

ANALES DE DERECHO

Vol. XL – Número 2



Número Especial - V
Presidencia española del
Consejo de la Unión
Europea

1/6/2023 a 31/12/2023



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

REVISTA ANALES DE DERECHO UNIVERSIDAD DE MURCIA

Dirección

Francisca M^a Ferrando García

Subdirección

M^a del Mar de la Peña Amorós

Coordinación

M^a Monserrate Rodríguez Egio

Alfonso Sánchez García

© Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2011

© n.º Especial V Presidencia española del Consejo UE | año 2023

ISSN electrónico: 1989-5992

ISSN papel: 0210-539X

Las obras que se publican en esta revista están sujetas a los siguientes términos:

1. El Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia (la editorial) conserva los derechos patrimoniales (copyright) de las obras publicadas, y favorece y permite la reutilización de las mismas bajo la licencia de uso indicada en el punto 2.
2. Las obras se publican en la edición electrónica de la revista bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 España (texto legal). Se pueden copiar, usar, difundir, transmitir y exponer públicamente, siempre que: i) se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista, editorial y URL de la obra); ii) no se usen para fines comerciales; iii) se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.
3. Condiciones de auto-archivo. Se permite y se anima a los autores a difundir electrónicamente las versiones pre-print (versión antes de ser evaluada) y/o post-print (versión evaluada y aceptada para su publicación) de sus obras antes de su publicación, ya que favorece su circulación y difusión más temprana y con ello un posible aumento en su citación y alcance entre la comunidad académica. Color RoMEO: verde.

SHERP
RoMEO



DULCINEA



**UNIVERSIDAD
DE MURCIA**



Índice

VOL. 40 n.º 2

**Número especial por la V Presidencia española
del Consejo de la Unión Europea**

SECCIÓN DOCTRINA

**El dilema de la jurisdicción constitucional ante la irrupción de la Carta de Derechos
Fundamentales.....1**

Pedro Cruz Villalón

**The Ban on Collective Expulsions and the Betrayal of the Union's Legal System at its
External Borders.....26**

Bernardo Cortese

**Dispositivos de seguridad en el reenvasado de medicamentos para el comercio
paralelo.....49**

Juan José Fernández Domínguez

**Advancing disability rights in the EU:a blueprint in the social agenda of the Spanish
presidency85**

Delia Ferri

**La condicionalidad de los fondos europeos y las obligaciones en materia de
contratación pública. la experiencia española108**

David Ordóñez Solís



The challenges of energy market reform: what can the Spanish Presidency achieve?.....153

Leigh Hancher

The Proposed European Union Corporate Sustainability Due Diligence Directive Making or breaking European Human Rights Law?177

Claire Methven O'Brien; Jonas Christoffersen

SECCIÓN AULA Y PRÁCTICA

El impacto en la función registral del Reglamento (UE) 2016/1103 sobre los regímenes económico matrimoniales.....1

María del Pilar López García-Rocha

SECCIÓN COMENTARIOS DE SENTENCIAS

El impacto del Derecho de la Unión Europea en el ámbito laboral. Revisión jurisprudencial1

Raquel Vicente Andrés





UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES
de
DERECHO

SECCIÓN DOCTRINA

VOL. 40 N.º 2

Número especial por la V Presidencia
española del Consejo de la Unión Europea





**UNIVERSIDAD
DE MURCIA**

<http://revistas.um.es/analesderecho>

**ANALES
de
DERECHO**

**EL DILEMA DE LA JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL DE AMPARO ANTE LA
IRRUPCIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS**

PEDRO CRUZ VILLALÓN

Universidad Autónoma de Madrid. Catedrático Emérito de Derecho
Constitucional

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU

TEULP TRANSACCIONES
UNIVERSITARIAS
DE ECONOMÍA
Y DERECHO **THE
JEAN
MONNET
CHAIR**



El dilema de la jurisdicción constitucional de amparo ante la irrupción de la Carta de Derechos Fundamentales***Resumen***

El Tribunal Constitucional español tiene ante sí el reto de cómo integrar satisfactoriamente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF) en el marco de su jurisdicción de amparo. El camino hasta ahora seguido de hacerlo por la vía del mandato interpretativo del art. 10.2 CE ha agotado sus posibilidades. Entre las alternativas posibles, la extensión de la jurisdicción constitucional de amparo a los derechos correspondientes de la CDF parece la opción menos conflictiva

Palabras clave: *Derecho de la Unión Europea, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Constitución española, jurisdicción constitucional, recurso de amparo, Derecho constitucional comparado*

The dilemma of the constitutional jurisdiction of amparo in the face of the irruption of the Charter of Fundamental Rights***Abstract***

The Spanish Constitutional Court is presently faced with the challenge of integrating the Charter of Fundamental Rights (CFR) as a yardstick of its individual complaint (amparo) jurisdiction. The recourse followed by the Court so far, related to the consistent interpretation along the lines of art. 10.2 of the Constitution, seems to have exhausted its possibilities. Out of the alternatives at hand, the extension of its amparo jurisdiction to the corresponding rights in the CFR emerges as the less damaging solution.

Keywords: *EU Law, Charter of Fundamental Rights of the European Union, Spanish Constitution, constitutional adjudication, individual complaint (amparo), comparative constitutional law.*



SUMARIO¹: I. EL MARCO DE REFERENCIA: EL PROCESO DE MIGRACIÓN ASCENDENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. Declaración y garantía de los derechos fundamentales radicadas en los Estados miembros 2. La migración de los derechos fundamentales desde los Estados hacia la UE. 3. El pulso en torno al art. 51.1 CDF: De *Åkerberg* a *Derecho al olvido*. II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA: UNA SITUACIÓN DIFÍCILMENTE SOSTENIBLE. 1. La regla: “No es mi asunto”, hasta cierto punto. 2. La excepción: Los derechos fundamentales. 3. Dos intentos de evolución jurisprudencial, en definitiva frustrados. III. MANERAS DE SALIR DEL IMPASSE. 1. Primera opción: Un tribunal para la Constitución, a ultranza. 2. Segunda opción: El recurso a ultranza al derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE). 3. Tercera opción: Alineamiento con Karlsruhe y Viena. IV. CONCLUSIÓN.

“La irrupción del ordenamiento comunitario tampoco ha sido sencilla en lo que respecta a la actuación de la jurisdicción constitucional de amparo y se está todavía en un proceso de adaptación.” (Voto particular del vicepresidente del Tribunal Constitucional, Juan Antonio Xiol Rios a la STC 151/2022, FJ 5)

La cita que antecede es expresiva tanto de las posibilidades como sobre todo de las dificultades que el ordenamiento constitucional español puede encontrar a la hora de asumir la potencialidad transformadora del Derecho de la Unión, en este caso, la de su Carta de Derechos Fundamentales (en adelante, CDF)². Es lo que está ocurriendo en el caso de un ordenamiento nacional como el español, caracterizado por una protección particularmente intensa de los derechos fundamentales, cual es la que resulta del recurso de amparo a disposición de los particulares ante su Tribunal Constitucional (en adelante, TC). Tal es, en efecto, el telón de fondo de la reflexión de Juan Antonio Xiol en el que sería el último de sus votos particulares como magistrado constitucional, llamando así la atención hacia una tarea que él calificaba de inconclusa: la de resituar el amparo en un contexto en el que los derechos fundamentales nacionales se encuentran inmersos en un proceso de migración ascendente hacia el ordenamiento supranacional europeo, todo ello en directa correspondencia con el proceso de ampliación de las competencias de la Unión.

Es de notar en este sentido cómo el voto en cuestión habla expresivamente de “irrupción” (del Derecho de la Unión) para calificar las ineludibles repercusiones (“dificultades”) de

¹ Este artículo ha sido realizado en el marco de la Cátedra Jean Monnet “*The Transformative Power of European Union Law (TEULP)*”, proyecto financiado por la Comisión Europea (*Project: 101047458 - TEULP - ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH*) y dirigido por Juan Jorge Piernas López, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.

² Cfr. presentación del proyecto *Transformative European Union Law Power (TEULP)*: <https://www.um.es/teulp/es/proyecto/>.

la condición de Estado miembro en la respectiva jurisdicción constitucional. En concreto, el tribunal español se encontraría “todavía en un proceso de adaptación” a una realidad a decir verdad ya no tan nueva. Se trata, en efecto, de un proceso en el que, como enseguida recordaremos, otros tribunales constitucionales con la misma jurisdicción de amparo le llevan ventaja³. No es mucho el tiempo transcurrido desde la emisión de ese voto, en particular teniendo en cuenta que este tribunal ha sufrido una profunda renovación de su composición personal en muy breve tiempo. Aun así, es incontrovertible, por lo que se dirá, que la conclusión de ese proceso de adaptación apremia, siendo aquí donde se sitúa el dilema. En particular, 2022 ha dejado dos resoluciones que dan pie a preguntarse por las posibles opciones que se ofrecen al TC de cara al referido proceso de adaptación⁴. Dicho, esto, bien se podría entrar directamente en materia teniendo en cuenta que el contexto en el que se enmarca la cuestión es a estas alturas suficientemente conocido⁵. A pesar de ello, no está de más recordar este contexto, aun a riesgo de una excesiva simplificación.

I. EL MARCO DE REFERENCIA: EL PROCESO DE MIGRACIÓN ASCENDENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Declaración y garantía de los derechos fundamentales radicadas en los Estados miembros

Comenzando por las que serían las magnitudes implicadas en la problemática que nos ocupa, la primera y más evidente sería de orden sustantivo, no ofreciendo su identificación el menor problema. Se trata de los derechos fundamentales como categoría esencial de la cultura constitucional contemporánea, específicamente europea. Desde hace tres cuartos de siglo, los derechos fundamentales vienen fungiendo como el condicionante por excelencia del ejercicio del poder público en las comunidades políticas europeas. Junto a la articulación efectiva del principio democrático, son la fuente esencial de su legitimidad. Lo dicho supone que, en Europa, comunidad política y derechos fundamentales van desde entonces de la mano, con dos consecuencias que corren

³ Como el propio voto particular recuerda en otro momento de su desarrollo: FJ 5.

⁴ Esta misma 151/2022 precedida por la 89/2022.

⁵ De hecho, las consideraciones que aquí serán expuestas deben verse como continuación de una reflexión iniciada hace ya algunos años, con reflejo constante en estas páginas.

paralelas por lo que al proceso de integración se refiere. Mientras la condición de comunidad política sólo fuera predicable de los Estados miembros, la responsabilidad de la garantía de los derechos fundamentales ha residido, prácticamente de modo exclusivo, en dichos Estados. En paralelo, conforme dicho proceso de integración se ha traducido en la emergencia de una comunidad política supranacional, en esa misma medida se ha ido imponiendo hacer ahí un hueco a los derechos fundamentales. Esta es sencillamente la dimensión evolutiva del problema, proporcionando una de las claves de lo que en la materia va a ir ocurriendo.

Es además el caso que los derechos fundamentales se inscriben en Constituciones normativas, es decir, son componente y parte esencial del respectivo ordenamiento jurídico nacional, en modo alguno simples declaraciones solemnes con una dudosa capacidad de obligar: son derecho susceptible de ser reivindicado ante las diversas instancias judiciales. Es aquí donde corresponde referirse a las magnitudes adjetivas de la cuestión, es decir, relativas a los modos de garantía de los derechos.

En este sentido, concurren situaciones de especialidad, desarrolladas a su vez en dos niveles. En un primer nivel de especialidad, es el caso que la mayoría de los Estados miembros que actualmente componen la Unión están dotados de una jurisdicción constitucional, es decir, un orden jurisdiccional singular destinado a moverse en un recinto singular del ordenamiento jurídico, el ocupado por la respectiva Constitución nacional⁶. La Constitución es así, por decirlo de este modo, la estrella polar de esta jurisdicción, el objeto por antonomasia de su labor de garantía. Sus concretos modos de asumir este mandato son variables, pero el objeto y el alcance de su jurisdicción se encuentran en todo caso limitados por comparación a lo que es el caso del resto del poder judicial del respectivo Estado. En el momento de nacimiento de las Comunidades Europeas tal era el caso sólo de dos de los Estados miembros, Alemania y de Italia, ampliándose sucesivamente los supuestos, en paralelo con la ampliación de la que será Unión Europea, hasta hacerse mayoritarios.

⁶ BOGDANDY, A.V., HUBER, P.M., GRABENWARTER, CHR., “Constitutional Adjudication. Common Themes and Challenges”, Oxford, OUP, 2023; LÜBBE-WOLFF, G., “Beratungskulturen. Wie Verfassungsgerichte arbeiten, und wovon es abhängt, ob sie integrieren oder polarisieren“. Berlín, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2022; VISSER, MAARTJE DE, “Comparative Review in Europe. A Comparative Analysis”, Hart, 2014.

Hay, sin embargo, un segundo nivel de especialidad, ya mucho más singularizado, siendo éste el de la jurisdicción constitucional que incorpora un particular tipo de proceso, de remedio judicial, que permite a cualquier persona situada en el ámbito de dominio del Estado en cuestión dirigirse a la jurisdicción constitucional en reivindicación de todos o de determinados de sus derechos fundamentales: la demanda o queja individual⁷. En el momento de nacimiento de las Comunidades Europeas tal era el exclusivo caso de la República Federal de Alemania (*Verfassungsbeschwerde*). Posteriormente, con las sucesivas ampliaciones, sería el caso de España (*amparo*), de Austria (*Verfassungsbeschwerde*) amén de algunos otros Estados miembros⁸. Es lo que Xiol designa en su voto como “jurisdicción constitucional de amparo”, expresión a la que en lo sucesivo daremos un uso genérico. Interesa subrayar ya que este mandato constitucional dirigido a la jurisdicción constitucional, cuando ha sido el caso, ha alcanzado un protagonismo en el conjunto de esa función que permite interpretarlo como parte de su identidad. Igualmente es de señalar que este remedio judicial extraordinario ha adquirido un excepcional valor para los justiciables, siendo esta una dimensión, la subjetiva, sobre la que habrá que volver en lo sucesivo. Estos dos niveles acumulados de singularidad proporcionan de nuevo una clave en el problema que nos ocupa: hay un nivel doblemente extraordinario de protección de los derechos fundamentales, primero por el órgano de garantía, segundo por el tipo de proceso: sólo entendiendo la especialidad del órgano y la especialidad del proceso se entenderá esto.

2. La migración de los derechos fundamentales desde los Estados hacia la UE

Grosso modo, durante los tres primeros lustros del proceso de integración europeo, hay acuerdo por parte de unos y otros en que los derechos fundamentales son cosa de los Estados⁹. No obstante, el curso de este proceso de integración revela la rápida formación

⁷ OLIVER ARAUJO, J., “El recurso de amparo”, Palma de Mallorca, Publicaciones Facultad de Derecho, 1987.

⁸ Restringido a disposiciones normativas: Hungría, Polonia. Cfr. GROTE, R., “The Most Important Constitutional Proceedings in the European Legal Space”, in, BOGDANDY, A.V./HUBER, P.M./GRABENWARTER, Chr., “Constitutional Adjudication. Common Themes and Challenges”, Oxford, OUP, 2023, pp. 127-167.

⁹ Se ha dicho incluso que no había incluso ninguna sensibilidad sobre la materia, de parte de las Comunidades. Cfr. HALTERN, U., „Europarecht. Dogmatik im Kontext“, 2ª ed. Tubinga, Mohr Siebeck, 2007, pp. 491-598.

de un ordenamiento jurídico propio, considerado autónomo, dotado de las notas de efecto directo y primacía, en relación con el cual no tarda en plantearse la cuestión de su adecuación a los derechos fundamentales y en particular referido a los actos de los poderes públicos estatales dictados en ejecución del Derecho de las Comunidades Europeas¹⁰. Es el inicio de un proceso de migración ascendente de los derechos fundamentales desde los Estados hacia la UE. Desde el momento en que el ordenamiento comunitario se dota con éxito de las referidas notas de efecto directo y primacía, y con independencia de la escasa capacidad de presencia de los derechos fundamentales en un ordenamiento de ambición reducida, la cuestión de la responsabilidad de la garantía de estos derechos se encuentra ineludiblemente planteada¹¹. Esto va a dar lugar a un largo y correoso diálogo judicial entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades y la respectiva jurisdicción nacional que, a efectos de simplificación dejaré reducida al caso del Tribunal Constitucional Federal alemán con sede en Karlsruhe.

Dicho con tosquedad: a la vez que el Tribunal de Justicia va declarando su capacidad y competencia para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario¹², *Karlsruhe* va respondiendo en términos suspensivos o condicionales (*solange*): en concreto, reafirmando en un primer momento (1974) su incólume competencia para conocer de cualesquiera demandas de amparo frente a actos de los poderes públicos nacionales, cualquiera sea su origen último, *mientras* dichas Comunidades Europeas no revelen una inequívoca presencia de los derechos fundamentales en su ordenamiento¹³; pasando a declarar en un segundo momento (1986) su disposición a abdicar de su responsabilidad en materias derivadas del Derecho de la Unión, mientras las Comunidades continúen dando prueba de su capacidad para

¹⁰ Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos* (C-26/62); Sentencia de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa/ENEL* (C-6/64).

¹¹ VAŠEK, M., “Constitutional Jurisdiction and Protection of Fundamental Rights in Europe”, en BOGDANDY, A.V./HUBER, P.M./GRABENWARTER, Chr. (eds.), *Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, OUP, Oxford, 2023, pp. 325-381; PARIS, D., “The Impact of EU Law and the ECHR on National Constitutional Adjudication in the European Legal Space”, en BOGDANDY, A.V./HUBER, P.M./GRABENWARTER, Chr. (eds.), *Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, OUP, Oxford, 2023, pp. 477-494.

¹² Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Erich Stauder contra ciudad de Ulm* (C-29/69).

¹³ Sentencia de 29 de mayo de 1974, BverfGE 37/271 (*Solange I*).

garantizar los derechos de forma equiparable a la nacional¹⁴. Serán respectivamente los momentos conocidos como *Solange I*, vigente por una docena de años, y *Solange II*, esencialmente mantenido a lo largo de tres décadas. No obstante conviene subrayar que, más allá de la equivalencia en la protección de los derechos en términos sustantivos, la protección otorgada a los derechos en el ordenamiento comunitario en términos procesales nunca ha sido equivalente a la nacional¹⁵.

En particular, *Solange II* supone en esencia responsabilidades separadas. Las Comunidades, luego la Unión, controlan la adecuación de los poderes estatales en ejecución del Derecho de la Unión a los derechos fundamentales (amén de los suyos propios), con renuncia por parte de la jurisdicción constitucional nacional a hacerlo, en tanto ésta se retrae al control de los restantes actos de los poderes públicos nacionales. Es lo que en Alemania se terminará conociendo como la teoría o doctrina de la separación. En su virtud, cada ordenamiento, el nacional y el europeo, es responsable de garantizar los derechos fundamentales en su respectivo ámbito de vigencia. El ordenamiento nacional se rige por sus propios derechos fundamentales incluidas sus propias instituciones de garantía. Y el Derecho europeo se rige por sus propios derechos fundamentales, también con sus propias instituciones de garantía, cualesquiera sean éstas. Queda sin embargo un espacio, el del derecho nacional que podemos calificar de heterónimo, en el sentido de que trae causa inmediata del Derecho de la Unión. Son, de momento, un corto número de situaciones, conocidas como *Wachauf*, *ERT*, y poco más¹⁶. Es de ese derecho nacional del que por excepción se retira la garantía nacional, situándose en su lugar la definición y garantía europea. Pero en lo demás el criterio es el de responsabilidad separada.

3. El pulso en torno al art. 51.2 CDF: De *Åkerberg* a *Derecho al olvido*

¹⁴ Sentencia de 22 de octubre de 1986, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*).

¹⁵ CRUZ VILLALÓN, P., “Sobre la ‘especial responsabilidad’ del Tribunal de Justicia en la aplicación de la Carta de Derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (año 24, nº 66 2020), pp. 363-384.

