few months later, in July 2017, *Sophia* was mandated by the UNSC through UNSC Resolution 2146 (2014) of 19 March 2014 to carry out surveillance activities and collect information on the illegal trade in crude oil and other products that finance human trafficking mafias¹³.

However, in the months that followed, *Sophia* ran into a crisis, mainly for political reasons. In fact, the future of *Sophia* was called into question by Italy's threat to veto the Operation if a general decision on migration was not reached, which would provide for the distribution of migrants among the different Member States after their disembarkation in Italian ports. Thus, as expected, the Council decided on 21 December 2018¹⁴ to extend the Operation, but this time for only three months, until 31 March 2019.

For the last time, on 26 September 2019, it was decided to extend the mandate of Operation *Sophia* by six months, in the same conditions¹⁵. And finally, when that extension expired, taking into account the situation in Libya and the decisions adopted during the Berlin Conference about the Libyan War in January 2020, the EU decided that *Sophia* was to cease its activities¹⁶ and launched a new naval operation in the central Mediterranean sea, called *Irimi*¹⁷.

¹² Council Decision (CFSP) 2016/993 of 20 June 2016 amending Decision (CFSP) 2015/778 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED operation SOPHIA), OJ L 162, 21 June 2016, pp. 18-20.

¹³ Council Decision (CFSP) 2017/1385 of 25 July 2017 amending Decision (CFSP) 2015/778 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED operation SOPHIA), OJ L 194, 26 July 2017, pp. 61-62.

¹⁴ Council Decision (CFSP) 2018/2055 of 21 December 2018 amending Decision (CFSP) 2015/778 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED operation SOPHIA), OJ L 327 I/9, 21 December 2018, pp. 9-10.

¹⁵ Council Decision (CFSP) 2019/1595 of 26 September 2019 amending Decision (CFSP) 2015/778 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED operation SOPHIA), OJ L 248/73, 27 September 2019.

¹⁶ Council Decision (CFSP) 2020/471 of 31 March 2020 repealing Decision (CFSP) 2015/778 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED operation SOPHIA), OJ L 101/3, 1 April 2020.

¹⁷ Council Decision (CFSP) 2020/472 of 31 March 2020 on a European Union military operation in the Mediterranean (EUNAVFOR MED IRINI), OJ L 101, 1 April 2020, pp. 4-10.

Regarding the situation in Libya, we recall that, in February 2011, a peaceful protest in Benghazi, eastern Libya, against the rule of Colonel Muammar Gaddafi was met with a violent crackdown that claimed the lives of dozens of protesters within days. As the protests spread beyond Benghazi, the number of victims increased. In response, the UNSC adopted Resolution 1970 on 26 February 2011, expressing its “[...]grave concern at the situation in the Libyan Arab Jamahiriya and condemning the violence and use of force against civilians [...]”. The Security Council also referred the situation in the Libyan Arab Jamahiriya to the Prosecutor of the International Criminal Court and imposed an arms embargo on the country¹⁸. Following the further deterioration of the state of affairs in Libya, the UNSC adopted Resolution 1973 on 17 March 2011, which condemned “[...] the gross and systematic violation of human rights, including arbitrary detentions, enforced disappearances, torture and summary executions”. At the same time, the Security Council introduced active measures, including a no-fly zone, and authorised Member States, acting through regional organisations as appropriate, to use “all necessary measures” to protect Libyan citizens and civilian populated areas¹⁹. Following the adoption of UN Security Council Resolution 1973, a military operation was launched by a multinational coalition, initially led by the United States of America and, since 31 March 2011, by NATO²⁰, in order to prevent a bloodbath. After several months of fighting, during which, for example, the International Criminal Court (ICC) issued an arrest warrant against Gaddafi²¹, the civil war ended up with the deposition of the Gaddafi regime.

After the fall of Gaddafi’s regime, there was a central power vacuum and the situation escalated into fighting between different factions and groups, which over time took on the dimensions of a civil war²².

¹⁸ United Nations Security Council, Resolution 1970 (2011), Doc. S/RES/1970 (2011), 26 February 2011.

¹⁹ United Nations Security Council, Resolution 1973 (2011), Doc. S/RES/1973 (2011), 17 March 2011.

²⁰ See: NATO, Press briefing by NATO Spokesperson Oana Lungescu, joined by NATO Military Committee Chairman Admiral Giampaolo Di Paola and Commander of Operation Unified Protector, Lieutenant General Charles Bouchard (Opening remarks), 31 March 2011. Accessed on 2 August 2023. Available at: https://www.nato.int/cps/en/natolive/opinions_71897.htm.

²¹ International Criminal Court, Warrant of Arrest for Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, ICC-01/11-13, 27 June 2011 | Pre-Trial Chamber II | Decision.

²² Regarding the situation in Libya after Gaddafi’s fall, see: Javier Soto Reyes; Youssef Hadiq Bouajaj; Aitor Lecumberri Iribarren, “La distribución del poder en la Libia post-Gadafi: un análisis desde la Sociología del poder”, *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos* 23 (2017): 47-75.

The signing of the agreement to form a government of national consensus on 17 December 2015 in Sjirat, Morocco, was perhaps a step forward in stabilising the political situation, although it certainly did not serve to restore state authority throughout Libyan territory, as the events of recent years have made abundantly clear. In fact, as everyone knows, political instability prevented the holding of legislative elections at the end of 2018 and prompted the United Nations Special Envoy for Libya to convene a national conference, which was to have taken place on 16 and 17 April 2019, in order to achieve national reconciliation between the various factions. Unfortunately, that national conference was eventually suspended in early April 2019 when General Hafter, who had created the so-called Libyan National Army, launched a military offensive aimed at taking control of Tripoli. In order to put an end to this situation, which has been exacerbated by foreign intervention in the civil war, a conference organised by the German government took place in Berlin on 19 January 2020. The aim of the conference was to provide new political impetus and international support for a solution to the Libyan conflict. In addition to the UN Secretary-General and Germany, the conference was attended by eleven countries and three other international organisations: China, France, Russia, the United Kingdom, the United States of America, Egypt, the United Arab Emirates, Italy, Congo, Turkey, Algeria, the EU, the African Union and the Arab League²³.

Some months afterward, on 23 October 2020, a ceasefire agreement, sponsored by UNSMIL, was signed between the Libyan Army of the Government of National Accord and the Libyan National Army of the General Command of the Armed Forces²⁴. By the terms of the agreement, all armed forces should withdraw from confrontation lines and that all mercenaries and foreign fighters should depart from the Libyan territory within three months. Along with that, the parties “[...] agreed to form a limited joint military force to deter ceasefire violations and develop, in conjunction with UNSMIL, a mechanism to monitor the implementation of the agreement. [...]”²⁵. Nevertheless, as the final report of March 2021 of

²³ See: United Nations Security Council, Letter dated 22 January 2020 from the Permanent Representative of Germany to the United Nations addressed to the President of the Security Council, Doc. S/2020/63, 22 January 2020.

²⁴ United Nations Security Council. Letter dated 27 October 2020 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council. Doc. S/2020/1043, 27 October 2020. Agreement for a complete and permanent ceasefire in Libya between the Libyan Army of the Government of National Accord and the Libyan National Army of the General Command of the Armed Forces, signed below by their authorized representatives and witnessed by the United Nations Support Mission in Libya (UNSMIL). Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/287/98/PDF/N2028798.pdf?OpenElement>.

²⁵ *Ibid.*

the Panel of Experts on Libya established pursuant to Security Council Resolution 1973 (2011) noted in its summary, “[...] their commitment to its implementation remains questionable. [...]”²⁶. In any case, both the Government of National Accord-Affiliated Forces (GNA-AF) and the Hafter Affiliated Forces (HAF) have disrupted terrorist cells and arrested leaders of the Islamic State of Iraq and the Levant and the Organisation of Al-Qaeda in the Islamic Maghreb, which has contributed to the decline in terrorist attacks²⁷. According to a report by the United Nations Secretary-General, the ceasefire continued to hold in April 2023, although the security situation remained tense throughout the country²⁸.

It was in this context that the EU decided to put an end to *Sophia* and to launch *Irini* on 31 March 2020, after the Berlin Conference on Libya. It should be underlined that the new military operation took over most of the remaining tasks of its sister *Sophia*: on the one hand, and primarily, it aimed at implementing the UNSC arms embargo on Libya using air, satellite and maritime assets; on the other hand, as secondary tasks, *Irini* was set up to contribute to the implementation of UNSC measures to prevent the illicit export of oil from Libya, to the capacity building and training of the Libyan Coast Guard and Navy, and to the disruption of the business model of human smuggling and trafficking networks²⁹.

Three years after the start of Operation *Irini*, it’s time to reflect on the initial results of the Operation in the light of the continuity of the efforts of the Operation *Sophia*. The opportunity for this research is all the greater given that, according to the International Organization for Migration (IOM), the Central Mediterranean has once again become “[...] the deadliest known migration route in the world³⁰”, and the number of shipwrecks in this area is not decreasing. On the contrary, in 2023 about 2500 people died or disappeared in this area³¹. Moreover, one of the worst disasters in this tragic cycle occurred in June 2023, when a fishing boat sank off the coast of Greece with around 700 migrants on board, most of whom were reported dead or

²⁶ United Nations Security Council. Letter dated 8 March 2021 from the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council, Doc. S/2021/229, 8 March 2021. Summary.

²⁷ *Ibid.*, p. 6.

²⁸ United Nations Security Council, United Nations Support Mission in Libya, Report of the Secretary-General. S/2023/248, 5 April 2023, p. 12.

²⁹ Council Decision (CFSP) 2020/472 of 31 March 2020 on a European Union military operation in the Mediterranean (EUNAVFOR MED IRINI), OJ L 101/4, 1 April 2020, arts. 1-5.

³⁰ International Organization for Migration, Missing Migrants Project. “Overview of Migrants Deaths in the Mediterranean”. Accessed on 12 January 2024. Available at: <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>.

³¹ *Ibid.*

missing³². That is why we are going to pay special attention, firstly, to the issue of *Irimi*'s fight against illegal migration and its roots and, secondly, to search and rescue in the Mediterranean. This is our main objective. Indirectly, however, we understand that the consequences of this examination of the EU's level of ambition in this new operation may have implications for the present and future of the CSDP. And that would be our secondary purpose.

To achieve these objectives, our paper will be structured as follows: in the second section, we will present the results of Operation *Sophia*, which should provide a good basis for understanding the mandate of Operation *Irimi* as a continuation of CSDP operations in the Mediterranean. In section three, we will examine the first results of Operation *Irimi*. First, in terms of the achievement of its objectives, mainly in the field of combating illegal migration in the Mediterranean. Secondly, we will try to elaborate on its shortcomings and negative aspects, especially its neglect of search and rescue activities, as well as violations of migrants' human rights. In relation to the issue of the violation of the human rights of migrants, it should be noted that in this section we will address the analysis of the situation with regard to Operations *Sophia* and *Irimi* together, as the facts, accusations and consequences overlap in time. Finally, in the fourth section, we will present our conclusions.

II. The achievements of the Operation *Sophia* in their context

As for the number of irregular migrants attempting to reach Europe via the central Mediterranean route, according to data provided by Frontex, a total of 170664 people were counted in 2014, while the number rose to 153946 in 2015, the year Operation *Sophia* began. The peak was reached in 2016, when 181376 people attempted to cross the Mediterranean irregularly by this route. In 2017, a total of 118962 people were registered. On the other hand, 2018 and 2019 saw a significant decrease in the number of attempts to reach Italian shores, with 14874 people counted in 2019, "[...] its lowest yearly number of irregular migrants since before the Arab Spring [...]"³³.

³² International Organization for Migration, "IOM and UNHCR Call for Decisive Action Following Mediterranean Tragedy". Accessed on 12 January 2024. Available at: <https://www.unhcr.org/news/press-releases/unhcr-and-iom-call-decisive-action-following-mediterranean-tragedy#:~:text=UNHCR%20and%20IOM%20call%20for%20decisive%20action%20following%20Mediterranean%20tragedy,-16%20June%202023&text=UNHCR%2C%20the%20UN%20Refugee%20Agency,the%20worst%20in%20several%20years.>

³³ All figures quoted are from: Frontex. "Illegal border crossings on the Central Mediterranean route (including Apulia and Calabria) in numbers. Situation in 2019". Accessed on 2 August 2023. <https://frontex.europa.eu/what-we-do/monitoring-and-risk-analysis/migratory-routes/central-mediterranean-route/>.

Nevertheless, when the ships of *Sophia* were in their ports, in 2020, according to Frontex, “[...] the number of irregular migrants detected on this route increased significantly, making it the most-used path to Europe [...]” and “[...] Libya was the most common departure point [...]”³⁴.

More important, and of course dramatic, is the number of people who lost their lives trying to cross to Europe from Africa via the central Mediterranean route. More specifically, in 2014, 3165 people died; in 2015, 3149; in 2016, 4581; in 2017, 2853; and in 2018 the figure dropped by about half, with 1314 people perishing, and in 2019, 1262 people perished³⁵.

In any case, according to official EU sources, thanks to the operation of *Sophia* 44916 persons were rescued³⁶.

In the light of these data, it would be unfair not to acknowledge that, at least in terms of search and rescue, Operation *Sophia* has not done a bad job³⁷. However, it would be necessary to consider whether it is appropriate to use warships, which are essentially deterrent in nature, for tasks that other types of ships and personnel may be better able to perform.

Another question is the effectiveness of Operation *Sophia* in the fight against human trafficking and smuggling. However, it has to be acknowledged that the situation is complex and largely beyond the EU’s control, as most smugglers are not based in Europe and those who are eventually apprehended on vessels crossing the Mediterranean are only the

³⁴ Frontex. “Illegal border crossings on the Central Mediterranean route (including Apulia and Calabria) in numbers. Situation in 2020”. Accessed on 2 August 2023. <https://frontex.europa.eu/what-we-do/monitoring-and-risk-analysis/migratory-routes/central-mediterranean-route/>.

³⁵ International Organization for Migration, Missing migrants in the Central Mediterranean Route in 2019. Accessed on 2 August 2023. Available at: https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean?region_incident=All&route=3861&year%5B%5D=2502&month=All&incident_date%5Bmin%5D=&incident_date%5Bmax%5D=

³⁶ See: Council of the European Union, Infographic-Lives saved in EU Mediterranean operations (2015-2023). Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/saving-lives-sea/>.

³⁷ That was also the view of the EU High Representative for Foreign Affairs and Security Policy, as she pointed out in a letter of 26 July 2017, in which she disagreed with the House of Lords’ assessment that the operation was a failure. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://www.parliament.uk/globalassets/documents/lords-committees/eu-external-affairs-subcommittee/operation-sophia-failed-mission/Response-Federica-Mogherini.pdf>. In that sense, see also: Antonio Ponce de Sacho, “EUNAVFOR MED Operación SOPHIA: un instrumento de la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea”, *Documento de Opinión IEEE 05/2019*. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 13 (2019): 11. According also to Marius Pricopi, the Operation would have been a major success, see: Marius Pricopi, “The Military Operation EUNAVFOR MED IRINI-A Downscale of the EU’S Involvement in the Migration Crisis”, *Land Forces Academy Review XXV* (2020), 4: 303.

last link in the criminal chain³⁸. Final official data on these aspects of the Operation is difficult to know with certainty, but in July 2018, official EU documents stated that around 148 suspected traffickers had been arrested and around 550 gang assets had been seized³⁹.

These figures are clearly out of line with the Operation's resources. As a result, they have naturally been heavily criticised by some observers, including the authors of the UK House of Lords report on the subject, who argue that the EU naval operation has failed to disrupt the business model of traffickers and smugglers. In fact, according to this report, the operation has had the perverse effect of encouraging them to use lower quality vessels in their criminal activities than before EU vessels entered the Mediterranean, with the result that the percentage of fatalities has increased⁴⁰.

In the eyes of a 2018 strategic review drafted by the European External Action Service (EEAS), such criticism is overblown, as the presence of *Sophia*'s vessels on the high seas has significantly reduced traffickers' activity in the region, limiting them to operating in Libyan territorial waters and severely impacting their business model⁴¹. On the other hand, according to the same source, *Sophia*'s actions on the high seas have had a positive impact on the activity of merchant ships in the area, relieving them of some of the task of search and rescue, thus avoiding the interruption of the route⁴².

Finally, in terms of the other objectives that have been added to *Sophia*'s mandate over time, we can see how, according to official sources of the

³⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European Agenda on Migration, Brussels, 13 May 2015 COM(2015) 240 final. Over the traffickers and smugglers and their *modus operandi* see: Monserrat Pi Llorens, "La Unión Europea y la lucha contra los traficantes y tratantes de migrantes en Libia: balance tras el fin de la operación Sophia", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 40 (2020): 4-5.

³⁹ Council of the European Union, Doc. 11471/18, EEAS, Strategic Review on EUNAVFOR MED Operation Sophia, EUBM Libya & EU Liaison and Planning Cell of 27.07.2018 [EEAS (2018) 835], p. 25.

⁴⁰ See in that sense: House of Lords, European Union Committee, 2nd Report of Session 2017-19, *Operation Sophia: a failed mission*, par. 45. Accessed on 2 August 2023. Available at: https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/lddeucom/5/506.htm#_idTextAnchor010. In contrast, Federica Mogherini, the EU's High Representative for Foreign Affairs and Security Policy, in her letter of 26 July 2017, disagreed with the House of Lords' assessments. In the same line of the view of the British House of Lords, professor Pi Llorens pointed out that the figure of 150 people arrested thanks to the huge resources of the operation is extremely low, not to say ridiculous; see: Pi Llorens, "La Unión Europea y la lucha contra los traficantes y tratantes de migrantes en Libia", 12-13.

⁴¹ Council of the European Union, Doc. 11471/18, EEAS, Strategic Review on EUNAVFOR MED Operation Sophia..., *op. cit.*, p. 26.

⁴² *Ibid.*, pp. 5-6.

Operation, some 580 members of the Libyan Coast Guard and Navy were trained⁴³. This could undoubtedly enable the Libyan security forces to maintain order in the areas under their jurisdiction in the future, when the political situation in Libya normalises. Moreover, this improvement would prevent the EU from having to act as a kind of global gendarme, thus undermining the principle of non-intervention in the internal affairs of other States. In addition, according to estimates by the United Nations Secretary-General in May 2018, from June 2016 to June 2017, “[...]more than 1,200 hailings, more than 70 friendly approaches and three vessel inspections were conducted, leading to two seizures of prohibited items [...]”. On the other hand, from June 2017 to May 2018, there were no reports of the military operation detecting arms smuggling activity in international waters⁴⁴.

However, it would not be fair to place all the responsibility on Operation *Sophia*, but rather to look for the failure in a number of factors linked to the complexity of the legal framework involved when it comes to maintaining public order or security in international or territorial waters of third States. Among other factors, we can set forth the shortcomings of the international law of the sea in regulating the rescue of migrants and the problematic of Search and Rescue (SAR) areas, in particular the issues of disembarkation and the protection of human rights of migrants and refugees⁴⁵, or the limitations of the CSDP⁴⁶. In this latter regard, it should be noted, for example, that none of the previous UNSC resolutions on combating trafficking in human beings in the Mediterranean, or on combating arms trafficking and the illicit export of oil from Libya, have granted UN Member States, either individually or through regional international organisations, the authority to act in Libya’s territorial waters or on its land territory. This circumstance therefore made it impossible to proceed to the more advanced phases⁴⁷ of Operation *Sophia* without the

⁴³ EUNAVFOR MED, Operation Sophia, “Mission at a glance”. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://www.operationsophia.eu/mission-at-a-glance/>.

⁴⁴ Security Council. Implementation of resolution 2357 (2017). Report of the Secretary-General. Doc. S/2018/451, 11 May 2018.

⁴⁵ In that sense, see: Alejandro del Valle Gálvez, “Sobre la inviabilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el mediterráneo”, *Revista Española de Derecho Internacional Foro-El rescate de personas en el Mediterráneo* 72 (2020), 1, enero-junio 2020: 188.

⁴⁶ In that sense see: Carlos Espaliú Berdud, “Los buques de la operación Sophia en el dique seco: elementos de un revés para la Política Común de Seguridad y Defensa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 64 (2019): 829-858.

⁴⁷ The Operation was to take place in three consecutive phases. In the first phase, *Sophia* was to support the detection and tracking of migration networks by gathering intelligence and conducting patrols on the high seas, in accordance with international law. In the second phase, the naval operation was initially to conduct high seas boarding, searches, seizures and diversions of vessels suspected of being used for smuggling or trafficking in human

consent of the coastal State. But the situation in Libya made this impossible for the time being.

On the other hand, the failure of Operation *Sophia*, which has always had a strong Italian flavour, as is logical given its geographical proximity to Libya, is due to the gradual fatigue of the transalpine country in the fight against illegal immigration in the Mediterranean and to the Operation itself. In fact, from the outset, the EU operation was based on the assumption that all those rescued at sea would disembark in Italian ports⁴⁸, and this was precisely one of the elements that made it most burdensome for that State⁴⁹. Thus, Italy began to seriously question the EU's migration policy in general and Operation *Sophia* in particular, calling for a review of the basis of the Operation so that people rescued at sea would disembark in other ports and then be distributed to other Member States. In this regard, the European Council of 28 June 2018, in its conclusions on migration, firstly stated the need to relax the disembarkation rules of Operation *Sophia*. Secondly, it also raised the possibility of setting up regional disembarkation platforms in third countries, in close cooperation with the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and the IOM, where a kind of triage between asylum seekers and non-asylum seekers would take place⁵⁰. A few days later, the Italian Minister for Foreign Affairs wrote to the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy requesting a review of the

beings, under the conditions provided for in applicable international law, including UNCLOS and the Smuggling of Migrants Protocol. Subsequently, at a later point in the second phase, the Operation, in accordance with any applicable UNSC resolution or the consent of the coastal State concerned, was to proceed to board, search, seize and divert, on the high seas and in the internal waters of that State, vessels suspected of being used for smuggling or trafficking in human beings, under the conditions set out in that resolution or by the expected State consent. Finally, in the third phase, in accordance with the relevant UNSC resolutions or the consent of the coastal State concerned, the Operation was to take all necessary measures, including removal or disabling, against vessels and related means suspected of being used for smuggling or trafficking in human beings in the territory of that State, under the conditions set out by such UNSC resolutions or by the expected State consent. See, Council Decision (CFSP) 2015/778 of 18 May 2015 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED), OJ L 122/31, 19 May 2015, arts. 1-2.

⁴⁸ See, in that sense: Council of the European Union, Doc. 11471/18, EEAS, Strategic Review on EUNAVFOR MED Operation *Sophia*..., *op. cit.*, p. 29.

⁴⁹ See, for example: Frontex, Press Release, "EU Member States and Frontex show support for Italy at meeting to discuss Operation Triton", 20 July 2017. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/eu-member-states-and-frontex-show-support-for-italy-at-meeting-to-discuss-operation-triton-BQUaRu>.

⁵⁰ European Council. Press release 29 June 2018. European Council conclusions, 28 June 2018. Migration. Point 5. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/06/29/20180628-euco-conclusions-final/#:~:text=The%20European%20Council%20reconfirms%20that,with%20our%20principles%20and%20values.>

operational plan for Operation *Sophia*, in accordance with the conclusions of the European Council of 28 June⁵¹. However, no agreement was reached in the following months, which explains why the Operation was extended in December 2018 for only three months, and in March 2019, as seen above, it was extended until September 2019, albeit without its maritime dimension, and finally terminated.

On the other hand, the lack of improvement in the political situation in Libya has dealt a fatal blow to *Sophia* and prevented it from achieving good results in the fight against mafias smuggling migrants in the Mediterranean. It should be recalled that on 20 June 2016, the EU Council, through its Resolution 2016/9939⁵², mandated the Operation *Sophia* team to train and equip the Libyan Coast Guard and the Libyan Navy to carry out law enforcement tasks at sea, in particular to combat smuggling and trafficking in human beings.

This is consistent with the line set out in the Action Plan under the EU Maritime Security Strategy of December 2014, which aims to more effectively combat migrant smuggling and human trafficking in the maritime domain by developing security capacity building programmes with third States, focusing on priority countries and routes⁵³. And of course, that policy was also in accordance with the more general EU tendency to prioritising the strengthening of the EU's external borders and preventing illegal migrants from entering the EU territory. To this end, the strengthening of the EU's partnerships with third countries, in particular with Turkey⁵⁴ and Libya⁵⁵, has been crucial.

Thus, in the summer of 2017, the Libyan authorities declared the establishment of a SAR zone, which was subsequently withdrawn and

⁵¹ In that sense, see: Council of the European Union, Doc. 11471/18, EEAS, Strategic Review on EUNAVFOR MED Operation Sophia..., *op. cit.*, pp. 12-13.

⁵² Council Decision (CFSP) 2016/993 of 20 June 2016 amending Decision (CFSP) 2015/778 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED operation SOPHIA), OJ L 162, 21 June 2016, pp. 18-20.

⁵³ See point 1.3.2 of the Action Plan in the framework of the EU Maritime Security Strategy: Council of the European Union, European Union Maritime Security Strategy (EUMSS)-Action Plan, adopted on 16 December 2014 by the General Affairs Council.

⁵⁴ For example, on the Migratory Statement of 19 March 2016, see: Jorge Urbaneja Cillán, "The European Union-Turkey Cooperation on Migration Matters: towards a Review of the Migratory Statement of 18 March 2016", *PEACE & SECURITY-PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES (EuroMediterranean Journal of International Law and International Relations)* 8 (2020): 211-250.

⁵⁵ See, for instance: European Parliamentary Research Service, Katrien Luyten, "Addressing pushbacks at the EU's external borders", October 2022. Accessed on 2 August 2023. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/738191/EPRS_BRI\(2022\)738191_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/738191/EPRS_BRI(2022)738191_EN.pdf)

replaced on 14 December 2017. The establishment of the Libyan SAR zone⁵⁶, in which foreign vessels should not operate, was supported operationally by the National Coordination Centre for Maritime Rescue of the Italian Coast Guard and with financial assistance from the European Commission⁵⁷.

Thus, the Libyan military authorities, with the training of Operation *Sophia* and Italian personnel, gradually took over the fight against smugglers and rescue operations, first in their own waters and then increasingly in international waters⁵⁸. In this way, already in 2017, they were able to intercept or rescue around 15000 people — figures that have been reached again in 2018⁵⁹ — who were systematically disembarked in Libyan ports.

Despite these positive achievements, in parallel there have been serious allegations of violations of migrants' human rights by the Libyan Coast Guard. Circumstances that may engage the EU's responsibility, and which we will address, as mentioned in the introduction, in the section on Operation *Irini*.

III. Lights and shadows of Operation *Irini*

1. *The achievements of the Operation Irini in their context*

As we already know, the EU Council launched Operation *Irini* as a new CSDP military crisis management operation in the Mediterranean by Council Decision (CFSP) 2020/472 of 31 March⁶⁰. The core mission of the Operation

⁵⁶ On the establishment of the Libyan SAR zone, see, among others: Claudia Jiménez Cortés, “La desnaturalización de la zona SAR en el Mediterráneo central: de pieza clave para salvar vidas a instrumento contra los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional* 74 (2022) 2 (July-December 2022): 245-270.

⁵⁷ United Nations Support Mission in Libya, Office of the High Commissioner for Human Rights, “Desperate and dangerous: Report on the Human Rights situation of migrants and refugees in Libya”, 20 December 2018, p. 17. See also the question in the European Parliament by Sabine Lösing on the SAR zone in Libya and the answer of Commissioner Avramopoulos. Accessed on 2 August 2023. Available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-002163-ASW_EN.html. See, as well: Council of the European Union, Doc. 11471/18, EEAS, Strategic Review on EUNAVFOR MED Operation Sophia..., *op. cit.*, p. 15.

⁵⁸ Over the formation of the Navy and Libyan Coast Guard by Operation *Sophia*, see: Pi Llorens, “La Unión Europea y la lucha contra los traficantes y tratantes de migrantes en Libia”, 25-26.

⁵⁹ European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Progress report on the Implementation of the European Agenda on Migration. Bruxelles, 6 March 2019, Doc. COM(2019) 126 final, p. 3.

⁶⁰ Council Decision (CFSP) 2020/472 of 31 March 2020 on a European Union military operation in the Mediterranean (EUNAVFOR MED IRINI), OJ L 101, 1 April 2020, pp. 4-10.

is to contribute to the implementation of the UN arms embargo on Libya, implemented in accordance with UNSCR 1970 (2011) and subsequent resolutions on the arms embargo on Libya, including UNSCR 2292 (2016) and UNSCR 2473 (2019), using air, satellite and maritime assets⁶¹. For that purpose, the Operation should carry out, “[...] within the agreed Area of Operation on the high seas off the coast of Libya, inspections of vessels bound to or from Libya where there are reasonable grounds to believe that such vessels are carrying arms or related materiel to or from Libya, directly or indirectly, in violation of the arms embargo on Libya [...]”. Moreover, *Irini* should “[...] take relevant action to seize and dispose of such items, including with a view to diverting such vessels and their crews to a suitable port to facilitate such disposal, with the consent of the port State, in accordance with relevant UNSCRs including UNSCR 2292 (2016)”⁶².

As a *secondary task*⁶³, the Operation should “[...] conduct monitoring and surveillance activities and gather information on illicit exports from Libya of petroleum, including crude oil and refined petroleum products, which are contrary to UNSCR 2146 (2014) and subsequent UNSCRs, in particular UNSCR 2509 (2020), thereby contributing to situational awareness in the Area of Operation and in the Area of Interest [...]”⁶⁴.

According to the Council Decision (CFSP) 2020/472, as a *further secondary task*⁶⁵, the military operation should “[...] assist in the development of the capacities and in the training of the Libyan Coast Guard and Navy in law enforcement tasks at sea, in particular to prevent human smuggling and trafficking [...]”⁶⁶. In principle, that task should be carried out on the high seas in *Irini*'s agreed area of operation⁶⁷. Nonetheless, this last task may be also “[...] carried out in the territory, including the territorial waters, of Libya or of a host third State neighbouring Libya where the [Political and Security Committee] so decides following an assessment by the Council on the basis of an invitation by Libya or the host State concerned, and in accordance with international law [...]”⁶⁸.

Furthermore, as *another secondary task*⁶⁹, “[...] and in accordance with UNSCR 2240 (2015), EUNAVFOR MED IRINI shall support the detection and monitoring of human smuggling and trafficking networks through

⁶¹ *Ibid.*, Articles 1-2.

⁶² *Ibid.*, Article 2.3.

⁶³ The italics are ours.

⁶⁴ *Ibid.*, Article 3.1.

⁶⁵ The italics are ours.

⁶⁶ *Ibid.*, Article 4.1.

⁶⁷ *Ibid.*, Article 4.2.

⁶⁸ *Ibid.*, Article 4.2.

⁶⁹ The italics are ours.

information gathering and patrolling carried out by aerial assets above the high seas, in the agreed Area of Operation [...]”⁷⁰.

The new EU military operation, like *Sophia*, continues to have a strong Italian character, with the operation commander expected to be Italian and the headquarters based in Rome⁷¹.

As we can see, disrupting the business model of human smuggling and trafficking networks in the southern central Mediterranean, which was *Sophia*’s main objective⁷², has become just *another secondary task*⁷³ for *Irimi*. Furthermore, the training and capacity building of the Libyan Coast Guard and Navy in maritime law enforcement, particularly in the prevention of human smuggling and trafficking, is also a secondary task for *Irimi*.

We find it significant that search and rescue operations are not even mentioned in the provisions of Council Decision (CFSP) 2020/472. What is even more decisive for the perception of the EU’s voluntarism in this area is that, when Article 8.3 of the decision mentions the possible involvement of maritime assets in the operation, it is presented in a somewhat negative way, as if it could have a pull effect⁷⁴.

According to the information provided by the Operation itself, *Irimi* was launched on 31 March 2020, after the force generation process and despite the Covid-19 pandemic, the Operation effectively started its activity at sea on the 4 May 2020. On 10 September 2020, the first boarding activity at sea took place and the full operational capability was declared⁷⁵. *Irimi* has its headquarters in Rome, Italy, as it was foreshadowed and it is led, at present, January 2024, by Rear Admiral Stefano Turchetto as EU Operation Commander.

What was clear from the outset, however, was that the lack of consensus among Member States on Libya meant that the Operation would lack the

⁷⁰ *Ibid.*, Article 5.1.

⁷¹ *Ibid.*, Articles 6 and 7.

⁷² Council Decision (CFSP) 2015/778 of 18 May 2015 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED), OJ L 122/31, 19th May 2015, Article 1.1.

⁷³ The italics are ours.

⁷⁴ “3. Notwithstanding the period set out in Article 15(2), the authorisation of the operation shall be reconfirmed every four months. The PSC shall prolong the operation unless the deployment of maritime assets of the operation produces a pull effect on migration on the basis of substantiated evidence gathered according to the criteria set in the Operations Plan”. In this same sense, see: Pi Llorens, “La Unión Europea y la lucha contra los traficantes y tratantes de migrantes en Libia”, 16-17.

⁷⁵ EUNAVFOR MED. Operation Irimi. Home. About us. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://www.operationirini.eu/about-us/#mission>.

means to carry out the mission it had been given⁷⁶. When *Irini*, on 4 May 2020, commenced its activities at sea counted only with the French naval vessel *Jean Bart* and a maritime patrol aircraft contributed by Luxembourg⁷⁷. According to the last information available, dating from December 2023, the Operation counts exclusively with two Surface Vessels: the Italian *Grecale* and the Greek *Aegean*; four aircrafts: a French *Falcon 50*, a Greek *EMB-145*, a Polish *28B1R Antonov Bryza* and a Portuguese *P3C Orion*; together with an unmanned aerial vehicle: an Italian *Predator B*⁷⁸. Satellite imagery support is provided by the European Satellite Centre (SatCen).

In January 2024, 23 Member States participate in the operation. Denmark, Malta and Spain⁷⁹ never took part. For its part, the Netherlands decided in June 2022 to end its participation in the mission, citing the operation's lack of capacity, the fact that not all the actors involved in the mission area accepted *Irini*'s mandate and the lack of political will and cooperation on the part of the Libyan authorities⁸⁰.

In order to assess the results achieved so far by *Irini*, we will first examine its contribution to the arms embargo in Libya, its main objective. According to the official sources of the Operation, since its launch it has boarded and inspected 26 suspect vessels. As a result of these inspections, *Irini* has on three occasions seized the cargo deemed to be in violation of

⁷⁶ In that sense see: Hugo Decis and Amanda Lapo, "Operation Irini: EU's latest Libya mission short on assets", *The International Institute for Strategic Studies, Online Analysis, Military Balance Blog*. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://www.iiss.org/online-analysis/military-balance/2020/07/operation-irini-eu-libya-mission-assets/>.

⁷⁷ EUNAVFOR MED. Operation Irini. Operation EUNAVFORMED Irini: the Operation sets sail. Press release 002/2020 Rome, 7 May 2020. Accessed on 2 August 2023. Available at: https://www.operationirini.eu/wp-content/uploads/2020/05/2020_002-The-Operation-sets-sail.pdf.

⁷⁸ See: EUNAVFOR MED. Operation Irini. Assets. Accessed on 11 January 2024. Available at: https://www.operationirini.eu/media_category/assets/.

⁷⁹ Spain rules out participation in the EU operation, arguing that its legal framework is undefined. In that sense, see the opinion of the Minister of Defence in: Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. XIV Legislatura. N.º 101. Comisiones. Defensa. Sesión núm. 4 celebrada el lunes 8 de junio de 2020, p. 34; See also the opinion of the Minister in: ABCblogs, "España no participará por ahora en la misión naval de la UE en Libia", 13 July 2020. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://abcblogs.abc.es/tierra-mar-aire/espana/espana-no-participara-por-ahora-en-la-mision-naval-de-la-ue-en-libia.html>.

⁸⁰ See: Tweede Kamer der Staten-Generaal. Vergaderjaar 2021–2022. Brief regering: Samenhangende Nederlandse inzet in het kader van de collectieve verdediging en in missies en operaties ter bevordering van de internationale rechtsorde 2022-2025. 29 521 Nederlandse deelname aan vredesmissies. Nr. 446 Brief van de Ministers van Buitenlandse Zaken, van Defensie, voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking en van Justitie en Veiligheid. Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal Den Haag, 17 juni 2022. Accessed on 2 August 2023. Available at: https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2022Z12463&did=2022D25755.

the UNSC arms embargo and diverted the vessels to a port of a Member State⁸¹. In this regard, it is noted that Turkey, as the flag State, has on eleven occasions refused consent to board and inspect suspect vessels⁸². Along with that, the EU military operation has so far investigated 12490 merchant vessels through request of information via radio calls (hailing) and visited 593 vessels upon their Masters's consent⁸³. Furthermore, *Irimi* men and women have investigated 1310 suspicious flights, 25 airports and 16 ports⁸⁴. Finally, through the embedded Crime Information Cell, the operation issued 83 recommendations to the relevant law enforcement authorities for inspections of suspect vessels in EU Member States' ports, of which 64 were carried out⁸⁵.

In the light of these data, one can only conclude that the results, at least in terms of combating violations of the arms embargo, are rather poor. In this context, it is worth noting that, at least as of March 2021, the arms embargo remained completely ineffective for the Panel of Experts on Libya established pursuant to UNSC Resolution 1973 (2011)⁸⁶. Moreover, that report of March 2021 of this panel of experts added that for those United Nations Member States directly supporting the parties to the conflict in Libya, “[...] the violations [were] extensive, blatant and with complete disregard for the sanctions measures [...]”⁸⁷. On top of that, that final report cites several States —Egypt, Jordan, the Syrian Arab Republic, Turkey and the United Arab Emirates— as violating some of the obligations of UN Security Council resolutions related to the arms embargo in Libya⁸⁸. However, in the latest final report of the experts, the situation is somewhat better. In this occasion, according to them: “Only one Member State is

⁸¹ EEAS. Operation EUNAVFOR MED IRINI Results Report, December 2023. Accessed on 11 January 2024. Available at: https://www.eeas.europa.eu/eeas/operation-eunavfor-med-irini-results-report-december-2023_en. Regarding the results of Irimi's activities in order to implement the arms embargo in Libya see also the account included in the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011) of the UNSC. See: United Nations Security Council. Letter dated 14 September 2023 from the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council. Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to Security Council resolution 1973 (2011). pp. 24-25.

⁸² EEAS. Operation EUNAVFOR MED IRINI Results Report, December 2023..

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Letter dated 8 March 2021 from the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council. Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to Security Council resolution 1973 (2011). Summary.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 14-15.

known to have initiated legal action against individuals and entities reported as violating the arms embargo and that meet the designation criteria. Any deterrent effect of the sanctions regime remains negligible and some Member States even ignore the relevant Council resolutions with impunity”⁸⁹.

Along with that weak contribution with regard to the halt of illegal arms traffic, the Operation has been accused of lack of impartiality by the faction of Fayez al-Sarraj, claiming that it will only monitor the movements of the Government of National Accord and its allies, ignoring the activities of the rival faction led by Haftar⁹⁰.

Similarly, when the renewal of the authorisation to inspect ships suspected of violating the Libyan arms embargo was discussed in the UNSC in June 2022, the Russian representative stated that the inspection regime had not contributed to a reduction in the illicit arms trade, since the inspection of ships had been taken over by the European Union⁹¹. And he added that “[...] Operation IRINI over recent years has not been particularly effective in helping implement the provisions of the Libya arms embargo [...]”⁹². In any event, the UNSC eventually extended the authorisations set out in Resolution 2578 (2021), adopting Resolution 2635 (2022) by a vote of 14 in favour to none against, with the abstention of the Russian Federation⁹³ and Resolution 2684 (2023), under the same conditions. On the latter occasion, the Russian representative, in June 2023, put forward similar arguments⁹⁴.

With regard to the prevention of illicit exports or imports of petroleum, according to the 2021 report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to UNSC Resolution 1973 (2011), fuel smuggling by sea had

⁸⁹ Letter dated 14 September 2023 from the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council. Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to Security Council resolution 1973 (2011). Summary.

⁹⁰ Hénar Hernández, “Los desafíos de la Operación Irini de la Unión Europea”, *Atalayar*, 23 May 2020. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://www.atalayar.com/articulo/politica/desafios-operacion-irini-union-europea/20200522110919145903.html>.

⁹¹ United Nations. Meetings Coverage and Press Releases. “Security Council Renews Authorization to Inspect Vessels Suspected of Violating Libya Arms Embargo, Adopting Resolution 2635 (2022)”. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://press.un.org/en/2022/sc14920.doc.htm>.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ United Nations. Meetings Coverage and Press Releases. “Security Council Renews Authorization to Inspect Vessels Suspected of Violating Libya Arms Embargo, Adopting Resolution 2684 (2023)”. Accessed on 11 January 2024. Available at: <https://press.un.org/en/2023/sc15303.doc.htm>.

decreased significantly during the first steps of Operation *Irini*, mainly due to the lack of activity caused by the global pandemic, while the fuel diversion by land remained scarce⁹⁵. Nevertheless, in their last report, in September 2023, those figures increased considerably⁹⁶.

Turning to the task of supporting the capacity building and training of the Libyan Coast Guard and Navy, in the official internet site of the Operation *Irini*, it is stated that the implementation of that activity has not yet started due to the political fragmentation in Libya⁹⁷. Nevertheless, the EU's support for the Libyan authorities' capacity to manage their borders has continued, including through the activities of EUBAM Libya, whose mandate was extended for two years in June 2023, until 30 June 2025⁹⁸. The Council Decision extending EUBAM's mission for this period explicitly states that, in carrying out its tasks, the Operation "[...] shall provide technical advice, capacity building activities at the operational and technical levels and shall carry out projects, complemented as appropriate and on a case-by-case basis by specialised training"⁹⁹. For example, EUBAM Libya announced, on 11 June 2023, that thanks to that cooperation the Libyan Border Guard Training Center in Tripoli was inaugurated that day¹⁰⁰. In parallel, EU support and training to Libya's Coast Guard, along with that of Italy, Malta and Turkey, has been confirmed also by the 2021 report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to UNSC Resolution 1973 (2011)¹⁰¹.

⁹⁵ Letter dated 8 March 2021 from the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council. Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to Security Council resolution 1973 (2011). Summary.

⁹⁶ Letter dated 14 September 2023 from the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council. Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to Security Council resolution 1973 (2011). Summary.

⁹⁷ See: EUNAVFOR MED. Operation Irini. About us. Mission. Accessed on 11 January 2024. Available at: <https://www.operationirini.eu/about-us/>.

⁹⁸ Council Decision (CFSP) 2023/1305 of 26 June 2023 amending Decision 2013/233/CFSP on the European Union Integrated Border Management Assistance Mission in Libya (EUBAM Libya).

⁹⁹ *Ibid.*, new Article 3, paragraph 1a.

¹⁰⁰ EEAS. EUBAM LIBYA. Libyan Border Guard Training Center: A significant milestone. Press Release. 19 June 2023. Accessed on 2 August 2023. Available at: https://www.eeas.europa.eu/eubam-libya/libyan-border-guard-training-center-significant-milestone_en?s=327.

¹⁰¹ United Nations Security Council. Letter dated 8 March 2021 from the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council. Doc. S/2021/229, 8 March 2021, pp. 11-12.

2. *The abandonment of the search and rescue activities and the situation with regard to the respect of human rights of the migrants*

In recent years, as we noted in the introduction, the Central Mediterranean migration route has once again become the deadliest in the world, with thousands of lives lost each year. According to a briefing by the European Parliament's research service, this type of event is explained by the fact that "[...] the lack of coordination in SAR activities, solitary action by individual countries and criminalisation of NGOs active in SAR in the Mediterranean led to migrants being forced to stay for several days and sometimes weeks on boats [...]"¹⁰².

We can add to these reasons the abandonment of search and rescue efforts in the last period of *Sophia*'s life and the absence of a specific mandate from the EU Council in the design of the operation *Irini* in its Decision (CFSP) 2020/472 in relation to search and rescue operations¹⁰³. In the list of achievements published on *Irini*'s website¹⁰⁴, or in the monthly reports that appear on the EEAS website¹⁰⁵, there is not even a mention of the number of people that *Irini*'s few ships have been able to save in the Mediterranean. This is particularly intolerable given that the IOM documented 441 migrant deaths in the Central Mediterranean in the first quarter of 2023, the deadliest first quarter on record since 2017, and we already know all too well that the second half of the year was even worse¹⁰⁶.

In fact, when the IOM tries to explain on its website why the central Mediterranean is the deadliest in the world, it points out that this is due to, among other things, the following factors: "[...] gaps in search-and-rescue capacity and restrictions on the life-saving work of NGOs."¹⁰⁷. Alongside this, the IOM states that in years prior to 2016, interceptions by Tunisian

¹⁰² European Parliamentary Research Service, Anita Olav, "Search and rescue efforts for Mediterranean migrants". Accessed on 12 January 2024. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733712/EPRS_BRI\(2022\)733712_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733712/EPRS_BRI(2022)733712_EN.pdf)

¹⁰³ Over the decreased direct involvement of the EU in maritime operations, see: Patrick Müller and Peter Slominski, "Breaking the legal link but not the law? The externalization of EU migration control through orchestration in the Central Mediterranean", *Journal of European Public Policy* 28 (2021) 6, 807.

¹⁰⁴ See: EUNAVFOR MED. Operation *Irini*. About us. Mission. Accessed on 11 January 2024. Available at: <https://www.operationirini.eu/about-us/>.

¹⁰⁵ EEAS. Operation EUNAVFOR MED IRINI Results Report, December 2023.

¹⁰⁶ IOM. Deadliest Quarter for Migrants in the Central Mediterranean Since 2017. Press Release, 12 April 2023. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://www.iom.int/news/deadliest-quarter-migrants-central-mediterranean-2017>.

¹⁰⁷ IOM. Missing Migrant Project. Migration within the Mediterranean. Central Mediterranean. Accessed on 12 January 2024. Available at: <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>.

and Libyan coast guards accounted for a low percentage of total search and rescue operations in the Central Mediterranean, but in 2018, 49 % of the total number of people recorded attempting to cross were returned to Tunisia or Libya. It explains that this change can be attributed to several factors, such as the decrease in the maritime patrol area of the Italian authorities and the shift of EU/Frontex assets from maritime vessels to drones, which are not able to carry out rescues at sea¹⁰⁸.

The current situation is so alarming that, as the aforementioned document claims, even “[...] EU Member States and EU agencies (Frontex) have also been accused of pushbacks of asylum-seekers and other migrants to the high seas and towards Libya and Turkey”¹⁰⁹. Not only that, but as the 2023 final report by the Independent Fact-Finding Mission on Libya, which was requested by the Human Rights Council in its resolution 50/23, pointed out: “[...] the Mission found that crimes against humanity were committed against migrants in places of detention under the actual or nominal control of Libya’s Directorate for Combating Illegal Migration, the Libyan Coast Guard and the Stability Support Apparatus [...]”¹¹⁰. In addition, and more seriously, that final report also states that these entities “[...] received technical, logistical and monetary support from the European Union and its member States for, inter alia, the interception and return of migrants [...]”¹¹¹. Serious allegations, therefore, that point in the direction of EU operations and missions in Libya.

The state of affairs seems to have reached such a point that, even on 8 May 2018, seventeen survivors of a maritime rescue incident carried out by the Libyan Coast Guard on 6 November 2017, filed an application against Italy at the European Court of Human Rights (ECtHR) invoking its responsibility for deaths at sea and for allowing migrants to land in Libya, where they are at risk of serious human rights violations¹¹². It should be recalled that the ECtHR has already condemned Italy, for example in the case of *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, for violations of Art. 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The reason for the conviction was that, under a bilateral agreement between the two countries, the Italian Coast Guard had returned some 200 migrants intercepted at sea

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Human Rights Council. Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya, Doc. A/HRC/52/83, 3 March 2023, par. 4.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Global Legal Action Network, “Legal Action Against Italy over its Coordination of Libyan Coast Guard Pull-backs Resulting in Migrant Deaths and Abuse”, May 2018. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://www.glanlaw.org/single-post/2018/05/08/legal-action-against-italy-over-its-coordination-of-libyan-coast-guard-pull-backs-resulti>.

to Libya, where they were at serious risk of suffering significant violations of their fundamental rights¹¹³.

In this regard, it is not excluded that not only the Member States of the Union, but also the EU itself, may find their international responsibility compromised by possible violations of human rights deriving from the ECHR, the Charter of Fundamental Rights of the European Union or other international instruments and customary international law, as has already been underlined by several commentators¹¹⁴.

For example, according to Article 14 of the Draft Articles on the Responsibility of International Organisations of the International Law Commission (ILC)¹¹⁵,

“An international organization which aids or assists a State or another international organization in the commission of an internationally wrongful act by the State or the latter organization is internationally responsible for doing so if: (a) the former organization does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) the act would be internationally wrongful if committed by that organization”.

In particular, the ILC, in its commentary on Article 14, mentioned as a possible example of the international responsibility of an international organisation for aiding and abetting the commission of an internationally wrongful act, the case mentioned in a document issued by the United Nations Legal Counsel on 12 October 2009, of the support provided by the United Nations Organisation Mission in the Democratic Republic of the

¹¹³ European Court of Human Rights. *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC]-27765/09. Judgment 23.2.2012 [GC]. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-102>.

¹¹⁴ See, for example: Giuseppe Cataldi, “Búsqueda y rescate: la necesidad de equilibrar el control de fronteras con las obligaciones en materia de derecho del mar y de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* 2 (2020): 203; Claudia Jiménez Cortés, “La desnaturalización de la zona SAR en el Mediterráneo central”, 258-65; Violeta Moreno-Lax and Martin Lemberg-Pedersen, “Border-induced displacement: The ethical and legal implications of distance-creation through externalization”, *Questions of International Law, Zoom-in* 56 (2019): 18-31; Müller and Slominski, “Breaking the legal link but not the law? The externalization of EU migration control through orchestration in the Central Mediterranean”, 809-813; Pi Llorens, “La Unión Europea y la lucha contra los traficantes y tratantes de migrantes en Libia”, 29-32; Ángel Sánchez Legido, “Externalización de controles migratorios versus derechos humanos”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 37 (2019):10-13.

¹¹⁵ International Law Commission. Annual Reports. Report on the work of the sixty-third session (2011). Chapter V. Responsibility of international organizations. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://legal.un.org/ilc/reports/2011/english/chp5.pdf>.

Congo (MONUC) to the armed forces of the Democratic Republic of the Congo (FARDC) and the risk of violations of international humanitarian, human rights and refugee law by the FARDC. And the ILC quotes the above-mentioned United Nations Legal Counsel document as follows:

“If MONUC has reason to believe that FARDC units involved in an operation are violating one or the other of those bodies of law and if, despite MONUC’s intercession with the FARDC and with the Government of the [Democratic Republic of the Congo], MONUC has reason to believe that such violations are still being committed, then MONUC may not lawfully continue to support that operation, but must cease its participation in it completely ... MONUC may not lawfully provide logistic or ‘service’ support to any FARDC operation if it has reason to believe that the FARDC units involved are violating any of those bodies of law ... This follows directly from the Organization’s obligations under customary international law and from the Charter to uphold, promote and encourage respect for human rights, international humanitarian law and refugee law”.

In my view, it is difficult not to project this consideration of the United Nations Legal Counsel, cited by the ILC in the context of its commentaries on Article 14, to the case of the training and financing by the EU and its operations in Libya of the Libyan Coast Guard and other Libyan entities. Where appropriate, the division of competences between the Union and its Member States, and thus the degree of responsibility of each for the acts and omissions of the EU and its Member States in relation to the violation of the human rights of migrants in Libya and in Libyan waters, should be analysed in depth¹¹⁶. This task is of course highly complex due to the *sui generis* nature of the EU as a supranational entity that assumes important competences normally exercised by States and received from its Member States. Perhaps that task is even more complex than in the case of other international organisations¹¹⁷. In this respect, it should be clarified that SAR and disembarkation activities of EU Member States are currently not covered by a common EU legal framework due to the lack of EU

¹¹⁶ On the other hand, to deepen into the possibilities that exist for individuals to hold the EU responsible for violations of human rights abuses in its CSDP missions, see: Joyce De Coninck, “Effective Remedies for Human Rights Violations in EU CSDP Military Missions: Smoke and Mirrors in Human Rights Adjudication?”, *German Law Journal* 24 (2023): 342-363.

¹¹⁷ In that sense see: Sari, Aurel, and Ramses A Wessel, “International Responsibility for EU Military Operations: Finding the EU’s Place in the Global Accountability Regime”, in Bart Van Vooren, Steven Blockmans, and Jan Wouters (eds), *The EU’s Role in Global Governance: The Legal Dimension*, Oxford: Oxford, 2013; online edn, Oxford Academic, 23 May 2013): 126. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199659654.003.0009>.

competence in this field¹¹⁸, with the exception of activities carried out in the context of joint maritime operations led by Frontex or EU naval operations.

However, I do not believe that the international responsibility of the EU under Article 15 of the ILC Draft Articles on the Responsibility of International Organisations could be invoked for “directing” or “controlling” a State or other international organisation in the commission of an internationally wrongful act by relying on the training or support of the Libyan Coast Guard or Navy. In the case at hand, EU operations and missions, this is not in principle “directing” or “controlling”, but rather, as we know, having much less influence on human rights violations that may be committed by some elements of the Libyan security forces and corps.

In this context, it is worth to mention the recital 13 of the Regulation (EU) No 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, that underlines that:

“The possible existence of an arrangement between a Member State and a third country does not absolve Member States from their obligations under Union and international law, in particular as regards compliance with the principle of *non-refoulement*, whenever they are aware or ought to be aware that systemic deficiencies in the asylum procedure and in the reception conditions of asylum seekers in that third country amount to substantial grounds for believing that the asylum seeker would face a serious risk of being subjected to inhuman or degrading treatment or where they are aware or ought to be aware that that third country engages in practices in contravention of the principle of *non-refoulement*.”

In my view, this principle, which is undoubtedly inspired by the ECtHR case law in *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, could be applied mutatis mutandi to the EU in its international operations, as in the case of EUBAM, *Sophia* or *Irini*.

Recently, an ECtHR decision may shed some light on the EU’s possible responsibility in cases where it could be accused of complicity or contributing to the violation of migrants’ human rights by Libyan security forces. The applicant, a Libyan national, was refused asylum, in 2017, in Sweden, which he sued on the grounds that his expulsion to Libya violated

¹¹⁸ In that sense see: European Parliamentary Research Service, Anita Olav, “Search and rescue efforts for Mediterranean migrants”: 4.

Articles 2 and 3 of the Convention because the insecurity in the African country endangered his life. The ECtHR, in its 2023 decision, noted in general that, while recognising that violations of human rights and international humanitarian law have continued and that the overall situation in Libya remains serious and fragile, there was no reason to question the conclusion of the Swedish authorities and courts that the security situation in Libya is not such that there was a general need for international protection of Libyan nationals¹¹⁹. Therefore, for the ECtHR, it could not be said “[...] that the general violence is so extreme, that there is a real risk of ill-treatment simply by virtue of an individual being exposed to such violence on return [...]”¹²⁰. In the end, the Court did not recognise Sweden’s responsibility in this case because the applicant had failed to prove that he would be in danger of being killed or ill-treated if he returned to Libya¹²¹. Therefore, in my view, if the EU’s international responsibility for complicity in human rights abuses against migrants in Libya were to be examined by an international court, this decision would contribute to reducing or potentially removing the EU from responsibility, but only for facts and circumstances from 2017 onwards. This is because that was the period that the ECtHR took into account in the case to assess the legality of the administrative and judicial actions of the Swedish institutions. As the conditions of violence in Libya had been more severe in previous years, the ECtHR might have judged differently in relation to facts and circumstances of those years. In our view, this ruling of 2023 in the *Case of A.A. v. Sweden* may have an important impact on the qualification of Libya as a safe place within the framework of international search and rescue standards. This is with all the consequences for the EU’s possible international responsibility for its collaboration with the Libyan authorities.

* * *

To conclude this section on a positive note, we should refer to the adoption of some encouraging instruments on issues related to Operation *Irimi* activity. In this regard, we should mention, first of all, the adoption, in order to avoid the criminalisation of SAR humanitarian operations, of the Commission Recommendation (EU) 2020/1365 of 23 September 2020 on cooperation among Member States concerning operations carried out by

¹¹⁹ European Court of Human Rights. *Case of A.A. v. Sweden*, 4677/20, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (First Section), 13.07.2023. Accessed on 12 January 2024. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-225773>, par. 43.

¹²⁰ *Ibid.*, par. 52.

¹²¹ *Ibid.*, par. 55.

vessels owned or operated by private entities for the purpose of search and rescue activities¹²², in the context of the negotiation of the New Pact on Migration and Asylum of the EU¹²³. The Pact, proposed in September 2020 and agreed between the European Parliament and the Council in December 2023, during the Spanish Presidency of the Council, aims, according to the Commission, to manage and normalise migration in the long term, ensuring safety, clarity and dignity for those arriving in the EU. It also sets out a common approach to migration and asylum, based on solidarity, responsibility and respect for human rights¹²⁴.

Secondly, at the same time, due to the significant increase in migratory pressure on the route, the European Commission presented an EU Action Plan for the Central Mediterranean in November 2022. This instrument proposes 20 measures aimed at reducing irregular and unsafe migration, providing solutions to the new challenges in the field of search and rescue, and strengthening solidarity balanced with responsibility between Member States¹²⁵.

Thirdly, the Commission launched the Global Coalition Against Smuggling of Migrants, a partnership that will focus on prevention, response and alternatives to irregular migration, including addressing the root causes of irregular migration and facilitating legal channels¹²⁶. This Commission initiative has already resulted in a proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing minimum provisions aimed at preventing and suppressing the facilitation of unauthorised entry, transit and residence in the European Union¹²⁷.

¹²² Commission Recommendation (EU) 2020/1365 of 23 September 2020 on cooperation among Member States concerning operations carried out by vessels owned or operated by private entities for the purpose of search and rescue activities, OJ L 317/23, 1 October 2020.

¹²³ In that sense, see: European Commission. Migration and Home Affairs. "What is the New Pact on Migration and Asylum of the EU?". Accessed on 12 January 2024. Available at: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/new-pact-migration-and-asylum_en.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ European Council. Council of the European Union. Migration flows on the Central Mediterranean route. EU Action Plan for the Central Mediterranean. Accessed on 2 August 2023. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-migration-policy/central-mediterranean-route/>

¹²⁶ In that sense, see: https://commission.europa.eu/news/new-ways-fight-migrant-smuggling-2023-11-28_en#:~:text=To%20fight%20this%20deadly%20criminal,migration%20and%20facilitating%20legal%20pathways.