¹⁶ CRUZ VILLALÓN, P., “‘All the guidance’, ERT und Wachauf”, en Poiares Maduro, M./Azoulay, L. (eds.), *The Past and Present of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, pp. 162-170.

La situación podría haberse mantenido indefinidamente, basada en el esbozado modelo de responsabilidades autónomas en la garantía de los derechos. La CDF, con valor asimilado al Derecho primario desde 2009, en concreto los términos de su art. 51.1 CDF así permitían pensarlo: Esta se obligaría a los Estados miembros únicamente cuando aplicasen el Derecho de la Unión. No obstante, como es perfectamente conocido, en 2013 el TJUE lleva a cabo una interpretación inequívocamente extensiva de la CDF en las sentencias engarzadas *Åkerberg y Melloni*¹⁷. La consecuencia es que ya no podrá hablarse de situaciones individualizadas en las que el contenido declarado de los derechos fundamentales se traslada del ordenamiento de los Estados al de la Unión: la mera presencia del Derecho de la Unión en la materia dada acarrea la migración ascendente de los derechos.

La respuesta del Tribunal Constitucional Federal alemán tardará seis años en llegar. Con el precedente de la sentencia austriaca de 14 de marzo de 2012¹⁸, el 6 de noviembre de 2019 su Sala Primera emite dos sentencias ambas relativas al llamado derecho al olvido, en doctrina seguida un año más tarde por la Sala Segunda en la conocida como “Euroorden III”. Tomando pie en las dos situaciones descritas en el referido *binomio 29/60* (véase la nota al pie nº 11), Karlsruhe declara su propósito de asumir la garantía de los derechos de la CDF cada vez que el amparo se impetra respecto de disposiciones o

¹⁷ Lo que he calificado en otra ocasión como la *ecuación 29/60*. STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson* (C-617/10), punto 29: “De este modo, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, apartado 60)”. STJUE de 26 de febrero de 2013, *Stefano Melloni y Ministerio Fiscal* (C-399/11), apartado 60: “Es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”.

¹⁸ Sentencia de 14 de marzo de 2012, U 466/11-18, (conocida simplemente como “Sentencia de la Carta”). Cfr. MERLI, F., “Die Konstitutionalisierung der EU-Grundrechte: Das österreichische Beispiel“, en, DONATH, B.P./HEGER, A./MALKMUS, M./BAYRAK, O. (eds.), “Der Schutz des Individuums durch das Recht. Festschrift für Rainer Hofmann zum 70. Geburtstag”, Springer, 2023, pp. 873-886.

actos nacionales regidos por el Derecho de la Unión (será el caso de *Derecho al Olvido II*).

De este modo, Karlsruhe abandona el esquema de responsabilidades separadas de ambos tribunales que había propugnado desde 1986 pasando a asumir la garantía de los derechos de la CDF en las situaciones regidas por el Derecho de la Unión, declarándose dispuesto a asumir la posición de órgano jurisdiccional en el sentido del art. 267 TFUE cada vez que ello fuera preciso. La propuesta de alivio de la tensión entre ambos tribunales recibe el beneplácito informal de dos presidentes sucesivos del TJUE.

Recapitulando lo señalado hasta el momento, cabe señalar cómo los dos ordenamientos nacionales más representativos en la materia han reaccionado al desgaste de su jurisdicción constitucional de amparo asumiendo la condición de órgano judicial de la Unión cada vez que la violación de derechos alegada se dirige frente a un acto o disposición nacionales emitida en una materia regida por el Derecho de la Unión, con el beneplácito de la Unión. De este modo en el momento presente cabe identificar al menos dos claras materias típicamente objeto de demandas de amparo en las que el ordenamiento de la Unión reclama para la CDF la condición de canon o parámetro del litigio, la orden de detención y entrega (euroorden) y el derecho al olvido.

No todo es color de rosa, sin embargo. Para empezar, la nueva jurisprudencia alemana va acompañada de sus propias salvedades (*caveats*), sus propios *solange* cabría decir. No en balde se subraya en ella el mantenimiento incólume de los controles de identidad constitucional y de *ultra vires*¹⁹. Y está aun enteramente por ver la autenticidad de la disposición de esta jurisdicción constitucional de amparo de suscitar una cuestión prejudicial de interpretación a la primera ocasión en la que haya dudas sobre el contenido de un derecho²⁰. Es innegable, sin embargo, que las sentencias de 2019 y 2020 implican un acatamiento, por más que vigilante, de *Åkerberg*, lo cual de momento no es poca cosa.

¹⁹ Que no se estaba diciendo a humo de pajas quedaría a la vista apenas un año más tarde en la Sentencia de la Sala Segunda de 5 de mayo de 2020 (*PSPP*) declarando *ultra vires* la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2018 (*Weiß*).

²⁰ Ver el contraste entre la interpretación llevada a cabo por el TCF y el TC en relación con el derecho al olvido, sin que el tribunal alemán haya procedido en consecuencia, tanto menos el español, en CRUZ VILLALÓN, P. “Still on Constitutional Courts at the Rescue of their Mandate”, en, Donath, B.P./Heger,

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA: UNA SITUACIÓN DIFÍCILMENTE SOSTENIBLE

En contraste con la evolución llevada a cabo a nivel europeo comparado, la posición del tribunal constitucional español se ha mantenido esencialmente firme en su planteamiento inicial, formulado hace ya tres décadas. De nuevo se trata de una cuestión, suficientemente conocida, con independencia de lo cual conviene recordarla en sus rasgos básicos ²¹.

A estos efectos procede comenzar distinguiendo entre la visión que de forma general ha tenido el TC del Derecho de la Unión y la que proyecta cuando está en juego la jurisdicción constitucional de amparo. En este sentido, la situación puede describirse en términos de regla y excepción. En ambos casos se trata de un planteamiento básico suavizado en cada ocasión por un precepto constitucional, el art. 24.1 C.E. en la primera, el art. 10.2 CE en la segunda.

1. La regla: “no es mi asunto”, hasta cierto punto

Como regla, y con el matiz que se dirá, la visión que el Tribunal Constitucional español ha tenido del Derecho de la Unión ha sido la de un ordenamiento jurídico que básicamente le es ajeno. Desde este punto de vista la cuestión no es tanto la de que, en los momentos fundacionales de esta jurisprudencia, se haya servido repetidamente del adjetivo ‘infraconstitucional’ para calificarlo, cuanto que lo ha considerado como de la exclusiva

A./Malkmus, M./Bayrak, O. (eds.), “Der Schutz des Individuums durch das Recht. Festschrift für Rainer Hofmann zum 70. Geburtstag”, Springer, 2023, pp. 907-918.

²¹ ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Avoiding the rain or learning to dance in it: the hesitations of the Spanish Constitutional Court”, Preprint No.1/23 Preprint Series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2023; ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Transformaciones Judiciales. Karlsruhe y los derechos fundamentales de la Unión Europea”, Madrid, CEPC, 2022; CRUZ VILLALÓN, P., “Still on Constitutional Courts at the Rescue of their Mandate”, en, DONATH, B.P./HEGER, A./MALKMUS, M./BAYRAK, O. (eds.), “Der Schutz des Individuums durch das Recht. Festschrift für Rainer Hofmann zum 70. Geburtstag”, Springer, 2023, pp. 907-918.

CRUZ VILLALÓN, P., “Bemerkungen zu Begriff und Funktion der Verfassung des EU-Mitgliedstaates”, en, Festschrift für Franz Merli zum 70. Geburtstag, 2023, pp. 9-21 (en prensa) CRUZ VILLALÓN, P., “De la persistencia de un viejo dictum: la STC 89/2022, en contexto”, en: Fromage, d. (ed.), “Jacques Ziller, a European Scholar”. Florencia, European University Institute, 2022, pp. 230-241; CRUZ VILLALÓN, P., “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, en, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 25, 2021, pp. 57-85.

competencia de la jurisdicción ordinaria²². Podemos tomar como referencia básica la STC 28/91: por más que se reconozca al ordenamiento comunitario su condición de ordenamiento jurídico propio integrado en sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales”, con cita de las sentencias *Costa/ENEL* (FJ 4) y *Simmenthal* (FJ 6)”, lo que es tanto como reconocer el principio de primacía, ello no le impide reiterar que se trata de un conflicto que ha de resolverse por la jurisdicción ordinaria²³. La consecuencia evidente es que “ninguna solicitud de interpretación...cabe que le sea dirigida (por el TC) al Tribunal de Luxemburgo”²⁴.

El matiz a este planteamiento básico viene determinado por el alcance sustantivo que, de manera creciente, el TC ha venido atribuyendo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.). El expediente de extender el amparo de la tutela judicial a extremos que van más allá del derecho de acceso al proceso en igualdad de armas, etc. tiene profunda raigambre. Desde el primer momento el TC consideró que la tutela judicial ampara frente a resoluciones puramente arbitrarias que en este sentido sólo tienen apariencia de tal. A partir de ahí la extensión de la tutela judicial a otras situaciones ha tenido diversas manifestaciones. Una muy relevante fue la de integrar en ella el llamado “derecho al sistema de fuentes” con el objetivo de hacer frente a la no aplicación judicial de una ley parlamentaria sin plantear la preceptiva cuestión de inconstitucionalidad²⁵. Y a partir de ahí, a su vez, fue perfectamente posible, con el paso de los años, toda la doctrina constitucional que, con sus diversos matices²⁶ incorpora al ámbito de la tutela judicial el deber de elevar una cuestión prejudicial al TJUE.

²² “De forma exclusiva e irreversible”, se llega a decir en la STC 111/93, FJ 10.

²³ Como se dice alternativamente, el derecho comunitario “no integra el canon de constitucionalidad”, siendo eso suficiente para concluir que no es de su competencia. STC 41/2014, entre otras.

²⁴ STC 28/91, FJ 7.

²⁵ CLAVERO, B., *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas, 1988; PÉREZ NIETO, R. “Art. 24.1. Tutela Judicial Efectiva y Jurisdicción Administrativa”, en *Comentarios a la Constitución española* / coord. por Pérez Manzano, M. *et al.*, pp. 593-631.

²⁶ Típicamente, prioridad temporal de la cuestión prejudicial. *Cfr.* CRUZ VILLALÓN, P./REQUEJO PAGÉS, J.L., “La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19, nº 50 (2015), pp. 173-194.

Todo esto termina conduciendo a una relativización de la doctrina de la irrelevancia constitucional del Derecho de la Unión, como punto de inicio: es así como, notablemente en la 31/2019, se declarará que “el desconocimiento de una norma del derecho de la Unión tal como interpretada por el TJUE “puede suponer una selección irrazonable y arbitraria...lo cual puede dar lugar a una vulneración del DTJE [Derecho a la tutela judicial efectiva] (STC 145/2012, 5 y 6)”, con remisión a la STC 232/2015.

2. La excepción: los derechos fundamentales

La excepción al planteamiento anterior viene constituida por la materia de derechos fundamentales, en particular en el marco de la jurisdicción de amparo. En este ámbito, el TC no tolera ninguna relativización de su mandato de protección de los derechos susceptibles de amparo, sin más matiz que la incidencia de otro precepto de la Constitución, esta vez su art. 10.2.

En concreto: la circunstancia de que el acto o disposición de los poderes públicos nacionales impugnados sea pura traducción del Derecho de la Unión no cuestiona en modo alguno el mandato constitucional dirigido a la jurisdicción de amparo de conocer de la alegada vulneración en cuestión: “...en la medida en que un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del DCE, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 CE” (STC 64/1991, FJ 4). Este planteamiento, dicho en términos alemanes, supone sencillamente situarse en el citado momento *Solange I*, y ello sin condición suspensiva alguna, cuando hace ya cinco años que ha sido abandonado por el Tribunal Constitucional Federal.

Hay sin embargo un importante matiz, que por lo demás ya está incorporado en la anterior cita jurisprudencial: el TC, a la vez que no renuncia a la aplicación del canon constitucional que le corresponde, hace expreso su compromiso de efectuarla sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 CE” (STC 64/1991,

FJ 4). Basta en este sentido recordar cómo este precepto incorpora un mandato dirigido a todos los poderes públicos, en virtud del cual los derechos declarados en la Constitución habrán de ser interpretados con arreglo a los instrumentos internacionales sobre la materia suscritos por España. No puede extrañar que este mandato haya jugado un papel clave a la hora de cohonestar la jurisprudencia constitucional de amparo con la del TEDH²⁷ Incluso en los momentos previos al Tratado de Maastricht todavía podría tener justificación el que sirviera como cauce de entrada de los derechos tal como regían en la UE. Ahora bien, desde *Maastricht* y sobre todo desde *Lisboa*, con la plena juridicidad de la CDF, el recurso al art. 10.2 CE resulta crecientemente problemático de manera general y aplicado a los supuestos de implementación del Derecho de la Unión muy en particular. Dicho abruptamente, la CDF no es que en estos casos tenga valor interpretativo sino que es de aplicación directa.

No obstante lo anterior, TC catalogará a los derechos fundamentales como quiera que tengan vigencia en el ordenamiento de la UE, como obligado auxilio interpretativo en el amparo de los derechos, de forma no muy distinta al modo de incorporar la jurisprudencia del TEDH. La declaración 1/2004 lo hace así de forma tajante. El 10.2 C.E despejaría cualquier dificultad a la hora de cohonestar las dos series de derechos: “el Tratado asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro Ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE” (FJ 7).

3. Dos intentos de evolución jurisprudencial en definitiva frustrados

En dos ocasiones separadas en el tiempo se ha podido identificar un intento de mover los cimientos de los anteriores planteamientos. Son suficientemente conocidos, por lo que bastará traerlos a colación. El primero viene constituido por el Auto de 2012 por el que el TC toma la iniciativa hasta entonces inédita de elevar una cuestión prejudicial²⁸. El auto no puede entenderse si no es como reconocimiento de la condición del TC como tribunal de la Unión en el sentido del art. 267 TFUE. La frustración del intento resulta patente a

²⁷ SÁIZ ARNÁIZ, A., “Art. 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en, CASAS BAAMONDE, M. E./RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. (eds.), “Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario”. Wolters Kluwer, 2008, pp. 193-208.

²⁸ ATC 86/2012, de ... “este tribunal reúne los requisitos exigidos por el art. 267 TFUE, en la medida en que es un “órgano jurisdiccional” en el sentido de dicho precepto... FJ 4e.

la vista del alcance puramente interpretativo (*ex art. 10.2 CE*) que el Tribunal otorga a la sentencia del TJUE²⁹. El segundo, quizá menos evidente, es el que resulta del modo de argumentar intentado por el TC en toda una primera parte de la STC 89/2022, también acompañada de un voto particular³⁰. En una primera parte parece que va a controlar la sentencia de la jurisdicción ordinaria en su respeto al derecho de la Unión, en la segunda termina operando con el 10.2 CE. en los términos más clásicos³¹.

Recapitulando lo que precede, cabe concluir como se comenzaba este apartado: el TC continúa considerándose facultado para entender de los recursos de amparo relativos a situaciones regidas por el Derecho de la Unión con el parámetro propio de la Constitución nacional, en una actitud de evidente tensión con la jurisprudencia del TJUE. Esta situación aparece como difícilmente sostenible: hay supuestos, que el TC parece no querer ver, en las que carece de competencia para aplicar los derechos constitucionales, con riesgo de situar a España ante la experiencia de un recurso por incumplimiento en términos parecidos al dirigido exitosamente por la Comisión Europea frente a Francia³².

III MANERAS DE SALIR DEL *IMPASSE*

Hay varias maneras de salir del *impasse* en el que, por todo lo que precede, se encuentra nuestra jurisdicción constitucional de amparo. En primer lugar, procede insistir en que la problemática que aquí se aborda se ciñe a la jurisdicción constitucional de amparo, de tal modo que se está dejando de lado la jurisdicción de control de normas, es decir, los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. La razón de esta restricción no reside evidentemente en que la cuestión no se plantee también en esta vertiente de la jurisdicción constitucional sino, de forma más pragmática, en que obligaría a introducir una serie de factores que excederían la dimensión de esta contribución.

²⁹ Con los conocidos votos particulares de las Magistradas Asúa y Roca.

³⁰ ALONSO GARCÍA, R., “El TC y el derecho al olvido ¿allanando un camino ‘a la alemana’ de la CDFUE como parámetro directo del amparo?, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 82 2022, pp. 9-15.

³¹ CRUZ VILLALÓN, P., “De la persistencia de un viejo dictum: la STC 89/2022, en contexto”, en: Fromage, d. (ed.), “Jacques Ziller, a European Scholar”. Florencia, European University Institute, 2022, pp. 230-241.

³² Sentencia de 4 de diciembre de 2018, *Comisión Europea contra República Francesa* (C-416/17).

En segundo lugar, interesa recordar la falta de correspondencia entre el contenido sustantivo de la CDF y el ámbito de la jurisdicción constitucional de amparo: Los derechos fundamentales que se benefician del recurso de amparo constitucional encuentran correspondencia en el contenido sustantivo de la CDF, pero no ocurre lo mismo a la inversa: el contenido de la CDF rebasa con mucho el ámbito de esta jurisdicción de amparo. Esto exige contraer el problema a los supuestos en los que está en juego un contenido sustantivo de la CDF que encuentra correspondencia con alguno de los derechos susceptibles de amparo constitucional (art. 53.2 C.E.): siempre conscientes de que esa correspondencia no será normalmente absoluta.

Dicho lo anterior, aun conviene identificar un par de premisas que se proyectan sobre las diferentes maneras de salir del impasse. La primera sería el reconocimiento de que hoy día hay una serie de materias relativas a los derechos fundamentales en las que el Tribunal Constitucional no puede decidir por sí y ante sí, ni aún con el auxilio del mandato interpretativo derivado del art. 10.2 C.E. Esto es algo que ya estaba implícito en el auto de 2012 de elevación de la cuestión prejudicial en el asunto Melloni. Ya se han señalado a efectos ilustrativos el caso de la euroorden y el del derecho al olvido. La segunda premisa es el abandono del recurso al 10.2 C.E. como alternativa a la aplicación directa del Derecho de la UE y por tanto de un enfoque particularmente arraigado en la jurisprudencia constitucional española. Sencillamente porque, como se ha señalado, el Derecho de la Unión no viene a auxiliar la interpretación del Derecho nacional, sino a sustituirlo.

1. Primera opción: un Tribunal para la Constitución³³, a ultranza

La fidelidad al diseño original de la jurisdicción constitucional como orden jurisdiccional singular podría en primer lugar llevar a limitar el parámetro del amparo a los derechos fundamentales susceptibles de este remedio judicial tal como se enuncian en la Constitución nacional, con la jurisdicción constitucional nacional como intérprete supremo de los mismos. Ahora bien, esta opción para serlo realmente implica renunciar a conocer de las demandas de amparo dirigidas a actos de los poderes públicos nacionales

³³ Con el permiso de MIGUEL BELTRÁN Y DE DANIEL SARMIENTO: “Un Tribunal para la Constitución”, Madrid, Colegio de Registradores, 2017.

que traen causa del Derecho de la Unión. Lo cual implica el abandono del pronunciamiento expreso ya en la citada STC 64/91, FJ 4. Esto equivale, expresado en términos alemanes, el paso de la vigente situación *Solange I* a la situación *Solange II* (doctrina de las responsabilidades separadas). En lo sucesivo, y consiguientemente, el amparo frente a las diversas manifestaciones del poder público nacional en ejecución del Derecho de la Unión pasaría a ser en primer lugar responsabilidad de la jurisdicción ordinaria como si de cualquier otra materia se tratara, y siempre como órgano judicial afectado por la facultad o en su caso deber de plantear una cuestión prejudicial.

Esta opción es perfectamente legítima, tanto desde la perspectiva del Derecho de la Unión como desde la de la Constitución nacional: de una parte, se acata el mandato del art. 51. 1 CDF en su interpretación extensiva por el TJUE. Por otra, la jurisdicción constitucional nacional se adapta a las exigencias de la condición de España como Estado miembro de la UE, con fundamento en el art. 93 C.E.