¹²⁷ European Commission. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down minimum rules to prevent and counter the facilitation of unauthorised entry, transit and stay in the Union, and replacing Council Directive 2002/90/EC and Council Framework Decision 2002/946 JHA, COM/2023/755 final.

It remains to be seen whether any of this will be put into practice, or whether, on the contrary, they will continue to be part of the grand rhetoric that underpins the major political declarations that have backed the development of European action to combat irregular immigration across the Mediterranean¹²⁸.

IV. Conclusions

Alarmed by the tragic sinking of boats carrying large numbers of migrants in the Mediterranean in 2015, the EU sought to remedy the situation by, among other things, launching a naval operation under the CSDP in the wake of the successful Operation *Atalanta* to combat maritime piracy in the waters off Somalia. The new operation, called *Sophia*, was aimed at combating mafias involved in the smuggling of migrants, mainly in international waters and in Libyan waters and territory. However, as it was necessary to have the authorisation of the UNSC and/or the consent of the coastal State to operate in Libyan waters or on Libyan territory, and this was never forthcoming, the Operation gradually lost momentum. It also became entangled in the complicated political situation in the EU, as Italy tired of fighting irregular immigration virtually alone, without the solidarity of other Member States. In any case, *Sophia* achieved little in terms of tackling the roots of people-smuggling in the Mediterranean, but it did make significant efforts in the area of search and rescue of people in distress at sea.

Sophia eventually died in March 2020 and was replaced by *Irimi*, a new CSDP military operation aimed more at combating violations of the UNSC arms embargo in Libya, preventing and deterring the illegal export of Libyan petroleum products, training and strengthening the Libyan Coast Guard and Navy to manage its borders, and, to a lesser extent, combating migrant smuggling in the central Mediterranean and in Libya. The Council decision launching the Operation was silent on the operation's activities to search for and rescue migrants in distress in the Mediterranean. This lack of voluntarism shown by the EU in this area in the context of Operation *Irimi* is in line with other EU policies and actions in recent years aimed at managing irregular immigration, which have rather sought to externalise and move the fight against irregular immigration away from its borders, with a focus on security.

¹²⁸ In that sense, see also: Sánchez Legido, "Externalización de controles migratorios versus derechos humanos", 2.

Not surprisingly, given the scarcity of resources available to date, the results of the first three years of Operation *Irini* have been very limited, almost testimonial. For example, by its own admission, it had not yet started training the Libyan Coast Guard and Navy in border management, even though this task is being carried out by other EU missions, such as EUBAM Libya. Moreover, none of the information provided by the EU on its achievements in Operation *Irini* mentions the lives its personnel have saved in the Mediterranean. This coincides with a significant increase in 2022 and 2023 in the number of people attempting to reach Europe via the Central Mediterranean route, which has sadly once again become the deadliest in the world, according to IOM sources.

On the other hand, perhaps as a result of the EU's policy to combat irregular immigration in the Mediterranean, the problem of human rights abuses against migrants in Libya has been growing. There are very serious allegations, well documented by multiple and reliable sources, about the treatment of migrants by the Libyan Navy and Coast Guard. For now, the EU continues to look the other way, but it is not inconceivable that its international responsibility will be compromised by funding and training these security forces and by failing to protect the human rights of migrants.

In my opinion, the EU must provide Operation *Irini* with more resources so that it can achieve its mandated objectives. For instance, *Irini* has so far had very few vessels and other maritime assets at its disposal. This makes it impossible to inspect vessels suspected of carrying arms or related materiel in violation of the Security Council embargo. Still less will it be possible to take appropriate steps to seize and dispose of such items, including with a view to diverting such vessels and their crews to a suitable port to facilitate such disposal. Something similar could be said of *Irini*'s ability to impose the embargo on oil and oil products. If it fails to do so, *Irini*'s image, and with it that of the EU, will suffer. *Irini* gives the impression of being a sticking plaster on a large wound.

In addition, it is imperative that the EU, either through *Irini* or EUBAM, ensures, by all means, that the human rights of migrants are respected in the training and formation of Libya's coastguard services.

Furthermore, the EU, in conjunction with the Member States, must ensure that search and rescue efforts in the Mediterranean are effective. Even if these tasks are then mainly implemented by the Member States, as this is their competence, with the help, if necessary, of Frontex. And of course with the parallel efforts of NGOs, which can in no case be demonised and criminally prosecuted, as long as it can be shown that they are engaged in truly humanitarian life-saving work.

Let us hope that EU policy will change and concrete and effective measures will be taken to protect the human rights of migrants in the

Mediterranean. There is no doubt that the problem of combating irregular immigration from Africa is huge and extremely complex, and its origin does not depend on the EU, but the implementation of one of the EU's identifying values¹²⁹ —respect for human rights— is also at stake, which must also be reflected in the EU's external action and, of course, in the CSDP.

In any case, the ultimate weakness of Operation *Sophia* and the near-failure of Operation *Irimi* belies the ambition of a strong and credible CSDP. If *Atalanta* and the first steps of *Sophia* led to the conception, in parallel to other circumstances, of a CSDP with growing aspirations to give the EU a prominent role in the theatre of nations, the end of *Sophia* and the beginning of *Irimi* represent a step backwards in the fulfilment of these dreams.

V. Bibliography

- Acosta Sánchez, Miguel Ángel. “Sobre el ámbito competencial de las operaciones de paz: el enfoque integral de la operación militar Sophia de la UE ante la crisis migratoria”. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* 12 (2018): 15-48. <https://revista.ieee.es/article/view/745>.
- Arteaga Martín, Félix y González Enríquez, Carmen. “La respuesta militar a la crisis migratoria del Mediterráneo”. *Real Instituto Elcano, ARI* 40 (2015). <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-respuesta-militar-a-la-crisis-migratoria-del-mediterraneo/>
- Cataldi, Giuseppe. “Búsqueda y rescate: la necesidad de equilibrar el control de fronteras con las obligaciones en materia de derecho del mar y de los derechos humanos”. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* 2 (2020): 197-204. DOI: <http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.2a.02>
- De Castro Ruano, José Luis y Borrajo Valiña, Diego. “El futuro de la seguridad y la defensa en la UE post-brexit: el salto a la integración”. *Cuadernos Europeos De Deusto* 60 (2019): 187-217. <https://doi.org/10.18543/ced-60-2019>.
- Decis, Hugo and Lapo, Amanda. “Operation Irimi: EU's latest Libya mission short on assets”. *The International Institute for Strategic Studies, Online Analysis, Military Balance Blog*. <https://www.iiss.org/online-analysis/military-balance/2020/07/operation-irini-eu-libya-mission-assets/>.
- Espaliú Berdud, Carlos. “Los buques de la operación Sophia en el dique seco: elementos de un revés para la Política Común de Seguridad y Defensa”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 64 (2019): 829-858. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.64.02>.

¹²⁹ In this sense, see also: Pi Llorens, “La Unión Europea y la lucha contra los traficantes y tratantes de migrantes en Libia”, 34 and Alejandro del Valle Gálvez. “Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre ‘extraterritorialidad’, ‘desterritorialidad’ y ‘externalización’ de controles y flujos migratorios”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* 2 (2020): 146.

- Faleg, Giovanni and Blockmans, Steven. "EU Naval Force EUNAVFOR MED sets sail in troubled waters". *Centre for European Policy Studies Commentary*, 26 June 2015, (2015). <https://bit.ly/32vX5UY>.
- Hernández, Hénar. "Los desafíos de la Operación Irini de la Unión Europea". *Atalayar*, 23 May 2020. <https://www.atalayar.com/articulo/politica/desafios-operacion-irini-union-europea/20200522110919145903.html>.
- Himmrich, Julia. "Beyond operation Sophia What role for the military in migration policy?". *Dahrendorf Forum Policy Brief*, 4 march 2019 (2019). <https://bit.ly/327EDly>.
- Jimenez Cortes, Claudia. "La desnaturalización de la zona SAR en el Mediterráneo central: de pieza clave para salvar vidas a instrumento contra los derechos humanos". *Revista Española de Derecho Internacional* 74 (2022) 2 (July-December 2022): 245-270. <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/109/181>.
- De Coninck, Joyce. "Effective Remedies for Human Rights Violations in EU CSDP Military Missions: Smoke and Mirrors in Human Rights Adjudication?". *German Law Journal* 24 (2023): 342-363. doi:10.1017/glj.2023.19.
- Koutrakos, Panos. *The EU Common Security and Defence Policy*. Oxford: Oxford European Union Law Library, 2013; online edn, Oxford Academic, 23 May 2013. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199692729.001.0001>.
- Moreno-Lax, Violeta and Lemberg-Pedersen, Martin. "Border-induced displacement: The ethical and legal implications of distance-creation through externalization". *Questions of International Law, Zoom-in* 56 (2019): 5-33. <http://www.qil-qdi.org/border-induced-displacement-the-ethical-and-legal-implications-of-distance-creation-through-externalization/>
- Müller, Patrick and Slominski, Peter. "Breaking the legal link but not the law? The externalization of EU migration control through orchestration in the Central Mediterranean". *Journal of European Public Policy* 28 (2021) 6: 801-820. DOI: 10.1080/13501763.2020.1751243.
- Poncela Sacho, Antonio. "EUNAVFOR MED Operación SOPHIA: un instrumento de la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea". *Documento de Opinión IEEE 05/2019*. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 13 (2019). https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2019/DIEEEO5_2019ANTPON-Sophia.pdf.
- Pricopi, Marius. "The Military Operation EUNAVFOR MED IRINI — A Downscale of the EU'S Involvement in the Migration Crisis". *Land Forces Academy Review* XXV (2020), 4: 302-306. DOI: 10.2478/raft-2020-0036.
- Pi Llorens, Monserrat. "La Unión Europea y la lucha contra los traficantes y tratantes de migrantes en Libia: balance tras el fin de la operación Sophia". *Revista electrónica de estudios internacionales*, 40 (2020). DOI: 10.17103/reei.40.07.
- Sánchez Legido, Ángel. "Externalización de controles migratorios versus derechos humanos". *Revista electrónica de estudios internacionales*, 37 (2019). DOI: 10.17103/reei.37.03.
- Sari, Aurel and Wessel, Ramses A. "International Responsibility for EU Military Operations: Finding the EU's Place in the Global Accountability Regime". In Bart Van Vooren, Steven Blockmans, and Jan Wouters (eds), *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension*, Oxford: Oxford, 2013; online edn,

- Oxford Academic, 23 May 2013): 126-142. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199659654.003.0009>.
- Soto Reyes, Javier; Hadiq Bouajaj, Youssef; Lecumberri Iribarren, Aitor. “La distribución del poder en la Libia post-Gadafi: un análisis desde la Sociología del poder”. *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos* 23 (2017): 47-75. <https://doi.org/10.15366/reim2017.23.004>.
- Urbaneja Cillán, Jorge. “The European Union-Turkey Cooperation on Migration Matters: towards a Review of the Migratory Statement of 18 March 2016”. *PEACE & SECURITY-PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES (EuroMediterranean Journal of International Law and International Relations* 8 (2020):211-250. <https://revistas.uca.es/index.php/paetsei/article/view/6828/6901>.
- Del Valle Gálvez, Alejandro. “Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre ‘extraterritorialidad’, ‘desterritorialidad’ y ‘externalización’ de controles y flujos migratorios”. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* 2 (2020): 145-210. DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.07>.
- Del Valle Gálvez, Alejandro. “Sobre la inviabilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el mediterráneo”. *Revista Española de Derecho Internacional Foro-El rescate de personas en el Mediterráneo* 72 (2020), 1, enero-junio 2020: 187-196. <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/509/493>.

About the author

Carlos Espaliú has been a research fellow at the Ministry of Education (1995-1998), lecturer at the University of Navarra (1998-2000), Counsel at the International Court of Justice (2000-2006), Ramón y Cajal researcher at the University of Córdoba (2007-2012) and lecturer, vice-dean of the Faculty of Law and Director of the Charlemagne Institute of European Studies at the International University of Catalonia (2012-2018). He is currently Professor of International Public and European Union Law, as well as Senior Researcher of the Security, Risk and Conflict Management Group (SEGERICO) and Director of the Centre for Research on Security, Rule of Law and High Technologies, at the Nebrija University of Madrid. He is a visiting professor at the Centre for Trust, Peace and Social Relations at Coventry University and at the United Nations University for Peace in Costa Rica. He also holds three six-year research periods from the CNEAI. In the field of European security, among other works, he has published: Carlos Espaliú Berdud, “Los buques de la operación Sophia en el dique seco: elementos de un revés para la Política Común de Seguridad y Defensa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Year No. 23, No. 64, 2019, pp. 829-858.

Sobre el autor

Carlos Espaliú ha sido becario de investigación de Ministerio de Educación (1995-1998), profesor de la Universidad de Navarra (1998-2000), Letrado de la Corte Internacional de Justicia (2000-2006), investigador Ramón y Cajal en la Universidad de Córdoba (2007-2012) y profesor, vicedecano de la Facultad de Derecho y Director del Instituto Carlomagno de Estudios Europeos en la Universitat Internacional de Catalunya (2012-2018). En la actualidad, es Catedrático de Derecho Internacional Público y de la Unión Europea, así como Investigador Principal del Grupo de Seguridad, Gestión de Riesgos y Conflictos (SEGERICO) y Director del Centro de investigación en Seguridad, Estado de Derecho y Altas Tecnologías, en la Universidad Nebrija de Madrid. Es profesor visitante en el Centre for Trust, Peace and Social Relations de la Universidad de Coventry y de la Universidad para la Paz de las Naciones Unidas, en Costa Rica. También cuenta con tres sexenios de investigación del CNEAI. En materia de seguridad europea, entre otros trabajos, ha publicado: Carlos Espaliú Berdud, «Los buques de la operación Sophia en el dique seco: elementos de un revés para la Política Común de Seguridad y Defensa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año n.º 23, N.º 64, 2019, págs. 829-858.

A Study on Economic Cooperation in the EU and East Asia: Can Franco-German Cooperation be a Model for Japan and Korea?

*Un estudio sobre la cooperación económica en la UE y el Este asiático:
¿puede la cooperación franco-alemana ser un modelo para
Japón y Corea?*

Sang Chul Park

Professor at Graduate School of Convergence Technology and Energy
Tech University of Korea
sepcark@tukorea.ac.kr

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.2990>

Received on January 31, 2024

Accepted on March 5, 2024

E-published: April 2024

Summary: I. Introduction.—II. Theoretical Debates.—III. Economic Cooperation between France and Germany in the EU. 1. Economic Integration and Intra Industry Trade. 2. Franco-German Economic Cooperation for the EU's Economic Integration. 3. Outcomes and Reasons of Franco-German Cooperation.—IV. Economic Development and Conditions in Japan and Korea. 1. Economic Development and Current Conditions in Japan. 2. Economic Development and Current Conditions in South Korea.—V. Changing Global Economic Environment as Common Challenges and Possible Economic Competition and Cooperation between Japan and South Korea.—VI. Conclusion.—VII. References.

Abstract: The economic integration has been the most important agenda since the Second World War particularly in Europe because many European nations were heavily destroyed and ruined. After the severe destruction, European political leaders started to rethink how to restore Europe economically and politically in order to establish a long-term peace in Europe. The two major countries, France and Germany, initiated this based on reconciliation processes and signed on the Elysee Treaty that is legally binding and known as the *de jour* approach. Unfortunately, East Asian countries, Japan and South Korea took a different path, without reconciliation processes, based on the *de facto* approach only for economic cooperation. As a result, it is not solid yet, but contains fragile risks for the two countries to cooperate in a sustainable way. This paper investigates how and why Franco-German tandem has played core roles in the EU integration. Furthermore, it argues what are successful factors for Franco-German cooperation. Last, but not least, it analyzes

whether the Franco-German model can be adapted for the Japan-Korea economic cooperation or not.

Keywords: Economic integration, Franco-German cooperation, economic growth, intra industry trade, Japan-Korea cooperation.

Resumen: *La integración económica ha sido una de las cuestiones más importante desde la Segunda Guerra Mundial, particularmente en Europa, dada la destrucción y ruina en la que quedaron muchas naciones europeas. Tras la enorme devastación, los líderes políticos europeos comenzaron a repensar cómo restaurar Europa económica y políticamente para consolidar una paz a largo plazo en el continente. Los dos países principales, Francia y Alemania, iniciaron este proceso basándose en la reconciliación y firmando el Tratado del Elíseo, texto jurídicamente vinculante. Desafortunadamente, los países de Asia Oriental, Japón y Corea del Sur, siguieron un camino diferente, sin procesos de reconciliación más allá de una cooperación económica de facto. Como resultado, la colaboración entre ellos aún no es sólida y presenta debilidades que no permiten un diálogo sostenible. Este artículo investiga cómo y por qué el tándem franco-alemán ha desempeñado un papel fundamental en la integración de la UE. Se describen, además, cuáles son los factores de éxito de la cooperación franco-alemana. Por último, pero no menos importante, se analiza si el modelo franco-alemán puede trasladarse o no a la cooperación económica entre Japón y Corea.*

Palabras clave: *Integración económica, cooperación franco-alemana, crecimiento económico, comercio industrial interno, cooperación Japón-Corea.*

I. Introduction

The first half of the 20th century must be one of the darkest eras in the human being history due to the two World Wars although we restored our civilization during the second part of the century. After the Second World War, Western Europe was rebuilt by the Marshal Plan, while East Asia was not able to receive such economic support from the USA. After the mass destruction in Europe during the two World Wars, it understood the importance of peace to sustain the value of mankind represented by human right and democracy in the United Nations (UN)¹. In order to realize it, the six Western European countries such as Germany, France, Italy, and three Benelux nations created European Coal and Steel Cooperation in 1951, which is the starting point of the economic cooperation between Germany and France. Later, the two nations signed the Élysée Treaty in 1963 that set out regular and frequent diplomatic and cultural cooperation between the two nations to provide a foundation for lasting friendship. It is also regarded as a cornerstone of Franco-German reconciliation as well as the basis of European integration to become the European Union (EU)².

European integration processes are regarded as a model for creating long term peace and prosperity around the world, which is the highest level of integrations as an economic union. The European Union (EU) has aimed to become a political union as the final goal. However, some member nations such as France and the Netherlands rejected the European constitution in their referendums in 2005³. As a result, the EU has remained as the economic union since then and nobody knows exactly when it reaches its final goal to become the United States of Europe that was stated by German Chancellor Adenauer and French President de Gaulle on the Élysée Treaty. In order to strengthen their roles in the engine of the European integration, German and French cooperation was reconfirmed by the Treaty of Aachen in 2019 that aims to play a greater role in international politics dealing with security and development, United Nations (UN), educations and research as well as no borders for cooperation and business.⁴ As a result, the EU has created the highest

¹ Krotz, U. and Schild, J. *“Shaping Europe: France, Germany, and Embedded Bilateralism. From the Elysée Treaty to Twenty-Century Politics”*, (Oxford: Oxford University Press, 2013).; Dinan, D. *“Origins and Evolution of the European Union”*, (Oxford University Press, 2014).

² Mourlon-Druol, E. Rethinking Franco-German Relations: A Historical Perspective, Policy Contribution, Issue No. 29, November, Bruegel, https://www.bruegel.org/sites/default/files/wp_attachments/PC-29-2017.pdf (2017).

³ Cameron, F. The European Union as a Model for Regional Integration, September, Working Paper, Council on Foreign Relations (2010).

⁴ Poptcheva, A-M. The Franco-German Relationship in the EU: A Short Overview, EPRS_BRI(2015)568359_EN.pdf, (2015).; Federal Foreign Office, Five Things You Need to Know About the Treaty of Aachen, <https://www.auswaertiges-amt.de/en/aussenpolitik/laenderinformationen/frankreich-node/treaty-aachen/2179778>, (2019).

developed economic union in the world that accounted for nearly 60 percent of intra trade within the 27 member nations in 2022.⁵ (See fig. 1)

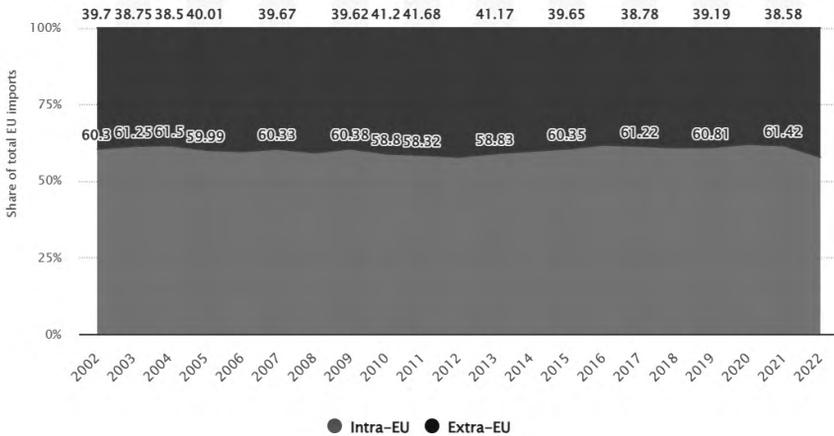


Figure 1
Shares of EU's Intra Trade (As of 2002~2022, %)

Source: www.statista.com, 2024

Compared to Franco-German cooperations in the EU, the two major economies such as Japan and South Korea (hereafter Korea) did not exercise any formal economic cooperation and institutionalized reconciliation process except to reopen their diplomatic relations based on the Treaty on Basic Relations Between Japan and Republic of Korea (ROK) and the Agreement between Japan and ROK Concerning the Settlement of Problems in Regard to Property and Claims and Economic Cooperation in 1965.⁶ For it, the Japanese government paid USD 300 million to the ROK that was the economic compensation for the colonial period (1910~1945). The opposition parties and civil groups in ROK protested heavily, but the military regime needed seed capitals to launch its economic development plans.⁷

⁵ www.statista.com, (2024).

⁶ United Nations (UN), Treaty on Basic Relations, No. 8471, United Nations-Treaty Series, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20583/volume-583-I-8471-English.pdf>, (1966).

⁷ Ju, J-Y, The Japan-Korea Dispute Over the 1965 Agreement, Oct. 23, The Diplomat, <https://thediplomat.com/2020/10/the-japan-korea-dispute-over-the-1965-agreement/>, (2020).

Since then, the two East Asian nations had generated the extraordinary economic growth and succeeded in industrialization processes. As a result, Japan became the second largest economy in 1968, while Korea achieved the 10th largest economy in 2020 in the world without any institutionalized economic integration. At present, they are participating in reshaping the global supply chains (GSCs) led by the USA particularly in the semiconductor industry in order to response the Chips and Science Act (CSA) properly.⁸

This paper focuses on economic development strategies in the EU and East Asia how different their paths and approaches are. Furthermore, it analyzes the importance of political and economic cooperations in order to create a sustainable development for a long term. Last, but not least, it argues what are implications of the Franco-German cooperation to Japan and Korea. In order to meet the research targets, various methods are used such as a method of critical analysis of literature, an inference method, cross sectional analysis, and a method of quantitative and qualitative statistical analysis.

II. Theoretical Debates

Economic regionalism (de jure regional economic integration) can be defined as an institutional combination of separate national economies into larger economic blocs or communities as the EU. Usually, the process is understood to be a state-led project that promotes a definable geographic area by development of specific institutions and strategies. Therefore, regionalism is a conscious and coherent top-down policy of the state.⁹ The above definitions describe institutionalized aspects of economic cooperation within the area, which are usually a result of intergovernmental negotiations undertaken or agreements concluded between member nations. Based on this perspective, regionalism exposes institutional and instrumental linkages between the member nations. Although regionalism is sometimes used interchangeably with the term international economic integration, it is not identical.¹⁰

Beside regionalism, international economic integration includes regionalization. A regionalization (de facto regional economic integration) means a process of integration, in which the most significant role is played

⁸ Park, S-C, Mega FTAs and Indo-Pacific Economic Framework (IPEF) in the Asia Pacific Region: Will It Be Cooperation or Competition? *International Organizations Research Journal*, 18:2 (2023): 122-150; World Bank, World Bank Open Data, <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?locations=IN-KR>, (2024a).

⁹ Robson, P., *The economics of international integration* (London and New York: Routledge, 1998).

¹⁰ Beeson, M. and Stubbs, R., *Routledge Handbook of Asian Regionalism* (London and New York: Routledge, 2012).

by market factors such as an activity of enterprises and other private entities interested in developing cross-border relations. This, in turn, leads to increasing trade, investment and production in the region. In contrast to regionalism, regionalization is a spontaneous, complex and bottom-up process by which material patterns of transnational transactions among individuals and groups knit a loosely defined geographical area together.¹¹

Such processes are rarely independent of the economic policies implemented by the nations, and these often take place without deliberate planning at the national or local level. The distinction between regionalism and regionalization are of key importance in East Asia, as this region's market integration processes diverge from the institution-based approaches adopted in Europe and North America.¹² As a result, East Asian countries have become increasingly interdependent in terms of trade, investment, finance and production. The predominance of regionalization in East Asia does not mean that processes of regionalism do not exist. On the contrary, they exist, but rather as 'soft or informal regionalism'.¹³

Both concepts make up the notion of an international and regional economic integration. One of the definitions claims that economic integration is the process of removing progressively those discriminations which occur at the national level. Another definition describes it as the abolition of discrimination between economic entities from different states. The latter is a dynamic approach to integration. In a static view, economic integration means the absence of various forms of discrimination between national economies. Countries interested in the process usually start from a simpler form of establishing free trade zone, and then progress through more advanced forms in terms of customs union, common market, economic union up to a full economic union. In practice, this sequence does not always occur, and an achievement of the final stage is challenging as it entails a level of political integration and loss of sovereignty.¹⁴

¹¹ Söderbaum, F., *Theories of Regionalism*, In: M. Beeson and R. Stubbs (eds), *Routledge Handbook of Asian Regionalism* (London and New York: Routledge, 2012): 11-21.

¹² Pempel, T. J. (2010) *Soft Balancing, Hedging, and Institutional Darwinism: The Economic Security Nexus and East Asian Regionalism*. *Journal of East Asian Studies*, 10(2010): 209-238.; Zhao, S. (1998) *Soft versus Structural Regionalism: Organizational Forms of Cooperation in Asia Pacific*, *The Journal of East Asian Affairs*, 1 (1998): 96-134.

¹³ Breslin, S., & Higgott, R. (2000) *Studying regions: Learning from the old, Constructing the new*, *New Political Economy*, 5:3 (2000): 333-352.; Katzenstein, P., *Introduction: Asian Regionalism in Comparative Perspective*, In: P. Katzenstein & T. Shiraiishi (eds.), *Network Power: Japan and Asia*. (Ithaca: Cornell University Press, 1997): 1-46.

¹⁴ Balassa, B., *The Theory of Economic Integration*, (London: Routledge, 1962).; Hosny, A. S. (2013) *Theories of economic integration. A survey of the economic and political literature*, *International Journal of Economy, Management and Social Sciences*, 2:5 (2013): 133-155.

Countries that decide to participate in an integration process must consider benefits and costs of such activities. Not only economic but also political and social effects should be taken into consideration. Obviously, in economic terms, benefits should overcome costs, but it is worth emphasizing that a necessary condition for efficient integration requires an honest division of political benefits and costs between member countries. Focusing on the economic sphere, it can be concluded that in the short run, benefits of integration are mainly due to a growth of trade turnover in the grouping, but in the long run, they rely on increasing production, improving productivity in factors of production, GDP and GDP per capita growth.¹⁵

Economic integration theories also discuss benefits and costs of regional economic integration. There are two main theories that explain the effects of integration. The traditional group presents a static approach, while the dynamic group takes into account ever-changing economic conditions that present the dynamic approach.¹⁶ The traditional group analyses the effects of a customs union composed of trade creation effect and trade diversion effect. If a trade creation effect creates growth in trade turnover within the group as a result of reduction of tariffs and other restrictions outweighs the diversion effect replacing more efficient partners from outside the zone by partners from the zone, then the customs union can be recognized to have net positive effects.¹⁷

The dynamic group analyzing the effects of the integration takes into account the dynamic effects of this process. It emphasizes the role of changes in economic conditions. These changes concern the economies of scale, technology, impact on market structure and competition, productivity growth, risk and uncertainty and investment activity. In addition, the growing competitive pressure will cause the previously existing non-competitive market structures such as monopoly and oligopoly to evolve towards more competitive ones. This can create the conditions to improve productivity in integrating economies.¹⁸

Economic integration, particularly as discussed in the theories of traditional and the dynamic groups, apply to the EU as well as East Asia.

¹⁵ Molle, W., *The Economics of European Integration. Theory, Practice, Policy*, Hong-Kong, Singapore. (Sydney: Brookfield, 1990).

¹⁶ Viner, J., *The Customs Union Issue*, (New York: Carnegie Endowment for International Peace, 1950).

¹⁷ Pomfret, R., *The Economics of Regional Trading Agreements*, (Oxford: Oxford University Press, 2001); Siddique, M. A. B., *Regionalism, trade and economic development: theories and evidence from the Asia-Pacific region*. In: M. A. B. Siddique (ed.), *Regionalism, trade and economic development in the Asia-Pacific region*. (Cheltenham: Edward Elgar, 2007): 3-22.

¹⁸ Balassa, B., *op. cit.* (1962): 1-17.; Urata, S., *Japan's Free Trade Agreement Strategy*, *The Japanese Economy*, 36: 2 (2009): 46-77.

Particularly, these processes are primarily of a bottom-up nature in East Asia. At the same time, however, East Asian economies are increasingly interested in forming institutional links of cooperation. Therefore, the process of East Asian economic regionalism has its own characteristics and dynamics compared to the European regionalism, resulting from the activities and commitment of countries inside and outside the region.

III. Economic Cooperation between France and Germany in the EU

1. *Economic Integration and Intra Industry Trade*

It is true that few politicians, policy makers, and scholars believed in the success of European integration in terms of economy and politics starting with the European Coal and Steel Community in 1951. The European integration processes have gone from a limited form of industrial cooperation to an economic and monetary union that have never been created elsewhere. Therefore, the EU is regarded as much more than a trading arrangement seen in other regional blocs such as ASEAN in Southeast Asia, Mercosur in South America, and USMCA in North America.¹⁹

The foundation of European economic integration was based on internal trade liberalization. The process of trade liberalization within the European Community (EC) had developed with four phases. The first phase started in 1958 as free trade areas based on the Treaty of Rome and lasted up to 1967. The second phase was completed by eliminating customs duties and quantitative restrictions that resulted in the introduction of a common external tariff and becoming a customs union from 1968 to 1972. During the third phase from 1973 to 1986, internal trade barriers were reduced within the 12 member nations, and the European Common Market was built. This phase was completed in 1992 by creating the European Single Market for goods, services, capital and labor. Finally, the economic and monetary union as an economic union started in 1999 with 15 member nations by using the common currency of Euro in 11 member nations.²⁰

During the economic integration, the share of intra trade increased steadily following the Treaty of Rome. In 1958, it accounted for less than 40 percent and increased to nearly 55 percent in 1970. Since then, it

¹⁹ Begg, I., *The European Union and Regional Economic Integration: Creating Collective Public Goods-Past, Present and Future*, (2021) [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/689369/EPRS_BRI\(2021\)689369_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/689369/EPRS_BRI(2021)689369_EN.pdf).

²⁰ Balassa, B., *op. cit.* (1962): 1-17.; Sapir, A., *Regional Integration in Europe*, *Economic Journal*, Royal Economic Society, 102:415 (1992): 1491-1506; Begg, I., *op. cit.*, (2021).

remained constantly until 1985 and increased thereafter over 60 percent that has continued until 2022.²¹ It is also noteworthy that a convergence phenomenon between old and new member nations has taken place since the first enlargement in 1973. This has resulted from a decrease of share of intra trade for the old members and an increase for the new. Moreover, a link between regional economic integration and intra industry trade has generated three channels such as overlapping demands, scale economies, and production factor movements that established a causal relationship between the two elements. Therefore, there exists a deterministic link between the EU integration and intra industry trade creating the specialization of intra industry in bilateral trade among the EU member nations.²² (See fig. 2, 3)

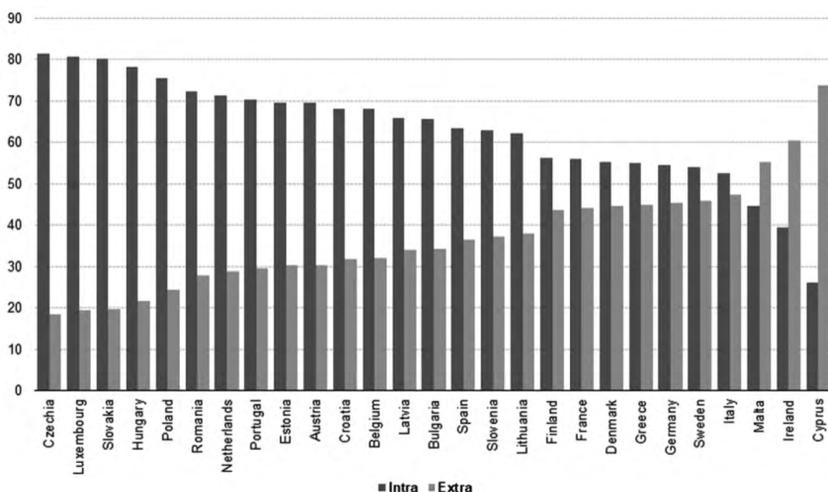


Figure 2

EU's Exports of Goods in Intra and Extra Trade (As of 2022, %)

Source: Eurostat, Online Data Code DS-018995, 2023

²¹ Balassa, B. and L. Bauwens, The determinants of intra-European trade in manufactured products, *European Economic Review*, 32 (1988), 1421-1437.; www.statista.com, (2024a).

²² Greenaway, D., Regional trading agreements and intra-industry trade: Evidence and policy issues, in D. Greenaway, T. Hyclak and R. Thornton (eds.), *Economic Aspects of Regional Trading Agreements*, (Harvester Wheatsheaf: Hemet Hempstead 1989); 50-69.; Sapir, A., *op. cit.*, (1992).

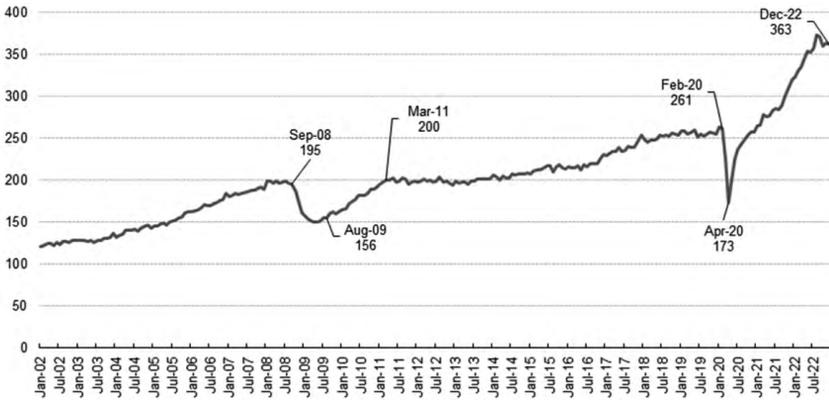


Figure 3

Trends of Intra EU Exports of Goods between 2002 and 2022 (As of Billion Euro)

Source: Eurostat, Online Data Code: ext_st_EU27_2020sitc, 2023

Regarding the specialization of intra industry trade in the EU, the primary sectors such as agriculture and raw materials as well as the secondary sectors such as energy and chemicals increased from 2002 to 2022, while other secondary sectors such as machinery and vehicles as well as other manufactured goods declined during the same period. At the same time, however, these latter two secondary sectors were the major sectors in intra EU export shares by product types that accounted for around 60 percent of the total intra export in 2022. The intra EU trade in goods balance from 2002 to 2022 resulted in large deficits of old member nations particularly in Germany and France, while new member nations operating as manufacturing basis of old member nations generated surpluses particularly in Poland, Czech Republic, and Hungary. Interestingly enough, Belgium, Ireland, and the Netherlands as old member nations are very exceptional cases to make the large amount of the trade surpluses during the whole period.²³ (Dautovic et al., 2014; Eurostat, 2023) (See fig. 4, table 1)

²³ Dautovic, E., Orszaghova, L. and Schudel, W., Intra Industry Trade Between CESEE Countries and the EU15, Working Paper Series, No. 1719, Aug. (Frankfurt a. M.: European Central Bank (ECB), 2014).; Eurostat, Intra-EU Trade in Goods — Main Features, (2023) https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Intra-EU_trade_in_goods_-_main_features.

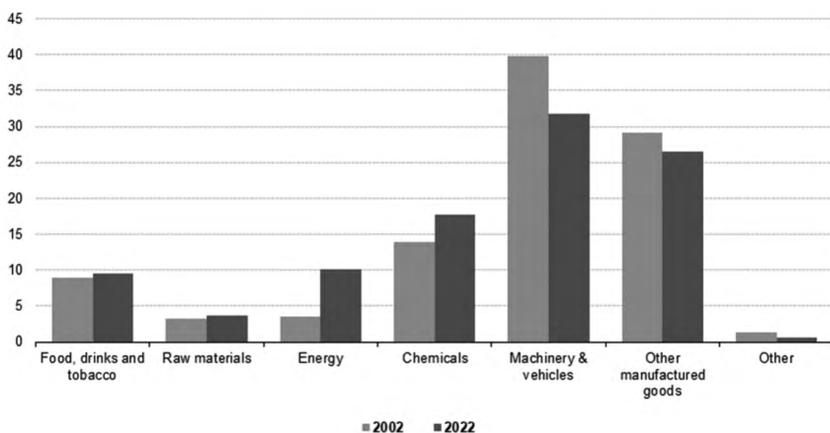


Figure 4

Intra EU Export Shares by Product Types between 2002 and 2022 (As of %)

Source: Eurostat, Online Data Code DS-018995, 2023

Table 1

Intra EU Trade in Goods Balance between 2002 and 2022 (As of Mil. Euro)

	2002	2022	Trend
Belgium	13 416	64 452	
Bulgaria	-1 043	757	
Czechia	2 894	25 410	
Denmark	1 368	-12 425	
Germany	53 105	-47 243	
Estonia	-575	-4 556	
Ireland	25 193	32 060	
Greece	-15 032	-9 669	
Spain	-22 481	16 098	
France	-19 300	-149 599	
Croatia	-4 555	-12 816	
Italy	-4 567	-5 070	
Cyprus	-1 725	-5 782	
Latvia	-1 692	-6 893	
Lithuania	-1 204	-5 614	
Luxembourg	-2 075	-9 435	
Hungary	4 562	6 107	
Malta	-833	-3 289	
Netherlands	70 520	326 291	
Austria	-6 107	-25 317	
Poland	-5 344	27 572	
Portugal	-12 256	-20 670	
Romania	-2 138	-22 879	
Slovenia	-904	7 172	
Slovakia	990	128	
Finland	1 485	-14 653	
Sweden	-956	-20 329	

Source: Eurostat, Online Data Code DS-018995, 2023.

Note: Red points denote trade deficits and blue points are trade surpluses.

2. Franco-German Economic Cooperation for the EU's Economic Integration

The origins of the EU started from the Schuman declaration in 1950 proposing to place Franco-German production of coal and steel as a whole under a common higher authority. Since then, Franco-German relations has been constituent for the common projects in the European Economic Community (EEC) and continuously in the EU. In addition, the reconciliation of the French and German peoples played a significant role in strengthening the further European integration. As a result, France and Germany signed the Elysee Treaty in Jan. 1963, which created a special relationship coordinating their policies in foreign, security, youth and cultural matters. One of the goals of the two nations was to establish a United Europe. For it, the two nations institutionalized Franco-German cooperation through governmental summits based on the treaty, which gradually expanded and were replaced in 2003 by joint cabinet meetings that made possible not only coordination functions at the highest political level, but also concrete political decision-making processes in working sessions.²⁴ (Poptcheva, 2015)

On the 25th anniversary of the Elysee Treaty, the Franco-German Financial and Economic Council was created in 1988 and a year later, the Defense and Security Council and the Environmental Council were launched. These joint council of ministers' meetings are held twice a year, once in each nation. Additionally, each government has designated a commissioner for Franco-German cooperation to coordinate the preparation and implementation as well as to follow up decisions taken by the joint ministerial councils. Franco-German intergovernmental cooperation was further deepened, and the Treaty of Nice was signed in 2001.²⁵ The treaty could coordinate their positions for increasing informal consultations at the top political level within the EU framework, particularly when the two major member nations had different views on weighting of votes in the European Council. Accordingly, the two leaders, Chirac in France and Schroeder in Germany decided to hold their regular meetings once every two months in order to make clear any disagreements before formal negotiations taking place within the European Council. In fact, such bilateral meetings just on the eve of European Council meetings have been criticized by some member nations because they feel to limit from the outset the scope of negotiations. On the other side, however, the Franco-German pre-understandings are regarded as positive for other heads of state

²⁴ Poptcheva, A-M., *op. cit.*, (2015).

²⁵ Hänsch, K., Maximum des Erreichbaren — Minimum des Notwendigen, *Integration* 2/2001, (2001): 94-101.; Poptcheva, A-M., *op. cit.*, (2015).

or governments to negotiate effectively. As a result, they have contributed to generating efficient and solution-oriented decision-making processes in the European Council.²⁶

The Franco-German cooperation has been regarded as the engine of the EU cooperation although it was sometimes dysfunctional leading to standstill and even regression in the EU. Indeed, however, it has often broken deadlocks in the negotiations between the member states and provided political leadership whenever the EU has faced major challenges. Therefore, the Franco-German cooperation has remained at the heart of the EU that was reconfirmed by the Amsterdam Treaty in 1997 enhancing cooperation within the EU framework. For the close economic cooperation within the EU, the Franco-German tandem played a significant role in the establishment of the European Monetary System under the leadership between President Giscard d'Estaing and Chancellor Schmidt that laid the path to the introduce the single currency, euro later. Based on such a preemptive cooperation, the European Economic and Monetary Union was launched by the Maastricht Treaty in 1991 led by Mitterrand and Kohl.²⁷

The EU experienced the global financial crisis (GFC) in 2008 and the debt crisis in 2010. It is the only economic area hit by the two crises in a row. The economic and financial crisis in the EU during the period intensified Franco-German cooperation generating multilateral coordination together with the European Council, the European Commission, the European Central Bank (ECB), and the International Monetary Fund (IMF). Despite the multilateral cooperation, the Franco-German tandem faced significant criticism after the Deauville agreement between Sarkozy and Merkel in 2010 on the eurozone bailout based on the participation of private creditors in debt restructuring of euro zone member states and sanctions against governments failing to comply with budgetary discipline rules.²⁸ It indicated that the European Stability Mechanism (ESM) based on the permanent lending facility did not exist because the two major countries had fundamentally different positions regarding fiscal policy discretion or stricter budgetary discipline rules. Therefore, Sarkozy and Merkel agreed to call for deeper integration of euro zone member states to include a euro

²⁶ Joerges, C., and Glinski, C., *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance: authoritarian managerialism versus democratic governance*, (London: Bloomsbury Publishing, 2017).

²⁷ Blockmans, S., *Differentiated Integration in the EU: From the Inside Looking Out*, (Brussels: CEPS, 2014).; Poptcheva, A-M., *op. cit.*, (2015).

²⁸ Krotz, U. and Schild, J., *Shaping Europe: France, Germany, and Embedded Bilateralism from the Elysee Treaty and to Twenty-First Century Politics*, (Oxford, Oxford University Press, 2013).

zone budget and a proper monetary fund based on the ESM in 2011. Since then, deep interstate cooperations have become quite resilient to sudden economic shocks. In particular, the EU agreed to a recovery package for Europe of Euro 2,018 trillion in 2021 in order to tackle on socio-economic consequences of the COVID-19 Pandemic. The total EU economic response for the pandemic has amounted to Euro 3.7 trillion under the Franco-German leadership based on the Aachen Treaty in 2019.²⁹ (See table 2)

Table 2
Franco-German Cooperations for Economic Integration of the EU

Treaty	Period	Major Agreements	Main Actors
Schman Declaration	1950	Franco-German production of coal and steel as a whole under a common higher authority	Schman & De Gole
Elysee Treaty	1963	<ul style="list-style-type: none"> — Special relationship coordinating their policies in foreign, security, youth and cultural matters for European integration and United Europe — Franco-German cooperation through governmental summits twice per year — Franco-German Financial and Economic Council (1988) — Defense and Security Council and Environmental Council (1989): Council Ministers' Meetings twice per year — European Economic Community, Customs Union, European Common Market 	<ul style="list-style-type: none"> — De Gole & Adenauer — d'Estaing & Schmidt — d'Estaing & Kohl
Maastricht Treaty	1991	— European Economic and Monetary Union	Mitterrand and Kohl
Amsterdam Treaty	1997	<ul style="list-style-type: none"> — Enhancing cooperation within the EU framework — European Monetary System 	<ul style="list-style-type: none"> — d'Estaing & Schmidt — Mitterrand and Kohl

²⁹ Peritz, L., Weldzius, R., Rogowski, R., and Flaherty, T., Enduring Great Recession: Economic Integration in the European Union, The Review of International Organization, 17 (2022): 175-203.; International Labour Organization (ILO), COVID-19 Country Policy Responses, March 1, (2023) <https://www.ilo.org/static/english/covid-19/country-policy-responses/covid-EU-response-2023-03-01.pdf>.

Treaty	Period	Major Agreements	Main Actors
Treaty of Nice	2001	<ul style="list-style-type: none"> — Coordinating their positions for increasing informal consultations at the top political level within the EU framework: weighting of votes in the European Council — Summit meetings once every two months for Franco-German pre-understanding — Governmental summits replaced by joint cabinet meetings (2003) 	Chirac & Schroeder
Deauville agreement	2010	<ul style="list-style-type: none"> — European Stability Mechanism (ESM) based on the permanent lending facility — Euro zone budget and monetary fund 	Sarkozy and Merkel
Aachen Treaty	2019	<ul style="list-style-type: none"> — Deeper cooperation in foreign and defense policy & closer economic integration — Strengthening Europe's sovereignty: Brexit, increase extreme rightwing parties 	Macron & Merkel

Source: Author's own adaptation.

3. Outcomes and Reasons of Franco-German Economic Cooperation

Franco-German economic cooperation has contributed to deepening the economic integration of the EU within the EU framework and played significant roles in a driving force to move forward from the EEC to the EU. The two major economies are also de factor twin-engines of the EU's economy accounting for around 40 percent of the whole EU with 27 member states and around 50 percent of the euro zone with 20 member states in 2022. The major outcomes of Franco-German economic cooperation are to complete the European economic integration from the FTA level to the level of the economic and monetary union that is the highest economic integration model in the world although the common fiscal policy among the member states is not still implemented.³⁰

In all economic integration processes, there were always political conflicts and disagreements between the member states due to the diverse economic interests. In fact, Franco-German political deals caused often

³⁰ Eurostat, *op. cit.*, (2023).

stalemate in the negotiations between the member states and at the same time provided political leadership whenever the EU faced major challenges such as European Customs Union, European Common Market, European Monetary System, European Economic and Monetary Union, euro bailout etc. Therefore, Franco-German cooperation has continued and strengthened despite the EU's further enlargement in the past decades because they could find out solution measures such as European Stability Mechanism, European Bank Union, euro zone budget, monetary fund etc. As a result, the EU as European Economic and Monetary Union has completed its economic integration sustaining to generate its economic growth and the high ratio of intra industry trade.³¹

The reasons why and how the Franco-German tandem has been successful and continued such long period seems to be clear. Firstly, their industrial structures are complementary instead of being competition-oriented based on different industrial strategies policies. The German industry is focused on manufacturing industry, while the French industry is oriented to service industry. The share of German manufacturing industry in its GDP in 1991 accounted for 25 percent and declined to 20.2 percent in 2012.³² Germany maintained its share of manufacturing industry continuously around the similar level of 20 percent until 2022. The French share of manufacturing industry in her GDP was equally high like Germany with 22.5 percent in 1960, but declined to 16 percent in 1991 that dropped continuously and radically to 9.5 percent in 2022. By contrary, the share of German service industry in GDP accounted for 56.4 percent in 1991 and increased up to 61.7 percent in 2012 and remained around that level until 2022, while the French shares increased from 62.8 percent in 1991 to 70.3 percent radically and remained around that level until 2022. It indicates that the industrial specialization and division of labor processes have been intensified since the Maastricht Treaty creating the European Single Market.³³ (See fig. 5, 6)

³¹ Poptcheva, *op. cit.*, (2015).

³² Sapir, *op. cit.*, (1992); Dautovic, E. et.al., *op. cit.*, (2014).

³³ World Bank, World Bank National Accounts Data, (2024b), <https://data.worldbank.org/indicator/NV.SRV.TOTL.ZS?locations=DE-FR>.

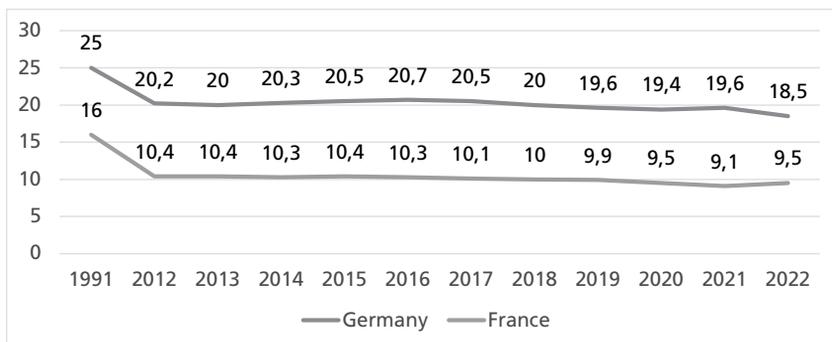


Figure 5
 Shares of Franco-German Manufacturing Industry in GDP (As of 1991~2022, %)
 Source: World Bank, 2024.

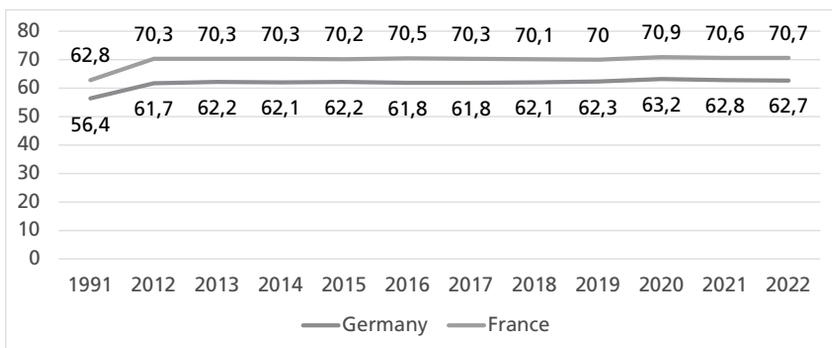


Figure 6
 Shares of Franco-German Service Industry in GDP (As of 1991~2022, %)
 Source: World Bank, 2024.

Secondly, Franco-German trust based economic cooperation has enabled to created high intra trade dependency on neighbor’s member states within the EU framework. As a result, the two major economies have become their largest trade partners in the EU intra trade, although Germany has been the largest intra trade partner to other EU member states particularly to new member states due to her economic size and industrial policy based on the manufacturing industry. As a whole, Germany was the largest trade partner to France with Euro 84.5 billion in 2022, while France was the fourth largest

trade partner with Euro 185 billion in the same year. Last, but not least, the Franco-German tandem has aimed at its initial target to complete United Europe based on the Elysee Treat because it can generate economic and political advantages not only for them, but also for the whole member states contributing to creating market efficiency and establishing long-time peace in Europe despite the current Ukraine War.³⁴ (See fig. 7)

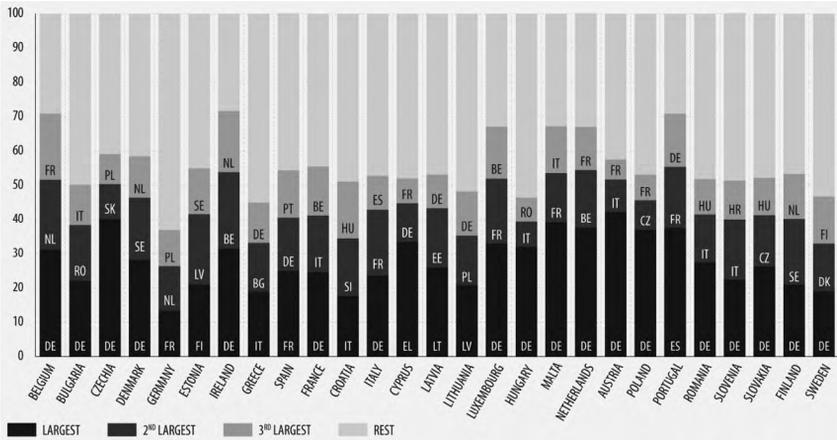


Figure 7

Main EU Partners for Goods Exports by EU Member Nations (As of 2022, %)

Source: Eurostat, Dataset, DS-018995, 2023.

IV. Economic Development and Conditions in Japan and Korea

1. Economic Development and Current Conditions in Japan

As explained, there is no legal bind approach for Japanese and Korean government to develop their economies jointly. Therefore, the two nations have developed their economies independently and separately based on their own economic strategies and policies. The Second World War destroyed Japanese economic and social infrastructure as well as production facilities widely. During the War, Japan lost a quarter of her national wealth and one

³⁴ Kampeter, W., European Integration and the Price of Peace, IPG 2/2000, (2000), <https://library.fes.de/pdf-files/ipg/ipg-2000-2/artkampeter.pdf>; Eurostat, *op. cit.* (2023); www.statista.com, (2024b).

third of production capacity. Therefore, it was not possible to estimate economic and social statistics between 1945 and 1947 because the statistical data was not available or not reliable. The aftermath of the War started to improve after the Dodge Plan was launched in the end of 1948, which curbed extraordinary inflation with the Nine-Point Economic Stabilization Program. After controlling high inflation in 1946-1948, Japanese economy suffered from severe depression due to deficient demand.³⁵

Such depression of the economy was resolved by the Korean War in 1950-1953 because special procurement caused by the Korean War generated around 1-2 percent additional economic growth each year. Until the mid of 1955, the Japanese economy had recovered its prewar level thanks to the grace of these strong demands that was based on the rear base strategy of the Japanese government. Since then, Japanese economy experienced a high growth period for about two decades up to the early 1970s.³⁶ The real GDP or GNP growth rates accounted for over 10 percent in average during this period. After the early 1970s, the Japanese economy turned to a stable growth period with around five percent in average until the bubble crash took place in the early 1990s that caused a low economic growth period with 1-2 percent known as the lost decades until even now.³⁷ (See table 3, fig. 8, 9)

Table 3
Special Procurement Order from the Korean War (As of 1950~1955, USD 1,000)

Period	Merchandize	Services	Total
1950.06~1951.05	229,995	98,927	328,922
1951.06~1952.05	235,851	79,767	315,618
1952.06~1953.05	305,543	186,785	492,328
1953.06~1954.05	124,700	170,910	296,610
1954.06~1955.05	78,516	107,740	186,256
Total	974,607	644,129	1,618,736

Source: Miwa and Hara, 2010.

³⁵ Yoshioka, S. and Kawasaki, H., Japan's High Growth Postwar Period: The Role of Economic Plans, ESRI Research Note No. 27, (Tokyo: Cabinet Office, 2016).

³⁶ Furuya, K., Trajectory of Growth, (Tokyo: Nihon Keizai Shinbun Sha, 1979), (in Japanese); Hayashi, Y., Economic Plans in Japan, (Tokyo: Nihon Keizai Hyoron Sha, 1997), (in Japanese).

³⁷ Miwa, R. and Hara, A., Handbook on Modern and Contemporary Japanese Economic History, (Tokyo: Tokyo University Press, 2010), (in Japanese); Yoshioka, S. and Kawasaki, *op. cit.*, (2016).

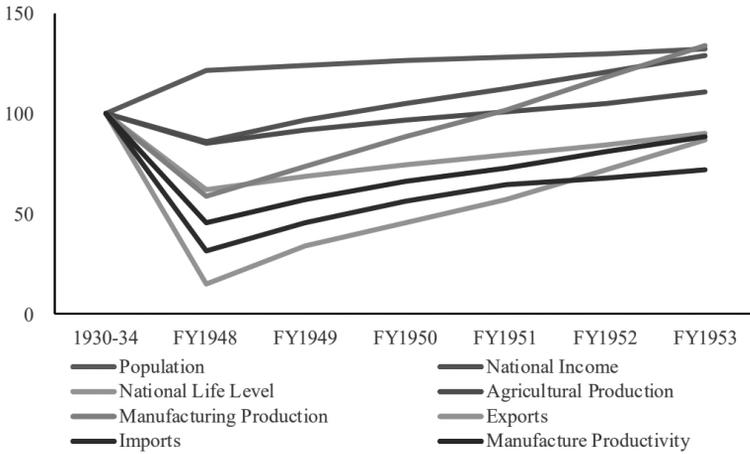


Figure 8
 Postwar Economic Indicators in Japan (As of 1930-34=100)

Source: Hayashi, 1997.

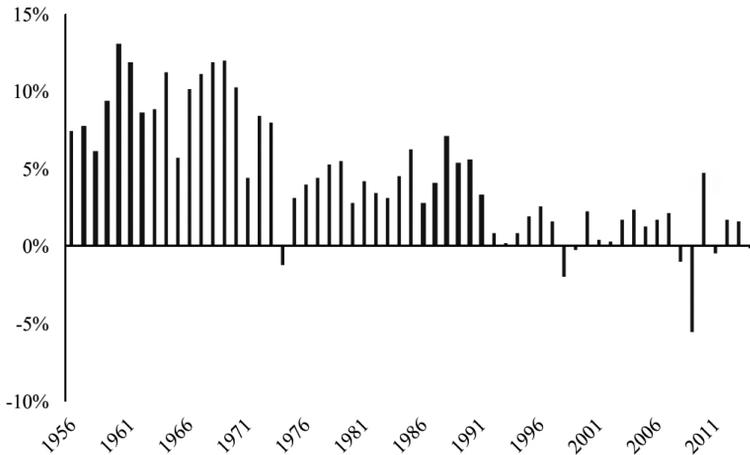


Figure 9
 Real Economic Growth Rates in Japan (As of 1956~2013, %)

Source: Yoshioka & Kawasaki based on Cabinet Office, 2016.

In the 2000s, pre-Abenomics period, Japanese economy already faced hyper aging society, imbalance of asset, deflation, high government deficit etc.

Therefore, Abenomics set the targets of the three arrows such as aggressive monetary policy, government consolidation, and growth strategy. Despite the ambitious approach, the final outcomes are regarded rather as moderate than expected. During the Abe administration (2013~2021), the average inflation rate and economic growth rate accounted only for 0.7 percent and 0.3 percent respectively that were lower than the targets. The economic growth rate increased in 2021, but it was regarded as a base effect from 2020. At the same time, it continued to grow to 1.7 percent in 2022, and it is a high time whether it sustains to grow this and next years or not.³⁸ (See fig. 10, 11)

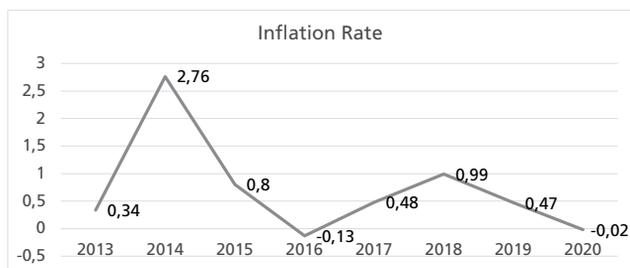


Figure 10
Inflation Rates in Japan (As of 2013~2020)

Source: World Bank, 2023.

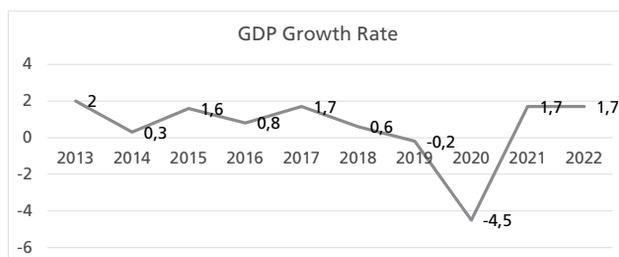


Figure 11
Economic Growth Rates in Japan (As of 2013~2022)

Source: World Bank, 2023.

³⁸ Yoshino, N. and Taghizadeh-Hesary, F., Three Arrows of Abenomics and the Structural Reform of Japan: Inflation Targeting Policy of the Central Bank, Fiscal Consolidation, and Growth Strategy, ADBI Working Paper Series, No. 492, August, (2014) Abenomics (2014).pdf.; World Bank, World Bank Open Data, (2023) <https://data.worldbank.org/>.

As an aggregate result of Japanese economy has been analyzed by OECD comprehensively. Its labor productivity was lower than the average of OECD in 2022, while its unemployment rate was better than any OECD member nations. Its weakest part was digitalization and business R & D expenditure in information industries. As a result, the overall performances in income per capita, inequality and poverty, as well as environment and climate were lower than the average of the OECD.³⁹ (See figure 12)

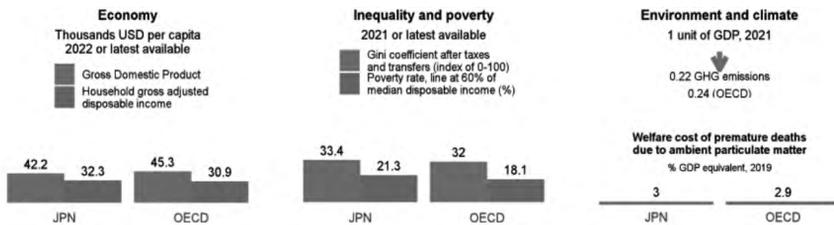


Figure 12
Overall Performances of Japanese Economy (As of 2022)

Source: OECD, 2023.

2. Economic Development and Current Conditions in South Korea

Korean economic growth strategy started in 1963 under the military regime after the total destroying during the Korean War. For the high economic growth from the 1960s to the 1980s, Korea mainly focused on the U.S. and Japanese market and their inward FDIs. A turning point for the further economic growth was to expand its markets toward China, the EU, Russia, Eastern European countries, CIS etc. after the Cold War era that contributed to globalizing Korean economy and diversifying its industrial structure in the 1990s. As a result, Korean major trade partners were diversified toward China, the USA, the EU, and Japan. In order to upgrade its industrial structure and generate higher value-added products, Korea strengthened its R & D investment heavily that enabled to increase total factor productivity (TFP) and generate the further economic growth.⁴⁰ (See fig. 13, 14)

³⁹ OECD, *Going for Growth*, (Paris: OECD, 2023)

⁴⁰ SaKong, I. and Koh, Y., *The Korean Economy: Six Decades of Growth and Development*, (Seoul: Korea Development Institute (KDI), 2010).; Park, S-C (2016) *East Asian Culture and Economic Miracle: The South Korean Experience*, *Institutions and Economies*, 8:1 (2016): 1-24.; World Bank, *op. cit.*, (2023).

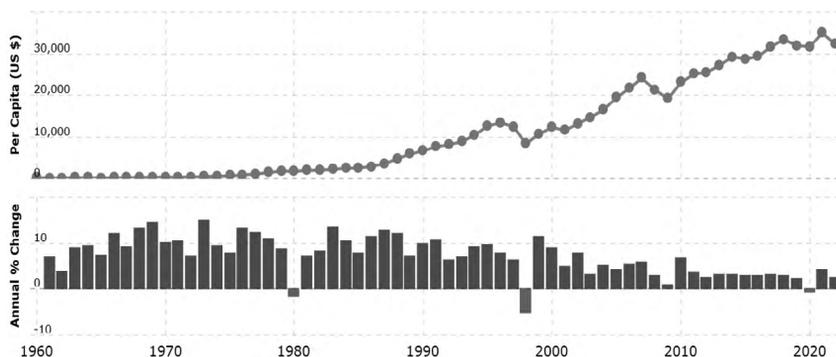


Figure 13
 Korean Economic Growth Rate and Income per Capita (As of 1960~2022)
 Source: World Bank, 2023.

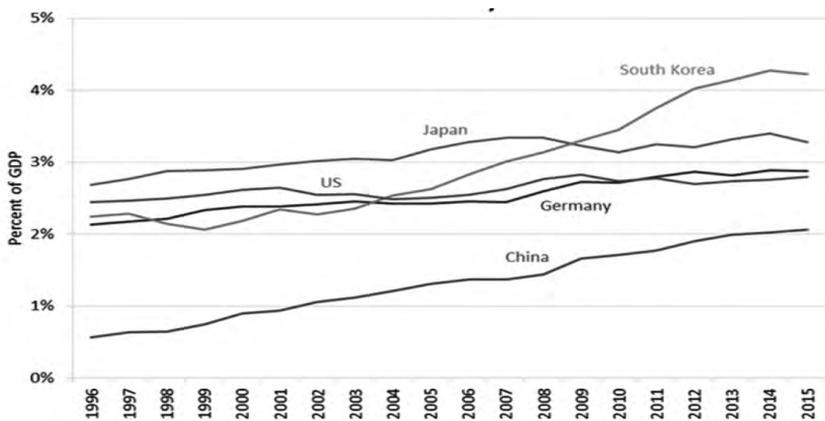


Figure 14
 Share of R & D Investment in Major Economies (As of 1996~2015)
 Source: World Bank, 2023.

Since the 2000s, Korean economy has tried to enlarged its economic territory by completing bilateral FTAs with the global major economies such as the USA, the EU, and ASEAN. Later, it completed FTA with China in 2015. As a result, Korea has become the only country completing its FTAs with the global big three countries. The trade-oriented growth strategy has resulted in increasing GDP per capita, productivity, R & D

intensity etc. and made possible to become one of the highest income nations in East Asia along with Japan and Taiwan.⁴¹ (See fig. 15)

Korean economy turned from the aid economy in the 1950s to the donor economy in 2010 and grew continuously by closing mega FTAs such as Regional Cooperation for Economic Partnership (RCEP) and Indo Pacific Economic Framework for Prosperity (IPEF). However, it has also faced socio economic challenges such as a rapid aging demography with low fertility since 2020 that can result in a structural low economic growth trend. It must overcome with technological innovation and structural reform as it did in the 1990s. Otherwise, Korean economy can face the same risk as Japan has experienced last three decades.⁴²

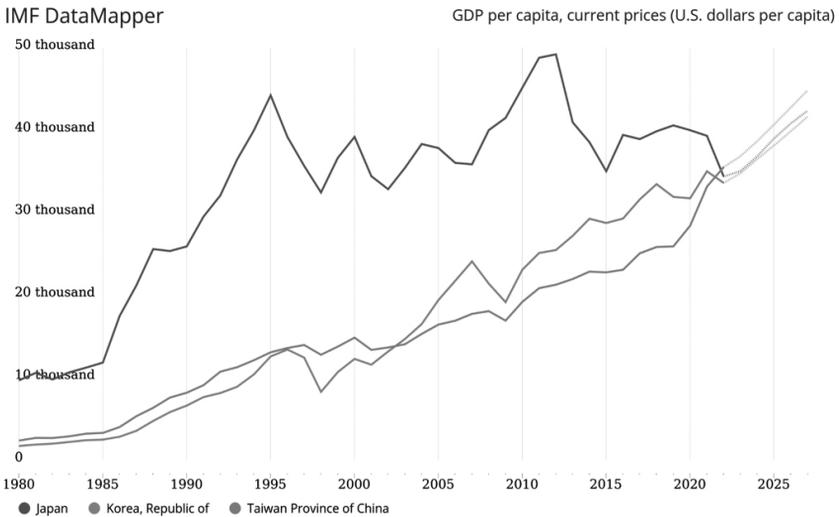


Figure 15

Trend of GDP per Capita in Nominal in Korea, Japan, and Taiwan (As of 1980~2025)

Source: IMF, 2022.

The aggregate result of Korean economy in 2022 was slight lower labor productivity than the average of OECD, while active labor market policies expenditure accounted for the same level of the OECD average. At the same time, digitalization and business R & D expenditure were more advanced

⁴¹ IMF, World Economic Outlook October, (Washington D. C.: IMF, 2022)

⁴² OECD, *op. cit.*, (2023).

than any other top 5 OECD countries. Overall, Korean GDP per capita as well as inequality and poverty met the average of OECD. However, it was far behind in environment and climate issue.⁴³ (See fig. 16)

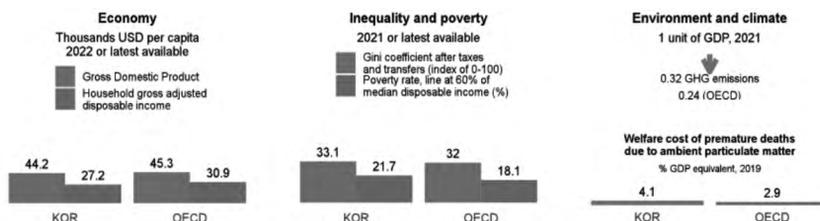


Figure 16
Overall Performances of Korean Economy (As of 2022)

Source: OECD, 2023.

V. Changing Global Economic Environment as Common Challenges and Possible Economic Competition and Cooperation between Japan and Korea

Global economic environment has changed radically since the Trump administration had implemented America First Policy in 2017. As a result, the global economy has faced protectionism continuing even in the Biden government. The U.S. government has even extended its conflict with China not only trade, but also high technology area and initiated Indo-Pacific Strategy (IPS) in 2022. It aims to reshape the global supply chains (GSCs) in order to minimize the risk of interruption in the GSCs. Initially, the Biden government tried to build a decoupling mechanism in the GSCs excluding China in line with economic security in specific high-tech areas. Later, however, it realized that the decoupling approach could harm not only the U.S. economy itself, but also damage close allies' economies such as the EU, Japan, Korea etc. Therefore, it turned to de-risking approach after the G7 Summit in Japan in 2023 because the EU strongly urged that the decoupling approach in the GSCs is too dangerous for its national interests. At the same time, the USA and its allies agreed that the core risks of China such as unfair competition and regulations for foreign companies in China must be solved.⁴⁴

⁴³ OECD, *op. cit.*, (2023).

⁴⁴ Park, S-C, Mega FTAs and Indo-Pacific Economic Framework (IPEF) in the Asia Pacific Region: Will It Be Cooperation or Competition? *International Organizations Research Journal*, 18:2 (2023); 122-150.

At the same time, the U.S. and the EU have intensified their protectionism represented by Chips and Science Act (CSA), Inflation Reduction Act (IRA) from the U.S. and Net Zero Industrial Act (NZIA), Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) from the EU. Both parties decided to provide astronomical subsidies and expect inward FDIs. Japan tries also to implement a similar approach in order to restore its semiconductor industry by using its rear base premium in case of military conflict in Northeast Asia. Under such a circumstance, Korea responded to invest in the U.S. market as the largest foreign investor in the CSA and the IRA frameworks. It also invested in the EU for large-sized batteries, while investing in Japan for semiconductor products.⁴⁵ (See table 4, 5)

Table 4
Investments in CSA and Expected Companies' Investment (As of 2022)

Fund & Investments	Program	Investment
CSA Fund	Manufacturing Incentives	USD 39 billion
	R&D	USD 11 billion
	Workforce Development	USD 2.2 billion
	Security for ICT & SCA	USD 500 million
	Total	USD 52.7 billion
Public Wireless Supply Chain Fund	Open & Interoperable Radio Access Networks	USD 1.5 billion
Company Investment	Micron (US)	USD 40 billion
	Qualcomm & Global Foundries (US)	USD 4.2 billion
	Samsung Electronics (ROK)	USD 17 billion
	SK Siltron CSS (ROK)	USD 300 million
	Kanto/Chemtrade JV (Japan)	USD 250 million
	TSMC (Taiwan)	USD 40 billion

Source: Author's own adaptation based on The White House, 2022a; Casanova, 2022, and Kannan & Feldgoise, 2022.

⁴⁵ The White House, Fact Sheet: CHIPS and Science Act Will Lower Costs, Create Jobs, Strengthen Supply Chains, and Counter China, August 9, (2022), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/08/09/fact-sheet-chips-and-science-act-will-lower-costs-create-jobs-strengthen-supply-chains-and-counter-china/>; Casanova, R., The CHIPS Act Has Already Sparked \$200 Billion in Private Investments for U.S. Semiconductor Production, Semiconductor Industry Association, Dec. 14, (Washington D.C.L SIA, 2022)

Table 5
Comparison between the U.S. IRA and the EU’s Green Deal Industry Plan

	The U.S. IRA	The EU’s GDP
Investment	USD 370 billion	<ul style="list-style-type: none"> — Euro 250 billion (RRF) — Euro 270 billion (REPoswerEU) — Annual budget (Cohesion Funds) — Various Programs and Funds (Horizon Europe, Invest EU, the Innovation Fund)
Total	USD 370 Billion	Euro 520 billion + alpha

Source: Author’s own Adaptation.

Under such a rapidly changing global economic environment, there are many reasons for Japan and Korea to cooperate with each other instead only of competing in order to hedge any risks for their national economies. First of all, two countries belong to Four Chips Alliance along with the U.S. and Taiwan. Additionally, they are key partners among six advanced countries in the IPEF reshaping the GSCs. Last, but not least, two countries are highly dependent on Chinese intermediate goods in their industries than the U.S. that causes a dilemma between market in China and high technology in the USA more than any other country in the world.⁴⁶ (See fig. 17)

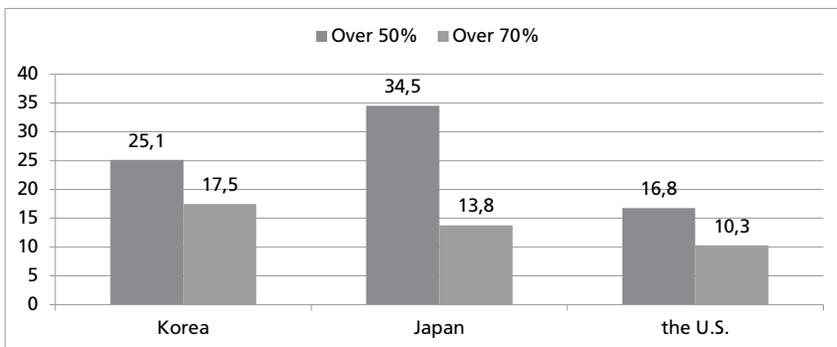


Figure 17
Dependent Ratios of Korea, Japan, and the U.S. Industries on Chinese Intermediate Products (As of 2020, %)

Source: Author’s own adaptation based on Kim, 2021.

⁴⁶ Kim, B-U, Report of Analysis on the Supply Chain Weakness of Korean Industry and Its Trajectory, (Sejong: KIEP, 2021).

Although the two nations need to collaborate for reshaping the GSCs in high end products jointly within the IPEF, it is not easy to realize it in reality because their industrial structures are very similar based on the manufacturing industry. The shares of Japanese and Korean manufacturing industry in their GDP in 2022 accounted for 19.2 percent and 25.6 percent respectively.⁴⁷ It causes a high competition in the global market particularly in automobile, steel, large-sized battery, clean energy etc. They also compete with each other in all major markets such as the USA, the EU, ASEAN, China, and India because the competition ratio of manufacturing export between Korea and Japan accounts for the highest among major economies. It means that the industrial structures of the two economies are not complimentary for cooperation generating mutual economic benefits like the Franco-German model. Structurally, it is only possible to maintain or strengthen existing supply and value chains between the two economies.⁴⁸ (See fig. 18)

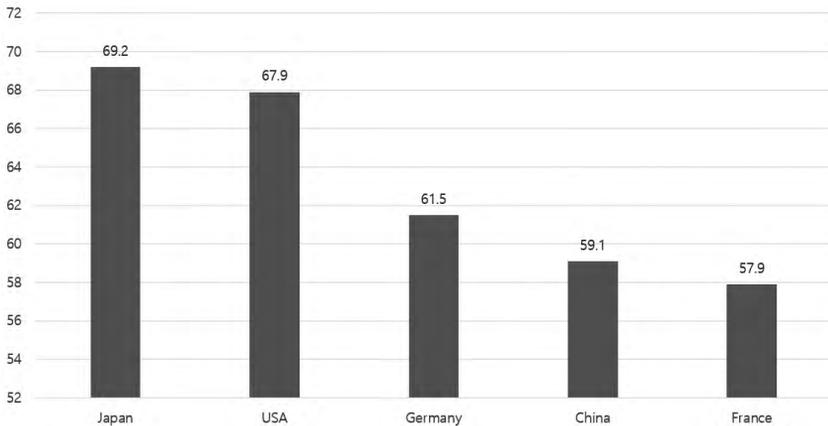


Figure 18

Manufacturing Export Competition Ratio in Major Economies (As of 2022, %)

Source: KERI, 2023.

⁴⁷ Korea Economic Research Institute (KERI), Impact and Implication of Devaluation of Japanese Yen, (Seoul: KERI, 2023).

⁴⁸ www.statista.com, (2024c); www.statista.com, (2024d).

VI. Conclusion

The Franco-German tandem provides significant insights for economic integration in other part of the world. It also proves that multilateral cooperation between member nations is fully possible and generate common economic growth and well-being for their citizens if the core nations closely cooperate with each other for the long-term base. The starting point of the European integration was the political reconciliation processes in order to create mutual trust that enabled to yield their sovereignty for common prosperity and fundamental peace in Europe. As a result, the EU was established through all integration processes except the political union. In the heart of the processes, the Franco-German cooperation has existed based on the complimentary industrial structures and division of labor between the two nations.

Korea and Japan are the two core advanced economies in East Asia although China plays the leading role in the regional economy. Due to the alike industrial structure based on the manufacturing industry, they have competed with each other harsh in the global market rather than cooperated closely. As pointed out, structurally it is difficult for the two economies to cooperate with each other except maintaining or strengthening existing supply and production chains. Technological cooperations may also be difficult due to lack of trust-based relationships between the two nations. At present, however, the second wave of protectionism has been strengthened for economic security, and the reshaping GSCs is underway in order to control Chinese emerging as a global superpower competing with the USA. Therefore, Japan and Korea are exposed by the common external economic environment. In fact, the Korean economy is more vulnerable by rapidly changing global economic environment than the Japanese economy because its share of trade in the GDP is much higher than that of the Japanese economy. Additionally, the two nations are experiencing extremely low fertility and aging society that affects negatively for the economic growth.

Under such circumstances, Korea and Japan have two options. The one is to compete with each other harsh as before that does not contribute to generate their economic growth properly for their mutual prosperity due to domestic and global economic conditions. The other is to cooperate with each other in order to overcome protectionism wisely together. In reality, however, it is not easy to build a complementary industrial structure based on the division of labor as France and Germany have developed in the EU framework because of lack of trust-based relationships between the two countries as well as a lack of solid economic framework in the region although the RCEP and the CPTPP have been formed recently, which are

the first steps for the economic integration process like the FTAs. If Korea joins the CPTPP, it can be the de facto FTA between Korea and Japan. Therefore, it may be the right way for the two parties to cooperate with each other by building trustful relationships for the mutual prosperity in the long term although it will take a long time based on the EU's experiences.

VII. References

- Balassa, B., *The Theory of Economic Integration*, (London: Routledge, 1962).
- Balassa, B. and Bauwens, L., The determinants of intra-European trade in manufactured products, *European Economic Review* 32 (1988): 1421-1437.
- Beeson, M., Stubbs, R., *Routledge Handbook of Asian Regionalism*, (London and New York: Routledge, 2012).
- Begg, I., *The European Union and Regional Economic Integration: Creating Collective Public Goods— Past, Present and Future*, (2021) [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/689369/EPRS_BRI\(2021\)689369_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/689369/EPRS_BRI(2021)689369_EN.pdf), accessed on 6 Jan. 2024.
- Blockmans, S., *Differentiated Integration in the EU: From the Inside Looking Out*, (Brussels: CEPS, 2014).
- Breslin, S., and Higgott, R., Studying regions: Learning from the old, Constructing the new, *New Political Economy*, 5:3 (2000): 333-352.
- Cameron, F., *The European Union as a Model for Regional Integration*, September, Working Paper, Council on Foreign Relations, (2010) [IIGG_Eurozone_WorkingPaper_Cameron \(2010\).pdf](https://www.cfr.org/pubs/working_papers/Working_Paper_Cameron_2010.pdf), accessed on 20 Jan. 2024.
- Casanova, R., *The CHIPS Act Has Already Sparked \$200 Billion in Private Investments for U.S. Semiconductor Production*, Semiconductor Industry Association, Dec. 14, (Washington D.C. SIA, 2022).
- Dautovic, E., Orszaghova, L. and Schudel, W., *Intra Industry Trade Between CESEE Countries and the EU15*, Working Paper Series, No. 1719, Aug. (Frankfurt a. M.: European Central Bank (ECB), 2014).
- Dinan, D., *Origins and Evolution of the European Union*, (Oxford: Oxford University Press, 2014).
- Eurostat, *Intra-EU Trade in Goods-Main Features*, (2023) https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Intra-EU_trade_in_goods_-_main_features, accessed on 15 Jan. 2024.
- Federal Foreign Office, *Five Things You Need to Know About the Treaty of Aachen*, (2019) <https://www.auswaertiges-amt.de/en/aussenpolitik/laenderinformationen/frankreich-node/treaty-aachen/2179778>, accessed on 2 Jan. 2024.
- Furuya, K., *Trajectory of Growth*, (Tokyo: Nihon Keizai Shinbun Sha, 1979), (in Japanese).
- Greenaway, D., *Regional trading agreements and intra-industry trade: Evidence and policy issues*, in D. Greenaway, T. Hyclak and R. Thornton (eds.), *Economic Aspects of Regional Trading Agreements*, (Harvester Wheatsheaf: Hemet Hempstead, 1989): 50-69.

- Hänsch, K., Maximum des Erreichbaren-Minimum des Notwendigen, *Integration* 2/2001, (2001): 94-101.
- Hayashi, Y., *Economic Plans in Japan*, (Tokyo: Nihon Keizai Hyoron Sha, 1997), (in Japanese).
- Hosny, A. S., Theories of economic integration. A survey of the economic and political literature, *International Journal of Economy, Management and Social Sciences*, 2:5 (2013): 133-155.
- International Labour Organization (ILO), COVID-19 Country Policy Responses, March 1, (2023) <https://www.ilo.org/static/english/covid-19/country-policy-responses/covid-EU-response-2023-03-01.pdf>, accessed on 24 Jan. 2024.
- International Monetary Fund (IMF), *World Economic Outlook October*, (Washington D. C.: IMF, 2022).
- Joerges, C., and Glinski, C., *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance: authoritarian managerialism versus democratic governance*, (London: Bloomsbury Publishing, 2017).
- Ju, J-Y, The Japan-Korea Dispute Over the 1965 Agreement, Oct. 23, *The Diplomat*, (2020) <https://thediplomat.com/2020/10/the-japan-korea-dispute-over-the-1965-agreement/>, accessed on 3 Jan. 2024.
- Kampeter, W., *European Integration and the Price of Peace*, IPG 2/2000, (2000) <https://library.fes.de/pdf-files/ipg/ipg-2000-2/artkampeter.pdf>, accessed on 26 Jan. 2024.
- Katzenstein, P. (1997) Introduction: Asian Regionalism in Comparative Perspective, In: P. Katzenstein & T. Shiraiishi (eds.), *Network Power: Japan and Asia*. (Ithaca: Cornell University Press, 1997): 1-46.
- Kim, B-U, Report of Analysis on the Supply Chain Weakness of Korean Industry and Its Trajectory, (Sejong: KIEP, 2021).
- Korea Economic Research Institute (KERI), *Impact and Implication of Devaluation of Japanese Yen*, (Seoul: KERI, 2023).
- Krotz, U. and Schild, J., *Shaping Europe: France, Germany, and Embedded Bilateralism from the Elysee Treaty and to Twenty-First Century Politics*, (Oxford, Oxford University Press, 2013).
- Miwa, R. and Hara, A., *Handbook on Modern and Contemporary Japanese Economic History*, (Tokyo: Tokyo University Press, 2010), (in Japanese).
- Molle, W., *The Economics of European Integration. Theory, Practice, Policy*, Hong-Kong, Singapore, (Sydney: Brookfield, 1990).
- Mourlon-Druol, E., Rethinking Franco-German Relations: A Historical Perspective, Policy Contribution, Issue No. 29, November, Bruegel, (2017) https://www.bruegel.org/sites/default/files/wp_attachments/PC-29-2017.pdf, accessed on 17 Feb. 2024.
- OECD, *Going for Growth*, (Paris: OECD, 2023).
- Park, S-C, East Asian Culture and Economic Miracle: The South Korean Experience, *Institutions and Economies*, 8:1 (2016): 1-24.
- Park, S-C, Mega FTAs and Indo-Pacific Economic Framework (IPEF) in the Asia Pacific Region: Will It Be Cooperation or Competition? *International Organizations Research Journal*, 18:2 (2023): 122-150.
- Pempel, T. J., Soft Balancing, Hedging, and Institutional Darwinism: The Economic Security Nexus and East Asian Regionalism. *Journal of East Asian Studies*, 10 (2010): 209-238.

- Peritz, L., Weldzius, R., Rogowski, R., and Flaherty, T., *Enduring Great Recession: Economic Integration in the European Union*, *The Review of International Organization*, 17 (2022): 175-203.
- Pomfret, R., *The Economics of Regional Trading Agreements*, (Oxford: Oxford University Press, 2001).
- Poptcheva, A.-M., *The Franco-German Relationship in the EU: A Short Overview*, (2015) EPRS_BRI(2015)568359_EN.pdf, accessed on 1 Jan. 2024.
- Robson, P., *The economics of international integration*. (London and New York: Routledge, 1998).
- SaKong, I. and Koh, Y., *The Korean Economy: Six Decades of Growth and Development*, (Seoul: Korea Development Institute (KDI), 2010).
- Sapir, A., *Regional Integration in Europe*, *Economic Journal*, Royal Economic Society, 102:415 (1992): 1491-1506.
- Siddique, M. A. B., *Regionalism, trade and economic development: theories and evidence from the Asia-Pacific region*. In: M. A. B. Siddique (ed.), *Regionalism, trade and economic development in the Asia-Pacific region*, (Cheltenham: Edward Elgar, 2007): 3-22.
- Söderbaum, F., *Theories of Regionalism*, In: M. Beeson and R. Stubbs (eds), *Routledge Handbook of Asian Regionalism*. (London and New York: Routledge, 2012): 11-21.
- The White House, *Fact Sheet: CHIPS and Science Act Will Lower Costs, Create Jobs, Strengthen Supply Chains, and Counter China*, August 9, (2022) <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/08/09/fact-sheet-chips-and-science-act-will-lower-costs-create-jobs-strengthen-supply-chains-and-counter-china/>, accessed on 20 Nov. 2023.
- United Nations (UN), *Treaty on Basic Relations*, No. 8471, *United Nations-Treaty Series*, (1966) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20583/volume-583-I-8471-English.pdf>, accessed on 3 Jan. 2024.
- Urata, S., *Japan's Free Trade Agreement Strategy*, *The Japanese Economy*, 36:2 (2009): 46-77.
- Viner, J., *The Customs Union Issue*, (New York: Carnegie Endowment for International Peace, 1950).
- Yoshino, N. and Taghizadeh-Hesary, F., *Three Arrows of Abenomics and the Structural Reform of Japan: Inflation Targeting Policy of the Central Bank, Fiscal Consolidation, and Growth Strategy*, *ADB Working Paper Series*, No. 492, August, (2014) *Abenomics (2014).pdf*, accessed on 18 Nov. 2023.
- Yoshioka, S. and Kawasaki, H., *Japan's High Growth Postwar Period: The Role of Economic Plans*, *ESRI Research Note No. 27*. (Tokyo: Cabinet Office, 2016).
- World Bank, *World Bank Open Data*, (2023) <https://data.worldbank.org/>, accessed on 20 Nov. 2023.
- World Bank, *World Bank Open Data*, (2024a) <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?locations=IN-KR>, accessed on 4 Jan. 2024.
- World Bank, *World Bank National Accounts Data*, (2024b) <https://data.worldbank.org/indicator/NV.SRV.TOTL.ZS?locations=DE-FR>, accessed on 26 Jan. 2024.
- Zhao, S., *Soft versus Structural Regionalism: Organizational Forms of Cooperation in Asia Pacific*, *The Journal of East Asian Affairs*, 1 (1998): 96-134.

About the author

Sang Chul Park is Professor at Korea University of Technology. Ph.D. in Germany and Ph.D. in Sweden, he has served as professor and visiting professor in nine different Asian and European countries from 1993 to 2023. He was a member of the Presidential Committee of Southbound Policy in the Republic of Korea from 2018 to 2022. He has been the editor in chief of *Asia Pacific Journal of EU Studies* (APJEUS) since 2011 and a board member of various international journals in Asia and Europe. Currently, he is Professor at Graduate School of Knowledge-based Technology and Energy, Korea University of Technology.

Sobre el autor

Sang Chul Park es Profesor Catedrático en la Universidad Tecnológica de Corea. Doctorado en Alemania y Suecia, ha sido profesor visitante en nueve países diferentes de Asia y Europa entre 1993 y 2023. Fue miembro del Comité Presidencial de la Política Southbound en la República de Corea entre 2018 y 2022. Desde 2011, es el Director de la *Revista Asia Pacífico de Estudios de la UE* y miembro del consejo editorial de varias revistas internacionales de Asia y Europa. Actualmente, ejerce su actividad como Profesor Catedrático en la Facultad de Energía y Tecnología basada en el Conocimiento de la Universidad Tecnológica de Corea.

La diligencia debida de las plataformas en línea dentro del reglamento europeo de servicios digitales

Due diligence of online platforms within the european digital services regulation

Alberto José de Nova Labián

Profesor Doctor en la Universidad Internacional de la Rioja
alberto.denova@unir.net

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.2991>

Recibido el 21 de noviembre de 2023
Aceptado el 9 de febrero de 2024
Publicado en línea: abril de 2024

Sumario: I. Introducción.—II. Justificación de la aparición del Reglamento.—III. Afectación del Reglamento a la normativa comunitaria vigente.—IV. Interpretación Jurisprudencial.—V. Régimen de Responsabilidad. 1. Responsabilidad bajo la Ley 34/2002. 2. Responsabilidad bajo la Directiva 2000/31/CE y la Directiva (UE) 2019/790. 3. Responsabilidad bajo el Reglamento. 4. Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet en Estados Unidos.—VI. Obligaciones.—VII. Conclusiones.

Resumen: El presente trabajo analiza los aspectos más relevantes del Reglamento UE 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales, haciendo especial hincapié en el sistema de diligencia debida vinculado a las plataformas en línea y las principales obligaciones que les resultan de aplicación. De igual modo y relacionado con lo anterior, se ha analizado el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Para ello, se ha acudido a múltiples referencias jurisprudenciales que han ayudado a configurar los criterios hoy vigentes a través del presente Reglamento. Por otro lado, se ha realizado un ejercicio comparativo entre el rumbo legislativo de EE. UU. y la UE en materia de responsabilidad de las plataformas en línea, que nos permite identificar el diferente grado de exigencia en cuanto a las obligaciones y responsabilidad de dichos prestadores de servicios.

Palabras clave: Internet, prestadores de servicios intermediarios, diligencia debida, responsabilidad, obligaciones.

Abstract: *This work analyzes the most relevant aspects of EU Regulation 2022/2065 relating to a single market for digital services, placing special emphasis on the due diligence system linked to online platforms and the main obligations that apply to them. Similarly and related to the above, the liability regime of intermediary service providers has been analyzed. To this end, multiple jurisprudential references have been used that have helped configure the criteria in force today through this*

Regulation. On the other hand, a comparative exercise has been carried out between the legislative direction of the US and the EU regarding the responsibility of online platforms, which allows us to identify the different degree of demand regarding the obligations and responsibility of such service providers.

Keywords: *Internet, intermediary service providers, due diligence, responsibility, obligations.*

I. Introducción

Si existe un tema controvertido en relación con la regulación de las plataformas digitales, es el relativo a la responsabilidad que éstas asumen respecto a los contenidos de terceros.

La problemática que esta cuestión viene suscitando desde hace años, proviene del hecho de que las plataformas son prestadores de determinados servicios de intermediación, pero no son los propietarios de los contenidos ni los controlan, lo cual unido al elevado volumen de contenidos y al hecho de que en muchas ocasiones los clientes de estos servicios no se identifican con datos reales, da lugar a que se publiquen o compartan contenidos ilícitos difícilmente controlables por el prestador de servicios. Esto además, junto a una regulación fragmentada a nivel europeo, ha provocado confusión y dificultad en la persecución de estos comportamientos.

Para tratar de zanjar la cuestión, la Comisión Europea lleva trabajando varios años en un proyecto de Reglamento que finalmente ha culminado en el Reglamento UE 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales, también denominado Ley de Servicios Digitales, Digital Services Act o DSA (en adelante «el Reglamento»), el cual viene a establecer un marco de responsabilidades, así como una serie de obligaciones para los prestadores de servicios, de modo que se configure una regulación uniforme que evite los desajustes que se han venido produciendo y que han generado en el pasado numerosos conflictos judiciales, como más adelante veremos.

Además, el Reglamento viene a abordar las deficiencias del marco normativo previo en lo que respecta a los prestadores de servicios de intermediación, y a reflejar la posición del Tribunal de Justicia Europeo, que venía demandando una mayor responsabilidad por parte de dichos intermediarios. Aunque en la práctica no implica una revolución respecto a los criterios previos de responsabilidad fijados por la Directiva 2000/31/CE¹ sobre el Comercio Electrónico, sí es destacable el desarrollo que hace de éstos.

En esta línea hay dos cuestiones que suponen novedades reseñables respecto al régimen de responsabilidad previo de la Directiva 2000/31/CE. Por un lado, se encuentra el cambio en el ámbito de aplicación. Éste queda ahora desligado del lugar de establecimiento de los prestadores de los servicios, siendo solo relevante que se presten en la Unión Europea, lo cual resulta evidentemente un avance, al facilitar y ampliar el alcance de las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios, evitando así la disparidad de regulaciones nacionales que lo único que favorecían es que los distintos

¹ La Directiva 2000/31/CE fue transpuesta a la legislación española a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Estados miembros cayeran en la tentación de formular normativas lo más beneficiosas posibles para dichos prestadores, con el fin de atraerlos a establecer sus sedes en sus territorios. Ahora con el Reglamento, estarán sometidos al mismo régimen de responsabilidad con independencia del país de establecimiento, siempre que presten sus servicios en la Unión Europea.

Por otro lado, nos encontramos con el nuevo criterio de «conocimiento efectivo» configurado por el Reglamento. Mientras que en el caso español, el conocimiento efectivo venía definido como el obtenido por la comunicación de un tercero «cualificado» y en con base a en un «procedimiento» determinado, el Reglamento lo amplía notablemente, dando cabida por un lado a la iniciativa propia del prestador de servicios y dando validez a las comunicaciones de particulares que estén suficientemente fundamentadas, poniendo por tanto ahora el foco de atención sobre el prestador de servicios y dejando de ser éste un mero sujeto pasivo y convirtiéndose en un sujeto activo que investiga por iniciativa propia y que debe evaluar y tomar medidas frente a las comunicaciones de particulares. Aunque se pueda criticar la falta de concreción en medidas específicas, no deja de ser un avance importante, que es lo suficientemente flexible para permitir a los prestadores adaptar las medidas oportunas en función de sus posibilidades, sin desproteger por ello a los terceros afectados, ya que ahora se da más peso a las comunicaciones o reclamaciones realizadas por éstos.

Otro de los motivos que justifica esta nueva regulación, se debe a que tras la adopción de la Directiva de Comercio Electrónico, hemos visto cómo se desarrollaban nuevos servicios digitales que han calado y transformado la vida de los ciudadanos en muchos aspectos², lo cual no está exento de riesgos y desafíos, por lo que el legislador comunitario ha entendido que existía una necesidad de regulación y ordenación de los mismos.

Por otro lado, cabe también mencionar que los Estados que son miembros de la UE habían adoptado, o estaban planteándose la adopción, de leyes nacionales relativas a las materias que finalmente regula el Reglamento, lo que podría haber provocado diferencias con un efecto divergente entre las distintas leyes nacionales, afectando de manera negativa al mercado interior, en base al artículo 26 y artículos 28 a 37 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el cual debe comprender un espacio sin fronteras interiormente, donde se garantice tanto la circulación libre de bienes y servicios, como la libertad de establecimiento.

De igual modo, la Unión Europea pretende establecer un marco político, económico y legal que sea favorable para el fortalecimiento de su soberanía

² Pedro Jesús Jiménez Vargas, *Comercio electrónico y economía digital: fiscalidad, retos y desafíos* (Cizur Menor: Aranzadi, 2023), 65-74.

tecnológica³ y contrarrestar así el control monopólico que ejercen determinadas corporaciones extracomunitarias. De hecho, la propia Comisión Europea los ha señalado como un riesgo para los derechos fundamentales, la innovación, el desarrollo tecnológico, la pluralidad de medios y los valores democráticos⁴.

Por todas estas razones, la Comisión Europea decidió elaborar una propuesta de Reglamento para garantizar el mismo nivel de protección en toda la Unión, que también evitara desacuerdos que obstaculicen el libre intercambio de los servicios digitales y garantizara la uniformidad de derechos entre empresas y consumidores. Esto sería una necesidad para tratar de garantizar la seguridad jurídica y la transparencia entre los prestadores de servicios y los consumidores.

También debe tenerse en cuenta que el Reglamento, como norma de derecho derivado, también se fundamenta en el respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en aquellos derechos fundamentales que representan principios generales del Derecho Comunitario⁵. Por lo tanto, el Reglamento debe ser interpretado y aplicado de acuerdo con estos principios fundamentales, dentro de los que se incluye la libertad de expresión e información de los medios de comunicación⁶.

El Reglamento viene de este modo a establecer un control sistemático, tanto de derechos como de obligaciones, y a determinar las sanciones apropiadas en los Estados miembros, de igual modo que una efectiva cooperación entre los diferentes Estados y los reguladores a nivel de la UE.

Además, entre las aspiraciones que pretende alcanzar dicha norma, podemos destacar el favorecimiento de la innovación, así como el crecimiento y la competitividad. De igual modo se pretende facilitar la expansión de las empresas emergentes, de las PYMEs y de las plataformas más pequeñas⁷.

³ Aitor Jiménez González y Ekaitz Cancela, «La economía política del capitalismo digital en España», *Instituto 25M*, (2020), acceso el 02 de febrero de 2024, <https://instituto25m.info/wp-content/uploads/2020/12/Working-Paper-ISTITUTO-25M.pdf>.

⁴ Guillaume Klossa, «Towards European Media Sovereignty an Industrial Media Strategy to leverage Data, Algorithms and Artificial Intelligence». *Report, European Commission*, (2019), acceso el 02 de febrero de 2024, https://ec.europa.eu/info/publications/towards-european-media-sovereignty_en.

⁵ Chiara Amalfitano, *General Principles of Eu Law and the Protection of Fundamental Rights*. Cheltenham, (UK: Edward Elgar Publishing, 2018), 5-18.

⁶ Jonatan Cruz Ángeles, «Las obligaciones jurídico-comunitarias de las grandes plataformas proveedoras de servicios digitales en la era del metaverso». *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 14, n.º 2, (2022): 301.

⁷ Comisión Europea, «Ley de Servicios Digitales: para un entorno en línea seguro y responsable», acceso el 02 de febrero de 2024, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es.

De este modo el Reglamento aspira a convertirse en un referente, como ya ocurrió con el Reglamento General de Protección de Datos, y ser un exponente europeo de una digitalización orientada a las personas, en la que se promuevan la innovación, el desarrollo económico y social, así como el respecto a los derechos de usuarios y empresas⁸. Y para tratar de alcanzar estos objetivos, se configura entre los usuarios, las plataformas y las administraciones públicas un equilibrio de responsabilidades basado en los valores europeos, de modo que se ponga en el centro de la protección, los derechos de los ciudadanos.

Pero el Reglamento no está exento también de críticas. Así nos encontramos autores como JIMENEZ GONZÁLEZ y CANCELA⁹ que consideran que este nuevo modelo arrastra importantes deficiencias del modelo anterior. Por un lado, debido a que, a pesar de los avances de la nueva legislación, el Reglamento sigue haciendo hincapié en el modelo de vigilancia del discurso Online, «sin contemplar que la lógica que subyace en la viralización de determinados contenidos no responde a una intencionalidad ideológica del emisor, sino a la lógica mercantilista que inspiran los algoritmos de las plataformas»¹⁰. Y por otro lado, porque «parece técnicamente imposible controlar el total del contenido Online sin aumentar el ya de por sí vigilado contexto digital, lo que se contrapone con el derecho a los datos, la privacidad y la libertad de expresión, entre otros valores jurídicos».

De igual modo vemos cómo CRUZ ANGELES¹¹ echa en falta en el texto del Reglamento «un pronunciamiento claro acerca de la responsabilidad que asumen los mercados en línea en las obligaciones contraídas por los profesionales que ofrecen bienes, servicios y contenidos a través de dichos entornos virtuales».

Sin embargo, y a pesar de sus carencias, el Reglamento supone un avance en la regulación de las plataformas en línea y la protección de los ciudadanos, tal y como desarrollaremos en los siguientes epígrafes.

⁸ Rafael Pérez Galindo, «La nueva regulación europea de intermediarios digitales: Digital services act». *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n.º 925, (2022): 42.

⁹ Aitor Jiménez González y Ekaitz Cancela, «¿Es posible gobernar a las plataformas digitales? Análisis crítico de la Ley Europea de Servicios Digitales». *Teknokultura: Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, vol. 20, n.º 1, (2023): 95.

¹⁰ Ori Schwarz, «Facebook rules: Structures of governance in digital capitalism and the control of generalized social capitals». *Theory, Culture & Society*, vol. 36(4), (2019): 117-141, doi: <https://doi.org/10.1177/0263276419826249>.

¹¹ Jonatan Cruz Ángeles, «Las obligaciones jurídico-comunitarias de las grandes plataformas proveedoras de servicios digitales en la era del metaverso», 294-318.

II. Justificación de la aparición del Reglamento

De cara a determinar el contexto europeo en el que surge este proyecto de Reglamento, resulta relevante acudir en primer lugar a la Comunicación «Shaping Europe's Digital Future»¹² de febrero de 2020, en la que la propia Comisión ya manifestaba como esencial, que las normas aplicables a la prestación de servicios digitales en la UE fueran fortalecidas y modernizadas, clarificando la posición y responsabilidad de las plataformas Online. Esto, como vemos, implicaba ya de facto un claro reconocimiento de las carencias normativas existentes.

Pero ésta no fue la única manifestación de las instituciones europeas en dicho sentido. Así caben destacar también las conclusiones de algunas resoluciones del Parlamento Europeo, que han venido a sentar las bases para la aparición del Reglamento.

Entre ellas tienen especial relevancia: la Resolución relativa a la Ley de servicios digitales sobre la mejora del funcionamiento del mercado único, de 20 de octubre de 2020¹³, en la que se exigía una reforma del marco jurídico de comercio electrónico en la UE y se abogaba por la prohibición de imponer una obligación general de supervisión; la Resolución en virtud del procedimiento no legislativo sobre la Ley de servicios digitales y cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales¹⁴, en la que se ponía de manifiesto la necesidad de claridad jurídica para las plataformas y los usuarios y se requería una armonización normativa en materia de ilicitud de contenidos en línea y los requisitos de exención de responsabilidad de los prestadores de servicio; y la Resolución relativa a la Ley de servicios digitales sobre la adaptación de las normas de Derecho mercantil y civil a las entidades comerciales que operan en línea¹⁵, donde se exponía la necesidad de un mecanismo de «notificación y acción» que permitiera actuar contra los contenidos ilícitos, así como normas exhaustivas en materia de publicidad en línea

¹² Comisión Europea, «Shaping Europe's Digital Future», Comunicado de 19 de febrero de 2020, acceso el 02 de febrero de 2024, <https://eufordigital.eu/library/shaping-europes-digital-future/>

¹³ Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020, sobre una mejora del funcionamiento del mercado único [2020/2018(INL)], acceso el 02 de febrero de 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020IP0272>.

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020 sobre la adaptación de las normas de Derecho mercantil y civil a las entidades comerciales que operan en línea [2020/2019(INL)], acceso el 02 de febrero de 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020IP0273>.

¹⁵ Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020 sobre la Ley de servicios digitales y cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales [2020/2022(INI)], acceso el 02 de febrero de 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020IP0274&qid=1692954505917>.

Cabe de igual modo destacar que el Reglamento ha tenido también en consideración la Recomendación sobre contenidos ilícitos del año 2018¹⁶, la cual parte de la experiencia que ha venido adquiriendo respecto de las medidas de autorregulación que han sido promovidas por parte de la Comisión, como es el compromiso relativo a la seguridad en los productos¹⁷, el memorando de entendimiento sobre productos falsificados¹⁸, el Código de conducta que trata de erradicar los delitos de incitación al odio en Internet¹⁹, y el Foro de Internet de la UE relativo al contenido terrorista en línea.

Por su parte, el Consejo de Europa emitió en el año 2020 un informe de conclusiones sobre la configuración del futuro digital en Europa²⁰, donde acogía positivamente la noticia de una nueva Ley de servicios digitales y hacía mención a «la necesidad de contar con unas normas sobre responsabilidades y rendición de cuentas para los servicios digitales que sean claras, armonizadas y basadas en hechos y que garanticen a los intermediarios de Internet un nivel adecuado de seguridad jurídica». Este mensaje se vería reiterado en las Conclusiones que emitió el Consejo de Europa el 2 de octubre de 2020²¹.

Como puede observarse, existía una fuerte corriente política que abogaba por una serie de cambios sustanciales en la regulación de un sector que resulta absolutamente crítico, y que de manera inevitable va adquiriendo cada vez un peso mayor, por lo que la aparición del Reglamento viene a tratar de dar respuesta a estas demandas y a ofrecer soluciones comunes a todos los Estados miembros para afrontar dichos problemas.

¹⁶ Recomendación de la Comisión Europea, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea [COM (2018) 1177 final], acceso el 02 de febrero de 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32018H0334>.

¹⁷ Comisión Europea, «Product safety pledge», acceso el 02 de febrero de 2024, https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/product-safety-and-requirements/product-safety/product-safety-pledge_en.

¹⁸ Comisión Europea, «Memorandum of understanding on the sale of counterfeit goods on the Internet», acceso el 02 de febrero de 2024, https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/intellectual-property/enforcement/memorandum-understanding-sale-counterfeit-goods-internet_en.

¹⁹ Comisión Europea, «The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online», acceso el 02 de febrero de 2024, https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en.

²⁰ Conclusiones del Consejo de Europa sobre la configuración del futuro digital de Europa, 8711/20 de 9 de junio de 2020, acceso el 02 de febrero de 2024, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8711-2020-INIT/es/pdf>.

²¹ Conclusiones del Consejo de Europa, EUCO 13/20, de 2 de octubre de 2020, acceso el 02 de febrero de 2024, <https://www.consilium.europa.eu/media/45910/021020-euco-final-conclusions.pdf>.

III. Afectación del Reglamento a la normativa comunitaria vigente

Para determinar la manera en que el Reglamento ha afectado a la normativa comunitaria vigente, debemos referirnos en primer lugar a la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico, ya que no en vano, la propia denominación del Reglamento nos remite a ella: «Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE».

Tras la entrada en vigor de la Directiva 2000/31/CE, hace más de 20 años, surgieron nuevos modelos y servicios comerciales innovadores, como serían las redes sociales y también las denominadas plataformas en línea, que entre otras cosas, vinieron a permitir a los consumidores la posibilidad de formalizar contratos a distancia con los comerciantes de dichas plataformas.

Estas plataformas también vinieron a permitir que tanto los usuarios, como los profesionales y los consumidores pudieran comunicarse entre sí, obtener información y realizar transacciones mediante formas novedosas. Esto hizo que la Directiva 2000/31/CE se encontrara en determinados momentos con dificultades para dar encaje legal a comportamientos que no estaban inicialmente previstos en el momento de su redacción.

Por otro lado, la seguridad jurídica proporcionada por la regulación horizontal relativa a la exención de responsabilidad respecto de los proveedores de servicios de intermediación establecida por la Directiva 2000/31/CE, permitió la creación y desarrollo de nuevos servicios en el mercado único, motivo por el cual el legislador europeo determinó que el marco configurado por la Directiva 2000/31/CE debía mantenerse. Sin embargo, dadas las diferencias entre su transposición y la propia aplicación de sus disposiciones a nivel nacional, el legislador consideró que dicho marco también debía incluirse en el Reglamento en aras a la claridad y la coherencia, teniendo además en cuenta cómo habían sido interpretados determinados elementos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia.

En cuanto a la configuración por la Directiva 2000/31/CE de los órdenes, tanto de actuación como de entrega de información en relación con contenidos ilícitos (art. 19), están inicialmente sujetas a las normas de competencia del Estado miembro del establecimiento del prestador de servicios. Y en cuanto a las disposiciones sobre posibles excepciones a la citada competencia, vienen recogidas en el artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE, siendo sólo exigibles cuando se cumplan las condiciones previstas en dicho precepto.

Respecto a la publicidad en línea, el Reglamento ha considerado que existen lagunas de la regulación previa que pueden contribuir de manera involuntaria a generar riesgos significativos, que van desde la publicación de anuncios que sean contenidos ilícitos en sí mismos, hasta el incentivo económico de la generación de actividades y contenidos en línea que tengan la consideración de ilícitos, o la propia presentación de anuncios discriminatorios que afecten a la igualdad de trato y de oportunidades de los ciudadanos. Por este motivo, a parte de los propios requisitos exigidos en el artículo 6 de la Directiva 2000/31/CE, con el Reglamento (art. 26) los prestadores de plataformas en línea, deberán tratar que los destinatarios de dichos servicios tengan acceso a la información necesaria que permita conocer el momento en que se realiza y la titularidad del anuncio.

Pero además de la vinculación del Reglamento con la Directiva 2000/31/CE, también conviene señalar que dicha norma ha venido a complementar la legislación sectorial ya existente, en la medida en que dicha legislación sectorial no contengan disposiciones más específicas que sean también de aplicación. Así, conforme apunta MONJAS GONZÁLEZ, esas reglas específicas (como *lex specialis*) «se aplicarán con preferencia a las reglas de horizontales que establece el Reglamento, aunque las reglas generales podrían cubrir cualquier brecha en ese régimen»²².

De este modo podemos reseñar la siguiente normativa específica, vinculada con el Reglamento:

- El Reglamento (UE) 2019/1150²³, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.
- La Directiva (UE) 2019/2161²⁴, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo, y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la moderni-

²² Sonia Monjas González, «Relevancia del reglamento de ley de servicios digitales para las autoridades reguladoras del audiovisual». *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n.º 925, (2022): 63.

²³ El Reglamento (UE) 2019/1150, que establece una serie de obligaciones de transparencia a cargo de los proveedores de servicios de intermediación en línea y motores de búsqueda en línea en sus relaciones con las empresas que ofrecen sus bienes y servicios a través de ellos, resulta directamente aplicable desde el 12 de julio de 2020.

²⁴ El 28 de mayo de 2022 entraron en vigor mediante el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, las modificaciones legislativas operadas por la transposición de la Directiva 2019/2161 de mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Esta transposición supuso modificaciones en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y otras leyes complementarias.

zación de las normas de protección de los consumidores de la Unión. En este caso las disposiciones del Reglamento suponen un complemento a lo dispuesto en dichas directivas.

- El Reglamento (UE) 2016/679²⁵ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, así como otras normas relativas la protección de los datos personales y la privacidad de las comunicaciones. En este caso las disposiciones del Reglamento relativas a la publicidad en plataformas en línea vienen a complementar las disposiciones actuales relativas al consentimiento y oposición al procesamiento de datos personales. De este modo se establecen obligaciones relativas a la transparencia con los usuarios de las plataformas en línea, brindándoles información que les permitirá ejercer sus derechos como partes interesadas (art. 26 del Reglamento).

IV. Interpretación jurisprudencial

Como se ha apuntado anteriormente, la interpretación jurisprudencial que ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de ciertos elementos de la normativa precedente, ha sido fundamental en aras de tratar de salvar las diferencias, tanto en la transposición, como en la aplicación de determinadas normas, por lo que dichas sentencias no sólo han sido tenidas en cuenta por el Reglamento, sino que se han incorporado sus criterios de interpretación al propio texto.

Aunque como veremos, existen pronunciamientos judiciales que pueden llegar a ser dudosos o incluso contradictorios con ciertos principios comunitarios, sí hay una serie de sentencias sobre las que no hay cuestionamiento y que marcan determinadas líneas de interpretación que resultan interesantes para comprender el posicionamiento del Reglamento.

Por un lado, en relación con la concreción de la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, nos podemos referir a las siguientes:

- STJUE (Gran Sala), de 16 de diciembre de 2008, cuestión prejudicial del Asunto *Tietosuojavaluutettu vs Satakunnan Markkinapörssi Oy*

²⁵ El Reglamento (UE) 2016/679 resultó directamente aplicable sin necesidad de una ley de transposición. Sin embargo, dejó obsoleta la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) de 1999, siendo sustituida el 6 de diciembre de 2018 por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, acorde con el Reglamento.

y *Satamedia Oy* C-73/07²⁶. En este caso el TJUE determinó que la libertad de expresión es ejercida por todos aquellos que difunden contenido a través de Internet, exista o no un ánimo de lucro.

- STJUE de 6 de noviembre de 2003, Asunto *Lindqvist* C-101/01²⁷. Aquí el TJUE consideró que el juez nacional tiene la responsabilidad fundamental de aplicar en el ámbito estatal el principio de proporcionalidad a la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, incluida la protección de datos, lo cual afecta también al ámbito de Internet.

Por otro lado, también nos encontramos con resoluciones judiciales en relación con la delimitación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet:

- STJUE de 23 de marzo de 2010 (Asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 *Google France y Louis Vuitton*)²⁸. En este caso el TJUE consideró que el prestador de servicios de Internet, así como el mero intermediario, mantienen una exclusión de responsabilidad «cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados».
- STJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto *Scarlet Extended vs. Sabam* C-70/2010²⁹, y STJUE de 16 de febrero de 2012, Asunto *Sabam vs. Netlog* C-360/10³⁰. Aquí el TJUE manifestó que no se debe exigir a los prestadores o intermediarios, que implementen controles o filtros técnicos de contenidos en Internet sin diferenciar entre contenidos lícitos o ilícitos.

Y también resulta de interés la siguiente sentencia relativa a las medidas que se deben adoptar por dichos prestadores de servicios, en relación con eventuales contenidos ilícitos:

²⁶ STJUE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, cuestión prejudicial del Asunto *Tietosuojavaltautettu vs Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy* C-73/07 (ECLI:EU:C:2008:727). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0073&qid=1671099295737>.

²⁷ STJUE de 6 de noviembre de 2003, Asunto *Lindqvist* C-101/01 (ECLI:EU:C:2003:596). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62001CJ0101>.

²⁸ STJUE de 23 de marzo de 2010, Asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 *Google France y Louis Vuitton* (ECLI:EU:C:2010:159). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0236>.

²⁹ STJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto *Scarlet Extended vs. sabam* C-70/2010 (ECLI:EU:C:2011:771). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0070&qid=1671101000240>.

³⁰ STJUE de 16 de febrero de 2012, Asunto *sabam vs. Netlog* C-360/10 (ECLI:EU:C:2012:85). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0360&qid=1671101287035>.

- STJUE de 7 de marzo de 2013, Asunto *ITV Broadcasting Ltd. y otros / TVCatchup Ltd*) C-607/11³¹. En dicha sentencia el TJUE estipuló que el titular de derechos de propiedad intelectual afectado por la vulneración de los derechos sobre sus obras, puede requerir la prohibición de la retransmisión de éstas por considerarse una «comunicación al público» en Internet no consentida.

Sin embargo, existe otro precedente judicial más reciente y de relevancia para la materia analizada, que conviene tener en consideración. Se trata de la sentencia de 22 de junio de 2021 del TJUE, en los asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, YouTube y Cyando/Uploaded.to³², donde el TJUE se pronunció sobre la responsabilidad de las plataformas digitales antes de la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2019/790, que analizaremos más adelante.

Hasta ese momento, en el ámbito del Derecho digital europeo, se consideraba que las plataformas en línea no tenían una responsabilidad directa por la carga ilegal de obras protegidas por parte de sus usuarios, aunque los titulares de derechos de autor podían obtener medidas cautelares en virtud del Derecho de la UE contra estas plataformas, e incluso medidas dirigidas también a evitar nuevas lesiones³³.