Por lo demás, en este ámbito sería perfectamente legítimo seguir operando con la CDF en el *modo* interpretación conforme (art. 10.2 CE), al igual que lo ha estado haciendo hasta ahora, pero sólo en este ámbito.

Hay desde luego un problema, que es de diseño de las responsabilidades respectivas de la Unión y del Estado miembro en la materia. Y es que esta opción sólo es asumible para un Estado miembro con jurisdicción constitucional de amparo en la medida en que la pérdida del ámbito de aplicación de la Constitución es tangencial. Tras la doctrina *Åkerberg* esta opción tiene algo de numantina, como pone en evidencia el giro de alemanes y austriacos. La jurisdicción de amparo sería una competencia residual o por defecto, tanto más teniendo en cuenta que hasta el presente es el *acquis communautaire* el que crece y el fondo de soberanía de los Estados miembros el que retrocede.

El coste, por tanto, es una pérdida de presencia del TC. Habría una serie de situaciones de derechos fundamentales que se ventilarían entre la jurisdicción nacional ordinaria y el TJUE, sin que la jurisdicción nacional tuviera nada que decir al respecto. Porque, además, se trata de una pérdida que vendría a sumarse a otra no menos importante, la de la pérdida del monopolio de rechazo de la ley parlamentaria contraria a la Constitución, como ha

sido puesto reiteradamente de manifiesto³⁴. En definitiva, esta opción, en sí misma inobjetable, llega demasiado tarde. Lo que se pudo haber dicho en 1986, apenas situada España en su condición de Estado miembro y en la estela de *Karlsruhe*, resulta hoy un escenario escasamente realista.

2. Segunda opción: el recurso a ultranza al derecho a la tutela judicial (art. 24.1 C.E)

Una segunda opción en orden a salir del impasse sería la de llevar al extremo la línea jurisprudencial ya apuntada dirigida a hacer efectivo el diseño de la cuestión prejudicial asimilando su incumplimiento a una lesión de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.). En este caso se trataría de controlar como contenido garantizado por el art. 24.1 C.E. el modo como la jurisdicción ordinaria, en cuanto jurisdicción de la UE, aplica la CDF, particularmente en la interpretación dada por el TJUE. Se asistiría así a una especie de simbiosis del amparo constitucional con la garantía de los derechos correspondientes de la CDF.

Ya se ha indicado cómo el expediente de extender el amparo de la tutela judicial a extremos que van más allá del derecho al acceso al proceso en igualdad de armas, etc. tiene profunda raigambre. En este sentido, la idea arriba indicada de *colgar* de la tutela judicial el control de la jurisdicción ordinaria en lo que hace a su modo de aplicar la CDF no sería más que una prolongación de toda la línea jurisprudencial dirigida a dotar de contenido material al derecho de acceso al juez ordinario predeterminado por la ley.

Con arreglo a la lectura que he propuesto hacer de la STC 89/2022³⁵, toda la primera mitad de sus fundamentos jurídicos responde a este esquema: el TC controla el acatamiento por la jurisdicción ordinaria del contenido del llamado derecho al olvido tal como éste es interpretado por el TJUE vía art. 24.1 C.E., sin perjuicio de concluir enfocando el amparo con el instrumento del art. 10.2 C.E. En la misma línea ha ido la posición expresada en el voto particular con cuya cita arrancan estas páginas: el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ampararía el derecho al respeto de los principios

³⁴ REQUEJO PAGÉS, J.L., “The Decline of the Traditional Model of European Constitutional Adjudication”, en BOGDANDY, A.V./HUBER, P.M./GRABENWARTER, Chr. (eds.), *Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, OUP, Oxford, 2023, pp. 613-649.

³⁵ CRUZ VILLALÓN, P., “De la persistencia de un viejo dictum: la STC 89/2022, en contexto”, en: Fromage, d. (ed.), “Jacques Ziller, a European Scholar”. Florencia, European University Institute, 2022, pp. 230-241.

del derecho de la Unión, en este caso el de efectividad, a la hora de interpretar el derecho nacional.

En sí misma, esta opción sería ciertamente una forma de salir del *impasse*. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión sería una opción plenamente admisible. La situación interna vendría regida por la CDF y eso sería desde dicha perspectiva lo único importante. Desde el punto de vista del ordenamiento nacional la respuesta habría de ser más matizada. Ciertamente, el TC es el supremo intérprete de la Constitución, de tal modo que ninguna instancia interna podría negarle el derecho a interpretar de esta manera el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero no es descabellado pensar que por esa vía se estuviera avanzando de forma difícil de justificar en la *desnaturalización* de una idea compartida de lo que encierra el derecho de acceso al proceso.

Más serio es el segundo problema que presenta esta opción. Sencillamente, resulta imposible comprobar la corrección de la interpretación que la jurisdicción ordinaria lleva a cabo del Derecho de la Unión sin situarse en la posición de tribunal nacional que aplica este Derecho, con la inevitable consecuencia de verse afectado por el deber de plantear una cuestión prejudicial. Esto es algo que ya está apareciendo en el control del deber de plantear la cuestión prejudicial, o en la garantía general del deber de atenerse al derecho de la Unión tal como interpretado por el TJ. Pero ahora de manera mucho más intensa. Y sin la posibilidad de efectuar el quiebro de esa sentencia, convocando al derecho reconocido en la Constitución nacional. En resumen esta segunda opción tiene algo de espuria, pero tendría con todo una ventaja táctica: permitiría transitar con suavidad hacia la tercera de las opciones. El intento, aun frustrado, de la reiterada STC 89/2022³⁶ lo pondría de manifiesto.

3. Tercera opción: el alineamiento con Karlsruhe y Viena

Por último cabría la opción de alinearse con el tribunal alemán y el austriaco, extendiendo la jurisdicción de amparo a los derechos de la CDF cuando guarden correspondencia con los derechos constitucionales. Procediendo así, el TC mantendría materialmente, como hasta ahora, su presencia en el amparo de los derechos, si bien funcionalmente con el

³⁶ CRUZ VILLALÓN, P., “De la persistencia de un viejo dictum: la STC 89/2022, en contexto”, en: Fromage, d. (ed.), “Jacques Ziller, a European Scholar”. Florencia, European University Institute, 2022, pp. 230-241.

evidente coste de no ser tribunal de última palabra. En este sentido, hay que tener en cuenta que el objetivo es evitar que decaiga este remedio judicial, de tal modo que no tiene sentido plantearse una extensión del amparo a la CDF en su conjunto.

Las ventajas de esta opción son muchas. Ante todo, los justiciables podrían continuar aspirando a una resolución de fondo por parte del tribunal, todo esto desde luego siendo conscientes del alto grado de *objetivación* alcanzado por esta jurisdicción (interés constitucional del asunto). De este modo, el fenómeno de la migración de los derechos fundamentales desde los Estados hacia la Unión no tendría lugar a costa de los instrumentos de garantía jurisdiccional de los mismos. Ahora bien, no puede olvidarse la circunstancia de que el derecho nacional podría recuperar su presencia en esta jurisdicción europeizada de amparo por la vía de las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros incorporadas a la CDF (art. 52.4 CDF)³⁷. Por último, el TC evitaría verse *cortocircuitado* por la jurisdicción ordinaria, quedándose limitado a presenciar, como un testigo mudo, cómo se desarrolla un importante coloquio entre dicha jurisdicción y el TJUE.

¿Cómo podría esta evolución tener lugar? Hay varias maneras posibles.

Hay que comenzar teniendo en cuenta que en la práctica pueden darse dos situaciones: o bien el TC no dejaría de admitir una demanda de amparo porque ésta se fundase en la CDF (caso de la doctrina austriaca de 2012) o, alternativamente, transformaría de oficio la invocación de un derecho constitucional en el equivalente de la CDF (caso de la jurisprudencia alemana de 2019).

Respecto del modo de introducir el giro en la configuración de la jurisdicción de amparo, sería perfectamente posible que, en lugar de operarse esta evolución por vía jurisprudencial, como en los casos alemán y austriaco, el cambio se produjera por vía legislativa³⁸. En el caso de España, la Constitución permite, como es sabido, ampliar las competencias del TC mediante ley orgánica, habiéndose hecho así en repetidas

³⁷ CRUZ VILLALÓN, P., “Bemerkungen zu Begriff und Funktion der Verfassung des EU-Mitgliedstaates”, en, Festschrift für Franz Merli zum 70. Geburtstag, 2023, pp. 9-21 (en prensa).

³⁸ En este sentido CRUZ VILLALÓN, P., “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, en, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 25, 2021, pp. 57-85.

ocasiones³⁹. La cuestión sería si la ampliación del canon del amparo tendría el carácter de una ampliación de las competencias del tribunal, o bien más sencillamente el de un cambio en la redacción de la Ley Orgánica.

En esta última tesitura, y a modo de simple tentativa, cabría imaginar un art. 54 *bis* LOTC de éste o semejante tenor: “En los supuestos en los que el amparo se dirija frente a una disposición o acto de los poderes públicos nacionales dictado en ejecución del Derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional, en la condición de juez del Derecho de la Unión, le dará respuesta con arreglo al contenido declarado del correspondiente derecho fundamental en el Derecho de la Unión. El Tribunal no inadmitirá la demanda por la circunstancia de haberse invocado directamente la oportuna disposición del Derecho de la Unión”.

Dicho lo cual, veo alternativamente justificado un cambio de jurisprudencia dirigida a un alineamiento con los tribunales alemán y austriaco. Precisamente este último recurrió a la consolidada jurisprudencia del TJUE⁴⁰, que reclama el mismo grado de efectividad para el derecho de la Unión que para el derecho interno ante los tribunales nacionales⁴¹. En esta línea, el ordenamiento del Estado miembro no podría privar a los correspondientes derechos de la CDF el amparo que otorga a sus propios derechos fundamentales. De forma similar, se podría decir aquí que los derechos de la Carta no podrían tener menos protección o garantía jurisdiccional que los de los artículos 14 a 29 de nuestra Constitución. En términos dialécticos se podría alternativamente hablar de un “reverse *Rewe*”, devolviendo el argumento a la Unión⁴²: del mismo modo que la Unión exige igual protección para su Derecho en general, los Estados estarían legitimados para exigir que sus derechos fundamentales no sufran menoscabo alguno, desde luego no de tipo procesal⁴³, con ocasión de su migración a la UE: y ya que la Unión no dispensa una

³⁹ Así, entre otras, L.O. 7/1999, de 21 de abril; L.O. 6/2007, de 24 de mayo.

⁴⁰ Puntos 27-29.

⁴¹ PRECHAL, S., “Redefining the Relationship between *Rewe*-effectiveness and Effective Judicial Protection, en, *Review of European Administrative Law*, 4 (2011), pp. 31-50.

⁴² Con permiso de ARMIN VON BOGDANDY Y LUKE SPIEKER, “Reverse Solange 2.0: Die Durchsetzung europäischer Werte und die unions- und strafrechtliche Verantwortung nationaler Richter“, *Europarecht*, 55 (2020), 3, pp. 301-332.

⁴³ Y en línea de principio tampoco de carácter sustantivo. Ver sin embargo, evidentemente, *Melloni*.

protección jurisdiccional de la misma calidad⁴⁴, serían los Estados los llamados a preservar dicho nivel.

¿Cuál es el inconveniente de esta opción? Seguramente uno sólo: la pérdida ocasional del derecho a la última palabra en materia de derechos fundamentales. No es que esto sea algo inédito para nuestra jurisdicción constitucional de amparo, sometida desde el primer día al sistema del TEDH. Pero ahora no se trataría de un control *externo* por parte de un tribunal internacional de derechos humanos y libertades públicas. Ahora se trataría de integrarse, no sólo de palabra y coyunturalmente, en la condición funcional de órgano jurisdiccional de una comunidad supranacional, lo que es más serio: Y en la arquitectura jurisdiccional de esa comunidad supranacional, fungiría como una pieza más, alineada al menos teóricamente con el resto de las piezas notablemente en lo que al deber de plantear una cuestión prejudicial se refiere.

IV. CONCLUSIÓN

Cabría resumir todo lo que precede en las dos proposiciones siguientes. La primera es que parece llegada la hora de que el TC abandone en su jurisdicción de amparo el recurso al art. 10.2 C.E. como forma de incorporar en su jurisprudencia la CDF cada vez que se sitúa ante una norma o disposición interna regida acabadamente por el derecho de la UE. La segunda es que parece también llegada la hora de ampliar la competencia la jurisdicción de amparo a los derechos de la CDF correspondientes al ámbito del amparo constitucional. En otras palabras, cuando se trate de un amparo frente a actos o disposiciones de los poderes públicos nacionales en materias enteramente regidas por el Derecho de la Unión, en los que en principio hubieran sido invocables los derechos susceptibles de amparo, el TC debería mantener su jurisdicción pero actuando como juez del Derecho de la Unión, con todas sus consecuencias. Ahora bien, más allá de las consecuencias prácticas de una evolución jurisprudencial como la que aquí se propone,

⁴⁴ CRUZ VILLALÓN, P., “Sobre la ‘especial responsabilidad’ del Tribunal de Justicia en la aplicación de la Carta de Derechos fundamentales”, en, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (año 24, nº 66 (2020), pp. 363-384.

(*) Las ponencias de Juan Antonio Xiol y Xabier Arzoz presentadas en el Seminario 103 de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, celebrado el pasado 26 de octubre bajo el epígrafe “La Carta de Derechos Fundamentales como canon del recurso de amparo” me han puesto oportunamente sobre aviso respecto de algunos de los extremos aquí finalmente expuestos. Mi consiguiente gratitud se extiende a las observaciones de Francisco Caamaño formuladas en la misma ocasión: con el habitual descargo de responsabilidad.

la misma tendría un valor añadido no desdeñable: el de la normalización de la condición del TC en tanto que órgano jurisdiccional que incorpora a su tarea el Derecho a la UE cada vez que ello naturalmente se impone.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R., “El TC y el derecho al olvido ¿allanando un camino ‘a la alemana’ de la CDFUE como parámetro directo del amparo?, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 82 2022, pp. 9-15.
- ARZOZ, X., “Avoiding the rain or learning to dance in it: the hesitations of the Spanish Constitutional Court”, Preprint No.1/23 Preprint Series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2023.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Transformaciones Judiciales. Karlsruhe y los derechos fundamentales de la Unión Europea”, Madrid, CEPC, 2022.
- BELTRÁN, M./SARMIENTO, D. (coord.), “Un Tribunal para la Constitución”, Madrid, Colegio de Registradores, 2017.
- BOGDANDY, A.V./HUBER, P.M./GRABENWARTER, Chr., “Constitutional Adjudication. Common Themes and Challenges”, Oxford, OUP, 2023.
- BOGDANDY, A. V./SPIEKER, L. D., “Reverse Solange 2.0 : Die Durchsetzung europäischer Werte und die unions- und strafrechtliche Verantwortung nationaler Richter“, *Europarecht*, 55 (2020), 3, pp. 301-332.
- CLAVERO, B., “Los derechos y los jueces”, Madrid, Civitas, 1988.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Still on Constitutional Courts at the Rescue of their Mandate”, en, Donath, B.P./Heger, A./Malkmus, M./Bayrak, O. (eds.), “Der Schutz des Individuums durch das Recht. Festschrift für Rainer Hofmann zum 70. Geburtstag”, Springer, 2023, pp. 907-918.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Bemerkungen zu Begriff und Funktion der Verfassung des EU-Mitgliedstaates“, en, Festschrift für Franz Merli zum 70. Geburtstag, 2023, pp. 9-21 (en prensa)
- CRUZ VILLALÓN, P., “De la persistencia de un viejo *dictum*: la STC 89/2022, en contexto”, en: Fromage, d. (ed.), “Jacques Ziller, a European Scholar”. Florencia, European University Institute, 2022, pp. 230-241.
- CRUZ VILLALÓN, P., “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, en, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25, 2021, pp. 57-85.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Sobre la ‘especial responsabilidad’ del Tribunal de Justicia en la aplicación de la Carta de Derechos fundamentales2, en, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (año 24(, nº 66 (2020), pp. 363-384.
- CRUZ VILLALÓN, P./Requejo Pagés, J.L., “La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad2, en, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19, nº 50 (2015), pp. 173-194.
- CRUZ VILLALÓN, P., “‘All the guidance’, ERT und Wachauf”, en, Poiares Maduro, M./Azoulai, L. (eds.), *The Past and Present of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, pp. 162-170.
- HALTERN, U., *Europarecht. Dogmatik im Kontext*, 2º ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2007, pp. 491-598.
- HOFMANN, R./HEGER, A., „Zur neuen Grundrechte-architektur im europäischen Mehrebenensystem“. En, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 48, 1-11.

- LÜBBE-WOLFF, G., „Beratungskulturen. Wie Verfassungsgerichte arbeiten, und wovon es abhängt, ob sie integrieren oder polarisieren“. Berlin, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2022.
- MERLI, F., “Die Konstitutionalisierung der EU-Grundrechte: Das österreichische Beispiel“, en, Donath, B.P./Heger, A./Malkmus, M./Bayrak, O. (eds.), “Der Schutz des Individuums durch das Recht. Festschrift für Rainer Hofmann zum 70. Geburtstag”, Springer, 2023, pp. 873-886.
- OLIVER ARAUJO, J., “El recurso de amparo”, Palma de Mallorca, Publicaciones Facultad de Derecho, 1987.
- PARIS, D., “The Impact of EU Law and the ECHR on National Constitutional Adjudication in the European Legal Space”, en, Bogdandy, A.v./Huber, P.M./Grabenwarter, Chr. (eds.), Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges, OUP, Oxford, 2023, pp. 477-494.
- PÉREZ NIETO, R., Art. 24.1. “Tutela Judicial Efectiva y Jurisdicción Administrativa”, en...593-631.
- PRECHAL, S., “Redefining the Relationship between Rewe-effectiveness and Effective Judicial Protection, en, *Review of European Administrative Law*, 4 (2011), pp. 31-50.
- REQUEJO PAGÉS, J.L., “The Decline of the Traditional Model of European Constitutional Adjudication”, en, Bogdandy, A.v./Huber, P.M./Grabenwarter, Chr. (eds.), Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges, OUP, Oxford, 2023, pp. 613-649.
- SÁIZ ARNÁIZ, A., “Art. 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en, Casas Baamonde, M. E./Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (eds.), “Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario”. Wolters Kluwer, 2008, pp. 193-208.
- SARMIENTO, D., “El Derecho de la Unión Europea”. 4ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2022.
- VASEK, M., “Constitutional Jurisdiction and Protection of Fundamental Rights in Europe”, en, BOGDANDY, A.V./HUBER, P.M./GRABENWARTER, Chr. (eds.), Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges, OUP, Oxford, 2023, pp. 325-381.
- VISSER, Maartje de, “Comparative Review in Europe. A Comparative Analysis”, Hart, 2014.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal* (C-107/77)
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos* (C-26/62).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 4 de octubre de 2018, C-417/16, *Comisión Europea contra República Francesa* (C-417-16).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Stefano Melloni y Ministerio Fiscal* (C-399/11).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Aklaren y Hans Åkerberg Fransson* (C-617/10).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa/ENEL* (C-6/64)
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 11 de septiembre de 2014, *A y B y otros* (C-112/13)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 91/2000, de 30 de marzo (*Domenico Paviglianiti*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 89/2022 (*derecho al olvido*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 64/91, de 22 de marzo (*reparto de cuotas de pesca*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 37/2019, de 26 de marzo (*bono social*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 31/2019, de 28 de febrero (*inadmisión incidente de nulidad*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 28/91, de 14 de febrero (*elecciones al Parlamento Europeo*)

- Tribunal Constitucional, Sentencia 26/2014 (*Stefano Melloni*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 23/88, de 28 de febrero (*derecho al sistema de fuentes*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 151/2022, de 30 de noviembre (*cómputo de plazo procesal*)
- Tribunal Constitucional, Declaración 1/1992, de 1 de julio (*Maastricht*)
- Tribunal Constitucional, 1/2004, de 13 de diciembre (*Tratado constitucional*)
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia de la Sala Primera de 6 de noviembre de 2019 BVerfGE 152, 216 (*Derecho al olvido II*)
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia de la Sala Segunda de 1 de diciembre de 2020, BVerfGE 156, 182 (*Euroorden III*)
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia de 29 de mayo de 1974, BverfGE 37/271 (*Solange I*).
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia de 22 de octubre de 1986, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*).
- Tribunal Constitucional de Austria), Sentencia de 14 de marzo de 2012, U 466/11-18.
- Tribunal Constitucionanl Auto 86/2011, de 9 de junio (*Stefano Melloni*)
- Sentencia de la Sala Primera, de 6 de noviembre de 2019, BVerfGE 152, 152 (*Derecho al olvido I*).