En esta sentencia, el TJUE confirmó este criterio, de modo que el operador de una plataforma en la que los usuarios pudieran publicar ilegalmente contenidos en línea no realizaba una comunicación al público «a menos que, más allá de la mera puesta a disposición de la plataforma, contribuya a proporcionar al público acceso a tales contenidos vulnerando los derechos de autor» (FJ 102). Esto sucede, en particular, cuando el operador tiene «conocimiento efectivo» de la puesta a disposición ilícita de un contenido protegido en su plataforma (a diferencia de las sospechas o el conocimiento general de que algún contenido puede ser ilegal) y se abstiene de eliminarlo o de bloquear el acceso a él con prontitud.

El TJUE confirmó también en esta sentencia que el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE era aplicable siempre que el operador «no desempeñe un papel activo que pueda conferirle un conocimiento y un control de los contenidos subidos a su plataforma» (FJ 117).

³¹ STJUE de 7 de marzo de 2013, Asunto C-607/11 (*ITV Broadcasting Ltd. y otros / TV-Catchup Ltd*) (ECLI:EU:C:2013:147). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0607&qid=1671101416816>.

³² STJUE de 22 de junio de 2021, en los asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, YouTube y Cyando/Uploaded.to (ECLI:EU:C:2021:503). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0682>.

³³ Véase, en este sentido, la STJUE de 16 de febrero de 2012, SABAM, C-360/10 (ECLI:EU:C:2012:85), apartado 29 y jurisprudencia allí citada. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=119512&doclang=ES>.

De este modo, la diligencia que le resultaría exigible a este tipo de prestadores para beneficiarse de la exención de responsabilidad iría en relación con los riesgos asociados al servicio que prestan y la implementación de controles sobre la actividad de sus clientes. Por ello, en Europa y a diferencia de lo que ocurre en otras regiones, el legislador terminó apostando por potenciar la protección, por ejemplo, de los derechos de propiedad intelectual, asumiendo su tutela frente al desarrollo sin freno de los servicios de compartición de contenidos en Internet³⁴.

Por otro lado, también resulta relevante referirnos a determinadas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han ayudado a delimitar aquellos aspectos que pudieran entrar en conflicto con el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³⁵ y que han permitido armonizar ciertos principios en materia de responsabilidad de los alojadores de contenidos en Internet.

Así nos encontramos con el Asunto Delfi AS c Estonia 64569/09 de 10 de octubre de 2013³⁶, cuyo recurso fue admitido ante la Gran Sala del TEDH, que la vino a ratificar en su sentencia de 16 de junio de 2015³⁷. En este caso el asunto en cuestión trataba sobre Delfi, que era un medio digital estonio que permitía a sus usuarios comentar las noticias publicadas. Y precisamente, un comentario resultó ser un insulto al honor de un destacado empresario, de modo que la responsabilidad de este daño recayó en el medio digital.

El TEDH determinó que el hecho de que los intermediarios de Internet sean responsables de los contenidos ilícitos que transmiten era una restricción a la libertad de expresión del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁸, aunque admitía que esta restricción podría ser admisible

³⁴ Moisés Barrio Andrés, «La sentencia del TJUE YouTube y la responsabilidad de los operadores de plataformas digitales», *Diario La Ley* (2021), acceso el 02 de febrero de 2024, <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/07/19/la-sentencia-del-tjue-youtube-y-la-responsabilidad-de-los-operadores-de-plataformas-digitales>.

³⁵ Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, modificado por los Protocolos nos. 11, 14 y 15 y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12, 13 y 16 (BOE 243, de 10 de octubre de 1979).

³⁶ STEDH de 10 de octubre de 2013, Asunto Delfi AS c Estonia (ECLI:CE:ECHR:2013:1010JUD006456909). <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-126635>.

³⁷ STEDH de 16 de junio de 2015, Asunto Delfi AS c Estonia (ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909). <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-213698&filename=CASE%20OF%20DELFI%20AS%20v.%20ESTONIA%20-%20%5BSpanish%20Translation%5D%20by%20the%20Spanish%20Ministry%20of%20Justice.pdf>.

³⁸ Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, modificado por los Protocolos nos. 11, 14 y 15 y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12, 13 y 16. Acceso el 24 de agosto de 2023. https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

en el caso de que esté prevista por la ley, tenga una finalidad legítima y sea necesaria en una sociedad democrática.

De este modo el TEDH, seguramente en aras de evitar un eventual conflicto con el derecho de la Unión Europea, consideró que la atribución de responsabilidad por los contenidos en Internet era un asunto cuya decisión final es básicamente de nivel nacional. De ahí la importancia de las regulaciones legales internas de cada Estado miembro y de la interpretación por los tribunales nacionales, a quienes concede un margen importante de discrecionalidad (aps. 71 y ss.).

El TEDH vino por tanto a admitir, en base a la regulación normativa estona, que se otorgara al editor, la responsabilidad por los contenidos del medio digital, cuando consistiera en comentarios de usuarios. Pero, por otro lado, no hizo extensible esta consideración al conjunto de Internet o a otros países.

Además, consideraba que el hecho de aplicar medidas que traten de evitar contenidos ilícitos, no es en sí mismo suficiente como para suponer una exención de responsabilidad.

De hecho, tampoco resultó suficiente la implantación de un filtro destinado a detectar palabras malsonantes por parte del medio digital; ni el hecho de que tuviera operativo un sistema que permitía la denuncia de aquellos contenidos que se pudieran considerar como impropios, el cual daba acceso a que con un solo clic fueran revisados y en su caso retirados; ni que el denunciante no hubiera hecho uso de dicho sistema. Además, tampoco sirvió la circunstancia de que fuera habitual la retirada de oficio por el medio digital, de determinados contenidos (ap. 87, 2013); ni que el medio digital retirara los comentarios tan pronto como se lo comunicó la persona afectada.

El TEDH incluso consideró que el denunciado podría haber implantado un sistema más robusto para la correcta identificación de los usuarios o un control inmediato de cada comentario, ya fuera previo o inmediatamente posterior a su publicación (ap. 91, 2013).

V. Régimen de responsabilidad

1. *Responsabilidad bajo la Ley 34/2002*

En cuanto a la regulación española de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, debemos acudir a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), la cual establece el marco jurídico para los servicios de la sociedad de la información y la contratación por medios electrónicos, con-

cretando las obligaciones de los proveedores de servicios y su régimen de responsabilidad³⁹.

Una primera cuestión que se nos plantea al respecto es si estos criterios de responsabilidad aplican exclusivamente a los prestadores de servicios establecidos en España o si también son aplicables a los establecidos en otros países. Esto resulta relevante dado que los principales proveedores de servicios se encuentran localizados fuera de España e incluso de la UE y eso podría dificultar la ejecución de la responsabilidad en su caso. Pues bien, el criterio general de aplicación de la LSSI es que afecta a los prestadores de servicios establecidos en España, y resulta del mismo modo aplicable a aquellos que aun sin residir en España, realizan una prestación de servicios de la sociedad de la información mediante un establecimiento situado de manera permanente en España.

De igual modo, la LSSI resulta de aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que se hallen establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea cuando el receptor de los servicios esté radicado en España y dichos servicios afecten, entre otras materias, a Derechos de propiedad intelectual o industrial. Sin embargo, respecto a los prestadores establecidos en países que no sean miembros de la Unión Europea, habrá que atender a los acuerdos internacionales que resulten de aplicación.

Pues bien, aunque los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, existe un régimen particular en la LSSI para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, en función del tipo de servicio que realizan. Entre ellos, el art. 16 LSSI incluye a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

Respecto a éstos, la LSSI determina que los prestadores de un servicio de intermediación que consista en albergar datos que han sido proporcionados por el destinatario de dicho servicio, no serán responsables por dicha información, siempre que:

- a) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

³⁹ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Propiedad Intelectual*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023), 461-469.

Según esto, podríamos simplificar el asunto afirmando que las plataformas digitales no serían responsables por los contenidos que sean compartidos por sus usuarios, en tanto que no tengan dicho conocimiento efectivo o en su caso no actúen con diligencia para retirar estos contenidos. Por lo tanto, la norma española no obligaría a un determinado deber de vigilancia.

De hecho, el propio art. 16 LSSI, al definir el conocimiento efectivo, establece que éste aplicará sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. Responsabilidad bajo la Directiva 2000/31/CE y la Directiva (UE) 2019/790

Por su parte la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico también introdujo un régimen de exención de responsabilidad de los proveedores e intermediarios, condicionado al conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos (artículos 12 a 15). En términos generales, esta directiva establece que los proveedores de servicios de internet no están obligados a vigilar los contenidos que transmiten (art. 15), ni son responsables de éstos si son ilícitos, pero sí tienen el deber de retirar o bloquear los contenidos cuando tengan «conocimiento efectivo» de la ilicitud, de lo contrario no gozarían de la exención de responsabilidad.

Un ejemplo de la aplicación de este criterio lo encontramos en la Sentencia del 12 de julio de 2012 del TJUE sobre el denominado caso L'Oréal contra eBay⁴⁰, en el que entre otras cuestiones, se decidía sobre la responsabilidad de eBay por el contenido ilícito publicado por sus usuarios. En este caso el Tribunal determinó que eBay no puede invocar la exención de responsabilidad prevista en la Directiva 2000/31/CE si «ha tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta en cuestión y, en caso de adquirir tal conocimiento, no haya actuado con prontitud de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b), de dicho artículo 14 de la Directiva 2000/31»⁴¹. Este criterio de aplicación ha supuesto que autores como

⁴⁰ STJUE de 12 de julio de 2012, Asunto L'Oréal contra eBay (ECLI:EU:C:2011:474). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=107261&doclang=ES>.

⁴¹ Thomas Hoffmann y Sander Sagar. «Intermediary Liability in the EU Digital Common Market-from the E-Commerce Directive to the Digital Services Act». *IDP: revista de Internet, derecho y política*, n.º extra 34, (2021): 4.

CLARK y SCHUBERT⁴² interpreten que la exención de responsabilidad de los operadores de mercados en línea pasa entonces por que aumenten sus costes para impedir la circulación de contenidos ilegales e infracciones de propiedad intelectual o, por el contrario, opten por ser «lo suficientemente inactivos» para evitar la responsabilidad y mantenerse dentro del alcance de la exención prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE.

En cualquier caso, si se cumplían los requisitos para la exclusión, no era necesario analizar el tipo de responsabilidad, ya fuera civil, penal o administrativa (tal como se establece en los considerandos 42 a 44 de la Directiva 2000/31/CE). Simplemente, no habría responsabilidad por parte del prestador o intermediario.

No obstante, si no se cumplían los requisitos para aplicar la exclusión, esto no conllevaba automáticamente la responsabilidad del prestador o intermediario. El hecho de no cumplir dichos requisitos, sólo implicaba la no aplicación de la exención, pero no suponía una atribución de responsabilidad. Por lo tanto, en el caso de no aplicar la exclusión, se debía pasar al examen de eventuales responsabilidades en el ámbito civil, penal o administrativo.

Otro aspecto relevante de la Directiva 2000/31/CE, es que no concreta lo que ocurre con aquellos que realizan actividades meramente gratuitas, careciendo incluso de ingresos indirectos, como serían por ejemplo los «banners publicitarios». En este caso, si se considerara que no se ajustan a la definición legal de «servicios de la sociedad de la información», no les aplicaría la exención de responsabilidad contemplada en la Directiva 2000/31/CE, ya que esta directiva se aplica exclusivamente a los «prestadores de servicios» que realizan actividades económicas. Por tanto, las entidades que brindan servicios sin contraprestación económica y no generan ingresos, no estarían protegidas por la Directiva 2000/31/CE, ya que no se les consideraría solventes desde una perspectiva económica⁴³.

La Directiva 2000/31/CE también plantea el problema de no determinar claramente si esta exclusión de «responsabilidad» relativa a los intermediarios resulta de aplicación a los prestadores de servicio de intermediación que además de prestar un servicio de hosting, permiten que sus usuarios creen contenido propio.

⁴² Birgit Clark, Maximilian Schubert, «Odysseus between Scylla and Charybdis? The ECJ rules in L'Oréal v eBay». *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 6, n.º 12, (2011): 880-888, doi: <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpr143>.

⁴³ Esto carece de sentido para un sector doctrinal, ya que la misión final de los intermediarios sería la de facilitar la comunicación entre usuarios. Véase al respecto Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*. (Madrid: Civitas, 2015), 258.

Una interpretación doctrinal que trató de dar solución a esta cuestión, la encontramos en CAVANILLAS MÚGICA⁴⁴ o PEGUERA POCH⁴⁵. Estos autores consideraron, que si se califican como «ilegales» los contenidos alojados en el servidor de una página web perteneciente a un prestador que, a su vez, ofrece servicios a sus clientes, entonces esta figura de «intermediario» también debería beneficiarse de la «exención de responsabilidad», siempre y cuando se cumplan los requisitos legalmente establecidos.

Pues bien, este sistema de asunción de responsabilidad configurado en la Directiva 2000/31/CE se vio afectado por la aparición de la Directiva (UE) 2019/790⁴⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital. Dicha Directiva, entre otras cuestiones, modifica el régimen de responsabilidad de los proveedores de alojamiento con respecto a los contenidos generados por sus usuarios, relacionados con las posibles infracciones de derechos de autor que puedan surgir a raíz de dichos contenidos almacenados y compartidos⁴⁷. El objetivo principal de la regulación contenida en dicha Directiva es suprimir el desequilibrio que existe entre el valor añadido que los prestadores de alojamiento de contenidos ajenos obtienen de obras protegidas y el retorno que reciben los titulares de los derechos, denominado «value gap»⁴⁸.

Como el propio BARRERO ORTEGA⁴⁹ manifiesta, «ante el imparable menoscabo de los derechos de autor en el ciberespacio, la reciente Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril

⁴⁴ Santiago José Cavanillas Múgica, «La responsabilidad de los proveedores de la información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico», en *Responsabilidades de los proveedores de la información en Internet*, dir. por Santiago José Cavanillas Múgica (Granada: Comares, 2007), 38-39.

⁴⁵ Miquel Peguera Poch, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*. (Granada: Comares, 2007), 274-277.

⁴⁶ La Directiva (UE) 2019/790 se incorporó a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre. Una parte quedó contenida en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril) y otra parte permaneció en el articulado del propio Real Decreto-ley, concretamente en sus artículos 65 a 79.

⁴⁷ Reyes Sánchez Lería. «Plataformas de alojamiento y contenidos ilícitos en Internet. Reflexiones a propósito de la nueva Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado digital». *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, n.º 3, (2020): 183.

⁴⁸ Eduardo Serrano Gómez, «Los prestadores de servicios para compartir en línea contenidos cargados por los usuarios», en *Medios de comunicación, contenidos digitales y derecho de autor*, dir. por Eduardo Serrano Gómez (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2019), 60-61.

⁴⁹ Abraham Barrero Ortega, «Responsabilidad de los intermediarios de Internet en el derecho de la UE». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 123, (2021): 122.

de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, exige que los servicios de almacenamiento y puesta en común de contenidos en línea hagan los «mayores esfuerzos» (art. 17.4) para garantizar que las subidas de contenidos por los usuarios de sus sistemas no supongan una infracción de copyright».

Un aspecto crucial en este nuevo artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 fue la ruptura parcial con el criterio anteriormente seguido por la UE, que establecía que las limitaciones de responsabilidad se aplicaban sin importar la materia o el tipo de responsabilidad involucrado. Con el art. 17, esta situación cambia y se pasa a un régimen de exención de responsabilidad específico para los prestadores de servicio de alojamiento respecto a la tutela de derechos de autor y otras prestaciones protegidas, desplazando así la normativa de carácter horizontal establecida previamente por la Directiva 2000/31/CE⁵⁰.

Para ello, la Directiva (UE) 2019/790 crea un régimen específico de exención de responsabilidad para los prestadores a los que denomina «prestadores de servicios para compartir contenidos en línea»⁵¹, que ostenten una posición «dominante» en el mercado, en relación con la tutela de los derechos de autor y otras prestaciones protegidas, en cuanto a contenidos compartidos ilícitamente por los usuarios. Esto supone de facto la asunción de un régimen especial, respecto al general establecido en el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE⁵².

Y por si quedara alguna duda, el apartado 3 del artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 establece respecto a dicho artículo 14.1 de la Directiva 2000/31/CE, que no será de aplicación a los casos previstos en el art. 17, en los que los prestadores sean responsables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público, conforme a las condiciones establecidas en la propia Directiva (UE) 2019/790.

Además, resulta reseñable que la nueva categoría de «prestador de servicios para compartir contenidos en línea», figura definida dentro del artículo 2.6) de la Directiva (UE) 2019/790 como: «prestador de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines prin-

⁵⁰ Pedro Alberto de Miguel Asensio, «Mercado único digital y Propiedad Intelectual: las Directivas 2019/789 y 2019/790». *La Ley Unión Europea*, n.º 71, (2019): 1-6.

⁵¹ Lo más razonable, en cuanto a la aproximación conceptual del término «prestador de servicios para compartir contenidos en línea» es entenderlo como una subcategoría del término más amplio de «prestador de servicios de alojamiento de datos» del art. 14 de la Directiva 2000/31/CE. Véase Pedro Alberto de Miguel Asensio, «Artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor: delimitación de los prestadores de servicios». *Blog de Pedro Miguel Asensio*. 26 de julio de 2021, <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2021/07/articulo-17-de-la-directiva-2019790.html>.

⁵² Cabe entender que la «especialidad» de la regulación de la Directiva respecto a la Directiva 2000/31/CE se infiere del art. 2.6. y «Considerando 62» de la «Directiva 2019/790».

cipales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos». Se configuraría de este modo como una subcategoría dentro de los prestadores de servicios de alojamiento que vienen establecidos en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE.

Por otro lado, el artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 trata de facilitar un enfoque más detallado y específico, adaptado a las características particulares de las plataformas que difunden contenidos cargados por usuarios. De manera concreta, establece que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea serán responsables de aquellos actos de comunicación pública que tengan lugar a través de sus servicios, siempre que no cuenten con la autorización de los titulares de derechos, a menos que se demuestre la concurrencia de los tres elementos establecidos en el artículo 17.4:

- a) que hayan hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización.
- b) que hayan hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria.
- c) que hayan actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y hayan hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b).

A este respecto BARRERO ORTEGA⁵³ indica que, aunque el artículo 17 no impone explícitamente el uso de tecnologías especiales de supervisión y filtrado, sí se podría entender que aplica dicha exigencia de manera razonable, «en el sentido de que tiene la intención de lograr dicho resultado». Esto sería así, ya que, si los prestadores de este tipo de servicios pretenden tener un control sobre las prácticas de sus usuarios, para evitar que se almacene en sus sistemas algún contenido susceptible de constituir una infracción, no le quedará más remedio que hacer uso de tecnologías de supervisión y filtrado.

Por su parte, SÁNCHEZ LERÍA⁵⁴ considera que la regulación establecida en el art. 17 Directiva (UE) 2019/790 se percibe como excesivamente

⁵³ Barrero Ortega, «Responsabilidad de los intermediarios de Internet en el derecho de la UE», 122.

⁵⁴ Sánchez Lería, «Plataformas de alojamiento y contenidos ilícitos en Internet. Reflexiones a propósito de la nueva Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado digital», 186.

amplia y carente de precisión, por basar las exenciones de responsabilidad en «haber hecho mayores esfuerzos» y en «actuar de modo expeditivo», conceptos que según el autor, dejan un margen de interpretación excesivamente amplio y que generan, por tanto, inseguridad jurídica⁵⁵. Esto sería así, a pesar de que el considerando 66 de la Directiva y el apartado 5 del art. 17 proporcionen criterios para determinar cuándo un prestador ha realizado sus mayores esfuerzos para prevenir la infracción, ya que no serían suficientes para determinar con precisión la diligencia que se exige a los prestadores.

3. Responsabilidad bajo el Reglamento

Por su parte, el Reglamento no trae ninguna revolución en materia de responsabilidad, sino que mantiene los criterios ya establecidos por la Directiva de Comercio Electrónico, suprimiendo los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE y trasladándolos al Reglamento.

Sin embargo, como ya hemos visto, con el transcurso del tiempo se han producido diversas aclaraciones y orientaciones principalmente por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁶, que han hecho necesario que se realice una consolidación a través de esta nueva norma, de modo que se evite la fragmentación y se tienda a una armonización.

De este modo, teniendo en cuenta tanto la Directiva 2000/31/CE como las resoluciones judiciales precedentes, el Reglamento ha configurado un sistema de responsabilidad mediante la enumeración de circunstancias exi-

⁵⁵ Serrano Gómez, «Los prestadores de servicios para compartir en línea contenidos cargados por los usuarios», 73.

⁵⁶ Por ejemplo, STJUE de 15 de septiembre de 2016, Tobias Mc Fadden, C-484/14 (ECLI:EU:C:2016:689) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0484>, STJUE de 23 de marzo de 2010, Google France y Google, C-236/8 a C-238/8 (ECLI:EU:C:2010:159) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A62008CJ0236>, STJUE de 12 de julio de 2011, L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal [UK] Ltd, C-324/09 (ECLI:EU:C:2011:474) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0324&qid=1692959501491>, STJUE de 7 de agosto de 2018, Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. y Deepak Mehta, C-521/17 (ECLI:EU:C:2018:639) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0521&qid=1692959622062>, STJUE de 8 de septiembre de 2016, GS Media BV, C-160/15 (ECLI:EU:C:2016:644) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0160&qid=1692959934157>, STJUE de 27 de marzo de 2014, UPC Telekabel, C-314/12 (ECLI:EU:C:2014:192) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CA0314&qid=1692960043552> y STJUE de 11 de septiembre de 2014, Sotiris Papasavvas, C-291/13 (ECLI:EU:C:2014:2209) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62013CA0291&qid=1692960118517>.

mentos, en función del tipo de servicio de que se trate: servicios de mera transmisión, de memoria caché y de alojamiento de datos.

En cuanto a los servicios de mera transmisión, el art. 4.1 ha establecido como condiciones de exoneración de responsabilidad, que el prestador del servicio no haya originado él mismo la transmisión, no seleccione al receptor de la transmisión y no seleccione ni modifique la información transmitida.

En el caso del servicio de memoria caché, recogido en el art. 5.1, los requisitos exigidos serían que no modifique la información, cumpla las condiciones de acceso a la información, cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de una manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector, no interfiera en la utilización lícita de tecnología, ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y actúe con prontitud para eliminar la información que ha almacenado o deshabilitar el acceso a la misma tan pronto como tenga conocimiento efectivo de que la información proveniente de la fuente original de la transmisión ha sido retirada de la red, o que el acceso a dicha información ha sido inhabilitado por orden de un tribunal o una autoridad administrativa.

Por último, en cuanto al servicio de alojamiento de datos recogido en el art. 6.1, los requisitos serían que no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y en caso de acciones por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias que indiquen la naturaleza ilícita de dicha actividad o contenido, y que en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o inhabilitar el acceso al mismo.

Como se puede observar, el legislador europeo lo que ha tratado es de concretar, dentro de las particularidades de estos servicios, una serie de principios comunes que podríamos resumir en la neutralidad y no intervención en la actividad ilícita, la falta de conocimiento efectivo y la actuación diligente cuando se tenga conocimiento de la actividad ilícita.

Además, otro de los aspectos que resulta interesante, es la delimitación que realiza el Reglamento del concepto de «conocimiento efectivo» en su exposición de motivos (considerando 22), al determinar que el prestador puede obtener dicho conocimiento, a través de dos vías:

- investigaciones realizadas por iniciativa propia.
- avisos recibidos de personas físicas o entidades, siempre y cuando estos avisos cumplan con los requisitos establecidos en el Reglamento, siendo suficientemente precisos y debidamente fundamentados, de manera que permitan a un operador económico detectar, evaluar y, en caso necesario, tomar medidas contra el contenido presuntamente ilícito de manera razonable.

Frente a esta definición amplia, cabe recordar que la legislación española, a través de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, había optado por un concepto más restringido y limitado del «conocimiento efectivo», pudiendo obtenerse por cualquiera de estos tres medios:

- conocimiento de una resolución emitida por un órgano competente que declare la ilicitud del contenido y ordene su retirada o la imposibilidad de acceder al mismo.
- recepción de una notificación enviada de acuerdo con un procedimiento de detección y retirada de contenidos, al que el proveedor de servicios se haya adherido.
- otros medios que puedan establecerse por normas jurídicas o acuerdo entre las partes.

Si comparamos ambas definiciones, podemos extraer como conclusión, que mientras que la LSSI basaba el conocimiento efectivo en el obtenido por la comunicación de un tercero «cualificado» y en base a un «procedimiento» determinado, el Reglamento lo amplía notablemente, dando cabida por un lado a la iniciativa propia del prestador de servicios y dando validez a las comunicaciones de particulares que estén suficientemente fundamentadas.

Hay por tanto un cambio de paradigma que pone ahora el foco de atención sobre el prestador de servicios, dejando de ser éste un mero sujeto pasivo y convirtiéndose ahora en un sujeto activo que investiga por iniciativa propia y que debe evaluar y tomar medidas frente a las comunicaciones de particulares.

Pero volviendo a las exenciones de responsabilidad establecidas por el Reglamento, es importante también señalar que no son absolutas y existen ciertas circunstancias que las excluyen, como por ejemplo cuando el destinatario del servicio actúa bajo la autoridad o control del prestador de servicios (considerando 23 de la exposición de motivos del Reglamento).

Asimismo, en virtud de la legislación de protección al consumidor, las plataformas en línea que permiten a los consumidores formalizar contratos a distancia con comerciantes también pueden ser responsables si presentan información que podría inducir a un consumidor promedio, debidamente informado, a pensar que la información, producto o servicio es proporcionado por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúa bajo su autoridad o control (considerando 24 de la exposición de motivos del Reglamento).

Y si el prestador de servicios intermediarios no se limita a la prestación neutral de los servicios, sino que desempeña un papel activo que le otorga conocimiento o control sobre la información proporcionada por el destinatario del servicio, entonces también puede ser considerado responsable (considerando 18 de la exposición de motivos del Reglamento).

Además, conviene aclarar que las exenciones de responsabilidad recogidas en el Reglamento no impiden que se puedan dictar requerimientos contra los prestadores de servicios intermediarios, incluso si cumplen con los requisitos necesarios para tales exenciones (considerando 25 de la exposición de motivos del Reglamento). Estos requerimientos podrán consistir por ejemplo en órdenes emitidas por tribunales o autoridades administrativas:

- que exijan poner fin a una infracción.
- que se retiren contenidos ilícitos para evitar su difusión.

Dichas órdenes deberán ser dictadas en cualquier caso, de conformidad con el Derecho de la Unión.

Conviene destacar también que, a pesar del papel que juegan los prestadores de estos servicios, el propio Reglamento (considerando 27 de la exposición de motivos) nos recuerda que el problema relativo a contenidos y actividades ilícitas en línea, no debería tratarse únicamente desde el punto de vista de la responsabilidad del prestador, y siempre que sea posible, los afectados por este tipo de contenidos deberían tratar de resolver los conflictos sin involucrar a los prestadores de servicios intermediarios. Además, hay que tener presente que los propios destinatarios del servicio pueden ser responsables de los contenidos ilícitos que difundan, en los términos que establezcan las normas aplicables del Derecho de la Unión Europea y nacional que regulen dichas responsabilidades.

4. *La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet en Estados Unidos*

Para poder hacer una valoración del rumbo legislativo de la UE, resulta interesante fijar la vista en la regulación que se ha realizado en EE. UU. de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet.

Para ello debemos remitirnos a la Sección 230 de la Communications Decency Act de 1996⁵⁷ (Ley de Decencia en las Comunicaciones), donde se recoge el régimen general de responsabilidad de los prestadores e intermediarios, brindando un «puerto seguro» (safe harbour) a favor de los proveedores de los denominados «servicios interactivos», frente a las opiniones y contenidos ilícitos generados por sus usuarios.

Sin embargo y teniendo en cuenta el sistema legal que rige en EE. UU., hay que remitirse en este caso también a las interpretaciones que de la norma han hecho los tribunales y para ello hay que partir del caso *Zeran* vs.

⁵⁷ Section 230 of the Communications Decency Act of 1996. <https://www.congress.gov/104/plaws/publ104/PLAW-104publ104.htm>.

AOL, 129 F.3d 327, 328 (4th Cir. 1997)⁵⁸, donde se realizó una interpretación amplia de la exclusión de responsabilidad, blindando de esta manera a los grandes operadores y prestadores, respecto a los contenidos que intermediaban y que pudieran resultar ilícitos, incluso en los casos en los que se hubieran negado a retirar dicho contenido tras la solicitud del afectado.

De hecho, esta interpretación fue más lejos al considerarlos como no responsables, incluso en situaciones en las que no demostraran diligencia al identificar a los usuarios o en el caso de que generaran espacios que facilitarían la aparición de contenidos controvertidos (*Carafano v. Metrosplash.com* 339 F.3d 1119 (9th Cir. 2003)⁵⁹).

Pero ésta no es una posición doctrinal unánime en EE. UU. y así encontramos corrientes contrarias a este tipo de excepciones, y favorables al desarrollo de vías para poder responsabilizar al prestador o intermediario⁶⁰.

Sin embargo y a pesar de ello, la jurisprudencia norteamericana ha venido siendo prácticamente unánime al respecto (*Fair Housing Council v. Roommates.com* 521 F.3d 1157, (9th Cir. 2008))⁶¹ y el motivo de tal posicionamiento lo encontramos en la búsqueda del desarrollo de Internet, así como en la protección de las principales empresas prestadoras de servicios, que son de capital norteamericano. Aunque tampoco hay que obviar que este sistema de responsabilidad tiene también su origen y justificación en la protección de la libertad de expresión en Internet. De este modo, protegiendo a los prestadores e intermediarios, con el propósito de evitar la denominada censura colateral (*collateral censorship*), se estaría favoreciendo la libre difusión de ideas frente a la eventual restricción de contenidos, a pesar de los errores que inevitablemente pueda suponer⁶².

En caso contrario, si se obligara a los prestadores intermediarios a realizar un control y edición masiva de los contenidos, esto podría implicar que sólo unos pocos tuvieran capacidad para hacerlo, lo que a su vez supondría que sólo unos pocos podrían divulgar información y opinión en Internet, siendo esto contrario a la propia naturaleza de la red.

Pero este tipo de cuestiones no son exclusivas de EE. UU. De hecho, el propio TJUE ya ha tenido en cuenta los efectos indirectos o colatera-

⁵⁸ Kenneth M. Zerán, *Plaintiff-appellant, v. America Online, Incorporated, Defendant-appellee*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997). <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/129/327/621462/>.

⁵⁹ *Carafano v. Metrosplash.com, Inc.*, 339 F.3d 1119 (9th Cir. 2003). <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/339/1119/603481/>.

⁶⁰ Felix T. Wu, «Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity». *Notre Dame Law Review*, vol. 87, (2011): 293-349.

⁶¹ *Fair Housing Council v. Roommates.com* 521 F.3d 1157, (9th Cir. 2008). <https://www.eff.org/files/filenode/effroommateamicus.pdf>.

⁶² Wu, «Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity», 298.

les negativos para la libertad de expresión que se pueden provocar al imponer sistemas técnicos de filtrado o un control previo de contenidos que no discriminen entre los lícitos y los ilícitos (sentencias del TJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/2010, *Scarlet Extended vs. Sabam*⁶³ y Asunto C-360/10 *Sabam vs. Netlog*⁶⁴, de 16 de febrero de 2012). Por ese motivo el TJUE hace especial hincapié señalando el papel vital de los órganos jurisdiccionales en la ponderación de los derechos fundamentales de las personas físicas y jurídicas afectadas por dichas medidas.

Es importante resaltar también, que en los EE.UU. existen otros sistemas de responsabilidad penal aplicables a proveedores e intermediarios digitales, como el sistema de responsabilidad por violaciones de derechos de autor establecido en la Ley de Derechos de Autor de la Digital Millennium Copyright Act⁶⁵ (DMCA, por sus siglas en inglés) de octubre de 1998. Este sistema se caracteriza por su agilidad y la posibilidad de retirar contenidos claramente ilícitos, que han sido integrados de manera anónima y por los cuales nadie quiere asumir responsabilidad ni defender su legalidad. En estos casos, el afectado se comunica con el proveedor o intermediario responsable de dichos contenidos, quien debe dejar de hacerlos accesibles si nadie se hace responsable de ellos, para evitar ser considerado responsable del contenido. En cambio, si se identifica al autor y se defiende el contenido polémico, prevalece la libertad de expresión y la cuestión se somete a la decisión cautelar de la autoridad judicial (sección 512 DMCA). Sin embargo, hay que señalar que existen algunos autores estadounidenses como SELTZER⁶⁶, que advierten que en la práctica este sistema puede afectar y coartar el ejercicio de la libertad de expresión.

VI. Obligaciones

Con el fin de cumplir con los objetivos del Reglamento y mejorar el funcionamiento del mercado interior, la norma también ha establecido para

⁶³ STJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/2010, *Scarlet Extended vs. Sabam* (ECLI:EU:C:2011:771). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0070>.

⁶⁴ STJUE de 16 de febrero de 2012, Asunto C-360/10 *Sabam vs. Netlog* (ECLI:EU:C:2012:85). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0360&qid=1671097143188>.

⁶⁵ The Digital Millennium Copyright Act, December 1998. <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>.

⁶⁶ Wendy Seltzer, «Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects if the dmca on The First Amendment». *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 24, (2010): 171-232.

los prestadores de servicios intermediarios una serie de obligaciones armonizadas de diligencia debida.

Podemos entender por diligencia debida el proceso mediante el cual las empresas tecnológicas toman las medidas necesarias y eficaces para identificar, prevenir, mitigar, rendir cuentas y responder por los impactos negativos, reales o potenciales de sus propias actividades o las de su cadena de valor⁶⁷. En el caso de las empresas proveedoras de servicios de intermediación en línea, tal y como indica CRUZ ÁNGELES⁶⁸, el legislador comunitario justifica la necesidad de implementar un conjunto claro y equilibrado de obligaciones de diligencia debida armonizadas, para todos los proveedores de servicios de intermediación, con el propósito de mejorar el funcionamiento del mercado interior y garantizar un entorno en línea seguro y transparente.

Estas obligaciones tendrían por tanto como propósito, garantizar una serie de objetivos, que incluyen la promoción de la seguridad y la confianza de los destinatarios de los servicios, incluyendo a menores y usuarios vulnerables. Además, tienen el propósito de salvaguardar los derechos fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales, asegurar una rendición de cuentas significativa de los prestadores y empoderar a los usuarios y otras partes afectadas, del mismo modo que permitir una supervisión adecuada por las autoridades competentes.

Resulta interesante destacar cómo el Reglamento hace hincapié en la moderación de contenidos y la mencionada diligencia debida, lo cual ha sido visto por parte de la doctrina⁶⁹ como un gesto del Reglamento al desafío planteado por la desinformación y la propagación de contenidos ilícitos o noticias falsas, el cual resulta sumamente complejo, ya que no solo involucra la difusión de noticias falsas, sino también la presencia de cuentas falsas y bots que amplifican «la actividad e intensidad de los servicios»⁷⁰. El motivo es que las empresas responsables de estos contenidos buscan obtener beneficios a corto plazo para obtener el mayor número de «clics» y persiguen la viralización de la noticia para aumentar el tráfico en la red «porque eso es lo que impulsa la influencia y los ingresos por publicidad»⁷¹. Es

⁶⁷ Ludovica Chiussi Curzi y Camille Malafosse. «A Public International Law Outlook on Business and Human Rights». *International Community Law Review*, vol. 24, n.º 1/2, (2022): 11-35.

⁶⁸ Jonatan Cruz Ángeles, «Las obligaciones jurídico-comunitarias de las grandes plataformas proveedoras de servicios digitales en la era del metaverso», 303.

⁶⁹ Ana Garriga Domínguez, «Las exigencias de transparencia para los sistemas algorítmicos de recomendación, selección de contenidos y publicidad en línea en el nuevo Reglamento Europeo de Servicios Digitales». *Revista española de la transparencia*, n.º extra 17, (2023): 153.

⁷⁰ Jaron Lanier, *Diez razones para borrar tus redes sociales de inmediato*. (Barcelona: Editorial Debate, 2018), 77.

⁷¹ Ryan Holiday, *Confía en mí, estoy mintiendo. Confesiones de un manipulador de los medios*. (Barcelona: Empresa Activa, 2013), 290-291.

por ello que para paliar estos riesgos se refuerzan las obligaciones de diligencia, que implican la implementación de medidas correctivas apropiadas, que supongan mejoras en el diseño y funcionamiento de los sistemas de moderación.

Además, el Reglamento ha establecido obligaciones generales para todos los proveedores de servicios intermediarios, así como obligaciones adicionales para las plataformas en línea de gran tamaño. Esto se debe a que estas plataformas pueden representar riesgos para la sociedad que son diferentes tanto en alcance como en su impacto, respecto a los generados por las plataformas más pequeñas, lo que justificaría que las plataformas en línea de gran tamaño estén sujetas a normas de diligencia más rigurosas, proporcionales a su impacto social y recursos.

Sin embargo, hay autores como MONJAS GONZÁLEZ⁷² que consideran que «la estructura piramidal del Reglamento, por la que se asignan las obligaciones dependiendo de la naturaleza y tamaño de los prestadores, puede no reflejar de manera óptima las especificidades que presenta la moderación de contenido». Esto sería así debido a que la experiencia de los organismos reguladores de medios audiovisuales muestra que las plataformas emergentes, que suelen ser de menor tamaño, conllevan riesgos considerables en términos de la dignidad humana y la protección de los menores. Además, existe el peligro de que las plataformas más grandes migren hacia plataformas más pequeñas, por ejemplo, cuando se prohíbe a individuos o grupos de personas el acceso a plataformas en línea de muy gran tamaño debido a la difusión de contenido ilícito o desinformación.

Además hay que destacar que este sistema de obligaciones y de observancia de diligencia debida, se configura bajo un sistema en el que son los países miembros los que tienen la responsabilidad de garantizar que los incumplimientos de este Reglamento sean sancionados de manera efectiva, proporcional y disuasoria (art. 52). Para ello, deben tener en cuenta la naturaleza, gravedad, recurrencia y duración del incumplimiento, considerando el interés público perseguido, el alcance y tipo de actividades realizadas, así como la capacidad económica del infractor. En particular, se establece que las sanciones deben considerar si el prestador de servicios intermediarios infringe sistemáticamente o de manera recurrente las obligaciones establecidas en este Reglamento. Además, se deben tener en cuenta factores como el número de destinatarios del servicio afectados, la intencionalidad o negligencia de la infracción y si el prestador opera en varios Estados miembros.

⁷² Monjas González, «Relevancia del reglamento de ley de servicios digitales para las autoridades reguladoras del audiovisual», 59.

Dicho sistema podría verse como excesivamente abierto, lo que podría derivar en que las sanciones impuestas fueran configuradas de manera diferente en cada Estado miembro, provocando posibles discordancias sancionadoras. Para evitar eso, el legislador europeo ha establecido la obligación a los Estados miembros de comunicar a la Comisión el régimen sancionador establecido, a fin de mantener una supervisión sobre los criterios aplicados, además de establecer un sistema de límites máximos en las sanciones y el criterio de su cuantificación, lo que viene a asegurar una cierta armonización.

VII. Conclusiones

Primera. Desde la aparición de las plataformas digitales, su regulación y ordenación ha supuesto un reto, en momentos inabarcable, por parte del legislador. Los motivos son múltiples y abarcan desde el vertiginoso desarrollo tecnológico que implica un continuo avance y cambio, hasta la propia fragmentación normativa que se ha producido como consecuencia de la dispersión regulatoria y de los «parches» normativos que han tratado de corregir los vacíos legales que se iban produciendo.

Resulta relevante destacar que han sido también los propios tribunales europeos los que han tratado de enmendar la falta de concreción de la legislación vigente, estableciendo unos criterios que permitieran aplicar la normativa con cierta uniformidad, lo cual ha resultado fundamental en la configuración del sistema de responsabilidad y en la fijación de los límites que aplican a ésta.

Segunda. Este cúmulo de factores ha determinado que el legislador europeo finalmente abordara la regulación del mercado único de servicios digitales a través del Reglamento, desde una perspectiva global que incluye no sólo a los proveedores de servicios digitales, sino que tiene también en cuenta a los ciudadanos, las empresas usuarias de dichos servicios y a la propia sociedad en general, lo cual resulta altamente positivo, ya que permite una visión de conjunto que dota de coherencia a la norma y trata de evitar los inevitables vacíos que se producen cuando las normas pecan de un enfoque excesivamente restrictivo.

Esto ha sido visto también por parte de la Comisión Europea como una oportunidad para reforzar la denominada «soberanía tecnológica» comunitaria, frente al control monopólico que en muchos casos ejercen empresas extracomunitarias, lo que ha sido percibido como un riesgo no sólo a la innovación y desarrollo tecnológico de la UE, sino también para la propia salvaguarda de los derechos fundamentales y los valores democráticos.

Tercera. Uno de los aspectos con mayor repercusión del Reglamento es el relativo al régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Aunque la nueva regulación no implica una revolución respecto a los criterios previos fijados por la Directiva de Comercio Electrónico, sí es destacable el desarrollo que hace de éstos.

En este sentido una novedad que resulta fundamental es el nuevo criterio de «conocimiento efectivo» configurado por el Reglamento. Mientras que en el caso de la legislación española el conocimiento efectivo venía definido como el obtenido por la comunicación de un tercero «cualificado» y con base en un «procedimiento» determinado, el Reglamento lo amplía notablemente, dando cabida por un lado a la iniciativa propia del prestador de servicios y dando validez a las comunicaciones de particulares que estén suficientemente fundamentadas, poniendo por tanto ahora el foco de atención sobre el prestador de servicios y dejando de ser éste un mero sujeto pasivo y convirtiéndose en un sujeto activo que investiga por iniciativa propia y que debe evaluar y tomar medidas frente a las comunicaciones de particulares. Aunque se pueda criticar la falta de concreción en medidas específicas, no deja de ser un avance importante, que es lo suficientemente flexible para permitir a los prestadores adaptar las medidas oportunas en función de sus posibilidades, sin desproteger por ello a los terceros afectados, ya que ahora se da más peso a las comunicaciones o reclamaciones realizadas por éstos.

Sin embargo, existen corrientes doctrinales⁷³ que consideran que esta nueva regulación de la responsabilidad por parte del Reglamento hereda y deja sin corregir ciertos problemas existentes en la regulación anterior, principalmente en lo relativo al control del contenido Online, el cual se considera técnicamente imposible de controlar y además puede entrar en colisión con la privacidad y la libertad de expresión, entre otros valores jurídicos.

Cuarta. Otro aspecto relevante del Reglamento es el relativo a la regulación de las obligaciones que serán exigibles a los prestadores de servicios intermediarios. Para ello se ha recurrido al enfoque de la «diligencia debida» que ya se está aplicando en otros ámbitos normativos comunitarios y que va a permitir tomar las medidas necesarias y eficaces para identificar, prevenir, mitigar, rendir cuentas y responder frente a los impactos negativos que se puedan producir, lo cual tendrá también impacto en la mejora del funcionamiento del mercado interior y garantizará un entorno en línea más seguro y transparente.

⁷³ Laura Kayali, 2021. «France 's plan to rein in Big Tech (and Ireland and Luxembourg)». *Político*, 27 de mayo, acceso el 02 de febrero de 2023, <https://www.politico.eu/article/france-ireland-luxembourg-big-tech-regulation-apple-amazon-facebook-google-digital-services-act-digital-markets/>.

Quinta. Más polémica resulta sin embargo la creación de la nueva figura del coordinador de servicios digitales, que será el encargado de garantizar la supervisión y el cumplimiento de las obligaciones establecidas por el Reglamento. El motivo es que dichos coordinadores deben ser designados por cada Estado miembro, lo que va a provocar que la jurisdicción de estos coordinadores quede limitada a su propio Estado, produciéndose en la práctica una concentración de las sedes sociales de las grandes corporaciones digitales en unos pocos Estados que ofrecen ciertas «ventajas fiscales», por lo que los usuarios de la mayor parte de la UE quedarían a merced de unas pocas autoridades digitales de Estados con clara estrategia política de atracción de empresas digitales, mediante el ofrecimiento de unas «condiciones más ventajosas».

Sexta. En cualquier caso el Reglamento ha supuesto un gran avance en la regulación de un sector estratégicamente crítico, lo que no implica que todas las polémicas que suscita la materia queden definitivamente cerradas, pero sí supone una ordenación y un punto de partida a partir del cual poder desarrollar un régimen regulatorio que evite la confusión y dificultad de persecución de determinados comportamientos ilícitos, y al mismo tiempo favorezca la protección de los derechos de los ciudadanos.

Sobre el autor

Alberto de Nova Labián es Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Máster en Informática y Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto Español de Informática y Derecho y Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Trabaja como Profesor de la Universidad Internacional de La Rioja y Profesor Asociado de la Universidad Rey Juan Carlos. Es miembro del grupo de investigación DESONT (Derecho, sostenibilidad y nuevas tecnologías) perteneciente a la UNIR y autor de diversas publicaciones (monografías y artículos en revistas especializadas) principalmente en el ámbito del Derecho de las Nuevas Tecnologías.

About the author

Alberto de Nova Labián is Doctor of Law from the Complutense University of Madrid, a Master's degree in Computer Science and Law from the Complutense University of Madrid and the Spanish Institute of Computer Science and Law, and a Law Degree from the Complutense University of

Madrid. He works as a Professor at the International University of La Rioja and Associate Professor at the Rey Juan Carlos University. He is a member of the DESONT research group (Law, sustainability and new technologies) belonging to the UNIR and author of various publications (monographs and articles in specialized journals) mainly in the field of New Technology Law.

Las nuevas obligaciones de información corporativa en materia de sostenibilidad en la Unión Europea: la Directiva (UE) 2022/2464 y la naturaleza de sus normas

The new corporate reporting obligations regarding sustainability in the European Union: directive (EU) 2022/2464 and the nature of its standards

Dámaso Javier Vicente Blanco
Universidad de Valladolid
damso@uva.es

Daniela Bardel
Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires/ CONICET
daniela.bardel@azul.der.unicen.edu.ar

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.2992>

Recibido el 5 de febrero de 2024
Aceptado el 23 de febrero de 2024
Publicado en línea: abril de 2024

Sumario: I. Introducción: sobre el origen de la Responsabilidad Social Empresarial y el Derecho Internacional Privado.—II. La Responsabilidad Social Empresarial en la Unión Europea y los nuevos criterios ASG.—III. El paso adelante en las obligaciones de divulgación en la UE: la Directiva 2014/95 sobre Información no Financiera e Información sobre Diversidad (NFRD).—IV. La nueva Directiva 2022/2464 sobre Información Corporativa en materia de sostenibilidad (CSRD). Sus aportaciones y carencias. 1. Los documentos preparatorios de elaboración de la nueva Directiva 2022/2464. 2. El contenido de la Directiva 2022/2464, CSRD. 2.1. Comprender y aplicar bien la «doble significatividad» o «doble materialidad». 2.2. El ámbito de aplicación personal. 2.3. La aplicación de estándares europeos y la obligación de incluirse en el informe de gestión. 2.4. Las áreas principales de información y las categorías de información que las empresas deben divulgar. 2.5. La Directiva 2022/2464 exige la verificación de la información en materia de sostenibilidad. 2.6. Críticas y carencias de la Directiva 2022/2464.—V. La naturaleza uniforme e imperativa de las normas sobre Información Corporativa en materia de sostenibilidad de la Directiva 2022/2464.—VI. Conclusiones.

Resumen: En este trabajo partimos de la confluencia del Derecho Internacional Privado y Público en el «Derecho Internacional de las Inversiones Internacionales», en el marco del cual se produjo históricamente la discusión de la responsabilidad

social de las empresas multinacionales, para identificar las normas sobre divulgación de información no financiera desde el inicio de los debates regulatorios a nivel global. Nos proponemos abordar las obligaciones de información corporativa en materia de sostenibilidad para las empresas en la Unión Europea a partir de la Directiva UE 2022/2464 y el análisis de la naturaleza de sus normas. Para ello, en primer lugar, se contextualiza la regulación en el marco de las iniciativas sobre responsabilidad social de las empresas y conducta empresarial responsable desarrolladas en la Unión Europea; en segundo lugar, se estudia la Directiva 2014/95 sobre Información no Financiera e Información sobre Diversidad; en tercer lugar, se aborda la nueva Directiva 2022/2464 en clave de aportaciones y carencias; para en cuarto lugar efectuar un análisis comprensivo acerca de la naturaleza de las normas bajo las categorías de derecho imperativo y uniforme.

Palabras clave: responsabilidad social empresarial, conducta empresarial responsable, información no financiera y sobre diversidad, información corporativa en materia de sostenibilidad, normas uniformes e imperativas.

***Abstract:** In this work, we start from the confluence of Private and Public International Law in the “International Law of International Investments”, within the framework of which the discussion of the social responsibility of multinational enterprises historically occurred, to identify the rules on disclosure of non-financial information since the beginning of regulatory debates at a global level. We propose to address corporate reporting obligations regarding sustainability for companies in the European Union based on EU Directive 2022/2464 and the analysis of the nature of its regulations. To do this, first, the regulation is contextualized within the framework of the initiatives on corporate social responsibility and responsible business conduct developed in the European Union; secondly, Directive 2014/95 on Non-financial Information and Diversity Information is studied; thirdly, the new Directive 2022/2464 is addressed in terms of contributions and shortcomings; to fourthly carry out a comprehensive analysis about the nature of the norms under the categories of imperative and uniform law.*

***Keywords:** corporate social responsibility, responsible business conduct, non-financial and diversity information, corporate information on sustainability, uniform and mandatory rules.*

I. Introducción: sobre el origen de la Responsabilidad Social Empresarial y el Derecho Internacional Privado

La historia de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE), desde la perspectiva jurídica, tiene una vinculación indudable con los ámbitos de confluencia del Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado en el «Derecho Internacional de las Inversiones Internacionales» y en el contexto de los problemas por la subjetivación internacional de las empresas multinacionales¹. El conflicto por la regulación de la inversión internacional se desarrolló de modo intenso durante décadas, contraponiendo a quienes querían fijar exigencias a los Estados de tratamiento a la inversión extranjera como instrumentos de protección del capital en el exterior, frente a quienes querían imponer a las empresas multinacionales normas de comportamiento, por ejemplo, de no intromisión en los asuntos políticos locales². Es así que la cuestión de la responsabilidad de las empresas multinacionales se enmarcó en la reclamación de los países en desarrollo por sus riquezas y recursos naturales, iniciada tras la II Guerra Mundial, con el proceso de descolonización y que desembocaría en 1974 en la reivindicación de un Nuevo Orden Económico Internacional³.

En este contexto, en 1972, la Resolución 1721 (LIII), de 28 de julio, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), solicitaba al Secretario General de las Naciones Unidas (NNUU) la constitución de un *Grupo de Personalidades* para que examinara los efectos de las empresas multinacionales en el proceso de desarrollo⁴. En 1974, el mencionado *Grupo de Personalidades* emitió su informe titulado *Efectos de las*

¹ Daniela Bardel, «La responsabilidad social de las personas jurídicas de Derecho Privado en el Derecho Argentino. Un estudio jurídico de contexto» (tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 2018), 35-63. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/28669>

² Dámaso Javier Vicente Blanco, «El proceso de gestación de las fuentes jurídicas que regulan las inversiones extranjeras: el conflicto sobre la reglamentación de la inversión internacional», *Derecho de la Integración*, n.º 12 (2002): 32-51; *idem*, «El conflicto histórico por el régimen de la inversión extranjera directa», en *La libertad del dinero*, ed. por Dámaso Javier Vicente Blanco (Valencia: Alemania, 2003), 41-85.

³ Dámaso Javier Vicente Blanco, «La protección de la inversión extranjera y la liberalización del comercio internacional» (tesis Doctoral, Universidad de Valladolid, 2001), 44-331 y 681-716.

⁴ Ver, por ejemplo, Arghyrios Fatouros, «The UN Code of Conduct of Transnational Corporations: Problems of Interpretation and Implementation», en *Emerging Standards of International Trade and Investment*, ed. por Seymour Rubin y Gary Clyde Hufbauer (New Ywery: Rowman & Allanheld, 1984), 101-118; y Antonio Fernández Tornés, «Los códigos internacionales de conducta: nuevos instrumentos de regulación para un Nuevo Orden Económico Internacional», *Anuario de Derecho Internacional de la Universidad de Navarra*, n.º IV (1977-1978): 199-238.

empresas multinacionales sobre el desarrollo y sobre las relaciones internacionales, en el que consideraba que se debían adoptar medidas y crear un mecanismo internacional y un instrumento para aplicar políticas globales sobre empresas multinacionales, señalando como destinatarios de tales reglas tanto a las empresas como los Estados. El instrumento planteado consistía en la creación de un *Código de Conducta para las Empresas Multinacionales*, con un planteamiento en el que se recogían soluciones alternativas diversas sobre las que deberían ir adoptándose decisiones⁵. En 1982 el Grupo Intergubernamental terminó sus trabajos, con un texto no cerrado y con múltiples alternativas de regulación. Pese a que los trabajos y las discusiones se mantuvieron en el tiempo y en 1990 estuvo a punto de fructificar la tarea, esta no se culminó. Y en 1993, el Secretario General de las NNUU transformaría el entramado institucional sobre empresas multinacionales en una división de la UNCTAD, la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, dando así por zanjadas las negociaciones.

Con todo, años después, superado el período del llamado «Consenso de Washington», como continuación de este proceso, en el marco de las Naciones Unidas, la *Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos* creó, el 20 de agosto de 1998, el *Grupo de Trabajo sobre Empresas Multinacionales*, con la intención de fijar un estándar mínimo de obligaciones, que permitió la aprobación, el 13 de agosto de 2003, de un documento bajo el título de *Normas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*⁶. Estos trabajos darían lugar en 2011, a partir del nombramiento y los trabajos del profesor John Ruggie como Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, a los llamados *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas* (PRNU)⁷. Con posterioridad, a partir de 2014, el Consejo

⁵ Pueden verse, por ejemplo, Hans Baade, «Codes of Conduct for Multinational Enterprises: An Introductory Survey», en *Legal problems of Codes of conduct for Multinational enterprises*, coord. por Norbert Horn (Kluwer: Antwerp, 1980), 407-441; Eugène Berg, «La négociation d'un Code de Conduite sur les sociétés transnationales au sein des Nations Unies», en *Les Nations Unies et le Droit international économique. Colloque de Nice*, Société Française pour le Droit International (París: Pedone, 1986), 219-236; Arghyrios Fatouros, «Problèmes et méthodes d'une réglementation des entreprises multinationales», *Journal du Droit International* (1974), 495-521; Claude Lazarus, «L'organisation des Nations Unies et les entreprises multinationales», en *L'entreprise multinationale face au Droit*, dir. por Bertold Goldman y Phocion Francescakis (París: Litec, 1977), 407-423.

⁶ E-CN_4-SUB_2-RES-2003-16.

⁷ Ver Oficina del Alto Comisionado para los derechos Humanos de la ONU, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica* del marco de la ONU para proteger, respetar y remediar, Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 2011.

de Derechos Humanos de Naciones Unidas, con la Resolución 26/9, titulada «Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos», aprobada en el 26 de junio de 2014, encargó la elaboración de un instrumento con carácter vinculante y no voluntario al Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta (*Open-ended Intergovernmental Working Group*, OEIGWG), de cuyo trabajo aún no hay resultados tangibles⁸.

En paralelo a este proceso, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), como un modo de contrarrestar el proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas, inició en 1974 los trabajos que conducirían en 1976 a la Declaración de la OCDE sobre la inversión internacional y las empresas multinacionales. Sin duda, la labor de la OCDE en la elaboración de este instrumento ha constituido un antecedente y un modelo para los desarrollos futuros de la Responsabilidad Social Empresarial, o la Conducta Empresarial Responsable. Los desarrollos del trabajo de la OCDE, en el marco del *Código de la OCDE sobre la inversión internacional* fueron diversos y con diferente alcance jurídico⁹. Así, debe mencionarse, en primer lugar, la *Declaración sobre la inversión internacional y las Empresas Multinacionales*, adoptada el 21 de junio de 1976 por los gobiernos de los Estados miembros, cuya aplicación no es de obligado cumplimiento para las empresas, sino meramente indicativa. También, en segundo lugar, las *Líneas Directrices para las Empresas Multinacionales*, anejas a la *Declaración*, y del mismo modo facultativas, que han sido objeto de sucesivas modificaciones, y a las que se acompañaba una recomendación conjunta de los Gobiernos a las empresas¹⁰; y, finalmente, tres decisiones del Consejo de la OCDE, con plena eficacia jurídica, adoptadas en 1976, sobre los procedimientos de consulta intergubernamental relativas a la puesta en marcha de las *Líneas Directrices*, la aplicación del *Tratamiento*

⁸ Ver, por ejemplo, Adoración Guamán Hernández, «Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la Ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos», *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 8, n.º 2 (2018): 216-250; y Adoración Guamán Hernández y Gabriel Moreno González, *Empresas Transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un Instrumento Vinculante* (Albacete: Bomarzo, 2018).

⁹ Ver Baade, «Codes of conduct for Multinational Enterprises: An introductory survey», 430.

¹⁰ Sus revisiones se han producido en 1979, 1984 (con un informe interino de clarificación en 1982), 1991, 2000, 2011 y la última en 2023. Ver, por ejemplo, OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Publications de l'OCDE, París, 1986; ídem, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Révision 2000*, OCDE, París, 2000 ; ídem, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales Revisión 2011*, OECD, París, 2013, en <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

nacional y los estímulos y obstáculos a las inversiones internacionales, revisadas junto con las *Líneas Directrices*. Su redacción ha experimentado sucesivas revisiones en el tiempo (1979, 1984, 1991, 2000, 2011 y la última, muy recientemente, en junio de 2023¹¹).