**UNIVERSIDAD
DE MURCIA**

<http://revistas.um.es/analesderecho>

**ANALES
de
DERECHO**

**THE BAN ON COLLECTIVE EXPULSIONS AND THE
BETRAYAL OF THE UNION'S LEGAL SYSTEM AT
ITS EXTERNAL BORDERS**

BERNARDO CORTESE

Full Professor at University of Padova

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU

TEULP 



The Ban on Collective Expulsions and the Betrayal of the Union's Legal System at its External Borders

Abstract

The paper looks into the current state of health of the European Union's legal order, using as a litmus test the functioning of the system of judicial protection in a specific area of the area of freedom, security and justice: the control of the Union's external borders. In this perspective, the paper explores why the prohibition of collective expulsions enunciated in Article 19 § 1 of the Charter does not seem to play any role in the case law of the Court of Justice, despite the increasingly worrying practice of informal pushbacks by Member States and the consequent development of significant case law of the European Court of Human Rights on the corresponding prohibition in Article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention. Through the analysis of those phenomena, the study highlights a heavy contradiction of the fundamental equations on which the Union's order is or ought to be based, finally suggesting some possible reform.

Palabras clave: *collective expulsions; external borders; AFSJ; effective judicial protection; Charter of Fundamental Rights of the European Union;*

“La prohibición de las expulsiones colectivas y la corrupción del ordenamiento jurídico de la Unión en sus fronteras exteriores”

Resumen

El estudio cuestiona la salud del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, utilizando como tornasol el funcionamiento del sistema de tutela judicial en un ámbito específico del espacio de libertad, seguridad y justicia: el control de las fronteras exteriores de la Unión. En este contexto, el trabajo indaga por qué la prohibición de las expulsiones colectivas enunciada en el artículo 19 § 1 de la Carta no parece desempeñar ningún papel en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a pesar de la práctica cada vez más preocupante de las expulsiones informales por parte de los Estados miembros y del consiguiente desarrollo de una importante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición correspondiente del artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo. A través del análisis de estos fenómenos, el estudio pone de manifiesto una fuerte contradicción de las ecuaciones fundamentales en las que se basa o debería basarse el ordenamiento de la Unión, sugiriendo finalmente algunas posibles reformas.

Palabras clave: *expulsiones colectivas; tutela judicial efectiva; ELSJ; fronteras exteriores; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*



SUMMARY¹: I. FOREWORD. II. SETTING OUT THE CARTESIAN COORDINATES: THE EFFECTIVENESS OF THE EU LEGAL ORDER AS AN INTER-INDIVIDUAL ORDER CAPABLE OF GUARANTEEING FUNDAMENTAL RIGHTS 1. Three Fundamental Equations Defining the EU Legal System as an Interindividual Legal Order. 2. A Fourth Equation: Ensuring the Effectiveness of the System through an External Guarantee. III. THE EU'S EXTERNAL BORDER: AN AREA ... WITHOUT JUSTICE? 1. The Practice of the Member States: Pushbacks, Fences, State of Emergency. 2. The Case Law of the European Court of Human Rights on Violations of Article 4 Protocol 4 by EU Member States. 3. The Absence of Article 19 § 1 Charter from the ECJ Case Law. 4. The Breach of the Fundamental Equations. III. PROPOSALS FOR REFORM. 1. A Special Direct Action to be Introduced in the Treaties. 2. Attributing Strong Decision-Making Powers to FRA. 3. De-Politicising the Infringement Procedure through a Modification of Organisational Practices and of the Rules of the Commission.

I. FOREWORD

In this paper I will develop some thoughts on the state of health of the European Union's legal system, using as a litmus test the functioning of the system of judicial protection in a specific field of the area of freedom, security and justice: the control of the Union's external borders.

I will try to understand why the prohibition of collective expulsions enshrined in Article 19 § 1 of the Charter does not seem to play any role in the case-law of the Court of Justice, despite the increasingly worrying practice of informal *pushbacks* by Member States and the development of a significant body of case-law by the European Court of Human Rights on the corresponding prohibition laid down in Article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention. As a result, I will point to a major flaw in the fundamental equations on which the Union's legal system rests, and finally suggest some possible reforms.

II. SETTING OUT THE CARTESIAN COORDINATES: THE EFFECTIVENESS OF THE EU LEGAL ORDER AS AN INTER-INDIVIDUAL ORDER CAPABLE OF GUARANTEEING FUNDAMENTAL RIGHTS

Let us begin, then, by setting out some basic features that are capable of sketching out the essence of the European Union legal system as an *interindividual* order – namely that

¹ This article has been realized on the context of the Jean Monnet Chair on The Transformative Power of European Union Law (TEULP), research funded by the European Commission (Project: 101047458 - TEULP - ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH) and led by Juan Jorge Piernas López, Professor at the Faculty of Law of the University of Murcia.

kind of “new legal order [...] for the benefit of which the States have limited their sovereign rights”, and “the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals”, according to the well-known formula used by the Court in *van Gend en Loos*².

Now, the very existence and, ultimately, the effectiveness³ of such a legal order are based on a series of fundamental legal equations. These are both structural, because they relate to the structure of that system and its mechanics, and substantive, because they relate to the quality of the law forming it or, rather, of the individual rights that can be enjoyed within that system.

1. Three Fundamental Equations Defining the EU Legal System as an Interindividual Legal Order.

According to the first of these basic equations, the obligations assumed by the Member States as a result of their participation in the Union are matched by corresponding rights of individuals, which can be enforced even against conflicting national provisions, in so far as the conditions for the direct effect of the relevant rules are satisfied⁴

A second consequential equation follows, whereby the effectiveness of that new legal system rests in large part on the national courts’ role as ordinary courts of EU law, which is secured by the interaction between them and the Court of Justice through the preliminary ruling procedure⁵.

So far, we are referring to structural features of the legal order, all of which bear no relation to the quality of the rights guaranteed to individuals within that system of law.

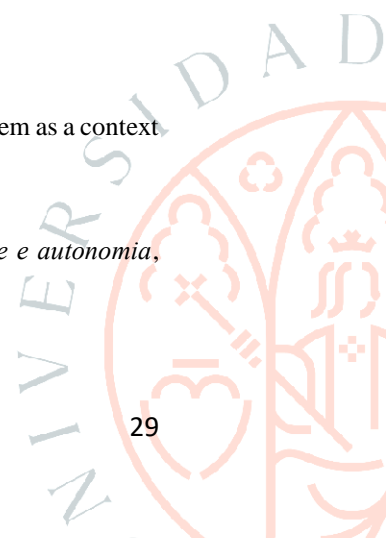
A third fundamental equation exists, though, which is first and foremost substantive, since it concerns the quality of the relevant individual rights, but it is as much a structural one. It consists in the EU legal system's ability to protect the fundamental rights of the

² Case 26/62, *van Gend en Loos*, ECR 1963, p. 12.

³ Understood as a factual outcome: namely, the effective affirmation of the Union's legal system as a context of supranational form of government.

⁴ Case 26/62, *van Gend en Loos*, cit., and case 6/64, *Costa v. ENEL*, ECR 1964, p. 593 f.

⁵ CORTESE, B., *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostruzione, collaborazione e autonomia*, Turin, 2018, p. 91 ff., 167 ff.



individual - which are guaranteed in the first place as general principles of EU law, and codified in the Charter⁶ - and to do so by providing the conditions for effective access to justice, in a multi-layered system of judicial guarantees. Such a system provides the individual with a remedy, albeit at different levels, against violations committed both by EU institutions and Member States. In particular, the judicial control over violations by Member States committed within the “shadow” of Union law⁷ is performed within a decentralised judicial system, with the courts of the Member States as key players, coordinated by the Court of Justice through the preliminary reference. The unity of that system of protection, and its crucial role in the overall design of the Union's legal order, lead the Court to affirm its necessary autonomy from competing systems of protection in the same spatial and personal scope⁸. This character is of such fundamental importance to the Court that it has generated, as is well known, a stalemate in the process of the Union's accession to the European Convention on Human Rights and, consequently, in the relations between the two European systems of protection of fundamental rights and, consequently, in the relations between the two European systems of fundamental rights protection⁹.

The joint operation of these fundamental equations - the first two consisting of a series of structural, or formal assumptions, the third jointly substantial and formal - leads to a picture in which, at least in principle, the European Union's interindividual legal order is established as a *unicum*, in which individual rights of EU origin, and in particular

⁶ Cf. CORTESE, B., “Carta, CEDU e Costituzioni nazionali: un processo di codificazione tra autonomia, autoipotesi e international collaborative law”, in ANNONI, A., FORLATI, S., SALERNO, F., eds., *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Naples, 2019, pp. 457-506; in that same volume ADINOLFI, A., “La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati”, *ibid.*, pp. 553-589.

⁷ LENAERTS, K., “The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation”, in KRONENBERGER, V., D'ALESSIO, M.T., PLACCO, V., eds., *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Hommage en l'honneur de P. Mengozzi*, Brussels, 2013, pp. 107-143, p. 117.

⁸ See LENAERTS, K., “The Autonomy of European Union Law”, *Il diritto dell'Unione europea*, No. 4, 2018, pp. 617-632, p. 620 f.

⁹ On the rearrangement of those relations cf. again CORTESE, B., “Carta, CEDU e Costituzioni nazionali...”, *cit.*, esp. p. 473 ff., 482 ff., 490 ff.

fundamental rights, are effectively (as they are immediately and directly) protected in a supra-national dimension¹⁰ .

2. A Fourth Equation: Ensuring the Effectiveness of the System through an External Guarantee.

Precisely because the legal integration in the European Union takes place within a framework that is based upon its Member States' maintaining their sovereignty, there is also a residual need for an external guarantee of compliance by Member States with their EU law obligations which at the same time ensures, indirectly, the corresponding rights of individuals¹¹ . The prevalent - though not exclusive and sometimes not sufficient - expression of such an external guarantee is the infringement procedure. This is a tool that is based on the international law dimension of the European process, because it is put in place at a level that does not directly involve the individual, but merely the international subjects framing the Union's domain, namely, the Union itself, with its separate subjectivity, and its Member States.

Lately, the importance of that external guarantee seems to have grown at a time when the values on which the Union is founded are put to a test. This has been the case in the face of the rule of law crisis experienced in some new Member States - and indeed with the open challenge raised in some of them to the very idea of a common inter-individual order capable of prevailing over the national ones. The sharpness of the infringement procedure became tangible when it was linked to the Court's (revolutionary)¹² power to pronounce *astreintes*¹³. The coupling of those two instruments, which were roundly used to contrast

¹⁰ QUADRI, R., "Intervento al Convegno di Studi sulla Politica Sociale della Comunità Economica Europea", *Diritto Internazionale*, 1959, now in QUADRI, R., *Scritti giuridici*, Milan, 1988, vol. III, pp. 13-19, p. 18.

¹¹ The coexistence and interrelationship of the two dimensions of European Union law, the interindividual and the international, are at the heart of Advocate General Tesouro's Opinion of November 28, 1995, Joined Cases C- 46/93 and C-48/97, *Brasserie du Pêcheur* and *Factortame*, esp. points 26 and 39: cf. EDWARDS, D., "The Contractual Foundation of Member States' Obligations to the Individual: Advocate General Tesouro's Opinion in *Brasserie du Pêcheur* and *Factortame*", in *Scritti in onore di Giuseppe Tesouro*, Naples, 2014, vol. II, pp. 993-1003.

¹² Cf. PRETE, L., SMOULDERS, B., "The Age of Maturity of Infringement Proceedings", *Common Market Law Review*, vol. 58, 2021, pp. 285-332, p. 313.

¹³ Inaugurated by ECJ, Order of the Court (Grand Chamber), November 20, 2017, C-441/17 R, *Commission v. Poland (Białowieża Forest)*.

the Polish “reforms” of the judiciary¹⁴, clearly expresses the Union's strong reaction to the challenging of the first of the fundamental equations of the Union's legal system evoked above.

Moreover, the Commission’s decision to invoke violations of the Charter¹⁵, as an additional characterization of the seriousness of measures that already in themselves constitute violations of Treaty rules or secondary legislation, has recently become quite clear. This happened first of all in the infringement procedures related to the rule of law crisis. There, we witnessed a significant change in practice between the action against Hungary for the *ad personam* constitutional reform removing the President of the Constitutional Court, which had been based on secondary law alone¹⁶, and those against Poland, in which Article 47 of the Charter becomes central, along with Article 19 TEU. Further, that choice has resurfaced in infringement proceedings against Hungary both in the area of asylum, where the relationship between secondary law and Article 18 of the Charter is direct and obvious¹⁷, as well as in other areas where the relationship between the national measure and the rights guaranteed by the Charter is at first sight less striking, and yet emerges because of the seriousness of the overall regression of the features of the domestic constitutional system¹⁸.

In so doing, the substantive dimension that lies at the heart of the third fundamental equation of the legal system is reinforced, too.

Taken as a whole, therefore, the infringement procedure has helped to reinforce from outside the EU’s system of inter-individual law, not allowing the fundamental equations

¹⁴ See ECJ, Order of the Vice President of the Court, October 27, 2021, Case C-204/21 R, *Commission v. Poland (disciplinary regime of judges)*.

¹⁵ See MORI, P., “L’uso della procedura d’infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali”, *Il diritto dell’Unione europea*, No. 2, 2018, pp. 363-376.

¹⁶ Judgment of the Court, Nov. 6, 2012, Case C286/12-, *Commission v. Hungary*.

¹⁷ ECJ (Grand Chamber), December 17, 2020, Case C-808/18, *Commission v. Hungary (Rösztke and Tompa transit zones)*, esp. para. 102; also ECJ (Grand Chamber), November 16, 2021, Case C-821/19, *Commission v. Hungary (incrimination of aid to asylum seekers)*, para. 132.

¹⁸ ECJ (Grand Chamber), June 18, 2020, Case C-78/18, *Commission v. Hungary (financial support to associations)*; ECJ (Grand Chamber), October 6, 2020, Case C-66/18, *Commission v. Hungary (higher education services)*.

on which it is based to be emptied of practical meaning by national drifts that are both authoritarian and chauvinistic.

It can then be said that the possibility for the Commission to bring infringement actions to counter, on the substantive side, the violation of the fundamental principles of the Union and profiting from the availability, on the procedural side, of instruments of great effectiveness and immediate impact on the choices of the domestic legislator such as injunctions and *astreintes*, constitutes a fourth fundamental equation of EU law. It is one that is external to the system of interindividual law, but can be used to secure the effectiveness of that system, as designed by the first three equations mentioned above.

That equation, however, depends on a significant variable. The Commission has full control of that procedure, and it uses it according to its own priorities - with varying degrees of intensity also as to the request or otherwise of interim measures and *astreintes* - as part of a discretionary exercise of its power of control over Member States.

This is not a perfect system. Yet the set of internal and external safeguards of the Union's interindividual order, expressed in the equations outlined above, nevertheless enables it to function at an adequate level, both in terms of its effectiveness and the substance of the guarantees it offers individuals.

III. THE EU'S EXTERNAL BORDER: AN AREA ... WITHOUT JUSTICE?

However, when one turns to the external borders of the Union and its area of freedom, security and justice, certainties seem to waver. Indeed, hastily glancing at the wording of Article 3(2) of the Treaty on European Union, we are left with a doubt: if the objective is to establish an “area of freedom, security and justice without *internal* frontiers” does that perhaps mean that freedom, security and justice ... end at the external borders?

It is obvious that from the point of view of legal hermeneutics this is just a *ballon d'essai*, since neither a textual nor a systematic reading of that provision would allow such a statement to be justified. It is obvious, in particular, that the prohibition of collective expulsions laid down in Article 19 § 1 of the Charter, and the protection in the event of removal, expulsion and extradition provided for in Article 19 § 2 must be regarded as an integral part of that freedom, security and justice at the *external* borders.

However, the basic approach adopted here is not that of understanding law as an abstract system. The attempt is rather to try and understand how law operates in its effectiveness, because effectiveness is at the very basis of the interindividual legal order we deal with. Unfortunately, in that dimension my intellectual provocation might no longer be one.

In fact, if we apply the fundamental equations that characterize its essence, whether or not the EU interindividual legal order extends to the external border of the Union as well depends on the existence of an effective judicial protection for individuals' rights proclaimed by the relevant legal provisions. Where this capacity weakens for structural reasons, an incisive reaction is needed to reinforce the effectiveness of the system from the outside, through a strict and forceful use of the infringement procedure.

Now, the practice of recent years sends worrying signals, highlighting a context in which, on the one hand, compliance with the prohibition of collective expulsions seems to be the least of Member States' concerns and, on the other hand, there's neither an effective judicial protection of individual guarantees nor any effective external reinforcement to thwart systematic violations thereof.

1. The Practice of the Member States: Pushbacks, Fences, State of Emergency.

Let us start, then, from the practice of the Member States, to see that the external borders of the Union are the scene of an increasingly rigid closure, in the form of mass pushbacks, militarization, construction of walls and other similar barriers, and criminalization of humanitarian activity carried out by civil society.

Mass pushbacks at land and sea borders are sadly topical at the external borders in Greece¹⁹, Croatia²⁰, Hungary²¹, Poland²² and other states²³. Those pushbacks have also been practiced in the past by Italy, with the measures that led to the well-known judgment

¹⁹ UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, *Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea*, UN doc. A/HRC/47/30 (2021), § 55.

²⁰ *Ibid.*, § 56.

²¹ *Ibid.*, § 80.

²² *Ibid.*, § 61.

²³ Which led to an official position statement by the United Nations High Commissioner for Refugees: *UNHCR Warns Asylum under Attack at Europe's Borders, Urges End to Pushbacks and Violence Against Refugees* (2021), accessible at <https://www.unhcr.org/news/press/2021/1/601121344/unhcr-warns-asylum-under-attack-europes-borders-urges-end-pushbacks-violence.html>.

of the European Court of Human Rights in the 2012 *Hirsi and Jamaa* case concerning interception on the high seas and mass pushbacks to Libya²⁴, and with those earlier addressed by the Court in the *Sharifi* case, consisting in automatic return to Greece of irregular immigrants, handed over to ferry captains with no guarantees whatsoever upon disembarkation at Adriatic ports²⁵.

“Anti-migrant” walls and barriers have long been a feature of the Spanish *enclaves* of Ceuta and Melilla in Africa. More recently, walls and barriers of that kind have come up in Hungary, on the border with Serbia, and in Poland, Latvia and Lithuania on the border with Belarus.

In both Hungary and Poland, moreover, we are witnessing widespread militarisation of part of the territory and a worrying tendency to criminalise those who assist migrants once they have entered that territory. And indeed, as for the criminalisation of humanitarian activity, besides the distinctive harshness of Hungarian and Polish authorities' actions, the trend is almost ubiquitous²⁶.

The internal borders themselves are in some cases managed as if they were... mere extensions of the external borders. Informal chain pushbacks are carried out from one internal border to the next, and finally lead to unchecked deportation beyond the external border. To the indifference of the mainstream media and public opinion, this is what is happening all the time at the eastern Italian border with Slovenia, as well as at the Austrian-Slovenian border, and onwards at the Slovenian-Croatian border, until the final pushback beyond the territory of the Union, in Bosnia-Herzegovina²⁷.

²⁴ See *infra*, note 28 and corresponding text.

²⁵ See *infra*, note 29 and corresponding text.