Como antecedente de las normas que vamos a estudiar, las *Líneas Directrices* en el punto III de la parte I se refieren a la divulgación de información. Su contenido se ha ido ampliando con el tiempo¹². En la última versión de la *Líneas Directrices*, de 2023, se establece que las empresas deben incluir («pero no limitarse», específica) información detallada «relevante» relativa a las siguientes cuestiones: a) los resultados financieros y operativos de la empresa; b) objetivos empresariales e información relacionada con la sostenibilidad; c) estructuras de capital, estructuras de grupo y sus acuerdos de control; d) propiedad mayoritaria de las acciones, incluidos los beneficiarios reales, y los derechos de voto; e) información sobre la composición del consejo de administración y sus miembros, incluidas sus calificaciones, el proceso de selección, otros cargos directivos en empresas y si cada miembro del consejo es considerado independiente por el consejo de administración; f) remuneración de los miembros del consejo de administración y ejecutivos principales; g) transacciones con partes relacionadas; h) factores de riesgo previsible; i) estructuras y políticas de gobierno, incluido el grado de cumplimiento de los códigos o políticas nacionales de gobierno corporativo y el proceso mediante el cual se implementan; j) contratos de deuda, incluido el riesgo de incumplimiento de los convenios¹³.

¹¹ Puede verse, Silvia Fernández Martínez, «Las líneas directrices de la OCDE para las empresas multinacionales y su puesta en práctica por los Puntos Nacionales de Contacto», *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, 10, n.º 2 (2020): 101-129. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5066> Para la última versión, ver OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*, OECD, París, 2023, en <https://www.oecd.org/publications/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales-sobre-conducta-empresarial-responsable-7abea681-es.htm>. En la revisión de 1991, por ejemplo, se añadiría una decisión más, relativa a las obligaciones contradictorias. Ver Patricio Merciai, *Les Entreprises multinacionales en droit international*, (Bruselas: Bruylant, 1993), 101; y OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinacionales*, Publications de l'OCDE, Documento OCDE/GD(97)40, OECD, París, 1997, en [https://one.oecd.org/document/OCDE/GD\(97\)40/Fr/pdf](https://one.oecd.org/document/OCDE/GD(97)40/Fr/pdf).

¹² Así, por ejemplo, en la versión de 1991, OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinacionales*, 27-29; en la versión de 2011, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales Revisión 2011*, 30-34; o en la versión de 2023, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*, 22-27.

¹³ En la versión de 2011, como contraste, se enunciaban en los siguientes términos:

«a) los resultados financieros y de explotación; b) los objetivos empresariales; c) a las participaciones significativas de accionistas y los derechos de voto, incluida la estructura del grupo de empresas y las relaciones internas, así como los mecanismos para reforzar el con-

Además, se establece, en esta última versión de 2023, que «también es importante que las empresas informen en materia de conducta empresarial responsable como parte de su responsabilidad de implementar la debida diligencia. Parte de esta información también puede ser relevante de conformidad con el párrafo 2». Se prevé que la información sobre conducta empresarial responsable puede incluir, potestativamente, por tanto: a) declaraciones de principios o de normas de conducta destinadas a la divulgación pública de información, incluidas las políticas en los ámbitos de la conducta empresarial responsable, que articulen los compromisos de la empresa con los principios y normas contenidos en las *Líneas Directrices*, así como sus planes para implementar la debida diligencia; b) las políticas y otros códigos de conducta suscritos por la empresa, su fecha de adopción y los países y entidades a los que se aplican dichas declaraciones; c) información sobre las medidas adoptadas para integrar la conducta empresarial responsable en los órganos de gestión y supervisión de la empresa; d) las áreas de riesgo o de impacto significativo identificadas por la empresa, los impactos o riesgos negativos significativos identificados, priorizados y evaluados, así como los criterios de priorización; e) su desempeño en relación con las declaraciones de la letra anterior (a) y los códigos la letra (b), incluidas las acciones tomadas para prevenir o mitigar los riesgos o impactos identificados en la letras (c) y (d), incorporando, cuando sea posible, los plazos y puntos de referencia estimados para el mejoramiento y sus resultados, contemplando las previsiones adoptadas por la empresa para reparar o colaborar en la reparación; f) información sobre sistemas de auditoría interna, gestión de riesgos y aplicación de la ley; g) información sobre las relaciones con los trabajadores y otras partes interesadas; h) información adicional en línea con las recomendaciones de divulgación de información en materia de conducta empresarial responsable proporcionada en los posteriores capítulos IV (derechos humanos) y VI (medioambiente).

trol; d) la política de remuneración de los miembros del consejo de administración y de los principales directivos con información sobre los administradores; e) las transacciones con partes vinculadas; f) los factores de riesgos previsibles; g) las cuestiones relativas a los trabajadores y otras partes interesadas; h) las estructuras y las políticas de gobierno de la empresa y, en particular, el contenido de cualquier código o política interna y su proceso de implementación». Asimismo, disponían que las empresas debían respetar normas de alta calidad en materia de divulgación de información contable, financiera y no financiera, incluida la información medioambiental y social en su caso. Las normas o políticas de recopilación y de publicación de la información también debían ser comunicadas. Las cuentas debían ser verificadas cada año por un auditor independiente, competente y cualificado, encargado de entregar al consejo de administración y a los accionistas un dictamen exterior objetivo en el que se certificase que los estados financieros reflejan una imagen fiel de la situación financiera y de los resultados de la empresa en todos sus aspectos significativos.

De modo complementario establecen exigencias sobre el modo que se debe adoptar la información, pues se contempla que las empresas deberán «preparar y divulgar información de acuerdo con las normas de divulgación y contabilidad reconocidas internacionalmente», absteniéndose de facilitar en las publicaciones «información insuficiente o poco clara». Asimismo, contemplan la realización de una auditoría externa de forma anual, que «debería ser realizada por un auditor independiente, competente y cualificado de acuerdo con las normas de auditoría, ética e independencia reconocidas internacionalmente», con la finalidad de ofrecer una seguridad «razonable» dirigida tanto al Consejo de Administración como a los accionistas, en el sentido de que los estados financieros se han confeccionado, «en todos los aspectos relevantes», señala, «de acuerdo con el marco aplicable de información financiera». Además, se podrá solicitar una certificación por un evaluador externo de esa información, con la finalidad de «mejorar la credibilidad de la información sobre conducta empresarial responsable».

Es muy significativo que estos instrumentos, desde sus inicios, contuvieran normas de carácter facultativo para las empresas en esta materia, que podían y pueden en determinados casos optar por aplicarlas o no, lo que se muestra como un claro antecedente de lo que se desarrollaría y se generalizaría años después en las propuestas y las prácticas de la RSE, sin perjuicio de que otros instrumentos se hayan desarrollado por otra vía de carácter obligatorio, como pasaremos a ver más adelante.

II. La Responsabilidad Social Empresarial en la Unión Europea y los nuevos criterios ASG

La apuesta de la Unión Europea por crear una política de Responsabilidad Social Empresarial se estableció con claridad a partir de 2001, con el *Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*¹⁴. Este documento y su análisis se integraban en el objetivo estratégico de la UE fijado en marzo de 2000 en el Consejo Europeo de Lisboa, que pretendía para el año 2010 convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con una mayor cohesión social. Un *desiderátum* muy apreciable que la crisis de 2008 se llevó por delante y que no parece tener visos de cumplimiento en el futuro inmediato¹⁵.

¹⁴ COM (2001) 366 final, Bruselas, 18.7.2001.

¹⁵ Ver, por ejemplo, Daniela Bardel, «Una aproximación al desarrollo de la Responsabilidad Social Empresarial en la Unión Europea», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 73 (2019): 34-65.

Con todo, en nuestro interés, el *Libro Verde* abrió una etapa con la voluntad inequívoca de establecer objetivos claros en cuatro ámbitos¹⁶: a) promover un desarrollo económico sostenible; b) fijar las directrices básicas para crear una concepción precisa de los valores europeos en el ámbito empresarial; c) indagar sobre qué procedimientos, modelos y experiencias son los más adecuados para articular la responsabilidad social de las empresas; d) establecer una concepción de la actividad empresarial en la que no se considere que se realiza en un vacío social, sino que tiene consecuencias y efectos sociales que deben tomarse en consideración y que deben gestionarse con rigor.

El *Libro Verde* dio lugar a un proceso de debate en el que se produjo un importante resultado reflexivo en forma de documentos, emitidos a lo largo de varios años: el primero, en 2002, se elaboró la *Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible*¹⁷; posteriormente, en 2005, la cuestión se integra en la estrategia para el crecimiento, el empleo y el desarrollo sostenible, aprobada por la Comisión Europea a través de la *Comunicación Acciones comunes para el crecimiento y el empleo: el programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa*¹⁸; un año después, en 2006, la Comisión Europea presenta la *Comunicación Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la RSE*, en la que anuncia la creación de la «Alianza Europea para la RSE»¹⁹; con otro año de diferencia, en 2007, el Parlamento Europeo emitió su Resolución *La RSE: una nueva asociación*, llamada *Informe Howitt*, en la que manifestaba «su convicción de que una mayor responsabilidad social y medioambiental por parte de las empresas, unida al principio de responsabilidad empresarial, representa un elemento esencial del Modelo Social Europeo y de la Estrategia Europea de Desarrollo Sostenible a la vez que responde a los retos sociales de globalización económica»²⁰; y, como colofón, en esta fase, con fecha de 2011, la Comisión Europea presentó la *Comunicación Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*²¹, que desarrollaba un plan de acción.

¹⁶ Ver, por ejemplo, Elsa González Esteban y Domingo García Marzá, «La responsabilidad social empresarial (RSE) en Europa: la apuesta por un nuevo modelo de empresa. Una revisión crítica desde la ética empresarial», *Recerca: Revista de Pensament i Anàlisi*, n.º 6 (2006):157-171.

¹⁷ COM (2002) 347 final, Bruselas, 2.7.2002.

¹⁸ COM (2005) 330 final, Bruselas, 20.7.2005.

¹⁹ COM (2006) 136 final, Bruselas, 22.3.2006.

²⁰ Resolución de 13 de marzo de 2007 (2006/2133(INI)).

²¹ COM (2011) 681 final, 25.10.2011.

En general, todo el impulso del *Libro Verde*, en forma de documentos, confirmaba la voluntad europea de establecer principios, valores y estrategias para el desarrollo de las actividades empresariales, con la finalidad de evitar los efectos negativos de su actuación y que se rigieran por criterios éticos de comportamiento. En particular, la mencionada *Comunicación* de 2006 planteó el establecimiento de una «Alianza estratégica para la RSE», con el objetivo de unir a las empresas europeas para que trabajaran de manera voluntaria en favor de las áreas prioritarias expresamente determinadas por la Comisión²². Y consideraba necesarias acciones para el aumento de la sensibilización e intercambio de las mejores prácticas en relación con los problemas sociales y en materia de medio ambiente, el apoyo a las iniciativas multilaterales, la cooperación con los Estados miembros, la información de los consumidores y la transparencia, la investigación, la educación, las PYME y la dimensión internacional de la RSE. Por su parte, la *Comunicación* de 2011 planteaba el establecimiento de una nueva política, con un *Plan de Acción* para el período escogido, 2011-2014, que debería desarrollarse en ocho áreas: a) el aumento de la visibilidad de la RSE y la difusión de buenas prácticas, postulando la creación de grupos sectoriales para empresas y grupos de interés, con la idea de establecer compromisos y participar en el proceso; b) optimizar los niveles de confianza en las empresas y llevar a cabo su seguimiento; c) mejorar los procesos de autorregulación y corregulación, a través de instrumentos que den pautas para su desarrollo; d) premiar los compromisos de RSE y su cumplimiento a través del mercado, por medio de las políticas europeas de consumo, inversión y contratación pública; e) la mejora en la divulgación de la información social y medioambiental por parte de la empresa, lo que anticipaba la elaboración de lo que sería la Directiva 2014/95 sobre «Información no financiera e información sobre diversidad», que más tarde veremos; f) mantener la integración de la RSE en la educación, la formación y la investigación; g) insistir en la relevancia de las políticas de RSE en los Estados y en los entes inferiores de carácter federal, autonómico o regional; h) mejorar la coordinación del enfoque europeo de la RSE con las normas internacionales, como son las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, los diez principios del *Pacto Mundial de Naciones Unidas*, los *Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, la *Declaración Tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*; y la *Norma ISO 26000: la Guía de responsabilidad social para las organizaciones*.

²² Ver González Esteban y García Marzá, «La responsabilidad social empresarial (RSE) en Europa: la apuesta por un nuevo modelo de empresa. Una revisión crítica desde la ética empresarial», 159-160.

Todo este conjunto declarativo, a través de Comunicaciones y Resoluciones, establecía un programa político y jurídico de futuro que se concretó pronto con la Directiva 2014/95, que en breve pasamos a examinar. Se ha dicho, valorando la política europea de RSE, que, contando sólo hasta 2014, la Unión Europea había contribuido ya decisivamente a consolidar mundialmente el movimiento por la RSE²³, por varias razones: a) al establecer un concepto comúnmente aceptado por todos (en la mencionada *Comunicación* de 2011, sólo diez años después del *Libro Verde*)²⁴; b) al fijar el reconocimiento del principio «cumplir o explicar», que exige a las empresas dar cuenta e informar sobre sus decisiones; c) al impulsar la transparencia por la divulgación de la información no financiera, pues informa a los agentes interesados, entre ellos los accionistas e inversores (pero también a los consumidores y reguladores), del modo en que la empresa obtiene sus ganancias; d) con el establecimiento de unas reglas de juego comunes para todos en el campo de la RSE, lo que simplifica la cuestión y evita fragmentaciones del mercado interior; y e) con la puesta en marcha de un modelo de trabajo con la pluralidad de actores interesados en la materia (los *stakeholders* en la jerga particular de la RSE), con aspectos múltiples como por ejemplo, el mundo digital, en materias como derechos humanos, privacidad, libertad de expresión o ciberdelincuencia. En consecuencia, en la Unión Europea, declaraciones y normas han contribuido a construir una planificación y un modelo de RSE²⁵, no exento de críticas, pero real, del que la Directiva 2014/95 resultó ser un instrumento fundamental. Efectivamente, como se ha dicho, la Directiva 2014/95 implicó un cambio sustancial, al mutar del enfoque ético de la RSE al establecimiento de obligaciones positivas: en este caso, la obligación de divulgar²⁶. En realidad, como se ha mencionado, se ha producido un cambio de la RSE a la gestión de los impactos ESG («*environmental, social and governance*») o ASG («Am-

²³ Alberto Andreu Pinillos y Jesús de la Morena Olías, «Europa y Responsabilidad Social Corporativa: una alianza positiva», en *El País*, 3 de julio de 2014, en https://elpais.com/elpais/2014/06/24/planeta_futuro/1403608328_930207.html. Ver también Julien Prieur, Grace Ladeira Garbaccio y Ricardo Stanzola Vieira, «Corporate Social Responsibility / CSR: contributions of business to Law, based on the experience of the European Union», *Novos Estudos Jurídicos*, 25, n.º 2 (2020): 354 y ss.

²⁴ Una crítica desde la perspectiva de género puede verse en Guacimara Gil Sánchez, «La definición europea de la responsabilidad social de las empresas y su insensibilidad hacia la justicia de género», *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n.º 28 (2013): 165-190.

²⁵ Puede verse también, Laurence Eberhard-Harribey, «Corporate social responsibility as a new paradigm in the European policy: how CSR comes to legitimate the European regulation process», *Corporate Governance*, 6, n.º 4 (2006): 358-368.

²⁶ Ver Elisabeth de Nadal, «Una mirada jurídica de la sostenibilidad empresarial. Tendencias normativas», en *Sostenibilidad corporativa y RSE: fundamentos y prácticas*, coord. por Suárez Serrano Eugenia y Antonio Blanco Priero (Navarra: Aranzandi, 2022), 73-75.

bientales, sociales y de gobierno corporativo»), los criterios que examinan la actividad de la empresa en el respeto al medio ambiente, los derechos sociales y el gobierno corporativo²⁷.

Si el primer momento de la RSE en la Unión Europea estuvo marcado, como hemos visto, por el *Libro Verde* de 2001, culminando con la Directiva 2014/95, este segundo momento posterior ha tenido dos documentos programáticos oficiales como elementos esenciales que han establecido el camino: en primer lugar, el *Plan de Acción de la Comisión* de 8 de marzo de 2018, *Plan de Acción: Financiar el desarrollo sostenible*²⁸, condicionado ya por el *Acuerdo de París de 2015 sobre el Cambio Climático* y por la *Agenda 2030* de las Naciones Unidas; y en segundo lugar, el llamado *Pacto Verde Europeo* de 2019 (*Green Deal*), un paquete de iniciativas políticas que tiene por finalidad situar a la UE en el camino hacia una transición ecológica, con el objetivo último de alcanzar la neutralidad climática de aquí a 2050²⁹. Este nuevo empuje en la política europea hacia el desarrollo de políticas de RSE a través de obligaciones de criterios o impactos ESG o ASG, se ha planteado en un doble sentido: en primer lugar, a través de la obligación de divulgar, materializada en la nueva Directiva (UE) 2022/2464, de 14 de diciembre de 2022, relativa a «la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas», y dirigida a las empresas; pero también en otros dos instrumentos dirigidos al mercado de capitales, como son el llamado *Reglamento de taxonomía*³⁰, el Regla-

²⁷ de Nadal, «Una mirada jurídica de la sostenibilidad empresarial. Tendencias normativas», 73-75. Puede verse también, por ejemplo, María José Gálvez Cardona, «La gestión de los criterios ASG», en *Sostenibilidad corporativa y RSE: fundamentos y prácticas*, coord. por Suárez Serrano Eugenia y Antonio Blanco Priero (Navarra: Aranzandi, 2022), 59-70.

²⁸ Comisión Europea, *Plan de Acción: Financiar el desarrollo sostenible. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, COM (2018) 97 final, Bruselas, 8 de marzo de 2018.

²⁹ Comisión Europea, *El Pacto Verde Europeo. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, COM (2019) 640 final, 11 de diciembre de 2019.

³⁰ DOUE L198, 22 junio 2020, 13 a 43. Ver, por ejemplo, Iria Calviño, «Aproximación al reglamento de taxonomía y sector energético», en *Anuario de Derecho Administrativo 2021*, coord. por Miguel Ángel Recuerda Girela (Pamplona: Civitas, 2021), 681-696; M.^a de La Concepción Chamorro Domínguez, «Otro paso más en el conjunto de normas de la UE sobre sostenibilidad y cambio climático: Normas técnicas del Reglamento de Taxonomía», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 64 (2022); Urbano Murillo García, «Reglamento de Taxonomía de la UE de actividades económicas sostenibles», *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, n.º 3126 (2020): 15-26; María Rosa Tapia Sánchez, «La Taxonomía UE: una regla de oro de las finanzas sostenibles», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 27 (2020): 193-241; y Ada Lucía Mariscal González, «Las inversiones socialmente responsables en el ámbito de la Unión Europea: la integración de los criterios ESG en

mento (UE) 2020/852 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles, aprobado con anterioridad, el 18 de junio de 2020, y en vigor desde el 10 de marzo de 2021 (que establece el sistema de clasificación de la Unión Europea para actividades económicas sostenibles medioambientalmente); y el denominado *Reglamento de divulgación* en el sector de los servicios financieros³¹, el Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros. En segundo lugar, aparecen los nuevos instrumentos jurídicos que establecen obligaciones de conducta para las empresas de prevención de daños, como la *propuesta de Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*³². En este caso, los trabajos sobre la *Directiva de diligencia debida* se han alargado en el tiempo y suscitado críticas por su limitada ambición e incluso por los objetivos de contención que expresa la propuesta³³.

las finanzas sostenibles», *Responsabilidad social, transparencia y relaciones privadas internacionales*, dir. por Alfonso Ortega Giménez, coord. por Lerdys Saray Heredia Sánchez (Pamplona: Aranzadi, 2023), 27-48.

³¹ Ver, por ejemplo, Sara García García, «Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 103 (2020): 129-130; Luz M.ª García Martínez, «Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financiero (D.O.U.E. 9.12.2019)», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, n.º 5 (2020); Alberto Javier Tapia Hermida, «Sostenibilidad financiera en la Unión Europea: El Reglamento (UE) 2019/2088 sobre las finanzas sostenibles», *La Ley Unión Europea*, n.º 77 (2020); ídem, «Sostenibilidad financiera en la UE: un salto cualitativo en su regulación mediante el Reglamento (UE) 2020/852 de 18 de junio de 2020 sobre inversiones sostenibles», *La Ley Unión Europea*, n.º 83 (2020).

³² Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937*. Puede verse, por ejemplo, Carmen Márquez Carrasco, «Todos los ojos puestos en Bruselas: las claves de la futura Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial», *Revista Española de Derechos Humanos y Empresas*, n.º 1, (2023): 5-36; Mateja Steinbrück Platise, «From Social to Legal Responsibility: The Rise of Due Diligence Laws and their Limits», *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Research Paper, 20 (2023): 1-20.

³³ Ver, por ejemplo, Adoración Guamán Hernández, «El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, n.º 88 (2022).

III. El paso adelante en las obligaciones de divulgación en la Unión Europea: la Directiva 2014/95 sobre Información no Financiera e Información sobre Diversidad (NFRD)

La Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014³⁴, «por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos» reformó, como su nombre indicaba, la Directiva 2013/34/UE (sobre estados financieros anuales, estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas) en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. Se le conoce por sus siglas en inglés, NFRD (*non-financial reporting directive*).

³⁴ DOCE de 15 de noviembre de 2014 (L330). En vigor desde el 5 de diciembre de 2014. Pueden verse María Esperanza Calvo Centeno, Enrique Gragera Pizarro, Eva Romero Ramos y Eva Roperó Morriónes, «Información de contenido medioambiental divulgada por las empresas del IBEX 35: análisis de los requisitos establecidos en la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo», *Revista de Contabilidad y Tributación, CEF*, n.º 403 (2016): 197-222; María Esperanza Calvo Centeno, Enrique Gragera Pizarro, Eva Romero Ramos y Eva Roperó Morriónes, «Verificación de la información no financiera de carácter medioambiental en los grupos cotizados: Directiva 2014/95/UE», *Revista de Contabilidad y Tributación, CEF*, n.º 419 (2018): 201-224; Macarena García Menéndez, «Comparativa a nivel europeo de la transposición de la Directiva 95/2014 de Información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas empresas y grupos corporativos», *RUE: Revista universitaria europea*, n.º 37 (2022): 107-154; Isabel M.ª García Sánchez, M.ª Pilar Martín Zamora y Lázaro Rodríguez Ariza, «La obligación de ser socialmente transparente: El estado de información no financiera», *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, n.º 443 (2020): 155-192; Estibaliz Goicoechea Zulaica, Fernando Gómez-Bezarez Pascual, y Leyre Goitia-Berriozabal, «Novedades y retos en materia de información no financiera y auditoría», *Boletín de Estudios Económicos*, 75, n.º 230 (2020): 321-350; Julián Reboló Palacios y Ana Isabel Segovia San Juan, «Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera: un paso más hacia la información integrada», *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n.º 386 (2015): 223-250; Carmelo Reverte Maya, «La nueva Directiva Europea de Reporting no Financiero: Una excelente oportunidad para la mejora de la transparencia empresarial y del contenido del informe de gestión», *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, n.º 110 (2015): 17-22; Patricia Rodríguez Fernández de Castro, «La importancia de los datos: de la información no financiera a la información corporativa sobre sostenibilidad en el sector financiero», *Economistas*, n.º 175 (2021): 97-103; Dániel Szabó, y Karsten Sorensen, «New EU Directive on the Disclosure of Non-financial Information (CSR)», *European Company and Financial Law Review*, 12, n.º 3 (2015): 307-340; Kamilla Teixeira Silva y Ainhoa Saitua-Iribar, «Nueva normativa de divulgación de información no financiera para grandes empresas. Análisis de casos sobre políticas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar», *Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, n.º 43 (2020): 95-119.

El legislador de la Unión Europea consideró procedente la intervención en la materia con el *objetivo de aumentar la transparencia* («incrementar la pertinencia, coherencia y comparabilidad», decía literalmente) de la información social y medioambiental divulgada por determinadas grandes empresas y determinados grupos en la Unión³⁵, con la finalidad de que inversores y consumidores, en la adopción de sus decisiones económicas, pudieran tomar en consideración los riesgos de las empresas sobre la sostenibilidad (la perspectiva «de fuera a dentro») y la información de sus efectos sociales y medioambientales (la perspectiva «de dentro a fuera»), en lo que se ha llamado la «doble significatividad»³⁶. Se ha dicho que sus motivaciones están en hacer comparable la información no financiera de las empresas en el marco europeo y «medir, supervisar y gestionar el desempeño no financiero de las empresas y su impacto en la sociedad», así como tiene una función esencial en la transición hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad económica con la justicia social y la protección medioambiental³⁷. Resulta pertinente al respecto señalar que, en el considerando veintidós (22) se dejaba plasmado que la NFRD respetaba los derechos fundamentales y observaba los principios reconocidos, en particular, en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, entre ellos la libertad de empresa, el respeto a la vida privada y la protección de los datos personales, y que la Directiva debía aplicarse con arreglo a esos derechos y principios. En España fue objeto de transposición mediante la Ley 11/18 de 28 de diciembre³⁸. Como se ha dicho, estas normas en España han constituido «los primeros pasos en la publicación obligatoria de información no financiera», bajo la supervisión

³⁵ Considerando 21 de la Directiva. Ver, por ejemplo, Rebolo Palacios y Segovia San Juan, «Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera: un paso más hacia la información integrada», 238-239.

³⁶ Para un examen más detallado, puede verse Josef Baumüller y Michaela-María Schaffhauser-Linzatti, «In search of materiality for nonfinancial information -reporting requirements of the Directive 2014/95/EU», *Sustainability Management Forum*, 26, n.º 2 (2018): 101-111. Puede verse un análisis de la función de las iniciativas de *reporting* en relación a la regulación de la conducta de las empresas multinacionales en Lorena Sales Pallarés y María Chiara Marullo, «Informes de sostenibilidad y planes de vigilancia: explorando nuevos caminos para luchar contra la impunidad empresarial», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 63 (2020): 207-236.

³⁷ Goicoechea Zulaica, Gómez-Bezares Pascual y Goitia-Berriozabal, «Novedades y retos en materia de información no financiera y auditoría», 324.

³⁸ Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. «BOE» n.º 314, de 29 de diciembre de 2018, 129833 a 129854.

de la CNMV, al tener un efecto directo sobre las entidades que cotizan en el mercado de valores³⁹.

La gran novedad que se debe mencionar introdujo la NFRD fue la inserción del artículo 19 *bis*, que regulaba el *Estado no financiero*, sobre el que se establecía la obligación de facilitar información. Con ello, la Directiva supuso un indudable avance concreto al obligar a «determinadas empresas» a formular un «estado no financiero», con esa información⁴⁰. El *contenido mínimo de la información* que se debía suministrar se correspondía con un estado no financiero que contuviese información, en la medida que resultase necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación de la empresa, y el impacto de su actividad⁴¹. Se incluían seis (6) materias, a saber: cuestiones medioambientales, sociales, personal, respeto de los derechos humanos, lucha contra la corrupción y soborno⁴². El informe debía incorporar: a) una breve descripción del modelo de negocio de la empresa; b) una descripción de las políticas que aplica la empresa en relación con dichas cuestiones, que incluya los procedimientos de diligencia debida aplicados; c) los resultados de esas políticas; d) los principales riesgos relacionados con esas cuestiones vinculados a las actividades de la empresa, entre ellas, cuando sea pertinente y proporcionado, sus relaciones comerciales, productos o servicios que puedan tener efectos negativos en esos ámbitos, y cómo la empresa gestiona esos riesgos; e) indicadores claves de

³⁹ Rodríguez Fernández de Castro, «La importancia de los datos: de la información no financiera a la información corporativa sobre sostenibilidad en el sector financiero», 98.

⁴⁰ Ver José María De Paz Armas y Borja Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», en *Estudios jurídicos sobre sostenibilidad: Cambio climático y criterios ESG en España y la Unión Europea*, dir. por José María de Paz Arias y coord. por Marisa Delgado (Pamplona: Aranzadi, 2023), 209.

⁴¹ Esto aseguraba que solo se incluyera la información que era importante para la empresa. Szabó, y Sorensen, «New EU Directive on the Disclosure of Non-financial Information (CSR)», 326. Sobre el concepto de «información no financiera», ver, por ejemplo, Rebolo Palacios y Segovia San Juan, «Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera: un paso más hacia la información integrada», 229-230.

⁴² Ver, por ejemplo, Calvo Centeno, Gragera Pizarro, Romero Ramos y Roperio Morrones, «Información de contenido medioambiental divulgada por las empresas del IBEX 35: análisis de los requisitos establecidos en la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo», 214-215; de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 210; y Rebolo Palacios y Segovia San Juan, «Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera: un paso más hacia la información integrada», 239-240.

resultados no financieros, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta⁴³.

Asimismo, la empresa debía suministrar una descripción de la *política de diversidad* aplicada en relación con los órganos de administración, dirección y supervisión, por lo que respecta a cuestiones como, por ejemplo, la edad, el género, la formación y la experiencia profesional, los objetivos de esa política de diversidad, la forma en que se ha aplicado y los resultados en el periodo de presentación de informes. En caso de que no aplicase una política de este tipo, debería ofrecer una explicación al respecto⁴⁴. Se introduce de este modo, una política de diversidad, fundamentada en evitar el «pensamiento de grupo», el que se entiende puede contribuir al fracaso de una crítica eficaz de las decisiones de la dirección, ya que la ausencia de opiniones, valores y competencias diferentes puede ocasionar un debilitamiento del debate, la restricción de las ideas y a atenuar las críticas en las reuniones del Consejo, así como a una menor aceptación de las ideas innovadoras propuestas por la dirección.

En el caso de que la empresa no aplicase ninguna política en relación con una o varias de esas cuestiones, el estado no financiero debía ofrecer una *explicación clara y motivada* al respecto. Se introducía así el principio de «cumple o explica»⁴⁵, cuando no se aplicase una política en relación a una o varias de las cuestiones. De este modo, puede pensarse que la regulación de la información no financiera, no implicaba de manera indirecta el deber de adoptar una política de RSE, al menos en todas las áreas. Pero sí el deber de explicar por qué no se lo hace. En este sentido, se ha señalado que el efecto probable del principio debía ser que al menos las empresas considerarían políticas sobre todos los temas⁴⁶.

En cuanto a las *excepciones*, los Estados miembros podían permitir que en casos particulares, se omitiera la información relativa a acontecimientos inminentes o cuestiones en curso de negociación cuando, en la opinión debidamente justificada de los miembros de los órganos de administración, dirección y supervisión, que actuasen dentro de los límites de las competencias que les confiriera el Derecho nacional y fueran colectivamente responsables de dicha opinión, la divulgación, pudiera perjudicar gravemente a la posición comercial de la empresa, siempre que esa omisión no impidiera

⁴³ Se entiende por empresas de interés público a las sociedades que cotizan, el sector bancario, el sector asegurador y otras especificadas en las legislaciones nacionales.

⁴⁴ A través de la modificación del artículo 20, apartado primero, añadiendo la letra g.

⁴⁵ Principio aplicado en materia de gobierno corporativo.

⁴⁶ No obstante, se señala que el principio presenta desventajas, como el diseño de «políticas huecas» o que las explicaciones no sean informativas. Szabó y Sorensen, «New EU Directive on the Disclosure of Non-financial Information (CSR)», 331-332.

una comprensión fiel y equilibrada de la evolución de los negocios, los resultados y la situación de la empresa, y del impacto de su actividad.

Respecto de la *forma de presentación*, la NFRD establecía la posibilidad de que la información se incluyera en el informe de gestión o bien en un documento separado al que se hiciera referencia en el informe de gestión, y que fuera adjunto y se publicara conjuntamente o bien, en un plazo razonable no superior a seis meses desde el cierre del balance, en la página web de la empresa. En relación con la *metodología a utilizarse*, las normas en que debían basar las empresas la preparación de esa información, la Directiva sostenía que los Estados miembros dispondrían que las empresas podían utilizar marcos normativos nacionales, de la UE o internacionales, y en tal caso las empresas especificarían en qué marco se han apoyado⁴⁷.

Los *sujetos obligados* que se contemplaban, sobre la base de aligerar la carga a la pequeña empresa, eran las grandes sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones que fueran entidades de interés público que, en sus fechas del cierre del balance, superasen el criterio de un número medio de empleados superior a 500 durante el ejercicio. Se incluían también las entidades de interés público que fueran matrices de un grupo que tuviera más de 500 trabajadores⁴⁸. La NFRD eximía, sin embargo, a las filiales de las obligaciones de divulgar la información si su empresa matriz ya lo hacía en relación con todo el grupo, incluidas las filiales. Se ha dicho que alrededor de 11.700 empresas estaban sujetas a la obligación de divulgar la información establecida en la Directiva⁴⁹. Establecidos los sujetos mínimos obligados, la NFRD señalaba que los Estados miembros podrían incluir otras entidades obligadas al suministro de esta información. De igual modo, se regulaba la información no financiera en los estados contables consolidados⁵⁰.

⁴⁷ Ver, por ejemplo, Calvo Centeno, Gragera Pizarro, Romero Ramos y Roperro Morriones, «Información de contenido medioambiental divulgada por las empresas del IBEX 35: análisis de los requisitos establecidos en la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo», 205-207; Reboło Palacios y Segovia San Juan, «Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera: un paso más hacia la información integrada», 242-243.

⁴⁸ Ver, por ejemplo, de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 209; y Reboło Palacios y Segovia San Juan, «Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera: un paso más hacia la información integrada», 240-241.

⁴⁹ Ver Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifican la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) n.º 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad*. COM(2021) 189 final, 2021/0104(COD), 1.

⁵⁰ A través de la incorporación del artículo 29 bis.

La Directiva fijaba asimismo que los Estados miembros debían velar porque el *auditor legal o la sociedad de auditoría* comprobasen si se había facilitado el estado no financiero; y que podrían exigir que la información contenida en el estado no financiero fuera verificada por un prestador independiente de servicios de verificación⁵¹. Se disponía también que el informe debería considerar además, habida cuenta de la evolución en el seno de la OCDE y de los resultados de las iniciativas europeas conexas, la posibilidad de introducir una obligación para las grandes empresas de presentar, con carácter anual, un informe por país para cada Estado miembro y *país tercero en el que operasen*, que contuviera información sobre, al menos, los beneficios obtenidos, los impuestos sobre beneficios pagados y las subvenciones públicas recibidas⁵².

En cuanto a las *disposiciones transitorias*, el artículo segundo de la NFRD preveía por parte de la Comisión la preparación de directrices no vinculantes sobre la metodología aplicable a la presentación de información no financiera, para cuya elaboración debería consultar con las partes interesadas pertinentes, siendo el plazo final para su publicación el 6 de diciembre de 2016. Sin embargo, no serían publicadas, en un primer bloque, hasta el julio de 2017; y un segundo bloque, el 20 de junio de 2019⁵³. El artículo tercero preveía la presentación de un informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva, para el 6 de diciembre de 2018 que podía ir acompañado de propuestas legislativas. Tal informe no llegaría hasta el 24 de abril de 2021. El artículo cuarto preveía el plazo de transposición para el 6 de diciembre de 2016, y que los Estados miembros establecerían la aplicación a partir del ejercicio que comenzaba el 1 de enero de 2017 o durante el año civil de 2017⁵⁴.

⁵¹ Puntos 5 y 6. Ver, por ejemplo, de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 210; y Rebolo Palacios y Segovia San Juan, «Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera: un paso más hacia la información integrada», 243-244. Un estudio sobre la escasez de conocimientos de los auditores en relación con la información no financiera puede verse en: Joanna Krasodomska, Jan Michalak y Katarzyna Świetla, «Directive 2014/95/EU: Accountants' understanding and attitude towards mandatory non-financial disclosures in corporate reporting», *Meditari Accountancy Research*, Emerald Group Publishing Limited, 28, 5 (2020): 751-779.

⁵² A través de la modificación del artículo 48. Esta regulación muestra el papel político institucional que puede desempeñar la UE en temas de conducta empresarial a escala global.

⁵³ Ver de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 211.

⁵⁴ Sobre la transposición, puede verse García Menéndez, «Comparativa a nivel europeo de la transposición de la Directiva 95/2014 de Información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas empresas y grupos corporativos», 107-154

Como ya dijimos, la *transposición en España* no se llevó a cabo hasta la Ley 11/18 de 28 de diciembre, mediante la que se modificó el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas, a la que se incorporarían posteriormente modificaciones que derivaban fundamentalmente de las directrices de la Comisión⁵⁵. El legislador español llevó a cabo una transposición casi literal de la Directiva, con la inclusión, singularmente, de dos especialidades. En primer lugar, la ampliación de las sociedades que tenían obligación de formular el estado no financiero, aplicándolo a las EPI que tengan más de 500 trabajadores y a las grandes empresas con más de 500 trabajadores, así como a aquellas empresas que reúnan determinadas circunstancias durante dos ejercicios consecutivos, como que, teniendo más de 250 trabajadores, el total de sus partidas de activo sea superior a 20 millones de euros, o que el importe neto de la cifra anual de sus negocios superase los 40 millones de euros⁵⁶. En segundo lugar, el legislador español no recogió la obligación de que un profesional de servicios de verificación fuera quien verificase el estado de información no financiera, limitándose a establecer que la obligación del auditor se restringiría a comprobar que se había incluido el estado de información no financiera en el informe de gestión o a través de un informe separado⁵⁷.

Una vez puesta en práctica la NFRD, la Comisión realizó una encuesta, durante los años 2019 y 2020 entre los destinatarios de la información financiera y de la no financiera, es decir, los reguladores, los preparadores de la información y otros operadores interesados (los «usuarios»⁵⁸), llegando a la conclusión de que se producían determinados problemas significativos: la información suministrada era poco comparable entre distintas empresas y

⁵⁵ de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 211.

⁵⁶ De Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 212; y Ana Manzano Cuadrado, «Evolución de la regulación de la información no financiera en Europa», *Audit.AR: Revista de Auditoría*, 2, n.º 2 (2023): 11.

⁵⁷ de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 212

⁵⁸ Sobre los «usuarios» de la información corporativa, ver, por ejemplo, Rebolo Palacios y Segovia San Juan, «Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera: un paso más hacia la información integrada», 230.

entre los distintos Estados miembros; era poco confiable al no existir obligación de verificación desde las instituciones europeas y sólo España, Francia e Italia habían incorporado esta opción en su legislación⁵⁹. La Comisión, en su *Comunicación* presentando la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifican la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) n.º 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad*, planteaba abiertamente que «El actual marco legal no garantiza que se satisfagan las necesidades de información de los usuarios» y lo justificaba diciendo que:

«Esto se debe a que algunas empresas de las que los usuarios desean obtener información en materia de sostenibilidad no la facilitan, mientras que muchas de ellas que sí lo hacen no divulgan toda la información pertinente para los usuarios. Cuando se presenta información, a menudo no es suficientemente fiable ni suficientemente comparable entre las distintas empresas. A los usuarios les suele resultar difícil encontrar la información y rara vez está disponible en un formato digital de lectura automática. La información que se facilita sobre los activos intangibles, incluidos los generados internamente, no es suficiente, aunque es en estos activos en los que se concentra la mayor parte de la inversión del sector privado en las economías avanzadas (por ejemplo, capital humano, marca, propiedad intelectual y activos intangibles relacionados con la investigación y el desarrollo)⁶⁰.

Ante la creciente necesidad de información que se requiere cada vez más por los diferentes operadores económicos y jurídicos interesados, los ya mencionados *stakeholders*, la Comisión Europea identificaba la «brecha» existente entre la información efectivamente suministrada por las empresas y las necesidades de esos usuarios, lo que justificaba la elaboración de una nueva norma que permitiera «mejorar la información en materia de sostenibilidad con el menor coste posible, a fin de sacar el máximo provecho del potencial del mercado único europeo para contribuir a la transición hacia un sistema económico y financiero plenamente sostenible e integrador, de conformidad con el *Pacto Verde Europeo* y los *Objetivos de De-*

⁵⁹ Ver Manzano Cuadrado, «Evolución de la regulación de la información no financiera en Europa», 11. Estudios sobre los efectos en Italia y España puede verse en Stefanía Carolina Posadas y Lara Tarquinio, «Assessing the Effects of Directive 2014/95/EU on Nonfinancial Information Reporting: Evidence from Italian and Spanish Listed Companies», *Administrative Sciences*, 11, n.º 89 (2021:1-28); y María-Antonia García-Benaua, Helena-María Bolas-Arayab, Laura Sierra-García, «Non-financial reporting in Spain. The effects of the adoption of the 2014 EU Directive», *Revista de Contabilidad*, 25, n.º 1. (2022): 3-15.

⁶⁰ COM(2021) 189 final, 3.

«*sarrollo Sostenible* de las Naciones Unidas»⁶¹. La Directiva 2014/95/UE había conseguido dar, como se dijo, un salto cualitativo⁶², pero con todo, no satisfacía todas las necesidades de información.

IV. La nueva Directiva 2022/2464 sobre Información Corporativa en materia de Sostenibilidad (CSRD). Sus aportaciones y carencias

1. *Los documentos preparatorios de elaboración de la nueva Directiva 2022/2464*

Con fecha de 21 de abril de 2021, la Comisión publicó tres documentos: una Comunicación bajo el título *Taxonomía de la UE, divulgación de información corporativa en materia de sostenibilidad, preferencias de sostenibilidad y obligaciones fiduciarias: Orientar la financiación hacia el Pacto Verde Europeo*⁶³, la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) n.º 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad*⁶⁴ y el *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión. Resumen de la Evaluación de Impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) n.º 537/2014, por lo que respecta a la divulgación de información corporativa en materia de sostenibilidad*⁶⁵.

Indicando sobre las apreciaciones generales expresadas en el apartado anterior, el mencionado *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión* explicaba con claridad que la aplicación de la Directiva 2014/95 había planteado determinados problemas prácticos, pues en primer lugar «la información facilitada por las empresas no responde a las necesidades de los usuarios», como son los inversores, la sociedad civil y otros; en segundo lugar, las empresas no informan y, cuando informan, esa información no cumple determinadas condiciones necesarias para que resulte útil, como que sea «suficientemente pertinente, comparable, fiable o fácil de acceder y

⁶¹ COM(2021) 189 final, 4.

⁶² Ver Reverte Maya, «La nueva Directiva Europea de Reporting no Financiero: Una excelente oportunidad para la mejora de la transparencia empresarial y del contenido del informe de gestión», 17-22.

⁶³ COM(2021) 188 final, Bruselas, 21.4.2021.

⁶⁴ COM(2021) 189 final. 2021/0104 (COD), Bruselas, 21.4.2021.

⁶⁵ SWD(2021) 151 final, Bruselas, 21.4.2021.

utilizar». Las previsiones son que la demanda de información no financiera se va a incrementar, de modo que los problemas se agravarán de no adoptar medidas al respecto, pues al no contar con información, se inhiben inversiones; ante la falta de claridad sobre lo que notificar, los encargados de elaborar la información, es decir, las empresas que deben declarar, se mueven en la incertidumbre, lo que les provoca determinados costes. Un exceso de flexibilidad y de concreción en la Directiva 2014/95 se entendía que estaba entre las causas, pues existen muchas normas, se decía, y marcos de información que se solapan, de modo que no hay acuerdo sobre la información que se debe facilitar.

En consecuencia, el objetivo de la Propuesta de Directiva estaba en garantizar que las empresas facilitasen la información necesaria para los usuarios y que cumplieran las condiciones señaladas: pertinencia, comparabilidad, fiabilidad y facilidad de acceso y de utilización, así como reducir los costes que no sean necesarios para las empresas que deben facilitar la información. Así, por ejemplo, en relación con la sostenibilidad, debe facilitarse la movilización de la inversión privada que promueve el cumplimiento del *Pacto Verde Europeo*. En relación con la igualdad en el Mercado, se decía que contribuye a la realización de la Unión de Mercados de Capitales, ya que se debía permitir a los inversores acceder a la información no financiera comparable de empresas en las que se invierta en toda la UE. Así mismo, reforzaría la alianza de las empresas con la sociedad, al considerarse su impacto social.

Además, se entendía que únicamente a través de una actuación conjunta de la Unión Europea se podía garantizar la comparabilidad de la información no financiera que se facilitase en todo el espacio de integración, así como la coherencia de los requisitos de información de la Directiva con las exigencias de otras normas relativas a finanzas sostenibles, como el Reglamento de finanzas sostenibles (o *Reglamento de taxonomía*)⁶⁶. La existencia en la materia de normas diferenciadas entre Estados miembros da lugar a costes adicionales a las empresas que operan de modo transfronterizo, mientras que normas comunes europeas debían permitir a la Unión influir en la evolución internacional de las políticas sobre información no financiera⁶⁷.

El *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión* analizaba también las opciones estudiadas de regulación, mostrando que se examinaron las necesidades en tres ámbitos: 1) el establecimiento de normas comu-

⁶⁶ Ver nota 30.

⁶⁷ Como lleva sucediendo desde hace tiempo en otros campos, ver, por ejemplo, Anu, Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, (Oxford: Oxford Scholarship, 2020).

nes normalizadas de aplicación europea sobre información no financiera, exigibles a las empresas, considerando que efectivamente debían exigirse a todas las empresas que se considerara el cumplimiento de las normas europeas; 2) si debía verificarse la información no financiera que se facilitase y hasta qué punto, valorando que aunque se pretendiera realizar una verificación limitada por las empresas, se debía avanzar, a través de una cláusula de revisión, hacia un nivel mayor y más exigente de verificación; y 3) sobre qué empresas debían estar obligadas a presentar la información no financiera, considerándose que debía ampliarse el ámbito de aplicación a todas las grandes sociedades y a la mayoría que cotizasen en bolsa. Las opciones pasaban por saber si se optaba por una mayor exigencia de los requisitos de información y verificación, de amplio alcance y eficaces para satisfacer las necesidades de los usuarios, pero más costosos, o se optaba por unos requisitos menos exigentes, con un ámbito de aplicación restringido, menos eficaces en la satisfacción de la información de los usuarios, pero de menor coste. Mientras que los receptores de la información apoyaban la primera opción, las empresas encargadas de elaborar la información serían partidarias de la segunda. Con todo, parecía haber consenso en que debían ser normas de la Unión Europea. Y resultaba significativo que las instituciones financieras (que son receptoras y también creadoras de información), eran partidarias de la primera opción.

El estudio terminaba analizando las ventajas y los costes de la primera opción. De adoptarla, los inversores e interesados tendrán más información y de más calidad, cumpliendo condiciones de pertinencia, comparabilidad, fiabilidad y facilidad de acceso y de utilización, procediendo de un mayor número de empresas, de forma que se reducirán los riesgos de inversión en el sistema financiero, se incrementarán los flujos de inversión a las empresas sostenibles y con impactos sociales y medioambientales positivos y las empresas serán más responsables en la rendición de cuentas. Los costes para las empresas encargadas de elaborar la información no financiera se incrementarán significativamente, pero la no adopción de medidas también implicaría un aumento significativo de los costes, ante el aumento de la falta de coordinación de las solicitudes de información, a la falta de acuerdo sobre la información que se debe proporcionar y la dificultad de obtener información de calidad por los solicitantes, de forma que la opción por una mayor información de calidad y más exigente tendría un saldo mucho más positivo. Aunque se incrementen los costes, los beneficios para las empresas por la transparencia y la sostenibilidad, por lo que también en ese sentido se entiende que el saldo es positivo. Los requisitos de información no se aplicarían a las PYMES, más que de forma voluntaria, por lo que se entendía que permitiría una transición de la pequeña y mediana empresa hacia una economía sostenible.

Como decía la Comunicación de 21 de abril de 2021 antes mencionada titulada *Taxonomía de la UE, divulgación de información corporativa en materia de sostenibilidad, preferencias de sostenibilidad y obligaciones fiduciarias: Orientar la financiación hacia el Pacto Verde Europeo*, el objetivo era adaptar la actividad de las empresas a los objetivos del *Pacto Verde Europeo*, que es «la estrategia de crecimiento de Europa» que persigue mejorar «el bienestar y la salud de los ciudadanos», lograr que «Europa sea climáticamente neutra de aquí a 2050 y protegerá, conservará y mejorará el capital natural y la biodiversidad de la UE», con el objetivo de que la economía se ponga al servicio de las personas, para lo que la transición, se dice, «debe ser justa, crear empleo y garantizar que nadie quede rezagado»⁶⁸. Para lograr estos objetivos, afirmaba el documento, el sistema financiero deberá volverse más sostenible. Y la regulación de las exigencias de información no financiera para las empresas aparece como un elemento nuclear en este contexto⁶⁹.

Es así, que la Propuesta de Directiva del 21 de abril buscaba introducir mejoras notables que perseguían que las empresas fueran conscientes de su papel y que la información que facilitasen fuera relevante, de modo que las inversiones se canalicen a las empresas socialmente responsables, con la intención de que se consigan los objetivos del ya mencionado *Pacto Verde Europeo* y una economía sostenible. Se advertía, en consecuencia, que el marco legal vigente en ese momento no aseguraba que las necesidades de información no financiera de los diferentes grupos de interés quedaran satisfechas, pues no todas las empresas publicaban esa información y cuando lo hacían, no resulta fácilmente comparable ni confiable. Además, estaba la dificultad de acceder a la información en cuestión, que no se encontraba públicamente disponible para su lectura automática online. De todas estas reflexiones y consideraciones es deudora la *Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD)*, publicada en el DOUE el 16 de diciembre de 2022⁷⁰. ¿Cuáles han sido, en consecuencia, estas aportaciones incorporadas?

⁶⁸ COM(2021) 188 final, Bruselas, 21.4.202. «Taxonomía de la UE, divulgación de información corporativa en materia de sostenibilidad, preferencias de sostenibilidad y obligaciones fiduciarias: Orientar la financiación hacia el Pacto Verde Europeo», 1.

⁶⁹ COM(2021) 188 final, Bruselas, 21.4.202. «Taxonomía de la UE, divulgación de información corporativa en materia de sostenibilidad, preferencias de sostenibilidad y obligaciones fiduciarias: Orientar la financiación hacia el Pacto Verde Europeo», 9-12.

⁷⁰ Sobre la Directiva, pueden verse, de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la

2. El contenido de la Directiva 2022/2464, CSRD

2.1. Comprender y aplicar bien la «doble significatividad» o «doble materialidad»

Hay que resaltar que los «considerados» de la CSRD ponían el acento en los problemas de comparabilidad de la información no financiera que se facilita en los distintos Estados miembros, en la falta de coherencia de los requisitos de información de la Directiva con las exigencias de otras normas relativas a finanzas sostenibles, en la necesidad de que se unificase la información en el informe de gestión, en el requisito de verificación, pero sobre todo en que no se había entendido bien en la Directiva 2014/95/UE lo que ya mencionamos del principio de la «doble significatividad» o «doble materialidad»⁷¹.

El *enfoque de la «doble materialidad»*, que se utiliza, exige, como ya dijimos, la perspectiva «de fuera a dentro», así como la perspectiva «de dentro a fuera»⁷². La primera («de fuera a dentro») es la llamada *significatividad o materialidad financiera*, que debe llevar a considerar cómo se ve afectado el valor de la empresa (su desarrollo, rendimiento y posición) por el cambio climático, cuestión que resulta de máximo interés conocerla para los inversores. La información que se facilite debe mostrar esa afectación. La segunda perspectiva («de dentro a fuera») es la *significatividad o materialidad medioambiental y social*, en la que se plantean los efectos de la empresa sobre las personas y sobre el medio ambiente. Cuestión que resulta

información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 205-232; Manzano Cuadrado, «Evolución de la regulación de la información no financiera en Europa», 9-22; Salvador Marín, «Nueva directiva sobre información en materia de sostenibilidad: desarrollo previo, efectos a futuro y estándares de sostenibilidad», *Economistas*, n.º 181 (2023): 319-326; Odoabaša, Rajko and Katarina Marošević, «Expected Contributions of the European Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) to the Sustainable Development of the European Union», *EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC)*, n.º 7 (2023): 593-612; Ferrán Lambea González, «La presentación de información en materia de sostenibilidad por parte de las empresas: modificación de la Directiva 2013/34/UE», *Responsabilidad social, transparencia y relaciones privadas internacionales*, dir. por Alfonso Ortega Giménez, coord. por Lerdys Saray Heredia Sánchez (Pamplona: Aranzadi, 2023), 93-107.

⁷¹ Ver, por ejemplo, de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 215.

⁷² Ver de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 216; y Marín, «Nueva directiva sobre información en materia de sostenibilidad: desarrollo previo, efectos a futuro y estándares de sostenibilidad», 321.

de interés para los ciudadanos, los consumidores, los trabajadores, los socios comerciales, pero también para las comunidades y organizaciones de la sociedad civil. La información a publicar será toda aquella que resulte relevante desde cualquiera de las perspectivas, financiera o medioambiental y social.

2.2. El ámbito de aplicación personal

La nueva CSRD lleva a cabo una clara y prevista ampliación del ámbito de aplicación personal de las obligaciones de información. Las personas obligadas a suministrar información, frente a la Directiva 2014/95/UE (la NFRD), van a ser todas las grandes empresas y todas las empresas, que sean entidades de interés público, con valores cotizados en mercados regulados de la UE, excepto las microempresas⁷³. Por «grandes empresas» se entienden las que durante dos años consecutivos cumplieran dos de los siguientes requisitos: un importe neto de la cifra de negocios superior a los 40 millones de euros, un activo total superior a los 20 millones de euros y un número medio de empleados por año superior a los 250 trabajadores, de acuerdo con el artículo 3 de la Directiva 2013/34/UE; y por «microempresas», aquellas que tengan menos de 10 trabajadores, cuyo importe de activo total no exceda de 350.000 euros y cuyo importe neto de cifra de negocios no exceda de 700.000 euros⁷⁴. Se incluirán entre ellas tanto las empresas de seguros como las entidades de crédito, así como las empresas no establecidas en la Unión Europea, que coticen en sus mercados regulados, y empresas de terceros países, que tengan una sucursal o filial en la Unión Europea y que generen más de 150 millones de importe neto de la cifra de negocios a nivel consolidado, durante dos ejercicios consecutivos. Se establecen también para las Pymes que cotizan en los mercados europeos regulados normas adaptadas a sus necesidades y recursos, con carácter simplificado, y un plazo de tres años para su aplicación desde la entrada en vigor de la Directiva. La adaptación para las grandes empresas se realizará en dos fases: a) la previsión es que, para octubre de 2022, se aplique un primer conjunto de estándares sobre sostenibilidad y áreas de divulgación de información; y b) en octubre de 2023 se aplique un segundo conjunto de

⁷³ Ver, por ejemplo, Manzano Cuadrado, «Evolución de la regulación de la información no financiera en Europa», 12-13; y Marín, «Nueva directiva sobre información en materia de sostenibilidad: desarrollo previo, efectos a futuro y estándares de sostenibilidad», 320-321

⁷⁴ Puede verse una explicación y tablas comparativas en Comisión Europea, *Sobre las cláusulas de revisión de las Directivas 2013/34/UE, 2014/95/UE y 2013/50/EU. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo*, COM(2021) 199 final, Bruselas, 21.4.2021.

estándares sobre información complementaria si fuere necesaria y adaptaciones sectoriales. Ello culminaría con un informe en 2024 conforme a estos estándares sobre la ejecución de 2023. Si la previsión de la NFRD era, como dijimos, que afectase a 11.700 empresas europeas, la CSRD prevé su aplicación a cerca de 49.000 empresas, lo que significa más de un 400% de empresas obligadas⁷⁵. En el caso español, las modificaciones de la Directiva 2022/2464 en relación con el ámbito de aplicación tienen menor trascendencia, pues, como dijimos, España en la Ley 11/18 de 28 de diciembre ya había llevado a cabo una ampliación de los sujetos obligados, por lo que poco deberá modificar ahora al respecto, salvo en lo relativo a la «cadena de valor»⁷⁶.

2.3. La aplicación de estándares europeos y la obligación de incluirse en el informe de gestión

La CSRD establece la necesidad de desarrollo de estándares europeos de obligado cumplimiento, es decir, de normas europeas genéricas y sectoriales de información obligatoria sobre sostenibilidad⁷⁷. La Unión Europea encargó al Grupo Asesor Europeo de Informes Financieros (EFRAG), la elaboración de estándares obligatorios, cuya revisión debía realizarse cada tres años⁷⁸. Los estándares establecen la información que las empresas deben presentar y, cuando sea relevante, se indicará la estructura para comunicarla. Se establece una caracterización de la información, pues deberá ser, siguiendo unos criterios coincidentes con lo que se expresaba en el mencio-

⁷⁵ Ver Marín, «Nueva directiva sobre información en materia de sostenibilidad: desarrollo previo, efectos a futuro y estándares de sostenibilidad», 320.

⁷⁶ Ver de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 215; y Marín, «Nueva directiva sobre información en materia de sostenibilidad: desarrollo previo, efectos a futuro y estándares de sostenibilidad», 321.

⁷⁷ Ver de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 218-219; y Manzano Cuadrado, «Evolución de la regulación de la información no financiera en Europa», 14.

⁷⁸ Ver de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 219-223; y Marín, «Nueva directiva sobre información en materia de sostenibilidad: desarrollo previo, efectos a futuro y estándares de sostenibilidad», 322-323.

nado *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión*, información comprensible, relevante, representativa, verificable y comparable.

Frente a la posibilidad de la Directiva de 2014, la NFRD, de que la información se pudiera suministrar fuera del informe de gestión, la CSRD impone la exigencia inexcusable de su incorporación al informe de gestión, así como su elaboración y difusión por medios electrónicos⁷⁹.

2.4. Las áreas principales de información y las categorías de información que las empresas deben divulgar

En la Directiva 2022/2464, se especifican con claridad las áreas principales de información y las categorías de información que las empresas deben divulgar⁸⁰. El principio de doble materialidad resulta clave, como hemos referido. Se abandona completamente la expresión «información no financiera», pues se considera que podría sugerir que esa información carece de relevancia financiera, lo que no es cierto⁸¹. Las distintas cuestiones sobre las que debe informar la empresa se encuentran detalladas y cuantificadas y van más allá de las que exigía la Directiva de 2014. Se incluyen seis aspectos medioambientales, tres sociales y cinco de gobernanza.

Así, se exige aportar una breve descripción del modelo de negocio y la estrategia de la empresa, que deberá indicar, por ejemplo: a) la resiliencia del modelo de negocio y la estrategia de la empresa frente a los riesgos relacionados con las cuestiones de sostenibilidad; b) las oportunidades para la empresa derivadas de las cuestiones de sostenibilidad; c) los planes de la empresa, incluidas las medidas de aplicación y los planes financieros y de inversión correspondientes, para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición hacia una economía sostenible y el Acuerdo de París; d) la forma en que el modelo de negocio y la estrategia de la empresa tienen en cuenta los intereses de las partes interesadas de la empresa y el impacto de esta en las cuestiones de sostenibilidad; e) el modo en que se ha aplicado la estrategia de la empresa en relación con las

⁷⁹ Ver Manzano Cuadrado, «Evolución de la regulación de la información no financiera en Europa», 13-14; y Marín, «Nueva directiva sobre información en materia de sostenibilidad: desarrollo previo, efectos a futuro y estándares de sostenibilidad», 322.

⁸⁰ Ver de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 217-218; y Marín, «Nueva directiva sobre información en materia de sostenibilidad: desarrollo previo, efectos a futuro y estándares de sostenibilidad», 321.

⁸¹ Ferrán Lambea González, «La presentación de información en materia de sostenibilidad por parte de las empresas: modificación de la Directiva 2013/34/UE», 99.

cuestiones de sostenibilidad; f) una descripción de los objetivos con horizonte temporal relativos a las cuestiones de sostenibilidad que haya fijado la empresa, como reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y los avances obtenidos; g) una descripción de la función, los conocimientos y capacidades de los órganos de administración, dirección y supervisión en lo que respecta a las cuestiones de sostenibilidad; h) información sobre la existencia de sistemas de incentivos ligados a cuestiones de sostenibilidad y ofrecidos a los miembros de los órganos de administración, dirección y supervisión; i) una descripción de distintos aspectos como, por ejemplo, el procedimiento de diligencia debida aplicado por la empresa en relación con las cuestiones de sostenibilidad, los principales efectos negativos reales o potenciales relacionados con las propias actividades de la empresa y con su cadena de valor y, también, cualesquiera medidas adoptadas por la empresa para prevenir, mitigar, subsanar o poner fin a los efectos negativos reales o potenciales, y el resultado de dichas medidas; j) una descripción de los principales riesgos para la empresa relacionados con las cuestiones de sostenibilidad; y k) los indicadores pertinentes para la información a los que se hace referencia en las informaciones precisadas con anterioridad. La precisión sobre la información a suministrar es, como puede observarse, muy detallada, lo que significa el establecimiento de normas uniformes que garantiza que la información sea comprensible, relevante y representativa, permita la exigencia de comparabilidad, reiteradamente manifestada como carencia de la Directiva 2014/95/UE, así como la facultad de ser verificable.

2.5. La Directiva 2022/2464 exige la verificación de la información en materia de sostenibilidad

Uno de los problemas advertidos en la NFRD fue el de la ausencia de verificación de la información, lo que la hacía poco fiable, de forma que la CSRD establece la exigencia de verificación y no la mera voluntariedad de los Estados. Como se ha dicho, la Directiva en sus considerandos reconoce la dificultad de equiparar la verificación de la información no financiera con la información financiera, singularmente por la ausencia de una norma «común» (uniforme) en la materia⁸². La inserción de un nuevo artículo *26bis* en la Directiva establece la atribución a la Comisión de la facultad de adoptar normas de verificación, que deberán estar vigentes en un

⁸² Ver de Paz Armas y Gil-Casares Milans del Bosch, «Los deberes de información de empresas no financieras en relación con aspectos de sostenibilidad. La transición del estado de información no financiera al informe de sostenibilidad y la información a divulgar al amparo del reglamento de taxonomía», 218.

plazo de seis años. El objetivo es intentar conseguir un nivel de verificación de la información no financiera equiparable al de la información financiera, para lo que se desarrollan, además de la previsión de las normas «comunes» (uniformes), normas sobre los auditores que pueden llevar a cabo la verificación, permitiendo a los Estados que sean, además de los auditores de los estados financieros, otras personas distintas, en todo caso sometidos a requisitos «comunes» (uniformes), fijados por la Directiva de auditoría⁸³. Son especialmente las previsiones en esta materia, en las que la legislación española se deberá adaptar, ante la novedad de sus disposiciones⁸⁴.

2.6. Críticas y carencias de la Directiva 2022/2464

La ampliación del ámbito de aplicación, en cuanto a los sujetos obligados a informar, así como la precisión de las informaciones que se está obligado a suministrar, aparecen como mejoras indudables de la CSRD, no obstante lo cual, no ha dejado de haber críticas a la nueva regulación a causa de que se considera que posee determinadas carencias. Así, por ejemplo, la llamada *Alianza para la Transparencia Corporativa*, formada por un conjunto de organizaciones de la sociedad civil (donde se encuentran, entre otros, el *Centro de información sobre Empresas y Derechos Humanos*, la empresa *Ingeniería y Energía E3G*, la *European Coalition for Corporate Justice-ECCJ*, la empresa europea de abogados *Frank Bold*, la consultora *Sustentia*, la ONG *Oxfam* o el *Fondo Mundial para la Naturaleza WWF*) publicó un documento de examen de la Propuesta de Directiva⁸⁵, donde realizaba las siguientes críticas: 1) se dejan fuera del ámbito de aplicación a las empresas privadas, que no alcanzan el umbral de gran empresa, en contra de la opinión del Parlamento Europeo que reclamó que se integraran todas las empresas de sectores de alto riesgo. Del mismo modo, se excluyen las PYME que cotizan en los Mercados de Crecimiento, lo que va a crear dos niveles, con el hecho de que no se recibe por los inversores la información de las medianas empresas que pueden tener impactos negativos y el riesgo con las pequeñas empresas de dejarlas atrás de la transición a la economía sostenible; 2) se destaca que la información sobre la cadena de valor sólo

⁸³ Ver Manzano Cuadrado, «Evolución de la regulación de la información no financiera en Europa», 14-21.

⁸⁴ Ver Marín, «Nueva directiva sobre información en materia de sostenibilidad: desarrollo previo, efectos a futuro y estándares de sostenibilidad», 325.

⁸⁵ Alliance for Corporate Transparency, *On the Corporate Sustainability Reporting Directive (NFRD reform) proposal: most promising changes and caveats*, 21 de abril de 2021, en <https://www.allianceforcorporatetransparency.org/news/on-the-draft-sustainability-reporting-directive-nfrd-reform-proposal-most-promising-changes-and-caveats.html>.

debe proporcionarse «cuando proceda», de modo que la norma no específica, a decir de los críticos, «los aspectos esenciales o relevantes que deben abordar las normas de la Unión Europea, en particular en lo que respecta a la información sobre los derechos humanos», lo que supone un claro defecto; 3) la norma establece la necesidad de que se describan los objetivos fijados por la empresa en relación con las cuestiones de sostenibilidad y que se divulguen los avances que se produzcan en relación a esos objetivos y metas, pero en su redacción no se dice nada sobre el hecho de que tales objetivos deban tener vinculación con la «doble materialidad» o «doble significatividad», lo que puede llevar a que no se cumpla la previsión.

V. La naturaleza uniforme e imperativa de las normas sobre Información Corporativa en materia de sostenibilidad de la Directiva 2022/2464

No queremos dejar de hacer unas breves consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las normas que hemos examinado, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado (DIPriv.) y de su aplicabilidad y funcionalidad.

Por un lado, es evidente que estamos ante normas de carácter uniforme, pues son comunes a todos los Estados miembros de la Unión Europea⁸⁶, aunque sean incorporadas a través de la técnica armonizadora de la Directiva, lo que exige el mecanismo de la transposición⁸⁷. Se trata de normas «comunes» (en cuanto a las personas obligadas, la información que se debe suministrar o los estándares aplicables), que además promueven, como hemos visto, la elaboración de nuevas normas «comunes» en lo relativo a la verificación, sobre el contenido y realización de la misma y sobre las condiciones que deben cumplir los verificadores, sean auditores u otra categoría de sujetos.

Como se sabe, las Directivas son en muchos casos, como en el supuesto de la Directiva 2014/95/UE, Directivas de mínimos, con normas que los Estados pueden superar en exigencias, ámbito de aplicación o condiciones, en las normas internas nacionales que llevan a cabo la trans-

⁸⁶ Constituyendo un Derecho europeo uniforme. Ver, por ejemplo, Sixto Sánchez Lorenzo, «La europeización de las reglas de interpretación de los contratos en la Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de Obligaciones y Contratos», *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, coord. por Klaus Jochen Albiez Dohrmann, María Luisa Palazón Garrido y María del Mar Méndez Serrano (Barcelona: Atelier, 2011), 155-166.

⁸⁷ Ver, por ejemplo, Jesús Quijano González, «La armonización del derecho societario en la Unión Europea: antecedentes y novedades», *Revista DECONOMI*, 3, n.º 1 (2020): 44-66.

posición⁸⁸. No obstante, en cualquier caso, como expresamente sucede en la Directiva 2022/2464, las normas van a gozar del efecto directo del Derecho de la Unión Europea, cuando las normas que incorpora la Directiva sean claras, precisas, incondicionales (no estén sometidas a término, modo o condición) y no permitan margen de discrecionalidad en su aplicación (TJCE en la sentencia *Simmenthal*, de 3 de marzo de 1978), de modo que van a tener aplicabilidad directa, aunque sea para reclamar por daños a los Estados que no hayan realizado la obligada transposición en plazo o la hayan llevado a cabo mal⁸⁹. Esto significa que, aunque se pase por el procedimiento de transposición al ordenamiento nacional, se establece una uniformidad regulatoria con normas que tienen el carácter de comunes y uniformes. Desde la perspectiva del Derecho de la competencia, ello tiene una importancia fundamental, pues implica, además, que la existencia de normas comunes uniformes garantiza la igualdad de condiciones de actuación de todos los operadores económicos de la misma categoría en el mercado europeo, con independencia del Estado en que se encuentren, pues van a estar sujetos a las mismas condiciones, exigencias e impedimentos, lo que garantiza que no se dan, por esa causa, ventajas comparativas injustificadas para ninguno de ellos⁹⁰. La igualdad de obligaciones en cuanto al suministro de información sobre sostenibilidad, la igualdad en su aplicación a todos los operadores económicos del mismo tipo en el mercado, los grandes operadores, los medianos y pequeños cotizados, implica que todos van a jugar y operar con las mismas reglas de juego, una condición básica de funcionamiento del mercado, en el nuevo contexto en el que los terceros, operadores jurídicos, económicos y sociales, reclaman información sobre el valor de sostenibilidad de la empresa, así como el impacto social y de sostenibilidad que la propia empresa produce, como ya se ha señalado.

En otro sentido, nos encontramos ante reglas y disposiciones que tienen el carácter de normas imperativas, normas de obligado cumplimiento, de carácter territorial, que se imponen a todos los operadores del mercado europeo, por el hecho de operar en él, con independencia de su domicilio y

⁸⁸ Las Directivas «de mínimos», «consagran una base mínima de normas comunes». Ver Hilda Aguilar Grieder, «Contratos internacionales regulados por Directivas UE sectoriales (Derecho Internacional privado)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14, n.º 2 (2022): 47-70.

⁸⁹ Ver, por ejemplo, Francisco Javier Matía Portilla, «De la aplicabilidad vertical de la directiva a su simple eficacia», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 16 (1997): 65-74.

⁹⁰ Ver, por ejemplo, Luis Antonio Velasco San Pedro, «Derecho de la competencia europeo», en *Diccionario de la competencia*, dir. por Luis Antonio Velasco San Pedro (Madrid: Iustel, 2006), 302-308; e *ídem*, «Restricción de la competencia», en *Diccionario de la competencia*, dir. por Luis Antonio Velasco San Pedro (Madrid: Iustel, 2006), 625-632.

nacionalidad⁹¹. Son normas que no sólo se imponen a los operadores económicos europeos, los establecidos en territorio europeo o registrados en sus Estados, sino que, como hemos visto, se extienden de modo inexcusable a otros operadores que actúan en el mercado europeo, sin considerar la ausencia de otros vínculos con Estados europeos, al tenerlos con Estados extranjeros. Así, como dijimos, las empresas no establecidas en la UE, pero que coticen en mercados regulados de la UE, y también, volvemos a reiterar, otras empresas de países terceros, que tengan un vínculo a través de una sucursal o una filial en la Unión Europea (y, como dijimos, que generen más de 150 millones de importe neto de la cifra de negocios a nivel consolidado, durante dos ejercicios consecutivos). La imperatividad de estas normas las convierte en normas de inexcusable observancia, que se aplican de forma inmediata o necesaria, pese a que la ley aplicable a la sociedad sea una ley extranjera.

VI. Conclusiones

Como hemos visto en nuestra exposición, las normas europeas que se han sucedido sobre información no financiera y en materia de sostenibilidad no son absolutamente nuevas, sino que tienen precedentes en las *Lines Directrices de la OCDE*, donde se iniciaron y se han mantenido con el tiempo. La UE ha construido su propio proceso de incorporación de la Responsabilidad Social Empresarial o Conducta Empresarial Responsable a sus políticas y estrategias corporativas hasta llegar al momento actual, donde es evidente que existe una clara determinación para ahondar en normas de obligado cumplimiento en la doble dirección que ya mencionamos, en la obligación de divulgar, que se expresa en la Directiva 2022/2464; y en el establecimiento de obligaciones de conducta para las empresas, de prevención y reparación de daños, como en la *propuesta de Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*. Si la existencia de determinadas carencias en la nueva Directiva debería no obstante colmarse en un futuro próximo, la aprobación de la Directiva de Diligencia Debida aparece ya como una necesidad perentoria.

⁹¹ Sobre las normas imperativas, puede verse, Dámaso Javier Vicente Blanco, «Medidas de excepción adoptadas en las normas del estado de alarma por causa de la pandemia COVID-19 y sus efectos en los contratos internacionales», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 26 (2020): 6-7.

Sobre los autores

Dámaso Francisco Javier Vicente Blanco es Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valladolid (UVa). Premio extraordinario del Doctorado. Miembro del Grupo de Investigación Reconocido en Derecho de las Nuevas Tecnologías y Delincuencia Informática y del Instituto de Estudios Europeos de la UVa. Es director del Doctorado en Ciencias Sociales de la Universidad de Mindelo (Cabo Verde) y de la Cátedra de Patrimonio Cultural Inmaterial Europeo de la UVa. En la actualidad es Director del Departamento de Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo y Derecho Internacional Privado de la UVa. Sus investigaciones se desarrollan en múltiples ámbitos del Derecho Internacional Privado.

Daniela Alejandra Bardel es Abogada por la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires-UNCPBA (Argentina). Magister en Derecho Privado por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina) y Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid (España) y la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Profesora titular de Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la UNCPBA, donde imparte clases desde el año 2012. Becaria posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET-Argentina). Codirectora del Centro Interdisciplinario de Estudios Políticos, Sociales y Jurídicos-UNICEN. Autora de diversas publicaciones en torno a su línea de investigación sobre estrategias regulatorias de los sujetos económicos privados.

About the authors

Dámaso Francisco Javier Vicente Blanco is a Professor of Private International Law at the University of Valladolid (UVA). Extraordinary Doctorate Award. Member of the Recognized Research Group in New Technology Law and Computer Crime and the Institute of European Studies at UVA. He is director of the Doctorate in Social Sciences at the University of Mindelo (Cape Verde) and of the Chair of European Intangible Cultural Heritage at UVA. He is currently Director of the Department of Commercial Law, Labor Law and Private International Law at UVA. His research is in multiple areas of Private International Law.

Daniela Alejandra Bardel is a Lawyer from the Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires-UNCPBA (Argentina). Master in Private Law from the Universidad Nacional de Rosario (Argentina) and PhD in Law from the Universidad de Valladolid (Spain) and the

Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Professor of General Theory of Law at the UNCPBA Law School, where she has taught since 2012. Postdoctoral fellow from the Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET-Argentina). Co-director of the Centro Interdisciplinario de Estudios Políticos, Sociales y Jurídicos-UNICEN. Author of various publications on her line of research on regulatory strategies of private economic subjects.

Jurisprudencia

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Segundo semestre de 2023

Case Law Review of the Court of Justice of the European Union

David Ordóñez Solís

Magistrado y miembro de la Red de Especialistas en Derecho
de la Unión Europea (REDUE) del Consejo General del Poder Judicial

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.2993>

Publicado en línea: abril de 2024

Sumario: I. Introducción.—II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea. 1. La independencia y la promoción de los jueces en Rumanía y en Polonia. 2. El derecho a la tutela judicial efectiva y las jurisdicciones contable y contencioso-administrativa. 3. La aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. 4. La vestimenta vinculada a creencias religiosas de los empleados públicos. 5. El derecho fundamental a las vacaciones de quien ha sido despedido ilegalmente y en pandemia. 6. La protección de los datos personales. 7. Los límites del derecho a la información medioambiental y la cosa juzgada. 8. Las limitaciones a los derechos fundamentales como consecuencia de la pandemia. 9. Las plataformas digitales en el mercado interior europeo. 10. El seguro obligatorio de vehículos y las bicicletas con pedaleo asistido. 11. El control judicial en materia de función pública europea.—III. Segunda parte. La jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el derecho interno. 1. El suplicatorio de Puigdemont ante el Tribunal General. 2. *Non bis in idem*, euroorden y ejecución de condenas penales en el espacio de Schengen. 3. El derecho a las vacaciones retribuidas como principio social europeo y su compensación. 4. La transmisión de una notaría y el mantenimiento de los derechos de su personal. 5. El contumaz incumplimiento por la Seguridad Social española de la jurisprudencia europea. 6. Las cláusulas abusivas de los contratos bancarios y las dudas de los jueces españoles. 7. El derecho de la competencia y el fútbol europeo: *sentencia European Superleague Company*. 8. La devolución de las ayudas ilegales y el principio de confianza legítima: deducciones del impuesto de sociedades aplicado en España.—IV. Relación de las sentencias comentadas.

I. Introducción

La actividad del Tribunal de Justicia sigue el ritmo de la sociedad europea y de la sociedad global. Buscando los hitos de este segundo semestre de 2023 y en mi perspectiva, son destacables tres cuestiones relacionadas con la tarea de juzgar: la importancia de la inteligencia artificial, la dimensión ética en el ejercicio de la función judicial y la trascendencia de las decisiones judiciales en la actividad económica, incluida la deportiva, como el fútbol.

La inteligencia ha recibido atención del legislador europeo que el 9 de diciembre de 2023 alcanzó un acuerdo sobre el contenido de una norma, el Reglamento que le dará forma. Ya el 14 de junio de 2023 el Parlamento Europeo se había pronunciado sobre la Propuesta de la Comisión de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)).

El Parlamento Europeo había insistido en el procedimiento legislativo de adopción de la futura «Ley europea de la inteligencia artificial»: «La utilización de herramientas de inteligencia artificial puede apoyar la toma de decisiones, pero no debe substituir el poder de toma de decisiones de los jueces o la independencia judicial, puesto que la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad y una decisión de origen humano».

Esta es la preocupación de su uso para la mejora del funcionamiento de nuestras administraciones de justicia e incluso supondrá un alivio en el trabajo cotidiano de los jueces pero también su aplicación en el ámbito judicial supone un desafío para los derechos fundamentales de la persona, como la privacidad y la protección de los datos y, ciertamente, la tutela judicial efectiva después de un juicio justo.

De hecho, el artículo 22.1 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), ya vigente, dispone: «Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar». Y en este mismo artículo se reconoce el «derecho a obtener intervención humana» por parte del responsable del tratamiento de los datos.

En esta *Crónica* veremos cómo el Tribunal de Justicia sigue tejiendo una interpretación cada vez más interesante del RGPD, desde la *sentencia Meta Platforms Inc.*, C-252/21, sobre la aplicación del Derecho de la competencia y el Derecho a la protección de los datos personales en una red social como Facebook, hasta la *sentencia SCHUFA Holding*, C-26/22 y C-64/22, relativa al derecho al olvido de datos relativos a la insolvencia

de las personas físicas a los efectos de elaborar informes sobre riesgos en el ámbito crediticio.

El Tribunal de Justicia cuenta en su página de Internet con un documento muy completo y sólido sobre la *Estrategia sobre la Inteligencia Artificial*, editado por la Dirección General de la Información, que resulta muy esclarecedor y al que me remito.

En segundo lugar, en la labor de los tribunales debe haber, como es obvio, un enfoque jurídico pero también otro ético. Las sociedades evolucionan y ya poco tiene que ver con la nuestra aquella sociedad agraria en América que primero se dio una Constitución escrita en 1787 al instituir un poder judicial donde proclamaba y así sigue reconociendo que los jueces deben mantenerse en el ejercicio de sus cargos siempre que observen un buen comportamiento (*The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour*).

Pues bien, no es casualidad que el 13 de noviembre de 2023 el mismo Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América se haya visto obligado a adoptar un Código de Conducta de los Jueces del Tribunal Supremo (*Code of conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*) respecto del que proclama que no es más que «una recopilación de unas normas que tienen su equivalente en las reglas éticas del *common law*, esto es, un cuerpo de reglas que derivan de una variedad de fuentes, incluidas disposiciones legislativas, el código que se aplica a otros miembros de la justicia federal, dictámenes consultivos sobre ética adoptados por el Comité de la Conferencia Judicial sobre códigos de conducta y la tradición histórica».

Lo que no dice el Tribunal Supremo estadounidense es que se ha visto forzado a adoptar este código ético después de que los mejores periódicos, en la mejor tradición anglosajona de ejercicio de la libertad de informar, destapasen actuaciones poco decentes de los jueces del Tribunal Supremo: vendiendo libros que no siempre escriben, aceptando dar conferencias a cambio de otros favores, o poniendo en cuestión su independencia e imparcialidad. Ahora y como se preguntaba el periódico *The New York Times* que daba la bienvenida a este gesto del más alto Tribunal de Washington, la cuestión es quién y cómo se aplicará.

Por contraste, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuenta con su propio *Código de conducta de los miembros y antiguos miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (DOUE n.º C 397, 30.9.2021, p. 1) en el que se establecen no solo los principios sino que prevé un procedimiento para que se cumplan.

En tercer lugar, permítaseme una licencia lúdica para hacer referencia a un sector económico y, por tanto, político de gran alcance: el deporte del fútbol. Después de la *sentencia Bosman* ha llegado la *sentencia European*

Superleague Company, C-333/21, de la que, como consideraba el Abogado General griego Rantos en su Conclusiones de un año antes, «Casi treinta años después [de la *sentencia Bosman*], una petición de decisión prejudicial, esta vez procedente de España, plantea cuestiones relacionadas con la propia existencia de la estructura organizativa del fútbol moderno».

Un Juzgado de lo Mercantil de Madrid ha inquietado a las estructuras mundiales y europeas del deporte universal que es el fútbol y ya tenemos la respuesta del Tribunal de Justicia que nos apresuramos a analizar en la *Crónica*, en este caso como un avance provocado desde España, tanto empresarialmente dado el empuje de los clubes del fútbol español implicados como judicialmente a la vista del interesantísimo reenvío prejudicial del Juez de lo Mercantil de Madrid.

II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea

No es fácil clasificar las sentencias que voy a comentar y que afectan a la independencia judicial, a los derechos fundamentales, al espacio de Schengen, al mercado interior y a la misma regulación burocrática de los eurofuncionarios.

Gran parte de los esfuerzos del Tribunal de Justicia se centran desde la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa en la interpretación de la Carta y de sus derechos más característicos, tal como se recogen en la Carta o tal como se desarrollan a través de normas europeas paradigmáticas como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), por lo que será necesario un análisis separado de cada uno de ellos: aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, la protección de datos, las limitaciones de los derechos fundamentales como consecuencia de la pandemia, etc.

1. *La independencia y la promoción de los jueces en Rumanía y en Polonia*

En los últimos años se están pronunciando reiteradamente tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el alcance del principio de independencia de los jueces, amparado por el Derecho de la Unión, por la Carta y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentamos tres sentencias: una sobre los jueces rumanos y dos sobre los jueces polacos.

La *sentencia Asociația «Forumul Judecătorilor din România» (Asociación Foro de Jueces de Rumanía)*, C-216/21, se refiere al sistema de promoción profesional de los jueces.

La Asociación Foro de Jueces de Rumanía impugnó el Reglamento sobre la organización y el desarrollo de los concursos para la promoción de jueces, adoptado por el Consejo Superior de la Magistratura y que se basa exclusivamente en una evaluación sumaria de su actividad y de su conducta profesional.

El Tribunal Superior de Ploiești, una ciudad cercana a Bucarest, acudió al Tribunal de Justicia cuestionando esta regulación rumana y preguntándole si podría atentar contra la independencia judicial reconocida por el artículo 19.1.2 TUE y por el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión.

La primera cuestión que resuelve el Tribunal de Justicia es su competencia para pronunciarse y llega a la conclusión de que «si bien corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su Administración de Justicia, al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión».

Esto no impide que la Comisión Europea, de conformidad con la Decisión 2006/928/CE, por la que se establece un mecanismo de cooperación y verificación de los avances logrados por Rumanía para cumplir indicadores concretos en materia de reforma judicial y lucha contra la corrupción, adopte informes y recomendaciones al efecto.

En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal de Justicia matiza su respuesta a partir de la constatación de que el régimen de promoción de los jueces debe garantizar el respeto de los principios de independencia y de imparcialidad judicial. Y esto significa, como se deduce de su jurisprudencia anterior y que cita profusamente, que «las condiciones materiales y las normas de procedimiento que rigen la adopción de las decisiones de promoción de los jueces impidan que se susciten dudas legítimas entre los justificables sobre la impermeabilidad de los jueces de que se trate frente a elementos externos y su neutralidad ante los intereses en litigio, una vez hayan sido promovidos».

Seguidamente, el Tribunal de Justicia examina si el régimen rumano de promoción judicial es conforme con el principio de independencia.

A tal efecto, determina su características en torno a las dos fases que tiene: una primera fase, «promoción *in situ*», con pruebas escritas, destinadas a comprobar tanto los conocimientos teóricos de los candidatos como sus competencias prácticas; y una segunda fase, «promoción efectiva», para el ascenso a un órgano jurisdiccional superior de los candidatos promovidos *in situ*, basada en una evaluación de su trabajo y conducta de los tres últimos años de servicio. Esta segunda fase está encomendada a una comisión integrada por el presidente del Tribunal superior y por cuatro de sus miembros, cuya especialización debe coincidir con la de los puestos vacantes.

Como subraya el Tribunal de Justicia, por un parte, la evaluación del trabajo de los candidatos se basa en criterios relativos a su capacidad de análisis y de síntesis, a la claridad y a la lógica de su argumentación, al respeto de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores y a su aptitud para pronunciarse respetando un plazo razonable basado en una muestra de diez decisiones judiciales dictadas por el candidato, seleccionadas de forma aleatoria y sobre la base de criterios uniformes.

Y, por otra parte, la evaluación de la conducta de los candidatos se basa en criterios relativos al comportamiento de los candidatos en el ejercicio de sus funciones tanto respecto de sus colegas como de los justiciables y a su capacidad para garantizar el buen desarrollo de las vistas, a la luz del expediente profesional del candidato y de las grabaciones de las vistas.

A final de lo cual el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que el nuevo sistema de promoción judicial establecido en Rumanía, tanto por la composición de la comisión de evaluación como por la necesidad de motivación, mediante un informe escrito, y por la posibilidad de recurrir la decisión al Consejo General de la Magistratura, no pone en peligro la independencia judicial.

La independencia de los jueces polacos vuelve a tener un nuevo hito con la sentencia de la Gran Sala *Procedimiento penal entablado contra YP y otros*, C-615/20 y C-671/20, en la que el Tribunal de Justicia tiene que resolver una cuestión planteada en dos asuntos pendientes ante el Tribunal Regional de Varsovia en los que está implicado el mismo juez.

Por una parte, se sigue un procedimiento penal contra un juez que había sido suspendido provisionalmente en sus funciones, se le había reducido su salario a una cuarta parte y se había autorizado el procedimiento penal por la eventual comisión de un delito de revelación de información judicial. Por otra parte, se reasignaba un asunto civil a otro juez distinto del juez al que le habría correspondido, es decir, al juez que había sido suspendido y contra el que se seguía el procedimiento penal.

La argumentación del Tribunal Regional de Varsovia gira en torno a la falta de imparcialidad de la Sección Disciplinaria del Tribunal Supremo y sus efectos en los dos procedimientos que se ven afectados por el levantamiento de la inmunidad y la suspensión de funciones del mismo juez.

La clave en la resolución de esta cuestión prejudicial es la sentencia que el Tribunal de Justicia había dictado el 5 de junio de 2023, Comisión / Polonia (independencia y vida privada de los jueces), C-204/21, EU:C:2023:442, que constataba el incumplimiento del Derecho de la Unión porque, entre otras razones, la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo polaco no garantizaba la independencia de los jueces y el régimen disciplinario de los jueces polacos podía ser utilizado para generar, frente a los jueces que están llamados a interpretar y a aplicar el derecho de la Unión, presio-

nes y un efecto disuasorio susceptibles de influir en el contenido de sus decisiones.

La consecuencia de tal constatación la deduce claramente el Tribunal de Justicia de que la suspensión contra el juez y la reducción de su salario adoptada por la Sala Disciplinaria se habían fundado en disposiciones polacas que el Tribunal de Justicia había considerado contrarias al Derecho de la Unión.

Esto significaba que el legislador polaco debía adoptar una nueva legislación y los jueces polacos debían hacer que se respetase la sentencia que declaraba el incumplimiento. Asimismo, el Tribunal de Justicia reconoce el efecto directo del artículo 19.1.2 TUE y el principio de primacía del Derecho de la Unión.

Esto supone que el Tribunal Regional de Varsovia debe inaplicar la legislación polaca y la interpretación que de la misma hace su Tribunal Constitucional, que son contrarias al Derecho de la Unión, al tiempo que debe abstenerse de continuar con la tramitación del procedimiento penal seguido contra el juez y debería reanudarse el procedimiento judicial del que fue apartado.

La *sentencia Krajowa Rada Sądownictwa* (Consejo Nacional del Poder Judicial de Polonia), C-718/21, corrobora esta jurisprudencia en la medida en que el Tribunal de Justicia inadmite una cuestión prejudicial procedente de la Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos del Tribunal Supremo polaco.

Se trata de un portazo institucional que justifica la Gran Sala del Tribunal de Justicia en que esta Sala especial no es un órgano que tenga la condición de tribunal independiente e imparcial, establecido previamente por la ley, como requiere el Derecho de la Unión. Para ello el Tribunal de Justicia se apoya en la constatación hecha por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal Supremo administrativo polaco en la medida en que la Sala de Control Extraordinario no cumple ninguno de los requisitos para ser considerada órgano jurisdiccional: origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, la naturaleza contradictoria de su procedimiento, la aplicación de reglas de derecho y su independencia.

El Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la Sala de Control Extraordinario no es una jurisdicción en el sentido del Derecho de la Unión porque, a la vista de las modalidades de nombramiento de los jueces que la componen, no cumple la cualidad de tribunal independiente e imparcial establecido previamente por la ley. En este sentido, el Tribunal de Justicia se refiere a aspectos sistemáticos y circunstanciales de las reformas introducidas en el sistema judicial polaco para concluir con su duda sobre la independencia de los integrantes de esta Sala de Control Extraordinario.

Se trata, ciertamente, de un desplante institucional que está a la altura del desafío del Gobierno y del legislador polacos a la independencia judicial que, todo parece indicar, podrá corregirse en la nueva etapa del Ejecutivo polaco iniciada el 13 de diciembre de 2023 bajo la presidencia de Donald Tusk.

2. *El derecho a la tutela judicial efectiva y las jurisdicciones contable y contencioso-administrativa*

La *sentencia Ferrovienord*, C-363/21 y C-364/21, tiene interés porque se refiere a un país como Italia, y lo mismo ocurre España aunque con matices, que cuenta con dos jurisdicciones, la contable y la contencioso-administrativa, que deben aplicar el Derecho de la Unión Europea, en este caso el Reglamento (UE) n.º 549/2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea y la Directiva 2011/85/UE sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

Pues bien, en este caso *Ferrovienord* y la Federación Italiana de Triatlón impugnaban ante el Tribunal de Cuentas que el Instituto Italiano de Estadística (ISTAT) las hubiesen inscrito en una *lista* como administraciones públicas incluidas en la cuenta de resultados consolidada de los poderes públicos, con una serie de deberes y obligaciones impuestos por la normativa europea y de la que pretendían quedar eximidas.

El Tribunal de Cuentas italiano plantea varias cuestiones prejudiciales sobre la eventual falta de tutela judicial efectiva al no garantizar el control jurisdiccional sobre las decisiones del ISTAT relativas a la inscripción de entidades en el sector de las administraciones públicas.

El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el alcance de la tutela judicial efectiva y reitera que el efecto útil de la Directiva 2011/85 se opone a una normativa nacional que excluye toda posibilidad de control jurisdiccional de la fundamentación de la designación de una entidad como administración pública.

En este sentido, por una parte, el artículo 19.1.2 TUE «obliga a los Estados miembros a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar a los justiciables, en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, el respeto de su derecho a la tutela judicial efectiva».

Y, por otra parte, el artículo 47 de la Carta reconoce «el principio de tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables [que] constituye un principio general del Derecho de la Unión que emana de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros [y] que ha sido consagrado en los artículos 6

y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950».

Ahora bien y a la vista de la regulación legislativa italiana y de sus posibles interpretaciones, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que, en realidad, cabe un control jurisdiccional porque los afectados «podrían solicitar al juez de lo contencioso-administrativo la anulación *erga omnes* de la decisión por la que se las inscribe en esa lista» y los afectados también podrían impugnar las consecuencias de su inscripción en dicha lista ante el Tribunal de Cuentas y obtener, en su caso, por vía incidental, la inaplicación de la referida inscripción.

3. *La aplicación retroactiva de la ley penal más favorable*

La Gran Sala del Tribunal de Justicia resolvió con la *sentencia Lin*, C-107/23 PPU, una cuestión prejudicial remitida desde Rumanía por el Tribunal Superior de Braşov que conocía en apelación de un procedimiento penal contra cinco personas en que se planteaba la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable.

En primer lugar, es muy llamativa la tramitación como procedimiento prejudicial de urgencia, PPU, que admite el Tribunal de Justicia porque, por una parte, la cuestión se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, es decir, en este caso, el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas («Convenio PIF»), una materia comprendida en los artículos 82, 83 y 85 TFUE. Y, por otra parte, porque dos de los apelantes estaban en prisión.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia inadmite las preguntas que le hace el Tribunal de apelación rumano y que se refieren a normas que no son aplicables: la Directiva (UE) 2017/1371 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal («Directiva PIF») pero que no estaba en vigor en el momento de los hechos enjuiciados ni la Decisión 2006/928/CE referida a supuestos de corrupción y que no es aplicable a un asunto relativo al fraude en materia de IVA.

En tercer lugar y en cuanto al fondo, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre los efectos de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo a la interrupción de la prescripción que, ante la inactividad del legislador rumano, determina que desde 2018 y hasta 2022 no haya ninguna posibilidad de interrumpir la prescripción de la responsabilidad penal.

Por una parte, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la situación jurídica provocada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

y del Tribunal Supremo de Rumanía es incompatible con la obligación de velar por que en los casos de fraude grave que afecte a los intereses financieros de la Unión, cometidos en el territorio nacional, se impongan sanciones penales efectivas y disuasorias.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia deduce de esa incompatibilidad que los jueces nacionales están obligados a inaplicar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Pero, a continuación, se ve obligado a comprobar que tal interpretación no sea contraria a un derecho fundamental, como ocurrió en la *sentencia Taricco II*. Y para ello el Tribunal de Justicia llega a distintas conclusiones que dependen del momento en que se adoptó la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es decir, 2018.

Ya el Abogado General Campos Sánchez-Bordona le había sugerido al Tribunal de Justicia en las Conclusiones dictadas en este mismo asunto: «Las tradiciones constitucionales de los Estados miembros son, en realidad, «poco comunes» en relación con el principio de la *lex mitior*. Hay países que casi desconocen esta garantía penal básica y otros que le confieren una amplia cobertura, incluso de índole constitucional (Portugal, Rumanía, Italia o España, entre otros). En mi opinión, el Tribunal de Justicia debería establecer un estándar de protección autónomo y específico del artículo 49, apartado 1, última frase, de la Carta, que ofrezca a sus destinatarios un nivel de salvaguarda elevado y no solo una protección *de minimis*» (apartado 100 de las Conclusiones).

Por tanto, para el período posterior a la constatación de la invalidez de la legislación penal rumana por el Tribunal Constitucional, en 2018 y hasta que se adoptó en 2022 una legislación rumana sobre la prescripción acorde con el Derecho de la Unión, debe aplicarse la jurisprudencia constitucional rumana que se basa en el principio de legalidad de los delitos y las penas, en los términos que resultan de la *sentencia Taricco II* y a pesar de que sea contraria al Derecho de la Unión.

En cambio, pretender extender los beneficios de la prescripción a situaciones anteriores a 2018 también sería contrario al Derecho de la Unión pero en este supuesto y dado que «las reglas que regulan la prescripción en materia penal no están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 49, apartado 1, de la Carta», el Tribunal de Justicia considera que los tribunales rumanos están obligados a dejar inaplicado un estándar nacional de protección relativo al principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable (*lex mitior*) que permita cuestionar, también en el marco de recursos contra sentencias firmes, la interrupción del plazo de prescripción de la responsabilidad penal en tales asuntos por actuaciones procesales realizadas antes de la constatación de invalidez, la que se produce en las sentencias del Tribunal Constitucional rumano de 2018.

Y la última cuestión que resuelve el Tribunal de Justicia se refiere a las posibles amenazas disciplinarias que el Derecho rumano aplica a los jueces que no respeten las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

La respuesta del Tribunal de Justicia es contundente al puntualizar que la aplicación de medidas disciplinarias a un juez sería contraria a la primacía del Derecho de la Unión porque «el hecho de que un órgano jurisdiccional nacional ejerza las funciones que le confieren los Tratados y cumpla las obligaciones que le incumben en virtud de estos, dando, conforme al principio de primacía del Derecho de la Unión, efecto a una disposición de este Derecho como el artículo 325 TFUE, apartado 1, o el artículo 2, apartado 1, del Convenio PIF, y a su interpretación por el Tribunal de Justicia, no puede, por definición, constituir una infracción disciplinaria de los jueces que integran tal órgano jurisdiccional nacional sin que se infrinjan, *ipso facto*, dicha disposición y ese principio».

4. *La vestimenta vinculada a creencias religiosas de los empleados públicos*

La Gran Sala del Tribunal de Justicia ha dictado la *sentencia Commune d'Ans*, C-148/22, en la que, a requerimiento del Tribunal de lo Laboral de Lieja, interpreta la Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y responde dos preguntas sobre la solicitud de uso en su trabajo por una jefa de la oficina municipal, que no tenía contacto con el público, del velo islámico.

La regulación municipal prohíbe a todos los trabajadores del Ayuntamiento de Ans, estén o no en contacto con el público, llevar en su trabajo cualquier signo visible que pueda revelar sus convicciones, en particular, religiosas o filosóficas.

En cuanto a la discriminación directa por razones religiosas, el Tribunal de Justicia constata que todo hace pensar que no la hay dado que «un empresario que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas, en el lugar de trabajo no constituye tal discriminación directa si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de manera general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos».

En cambio, podría producirse discriminación indirecta si la norma municipal puede constituir una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o en las convicciones, si se demuestra que la obligación aparentemente neutra contenida en dicha norma ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.

Ahora bien, continúa razonando el Tribunal de Justicia, «tal diferencia de trato no constituye una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios».

A tal efecto, el Tribunal de Justicia examina el caso concreto y comprueba que «la política de «neutralidad exclusiva» que una administración pública, en este caso municipal, pretende imponer a sus trabajadores, en función del contexto que le es propio y en el marco de sus competencias, con vistas a instaurar en su seno un entorno administrativo totalmente neutro, puede considerarse que está objetivamente justificada por una finalidad legítima».

En definitiva y después de un detallado análisis, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la norma del municipio belga puede estar justificada por la voluntad de dicha administración de establecer, teniendo en cuenta el contexto que le es propio, un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea adecuada, necesaria y proporcionada, a la luz de ese contexto y habida cuenta de los diferentes derechos e intereses en juego.

En cambio, el Tribunal de Justicia inadmite la cuestión prejudicial formulada por el tribunal belga sobre la existencia de una discriminación por razón del sexo de la recurrente dado que no realiza el juicio de relevancia y porque, en realidad, se trata de interpretar otra Directiva, la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, cuando, en realidad, la cuestión prejudicial se había planteado únicamente en relación con la Directiva 2000/78/CE.

5. *El derecho fundamental a las vacaciones de quien ha sido despedido ilegalmente y en pandemia*

El derecho a las vacaciones se ha erigido, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en un principio del Derecho social de la Unión que también está expresamente reconocido en el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados. Sin embargo, su alcance depende de las circunstancias.

La *sentencia Ředitelství silnic a dálnic, C-57/22*, se refiere a las vacaciones de un trabajador despedido ilegalmente por la Dirección de Carreteras y Autopistas de la República Checa y posteriormente readmitido en su puesto de trabajo, de conformidad con el Derecho checo, a raíz de la anulación de su despido mediante resolución judicial; la cuestión es si tenía derecho a las vacaciones anuales retribuidas por el período comprendido entre la fecha del despido y la de la readmisión.

El Tribunal de Justicia responde afirmativamente y considera que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas no puede ser interpretado de manera restrictiva y cualquier excepción a este derecho solo puede permitirse dentro de los límites expresamente establecidos por la propia Directiva 2003/88 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Por eso el Tribunal de Justicia considera que el período comprendido entre la fecha del despido ilícito y la fecha de la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo debe asimilarse a un período de trabajo efectivo a fin de determinar el derecho a vacaciones.

Y por eso puntualiza: «es irrelevante, a efectos del derecho a vacaciones anuales retribuidas, que la cuantía de la compensación financiera que el Derecho nacional prevé que se abone al trabajador despedido ilícitamente por el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de su readmisión se corresponda, en principio, con el salario medio que dicho trabajador percibía, puesto que dicha compensación financiera tiene como finalidad compensar al trabajador por la retribución no percibida como consecuencia del despido ilícito».

En cambio, la *sentencia Sparkasse Südpfalz, C-206/22*, se refiere a las vacaciones de un trabajador durante la cuarentena debida a la pandemia y tiene su origen en una cuestión prejudicial procedente de Alemania, del Tribunal de lo Laboral de Ludwigshafen del Rin.

El trabajador había estado en cuarentena como consecuencia de la orden de la autoridad pública debido a que había estado en contacto con una persona infectada por el virus. Por tanto, el Tribunal de Justicia distingue entre un trabajador que está enfermo y un trabajador que no lo está pero al que se somete a cuarentena.

La respuesta del Tribunal de Justicia sobre el derecho a las vacaciones es que «un período de cuarentena no puede, en sí mismo, obstaculizar la consecución de la finalidad de las vacaciones anuales retribuidas, que tienen por objeto permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo y que disponga de un período de ocio y esparcimiento».

De modo que el empleador no puede estar obligado a compensar las desventajas derivadas de un acontecimiento imprevisible, como la puesta en cuarentena ordenada por una autoridad pública, que impida al empleado disfrutar plenamente de su derecho a vacaciones anuales retribuidas.

6. *La protección de los datos personales*

El Tribunal de Justicia ha dictado en el segundo semestre de 2023 varias sentencias de gran trascendencia en la interpretación del Reglamento de

Protección de Datos, del Reglamento (UE) 2016/679. No es casual que el origen de estas sentencias sean cuestiones prejudiciales «alemanas». El alcance de la protección de los datos personales en la era de las nuevas tecnologías no deja de ampliarse. Y así lo ha constatado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia en relación con la vinculación del Derecho de la competencia y el Derecho de privacidad, el historial clínico de los pacientes, el uso de las redes sociales o el derecho al olvido de datos sobre solvencia económica personal.

En la *sentencia Meta Platforms Inc.*, C-252/21, la Gran Sala se pronuncia sobre tres tipos de cuestiones sobre la red social Facebook: el primero se refiere a la relación entre las autoridades nacionales de la competencia y las autoridades de protección de datos; el segundo está vinculado a la conducta de los usuarios de la red social; y el tercer tiene que ver con la actuación del un operador de esa red social. El origen del litigio está en la investigación relativa al abuso de dominio por Meta en Facebook que se está llevando a cabo por la autoridad de defensa de la competencia de Alemania (*Bundeskartellamt*).

En cuanto a la primera cuestión, la solución interpretativa del Tribunal de Justicia es que se aplica el principio de cooperación leal de modo que «todas las autoridades nacionales implicadas están vinculadas por el principio de cooperación leal, consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3, cuando aplican el RGPD. En virtud de este principio, según reiterada jurisprudencia, en los ámbitos regulados por el Derecho de la Unión, los Estados miembros, incluidas sus autoridades administrativas, deben respetarse y asistirse mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados, adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los actos de las instituciones de la Unión y abstenerse de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

Esto significa que «cuando las autoridades nacionales de defensa de la competencia tienen que examinar, en el ejercicio de sus competencias, la conformidad de una actividad de una empresa con las disposiciones del RGPD, deben ponerse de acuerdo y cooperar lealmente con las autoridades de control nacionales interesadas o con la autoridad de control principal, estando todas ellas obligadas, en ese contexto, a respetar sus respectivos poderes y competencias, de modo que se observen las obligaciones derivadas del RGPD y los objetivos de este y quede preservado su efecto útil».

En lo que se refiere a la segunda cuestión, el Tribunal de Justicia examina los comportamientos de los usuarios de Facebook para llegar a la conclusión de que rige el principio de prohibición del tratamiento de las categorías especiales de datos personales, en particular, de los datos que revelan el origen étnico o racial, las opiniones políticas o las convicciones religio-

sas, o de datos relativos a la salud, la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

Pero también el Tribunal de Justicia insiste en la necesidad de un consentimiento explícito del usuario para que sus datos resulten disponibles a un número ilimitado de personas porque «de la mera consulta de tales sitios de Internet o de tales aplicaciones por parte de un usuario no puede deducirse que ese usuario haya hecho manifiestamente públicos dichos datos personales».

Y en cuanto a la tercera cuestión, al comportamiento del operador de la red social de Facebook, el Tribunal de Justicia considera que el tratamiento de datos personales está limitado. De hecho, señala «un tratamiento de datos personales procedentes de servicios distintos del servicio de la red social en línea ofrecidos por el grupo Meta no parece necesario para permitir la prestación de este último servicio».

Asimismo, el Tribunal de Justicia puntualiza que «a la vista de la naturaleza de los servicios prestados por el operador de una red social en línea, tal operador, cuya actividad reviste un carácter esencialmente económico y comercial, no puede invocar la protección de un interés esencial para la vida de sus usuarios o de otra persona para justificar, en términos absolutos y de manera puramente abstracta y preventiva, la licitud de un tratamiento de datos».

En fin, también refiriéndose al operador de la red social, el Tribunal de Justicia subraya que el RGPD exige que el consentimiento del interesado a efectos del tratamiento sea prestado libremente y aun cuando el hecho de que el operador de una red social en línea, como responsable del tratamiento, ocupe una posición dominante en el mercado de las redes sociales no impide, como tal, que los usuarios de esa red social puedan válidamente prestar su consentimiento, lo cierto es que la existencia de tal posición dominante puede crear un desequilibrio manifiesto entre el interesado y el responsable del tratamiento, desequilibrio que favorece, en particular, la imposición de condiciones que no son estrictamente necesarias para la ejecución del contrato, lo que parece que ocurre en este caso.

La *sentencia FT (copias del historial clínico)*, C-307/22, supone un avance en la interpretación del RGPD en relación con la solicitud por un paciente de su historia clínica a un dentista que lo trataba en Alemania. En instancia y en apelación se le había reconocido el derecho a la primera copia a título gratuito. No obstante, el Tribunal Supremo Federal alemán acude al Tribunal de Justicia en busca de una interpretación del RGPD.

La primera cuestión que resuelve el Tribunal de Justicia le lleva a interpretar, por una parte, el derecho del interesado a obtener una primera copia a título gratuito de sus datos personales objeto de tratamiento y, por otro lado, subraya la facultad ofrecida al responsable del tratamiento, en deter-

minadas condiciones, de facturar un canon razonable en función de los costes administrativos o de negarse a actuar respecto de la solicitud si esta última es manifiestamente infundada o excesiva.

La finalidad de la copia que se solicita es irrelevante a los efectos del derecho de los pacientes. Como dice el Tribunal de Justicia, «el principio de gratuidad de la primera copia de los datos y la innecesariedad de invocar un motivo específico que justifique la solicitud de acceso contribuyen indudablemente a facilitar el ejercicio por el interesado de los derechos que le confiere el RGPD».

La segunda cuestión tiene que ver con la legislación alemana anterior al RGPD que no establecía la gratuidad de la primera copia. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que «el derecho a obtener una primera copia gratuita no es un derecho absoluto, sino que cabe establecer limitaciones, aunque estas deben estar justificadas por la protección de los derechos y libertades de otros, siempre y cuando tal limitación respete en lo esencial el referido derecho y sea una medida necesaria y proporcionada para salvaguardar dicha protección».

En el caso concreto y respecto de la anterior legislación limitativa del Derecho alemán, a juicio del Tribunal de Justicia, «el objetivo relativo a la protección de los intereses económicos de los facultativos no puede justificar una medida que lleve a comprometer el derecho a obtener a título gratuito una primera copia y, de este modo, la eficacia del derecho de acceso del interesado a sus datos personales objeto de tratamiento».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en la *sentencia SCHUFA Holding AG, C-26/22 y C-64/22*, a petición de un tribunal contencioso-administrativo de Wiesbaden ante el que se discutía el derecho de dos ciudadanos a los que se había aplicado la Ley alemana de insolvencia y a los que se les concedió sendas exoneraciones de pasivo no satisfecho que fueron publicadas en Internet y que a los seis meses fueron suprimidas.

Schufa Holding es una agencia privada de información comercial que almacena y conserva, en sus propias bases de datos, información procedente de registros públicos, en particular la relativa a exoneraciones del pasivo insatisfecho.

Al solicitar los dos particulares al Delegado de Protección de Datos y de Libertad de Información del Estado Federado de Hesse que instase a Schufa Holding para que suprimiese tales datos, aquel denegó tal petición, por lo que recurrieron al Tribunal Contencioso-administrativo de Wiesbaden.

En las Conclusiones del Abogado General Priit Pikamäe, de 16 de marzo de 2023, ECLI:EU:C:2023:220, se apunta: «la generación automatizada de un valor de probabilidad acerca de la capacidad futura de un inte-

resado para satisfacer un préstamo constituye ya una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produce efectos jurídicos en el interesado o lo afecta significativamente de modo similar, cuando dicho valor, hallado a partir de datos personales del interesado, es transmitido por el responsable del tratamiento a un tercero responsable del tratamiento y, según una práctica reiterada, este tercero, de un modo determinante, basa en dicho valor su decisión sobre el establecimiento, la ejecución o la extinción de una relación contractual con el interesado» (apartado 59).

En su *sentencia Schufa Holding* el Tribunal de Justicia subraya, por una parte, el amplio control jurisdiccional, «un control jurisdiccional pleno sobre el fondo», lo que quiere decir que «los tribunales que conozcan de un recurso contra una decisión de una autoridad de control deben disponer de una competencia plena y, en particular, de la de examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho relativas al litigio del que conocen». En este mismo sentido y a partir del derecho consagrado por el artículo 47 de tutela judicial efectiva el Tribunal de Justicia interpreta que «los recursos previstos en los artículos 78, apartado 1, y 79, apartado 1, respectivamente, del citado Reglamento, pueden ejercerse de manera concurrente e independiente». Y esto puede suponer que «la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento, establecido en el artículo 79, apartado 1, del RGPD, no afecta al alcance del control jurisdiccional ejercido, en el marco de un recurso interpuesto en virtud del artículo 78, apartado 1, de dicho Reglamento, contra una decisión relativa a una reclamación adoptada por una autoridad de control».

En materia de control de las autoridades de la protección de datos, el Tribunal de Justicia puntualiza: «[la] plena competencia para examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho relativas al litigio de que se trate, la garantía de la tutela judicial efectiva no implica que esté facultado para sustituir la apreciación realizada por la autoridad de control acerca de cuáles son las medidas correctivas adecuadas y necesarias por la suya propia, sino que exige que dicho juez examine si la autoridad de control ha respetado los límites de su poder de apreciación».

Y, por otra parte, el Tribunal de Justicia establece un alcance del derecho a la vida privada y a la protección de datos hasta el punto de que considera justificada la actuación de las empresas dedicadas a la evaluación del riesgo y, en particular, considera que «la obligación de evaluar la solvencia de los consumidores, tal como se establece en las Directivas 2008/48 y 2014/17, no solo tiene por objeto proteger al solicitante del crédito, sino también, como se señala en el considerando 26 de la Directiva 2008/48, garantizar el buen funcionamiento del sistema crediticio en su conjunto».

Ahora bien y por lo que se refiere a los límites impuestos a estas empresas, el Tribunal de Justicia es muy severo en la medida en que «el tratamiento de datos relativos a la concesión de una exoneración del pasivo insatisfecho por una agencia de información comercial, como la conservación, el análisis y la comunicación de dichos datos a un tercero, constituye una injerencia grave en los derechos fundamentales del interesado, consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta. En efecto, tales datos se configuran como un factor negativo a la hora de evaluar la solvencia del interesado y, por tanto, constituyen información sensible sobre su vida privada».

Por eso concluye que «cuanto más tiempo conservan las agencias de información comercial los datos de que se trate, más importantes son las consecuencias sobre los intereses y sobre la vida privada del interesado y mayores las exigencias relativas a la licitud de la conservación de esta información». Esto quiere decir que «los intereses del sector crediticio en disponer de información sobre una exoneración del pasivo insatisfecho no pueden justificar un tratamiento de datos personales como el controvertido en los litigios principales más allá del plazo de conservación de los datos en el registro público de insolvencia, de forma que la conservación de esos datos por una agencia de información comercial con posterioridad a la supresión de dichos datos de un registro público de insolvencia no puede basarse en el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letra f), del RGPD».

De hecho, el Tribunal de Justicia viene a reconocer que una conservación por más de seis meses es particularmente problemática y la adopción de códigos de conducta como los adoptados en Alemania donde se prevé una conservación de datos hasta tres años no sería conforme con el RGPD.

En fin, el Tribunal de Justicia constata que «el interesado dispone de un derecho a oponerse al tratamiento y de un derecho a la supresión a menos que existan motivos legítimos imperiosos que prevalezcan sobre los intereses y sobre los derechos y las libertades del interesado en el sentido del artículo 21, apartado 1, del RGPD, lo cual corresponde demostrar al responsable del tratamiento». En todo caso al órgano judicial le corresponde examinar si existen, con carácter excepcional, motivos legítimos imperiosos que justifiquen el tratamiento en cuestión.

En la *sentencia Natsionalna agentsia za prihodite (Agencia nacional de recaudación búlgara)*, C-340/21, el Tribunal de Justicia hace un examen de gran interés sobre los supuestos de indemnización a cargo del responsable del tratamiento de datos personales.

La cuestión prejudicial la formula el Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Bulgaria en un supuesto en que se reclamaba de la Agencia estatal una indemnización como consecuencia de la publicación de datos derivados de un ciberataque.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia comprueba que el RGPD obliga «al responsable del tratamiento a adoptar medidas técnicas y organizativas destinadas a evitar, en la medida de lo posible, cualquier violación de la seguridad de los datos personales» y añade: «El carácter apropiado de tales medidas debe evaluarse en cada caso concreto, examinando si el responsable ha adoptado esas medidas teniendo en cuenta los diferentes criterios establecidos en los mencionados artículos y las necesidades de protección de datos específicamente inherentes al tratamiento de que se trate y a los riesgos que conlleva».

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, corresponde al juez nacional comprobar de qué manera el responsable del tratamiento ha procurado cumplir con las obligaciones que le incumben en virtud de dicho artículo y también debe llevar a cabo un examen en cuanto al fondo de estas medidas, a la luz de todos los criterios a que hace referencia el RGDP, así como de las circunstancias propias del caso y de los elementos de prueba de que dispone el órgano jurisdiccional nacional a estos efectos.

En tercer lugar, resulta de especial interés cómo el Tribunal de Justicia subraya, por una parte, que el responsable del tratamiento soporta la carga de la prueba del carácter apropiado de las medidas de seguridad que ha adoptado; pero, por otra parte, se pregunta si un informe pericial ordenado por el juez constituye sistemáticamente un medio de prueba necesario y suficiente en estos casos.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia considera que la prueba no necesariamente debe llevarse a cabo a través de un informe pericial porque el recurso sistemático a dicho informe pericial puede resultar superfluo a la vista de las demás pruebas en poder del órgano jurisdiccional, por ejemplo, si se tienen en cuenta los resultados de un control del cumplimiento de las medidas de protección de datos personales llevado a cabo por una autoridad independiente y establecido por la ley, siempre que dicho control sea reciente. Y tampoco el informe pericial judicial debe ser suficiente para el juez nacional dado que el derecho a la tutela judicial efectiva contra el responsable del tratamiento exige que un órgano jurisdiccional imparcial proceda a una apreciación objetiva del carácter apropiado de las medidas de que se trate, en lugar de limitarse a realizar tal deducción.

En cuarto lugar, el Tribunal de Justicia confirma que el responsable del tratamiento debe, en principio, indemnizar los daños y perjuicios causados por una infracción del RGPD y, por otro lado, que solo puede quedar exonerado de responsabilidad si aporta la prueba de que en modo alguno es responsable de esos daños y perjuicios.

Por último, también el Tribunal de Justicia considera que RGPD no descarta que el concepto de «daños y perjuicios inmateriales» incluya la obtención de una indemnización sobre la base de su temor a que sus datos per-

sonales sean objeto de uso indebido en el futuro por parte de terceros como consecuencia de la infracción que se ha cometido del Reglamento, lo que, recuerda el Tribunal de Justicia, es una mera «pérdida de control» sobre los datos.

En el mismo sentido, la *sentencia Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos (Centro Nacional de Salud Pública del Ministerio de Sanidad de Lituania)*, C-683/21, la Gran Sala se pronuncia, a requerimiento del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo lituano, sobre el desarrollo de una aplicación móvil referida a la pandemia que el organismo público encarga a una empresa, habiéndoles impuesto sendas sanciones en materia de protección de datos.