²⁶ See the summary contained in BAYER, J. BÁRD, P., VOSYLIUTE, L., LUK, N. C., *Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) in the European Union, A Comparative Study*, 2021, p. 52 f. The study, funded by the European Commission, is accessible on various platforms, including [ssrn.com](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4092013) (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4092013>). See also UN Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders, *Report - Refusing to Turn Away: Human Rights Defenders Working on the Rights of Refugees, Migrants and Asylum-Seekers*, UN doc. A/77/178, § 42 (2022).

²⁷ See the June 19, 2020 joint statement UN Special Rapporteur on Human Rights of Migrants, UN Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Croatia: Police Brutality in Migrant Pushback Operations Must Be Investigated and Sanctioned*, available at <https://www.ohchr.org/en/news/2020/06/croatia-police-brutality-migrant-pushback-operations-must-be-investigated-and>; see also the aforementioned UN SR HRM *Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea* (2021), § 56.

2. The Case Law of the European Court of Human Rights on Violations of Article 4 Protocol 4 by EU Member States.

This practice of the Member States of the Union, featuring a hermetic closure of the external borders, ineluctably leads to violations of the prohibition of collective expulsions. This emerges, as a matter of fact, in the macroscopic increase in the number of cases in which the European Court of Human Rights has found a violation of Article 4 of Protocol No. 4 by EU Member States.

This damning record starts with the finding against Italy for the violations of Article 4 of Protocol No. 4 committed on the high seas or at its ports, with the aforementioned *Hirsi and Jamaa* judgments of 2012²⁸ followed by *Sharifi* in 2014²⁹. It then picks up more recently with the judgment against Lithuania in the *M.A.* case, in 2018,³⁰ and with that against Poland in the *M.K.* case³¹: both cases of collective expulsions of ethnic Chechen Russians at the Belarusian border. The list continues with the July 2021 judgment in *Shahzad v. Hungary*³², condemning the collective expulsions at the border with Serbia, in the strip where a fence is built and the transit zones of Röszke and Tompa are established. Further down the 'Balkan route', mention must be made of the *M.H. v. Croatia* judgment of November 2021³³, concerning a tragic episode of pushback from Croatia to Serbia, in which an Afghan mother and her minor children were forced to walk away along the railway tracks at night, leading to the death of one of the girls, Madina, aged six, who was run over and killed by a train.

Finally, since August 2021, in several dozen complaints, the ECtHR has ordered the Polish, Latvian and Lithuanian governments to adopt interim measures to protect

²⁸ ECtHR (Grand Chamber), February 23, 2012, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Application 27765/09.

²⁹ ECtHR, October 21, 2014, *Sharifi et autres v. Italie et Grèce*, Appeal 16643/09 (parts are cited in French, as the judgment is not published in English).

³⁰ ECtHR, December 11, 2018, *M.A. and others v. Lithuania*, Application 59793/17.

³¹ ECtHR July 23, 2020, *M.K. and others v. Poland*, Applications 40503/17, 42902/17 and 43643/17.

³² ECtHR July 8, 2021, *Shahzad v. Hungary*, Application 12625/17.

³³ ECtHR November 18, 2021, *M.H. and Others v. Croatia*, Applications 15670/18, 43115/18.

applicants stranded or rejected in the 'no man's land' between Belarus and Poland and, in smaller numbers, Latvia and Lithuania³⁴.

3. The Absence of Article 19 § 1 Charter from the ECJ Case Law.

If one turns to the EU system of protection and looks at its effectiveness, two converging and extremely worrying facts jump to the eye. First, no preliminary question has been submitted in relation to the prohibition of collective expulsions provided for in Article 19 § 1 of the Charter. Second, no action for infringement has been introduced by the Commission to question the violation of that prohibition by Member States. Finally, as a necessary consequence of the above, no provisional measures have been ordered by the Court.

A veritable jurisdictional black hole seems to have swallowed up Article 19 § 1 of the Charter.

Even where the Court of Justice's jurisprudence seems to hint at a closer scrutiny of measures put in place by states to “seal” their external borders if compared with two recent non-violation judgments issued by the ECtHR and based on the *own culpable conduct of the migrants* criterion³⁵, still the fundamental rights profile, and in particular the prohibition of collective expulsions, has no place in the ECJ reasoning.

It is worth mentioning in this regard the *M.A.* preliminary ruling of June 2022³⁶. In it, the Court of Justice is confronted with a Lithuanian measure that, having declared a state of emergency in the face of the situation of refugees crowded on the Belarusian border, restricts the possibility of filing an application for international protection to border crossings only, thereby establishing the inadmissibility of applications for protection filed

³⁴ See ECtHR Communiqué 051 (2022), February 21, 2022, *Update on Interim Decisions Concerning Member States' Borders with Belarus*, also for the numbers, which are truly impressive. See then in particular the case, pending before the ECtHR, *R.A. and others v. Poland*, Application 42120/21. In that case the interim measures ordered by the European Court first enjoined Poland to provide the applicants with food, water, clothing, care and temporary shelter; later those measures extended to an injunction to allow the applicants' lawyers to make necessary contacts with those and an order not to return the applicants to Belarus.

³⁵ These are the ruling of the ECtHR (Grand Chamber), February 13, 2020, *N.D. and N.T. v. Spain*, Applications 8675/15 and 8697/15, and ECtHR, July 5, 2022, *A.A. and Others v. North Macedonia*, Application 55798/16.

³⁶ ECJ June 30, 2022, Case C-72/22 PPU, *M.A.*

elsewhere, and leading to an automatic expulsion, after administrative detention, of such applicants.

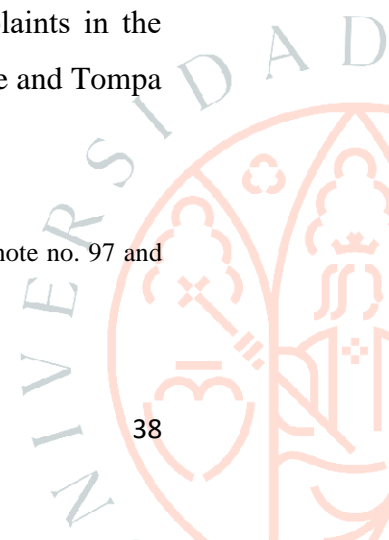
The Court of Justice, while *de facto* censuring the Lithuanian emergency measure, does not, however, rely on an autonomous interpretation of the prohibition of collective expulsions, that would lead to a higher standard of the Charter compared with the minimum standard guaranteed by the ECHR. Rather, the Court simply applies, with its usual rigour, the proportionality test, essentially finding no evidence of any adequacy, proportionality and necessity of the relevant national measures as applied to the actual facts of the case, in light of the need to maintain public order or to safeguard internal security. No mention is made of the possible violation of Article 19 § 1 of the Charter, despite the fact that Advocate General Emiliou's Opinion had addressed the issue³⁷.

Of course, it is perfectly normal that the Court does not enunciate, in the operative part of its judgment, a principle of law on the scope and content of the prohibition of collective expulsions in the Charter. Indeed, the Court was issuing a preliminary ruling in a case where the referring court had not formulated any specific question in this regard, and, above all, the actual situation involved a person in administrative detention pending determination of his status, so that one could hardly expect a reformulation of the question to include Article 19 § 1.

Nonetheless, it remains true that a reference to that provision of the Charter, even if limited to an *obiter dictum* in the statement of reasons, would have been an important signal in the overall context from which that case emerges. Lacking that reference, the unfortunate impression remains that in the *M.A.* judgment the criticism of hasty emergency solutions by Member States is only a (positive) side effect: what really seems to matter is the structural datum of the supremacy of common rules laid down by EU legislation over divergent national measures.

That said, much more worrying is the fact that the Commission's complaints in the infringement proceedings it brought against Hungary concerning the Rösztke and Tompa

³⁷ Opinion of Advocate General Emiliou of June 2, 2022, Case C-72/22 PPU, *M.A.*, footnote no. 97 and para. 143 of the text.



transit zones, adjudged by the Grand Chamber in December 2020, do not include a breach of Article 19 § 1 of the Charter³⁸.

In fact, pushback measures involving a large number of persons, put in place without any assessment of their individual position, without any formal measures and without any procedural guarantees, unquestionably emerge from that procedure. In short, a case of egregious violation of the prohibition of collective expulsions, as attested by the violation ruling that the European Court of Human Rights would later adopt in the parallel *Shahzad* case, based on those same Hungarian measures.

The Commission's silence on that violation is all the more significant because the application in the *Shahzad* case had been communicated by the European Court to Hungary as early as November 13, 2017. From that date, therefore, the content of the application was public, and with it the tenor of the two specific questions formulated by the Court with the clear aim of focusing its examination on the violation of the ban on collective expulsions³⁹. It is therefore difficult to understand for what reasons the European Commission decided - at a time when the pre-litigation proceedings were still open⁴⁰ - not to broaden the complaint against Hungary to include Article 19 § 1 of the Charter as well, consequently depriving the Court of Justice of the possibility of ruling on that provision for the first time.

4. The Breach of the Fundamental Equations

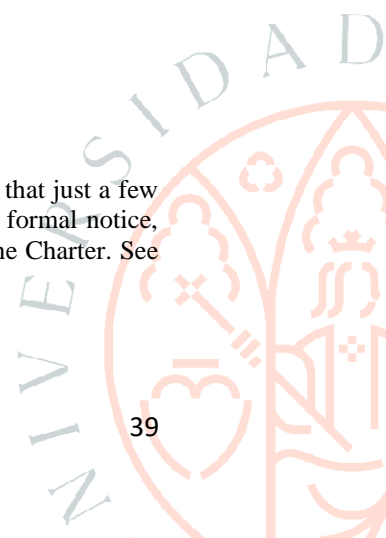
Within the perspective of this paper, however, what plays a key role is the more general fact that, in the face of a practice of refolement by the Member States that has become more and more grave and generalised, the Court of Justice has not been presented with any cases relating to the prohibition of collective expulsions.

There seem to be at least two explanations for such a worrying non-appearance of Article 19 § 1 on the ECJ's jurisprudence radar.

³⁸ Case C-808/18, cit.

³⁹ See its contents at <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179367>.

⁴⁰ That pre-litigation proceeding had, it is true, been open since 2015, but it is equally true that just a few weeks earlier, in May 2017, the Commission had sent Hungary a supplementary letter of formal notice, extending its complaint to, among other things, the violation of Articles 6, 18 and 47 of the Charter. See paragraph 63 of the Court's judgment in Case C-808/18, cited above.



First, there is a blatant neglect by the European Commission of the pursuit of those violations committed by the Member States. This is quite consistent, alas, with the Commission's policy priorities, which seem rather to encourage States in the muscular management of the external border. We can see that rather clearly from the proposals it introduced in December 2021 to deal with what is labelled there as a hybrid attack on the Union by the Belarusian regime through the instrumentalization of migrants⁴¹. Furthermore, all this is in line with the approach set out more generally in the programme of legislative initiatives called the *New Pact on Migration and Asylum*⁴². While those proposals claim to uphold the continued observance of fundamental rights, they basically advocate the generalisation of border procedures, even in the face of evidence of a very significant risk of serious violations⁴³, evidenced by the many precautionary measures enjoined by the European Court of Human Rights in the Belarusian border cases.

Second, concerning migrants' fundamental rights at the external borders of the Union, practices such as those confronted in this study inevitably induce a drying up of the channel leading to the Court of justice questions for preliminary rulings⁴⁴. Indeed, we are dealing with informal pushbacks - very often not involving the adoption of any administrative measures - which are given immediate execution and are concatenated in a chain leading the individuals involved all the way to outside the territory of the Union. This is done against people who are, more often than not, deprived of any means, and

⁴¹ See COM/2021/752 fin., Dec. 1, 2021, proposal for a Council decision on provisional emergency measures for the benefit of Latvia, Lithuania and Poland - based on Article 78 § 3 TFEU. See also related proposals COM/2021/891 fin., on amendments to the Schengen Borders Code, and COM(2021) 890 fin., aimed at establishing a general instrument to enable Member States to address "situations of instrumentalisation in the field of migration and asylum", both adopted on Dec. 14, 2021.

⁴² Within which stands out COM/2020/611 fin, September 23, 2020, Amended Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU. On the impact of this proposal and the overall approach underlying the *Pact* see DEN HEIJER, M., "The Pitfalls of Border Procedures", *Common Market Law Review*, vol. 59, 2022, pp. 641-672.

⁴³ See, for a critical analysis, PEERBOOM, F., "Protecting Borders or Individual Rights? A Comparative Due Process Rights Analysis of EU and Member State Responses to 'Weaponized' Migration", *European Papers*, vol. 7, no. 2, 2022, pp. 583-600.

⁴⁴ Different is the case of detention orders, or formal expulsion orders, taken against third-country nationals, with respect to which the conditions of access to the Court continue, on the whole, to be guaranteed, even in the face of any opposite provisions of domestic law. See FAVI, A., "Protecting Asylum Seekers and Migrants in the Context of the Rule of Law Crisis in EU Member States: The Recent Approach of the Court of Justice of the EU through the Lens of the Global Compacts on Refugees and Migration", *Laws*, vol. 11, no. 3, 2022.

lack any awareness that they could challenge the measures to which they are subjected. Often, then, the very activity of support, including legal support, to those persons is concretely hindered by the authorities, so that neither can *legal mobilization* processes⁴⁵ play any significant role here in favouring the emergence of pilot cases.

Even when, exceptionally, cases reach national courts, no preliminary reference emerges. This is what happened in an Italian case where the *Tribunale di Roma* issued two contradicting orders in February⁴⁶ and April 2021⁴⁷. The same is true for a case decided by the Slovenian *Upravno sodišče* (Administrative Court) in December 2020⁴⁸, as well as for the one decided by the *Landesverwaltungsgericht Steiermark* (Higher Administrative Court of Styria, Austria) in July 2021⁴⁹.

Now, if in the Italian case, which was decided at the interim protection order stage, one can understand the restraint of the judge to stay the proceedings in order to submit a preliminary question to the ECJ, the choice of the Slovenian and Austrian courts of not referring any question to the ECJ, and, in the Austrian case, of not even citing the Charter, is an epiphany of the ineffectiveness of the Union system in this specific area.

Put another way: why on earth would a court submit a request for preliminary on Article 19 § 1 of the Charter, if the European Commission has never challenged Member States for violating the prohibition on collective expulsions enshrined in that provision, not even

⁴⁵ See PASSALACQUA, V., “Legal Mobilization via Preliminary Reference: Insights from the Case of Migrant Rights”, *Common Market Law Review*, vol. 58, 2021, pp. 751-776.

⁴⁶ See interim order January 18, 2021 of the *Tribunale di Roma*, in case R.G. 56420/2020, finding that the practice of informal application of Bilateral Agreement between the Government of the Republic of Italy and the Government of the Republic of Slovenia on the readmission of persons to the border, signed in Rome on September 3, 1996, is illegitimate.

⁴⁷ See order of the *Tribunale di Roma* April 27, 2021, in the case R.G. 56420/2020, quashing the Jan. 18 order, due to lack of locus standi of the applicant, in relation to the lack of proof of the relevant facts (border crossing and subsequent informal rejection outside it).

⁴⁸ Judgment of the *Upravno sodišče*, Slovenia, December 17, 2020, UPRS Sodba I U 1686/2020, available online at <http://sodnapraksa.si/>. In that decision the Slovenian court, applying for the first time in that State's jurisprudence Article 19 § 1 of the Charter (ibid., para. 245), affirmed the violation of the prohibition of collective expulsions in connection with the chain pushback and readmission from Slovenia to Croatia [and thence to Bosnia and Herzegovina] of an Iraqi citizen of Kurdish ethnicity and a Cameroonian citizen (see in particular paras. 249-273 of the grounds).

⁴⁹ Judgment of the *Landesverwaltungsgericht Steiermark*, July 1, 2021, LVwG 20.3-2725/2020, concerning a case of informal pushback from Austria to Slovenia and from there, in a chain, to Bosnia-Herzegovina.

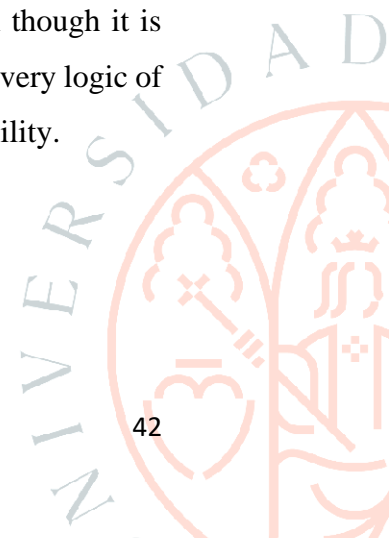
for those Member States who have been found to be in breach of Article 4 of Protocol No. 4 by the European Court of Human Rights?

All in all, we are left with the absence, at the present time, of any contribution of the preliminary ruling mechanism to uphold the prohibition of collective expulsions and the overall irrelevance of Article 19 § 1 of the Charter in the EU system of judicial protection.

The first two equations outlined at the opening of this paper then creak conspicuously, as an outcome of what appears to be a structural predisposition of the system not to guarantee real access to the Union's courts by individuals subject to informal pushbacks. The problem, however, is that even the external prop, constituted by the infringement procedure, does not operate in this area, since the variable present in the fourth equation - the Commission's political discretion - nullifies its potential. With which, however, the third fundamental equation, concerning the qualitative dimension of the Union's interindividual order, is also contradicted overall: in this area, is the serious observation, that legal order fails to ensure the effectiveness of a fundamental human right enshrined in its supreme sources.

If this is the case, it is then necessary to rewrite the fundamental equations on which the Union's interindividual legal order is based and venture the definition of an odious equation *ad excludendum*. Such an equation would lead to a new overall definition of that legal order that would sound, roughly, like this: it is a new kind of legal order, which recognises the full subjectivity of the individual and guarantees his fundamental rights, through mechanisms that ensure prompt and effective judicial protection, but which excludes from its subjects any third-country nationals who cross the external borders of the Union without a regular entry permit, or who are in any case apprehended by the police authorities of its Member States near those borders.

The problem is that the exclusion of those individuals (not from the territory of the Union, but rather) from the very possibility of asserting a fundamental right even though it is expressly enshrined in the Charter as a guarantee of their dignity, denies the very logic of the fundamental rights of the human person: that of their unity and indivisibility.



Wanting to use the metaphor of the state of health, we can therefore say that the Union system is an organism suffering from a serious disease. It is concentrated, it is true, on a limb, but it threatens to originate a gangrene that spreads to the whole organism.

Abandoning the metaphor, if it is true that the violation of the structural values of Art. 2 TEU by Member States is likely to have a knock-on effect on fundamental rights⁵⁰, it cannot be denied that a widespread violation by numerous Member States of one of the fundamental rights set forth in the Charter, without the Union's legal system putting in place a reaction capable of restoring their effectiveness, casts doubt on the very claim that the Union is founded on those principles and values, which are themselves intrinsically linked in a "constitutional" framework that, to be such, must necessarily reflect them⁵¹.

IV. PROPOSALS FOR REFORM

How to get out of this dead end?

It is clear that, if the situation is to be changed, the focus must be on guaranteeing the effectiveness of the prohibition of collective expulsions and, eventually, on ensuring effective judicial protection of individuals as regards external border management measures.

However, in the current scenario, given the actual causes that explain why references for preliminary rulings are so scarce, that reactivation of the effectiveness of judicial protection - and with it the effectiveness of the prohibition of collective expulsions - cannot probably start from the bottom, that is, from the integrated judicial system of the Union, made up of national judges acting in cooperation with the Court of Justice.

The only way to go forward is through a reform enabling a direct action that would allow the Court to rule on cases of violation of the prohibition of collective expulsions.

⁵⁰ See CANNIZZARO, E., "Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea", in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Turin, 2018, pp. 158-169, p. 163.

⁵¹ See the remarks of LEVITS, E., "L'Union européenne en tant que communauté de valeurs partagées - les conséquences juridiques des articles 2 et 7 du traité sur l'Union européenne pour les États membres", in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, cit., pp. 509-522, p. 512 and 517.