El Tribunal de Justicia considera que ambos, el organismo público y la empresa, son responsables del tratamiento de datos y, en todo caso, un responsable del tratamiento es responsable no solo por todo tratamiento de datos personales que efectúe él mismo, sino también por los tratamientos realizados por su cuenta.

También constituye un «tratamiento» la utilización de datos personales para pruebas informáticas de una aplicación móvil, a menos que tales datos se hayan anonimizado de modo que el interesado no sea identificable o haya dejado de serlo o se trate de datos ficticios que no se refieran a una persona física existente.

Asimismo, a juicio del Tribunal de Justicia, todas las infracciones requieren la concurrencia de la culpabilidad, es decir, que haya habido una infracción cometida de forma intencionada o negligente.

Por último, el Tribunal de Justicia fija límites a la responsabilidad por el tratamiento de datos realizados por un encargado: no puede extenderse a las situaciones en las que el encargado haya tratado datos personales para fines que le sean propios o en las que haya tratado dichos datos de manera incompatible con el marco o las modalidades del tratamiento tal como hayan sido determinados por el responsable del tratamiento o de manera que no pueda considerarse razonablemente que dicho responsable hubiera dado su consentimiento.

En fin, la *sentencia Deutsche Wohnen SE*, C-807/21, que tiene su origen en el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Berlín, resulta de interés porque la Gran Sala aprovecha para subrayar el alcance de la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de sanciones administrativas, en este caso multas por un importe total superior a 14 millones de euros impuestas a una empresa inmobiliaria berlinesa.

La primera respuesta que da el Tribunal de Justicia se refiere a que no tiene que existir ninguna vinculación entre la imputación de una infracción a una persona jurídica y la imputación previa de esta infracción a una persona física concreta. Y para su cálculo el Tribunal de Justicia señala que

«el importe máximo de la multa administrativa se calcula sobre la base de un porcentaje del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior de la empresa de que se trate».

Seguidamente, el Tribunal de Justicia insiste en que la imposición de multas administrativas requiere que se demuestre que la infracción fue cometida de forma intencionada o negligente por el responsable del tratamiento y, por tanto, la culpabilidad en la comisión de la infracción constituye un requisito para la imposición de la multa.

Y así explica el Tribunal de Justicia el alcance de la culpabilidad: «un responsable del tratamiento puede ser sancionado por un comportamiento comprendido en el ámbito de aplicación del RGPD cuando no podía ignorar el carácter infractor de su conducta, tuviera o no conciencia de infringir las disposiciones del RGPD».

7. Los límites del derecho a la información medioambiental y la cosa juzgada

El Tribunal de Justicia sigue matizando en la *sentencia Right to Know CLG*, C-84/22, el alcance del derecho a la información en materia medioambiental tal como ha sido consagrado por el Convenio de Aarhus de 1998. Este Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente forma parte del Derecho de la Unión Europea y se completa con la Directiva 2003/4/CE relativa al acceso del público a la información medioambiental.

En este caso la High Court de Dublín le había planteado varias preguntas al Tribunal de Justicia en relación con el litigio de una asociación irlandesa sin ánimo de lucro que le había pedido al Gobierno irlandés el acceso a todos los documentos relativos a las deliberaciones del Consejo de Ministros sobre las emisiones de gases de efecto invernadero de Irlanda mantenidas en reuniones celebradas entre 2002 y 2016. Sobre esta cuestión ya se había pronunciado el mismo tribunal superior.

La primera cuestión se refería a las comunicaciones internas que quedan excluidas del derecho de acceso. Sin embargo, el Tribunal de Justicia insiste en que «el derecho de acceso a la información medioambiental establecido en la Directiva 2003/4 significa que la divulgación de esa información debe ser la norma general y que las autoridades públicas únicamente deben poder denegar una solicitud de información medioambiental en casos concretos claramente definidos. Por tanto, los motivos de denegación deben interpretarse de modo restrictivo, de tal forma que el interés público atendido por la divulgación de la información debe ponderarse con el interés atendido por la denegación de la divulgación».

Por eso, por una parte, «la protección de las «comunicaciones internas» permite, en efecto, crear, en favor de las autoridades públicas, un espacio protegido para llevar a cabo procesos de reflexión y deliberaciones internas. Se trata de una excepción de alcance particularmente amplio que puede aplicarse en cada una de las etapas del conjunto de los trabajos de dichas autoridades. De ello se deduce que, para determinar si la denegación de acceso a la información sobre la que recae esta excepción está justificada, es preciso delimitar estrictamente la ponderación de los intereses en juego, a saber, los que se oponen a su divulgación y los que la justifican».

Y, por otra parte, «la excepción relativa a los «procedimientos de las autoridades públicas» solo se refiere a la información intercambiada en un marco muy específico. Permite a los Estados miembros proteger exclusivamente la información que se refiere a las etapas finales de los procesos de toma de decisiones de las autoridades públicas y que estas, debido a su carácter especialmente sensible, consideran que deben ser confidenciales».

Las dos excepciones no son acumulativas sino que se aplican autónomamente.

Y la segunda cuestión se refería a que en este caso, de acuerdo con el Derecho irlandés, el recurso era inadmisibile porque el Tribunal dublinés ya se había pronunciado sobre la misma cuestión y tal decisión no había sido recurrida.

El Tribunal de Justicia repite su jurisprudencia sobre el principio de cosa juzgada conforme al cual «con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos».

Asimismo, el Tribunal de Justicia subraya que «el reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia no tiene como consecuencia en sí cuestionar la fuerza de cosa juzgada de tal resolución. En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico de la Unión exige la reparación del daño sufrido, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado ese daño».

No obstante, en el caso concreto parece que había una posibilidad de que el Tribunal irlandés volviese a examinar la cuestión dado que, en circunstancias particulares, los órganos jurisdiccionales irlandeses tienen efectivamente una facultad discrecional de permitir a una parte en un litigio plantear una cuestión que ya ha sido resuelta en su contra en un procedimiento anterior.

8. *Las limitaciones a los derechos fundamentales como consecuencia de la pandemia*

Las medidas de control fronterizo a las personas pueden estar justificadas como consecuencia de la pandemia del Covid-19. Así lo constata la Gran Sala del Tribunal de Justicia al reconocer expresamente en la *sentencia Nordic Info V*, C-128/22, que un Estado miembro puede adoptar medidas que limiten la libre circulación de las personas en la Unión Europea y en el espacio de Schengen para responder a una amenaza relacionada con una enfermedad infecciosa contagiosa que presente un carácter pandémico reconocido por la Organización Mundial de la Salud.

El Tribunal de Primera Instancia neerlandófono de Bruselas le preguntó al Tribunal de Justicia por la legalidad de las medidas adoptadas en Bélgica en restricción de la libre circulación de personas, en particular con Suecia, y en relación con la reparación del perjuicio supuestamente sufrido como consecuencia de determinadas medidas nacionales de limitación de la libre circulación adoptadas por el COVID-19.

La respuesta del Tribunal de Justicia es muy clara y justifica las medidas nacionales adoptadas porque, en primer lugar y en aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, los Estados miembros pueden limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, siempre que esas razones no se aleguen con fines económicos.

A juicio del Tribunal de Justicia, las medidas de limitación de la libre circulación que un Estado miembro puede adoptar por razones de salud pública no solo engloban las prohibiciones totales o parciales de entrada o de salida del territorio nacional, como una prohibición de salida de dicho territorio para realizar viajes no esenciales, sino también medidas que tengan como efecto obstaculizar o hacer menos atractivo el derecho de las personas afectadas a entrar en dicho territorio o a salir de él, como una obligación de los viajeros que entren en este de someterse a pruebas de detección y de cumplir una cuarentena.

También el Tribunal de Justicia establece los principios a que se somete la imposición de tales limitaciones, como el principio de buena administración, de tutela judicial efectiva, de publicidad y de proporcionalidad. Y, además, se refiere al principio de cautela en estos términos: «cuando subsisten incertidumbres sobre la existencia o la importancia de riesgos para la salud de las personas, los Estados miembros deben tener la posibilidad, en virtud del principio de cautela, de adoptar medidas de protección sin tener

que esperar a que se demuestre plenamente la realidad de tales riesgos. En particular, los Estados miembros deben poder adoptar cualquier medida que pueda reducir en todo lo posible un riesgo para la salud».

Y la misma respuesta, *mutatis mutandis*, da el Tribunal de Justicia en lo que se refiere al espacio de Schengen de manera que «si una amenaza sanitaria constituye una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior, un Estado miembro puede restablecer temporalmente los controles en sus fronteras interiores para responder a ella, siempre que se cumplan los demás requisitos prescritos en los artículos 25 y siguientes del Código de fronteras Schengen».

Y así lo considera en relación con «una pandemia de una magnitud como la de la COVID-19, originada por una enfermedad contagiosa capaz de provocar la muerte en diferentes categorías de la población y de sobrecargar, incluso saturar, los sistemas nacionales de salud, puede afectar a un interés fundamental de la sociedad, a saber, el de salvaguardar la vida de los ciudadanos preservando al tiempo el buen funcionamiento del sistema de salud y la prestación de los cuidados adecuados a la población, y afecta además a la propia supervivencia de parte de la población, en particular las personas más vulnerables».

En definitiva, la adopción de medidas generales como las adoptadas por Bélgica, y otros Estados miembros de la Unión, no resulta, con las limitaciones detalladas por el Tribunal de Justicia, contraria al Derecho de la Unión en lo que se refiere a la libre circulación ni al espacio de Schengen

También el Tribunal de Justicia, en la *sentencia Ministerstvo zdravotníctví (aplicación móvil para la Covid-19)*, C-659/22, confirma la legitimidad de los certificados Covid de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia le ha respondido al Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Chequia sobre si es aplicable el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) a una aplicación, denominada «čTečka», que permite a quienes organizan espectáculos y eventos controlar y verificar, tal como les exigía la legislación sobre la pandemia, la validez de los certificados COVID digitales de la UE expedidos en virtud del Reglamento 2021/953 para permitirles el acceso.

El Tribunal de Justicia, a partir de un concepto amplio de tratamiento y de datos personales contenidos en el RGPD, llega a la conclusión de que la verificación, mediante la aplicación «čTečka», de la validez de los certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación expedidos en virtud del Reglamento 2021/953 constituye un «tratamiento» al que se le aplica el RGPD.

Esto supone, tal como concluye el Tribunal de Justicia, que corresponderá al Tribunal Supremo checo verificar si el tratamiento introducido por la medida excepcional, por una parte, es conforme con los principios rela-

tivos al tratamiento de datos enunciados en el artículo 5 del RGPD y, por otra parte, responde a alguno de los principios relativos a la licitud del tratamiento enumerados en el artículo 6 de dicho Reglamento.

9. *Las plataformas digitales en el mercado interior europeo*

Google Ireland, Meta Platforms Ireland y Tik Tok Technology son sociedades establecidas en Irlanda que prestan servicios de plataformas de comunicación.

En Austria se aprobó en 2020 la Ley federal de medidas de protección de los usuarios en las plataformas de comunicación y las tres grandes tecnológicas impugnaron su aplicación a quienes estaban establecidas en otro país de la Unión Europea.

El Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Austria planteó la cuestión prejudicial para saber si la Directiva sobre el comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE) permitía que la Ley austriaca se aplicase a estas tecnológicas con sede en Irlanda.

El Tribunal de Justicia explica en la *sentencia Google Ireland Limited y otros*, C-376/22, la esencia de la regulación europea que se resume, por una parte, en que la Directiva 2000/31 se basa en la aplicación de los principios de control en el Estado miembro de origen y del reconocimiento mutuo, de modo que los servicios de la sociedad de la información se regulan en el único Estado miembro en cuyo territorio están establecidos los prestadores de tales servicios.

Y, por otra parte, a juicio del Tribunal de Justicia, de conformidad con el principio de reconocimiento mutuo, corresponde a cada Estado miembro, en su condición de Estado miembro de destino de servicios de la sociedad de la información, no restringir la libre circulación de tales servicios exigiendo el cumplimiento de obligaciones adicionales.

Esto quiere decir que la regla del control en el Estado miembro de origen genera un reparto de la competencia reglamentaria entre el Estado miembro de origen de un prestador de servicios de la sociedad de la información y el Estado miembro en el que se presta el servicio de que se trata, es decir, el Estado miembro de destino.

La Directiva supone que el legislador de la Unión prevé que el control de los servicios de la sociedad de la información se lleve a cabo en el origen de la actividad, es decir, por el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios, con el triple objetivo de garantizar que se protegen de forma eficaz los intereses generales, de mejorar la confianza mutua entre los Estados miembros y de garantizar de forma eficaz la libre circulación de servicios y la seguridad jurídica para los prestadores de servicios y sus destinatarios.

Por esa razón, los Estados miembros no están autorizados, en principio, a adoptar medidas aplicables a las tecnológicas establecidas en otros Estados miembros de la Unión y, a juicio del Tribunal de Justicia, ni siquiera se exige la comprobación de que dichas medidas son necesarias para satisfacer razones imperiosas de interés general.

10. *El seguro obligatorio de vehículos y las bicicletas con pedaleo asistido*

La *sentencia KBC Verzekeringen*, C-286/22, se refiere al seguro de vehículos y bicicleta con pedaleo asistido y responde una cuestión prejudicial que tiene su origen en el Tribunal Supremo belga que pregunta sobre la interpretación de la Directiva 2009/103/CE relativa al seguro de la responsabilidad civil de vehículos automóviles.

En Flandes una ciclista que se dirigía a su trabajo fue arrollada por un automóvil y falleció. La disputa entre las aseguradoras, la del empleador de la fallecida y la del automóvil, planteó si la bicicleta debía considerarse vehículo a los efectos de la Directiva.

En este caso la bicicleta con pedaleo asistido tiene una función «turbo» mediante la cual acelera hasta una velocidad de 20 km/h sin pedalear pero requiere fuerza muscular para poder utilizar dicha función.

Con el fin de interpretar la Directiva, el Tribunal de Justicia sostiene que las disposiciones del Derecho de la Unión deben ser interpretadas y aplicadas de modo uniforme a la luz de las versiones de todas las lenguas de la Unión y en caso de divergencia entre las diferentes versiones lingüísticas de un texto del Derecho de la Unión, la norma de que se trata debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra.

A tal efecto considera que la obligación de «seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles» contenida en la Directiva se refiere tradicionalmente, en el lenguaje corriente, al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de máquinas como las motocicletas, los coches y los camiones que, salvo en los casos en que estén al final de su vida útil, se desplazan exclusivamente por medio de una fuerza mecánica.

Por tanto y dada la finalidad del seguro, el Tribunal de Justicia considera que no es equiparable la bicicleta con pedaleo asistido a los vehículos automóviles porque unas máquinas que no se accionan exclusivamente por una fuerza mecánica y que, por tanto, no pueden desplazarse por el suelo sin utilizar la fuerza muscular, como la bicicleta con pedaleo asistido y que solo puede acelerar hasta una velocidad de 20 km/h, no parecen capaces de causar a terceros daños corporales o materiales comparables, por su grave-

dad o su cantidad, a los que puedan causar las motocicletas, los automóviles, los camiones u otros vehículos que circulan por el suelo, accionados exclusivamente por una fuerza mecánica, ya que estos últimos pueden alcanzar una velocidad sensiblemente superior a la que pueden alcanzar tales máquinas y, a día de hoy, se utilizan más frecuentemente en la circulación.

Y concluye el Tribunal de Justicia: «el objetivo de protección de las víctimas de accidentes de tráfico causados por vehículos automóviles, perseguido por la Directiva 2009/103, no exige que tales máquinas estén comprendidas en el concepto de vehículo.

11. *El control judicial en materia de función pública europea*

En una plantilla para 2023 de 39.333 funcionarios en las instituciones y órganos de la Unión Europea, más otros 9.177 agentes de Organismos establecidos por la Unión y dotados de personalidad jurídica, resulta lógico que las cuestiones de personal lleguen a los tribunales, en particular al Tribunal General que actúa en primera instancia y ya en casación ante el Tribunal de Justicia.

Dos sentencias del Tribunal General, *Gómez Calavia*, T-336/22, y *BZ / BCE*, T-161/21, muestran la otra cara de la burocracia de Bruselas: la primera sobre la impugnación de una evaluación profesional de un funcionario del Tribunal de Justicia, que trabajaba en Luxemburgo; y la segunda sobre una antigua funcionaria del Banco Central Europeo que trabajaba en Fráncfort del Meno y que no estaba de acuerdo con una indemnización que se le había reconocido por acoso.

El Tribunal de Justicia da empleo a 2.114 funcionarios, en su gran mayoría juristas lingüistas. Pues bien, en la *sentencia Gómez Calavia* el Tribunal General desestima el recurso de la heredera de un antiguo jurista lingüista del Tribunal de Luxemburgo, que murió durante el procedimiento judicial, y que impugnaba la valoración profesional que le había hecho la superiora jerárquica, la Jefa de Unidad de Traducción en Lengua Española.

El Tribunal General subraya su jurisprudencia conforme a la cual en materia de evaluación de funcionarios, los evaluadores gozan del más amplio poder de apreciación en sus juicios sobre el trabajo de las personas de las que se encargan de valorar y, por tanto, no corresponde al juez intervenir en esta apreciación ni controlar su justificación salvo en los casos de error o exceso manifiesto dado que el control jurisdiccional se limita al control de la regularidad procedimental y a la aplicación apropiada de las reglas de derecho, de la exactitud material de los hechos y de la ausencia de error manifiesto de apreciación o de la desviación de poder.

En este caso, en que había habido cambio de la evaluadora del funcionario y que había disminuido sus calificaciones anteriores, el Tribunal General no acogió ninguno de los motivos de impugnación, ni siquiera el que insinuaba que le habían rebajado las notas por el mero intento de su evaluadora de imponer su autoridad.

El Banco Central Europeo empleó durante 2022 a 5.088 personas, de las cuales 2.844 tenían una relación de empleo permanente; el 30% son alemanes.

En el litigio que zanja el Tribunal General se impugnaba una decisión del Banco Central Europeo que se excusaba por su comportamiento y reconocía una indemnización de 50.000 euros a una de sus empleadas por acoso laboral por no haber reabierto el procedimiento de investigación que había archivado indebidamente en 2009.

Previamente, el asunto ya había sido objeto de enjuiciamiento por el Tribunal General en la sentencia de 28 de mayo de 2020, *María Concetta Cerafogli / BCE*, T-483/16 RENV, ECLI:EU:T:2020:225, que había anulado la actuación incorrecta de los órganos de personal del BCE en cuanto a un presunto supuesto de acoso moral y le reconocía a la funcionaria equitativamente 20.000 euros de indemnización.

Ahora el Tribunal General desestima el recurso de la funcionaria del pago adicional de 50.000 euros por el BCE con el fin de compensar el hecho de que no hubiese habido reapertura de procedimiento de investigación del presunto acoso moral. Se trata, a juicio del Tribunal General, de indemnizar la pérdida de oportunidad de la funcionaria de haber gozado de una investigación administrativa sin los errores identificados por el Tribunal General en la sentencia de 2020 y que podrían haber desembocado en un resultado diferente del obtenido con la investigación iniciada en 2008 y archivada posteriormente.

III. Segunda parte. La jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el derecho interno

Es difícil establecer un hilo conductor de los distintos asuntos originados o relativos a España y resueltos por el Tribunal de Justicia, muy especialmente los reenvíos prejudiciales pero también e inevitablemente algunos recursos directos que han tenido una gran repercusión pública.

1. *El suplicatorio de Puigdemont ante el Tribunal General*

El Tribunal General dictó dos sentencias que constituyen un hito más en lo que podíamos denominar la *saga del procés: sentencia Puigdemont*, T-115/20, y *sentencia Puigdemont*, T-272/21.

En esta ocasión tres eurodiputados catalanes, domiciliados en Waterloo y que hasta ahora se han sustraído de la acción de la justicia penal española, impugnaban la actuación del Parlamento Europeo y cuestionaban las decisiones de su presidente y de la propia Cámara de Estrasburgo en lo que se refiere a la protección de su inmunidad parlamentaria.

Con sus dos sentencias el Tribunal General inadmitió una demanda relativa al amparo de su inmunidad como europarlamentarios y desestimó la otra referida a la concesión por el Parlamento Europeo del suplicatorio remitido por el Tribunal Supremo español.

En el primer recurso los Sres. Puigdemont y Comín pretendían la anulación de un escrito del presidente del Parlamento Europeo, de 10 de diciembre de 2019, que, en realidad, no los amparaba, como ellos pretendían, en su inmunidad de europarlamentarios.

En el segundo recurso, los eurodiputados Puigdemont, Comín y Ponsatí impugnaban las decisiones del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 2021, que accedían al suplicatorio remitido por el Tribunal Supremo español de suspensión de su inmunidad para poder juzgarlos por los actos relativos al denominado proceso de independencia de Cataluña.

La primera sentencia rechaza el recurso de anulación porque, a juicio del Tribunal General, por una parte, «el Parlamento no dispone de una competencia, dimanante de un acto normativo, para adoptar una decisión de amparo de la inmunidad de los demandantes con efectos jurídicos vinculantes para las autoridades judiciales españolas». Y porque, por otra parte, el Parlamento Europeo no podía adoptar, en respuesta a la solicitud de amparo de su inmunidad, una decisión con efectos jurídicos obligatorios.

La razón fundamental es que en este supuesto resulta aplicable el Derecho español dado que los eurodiputados gozan, en su propio país, de las inmunidades reconocidas por el Derecho nacional a los miembros del parlamento nacional y, sin embargo, en España, ni el Derecho español ni la interpretación del Tribunal Constitucional ni la del Tribunal Supremo atribuyen a las Cortes Generales la prerrogativa de amparo de la inmunidad de sus miembros cuando el órgano jurisdiccional nacional no reconozca esa inmunidad, en particular que requiera la suspensión de un proceso judicial incoado en su contra.

La segunda sentencia examina los numerosos motivos de anulación esgrimidos contra la decisión del Parlamento Europeo de conceder el suplicatorio: falta de motivación, falta de competencia de la autoridad nacional que emitió y transmitió al Parlamento Europeo los suplicatorios, violación del principio de imparcialidad, del derecho a ser oído, de los principios de seguridad jurídica y de cooperación leal, del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa por falta de claridad de las decisiones impugnadas, el Parlamento Europeo habría traspasado los límites de su

prerrogativa para suspender la inmunidad de sus miembros, violación de los principios de buena administración y de igualdad de trato por haberse apartado el Parlamento Europeo, sin justificación, de su práctica previa, la existencia de errores en la apreciación del *fumus persecutionis* y, en fin, la violación de los principios de buena administración y de igualdad de trato por haber autorizado el Parlamento Europeo, por primera vez, la prisión provisional de sus miembros.

El Tribunal General explica el alcance del control de las decisiones adoptadas por el Parlamento Europeo en respuesta a un suplicatorio de suspensión de la inmunidad y señala: «el juez de la Unión debe verificar el cumplimiento de las normas de procedimiento, la exactitud material de los hechos considerados por la institución, la falta de error manifiesto en la apreciación de estos hechos o la inexistencia de desviación de poder».

De los distintos motivos, con numerosas ramificaciones, solo me refiero a tres aspectos significativos de esta sentencia.

El primero tiene que ver con la autoridad competente para solicitar el suplicatorio y la normativa en la que debía basarse. A tal efecto, el Tribunal General considera que los suplicatorios de suspensión de la inmunidad se enmarcan en un proceso penal sustanciado a escala nacional en el que la potestad decisoria final recae en el órgano jurisdiccional nacional competente; de modo que, continúa el Tribunal General, estos no constituyen un acto de instrucción, un acto de apertura o una propuesta no vinculante que las autoridades nacionales hayan adoptado en el marco de procedimientos administrativos conducentes a la adopción de un acto de la Unión, en el sentido de la referida sentencia, cuya validez corresponda al Parlamento Europeo y, en su caso, al Tribunal General controlar; a lo que añade el Tribunal General: «Por añadidura, los demandantes cuestionaron la validez de los suplicatorios de suspensión de su inmunidad ante los órganos jurisdiccionales españoles».

El segundo aspecto tiene que ver con la pretendida vulneración de los derechos fundamentales de los eurodiputados reclamantes. Ahora bien, el Tribunal General puntualiza que la inmunidad no puede constituir un derecho fundamental reconocido a los diputados europeos, pues se concede exclusivamente en interés del Parlamento Europeo por lo que, «aunque la inmunidad conferida a los diputados europeos contribuye a garantizar la eficacia del derecho fundamental que constituye el derecho de sufragio pasivo, en particular al permitir a quienes han resultado electos miembros del Parlamento cumplir los trámites para tomar posesión de su mandato [...] no puede ser confundida con este derecho». El Tribunal General también rechaza la invocación de la parcialidad del ponente o del presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo que tramitó los ex-

pedientes del suplicatorio. Por poner el ejemplo de la tacha del ponente, el razonamiento del Tribunal General es claro para rechazarla: «aunque la misión de ponente se encomienda a un diputado perteneciente a un grupo político determinado, ese diputado actúa en el marco de una comisión cuya composición refleja el equilibrio de los grupos políticos en el Parlamento [Europeo]».

El tercer aspecto relevante de la sentencia es que el Tribunal General rechaza cualquier *fumus persecutionis* y confirma la constatación del Parlamento Europeo de que en el caso de los tres eurodiputados no existe porque los hechos imputados se habían cometido en 2017, mientras que los demandantes adquirieron la condición de miembros del Parlamento el 13 de junio de 2019, pero también porque fueron procesados el 21 de marzo de 2018, es decir, en un momento en que la adquisición de la condición de diputado europeo era hipotética y, en fin, porque ese procesamiento afectaba también a otras personas, que no eran miembros del Parlamento Europeo.

2. Non bis in idem, euroorden y ejecución de condenas penales en el espacio de Schengen

El Tribunal de Justicia ha dictado la *sentencia Juan / Ministerio Fiscal*, C-164/22, relativa al caso *Forum Filatélico* donde aclara el alcance del principio *non bis in idem* en el espacio de Schengen a la hora de aplicar la euroorden y la ejecución de condenas penales.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AN) planteó la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en un asunto en el que el Juzgado Central de Instrucción había denegado una euroorden del Juzgado Central de lo Penal de Lisboa para la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta a una persona por estafa cualificada (auto de 2 de marzo de 2022, Sección 2.^a, recurso n.º 3/2022, ES:AN:2022:979A, ponente: De Prada Solaesa).

Se trata de un ciudadano español que había sido condenado a once años y diez meses por su participación en el conocido caso *Forum Filatélico* y que cumple condena en España; la misma persona también había sido condenada en Portugal a una pena de prisión de seis años y seis meses por estafa cualificada como consecuencia del caso *Fórum Filatélico Iniciativas de Gestão* en Portugal.

El Juzgado Central había denegado el requerimiento del Juzgado portugués pero ordenó la remisión de la causa al Juzgado Central de lo Penal, a fin de que se ejecutase en España la condena penal impuesta en Portugal.

En apelación y antes de resolver, la Sala de lo Penal le pregunta al Tribunal de Justicia sobre el alcance en este supuesto del principio *non bis in*

idem y sobre las consecuencias de la eventual ejecución de la sentencia portuguesa en España.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual «el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando los hechos de que se trate no sean idénticos, sino solo similares», por lo que «para declarar la identidad de los hechos no basta con la mera circunstancia de que, en una determinada sentencia, se mencione un elemento fáctico que guarde relación con el territorio de otro Estado miembro. Es preciso comprobar, además, si el órgano jurisdiccional que dictó dicha sentencia se pronunció efectivamente sobre ese elemento fáctico con el fin de declarar la existencia de la infracción, de determinar la responsabilidad de la persona enjuiciada por esa infracción y, en su caso, de imponerle una sanción, de tal modo que deba considerarse que esa infracción engloba el territorio del otro Estado miembro».

Aun cuando el Tribunal de Justicia subraya que corresponde la aplicación del principio *non bis in idem* al juez nacional, también parece deducir que en el caso concreto y a la vista de los datos que le ha suministrado la Audiencia Nacional los hechos no eran idénticos aunque «la persona buscada reprodujo en Portugal la actividad defraudatoria que desarrollaba en España. Ahora bien, aun cuando se trate de actividades que obedecen a un mismo *modus operandi*, estas se realizaron a través de personas jurídicas distintas, dedicándose una de ellas a la actividad defraudatoria en España y, la otra, a tal actividad en Portugal. Además [...] el solapamiento entre los hechos cometidos, respectivamente, en Portugal y en España es meramente esporádico y la actividad defraudatoria continuó en Portugal tras la apertura del procedimiento de investigación y el cese de la actividad en España. Asimismo [...] los perjudicados son diferentes. En consecuencia, no parece que las actividades defraudatorias desarrolladas en España y en Portugal estuvieran indisolublemente ligadas entre sí. Por otro lado, [...] la sentencia española se refiere a la actividad defraudatoria desarrollada en España en perjuicio de personas residentes en dicho Estado miembro, mientras que la sentencia portuguesa se refiere a la desarrollada en Portugal en perjuicio de personas residentes en este último Estado miembro».

En cualquier caso, a juicio del Tribunal de Justicia, para acreditar la existencia de los «mismos hechos» no procede tener en cuenta la calificación de los delitos de que se trate según el Derecho del Estado miembro de ejecución.

El Tribunal de Justicia inadmite la segunda cuestión sobre las eventuales consecuencias de la ejecución de la sentencia portuguesa en España porque no es necesaria para resolver el caso concreto planteado.

3. *El derecho a las vacaciones retribuidas como principio social europeo y su compensación*

Los autos que resuelven cuestiones prejudiciales suelen ser muy claros porque salen de la mano del ponente sin tener en cuenta más ‘sugerencias’, y, aun cuando resuelven cuestiones sencillas y sobre las que ya hay jurisprudencia, constituyen por lo general un clarividente resumen de la jurisprudencia vigente en ese momento.

En este caso el *auto Adolfo*, C-795/22, lo dicta el Tribunal de Justicia, en respuesta a una cuestión prejudicial de la Sala de lo Social de Valencia, para resolver un aspecto del conocido problema de la compensación por vacaciones no disfrutadas.

En síntesis, se trata de un trabajador que no había percibido las vacaciones correspondientes a 2017 y 2018 de su anterior empleador con el que se había extinguido la relación laboral. El Juzgado de lo Social de Alicante le había reconocido solo el derecho correspondiente a 2018 pero consideró prescrita la obligación respecto a 2017 al aplicar la prescripción de un año prevista en el Estatuto de los Trabajadores.

La Sala de lo Social de Valencia remitió la cuestión prejudicial y el Tribunal de Justicia respondió que la prescripción de un año contada desde la finalización del período anual de referencia al que correspondan esas vacaciones prevista en el Estatuto de los Trabajadores es contraria al Derecho de la Unión si el empresario no posibilitó de manera efectiva al trabajador ejercer ese derecho, incluso en caso de que el trabajador, antes de la extinción de la relación laboral, no hubiese entablado un procedimiento que interrumpiese el plazo de prescripción.

El punto de partida es que el derecho a vacaciones anuales constituye un principio fundamental del Derecho social de la Unión que consagra el artículo 31.2 de la Carta de los derechos fundamentales y que concreta y precisa el artículo 7.1 de la Directiva 2003/88.

Y significa no solo que los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas sino también que, una vez que la relación laboral ha finalizado y que, por consiguiente, ya no resulta posible disfrutar de modo efectivo las vacaciones anuales retribuidas, el artículo 7.2 de la Directiva 2003/88 establece que el trabajador tiene derecho a una compensación económica a fin de evitar que el trabajador quede privado de todo disfrute de las vacaciones, incluso en forma pecuniaria.

Ahora bien, el plazo de prescripción no opera automáticamente sino que es preciso tener en cuenta el comportamiento del trabajador y del empresario. En cuanto al trabajador, subraya el Tribunal de Justicia, debe ser considerado la parte débil de la relación laboral, de modo que es neces-

rio impedir que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos; en cambio, el empresario debe velar de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas, incitándolo, en su caso, formalmente a hacerlo, e informarlo de manera precisa y oportuna para asegurar que tales vacaciones sigan pudiendo garantizar al interesado el descanso y el ocio a los que pretenden contribuir, de manera que, si no las toma, se perderán al término del período de devengo o de un período de prórroga autorizado.

Es también al empresario al que corresponde la carga de la prueba. Por tanto, solo si el empresario puede aportar la prueba que acredite que el trabajador se abstuvo, deliberadamente y con pleno conocimiento de causa en cuanto a las consecuencias que podrían derivarse de su abstención, de tomar sus vacaciones anuales retribuidas tras haber podido ejercer efectivamente su derecho a estas, nada impediría la pérdida de ese derecho ni, en caso de extinción de la relación laboral, a la consiguiente falta de compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas.

Por tanto, el plazo de prescripción de un año solo sería aplicable si el empresario posibilitó de manera efectiva al trabajador el ejercicio de su derecho a las vacaciones.

4. *La transmisión de una notaría y el mantenimiento de los derechos de su personal*

El Juzgado de lo Social n.º 1 de Madrid le había preguntado al Tribunal de Justicia si se aplicaba a las transmisiones de notarías la Directiva 2001/23/CE relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

El Tribunal de Justicia llega en su sentencia *NC, JD, TA y FZ (transmisión de una notaría española)*, C-583/21, C-584/21, C-585/21 y C-586/21, a la conclusión afirmativa al comprobar que «esta Directiva es aplicable a una situación en la que un notario, funcionario público y empleador privado de los trabajadores de su notaría, sucede al anterior titular de esa notaría, asume su protocolo y una parte sustancial del personal que venía trabajando para este último y continúa desempeñando la misma actividad en los mismos locales con los mismos medios materiales, siempre y cuando se mantenga la identidad de dicha notaría, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente considerando todas las circunstancias pertinentes».

Es de gran interés cómo ve el Tribunal de Justicia a los notarios y a sus oficinas lo que, de algún modo, da qué pensar sobre nuestra visión tradicional de las notarías.

Por una parte, el Tribunal de Justicia examina si los notarios ejercen prerrogativas del poder público lo que, de ser así, excluiría la aplicación de la Directiva 2001/23/CE.

Sin embargo y en primer lugar, el Tribunal de Justicia caracteriza a un notario como «funcionario público y empleador privado de los trabajadores a su servicio, sucede al anterior titular de una notaría, asume su protocolo y al personal que venía trabajando laboralmente para este y continúa desempeñando la misma actividad en los mismos locales con los mismos medios materiales».

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia destaca la nota de que los notarios ejercen una actividad económica porque «ofrecen en el mercado a los clientes, con carácter retribuido, sus servicios, que consisten, en particular, en dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales». Y, añade el Tribunal de Justicia, «Según indicó la Comisión Europea en la vista, estos notarios asumen los riesgos económicos del ejercicio de esa actividad».

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia plantea la cuestión de si los notarios ejercen prerrogativas del poder público y responde, en términos generales, en sentido negativo porque, en síntesis, «ejercen en situación de competencia». Por tanto y aun cuando el Tribunal de Justicia deja a los jueces españoles que comprueben si los notarios «ejercen prerrogativas de poder público», todo parece indicar, como también lo comprobó el Abogado General en sus Conclusiones, que las notarías no estarían excluidas de la aplicación de la Directiva 2001/23/CE.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia examina si en el caso de la transmisión de una notaría se aplicaría la Directiva 2001/23/CE como si se tratase de la transmisión de una empresa.

A juicio del Tribunal de Justicia, debe tenerse en cuenta la definición del Derecho español de una notaría u oficina pública como «conjunto de medios personales y materiales ordenados para el cumplimiento de [la] finalidad [de la función pública notarial]». Y en el mismo sentido el Tribunal de Justicia considera respecto de la sucesión de notarios que «el hecho de que haya pasado a ser titular de una notaría, en particular de una determinada demarcación, haya asumido los medios materiales y los locales de dicha notaría y se haya convertido en el depositario del protocolo indica que esta ha mantenido su identidad».

En suma, a juicio del Tribunal de Justicia, todo permite concluir que la Directiva 2001/23 sería aplicable a la transmisión de las notarías en España.

5. *El contumaz incumplimiento por la Seguridad Social española de la jurisprudencia europea*

En la *sentencia Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, C-113/22, el Tribunal de Justicia inflige un importante correctivo a la Ad-

ministración española de la Seguridad Social por incumplir **deliberadamente** la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

En su sentencia de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C-450/18, EU:C:2019:1075), el Tribunal de Justicia constataba la discriminación directa de la legislación española al establecer el derecho a un complemento de pensión para las madres de dos o más hijos biológicos o adoptados y negárselo a los padres.

Ahora en 2023 el Tribunal de Justicia reprocha enérgicamente la contumacia de la Administración española basada en una inapropiada interpretación del efecto de las directivas porque una circular administrativa preveía que hasta que se procediese a la modificación legislativa necesaria para adaptar el artículo 60 de la LGSS al pronunciamiento del TJUE, la Administración de la Seguridad Social seguiría reconociendo el complemento únicamente a las mujeres, sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconociesen el citado complemento de pensión a los hombres. De modo que hasta la nueva adaptación de la legislación española se dejaba sin efecto la Directiva y la clara interpretación del Tribunal de Justicia.

Por eso el Pleno de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia (auto de 2 de febrero de 2022, ES:TSJGAL:2022:1A, ponente: Naveiro Santos) planteó una cuestión prejudicial insistiendo en lo que significaba la práctica administrativa y preguntando por el alcance de la indemnización adicional al reconocimiento de la discriminación.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia subraya, por una parte, el efecto directo del principio de no discriminación en relación con la legislación española, el referido artículo 60.1 LGSS, de manera que «una vez que se ha constatado la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la Unión y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada. En ese supuesto, el órgano jurisdiccional nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen del que disfrutaban las personas incluidas en la otra categoría».

Y añade: «Semejante obligación incumbe, por lo demás, no solo a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas nacionales encargadas de aplicar ese régimen».

Por tanto y en cuanto se refiere a la práctica administrativa, consistente en no aplicar directamente la Directiva y la interpretación europea, que, además, se formalizó mediante una norma administrativa publicada, el Tribunal de Justicia considera que «genera para los afiliados de sexo masculino, con independencia de la discriminación directa por razón de sexo que se deriva de los requisitos materiales previstos en la legislación, una discriminación relativa a los requisitos procedimentales que regulan la concesión del complemento de pensión, obligando a acudir ineludiblemente a la vía judicial para obtenerla».

Y esta segunda discriminación, de carácter procedimental, debe tener consecuencias indemnizatorias para los agraviados por lo que en la medida en que la reparación pecuniaria sea la medida adoptada para alcanzar el objetivo de restablecer la igualdad efectiva de oportunidades debe ser adecuada para permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables.

Y para ello el Tribunal de Justicia señala la vía prevista en la Ley de la Jurisdicción Social que permite conceder al demandante una reparación pecuniaria íntegra derivada del artículo 6 de la Directiva 79/7 y, por tanto, una indemnización que cubra las costas y los honorarios de abogado en que haya incurrido el demandante para hacer valer ante los tribunales su derecho al complemento de pensión.

Esta indemnización no puede verse obstaculizada por los privilegios procesales que pudiera tener, por ejemplo, la Administración de la Seguridad Social española en materia de costas, porque «la indemnización que cubre las costas y los honorarios de abogado no está comprendida en el ámbito de aplicación de dichas normas procesales, sino que forma parte de la reparación íntegra del interesado».

6. *Las cláusulas abusivas de los contratos bancarios y las dudas de los jueces españoles*

Las *sentencias Cajasur Banco*, C-35/22, y *Banco Santander (Referencia a un índice oficial)*, C-265/22, se refieren a los consumidores y a la protección que les otorga la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas.

A tal efecto y, como dice el Tribunal de Justicia, en la *sentencia Banco Santander*: «el sistema de protección establecido por la referida Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, [y] tal exigencia debe entenderse de manera extensiva».

La *sentencia Cajasur Banco*, que tiene su origen en una cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de Málaga, se refiere a las costas aplicables en los procedimientos en que se invocan cláusulas abusivas de contratos de préstamos con garantía hipotecaria. El supuesto que se examina lo describe muy bien el Tribunal de Justicia: «las entidades bancarias, en vez de informar a los consumidores de las consecuencias de la jurisprudencia nacional relativa a las cláusulas contractuales abusivas, tienden a esperar a que se les dirija un requerimiento previo a la vía judicial, que atienden, o a que se incoe un procedimiento judicial, ante lo cual se allanan de inmediato a la demanda antes de contestarla, con el propósito de evitar que se les impongán las costas del procedimiento».

Aun cuando lanza especiales advertencias sobre los derechos de los consumidores, el Tribunal de Justicia considera finalmente que la interpretación del artículo 395 LEC no es contrario a la Directiva 93/13/CEE pero deja un amplio margen de interpretación al criterio del juez en cada caso para tener en cuenta la existencia de una jurisprudencia nacional reiterada que declara abusivas cláusulas análogas a aquella y la actitud del referido profesional, en este caso la entidad bancaria, para concluir que este ha actuado de mala fe y, en su caso, condenarlo a cargar con las costas.

La *sentencia Banco Santander* se refiere a los índices o tipos de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios (IRPH) aplicables en España. Se trata de tipos de interés variable que se fijan con relación a un «tipo de referencia» —el IRPH de las entidades de crédito, incrementado en 0,20 puntos porcentuales— o a un «tipo de referencia sustitutivo» —el IRPH de los bancos, incrementado en 0,50 puntos porcentuales—.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca le plantea al Tribunal de Justicia dos cuestiones relativas a la Directiva 2005/29 sobre las prácticas comerciales desleales y a la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas.

El primer grupo de preguntas fue inadmitido por el Tribunal de Justicia porque, por razones temporales, la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales no era aplicable al contrato controvertido. La Directiva 2005/29 no era aplicable en la fecha de celebración del contrato objeto del litigio principal, el 12 de mayo de 2006, dado que había sido transpuesta mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

En cambio, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre distintos aspectos de la Directiva sobre cláusulas abusivas.

En primer lugar y por lo que se refiere a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, subraya el Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración.

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, la exigencia de que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible implica que, en el caso de los contratos de préstamo, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia insiste en que los elementos principales relativos al cálculo del índice de referencia deben resultar fácilmente asequibles por haber sido publicados en el *BOE* y en una Circular del Banco de España.

El Tribunal de Justicia ofrece unos parámetros interpretativos pero, en realidad, corresponde al juez nacional aplicarlos al contexto fáctico de cada asunto y al marco jurídico español.

7. *El derecho de la competencia y el fútbol europeo: sentencia European Superleague Company*

La *sentencia European Superleague Company*, C-333/21, es la respuesta de la Gran Sala a la cuestión prejudicial remitida por el Juzgado de lo Mercantil n.º 17 de Madrid y contenida en el auto de 11 de mayo de 2021, recurso n.º 150/2021, ECLI:ES:JMM:2021:747A, magistrado Ruiz de Lara.

El litigio enfrenta a una sociedad mercantil española, la *European Superleague Company*, constituida por los 12 clubes más poderosos del fútbol europeo, encabezados por el Real Madrid y el Barcelona CF, con las asociaciones responsables de las competiciones de fútbol mundial (FIFA) y europeo (UEFA). La *European Superleague Company* pretende poner en marcha la primera competición europea al margen de UEFA y prevé un sistema propio de financiación y de explotación de derechos. Se trata de un desafío en toda regla y desde el corazón del asociacionismo profesional del fútbol europeo que ha removido los cimientos del actual sistema controlado férreamente desde Suiza por la FIFA y por la UEFA.

El Tribunal de Justicia dicta una sentencia muy minuciosa, bien estructurada y pedagógica pero que no resuelve el embrollo porque, como se encarga de puntualizar el propio Tribunal europeo, quedan cuestiones pendientes de resolver. De la sentencia solo quisiera destacar tres aspectos.

En primer lugar, la Gran Sala hace una interesante recapitulación de la relación entre deporte y derecho de la competencia y subraya la trascendencia que tiene la ampliación de competencias de la Unión Europea realizada, en especial, a partir del Tratado de Maastricht.

Precisamente, el Tribunal de Justicia recuerda, por una parte y con el fin de no aplicar las normas europeas, cómo «solo pueden considerarse ajenas a cualquier actividad económica determinadas normas específicas que,

por una parte, hayan sido aprobadas exclusivamente por motivos de orden no económico y que, por otra parte, se refieran a cuestiones que afecten únicamente al deporte como tal. Así sucede, en particular, con las normas relativas a la exclusión de los jugadores extranjeros de la composición de los equipos que participan en competiciones entre selecciones nacionales o al establecimiento de los criterios de clasificación empleados para seleccionar a los atletas que participan en competiciones a título individual» (apartado 84).

Y, por otra parte, el Tribunal de Justicia reconoce que el artículo 165 TFUE, relativo a las acciones en materia de deporte, «no constituye una disposición de aplicación general de carácter transversal» (apartado 100) dado que «los autores de los Tratados tenían la voluntad de conferir a la Unión, mediante estas disposiciones, una competencia de apoyo que le permitiera llevar a cabo, no una «política», como se prevé en otras disposiciones del Tratado FUE, sino una «acción» en diferentes ámbitos específicos, entre los que se encuentra el deporte» (apartado 99).

Es preciso recordar que estos ámbitos son educación, formación profesional, juventud y deporte. Y esto le permite al Tribunal de Justicia establecer un criterio de interpretación en el sentido de que «cuando se afirme que una norma adoptada por una asociación deportiva constituye una restricción a la libre circulación de los trabajadores o un acuerdo contrario a la competencia, la calificación de esta norma como restricción o acuerdo contrario a la competencia deberá, en cualquier caso, basarse en un examen concreto del contenido de dicha norma en el contexto real en el que debe aplicarse» y, puntualiza: «Tal examen puede implicar que se tome en consideración, por ejemplo, la naturaleza, la organización o el funcionamiento del deporte de que se trate y, más concretamente, su grado de profesionalización, la manera en que se practica, el modo en que interactúan los diferentes actores que participan en el mismo y el papel que desempeñan las estructuras o los organismos responsables de ese deporte en todos los niveles, con los que la Unión favorece la cooperación» (apartado 105).

En segundo lugar y en relación con las normas europeas de la libre competencia, es esencial la distinción que hace el Tribunal de Justicia entre la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, es decir, del régimen europeo de los acuerdos colusorios y del abuso de posición dominante en este ámbito particularmente complejo de actuación de la FIFA, de la UEFA y de la inquietante competencia que se trata de instrumentar la European Superleague Company.

De sus amplísimos razonamientos quizás la clave y el resumen los recoge el Tribunal de Justicia al señalar: «los artículos 101 TFUE, apartado 3, y 102 TFUE deben interpretarse en el sentido de que normas mediante las cuales las asociaciones responsables del fútbol en los ámbitos mundial y

européo, y que ejercen paralelamente diferentes actividades económicas vinculadas a la organización de competiciones, supeditan a su autorización previa la creación, en el territorio de la Unión, por una tercera empresa de competiciones de fútbol de clubes y controlan la participación de los clubes de fútbol profesional y de los jugadores en tales competiciones, bajo pena de sanciones, solo pueden acogerse a una excepción de la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, o considerarse justificadas a la luz del artículo 102 TFUE si se demuestra, mediante argumentos y pruebas convincentes» (apartado 209).

Y esto mismo es lo que subraya el Tribunal de Justicia en relación con la explotación de los derechos derivados de las competiciones deportivas que, si bien puede conferirse a la FIFA y a la UEFA o a otras asociaciones, estas deben cumplir determinadas exigencias para que el acuerdo esté exento de la prohibición de acuerdos colusorios y de conformidad con el artículo 101.3 TFUE o que el ejercicio de la posición de dominio sujeta al artículo 102 TFUE no se considere abusivo al estar justificado.

Por último, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el efecto de las libertades económicas fundamentales y, en particular, la libre circulación de servicios.

En este caso las normas adoptadas por la FIFA y por la UEFA serían contrarias a esta libertad económica pero, como recuerda el Tribunal de Justicia, cabe reconocer su mantenimiento si estas asociaciones «[demuestran], en primer término, que su adopción está justificada por un objetivo legítimo de interés general cuya naturaleza no sea puramente económica y, en segundo término, [...] respetan el principio de proporcionalidad, lo cual implica que sean aptas para garantizar la consecución de este objetivo y que no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo» (apartado 251).

De modo que, concluye el Tribunal de Justicia, estas regulaciones privadas contrarias en sí mismas a la libre prestación de servicios podrían mantenerse si se comprueba que están «sujetas a criterios materiales y a reglas de procedimiento que permitan garantizar su carácter transparente, objetivo, no discriminatorio y proporcionado».

En suma, estamos ante una sentencia esencial del Tribunal de Justicia que recuerda que las asociaciones deportivas privadas, por muy poderosas que sean, lo que es el caso de la FIFA y de la UEFA, están sometidas al cumplimiento del ordenamiento jurídico europeo en materia de libre competencia y de libre prestación de servicios, por lo que su poder solo puede ejercerse respetando los límites fijados legal y jurisprudencialmente en la Unión Europea. Pero, debe recordarse, que no exonera a la nueva mercantil que cumplir las mismas reglas.

Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia dictaba otras dos sentencias: *sentencia International Skating Union*, C-124/21 P, y *sentencia Royal Ant-*

werp Football Club, C-680/21, que confirman el enfoque adoptado e insisten en dos aspectos complementarios.

La *sentencia International Skating Union* resuelve un recurso de casación y se detiene en un aspecto que había destacado la Comisión Europea al haber corregido la actuación anticompetitiva de la Federación Internacional de Patinaje, la obligatoriedad del arbitraje ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD).

Sin embargo, el Tribunal General no está de acuerdo con la Comisión Europea y anula en parte la decisión porque: «el hecho de que el reglamento de arbitraje haya conferido al TAD la competencia exclusiva para controlar la legalidad de las decisiones de inelegibilidad y de que el arbitraje en el caso de autos sea obligatorio no constituyen circunstancias ilícitas que hagan más perjudicial la infracción constatada» (apartado 163 de la sentencia de instancia).

Sin embargo, ahora la Gran Sala corrige esta interpretación, le da la razón a la Comisión Europea e insiste en la necesidad de un control judicial efectivo dado que en su ausencia el recurso a un mecanismo de arbitraje podría afectar a la protección de los derechos que los justiciables derivan del efecto directo del derecho de la Unión y del respeto efectivo de los artículos 101 y 102 TFUE, tal como deben ser asegurados por las reglas nacionales relativas a las vías de recurso (apartado 194).

La *sentencia Royal Antwerp Football Club* es un reenvío prejudicial del Tribunal de Primera Instancia francófono de Bruselas y se refiere a la conformidad de determinadas reglas del fútbol belga sobre la necesidad de contar en los equipos con un número mínimo de jugadores de la cantera, que se hayan formado en el mismo club.

El Tribunal de Justicia examina la conformidad de esta reglamentación a la luz del derecho europeo de la competencia y de la libre circulación de trabajadores.

En lo que se refiere a la primera cuestión, el Tribunal de Justicia, como hace en su *sentencia European Superleague Company*, llega a la conclusión de que se aplica el derecho europeo de la competencia que prohíbe los acuerdos colusorios pero también advierte de que puede aplicarse una exención en virtud del artículo 101.3 TFUE. Y lo mismo ocurre con la libre circulación de trabajadores que se podría ver afectada por la normativa deportiva belga; sin embargo, el Tribunal de Justicia también insinúa que, dada la función social y educativa del deporte reconocido por el artículo 165 TFUE y por la jurisprudencia, el objetivo de incentivar el reclutamiento y la formación de los jóvenes jugadores del fútbol profesional constituye un objetivo legítimo de interés general y podría, de cumplirse las demás condiciones, justificar una restricción a la libre circulación de trabajadores en la Unión.

8. *La devolución de las ayudas ilegales y el principio de confianza legítima: deducciones del impuesto de sociedades aplicado en España*

El Abogado General Ruiz-Jarabo consideraba que el régimen de ayudas de Estado aplicado por la Comisión Europea tenía influencia directa del teatro del absurdo o como decía el recordado juez español: «Si me hubieran insinuado alguna vez que Samuel Beckett se inspiró en un asunto de recuperación de ayudas para su célebre drama «Esperando a Godot», probablemente no lo habría creído, aunque, al terminar estas conclusiones, la tenaz paciencia de la Comisión aguardando el reembolso de la subvención me ha recordado esa gran obra del teatro del absurdo» (Conclusiones del abogado general Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 18 de mayo de 2006, Comisión / Francia, C-235/05, apartado 100).

Esto se aplica literalmente a la saga de las ayudas sobre fondo de comercio aplicadas a través del impuesto de sociedades en España y que el Tribunal General anuló, mediante sendas sentencias similares a la que ahora comento, la *sentencia Banco Santander*, T-12/15, T-158/15 y T-258/15, varias decisiones de la Comisión Europea para la recuperación de ayudas consideradas ilegales en relación con una normativa fiscal española sobre la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras prevista en el impuesto de sociedades, contenida en el artículo 12.5 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

El propio Tribunal de Justicia se había pronunciado sobre la ilegalidad de este tipo de ayudas en virtud de varias sentencias de 6 de octubre de 2021, *Sigma Alimentos Exterior/Comisión* (C-50/19 P, EU:C:2021:792), de 6 de octubre de 2021, *World Duty Free Group y España/Comisión* (C-51/19 P y C-64/19 P, EU:C:2021:793), de 6 de octubre de 2021, *Banco Santander/Comisión* (C-52/19 P, EU:C:2021:794), de 6 de octubre de 2021, *Banco Santander y otros/Comisión* (C-53/19 P y C-65/19 P, EU:C:2021:795), de 6 de octubre de 2021, *Axa Mediterranean/Comisión* (C-54/19 P, EU:C:2021:796), y de 6 de octubre de 2021, *Prosegur Compañía de Seguridad/Comisión* (C-55/19 P, EU:C:2021:797).

Por tanto, solo quedaba por saber si, como es habitual, todas las ayudas ilegales percibidas por las empresas deben devolverse. Y aquí, en realidad, el Tribunal General se pronuncia sobre el principio de confianza legítima como excepción a la aplicación de la obligación impuesta por la Comisión Europea de devolver las ayudas recibidas en forma de deducción fiscal por estas empresas.

El Tribunal General recuerda, por una parte, que «las Decisiones iniciales confirieron, con condiciones y debido a la existencia de confianza legítima»

tima, un derecho subjetivo al Reino de España a poder ejecutar el régimen de ayudas controvertido, que sin embargo se había declarado incompatible, y, accesoriamente, a las empresas beneficiarias de dicho régimen a no tener que devolver determinadas ayudas ilegales. El Tribunal General hace constar asimismo que la Decisión impugnada posteriormente retiró ese derecho en lo referente a las adquisiciones indirectas».

Pero también, por otra parte, el Tribunal General constata que los beneficiarios de una ayuda no notificada solo pueden invocar el principio de protección de la confianza legítima cuando concurren circunstancias excepcionales. Y en este caso se cumplían tales condiciones excepcionales por cuanto «mediante esas declaraciones al Parlamento, la Comisión [en respuesta a preguntas de parlamentarios europeos] ofreció garantías precisas, incondicionales y concordantes de tal naturaleza que los beneficiarios del régimen establecido en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS, fuera respecto de sus adquisiciones directas, fuera respecto de sus adquisiciones indirectas, concibieron esperanzas fundadas en que el régimen de ayudas en cuestión era legal, en el sentido de que no entraba en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas de Estado, y en que, por consiguiente, ninguna de las ventajas derivadas de él podía posteriormente ser objeto de un procedimiento de recuperación».

IV. Relación de las sentencias comentadas

A) *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

1. TJUE (Gran Sala), sentencia de 4 de julio de 2023, Meta Platforms Inc., C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (cooperación entre las autoridades nacionales de la competencia y las autoridades nacionales de protección de datos).
2. TJUE (Gran Sala), sentencia de 13 de julio de 2023, Procedimiento penal entablado contra YP y otros (levantamiento de la inmunidad de un juez y suspensión en sus funciones), C-615/20 y C-671/20, ECLI:EU:C:2023:562.
3. TJUE, sentencia de 13 de julio de 2023, Ferrovienord / ISTAT y Federazione Italiana Triathlon / ISTAT y Ministero dell'Economia e delle Finanze, C-363/21 y C-364/21 ECLI:EU:C:2023:563 (alcance de la tutela judicial efectiva).
4. TJUE, sentencia de 13 de julio de 2023, Cajasur Banco / JO y IM, C-35/22, ECLI:EU:C:2023:569 (costas en litigios sobre cláusulas abusivas).
5. TJUE, sentencia de 13 de julio de 2023, ZR y PI / Banco Santander (Referencia a un índice oficial), C-265/22, ECLI:EU:C:2023:578.
6. TJUE (Gran Sala), sentencia de 24 de julio de 2023, Lin, C-107/23 PPU, ECLI:EU:C:2023:563 (vacaciones retribuidas como derecho social).
7. TJUE, sentencia de 7 de septiembre de 2023, Asociația «Forumul Judecătorilor din România» (Asociación Foro de Jueces de Rumanía), C-216/21, ECLI:EU:C:2023:628 (sistema de promoción profesional de los jueces).

8. TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2023, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), C-113/22, ECLI:EU:C:2023:665 (discriminación procedimental en el cobro de complemento contrario al principio de igualdad).
9. TJUE, sentencia de 21 de septiembre de 2023, Juan / Ministerio Fiscal, C-164/22, ECLI:EU:C:2023:684 (Forum Filatélico, *non bis in idem*, la euroorden y la ejecución de condenas penales).
10. TJUE, sentencia de 5 de octubre de 2023, Ministerstvo zdravotníctví (aplicación móvil de la Covid-19), C-659/22, ECLI:EU:C:2023:745.
11. TJUE, auto de 10 de octubre de 2023, Adolfo / Dirección000 y otros, C-795/22, ECLI:EU:C:2023:783 (compensación por vacaciones no disfrutadas).
12. TJUE, sentencia de 12 de octubre de 2023, Ředitelství silnic a dálnic, C-57/22, ECLI:EU:C:2023:745 (vacaciones de un trabajador despedido ilegalmente).
13. TJUE, sentencia de 12 de octubre de 2023, KBC Verzekeringen, C-286/22, ECLI:EU:C:2023:767 (seguro de vehículos y bicicleta con pedaleo asistido).
14. TJUE, sentencia de 26 de octubre de 2023, FT (copias del historial clínico), C-307/22, ECLI:EU:C:2023:811.
15. TJUE, sentencia de 9 de noviembre de 2023, Google Ireland Limited, C-376/22, ECLI:EU:C:2023:835 (legislación aplicable a plataformas digitales de otros países de la Unión).
16. TJUE, sentencia de 16 de noviembre de 2023, NC, JD, TA y FZ (transmisión de una notaría en España), C-583/21, C-584/21, C-585/21 y C-586/21, ECLI:EU:C:2023:872.
17. TJUE, sentencia de 23 de noviembre de 2023, Right to Know CLG, C-84/22, ECLI:EU:C:2023:910 (alcance del derecho a la información medioambiental).
18. TJUE (Gran Sala), sentencia de 28 de noviembre de 2023, Commune d'Ans, C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924 (prohibición en el trabajo de vestuario con connotaciones religiosas).
19. TJUE (Gran Sala), sentencia de 5 de diciembre de 2023, Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos (Centro Nacional de Salud Pública del Ministerio de Sanidad de Lituania), C-683/21, ECLI:EU:C:2023:949 (corresponsabilidad en materia de protección de datos).
20. TJUE (Gran Sala), sentencia de 5 de diciembre de 2023, Deutsche Wohnen SE, C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (multas por infracción de la protección de datos).
21. TJUE (Gran Sala), sentencia de 5 de diciembre de 2023, Nordic Info V, C-128/22, ECLI:EU:C:2023:951 (libre circulación en la Unión y en el espacio Schengen y las limitaciones nacionales por COVID-19).
22. TJUE, sentencia de 7 de diciembre de 2023, SCHUFA Holding AG, C-26/22 y C-64/22, ECLI:EU:C:2023:958 (conservación de datos y derecho al olvido).
23. TJUE, sentencia de 14 de diciembre de 2023, Sparkasse Südpfalz, C-206/22, ECLI:EU:C:2023:984 (derecho a las vacaciones en cuarentenas durante la pandemia).
24. TJUE, sentencia de 14 de diciembre de 2023, Natsionalna agentsia za prihodite (Agencia nacional de recaudación búlgara), C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 (responsabilidad por daños del responsable del tratamiento de datos).

25. TJUE (Gran Sala), sentencia de 21 de diciembre de 2023, Royal Antwerp Football Club, C-680/21, ECLI:EU:C:2023:1010 (número mínimo de jugadores de fútbol de la cantera, libre competencia y circulación de trabajadores).
26. TJUE (Gran Sala), sentencia de 21 de diciembre de 2023, European Superleague Company, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (derecho de la competencia y fútbol).
27. TJUE (Gran Sala), sentencia de 21 de diciembre de 2023, International Skating Union, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012 (las reglas de arbitraje refuerzan la competencia).
28. TJUE (Gran Sala), sentencia de 21 de diciembre de 2023, Krajowa Rada Sądownictwa (Continuidad en el desempeño del cargo de juez), C-718/21, ECLI:EU:C:2023:1015.

B) *Tribunal General de la Unión Europea*

29. TGUE, sentencias de 5 de julio de 2023, Puigdemont i Casamajó y Comín i Oliveres/Parlamento, T-115/20, EU:T:2023:372; y Puigdemont i Casamajó y otros/Parlamento, T-272/21, EU:T:2023:373 (suplicatorio de eurodiputados).
30. TGUE, sentencia de 27 de septiembre de 2023, Banco Santander, T-12/15, T-158/15 y T-258/15, EU:T:2023:583 (amortización del fondo de comercio derivado como deducción del impuesto de sociedades y devolución de ayudas ilegales)
31. TGUE, sentencia de 18 de octubre de 2023, BZ / BCE, T-161/21, ECLI:EU:T:2023:647 (indemnización por acoso en el Banco Central Europeo).
32. TGUE, sentencia de 18 de octubre de 2023, Gómez Calavia/Tribunal de Justicia de la Unión Europea, T-336/22, ECLI:EU:T:2023:652 (evaluación de los funcionarios del Tribunal de Justicia)

Crónica

Actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea (enero de 2024)

Beatriz Iñarritu

Profesora de «Deusto Business School», Universidad de Deusto
binarritu@deusto.es

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.2994>

Publicado en línea: abril de 2024

Sumario: I. Introducción.—II. El Estado de la Integración.—III. Cuestiones generales de la actualidad económica.

I. Introducción

A lo largo del segundo semestre de 2023, la UE ha dado su visto bueno a las negociaciones de Adhesión de Ucrania y Moldavia, una decisión compleja y que despierta nuevas incertidumbres y retos ante la perspectiva de la Ampliación ofrecida a una decena de países en los Balcanes y el este de Europa.

España ha conseguido la ratificación de la revisión de su Plan Nacional de Recuperación, con lo que ve aumentada la asignación de los fondos europeos de recuperación hasta los 163.000 millones de euros y, también, la vía libre para nuevos desembolsos.

En el ámbito de la legislación digital, los avances en las Leyes de Servicios y Mercados Digitales (DSA y DMA por sus siglas en inglés), así como el acuerdo sobre la futura regulación de la Inteligencia Artificial son hitos importantes. Y también lo es la Ley Europea de Chips, que deberá facilitar el progreso de la industria europea en la producción de microprocesadores y su menor dependencia del suministro asiático.

En este semestre, el Banco Central Europeo ha continuado con las subidas de los tipos de interés hasta situarlos en un inédito 4,5%, pero con la intención de que éstas hayan sido las últimas subidas de este ciclo, una vez que la inflación parece haberse moderado drásticamente en los últimos meses.

During the second semester of 2023, the EU has given its go-ahead to the negotiations of Accession with Ukraine and Moldova, a complex decision that is rising new uncertainties and challenges at the prospect of the Enlargement offered to a dozen of countries in the Balkans and Eastern Europe.

Spain has succeeded in getting the approval of its reformed National Recovery Plan, which has resulted in an increase of the allocation of the

European recovery funds to 163 billion euro and the clearance to receive new payments.

In the field of the digital legislation, the new steps taken in both the Services and the Markets Acts (DSA and DMA), along with the agreement about the future regulation on the Artificial Intelligence, are all important milestones. And so is the European Chips Act, which will facilitate the race of the European industry in the manufacturing of semiconductors and the reduction of the dependency on the Asiatic supply.

In this semester, the European Central Bank has continued to raise the interest rates and reached an unprecedented 4.5%, although it has been accompanied with its announced intention that these ones have been the last increases of this cycle, once the inflation rate seems to have drastically moderated in the recent months.

II. El estado de la integración

1. *Ampliación: inicio de negociaciones con Ucrania y Moldavia, y estatuto de país candidato de Georgia*

El pasado 14 de diciembre, los líderes de la UE reunidos en el Consejo Europeo, anunciaron su decisión de iniciar las conversaciones de adhesión con Ucrania y Moldavia, primera señal oficial de la que, con seguridad, será la Ampliación más arriesgada y compleja de la historia de la UE, teniendo en cuenta la guerra que desde hace casi dos años se desarrolla en suelo ucraniano y la fuerte influencia de Rusia en Moldavia.

La complejidad se adivina de tales dimensiones que no fueron pocos los expertos y diplomáticos que no dudaron en rebajar las expectativas y calificar la resolución europea como de meramente simbólica; «todavía no ha nacido el próximo comisario ucranio», vaticinaba irónicamente un experimentado diplomático.

Sin embargo, el presidente ucraniano Zelenski declaró de manera inmediata que se trataba de «una victoria» para Ucrania, «una victoria para toda Europa, que motiva, inspira y refuerza», añadió. «Emprendamos juntos este viaje para construir una Europa aún más fuerte y unida», reclamó, por su parte, la presidenta de Moldavia, Maia Sandu.

Lo cierto es que ambos países deberán acelerar importantes reformas políticas para conseguir alcanzar los estándares democráticos, legales y organizativos que les exige la Unión Europea, lo que sin duda va a resultar ser un proceso largo y difícil que, de hecho, ya lleva años desarrollándose en los países candidatos de los Balcanes occidentales.

Expertos en geopolítica apuntan a factores de este tipo como principales razones que explican la «resurrección» de esta nueva Ampliación al

Este, que llevaba años congelada; factores como la amenaza de Rusia y el empuje de otros actores como China, han sido decisivos en la toma de tan arriesgada decisión por parte de los Veintisiete. Esta futura ampliación será, sin duda, la más compleja, mucho más que las ya difíciles de 2004 y 2007, que integraron en la UE a doce países del centro y este de Europa.

Por otra parte, el Consejo Europeo también acordó otorgar a Georgia el estatuto de país candidato, por lo que, a comienzos de 2024, son ya nueve los países que comparten esta condición, y tan sólo Kosovo se mantiene como «candidato potencial».

Asimismo, y por lo que se refiere a la candidatura de Bosnia y Herzegovina, en noviembre de 2023, la Comisión Europea formuló una recomendación para iniciar las negociaciones de adhesión una vez alcanzado el nivel necesario de cumplimiento de los criterios para su incorporación a la UE; y en diciembre, los dirigentes de la UE también expresaron su disposición a entablar estas negociaciones de adhesión, invitando a la Comisión a informar al Consejo de la UE de los avances realizados a más tardar en marzo de 2024, con vistas a tomar una decisión al respecto.

De esta forma, de los nueve actuales países candidatos, tres, Bosnia-Herzegovina, Ucrania y Moldavia podrían iniciar las negociaciones de manera inminente, mientras que Georgia deberá aún esperar al dictamen favorable de la Comisión Europea. Por su parte, otros cuatro países candidatos en los Balcanes Occidentales, Serbia, Montenegro, Albania y Macedonia, ya las han iniciado, mientras que las negociaciones con Turquía, que se iniciaron en 2005, se mantienen en un punto muerto desde 2018 debido a los continuos retrocesos registrados en el país en materia de democracia, Estado de Derecho y derechos fundamentales.

En paralelo a todas estas decisiones, los Veintisiete también se comprometieron a fijar, para el próximo verano, una «hoja de ruta» que defina las necesarias reformas internas en la propia Unión, para abordar temas como la composición de las instituciones europeas y los procedimientos en la toma de decisiones, así como los cambios en materia presupuestaria, fondos de cohesión o política agrícola.

<https://www.consilium.europa.eu/es/policies/enlargement/>

2. *Incorporación de Rumanía y Bulgaria al Espacio Schengen*

Tan sólo unas horas antes de la finalización del año, el Consejo de la UE anunció que Rumanía y Bulgaria se convertirían en miembros del espacio Schengen en 2024.

De esta forma, los Estados miembros acordaron por unanimidad la «plena incorporación» de los dos países balcánicos a una zona de más de

400 millones de personas en la que no existen controles de tarjetas de identidad y pasaportes en la movilidad de personas, y permitiendo la ampliación del Espacio de 27 a 29 países.

La decisión fue posible después de una serie de intensas negociaciones con Austria, para que este país levantara el veto que mantenía por sus recelos en materia migratoria, básicamente sobre los flujos de inmigración irregular procedentes de Bulgaria, y después de que los dos países acordaran medidas para reforzar sus fronteras exteriores.

En cualquier caso, y al igual que sucedió con Croacia en 2023, su integración en Schengen se realizará de «manera gradual», haciéndose efectivo a partir de marzo sólo en las fronteras aéreas y marítimas. Y será entonces, en marzo, cuando deberán comenzar las negociaciones entre Viena, Sofía y Bucarest para decidir cuándo se levantarán también los controles en las fronteras terrestres. Según el acuerdo alcanzado, estos tres países se comprometen a «acordar la fecha de su levantamiento en 2024».

Rumanía y Bulgaria se convertirán, así, en los países 24 y 25 de la UE en formar parte de este gran espacio sin restricciones a los desplazamientos internos de personas, y que compartirán también con los 4 países miembros de la EFTA, Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein.

Únicamente dos Estados miembros de la UE permanecen fuera de Schengen, una asociación de países que aplica normas comunes para controlar las fronteras exteriores y que también cuenta con una regulación común en materia de visados y con diferentes políticas de cooperación entre los servicios policiales y judiciales en el ámbito penal.

Irlanda no ha suscrito el Acuerdo porque éste le obligaría a imponer controles de entrada y salida a las personas que viajan entre este país y el Reino Unido, incluyendo controles en la frontera con Irlanda del Norte.

El caso de Chipre es bien distinto, ya que este país anunció en noviembre de 2021 su intención de solicitar su ingreso en Schengen y, de hecho, ya permite que los titulares de visas Schengen procedentes de otros Estados miembros entren sin necesidad de que cuenten con un visado chipriota; y Chipre también coopera con las redes policiales y de inmigración de la Unión Europea, lo que sin duda son todos factores favorables a su proceso de preparación para unirse a la zona sin fronteras, a pesar de la dificultad derivada de la división territorial de la isla y el conflicto que mantiene con la República Turca del Norte de Chipre.

3. Comisión Europea: aprobación de la revisión del Plan de Recuperación español y polémico desbloqueo de fondos europeos a Hungría

La Comisión Europea aprobó en octubre la revisión del Plan de Recuperación de España, lo que permitirá al país recibir 83.200 millones de eu-

ros en préstamos y 10.300 millones más en subvenciones de los fondos europeos de recuperación.

De esta forma, y tras meses de intensas negociaciones, Bruselas daba luz verde a la adenda al «Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia» del gobierno español, que confirmaba la concesión de 93.500 millones adicionales de los fondos europeos Next Generation que se crearon para combatir las consecuencias de la pandemia.

Añadiendo estos 93.500 millones a los 69.500 millones en subvenciones ya aprobados en 2021 en el plan original, el plan español alcanza la suma global de 163.000 millones de euros, cifra equivalente al 12% del PIB español, y que recibirá previsiblemente hasta 2026.

En esta adenda finalmente pactada entre Madrid y Bruselas, aparecen nuevos compromisos y reformas que el gobierno español deberá cumplir y, también, modificaciones de los compromisos anteriores.

En concreto el plan revisado modifica hasta 52 de las medidas incluidas en el plan original, lo que se justifica por el hecho de que Bruselas ha considerado la existencia de «circunstancias objetivas» para que el gobierno español introduzca estos cambios, circunstancias como los problemas de suministros, la guerra en Ucrania y la elevada inflación.

Un ejemplo de estos cambios hace referencia al incremento previsto en los peajes por el uso de carreteras, que se planteaba en el plan original para 2024, ya que la Comisión consideraba que, con esta medida, España avanzaría en el objetivo de impulsar el transporte sostenible. Sin embargo, la inflación, el coste de la energía y la eventual contestación social que esta medida provocaría han llevado al ejecutivo español a descartar esta medida, con el compromiso compensatorio de potenciar el transporte ferroviario de mercancías.

La partida más relevante del plan revisado son los 83.200 millones de euros en préstamos, que era la suma ya preasignada a España inicialmente. De hecho, el gobierno español había decidido en un primer momento solicitar únicamente las subvenciones y esperar a esta revisión del plan, dos años después, para solicitar formalmente los préstamos, cuya concesión se concentrará en 2026, último año de ejecución del plan europeo.

Por lo que se refiere a las subvenciones, se añaden 7.700 millones de euros más a las transferencias a las que tenía derecho España en el Plan original y que se justifican por la actualización hecha por Bruselas en las asignaciones nacionales y que, en el caso español, se destinarán a financiar 9 reformas y 23 inversiones, entre ellas, la ley de protección de los derechos de los consumidores, una reforma para mejorar la financiación de pymes y autónomos, la estrategia de microcredenciales en universidades o inversiones en medicina personalizada.

Este incremento de fondos para España se justifica en el peor comportamiento de la economía española en la salida de la crisis que provocó la pandemia. Cuando se creó el fondo en 2021, se asignaron recursos de forma provisional en función del impacto económico y social por la covid, pero esta asignación se revisó el año pasado en función de la evolución posterior y es por ello que se incrementó la concesión de fondos para España.

También se aprobaron otros 2.600 millones de euros, que se destinarán al nuevo capítulo que incorpora la adenda para implementar la estrategia Repower EU, una estrategia que Bruselas planteó al poco de comenzar la guerra de Ucrania con el objetivo de fomentar la desvinculación de los combustibles fósiles. En este caso, España se compromete a simplificar los procesos y permisos para la producción de energía renovable y la infraestructura de la red eléctrica, así como a realizar inversiones para apoyar la producción de hidrógeno renovable, subsidiar las energías renovables y el almacenamiento de energía, la infraestructura eléctrica y la descarbonización de la industria, entre otras medidas.

España es, en todo caso, el único país que a finales de 2023 había recibido ya tres pagos de los fondos europeos, por una suma total de 37.000 millones de euros (que incluye la prefinanciación y los tres primeros desembolsos). Y aunque todavía no ha solicitado el cuarto tramo, esta aprobación de la adenda por parte de la Comisión Europea facilitará esta nueva petición de ayudas, que se mantiene cifrada en 10.000 millones de euros.

La revisión del plan de recuperación supone también una reordenación del calendario de los pagos a recibir hasta 2026, ya que si antes de esta revisión Madrid se comprometía a solicitar un solo pago al año en 2024, 2025 y 2026, ahora, en cambio, se vuelven a plantear dos pagos en cada ejercicio. Además, poco a poco irán ganando peso los créditos en los desembolsos, hasta el punto de que en el último desembolso, previsto para la segunda mitad de 2026, España podría recibir casi 30.000 millones de euros en préstamos.



Comisión Europea - Comunicado de prensa



NextGenerationEU: la Comisión aprueba el plan de recuperación y resiliencia modificado de España por valor de 163 000 millones de euros, en el que se incluye un capítulo dedicado a REPowerEU

Brussels, 2 de octubre de 2023

Fuente: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_4700

Por otra parte, en diciembre, la Comisión Europea decidió desbloquear el pago de 10.200 millones de euros a Hungría procedentes de los fondos europeos de cohesión y que se encontraban congelados por las vulneraciones del Estado de derecho detectadas en el país, incluidas las relativas a la independencia judicial, los derechos de las minorías LGTBI y solicitantes de asilo, las prácticas de corrupción, y la falta de respeto a la independencia académica.

La decisión, que fue justificada por el ejecutivo comunitario por el hecho de que Budapest había cumplido parte de sus exigencias, como la aprobación de la reforma del sistema judicial, fue contestada de forma inmediata por diferentes fuentes diplomáticas y políticas, así como por diferentes organizaciones de derechos civiles, que criticaron duramente la decisión y denunciaron, en particular, las interferencias del ejecutivo húngaro en las elecciones de órganos judiciales, que continúan produciéndose en el país a pesar de la reforma mencionada.

«Liberando estos fondos Ursula von der Leyen está cometiendo el mayor error de su mandato; se está pagando el soborno más caro de la historia de la UE», señalaba el eurodiputado Daniel Freund, de los Verdes. Los grupos mayoritarios en el Parlamento Europeo (populares, socialistas, liberales y verdes) también enviaron una carta a la presidenta de la Comisión criticando la liberación de los fondos.

Y el primer ministro belga, Alexander de Croo, también cargó contra la decisión: «esto no es un bazar; es un momento decisivo en el que debemos mostrar que continuamos apoyando a Ucrania».

Lo cierto es que, en efecto, la decisión se tomó en vísperas del decisivo Consejo Europeo que debía debatir sobre el inicio de negociaciones con Ucrania para su incorporación a la Unión y sobre la revisión del marco financiero plurianual con una partida de ayuda multimillonaria para Kiev, y que el primer ministro húngaro Viktor Orban amenazaba con bloquear; de ahí las graves sospechas y acusaciones de que la UE habría cedido finalmente al chantaje político de Hungría para poder llevar adelante su política de apoyo a Ucrania.

4. *Polonia: nuevo gobierno liberal y europeísta de Donald Tusk*

En octubre, la coalición opositora al gobierno polaco, la «Plataforma Cívica», liderada por el expresidente del Consejo Europeo Donald Tusk, ganó las elecciones parlamentarias en Polonia gracias a una participación electoral récord, superior al 70%. De esta forma, se producía la derrota inesperada del partido gobernante, el ultraconservador «Ley y Justicia», cuyo apoyo ciudadano se había resentido drásticamente en los últimos tiem-

pos tras la aprobación de medidas tan impopulares como la restricción del derecho al aborto.

Tusk, que se convirtió en el nuevo primer ministro polaco en diciembre, comenzaba una nueva etapa política en el país tras los ocho años del gobierno ultraconservador de Mateusz Morawiecki y sus políticas de confrontación con la Unión Europea, que se han traducido en innumerables disputas y en la congelación de fondos europeos al país.

Por el contrario, las promesas de Tusk se centraban en reestablecer las relaciones del país con la UE y en formar un gobierno progresista y liberal, capaz de contrarrestar la represión de los derechos de las mujeres y de las personas LGBTI, y apoyando a Ucrania en su guerra contra Rusia.

El cambio de rumbo esperado en Polonia tendrá, sin duda, importantes consecuencias para la población polaca, en términos de respeto de las minorías, tolerancia y respeto de normas democráticas. Y, también tendrá, previsiblemente, implicaciones importantes para Ucrania y para la UE, ya que se espera que Tusk mejore las hasta ahora difíciles relaciones entre Varsovia y Bruselas, y que su liderazgo, en el quinto Estado miembro más poblado de la UE, impulse a las fuerzas centristas y pro-UE del país.

De hecho, dos de los objetivos más relevantes de la coalición liderada por Tusk son desbloquear los fondos que Bruselas mantiene retenidos por las dudas en cuanto al respeto del Estado de Derecho y la incorporación de Polonia a la Fiscalía Europea.

III. Cuestiones generales de la actualidad económica

1. *BCE: nuevas decisiones de subidas de tipos de interés y celebración del 25 aniversario del euro*

Tras las cuatro subidas en los tipos de interés decididas a lo largo del primer semestre del año (en febrero y marzo, incrementos de medio punto, y en mayo y junio, incrementos de un cuarto de punto), la autoridad monetaria de la Eurozona sumó dos nuevas subidas de 0,25 puntos respectivamente en julio y septiembre.

De esta forma, los tipos de interés de las operaciones principales de financiación en la Eurozona llegaron a escalar 2 puntos en 2023, desde el 2,5% de enero hasta el 4,5% de septiembre, un nivel de tipos desconocido en la Eurozona desde 2001.

Respecto a la última decisión de septiembre, la presidenta del BCE, Christine Lagarde, reconoció que ésta no había sido adoptada por unanimidad sino por una «sólida mayoría», con lo que dejaba traslucir la existencia de opiniones críticas en el seno del Consejo de Gobierno del Banco contra-

rias a un nuevo aumento del precio del dinero y que, previsiblemente, ahondaría aún más en la ralentización económica. Sin embargo, y a pesar del difícil dilema que se le planteaba, el BCE prefirió mostrar su firme voluntad de combatir a toda costa el alza de los precios (5,2% en agosto de 2023), que aún se mantenía muy por encima del objetivo del 2% perseguido por el BCE, y a pesar de que el propio BCE también llegó a sugerir que se podría tratar de la última subida de tipos.

El comunicado publicado tras la reunión del Consejo de Gobierno del Banco aseguraba que «las decisiones futuras asegurarán que los tipos de interés oficiales del BCE se fijen en niveles suficientemente restrictivos durante el tiempo que sea necesario», y en la rueda de prensa Lagarde sugirió que esta expresión no necesariamente implicaría seguir elevando el precio del dinero, y aclaró también que el tiempo en que los tipos pudieran permanecer en los niveles alcanzados dependería exclusivamente de los datos. «El recorte de tipos ni siquiera lo hemos pronunciado», aseguró.

La inflación continuaba, en efecto, en niveles demasiado elevados y, además, las proyecciones económicas del propio BCE realizadas en septiembre situaban la escalada de precios en niveles superiores a las estimaciones de junio (5,6% para 2023, frente al 5,4% de la estimación realizada en junio, y 3,2% para 2024, dos décimas superior a la anterior previsión).

En los últimos meses del año, el BCE ha mantenido los tipos de interés, tras constatar la fuerte moderación de la tasa de inflación, que en noviembre se situó en el 2,4%, aunque con divergencias notables entre países (la tasa máxima del 6,9% se registró en Eslovaquia y la mínima de -0,8% en Bélgica), y tras el anuncio del propio Banco de unas mejores previsiones en diciembre para 2023 (5,4%) y, sobre todo, para 2024 (2,7%).

En todo caso, en la rueda de prensa posterior al Consejo de Gobierno celebrado el 14 de diciembre, Lagarde trató de disuadir a los mercados sobre próximas rebajas. «No hemos discutido en absoluto sobre bajadas de tipos» afirmó, a pesar de que el BCE ya parecía vislumbrar el final de las restricciones monetarias, al constatar que la inflación cedería «gradualmente durante el próximo año, y se acercaría por fin al objetivo del 2% en 2025».

Y si el 1 de junio de 2023, el Banco Central Europeo celebró su 25 aniversario, el 1 de enero de 2024 el Banco celebró el 25 aniversario del nacimiento de la moneda europea, que tuvo lugar el 1 de enero de 1999.

Para conmemorar este aniversario, los presidentes de cinco instituciones europeas reflexionaron en un artículo conjunto, publicado en el blog del BCE, sobre el valor de la unidad en un mundo cambiante.

Paschal Donohoe (presidente del Eurogrupo), Christine Lagarde (presidenta del Banco Central Europeo), Roberta Metsola (presidenta del Parlamento Europeo), Charles Michel (presidente del Consejo Europeo) y Ursula von der Leyen (presidenta de la Comisión Europea) iniciaban su

escrito recordando que «la causa europea siempre se ha basado en resolver problemas que los países no podrían abordar por sí solos» y que, tras la Segunda Guerra Mundial, unos líderes visionarios comprendieron que la única manera de asegurar la paz en nuestro continente era unir nuestras economías.

«A finales de los años ochenta, el sueño de una moneda única se convirtió en un proyecto, y hace 25 años, el 1 de enero de 1999, ese proyecto se hizo realidad. El euro es actualmente un elemento indispensable de nuestra vida cotidiana y nos proporciona simplicidad, estabilidad y soberanía» continuaba el artículo. Además, «al emitir la segunda moneda más importante del mundo hemos conseguido mayor soberanía en un mundo turbulento, y no es, por tanto, una sorpresa que la zona del euro haya crecido de 11 a 20 países desde su creación».

«A lo largo de los años ha habido grandes retos y preguntas sobre el futuro del propio euro. Pero siempre hemos encontrado las respuestas adecuadas. Por ejemplo, frente a la crisis financiera mundial y a la crisis de deuda soberana, establecimos salvaguardias, como el sistema único de supervisión y resolución bancarias o el Mecanismo Europeo de Estabilidad», señalaban los presidentes, añadiendo que, en todo caso, el trabajo no ha terminado «porque han surgido nuevos desafíos que los países no pueden afrontar por sí solos, y los ciudadanos miran hacia Europa en busca de respuestas».

«Nos enfrentamos a una escalada de las tensiones geopolíticas, en particular a la guerra ilegal de Rusia contra Ucrania, que requiere decisiones colectivas audaces, a una crisis climática que avanza cada vez más rápido y que solo podemos resolver juntos porque las emisiones de carbono no se detienen en las fronteras, y a retos sin precedentes para nuestra competitividad derivados de las políticas energéticas e industriales en otras partes del mundo», lo que significa, según los líderes de la UE, que «cuestiones como la defensa, o las transiciones ecológica y digital, se han convertido en asuntos urgentes de interés común».

El texto recordaba que «la construcción de una auténtica Unión de los Mercados de Capitales que abarque todo el continente para movilizar financiación privada», así como «el fortalecimiento de nuestra competitividad y seguridad», y «la adaptación de la moneda única a la era digital preparando las bases para un posible euro digital, son los grandes retos que la Unión debe afrontar en un futuro próximo».

De manera solemne, los cinco presidentes europeos señalaban que «los ciudadanos europeos saben que el mundo está cambiando. Y entienden que la unión hace la fuerza», por lo que, en sus palabras, «es preciso demostrarles que Europa puede forjar este cambio y responder a sus expectativas». Y finalizaban su reflexión parafraseando al escritor francés Anatole France

cuando afirmaba que «para lograr grandes cosas, no solo debemos actuar, sino también soñar; no solo planear, sino también creer». Es así que, según los líderes de las instituciones europeas, «los primeros 25 años del euro han mostrado cómo de exitoso puede llegar a ser un sueño, y a medida que el mundo cambia a nuestro alrededor, nuestras acciones prueban que una Europa unida tiene las respuestas que tanto los europeos como el mundo necesitamos».

2. Acuerdo sobre la reforma de las normas fiscales

Los líderes de los Veintisiete llegaron a un acuerdo político sobre la reforma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, PEC, en el Consejo Europeo de diciembre, lo que dará paso a un marco más laxo y flexible respecto a las normas de disciplina fiscal que deberán respetar los Estados miembros de la UE, aunque es cierto que será más estricto que el planteado en la propuesta inicial de la Comisión Europea en abril de 2023.

En las negociaciones, que se alargaron durante los últimos meses del año, se produjeron los inevitables choques entre las posturas más ortodoxas, como la de Alemania, que defendían la disciplina fiscal a toda costa, y las de los países más partidarios de dotar al sistema de más flexibilidad, países que son también los más endeudados, como son Italia, Francia y España. El resultado de las negociaciones han sido, en efecto, unas nuevas normas fiscales más duras que las planteadas por la Comisión en abril, pero con unas mayores dosis de flexibilidad que el anterior PEC.

En el acuerdo alcanzado se mantienen los dos límites máximos del 3% del PIB del déficit (y la posibilidad de iniciar el procedimiento de déficit excesivo en caso de incumplimiento) y del 60% de la deuda, para evitar tener que modificar los Tratados europeos. Sin embargo, sí modifica el ritmo y la intensidad de los ajustes que, en su caso, deban acometer los Estados para alcanzar estos objetivos, permitiendo ahora una mayor flexibilidad, tanto en su duración como en su diseño, planteando asimismo una mayor focalización en el objetivo de la deuda, y priorizando también el esfuerzo en la reducción del gasto primario neto, que no incluye el pago de intereses de la deuda ni las prestaciones por desempleo.

De esta forma, respecto a la propuesta de la Comisión Europea, el Consejo decidía mantener dos elementos clave. El primero son los planes individualizados de ajuste fiscal de cuatro años de duración para los países cuya deuda pública supere el 60% de su PIB (hasta ahora eran de tres años), de tal manera que, durante la vigencia de estos planes, los Estados deberán respetar un techo de gasto para que el déficit se coloque por debajo del 3%

del PIB y la deuda se mantenga en una senda descendente. Se plantea, asimismo, la posibilidad de que estos planes se amplíen tres ejercicios más, hasta los siete años, si el país afectado se compromete a hacer reformas e inversiones en los campos marcados como estratégicos por la UE (transiciones digital y ecológica, y Seguridad).

Un elemento importante de flexibilidad con respecto al PEC anterior es que los planes no serán impuestos de manera unilateral por la UE sino que se negociarán entre los gobiernos de los países que deban aplicar los ajustes y la Comisión Europea, una vez que Bruselas haya evaluado la sostenibilidad de la deuda del país afectado.

Y el segundo elemento clave que proponía la Comisión y que fue aceptado por los Veintisiete es la regla de gasto, que básicamente establece que el gasto primario de los países (sin pago de intereses ni gastos por desempleo) no podrá superar los ingresos públicos.



COMUNICADO DE PRENSA
1076/23
21.12.2023

Revisión de la gobernanza económica: el Consejo acuerda la reforma de las normas fiscales

Los representantes permanentes de los Estados miembros ante la UE han acordado hoy formalmente la propuesta de reforma del marco de gobernanza económica de la UE mediante la aprobación de un mandato de negociación con el Parlamento Europeo sobre el Reglamento relativo al componente preventivo del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y un acuerdo de principio con vistas a consultar al Parlamento Europeo sobre el Reglamento relativo al componente corrector del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y la Directiva sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios nacionales.

Esto allanará el camino para las negociaciones con el Parlamento sobre el Reglamento relativo al componente preventivo del Pacto de Estabilidad y Crecimiento a principios del próximo año.

Fuente: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/21/economic-governance-review-council-agrees-on-reform-of-fiscal-rules/pdf>
<https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/economic-governance-review/>

Con el anuncio del acuerdo se iniciaba el preceptivo periodo de negociaciones entre los dos colegisladores de la UE, Consejo y Parlamento, para aprobar el Reglamento relativo al componente preventivo del PEC, con la intención de que pueda ser sancionado en el pleno de la Eurocámara antes de las elecciones europeas de junio de 2024.

Por su parte, el Reglamento relativo al componente corrector y la Directiva sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros tan sólo exigen la consulta del Consejo al Parlamento.

3. Acuerdo sobre la reforma del mercado eléctrico

El Parlamento Europeo y el Consejo de la UE cerraron en diciembre un pacto sobre los cambios a introducir en el mercado eléctrico, con los objetivos fundamentales de reducir la volatilidad en los precios y de proporcionar una mayor protección a los consumidores más vulnerables frente a la pobreza energética.

Las compañías eléctricas no podrán cambiar unilateralmente los contratos, como ha sucedido en varios países durante la crisis energética, y se añade, también, una regulación específica para evitar la manipulación de precios en el mercado eléctrico y para aumentar la transparencia.

Por otra parte, el acuerdo también plantea la posibilidad de la intervención pública en los mercados cuando se declare una crisis energética, concediendo a la Comisión y al Consejo la potestad de declarar una situación de crisis si el precio de la luz se disparase en el mercado mayorista, mercado del que dependen las tarifas que pagan hogares y empresas, siendo Bruselas la responsable de plantear una propuesta de actuación. Se pretende de esta forma poner en marcha medidas conjuntas, poniendo el acento en la necesidad de evitar un mercado fragmentado.

«Los criterios para la declaración de una crisis serán plenamente objetivos», enfatizaban fuentes cercanas a la negociación, por lo que se facilitará que la reacción común de la UE sea prácticamente automática.

Esta había sido, sin duda, una de las reformas económicas más polémicas que los Veintisiete habían debido debatir en los últimos meses y cuya necesidad se acentuó a raíz de la crisis energética provocada por la invasión rusa de Ucrania.

Las discrepancias entre los socios de la UE han sido importantes. Si para Francia la crisis energética le ha permitido reforzarse en una de sus grandes apuestas históricas y de Estado, como es la energía nuclear como forma de asegurar su autonomía energética y estratégica, Alemania ha defendido cambios no demasiado profundos en el sistema de fijación de precios, para evitar que su industria vea lastrada su competitividad ante el fracaso de su apuesta energética por el gas ruso.

Por su parte, el gobierno español había reiterado en numerosas ocasiones su oposición al sistema vigente por el que la fuente de generación eléctrica más cara es la que determina el precio de la luz en cada momento. El desarrollo de las energías renovables en España en las últimas décadas la ha convertido en una energía competitiva, pero esta ventaja queda anulada cuando son los precios más altos de otras fuentes de energía los que determinan el precio de la electricidad, tal como sucedió en los primeros meses de la guerra de Ucrania con el incremento desmesurado del precio del gas.

Es cierto que en los últimos años las energías eólica y fotovoltaica están desplazando a los combustibles fósiles y a la energía atómica a un segundo

plano, pero aun así las centrales térmicas de gas o carbón siguen siendo necesarias en momentos puntuales, cuando, en efecto, las energías renovables no son suficientes para garantizar el suministro de electricidad, ya sea por la existencia de condiciones meteorológicas adversas o por aumentos estacionales de la demanda.

La solución que plantea el acuerdo de diciembre incluye, de hecho, la concesión de importantes ayudas a tecnologías como la nuclear, el gas (en España e Italia) o, incluso el carbón (en Alemania y, particularmente, en Polonia), ya que seguirán siendo importantes en los próximos años como respaldo para las renovables.

Y el acuerdo también impulsará modalidades de contratos a largo plazo en las que se garantizará una mayor estabilidad en los precios y en las que se incluirán diferentes mecanismos de compensación para vendedores y compradores.

4. *Puesta en marcha del Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono (CBAM)*

En octubre entró en vigor el periodo transitorio del denominado «Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono (MAFC)», conocido también por las siglas CBAM de su nombre en inglés «Carbon Border Adjustment Mechanism».

Se trata de un impuesto medioambiental que se aplicará sobre las importaciones de productos de industrias contaminantes por emisiones de carbono, procedentes de países terceros no miembros de la Unión Europea.

El objetivo fundamental de este impuesto es contribuir en la lucha contra el cambio climático, de manera que, si las industrias europeas ya asumen el coste de sus emisiones de gases de efecto invernadero al funcionar bajo un sistema de derechos de emisión, también la contaminación de los productos producidos fuera de la UE pero consumidos en la Unión soporte un coste equivalente.

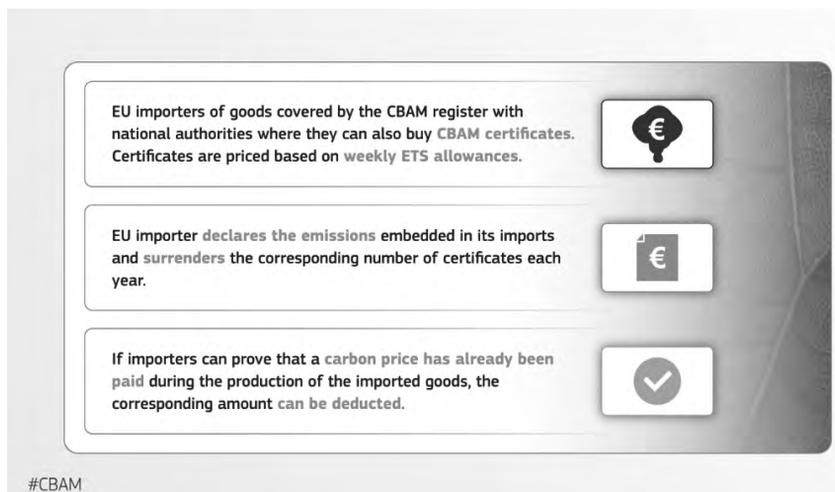
De esta forma, al aumentar el coste de la producción en el exterior, se pondrá en marcha un factor disuasorio para las deslocalizaciones de centros productivos de empresas europeas en países terceros, en donde las políticas contra el cambio climático son más laxas.

En esta primera fase de puesta en marcha del Mecanismo, desde el 1 de octubre las empresas importadoras están obligadas a obtener información de sus proveedores y trasladársela a la Comisión Europea mediante una declaración trimestral. En concreto, la información requerida tiene que ver con el lugar donde el producto o materia prima ha sido fabricado, el sistema o tecnología utilizada en su producción, el número de emisiones que ha conllevado y, si en el país de origen existe una política de precios de derechos de emisión.

Con esta información, se calculará el importe del impuesto a la importación del producto, sobre la base de la diferencia entre el coste de producción de dicho producto y su hipotético coste de producción si, en efecto, hubiera sido producido dentro de la UE, entendiendo que este último fuera superior al primero. De esta forma, si en el país de origen ya existiera un recargo sobre las emisiones, la empresa europea importadora lo podrá descontar en su declaración del CBAM.

En todo caso, las críticas al Mecanismo se han escuchado tanto desde dentro de la UE (Polonia lo ha recurrido), por el incremento de costes que significa, como por parte de países terceros, como es el caso de India, que incluso se ha planteado denunciarlo ante la Organización Mundial del Comercio, porque considera que se trata de un arancel europeo sobre sus productos para el que no se han seguido los procedimientos apropiados. Sin embargo, respecto a estas acusaciones, la UE argumenta que no se trata de un arancel, sino que el CBAM forma parte de su política de derechos de emisión y que se aplica tanto a los productos fabricados dentro como fuera de la UE, por lo que no se trata de una medida proteccionista.

Inicialmente el sistema solo se aplica sobre productos como el cemento, el aluminio, los fertilizantes, la producción de energía eléctrica, el hidrógeno, el hierro y el acero, aunque la intención de la UE es ampliar la lista a más productos en el futuro. Y afecta a todas las importaciones, salvo las procedentes de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, países que, sin ser miembros de la UE, también se rigen por el Sistema Europeo de Comercio de Emisiones.



Fuente: https://taxation-customs.ec.europa.eu/carbon-border-adjustment-mechanism_en

Las nuevas obligaciones introducidas por el CBAM representan un gran reto técnico para las empresas importadoras, que podrían tener importantes dificultades tanto para identificar productos que contengan aluminio, hierro y acero, como para monitorizar la trazabilidad de los productos y materias primas tanto por su origen como por las emisiones emitidas durante su producción.

La aplicación completa del sistema se producirá a partir del 1 de enero de 2026, poniendo fin al periodo transitorio iniciado en octubre de 2023. Será entonces cuando dejará de estar habilitada la posibilidad del cálculo estimativo de las emisiones de CO₂ y será obligatorio que las empresas importadoras dispongan de la información completa acerca de los productores de las mercancías, los sistemas o tecnologías de producción utilizados, las emisiones de CO₂ y si en el país de los productores existen políticas de precios de derechos de emisión.

Asimismo, el fin del periodo transitorio supondrá un endurecimiento de las sanciones aplicables por incumplir las disposiciones contenidas en el sistema, ya sea por no presentar la declaración o por presentarla incompleta o con información errónea. Además, en 2026 podrían ser incluidos en el CBAM los productos químicos y polímeros, con lo que el mecanismo sería aplicable a alrededor del 80% de las materias primas importadas por la UE.

Y antes de su aplicación plena en 2026, desde el 1 de enero de 2025 será obligatoria para las empresas importadoras su inscripción en un registro de la Comisión Europea, que servirá para el control de las importaciones en las aduanas.

5. La Comisión inicia una investigación sobre las ayudas públicas chinas a la fabricación de vehículos eléctricos

La Comisión Europea decidió en septiembre iniciar una investigación sobre las subvenciones estatales de China a la fabricación de vehículos eléctricos. Fue en el discurso anual sobre el Estado de la Unión ante el Parlamento Europeo, cuando la presidenta del ejecutivo europeo, Ursula von der Leyen, justificó esta medida por el hecho de que «el mercado mundial está inundado de coches chinos baratos cuyo precio se mantiene artificialmente bajo debido a esos subsidios, mientras las empresas europeas se ven excluidas de mercados exteriores, por estas prácticas predatorias».

Las alarmas ya habían saltado meses antes en varias capitales europeas, apuntando a datos procedentes del sector que estiman que los coches eléctricos de marcas chinas han alcanzado el 8% de cuota del mercado en la UE en este último año 2023, frente al 6% de 2022 y el 4% de 2021, y que apuntan a que, además, esta cuota podría escalar hasta el 15% en 2025.

Según estas mismas fuentes, la industria china fabricante de coches eléctricos estaría recibiendo importantes ayudas públicas, lo que le está permitiendo aumentar las ventas en Europa con unos modelos de coches mucho más baratos, en torno a un 20%, que los coches fabricados por la industria europea.

Bruselas pretende ahora investigar estos subsidios de China en toda la cadena de valor del proceso de fabricación (materias primas, baterías eléctricas, componentes, etc.), para determinar si, en efecto, estas subvenciones pueden ser consideradas ilegales por provocar una distorsión ilegal de la competencia, causando o amenazando con causar un daño económico a los productores de la UE. «Europa está abierta a la competencia. No a participar en una carrera a la baja. Debemos defendernos de las prácticas desleales», remarcó Von der Leyen en su discurso.

En todo caso, la investigación anunciada en septiembre deberá seguir escrupulosamente los procedimientos establecidos por la propia UE y por la Organización Mundial del Comercio, lo que deberá facilitar a todas las partes interesadas, incluyendo el gobierno chino y las empresas exportadoras, su derecho a presentar pruebas y argumentos.

Y deberá concluir en un plazo máximo de 13 meses desde su inicio, aunque, de estar legalmente justificado, la UE podría imponer derechos anti-subsidios provisionales a partir de los nueve primeros meses. Las medidas definitivas únicamente podrían establecerse tras la conclusión del proceso, es decir, después de los 13 meses mencionados.

Comisión Europea - Comunicado de prensa



La Comisión pone en marcha una investigación sobre vehículos eléctricos subvencionados procedentes de China

Brussels, 4 de octubre de 2023

La Comisión Europea ha puesto en marcha hoy formalmente una investigación antisubsidios sobre las importaciones de vehículos eléctricos de batería procedentes de China. La investigación determinará en primer lugar si las cadenas de valor de los vehículos eléctricos de batería de China se benefician de subvenciones ilegales y si estas causan o amenazan con causar un perjuicio económico a los productores de dichos vehículos en la UE. En el caso de que ambas cosas sean ciertas, la investigación examinará las consecuencias y las repercusiones probables de las medidas en los importadores, los usuarios y los consumidores de vehículos eléctricos de batería en la UE. Sobre la base de las conclusiones de la investigación, la Comisión determinará si redonda en interés de la UE remediar los efectos de las prácticas comerciales desleales constatadas mediante la imposición de derechos antisubsidios a las importaciones de vehículos eléctricos de batería procedentes de China.

Fuente: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_4752

6. Acuerdo sobre la regulación de la Inteligencia Artificial

A comienzos de diciembre los Veintisiete y el Parlamento Europeo acordaron un texto provisional que define las obligaciones y normas por las que deberá regirse la Inteligencia Artificial, IA, una tecnología que ya está transformando la vida diaria de ciudadanos y empresas con herramientas ya popularizadas como el chatGPT o los sistemas de vigilancia biométrica como es el reconocimiento facial.

Con esta regulación pionera en el mundo, la UE pretende poner en marcha un sistema de supervisión y control sobre la IA que proteja los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, pero también con una flexibilidad suficiente que permita regular funciones o tecnologías hoy por hoy desconocidas, o su adaptación a los cambios que experimenten las ya existentes.

En las negociaciones previas al acuerdo se hizo palpable el pulso existente entre Estados y eurodiputados (y también en el seno de estas dos instituciones), en relación con las definiciones de los riesgos y también sobre las excepciones y salvaguardias a incluir en la norma para garantizar que, sin poner en riesgo los derechos fundamentales individuales, no se perjudiquen los intereses económicos o la innovación en estas tecnologías.

Una vez alcanzado el acuerdo, los negociadores destacaron el hecho de que el nuevo texto proporcionará «certeza legal y técnica» a los ciudadanos y a las empresas y que, por tanto, ahorrará muchos conflictos y acciones legales. El texto prevé también un sistema de sanciones para las compañías infractoras, así como la creación de un ente supervisor independiente, una «Oficina de IA» ligada a la Comisión Europea que estará asesorada por un panel de expertos y de representantes de la sociedad civil.

Por su parte, los eurodiputados también mostraron su satisfacción con el acuerdo, ya que consideraban respetadas sus principales líneas rojas, como la prohibición de varios sistemas de vigilancia biométrica que calificaban de inaceptables: los sistemas de categorización biométrica por creencias políticas, religiosas, filosóficas o por orientación sexual o raza, los sistemas para crear bases de datos faciales captando datos de manera indiscriminada a través de internet o de grabaciones audiovisuales, el reconocimiento de emociones en el lugar de trabajo y en instituciones educativas, el «social scoring» o sistemas que puntúan a las personas en función de su comportamiento social o características personales, los sistemas que manipulan el comportamiento humano y la IA usada para explotar las circunstancias de las personas, por ejemplo por su edad o situación social o económica.

Los sistemas de vigilancia biométrica en tiempo real en espacios públicos solo podrán ser empleados por las fuerzas del orden, y estarán muy limitados por estrictas salvaguardias como la exigencia de autorizaciones ju-

diciales. Y en los supuestos de vigilancia en tiempo real, su uso también estará limitado y solo se permitirá para la búsqueda de víctimas de secuestro, tráfico humano o explotación sexual, o para la prevención de una amenaza terrorista. Por lo que se refiere a los usos «ex post» de la IA, ésta solo se permitirá para la búsqueda de personas condenadas o sospechosas de haber cometido crímenes graves.

Y por lo que se refiere a la regulación de los sistemas de inteligencia artificial generativa, en los que se basan modelos como ChatGPT, éstos deberán cumplir criterios de transparencia, como la obligatoriedad de especificar si un texto, una canción o una fotografía se han generado a través de la IA y deberán también garantizar que los datos utilizados respetan los derechos de autor.

El acuerdo aún debe ser ratificado en los próximos meses por las dos partes, Estados y Parlamento, y la previsión es que, si no se presentan contratiempos esta «Ley de IA» podría entrar totalmente en vigor hacia finales de 2026, aunque con anterioridad podrían implementarse algunas de las medidas previstas, como la creación de la «Oficina de IA».

7. Entrada en vigor de la Directiva de Servicios Digitales y primera identificación de «guardianes de acceso» en los Mercados Digitales

Los Veintisiete están realizando grandes esfuerzos para figurar en la vanguardia mundial de la legislación digital, y prueba de ello son la entrada en vigor de la legislación sobre servicios digitales y la identificación de los llamados «guardianes de acceso» para la aplicación de la legislación de mercados digitales.

A finales de agosto, entró en vigor, en efecto, la Ley de Servicios Digitales (DSA, por sus siglas en inglés) para las 19 grandes plataformas digitales operativas en el territorio europeo que habían sido identificadas en abril, plataformas como Facebook, Instagram, TikTok o X (antiguo Twitter), o gigantes comerciales como Amazon, Zalando o AliExpress.

Todas estas plataformas «de muy gran tamaño» (conocidas como VLOP, por las siglas en inglés del término «*Very Large Online Platforms*»), que son aquellas con más de 45 millones de usuarios en territorio europeo, deben disponer a partir de esta fecha de los dispositivos necesarios que les permitan identificar y retirar contenidos ilegales de manera rápida y también, deben contar con los mecanismos adecuados para que los usuarios alerten, en su caso, de la existencia de todo tipo de contenidos ilícitos. También deberán luchar contra la desinformación, y aplicar, si fuera necesario, medidas de protección de menores y contra la violencia de género.

Se trata de que, cumpliendo éstas y otras exigencias, se consiga mejorar la protección de los consumidores y sus derechos fundamentales en internet, combatiendo los contenidos ilícitos, incrementando las exigencias de transparencia y mejorando el sistema de rendición de cuentas.

«La pornografía infantil, el ciberacoso y las revueltas en todo el planeta han demostrado el papel que los espacios digitales poderosos, pero no regulados, pueden tener en nuestras vidas», recordaba el comisario de Mercado Interior y principal impulsor de la DSA, Thierry Breton. «En vez de fiarnos de la buena voluntad de las plataformas o de una ingeniosa interpretación de la ley, la UE ha decidido organizar y restaurar la confianza y seguridad en el espacio digital con derechos, obligaciones y salvaguardas claras», añadía.

Además, el 20 de diciembre, la Comisión ampliaba el número de plataformas «de gran tamaño» incluidas, por tanto, en el ámbito de aplicación de la DSA, con tres nuevas, Pornhub, Stripchat y Xvideos, tras constatar que estos tres servicios también cumplen el umbral de 45 millones de usuarios mensuales medios en la UE.

Y, por otra parte, a comienzos de septiembre, la Comisión Europea tomó la decisión de identificar a seis grandes empresas digitales que considera como «gate keepers» o guardianes de acceso a servicios digitales clave y que, por tanto, tendrán que cumplir con las exigencias marcadas en la Ley de Mercados Digitales (DMA, por sus siglas en inglés), un Reglamento comunitario con el que pretende «poner fin a las prácticas desleales» de los gigantes de la economía digital.

En esta primera lista de empresas se encuentran Alphabet (matriz de Google), Amazon, Apple, ByteDance, Meta (propietaria de Facebook, Instagram y WhatsApp) y Microsoft.

Estas empresas «guardianes de acceso» y, por tanto, consideradas como «pasarelas» para que los usuarios profesionales tengan acceso a sus usuarios finales, deberán cumplir una serie de exigencias. Entre éstas destacan la obligación de garantizar que los usuarios puedan cancelar fácilmente su suscripción a los servicios básicos de las plataformas o desinstalar los servicios básicos preinstalados, la posibilidad de detener la instalación de programas informáticos incorporados por defecto junto con el sistema operativo, la facilitación de datos de rendimiento publicitario e información sobre precios de anuncios, el permiso a los desarrolladores para utilizar sistemas alternativos de pago o el permiso a los usuarios finales para descargar tiendas de aplicaciones alternativas.

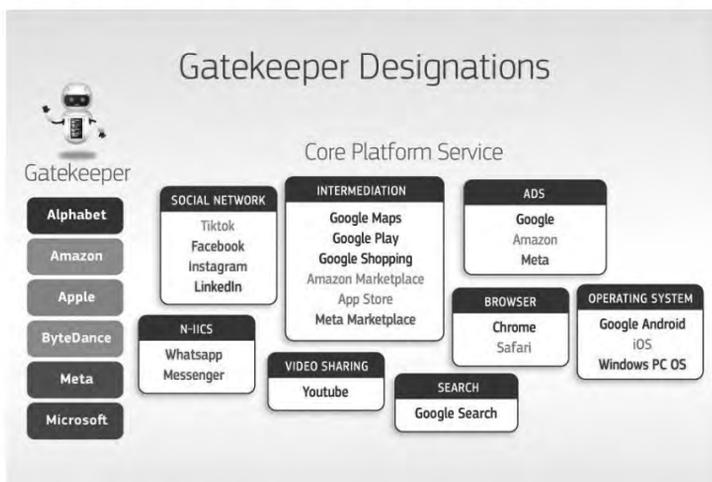
El incumplimiento de estas normas prevé duras sanciones, de hasta el 10% del volumen de su negocio mundial y hasta el 20% en caso de reincidencia.

Junto a esta identificación de seis «guardianes de acceso», la Comisión también identificó hasta 22 servicios de plataformas básicas asociadas a estos «guardianes», como What sapp, Facebook e Instagram en el caso de Meta, o iOS, Safari y AppStore en el de Apple, que también deberán acatar las obligaciones y prohibiciones más estrictas para evitar que abusen de su posición dominante en el mercado.

Las exigencias contenidas en la DMA deberán facilitar la interoperatividad y que, por ejemplo, los usuarios tengan la posibilidad de dar su consentimiento antes de que estas plataformas puedan intercambiar sus datos entre servicios de la misma compañía, como sería el caso de Facebook y WhatsApp.

Gatekeepers

On 6 September 2023 the European Commission designated for the first time six gatekeepers - Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft - under the Digital Markets Act (DMA). In total, 22 core platform services provided by those gatekeepers have been designated.



Fuente: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/gatekeepers_en

8. Aprobación de la Ley Europea de Chips

En julio los eurodiputados dieron su apoyo definitivo a la norma con la que la UE pretende duplicar su producción de semiconductores hasta alcanzar el 20% de la fabricación mundial y reducir así su dependencia de fabricantes asiáticos respecto a unos componentes clave en el desarrollo tec-

nológico, teniendo en cuenta que, en la actualidad, Taiwán y Corea del Sur forman un duopolio mundial en la fabricación de chips, llegando a producir el 100% de los más avanzados.

La UE pretende también «entrar en la carrera global» por impulsar una industria a la que tanto China como Estados Unidos y Japón destinarán subsidios milmillonarios en los próximos años.

Esta nueva ley europea, que entró en vigor el 21 de septiembre, prevé, además de aumentar la capacidad de fabricación de todo tipo de chips en territorio europeo, consolidar el liderazgo europeo en la investigación de semiconductores, favorecer el traslado de estas innovaciones al mercado y mejorar la vigilancia de las cadenas de suministro para anticipar posibles crisis futuras.

Está dotada con 3.300 millones de euros procedentes del presupuesto europeo, aunque la Comisión Europea calcula que permitirá movilizar unos 43.000 millones de euros hasta 2030, al atraer otras inversiones públicas, y ser también un factor de atracción de financiación privada.

El comisario europeo de Industria, Thierry Breton, recordaba que «hubo momentos en los que Europa solo invertía en investigación y deslocalizaba la producción: ese tiempo acaba ahora. Necesitamos inversiones masivas en nuestra base industrial», añadiendo que «no es solo cuestión de competitividad, sino de seguridad y soberanía tecnológica».



Nuestro objetivo es crear de manera conjunta un ecosistema europeo de chips de última generación que incluya su fabricación. Necesitamos interconectar nuestras capacidades de investigación, diseño y ensayo de categoría mundial. Tenemos que coordinar las inversiones nacionales y de la UE a lo largo de la cadena de valor. No se trata solo de nuestra competitividad. Se trata también de soberanía tecnológica.

Ursula von der Leyen

Presidenta de la Comisión Europea, discurso sobre el estado de la Unión 2021

Febrero de 2022
#EUChipsAct #DigitalEU



Fuente: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-chips-act-factsheet>

9. *Nuevo Reglamento relativo a las baterías y pilas, y sus residuos*

El Consejo de la UE aprobó en julio un nuevo Reglamento que deberá promover un ciclo de vida más circular para las pilas y baterías utilizadas en la UE, ya que incluye objetivos de reciclaje de estos productos, y la obligación de que, a finales de 2027, las baterías portátiles de teléfonos móviles y de otros dispositivos electrónicos sean fácilmente extraíbles y reemplazables.

Los Veintisiete respaldaban así el acuerdo político provisional alcanzado previamente con el Parlamento Europeo sobre las nuevas normas de diseño, producción y gestión de residuos de todo tipo de pilas y baterías que se vendan en la UE.

En el ámbito de la gestión de residuos, se incluyen los de todo tipo de baterías portátiles, incluidas las baterías de vehículos eléctricos, las industriales, y las de arranque, iluminación e ignición utilizadas principalmente en vehículos y maquinaria, y en medios ligeros de transporte, como bicicletas y ciclomotores eléctricos.

El Reglamento, que contempla todo el ciclo de vida de las baterías, establece, además, ciertos objetivos y obligaciones que tienen que ver no sólo con la recogida de residuos sino también con la recuperación de materiales críticos valiosos.

Establece, en concreto, objetivos para que los productores recuperen los residuos de pilas portátiles (el 63% a finales de 2027 y el 73% a finales de 2030), y otros objetivos específicos de recuperación de pilas usadas en medios de transporte ligeros (el 51% a finales de 2028 y el 61% a finales de 2031).

Y también plantea objetivos para la recuperación de litio a partir de baterías usadas (el 50% a finales de 2027 y el 80% a finales de 2031), objetivos que podrían modificarse en función de la evolución del mercado y de los avances tecnológicos. Y contempla otras exigencias de niveles mínimos obligatorios de contenido reciclado para baterías industriales, y de arranque, iluminación e ignición de vehículos y maquinaria (16% cobalto, 85% plomo, 6% litio y 6% níquel).

Cuadernos Europeos de Deusto

Deusto Journal of European Studies