While not easy in any case, reform in this area appears more or less realistically feasible depending on the ambition of the instrument envisaged and the level at which the innovation in the legal system should take place.

There could be three such reforms capable of reinforcing the effectiveness of the fundamental rights connected to the crossing, and more generally to the management, of the external borders.

1. A Special Direct Action to be Introduced in the Treaties.

The first, which would be straightforward and ambitious, but also less realistic to imagine, consists in an amendment to the Treaties establishing an autonomous direct action before the Court of Justice for violations by Member States of the fundamental rights guaranteed by the Charter. Such a remedy could be structured as exceptional, in that it could only be activated after a filtering judgement operated by the Court itself and concerning the ineffectiveness of the normal judicial remedies. In order to achieve results capable of affecting the deficiencies noted above, such a remedy ought to be open to individuals who allege a violation of their fundamental rights⁵² and, in addition, to an independent EU body: potentially, the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), after appropriate amendment of its founding regulation, based on Art. 352 TFEU. Its role could possibly be further complemented by national independent authorities (ombudsmen), constituting a European network on the subject, to be established through action also based on Art. 352 TFEU.

In the exercise of that competence, the Court could of course also make use of the interim measures already provided for by the Treaty.

Going down such a path, one would have an instrument of general application, capable of addressing effectiveness issues relating to any fundamental right provided for by the Charter. Yet that remedy would only be activated in the areas and instances where the effectiveness of protection is not guaranteed by the ordinary instruments - as is precisely the case with the prohibition of collective expulsions.

⁵² Along the lines of the *recurso de amparo constitucional* in the Spanish system, or the German federal *Verfassungsbeschwerde* or, again, the *Bescheidsbeschwerde* and *Individualbeschwerde* provided for in the Austrian constitutional system.

Clearly, however, this is an impassable path, since an amendment in the Treaties would be required for this purpose, and, in principle, that amendment would have to be introduced through an ordinary revision procedure. At most, it would be conceivable to have recourse to the simplified revision procedure by limiting that exceptional competence to the Area of Freedom, Security and Justice and thus introducing it as an innovation to Article 67 § 4 TFEU, as regards access to justice.

2. Attributing Strong Decision-Making Powers to FRA.

A second reform, achievable with less difficulty from the point of view of the applicable procedures, but still conditional on a substantial political agreement between the Member States, would consist in attributing a specific decision-making power in this matter to FRA. The Agency could base its decisions on evidentiary data collected on the ground by FRA itself, but also on reports from relevant international governmental institutions such as UNHCR, and on substantiated complaints filed by affected persons and nongovernmental organizations. It would then be possible to challenge such decisions before the General Court under Article 263 TFEU.

Such a reform would certainly require legislative action. As for the legal basis, there can be at least two alternatives.

The first is Article 352 TFEU, which would be necessary if the proposed reform were to be introduced by a corresponding amendment to the Agency's founding regulation, providing for the Agency's authority to be extended to any violation of fundamental rights by States within the scope of application of EU law. However, a reform of this magnitude would not even be necessary at present.

All that is required is a genuine reinforcement of the effectiveness of fundamental rights in a specific area. Namely, the area of freedom security and justice and, even more specifically, the management of external borders. With this in mind, the appropriate legal basis would then be Article 79(2)(a) and (c). The latter provision, in particular, provides for the adoption, by ordinary legislative procedure, of measures in the area of “illegal immigration and unauthorised residence, including removal and repatriation of persons residing without authorisation”.

This certainly lowers the procedural bar by shifting from a unanimous decision in the Council to a qualified majority. Even this goal, however, seems unrealistic at the present time.

3. De-politicising the Infringement Procedure through a Modification of Organisational Practices and of the Rules of the Commission

The third alternative for introducing a reform capable of remedying the current lack of effectiveness of Article 19 § 1 of the Charter lies within the Commission's current powers and could take the form of a simple modification of that institution's internal rules. Notably, it would mean envisaging the constitution, within the Commission, of a functionally autonomous structure⁵³, formally placed under the aegis of the Presidency, which would have the power to initiate and manage infringement procedures in relation to hypotheses of violation of human rights in the area of freedom, security and justice, without being subject to indications of political priorities by the College or its President.

This reform, moreover, could be the subject of an open debate on a truly European political platform, ahead of the next parliamentary term. Indeed, it is evident that, on the substantive side, the protection of fundamental rights constitutes a 'noble' and transversal political issue, on which it is well conceivable to record a convergence between different political groups, regardless, in particular, of the positions on the type of immigration policy one wishes to favour. On the procedural side, moreover, such a change in the Commission's internal practice and organisational arrangements could well be stipulated by the Parliament as a condition for the approval of a presidential candidate, without having to go through the approval (unanimous or even only by a majority) of the subjects that should thus be subjected to a more incisive scrutiny: the Member States.

BIBLIOGRAPHY

ADINOLFI, A., “La Corte di giustizia dell’Unione europea dinanzi ai principi generali codificati”, in ANNONI, A., FORLATI, S., SALERNO, F., eds., *La codificazione*

⁵³ Which can be done by simple decision of the President of the Commission, already under the current wording of Article 22 of the Commission's Rules of Procedure, according to which “In special cases the President may set up specific functions or structures to deal with particular matters and shall determine their responsibilities and method of operation”.

- nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Naples, 2019, pp. 553-589
- BAYER, J. BÁRD, P., VOSYLIUTE, L., LUK, N. C., *Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) in the European Union, A Comparative Study*, 2021, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4092013>
- CANNIZZARO, E., “Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell’Unione europea”, in *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano - De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long Parcours pe la justice européenne*, Giappichelli, Turin, 2018, pp. 158-169
- CORTESE, B., *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostruzione, collaborazione e autonomia*, Giappichelli, Turin, 2018
- CORTESE, B., “Carta, CEDU e Costituzioni nazionali: un processo di codificazione tra autonomia, autoipotesi e international collaborative law”, in ANNONI, A., FORLATI, S., SALERNO, F., eds., *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Naples, 2019, pp. 457-506
- DEN HEIJER, M., “The Pitfalls of Border Procedures”, *Common Market Law Review*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, vol. 59, 2022, pp. 641-672
- EDWARDS, D., “The Contractual Foundation of Member States’ Obligations to the Individual: Advocate General Tesauro’s Opinion in Brasserie du Pêcheur and Factortame”, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Editoriale Scientifica, Naples, 2014, vol. II, pp. 993-1003
- FAVI, A., “Protecting Asylum Seekers and Migrants in the Context of the Rule of Law Crisis in EU Member States: The Recent Approach of the Court of Justice of the EU through the Lens of the Global Compacts on Refugees and Migration”, *Laws*, Basel, MDPI, vol. 11, no. 3, 37, 2022, <https://doi.org/10.3390/laws11030037>
- LENAERTS, K., “The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation”, in KRONENBERGER, V., D’ALESSIO, M.T., PLACCO, V., eds., *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Hommage en l'honneur de P. Mengozzi*, Bruylant, Brussels, 2013, pp. 107-143
- LENAERTS, K., “The Autonomy of European Union Law”, *Il diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Turin, No. 4, 2018, pp. 617-632
- LEVITS, E., “L’Union européenne en tant que communauté de valeurs partagées - les conséquences juridiques des articles 2 et 7 du traité sur l’Union européenne pour les États membres”, in *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano - De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long Parcours pe la justice européenne*, Giappichelli, Turin, pp. 509-522
- MORI, P., “L’uso della procedura d’infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali”, *Il diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Turin, No. 2, 2018, pp. 363-376
- PASSALACQUA, V., “Legal Mobilization via Preliminary Reference: Insights from the Case of Migrant Rights”, *Common Market Law Review*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, vol. 58, 2021, pp. 751-776
- PEERBOOM, F., “Protecting Borders or Individual Rights? A Comparative Due Process Rights Analysis of EU and Member State Responses to 'Weaponized' Migration”, *European Papers*, Università di Roma La Sapienza, vol. 7, no. 2, 2022, pp. 583-600
- PRETE, L., SMOULDERS, B., “The Age of Maturity of Infringement Proceedings”, *Common Market Law Review*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, vol. 58, 2021, pp. 285-332
- QUADRI, R., “Intervento al Convegno di Studi sulla Politica Sociale della Comunità Economica Europea”, *Diritto Internazionale*, 1959, now in QUADRI, R., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milan, 1988, vol. III, pp. 13-19
- United Nations Official Documents, UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, *Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea*, UN doc. A/HRC/47/30 (2021)

United Nations Official Documents UN Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders, *Report - Refusing to Turn Away: Human Rights Defenders Working on the Rights of Refugees, Migrants and Asylum-Seekers*, UN doc. A/77/178 (2022)

CASE LAW

European Court of Human Rights, ECtHR (Grand Chamber), February 23, 2012, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Application 27765/09

European Court of Human Rights, ECtHR, October 21, 2014, *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, Appeal 16643 /09

European Court of Human Rights, ECtHR, December 11, 2018, *M.A. and Others v. Lithuania*, Application 59793/17

European Court of Human Rights, ECtHR (Grand Chamber), February 13, 2020, *N.D. and N.T. v. Spain*, Applications 8675/15 and 8697/15

European Court of Human Rights, ECtHR, July 5, 2022, *A.A. and Others v. North Macedonia*, Application 55798/16

Court of Justice of the European Union, ECJ (Grand Chamber), June 18, 2020, Case C-78/18, *Commission v. Hungary (financial support to associations)*

Court of Justice of the European Union, ECJ (Grand Chamber), October 6, 2020, Case C-66/18, *Commission v. Hungary (higher education services)*

Court of Justice of the European Union, ECJ (Grand Chamber), December 17, 2020, Case C-808/18, *Commission v. Hungary (Röszke and Tompa transit zones)*

Court of Justice of the European Union, ECJ (Grand Chamber), November 16, 2021, Case C-821/19, *Commission v. Hungary (incrimination of aid to asylum seekers)*

Court of Justice of the European Union, ECJ, June 30, 2022, Case C-72/22 PPU, *M.A.*

Court of Justice of the European Union, ECJ, Order of the Court (Grand Chamber), November 20, 2017, C-441/17 R, *Commission v. Poland (Białowieża Forest)*

Court of Justice of the European Union, ECJ, Order of the Vice President of the Court, October 27, 2021, Case C-204/21 R, *Commission v. Poland (disciplinary regime of judges)*

Court of Justice of the European Union, Opinion of Advocate General Tesauro of November 28, 1995, Joined Cases C-46/93 and C-48/97, *Brasserie du Pêcheur and Factortame*

Court of Justice of the European Union, Opinion of Advocate General Emiliou of June 2, 2022, Case C-72/22 PPU, *M.A.*,

Landesverwaltungsgericht Steiermark (Austria), July 1, 2021, LVwG 20.3-2725/2020

Tribunale di Roma, interim order January 18, 2021, case R.G. 56420/2020

Tribunale di Roma, order April 27, 2021, case R.G. 56420/2020

Upravno sodišče (Slovenia), December 17, 2020, UPRS Sodba I U 1686/2020



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES
de
DERECHO

**DISPOSITIVOS DE SEGURIDAD EN EL
REENVASADO DE MEDICAMENTOS PARA EL
COMERCIO PARALELO.**

Apuntes sobre tres sentencias del Tribunal de Justicia de la
Unión Europea

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU



Dispositivos de seguridad en el reenvasado de medicamentos para el comercio paralelo
Resumen

La normativa de la Unión Europea destinada a evitar la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministros legal, al tiempo que proporciona una interesante regulación uniforme sobre los dispositivos de seguridad que han de figurar en sus envases, ha modulado de manera sustancial la primera de las condiciones (“requisitos BMS”) exigidos por la jurisprudencia europea para el reetiquetado o reenvasado con miras a la importación paralela. En particular, ha proporcionado continuidad a la saga de pronunciamientos en torno a si existe o no agotamiento de marca y, por ende, si es objetivamente necesario un embalaje distinto con nuevos identificadores único o, por el contrario, existen otras medidas menos perjudiciales para el titular de la marca que puedan adoptar las empresas dedicadas a la importación.

Palabras clave: Falsificación de medicamentos; Dispositivos de seguridad; importación paralela; reetiquetado y reenvasado de productos; agotamiento de marca.

Safety features in repackaging medicines for parallel trade (notes on three judgments of the court of justice of the european union)

Abstract

EU legislation aimed at preventing the entry of counterfeit medicines into the legal supply chain, while providing an interesting uniform regulation on the safety features to be included on their packaging, has substantially modified the first of the conditions (“BMS requirements”) required by European jurisprudence for repackaging or relabelling for parallel importation. In particular, it has provided continuity to the saga of rulings on whether or not there is exhaustion of trade marks and, therefore, whether different packaging with a new unique identifier is necessary from an objective point of view or, on the other hand, there are other measures less damaging to the trade mark owner that can be taken by the importing companies.

Keywords: Counterfeit medicines; Security devices; parallel importation; Relabelling and repackaging of products; Exhaustion of trade mark.

SUMARIO: I.- ENTRE LA SEGURIDAD Y EL COMERCIO: EN TORNO A LA NECESIDAD O LA OPORTUNIDAD DEL REENVASADO DE MEDICAMENTOS A PARTIR DE LA NORMATIVA SOBRE DISPOSITIVOS DE SEGURIDAD. II.- EL DERECHO DE MARCAS Y EL COMERCIO PARALELO COMO CONTEXTO PARA EL ANÁLISIS DEL REENVASADO DE MEDICAMENTOS. 1.- El agotamiento de marca y el comercio paralelo como necesario proscenio. 2.- El reenvasado de medicamentos como problema singular en el comercio paralelo. III.- DISPOSITIVOS DE SEGURIDAD Y NECESIDAD OBJETIVA DE REENVASADO PARA UN ACCESO EFECTIVO AL MERCADO DEL ESTADO DE IMPORTACIÓN. BASES PARA UNA DOCTRINA GENERAL. IV.- APORTACIONES SINGULARES SOBRE LOS DISPOSITIVOS DE SEGURIDAD EN EL CRITERIO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.

I.- ENTRE LA SEGURIDAD Y EL COMERCIO: EN TORNO A LA NECESIDAD O LA OPORTUNIDAD DEL REENVASADO DE MEDICAMENTOS A PARTIR DE LA NORMATIVA SOBRE DISPOSITIVOS DE SEGURIDAD

Aun cuando sea difícil de calcular en cifras o porcentajes y los Estados Miembros de la Unión Europea hayan sido considerados en los informes de la OMS como “países de incidencia puntual”¹, el problema de los medicamentos falsificados ha alcanzado una dimensión mundial de tal envergadura como para motivar una campaña específica de concienciación de la Interpol en 2014 (*Turn back crime*, traducida como “Acabemos con la delincuencia”), a la que siguió —en 2015— la operación PANGEA VIII, con extensión a 115 países e, impulsado desde el Consejo de Europa y en 2016, el Convenio *Medicrime*, termino común para designar al acuerdo internacional alcanzado sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública².

¹ En clasificación que extiende a Norteamérica, Japón y Nueva Zelanda, para contraponer la repercusión del problema en estas regiones con la que afecta a cuantos presentan una “muy elevada incidencia” (África, América Central y Sudamérica, con un índice superior al 20%, pero que puede alcanzar el 50% y hasta el 70%), “elevada incidencia” (Sudeste Asiático, China y antiguas Repúblicas Soviéticas, con un volumen entre el 11 y el 20%) y “baja incidencia” (Cuenca mediterránea de África, Península Arábiga y Oriente Medio, con porcentajes entre el 1 y el 10%). Los datos en GONZÁLEZ URIEL, D.: “Falsificación de productos médicos y delitos similares contra la salud pública: influencias internacionales y regulación nacional”, *Estudios de Deusto*, Vol. 65, núm. 1, 2017, págs. 155 y 156.

² Una aproximación cuidada a estos tres instrumentos de lucha contra la falsificación en ANDREU-MARCH, M. *et alii*: “*Turn back crime*: medicamentos ilegales y el papel del farmacéutico comunitario”, *Farmacéuticos Comunitarios*, Vol. 8, núm. 4, 2016, págs. 27 y 28 o FANNI, S.: “La lucha contra la falsificación de medicamentos: cooperación internacional y justicia penal en el modelo del Convenio *Medicrime*”, en AA.VV.: *Actas del I Congreso Internacional “La Administración de Justicia en España”. Homenaje al Profesor José Martín Ostos, con motivo de su jubilación*, Sevilla (Astigi), 2020, en particular págs. 182-184.

Esta globalización, como la del propio mercado farmacéutico, al tiempo que alienta la aparición de mercado regional, hace lo propio con la creación de respuestas al riesgo de falsificación³.

De este modo, y sin perjuicio de que a nivel de cada Estado se hayan adoptado medidas complementarias se han considerado oportunas (en España obra de manera específica una estrategia cuya última edición alcanzó el trienio 2016-2019⁴), la Unión Europea ha sido plenamente consciente de que la libertad de circulación de mercancías, bajo la forma de comercio paralelo intracomunitario de medicamentos, crea en ocasiones debilidades en la cadena de suministro que han sido aprovechadas por los falsificadores al amparo de los múltiples movimientos entre almacenes mayoristas en distintos Miembros, que claramente dificulta su seguimiento y la verificación de la legalidad de los proveedores⁵.

Para hacer frente al problema tuvo lugar una importante reforma de la Directiva 2001/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, a través de la Directiva 2011/62, de 8 de junio, que añade a la anterior el significativo elemento de precisión dado por hacer una expresa referencia al código compartido “en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministros legal”. Su completitud técnica tiene lugar a través del Reglamento Delegado 2016/61, de 2 de octubre de 2015, encargado de establecer disposiciones detalladas en torno a los dispositivos de seguridad que figuran en el envase de los medicamentos de uso humano⁶

³ Clarificadora la semblanza al efecto de KRYNYTSKYI, I.; NOHA, P. P. y SARANA, S. V.: “Serialization as new quality control system of medicinal products”, *Wiadomości Lekarskie*, Vol. LXXII, núm. 12, 2019, pág. 2473.

⁴ AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS (AEMPS): *Estrategia frente a medicamentos falsificados, 2016-2019*, 2016, en https://www.aemps.gob.es/publicaciones/publica/docs/Estrategia_falsificados_2016-2019.pdf.

⁵ NOLEN, N. y BALLING, S.: “Parallel trade of pharmaceuticals and its problems in the EU. How to address shortages, falsification risks, and non-transparency”, *CepInput*, núm. 11, 2021, pág. 5. Por aportar alguna cifra indicativa, cabra destacar, por ejemplo, que de las 1000 notificaciones de productos médicos de calidad subestándar y falsificaciones que ha recibido el sistema mundial de vigilancia y monitorización de la OMS en sus cuatro primeros años de funcionamiento (2013-2017), el 21% correspondían al ámbito de la Unión Europea, OMS: *Sistema de vigilancia y monitoreo mundiales de la OMS para los productos médicos de calidad subestándar y falsificados (Resumen de orientación)*, Ginebra (OMS), 2018, págs. 2 y 3.

⁶ Sobre la compatibilidad del art. 54 bis de la Directiva, y su desarrollo por el Reglamento Delegado con el art. 94.7 del RD Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de

y en la que la nueva Estrategia Farmacéutica para Europa deposita su confianza plena para asegurar el objetivo final de medicamentos de alta calidad, eficaces y —por cuanto ahora importa— seguros⁷.

Nuevo marco que supone el comienzo de la serialización en la industria farmacéutica, como opción también patente, por ejemplo, en los Estados Unidos a través de la *Drug Supply Chain Security Act (ASCSA)* de 27 de noviembre de 2013. Constituye un primer paso pero, al tiempo el cimiento firme para un futuro desarrollo que inspire, también, a otros sectores de la industria⁸.

Entre estas medidas básicas para hacer frente a la falsificación, dos obligaciones vigentes desde 9 de febrero 2019 han cobrado trascendente importancia: de un lado, un identificador único, que se verificará y desactivará en el momento de la dispensación (con la atribución de competencias —y problemas anejos— que recae tanto sobre el titular de la farmacia comunitaria como de la hospitalaria⁹); de otro, un sistema de anti-manipulación que permita observar a simple vista que un medicamento no ha sido alterado¹⁰.

Precisamente la operatividad de estos sistemas de seguridad han suscitado, más pronto que tarde, un problema que no debió ignorar el legislador, consistente en que quienes hacen de la importación paralela su negocio invocarán la exigencia para proceder al

garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, la interesante STS, Cont.-Admtivo, 9 junio 2021 (rec. 24/2020).

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia Farmacéutica para Europa COM (2020) 761 final.

⁸ STRUGAR, I.: “Serialization. Legal and information technology framework to track product from producer to customer”, *Intereulaweast*, Vol. III, núm. 1, 2016, en particular págs. 6 y ss., en <https://hrcak.srce.hr/160575>.

⁹ Un estudio de esta responsabilidad y las dificultades mayores que su implementación está causando entre los encargados de la dispensación en DUCRET, E. *et alii*: “On the road to serialisation: A practical application”, *European Journal of Hospital Pharmacy*, Vol. 26, núm. 1, 2019, A1-A311; también, HUG, M.; PINTO DE CASTRO, N. y MACK, C.: “Impact of the implementation of falsified medicines Directive on a healthcare institution”, *European Journal of Hospital Pharmacy*, Vol. 25, núm. 1, 2018, A22.

¹⁰ Una explicación diáfana de lo que supone la nueva norma en cuanto a dispositivos de seguridad en DEL CASTILLO RODRÍGUEZ, C. y ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, S.: “Nuevo marco legal para la erradicación de los medicamentos falsificados: los nuevos dispositivos de seguridad”, *Ars Farmacéutica*, Vol. 61, núm. 1, 2020, págs. 39-43.

reenvasado del medicamento. Abriendo, por ende, un nuevo frente en la inacabable –por lucrativa— pugna con los titulares de la marca.

Al análisis de algunos de los problemas más señeros que van surgiendo dedica su atención el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; partiendo, a tal efecto, de los siguientes supuestos de hecho y cuestiones prejudiciales a los cuales debe proporcionar respuesta:

A.- El asunto que primero ingresó en el Tribunal recoge la petición de decisión prejudicial presentada en el contexto de un litigio entre Novartis Pharma y Abacus Medicine¹¹. La primera multinacional, con domicilio social en Alemania, disfruta en ese Estado de la titularidad exclusiva de las marcas denominadas Novartis y Votrient, que utiliza para los dos medicamentos controvertidos en esta ocasión, los cuales, de conformidad con cuanto dispone el art. 50, párrafo segundo, están provistos en su embalaje exterior de los dispositivos contra manipulaciones exigidos.

Por su parte, Abacus Medicine es una entidad con domicilio social en Dinamarca y que distribuye, principalmente en Alemania, medicamentos importados de forma paralela de otros Estados de la Unión. Al considerar que de, acuerdo con la normativa alemana, estaba obligada a abrir el embalaje de los dos medicamentos que aquí concitan la discrepancia, quitando incluso los dispositivos contra manipulaciones de que disponen, informa a la titular de la marca de que ya no suministraría más tales fármacos en su embalaje externo original, sino en uno nuevo cuya muestra le envía.

Ante tal comunicación, Novartis Pharma solicita que se prohíba comercializar o promover en el mercado y territorio alemán los dos medicamentos bajo las nuevas condiciones en que quiere hacerlo Abacus Medicine. Sostiene, en breve, que no concurre el agotamiento de marca previsto en el art. 15, apartado 2, del Reglamento 2017/2001, por cuanto –bajo su parecer— no resulta necesario un nuevo embalaje. Al respecto, considera que las exigencias requeridas en los arts. 47 bis y 54 bis de la Directiva 2001/83 podrían cumplirse adecuadamente ubicando en el embalaje exterior original el código de barras que lleva el identificador único mediante una etiqueta y, tras introducir en ese embalaje un prospecto en lengua alemana, colocar un nuevo dispositivo de seguridad contra las manipulaciones para cubrir las huellas de la apertura del embalaje. Añade que, para

¹¹ STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-147/20, asunto *Novartis Pharma*.

disipar cualquier eventual duda sobre la integridad de los medicamentos así reenvasados, siempre podría indicar que había situado el nuevo dispositivo con motivo de un reenvasado lícito.

Por su parte, Abacus Medicine sostiene que la apertura de la etiqueta de sellado colocada por la titular de la marca provoca alteraciones o modificaciones visibles e invisibles del embalaje exterior, de la etiqueta o de la banda adhesiva. Pondera, también, que seguir la sugerencia de colocar una etiqueta adhesiva con el identificador único dista de constituir una solución satisfactoria, pues, debido al recubrimiento de silicona del embalaje exterior, puede retirarse fácilmente; más aún, ese concreto recubrimiento impide imprimir el código de barras según demanda el artículo 5, apartado 3, de Reglamento Delegado 2016/161. En consecuencia, estima que se encuentra obligada a reembasarlos en un nuevo embalaje exterior para poder comercializarlos en Alemania y que Novartis Pharma no está facultada para oponerse al reenvasado.

El órgano remitente (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo), considerando que la solución del litigio depende de interpretar la norma europea, decidió suspender el procedimiento y suscitó cuatro cuestiones prejudiciales que atienden a los siguientes aspectos: 1) La posible compartimentación artificial de los mercados derivada de una sustitución de los dispositivos de seguridad del embalaje exterior original que deje visibles huellas de apertura del envase en el proceso. 2) La relevancia, a efectos de la precedente valoración, de que las huellas de apertura sean visibles tras una simple verificación superficial por las personas autorizadas o facultadas a suministrar los medicamentos al público, o de que únicamente pueda ser constatada tras una minuciosa verificación. 3) La eventual incidencia derivada del hecho de que las huellas únicamente pudieran resultar visibles con la apertura del envase. 4) En fin, el carácter suficiente de la fijación del identificador único requerido por la norma europea a través de un adhesivo adicional en el envasado original o, por el contra, la exigencia de que el código de barras que aquel contiene figure impreso directamente en el envase.

B.- La segunda de las sentencias resuelve la cuestión prejudicial suscitada al calor del litigio entre Bayer Intellectual Property (en adelante Bayer) y Kohlpharma en relación con la comercialización por esta última sociedad en Alemania de un medicamento marca Androcur, cuya titularidad corresponde a la primera y es importado paralelamente de

Países Bajos¹². Kohlpharma comunicó a Bayer su intención de importar de los Países Bajos el medicamento en cuestión, señalando que el dispositivo contra las manipulaciones fijado en su embalaje exterior debía romperse y sustituirlo.

La titular de la marca se opuso a la sustitución, alegando que recurrir a un nuevo embalaje iba más allá de lo necesario para comercialización del fármaco en Alemania, pues un nuevo etiquetado podría bastar a tal efecto.

Reetiquetado como solución rechazada por Kohlpharma, al entender que las huellas de manipulación que dejaría la retirada del dispositivo de seguridad seguirían siendo visibles; en consecuencia, únicamente un nuevo embalaje exterior permitiría evitar que los distribuidores al por mayor y farmacéuticos, en su papel de garantes de frente a manipulaciones ilícitas, se negaran a despacharlo. Por este motivo, aun cuando el reetiquetado es un 25% más barato que el reenvasado, esta última solución es la preferida por el importador paralelo, dada su mejor aceptación por profesionales de la salud y consumidores.

Ante tales posiciones en conflicto, el órgano judicial remitente (por segunda vez el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) formula cuatro cuestiones prejudiciales relativas a si: 1) El reetiquetado (*relabelling*) puede ser considerado equivalente la reenvasado (*reboxing*) en caso de retirada y nueva colocación de los dispositivos de seguridad; más aún, sin son ambas medidas igualmente adecuadas para verificar la autenticidad e identificación de medicamentos y comprobar si han sido objeto de manipulación. 2) En caso de respuesta a afirmativa al interrogante anterior, si cabe que el titular de la marca se oponga al reenvasado en un nuevo embalaje exterior por el importador paralelo a la luz de las nuevas normas que previenen frente a la falsificación cuando el importador puede crear envases susceptibles de comercialización únicamente con la colocación de etiquetas adhesivas en el acondicionamiento secundario original. 3) De ser afirmativa la respuesta a la pregunta precedente, si es irrelevante, en el supuesto de reetiquetado, que para el consumidor sea evidente el daño en el dispositivo de seguridad del proveedor original y la colocación de uno nuevo; como añadido, si tiene alguna incidencia a tal efecto que los signos de apertura únicamente sean visibles cuando

¹² STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-204/20, asunto *Bayer Intellectual Property*.

se abra el acondicionamiento secundario del medicamento. 4) Si la contestación fuera positiva a la segunda o la tercera pregunta, y en último extremo, si es objetivamente necesario un nuevo embalaje exterior a la luz de las denominadas “condiciones BMS” o “requisitos BMS”; y ello incluso cuando las autoridades nacionales declaren, en su normativa interna dedicada a la antifalsificación, que por regla general no se acepta, o se hace a lo excepcionalmente, el resellado de envases abiertos.

C.- El último de los pronunciamientos surge en el contexto de los siete litigios suscitados entre siete fabricantes de medicamentos y titulares de las marcas con los que se venden y tres importadores paralelos de productos farmacéuticos en relación con su importación a Dinamarca¹³.

El elemento común a todos los pleitos radica en el reenvasado con nuevos embalajes exteriores de los fármacos antes de su comercialización en Dinamarca; en algunos casos con colocación de la marca en el nuevo embalaje exterior, mientras en otros se sustituye por un nuevo nombre del producto. En estos últimos, no obstante, el nuevo embalaje exterior indica que el contenido se corresponde con el medicamento comercializado por el titular de la marca, y así consta tanto en embalaje de los blísteres ubicados en su interior como en el prospecto reformado que incorpora.

Mientras que los importadores demandados sostienen la necesidad de así proceder, los fabricantes invocan el Derecho de Marcas para oponerse al reenvasado en nuevos embalajes exteriores y entienden que la comercialización en Dinamarca sería posible con reetiquetar el embalaje exterior original, tras haber sustituido el prospecto que acompaña a los fármacos y haber colocado un nuevo identificador único y un dispositivo contra las manipulaciones sustitutorio de dicho embalaje.

Con aportación de un documento de la Agencia del Medicamento de Dinamarca en el cual el órgano administrativo respondía al interrogante sobre si “¿sería contrario al Reglamento que un importador paralelo sustituyera el dispositivo contra las manipulaciones por otro dispositivo?” (cuyo interesante tenor reproduce la sentencia), el Tribunal de lo Mercantil y Marítimo de Dinamarca suscita una pléyade cuestiones prejudiciales, varias de ellas con diversos apartados que pueden ser condensadas

¹³ STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-224/2020, asunto *Merck Sharp & Dohme y otros*.

conforme sigue: 1) La viabilidad de reconocer el derecho de oposición a la comercialización de un medicamento por el titular de la marca cuando un importador paralelo lo haya reenvasado en nuevo envase externo en el cual haya colocado la nueva marca si, de un lado, el importador puede lograr la comercialización y acceso efecto al mercado del país de importación rompiendo el envase externo original y colocando nuevas etiquetas o sustituyendo el prospecto y volviendo a sellar el envase externo original con un nuevo dispositivo que permita verificar su correcta manipulación; de otro, no puede conseguir aquel objetivo a través de las medidas anteriores.

2) La equivalencia, o no, de los dispositivos contra manipulaciones ubicados en los envases tras haber cubierto o retirado total o parcialmente los dispositivos que contenía el envase original a los efectos de verificar la autenticidad e identificación del producto y comprobación de si ha sido objeto de modificación. Interrogante formulado en el contexto de envases de medicamentos con signos visibles de que el dispositivo original ha sido manipulado, o cuando así pueda determinarse tocando el producto ya sea por fabricantes, importadores, farmacéuticos y personas autorizadas o facultadas para dispensar medicamentos, ya después de que el envase haya sido abierto (por ejemplo, por un paciente). 3) Si la respuesta a la anterior cuestión fuera negativa, el sentido que debe merecer, a la luz de la norma europea, la necesidad objetiva de reenvasado en un nuevo envase externo para poder lograr el acceso efectivo al mercado de un Estado de importación cuando ello no sea posible para el importador paralelo con la simple colocación de un etiquetado adicional, volviendo a sellar el envase original, por mostrar signos visibles de que el dispositivo contra manipulaciones original ha sido manipulado o cabe alcanzar tal conclusión tocando el producto. 4) La viabilidad de que un Estado miembro pueda establecer directrices de acuerdo con las cuales procedería, con carácter general, el reenvasado en un nuevo envase y, solo a petición de parte, y en supuestos excepcionales (como riesgo para el suministro), se permitiría el reetiquetado con nuevo sellado del envase original donde se incorporarían los nuevos dispositivos de seguridad. 5) En su caso, si el reenvasado en un nuevo envase externo efectuado por un importador paralelo siguiendo las directrices establecidas por un Estado miembro debe ser considerado necesario solo en tanto en cuanto sean compatible con lo previsto en los arts. 34 y 36 TFUE y la jurisprudencia de TJUE sobre importación paralela de medicamentos.

6) La existencia de necesidad objetiva o no de reenvasado para acceder de manera efectiva al mercado del Estado de importación aun cuando el importador paralelo no haya vuelto a colocar la marca original, sino que haya dado al nuevo envase externo un nombre del producto que no contenga el del producto del titular de la marca (el conocido como *de-branding*). 7) En fin, si cabe derecho de oposición por el fabricante y titular de la marca cuando el importador paralelo únicamente haya vuelto a colocar la marca del titular en el nuevo envase externo, pero no haya hecho lo propio con las demás marcas o indicaciones comerciales que figuraban en el original.

II.- EL DERECHO DE MARCAS Y EL COMERCIO PARALELO COMO CONTEXTO PARA EL ANÁLISIS DEL REENVASADO DE MEDICAMENTOS

La similitud de los problemas nucleares planteados en las cuestiones prejudiciales que se suscitan en las tres sentencias ha permitido al Tribunal de Justicia construir un discurso casi idéntico en el cual, tras revisar algunas de las cuestiones generales del Derecho que regula las marcas, aborda el problema específico del comercio paralelo y, en su seno, el atinente en concreto al reenvasado y reetiquetado de medicamentos.

1.- El agotamiento de marca y el comercio paralelo como necesario proscenio

A lo largo de todo el pronunciamiento late cuanto contemplan tanto el art. 9 del Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria (versión codificada), como el art. 5 de la Directiva 2008/95 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marca (versión codificada). A partir de cuanto disponen estos preceptos, el registro de una marca confiere a su titular un derecho exclusivo que, entre otras facultades, recoge la de prohibir a cualquier tercero el uso en el tráfico económico, sin su consentimiento, de un signo idéntico a esa marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que está registrada. Entre algunos de los tipos de usos que enuncia, de manera no exhaustiva, figura el de prohibir la colocación del signo de que se trate en los productos o en su embalaje e importar y comercializar productos con ese signo.

De modo pedagógico, reproducen un pasaje bien conocido: “el derecho exclusivo del titular de la marca se concedió para permitir a este proteger sus intereses específicos como

titular de dicha marca, es decir, para garantizar que la marca pueda cumplir las funciones que le son propias. Por lo tanto, el ejercicio de este derecho debe quedar reservado a los casos en los que el uso del signo por un tercero menoscabe o pueda menoscabar las funciones de la marca. Entre dichas funciones no solo figura la función esencial de la marca, consistente en garantizar a los consumidores la procedencia del producto o del servicio, sino también sus demás funciones, como, en particular, la consistente en garantizar la calidad de ese producto o de ese servicio, o las de comunicación, inversión o publicidad”.

Sentado lo cual confirma que, a tenor de cuanto disponen tanto el art. 13 del Reglamento 2007/2009, el art. 15 de la Directiva 2008/95, el derecho conferido por la marca no permitirá prohibir su uso para productos comercializados en la Unión Europea con dicha marca, ya sea directamente por su titular, ya con su consentimiento, salvo cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización.

Así, y en el ámbito del EEE, únicamente cabrá admitir restricciones a la libre circulación de las mercancías en la medida en la cual estén justificadas por la protección de la propiedad industrial y comercial (arts. 34 y 36 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–), que en el caso del derecho de marca se consigue y agota atribuyendo al titular el derecho a poner el producto en circulación por primera vez. Ir más allá, y mantener esa exclusiva sobre posteriores comercializaciones, implicaría monopolizar la comercialización de las mercancías identificadas con la marca, lo cual excede de las funciones asignadas a esta y resulta contrario a aquel principio inspirador desde el origen del mercado común¹⁴.

En consecuencia, efectuada la primera comercialización (a entender no como simple puesta en el mercado, sino como el dato de haber hecho efectivo el valor o aprovechamiento económico de la marca¹⁵), o conferido el consentimiento a tal propósito,

¹⁴ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: “El agotamiento de marca”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 223, 1997, págs. 117 y ss. o FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, C.: *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2.ª ed., Madrid (Marcial Pons), 2004, pág. 462 y ss.

¹⁵ Examinando las variantes en la doctrina del Tribunal de Justicia al respecto, MARTÍNEZ BALMASEDA, A.: “Aproximación al agotamiento del derecho de marca: entre la protección de la

ha lugar a aquel agotamiento y a la plena licitud de las importaciones paralelas, para así reconciliar las reglas de la libertad de circulación de mercancías con los derechos nacionales de propiedad intelectual¹⁶.

En este sentido, el titular no podrá impedir que un tercero adquiera los productos identificados con su marca en otro mercado donde se venden a un precio inferior, y los importe y comercialice en cualquier territorio del EEE, rivalizando en precio con los distribuidores oficiales¹⁷. Queda garantizada, por ende, la sana disputa, pues el distribuidor paralelo comienza a competir con el fabricante, siendo el consumidor el encargado de establecer la diferencia entre uno y otro¹⁸.

Está en disposición de provocar, a su través –y en teoría–, un doble efecto beneficioso: de un lado, evitar la compartimentación de mercados, a la cual tiende el titular de la marca en su aspiración por maximizar beneficios a través de una comercialización del producto en ámbitos diferentes a distintos precios, para así obtener el mayor rendimiento en cada uno de ellos en función de variables tales como costes de producción, nivel adquisitivo de consumidores, etc.¹⁹; de otro, y con la entrada de los importadores paralelos (siempre y cuando consigan vencer los sistemas cerrados de distribución, en particular la distribución selectiva²⁰), el beneficio final para los consumidores de obtener igual calidad a menor coste.

propiedad industrial y la libre competencia”, *La Ley Mercantil*, núm. 32, 2017, págs. 3-4. Sobre la “doctrina de la primera venta” (*first sale doctrine*), imprescindible la aportación de CALBOLI, I.: “Trademark exhaustion in the European Union: Community-wide or international? The saga continues”, *Marquette Intellectual Property Review*, Vol. 6, núm. 1, 2002, págs. 47 y 48.

¹⁶ FENNELLY, N.: “Rules and exceptions: Freedom of movement and intellectual property rights in the European Union”, en AA.VV. (HANSON, H. C., Eds.): *International Intellectual Property Law & Policy*, Vol. 5, Nueva York (Juris Publishing), 2003, pág. 33

¹⁷ GÓRRIZ LÓPEZ, C.: “Importaciones paralelas y agotamiento del derecho de marca”, en AA.VV. (MORRAL SOLDEVILLA, R., Dir.): *Problemas actuales de Derecho de la Propiedad Industrial. II Jornadas de Barcelona*, Cizur Menor (Civitas/Thomson), 2012, págs. 55 y ss.

¹⁸ MARTÍN MUÑIZ, J.: *El llamado comercio paralelo en el Derecho Mercantil Europeo*, Madrid (Comillas), 2001, págs. 23 y 24 o ANTÓN JUÁREZ, I.: *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, Madrid (La Ley), 2015, pág. 112.

¹⁹ En su aplicación al mercado farmacéutico que aquí concita atención, especialmente sugerente la obra de DREXL, J.: “EU Competition Law and parallel trade in pharmaceuticals: Lessons to be learned for WTO/TRIPS?”, en AA.VV. (ROSEN, J., Dir.): *Intellectual property and the crossroads of trade*, Cheltenham (Edward Elgar), 2013, págs. 5 y ss.

²⁰ FERNÁNDEZ-LASQUETTY QUINTANA, J. y DESANTES REAL, M.: “Marcas e importación paralela. El agotamiento comunitario e internacional”, en AA.VV. (MUÑOZ DEL CAZ, E. y ORTEGA

He ahí la razón por la cual, frente a una alternativa restrictiva de agotamiento nacional, o excesivamente amplia con extensión mundial, en el ámbito de la Unión Europea se ha optado por una armonización completa de los derechos conferidos por la marca, como única forma de alcanzar plenamente la finalidad de salvaguardia del mercado regional interior, según proclama el Tribunal de Justicia, al impedir a los Estados Miembros la posibilidad de prever en los ordenamientos nacionales el agotamiento internacional. Favorece, de este modo, una situación equilibrada entre los derechos del consumidor europeo y la protección de la industria comunitaria²¹.

2.- El reenvasado de medicamentos como problema singular en el comercio paralelo

En el juego descrito del agotamiento de marca, y dentro del espacio abierto al comercio paralelo, viene a suscitarse la cuestión tradicional que guarda relación con las marcas farmacéuticas y los supuestos en los cuales, tras la comercialización de un medicamento por parte del titular o con su consentimiento, un tercero procede a su reetiquetado o reenvasado para comercializarlo en un Estado al cual lo importa²². El motivo de conflicto radica en que los titulares de la marca ven en tales actividades, con relativa frecuencia, la concurrencia del motivo fundamental para hacer operativa la excepción al agotamiento analizado; a saber, la protección al consumidor y, al tiempo (y a su través), la garantía del

BURGOS, E., Dirs.): *Distribución comercial: todas las claves de la distribución desveladas por las grandes compañías del sector*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2017, págs. 1381-1400. Los elementos clave del problema ya en GÓMEZ LÓPEZ, C.: *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Cizur Menor (Civitas/Thomson), 2007.

²¹ SSTJCE de 16 de julio de 1998, C-355/96, asunto *Silhouette*, y de 1 de julio de 1999, C-173/98, asunto *Sebago*. Un comentario especialmente sugerente en RUIZ PERIS, J. I.: “Agotamiento comunitario de la marca y agotamiento internacional en la doctrina del Tribunal de Justicia”, en AA.VV. (VILATA, S., Coord.): *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del Derecho Europeo*, Valencia (Universidad de Valencia/Generalitat Valenciana), 2005, págs. 353 y ss.; también harto ilustrativo el resumen de GARCÍA VIDAL, A.: “El alcance territorial del agotamiento de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE”, *Actas de Derecho Industrial*, T. XX, 1999, págs. 567 y ss., en particular pág. 587.

²² Su descripción y la frecuencia con que se manifiesta en ABEDI VALUGERDI, N.: *Parallel trade of pharmaceutical drugs within the European Union. A Competition Law perspective*, Tesis Doctoral, Estocolmo (Universidad de Estocolmo), 2017, págs. 30-32, en <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1164374/FULLTEXT01.pdf>.

origen del producto a adquirir²³, por cuanto se consigue evitar su modificación o alteración después de producida la comercialización en el interior del EEE²⁴.

Poco importará, por ende, si el motivo del reetiquetado o reenvasado tiene que ver, por ejemplo, con cubrir las exigencias recogidas en la norma del país de importación²⁵, con la necesidad de traducción para que el lenguaje sea el utilizado por el potencial adquiriente, con hacerlo más atractivo para el consumidor final en el Estado donde va a ser importado, con responder a las expectativas del país destinatario o con cualesquiera otros de naturaleza similar²⁶. Lo realmente trascendente es que el enfrentamiento de intereses ha tenido lugar con tal frecuencia e intensidad como para generar un destacado cuerpo de jurisprudencia, cuyos cimientos quedaron asentados a finales de los años setenta del pasado siglo, pero ha encontrado continuidad a través de cuanto, no sin razón, ha sido calificada como “la saga de nunca acabar sobre reenvasado y uso de marca”²⁷.

De entrar a su análisis, cabrá comprobar cómo el Tribunal de Justicia ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse sobre el agotamiento de marca y los márgenes de la excepción que abre la oposición legítima del titular a la comercialización ulterior de sus productos si han sido reenvasados por un tercero, o reetiquetados (cuando tal fuera el elemento de disputa²⁸), aunque esta última resulte ser siempre la forma menos intrusiva

²³ Por extenso, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, C.: *Los motivos legítimos que impiden el agotamiento de las marcas*, Granada (Comares), 2005, págs. 116 y ss.

²⁴ ARMENGOD, H. y BAUDENBACHER, L. M.: “The repackaging of pharmaceutical products and parallel trade in the EU”, *RAJ Pharma*, diciembre 2009, pág. 783, en <https://www.lw.com/thoughtLeadership/repackaging-of-pharma-products-and-parallel-trade-in-eu>

²⁵ Un elenco en KOUTRAKOS, P.: “Search of a common vocabulary in free movement of goods: The exemple of repackaging pharmaceuticals”, *European Law Review*, núm. 1, 2003, pág. 54; también ARIKAN, O.: *The expansion of trademark protection under article 5(1) (a) of the European Trade Mark Directive and its impact on parallel importation*, Tesis Doctoral, Manchester (Universidad de Manchester), 2014, pág. 221, en <https://www.escholar.manchester.ac.uk/api/datastream?publicationPid=uk-ac-man-scw:259977&datastreamId=FULL-TEXT.PDF>.

²⁶ HARRIS, K.: “Parallel imports: the never-ending saga on repackaging and use of trade marks may finally ending... and not before time”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 1, núm. 9, 2006, págs. 564 y ss.

²⁷ Sobre esta extensión y los elementos de semejanza y diferenciales, KUR, A. y DRIER, Th.: *European Intellectual Property Law: Texts, cases and materials*, Cheltenham (Edward Elgar), 2013, págs. 227.

²⁸ STJCE de 16 de abril 1991, C-347/89, asunto *Freistaat Bayern c. Eurim-Pharm*.

de acceder a un concreto mercado²⁹, con el propósito final de importarlos a otro Estado miembro.

En dos sentencias emblemáticas, antes incluso de la aprobación de la primera Directiva (89/104/CEE), sentó las bases en virtud de las cuales se acabará afirmando que el titular de la marca no podrá oponerse al reenvasado posterior de los productos comercializados con la suya, por considerar que, de hacerlo, podría llevar a una restricción encubierta del comercio³⁰.

Su construcción, afinada poco a poco a lo largo del tiempo, lleva a la formulación que recogen los pronunciamientos analizados, construida sobre cuanto disponen el artículo 13, apartado 2, del Reglamento 207/2009 (o 15 apartado dos, Reglamento 2017/2002) y del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2008/95 (o 15, apartado 2, de la Directiva 2015/2436), de los cuales se desprende que “la oposición del titular de la marca al reenvasado, por ser una excepción a la libre circulación de mercancías, no se puede admitir si el ejercicio, por parte del titular, del derecho conferido por la marca constituye una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros en el sentido del artículo 36 TFUE, segunda frase”³¹.

La razón fundamental viene dada por el dato de que el objetivo del derecho de marca no radica en permitir a los titulares compartimentar de manera artificial los mercados nacionales y favorecer así el mantenimiento de las diferencias de precio que puedan existir entre los Estados miembros; mucho menos aún si el reenvasado tiene lugar de tal manera que se respetan sus intereses legítimos, lo cual implica, en particular, que no afecte al estado original del medicamento o no esté en disposición de perjudicar la reputación de la marca³².

²⁹ Sirva la opinión del Abogado General en el caso decidido por la STJCE de 26 de abril de 2007, C-348/04, asunto *Boehringer Ingelheim y otros*.

³⁰ SSTJCE de 23 de mayo de 1978, C-102/77, asunto *Hoffmann-La Roche c. Centrafarm*; y de 3 de diciembre de 1981, C-1/81, asunto *Pzifer c. Eurim-Pharm*. Sobre la importancia de estos dos pronunciamientos, FORRESTER, I.: “The repackaging of trade marked pharmaceuticals in Europe: Recent developments”, *European Intellectual Property Review*, Vol. 22, núm. 11, 2000, pág. 516.

³¹ STJUE de 17 de mayo de 2018, C-642/16, asunto *Junek Europe-Vertrieb*.

³² SSTJEU de 10 de noviembre de 2016, C-297/15, asunto *Ferring*, y de 17 de mayo de 2018, C-642/16, asunto *Junek Europ-Vetrieb*.

Con todo, no puede dejar de hacerse eco reiterado de otros dos factores que pesan en el lado contrario de la balanza: de un lado, “el reenvasado de un producto que lleva una marca efectuado por un tercero sin la autorización del titular, puede crear riesgos reales para la garantía de procedencia de dicho producto”; de otro, “dado que la imposibilidad de que el titular invoque su derecho de marca para oponerse a la comercialización, con su marca, de productos reenvasados por un importador equivale a reconocer a este último una cierta facultad que, en circunstancias normales, está reservada al propio titular, procede, en interés del titular en su condición de propietario de la marca y para protegerlo contra cualquier abuso, no admitir esta facultad más que en la medida en que el importador respete algunas otras exigencias”³³.

Sigue así la doctrina de las que son conocidas como “condiciones BMS”, o “requisitos BMS”, en virtud de las cuales el titular de la marca, en principio, puede oponerse legítimamente a la comercialización ulterior en un Estado miembro de un producto farmacéutico designado con su marca e importado de otro Estado miembro, cuando su importador lo ha reenvasado y ha colocado nuevamente dicha marca. Tal es así a menos que concurran cuanto originariamente fueron cuatro condiciones³⁴, y acabaron consolidándose en cinco a partir del pronunciamiento que les proporciona denominación a través del acrónimo³⁵, a saber:

1.- La necesidad de reetiquetado o reenvasado. Vinculada, de manera principal, pero no únicamente³⁶, al dato de evitar la compartimentación artificial de los mercados de los Estados miembros, porque las circunstancias imperantes en el momento de la

³³ SSTJUE de 28 de julio de 2011, C-400/09 y C-207/10, asunto *Orifarm y otros*, y de 17 de mayo de 2018, C-642/16, asunto *Junek Euro-Vertrieb*.

³⁴ Las cuatro primeras ya en los conocidos supuestos dados por SSTJUE de 23 de mayo de 1978, C-102/77, asunto *Hoffmzün-La Roche c. Centrafarm*, y de 3 de diciembre de 1981, C- 1/81, asunto *Pzifer c. Eurim-Pharm*.

³⁵ Incorporado la que será la quinta de las BMS, STJCE de 11 de julio de 1996, C-427/93, C-429/93 y C-436/93, asuntos acumulados *Bristol-Myers Squibb y otros c. Paranova*. Asentando el criterio, SSTJCE de 11 de julio de 1996, C-71/94, C-72/94 y C-73/94, asuntos acumulados *Eurim-Pharm c. Beiersdorf y otros*, y 11 de julio de 1996, C-232/94, asunto *MPA Pharma c. Rhône-Poulenc Pharma*. Una aplicación ejemplar de esta doctrina en HONKSALO, P.: “Repackaging of pharmaceutical products imported in parallel”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 6, núm. 6, 2011, págs. 365-367.

³⁶ Sobre el carácter abierto de la lista y sus implicaciones, visionario el análisis de CASTRILLO DE LA TORRE, F.: “Trade marks and free movement of pharmaceuticals in the European Community. To partition or not to partition the market”, *European Intellectual Property Review*, Vol. 19, 1997, pág. 306.

comercialización en el Estado de importación obstaculizan el acceso efectivo al mercado del medicamento en el mismo envase en que se comercializa en el Estado de exportación. Alejando de la operación de reenvasado la sospecha de búsqueda de una ventaja comercial por el importador paralelo³⁷, al quedar acreditada su necesidad en un plano objetivo, que afecta no únicamente al hecho mismo del reenvasado, sino también a la elección de un nuevo embalaje y/o reetiquetado³⁸. A tal fin dibuja cinco aspectos fundamentales para ponderar el requisito: a) Cabrá entender exigible el reembalaje si en el Estado miembro de importación existen normas o prácticas que impidan comercializar tal producto en su mercado con la marca que ostenta en el Estado de exportación³⁹. b) Igual justificación cabe obtener cuando “exista en el mercado, o en una parte importante de este, una resistencia tan fuerte de una proporción significativa de consumidores frente a los medicamentos reetiquetados que el acceso efectivo al mercado se considere obstaculizado”⁴⁰; dando pie, de este modo, al “test de la preferencia del consumidor”, demandando prueba del importador a estos efectos sobre la necesidad del reenvasado “por razones prácticas”⁴¹. c) Podrá llevarse a cabo sin requerir el sometimiento a criterio de proporcionalidad alguno⁴², ni a ningún “principio de intervención mínima”⁴³, pues una vez establecido el derecho al reenvasado, el importador operará en pie de igualdad con el productor y titular de la marca. d) Habrá de tener lugar con necesaria demostración, en su caso, de “que el producto solo puede ser comercializado en una parte limitada del Estado

³⁷ STJUE de 10 de noviembre de 2016, C-297/15, asunto *Ferring*.

³⁸ STJCE de 26 de abril de 2007, C-348/04, asunto *Boehringer Ingelheim y otros*.

³⁹ STJCE de 12 de octubre de 1999, C-379/97, asunto *Upjohn*; resultando ser “un hito particularmente significativo después de la entrada en vigor de la primera Directiva de Marcas”, GRIGIENĖ, J.; CERCA, P. y PERKUMIENĖ, D.: “Can a parallel importer rebrand pharmaceutical products in the EU?”, *Baltic Journal of European Studies*, Vol. 9, núm. 1, 2019, pág. 65.

⁴⁰ STJCE de 23 de abril de 2002, C-443/99, asunto *Merck Sharp & Dohme c. Paranova*. Sobre las doctrinas del “objeto específico” y la “función esencial” a partir de este pronunciamiento, PRAT, C.: “Marcas y Derecho de la Competencia: una perspectiva quizá práctica”, *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2001, pág. 421.

⁴¹ STJCE de 23 de abril de 2002, C-143/00, asunto *Boehringer Ingelheim y otros*; un comentario muy medido en GROSS, N. y HARROLD, L.: “Fighting for pharmaceutical profits. The decision in *Boehringer v. Swingward*”, *European International Property Review*, Vol. 24, 2002, págs. 497-499.

⁴² STEFTA de 8 de junio de 2003, E-3/02, asunto *Paranova c. Merck y otros*, con expresiva valoración de CHEMTOB-CONCÉ, M. C.: “La nécessité d’établir des exigences plus strictes pour le reconditionnement des médicaments importés parallèlement”, *Propriété Industrielle*, núm. 9, 2009, págs. 10-14.

⁴³ STJCE de 22 de diciembre de 2008, C-276/05, asunto *The Wellcome Foundation*.

de importación”⁴⁴. e) En fin, y en la más reciente aportación, pone en cuestión la existencia de necesidad objetiva para poder reenvasar medicamentos genéricos con la marca del medicamento de referencia a fin de proceder a su comercio paralelo en el EEE, pues insiste en que tal facultad únicamente puede ser reconocida cuando se trata de medicamentos “idénticos en todos los aspectos” (lo cual ocurre, por ejemplo y “en particular”, cuando el de referencia y genérico es fabricado por la misma entidad o por entidades económicamente vinculadas), añadiendo otros dos requisitos al establecer, en primer lugar, que la exigencia de necesidad no opera cuando el genérico se corresponde en todos los aspectos con el de referencia, pues en este caso se puede comercializar el primero con su marca de origen; en segundo término, que queda proscrita tal viabilidad si el cambio de marca únicamente pretende una ventaja económica⁴⁵.

2.- Preservación del estado original del producto. De manera tal que “el consumidor o el usuario final no se vea inducido a error sobre la procedencia de los productos, sino que reciba efectivamente productos fabricados bajo el control único del titular de la firma”⁴⁶. El propio Tribunal proporciona una verdadera lista de presunciones relacionadas con una falta de “directa afectación”, para integrar ejemplos como los siguientes⁴⁷: a) Comercialización del producto en un embalaje doble si el reenvasado solo afecta en sentido estricto a ese envoltorio, dejando intacto el interior. b) Producto reenvasado controlado por una autoridad pública para garantizar su integridad. c) Retirada de los blísteres, los frascos, los tubos, las ampollas o los inhaladores de su embalaje exterior de origen y acomodado en un nuevo exterior. d) Colocación de etiquetas autoadhesivas en los frascos, tubos, ampollas o inhaladores. e) Añadido al empaquetado de nuevos prospectos o folletos informativos redactados en la lengua del Estado de importación. f) Inclusión de un artículo suplementario, como un atomizador, que no procede del titular de la marca. g) Sustitución limitada al embalaje exterior, sin modificar el interior, y dejando visible, a

⁴⁴ STJUE de 10 de noviembre de 2015, C-297/15, asunto *Ferring*.

⁴⁵ STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-253/20 y 254/20, asunto *Impexco*.

⁴⁶ SSTJCE de 23 de mayo de 1978, C-102/77, asunto *Hoffmann-La Roche c. Centrafarm*, y de 11 de julio de 1996, C-239/94, asunto *MPA Pharma c. Rhône-Poulenc Pharma*.

⁴⁷ La consideración, su fundamentación y el elenco-selección en el ilustrativo análisis de YAMPOLSKA, O.: “Trade Marck Law issues related to repackaging of pharmaceutical products in the Europe Union”, *Teoría y Práctica de la Propiedad Intelectual* (trad. rusa), núm. 3, 2014, pág. 59.

través del nuevo, la marca colocada por el fabricante sobre el envase interior. h) Inserción en el envase externo de un prospecto conteniendo indicaciones relativas al medicamento. i) Apertura del embalaje original, bien para poner una etiqueta, bien para proceder a su reenvasado en cajas diseñadas por el importador con reproducción de la marca, o sin reproducir esta y dejando noticia solo del nombre genérico del producto. j) Colocación de una pequeña etiqueta adicional en una parte no impresa del embalaje original de un envase que, por lo demás, no fue abierto.

Por el contrario, ha estimado que en la operación de manipulación puede verse “indirectamente afectado” si –y “en particular”— concurre una de estas dos circunstancias⁴⁸: a) El embalaje exterior o interior del producto reenvasado, o el nuevo prospecto o folleto informativo, no incluyen datos importantes o mencionan informaciones inexactas sobre la naturaleza del producto, su composición, sus efectos, su utilización o su conservación. b) El artículo suplementario incluido por el importador en el embalaje, y destinado a la ingestión y dosificación del producto, no respeta el modo de empleo y las dosis previstas por el fabricante.

3.- Identificación del fabricante y del importador. “En interés del titular, como propietario de la marca, y para protegerlo de cualquier abuso”, se estableció desde los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia en la materia que una medida específica a exigir habría de venir dada por el dato de que “el consumidor o el usuario final no sea inducido a creer que dicho titular es responsable de dicho reenvasado [,para lo cual] debe indicarse en el embalaje quien ha reenvasado el producto”. Igual interés cabría seguir del fabricante “en que no se induzca al consumidor o al usuario final a creer que el importador es titular de la marca y que el producto ha sido fabricado bajo su control”. La reseña requerida ha de figurar en el exterior del embalaje, e “impresa de manera que pueda ser comprendida por una persona con una vista normal y un grado de atención normal”; “en cambio, no puede exigirse que, además, el embalaje señale expresamente que el reenvasado ha sido realizado sin autorización del titular de la marca, ya que tal indicación

⁴⁸ Los supuestos de STJCE de 11 de julio de 1996, C-427/93, C-429/93 y C-436/93, asuntos acumulados *Bristol-Myers Squibb c. Paranova*.

puede interpretarse (...) como signo de que el producto reenvasado no es totalmente regular”⁴⁹.

4.- Protección de la regulación de la marca y de su titular frente a los perjuicios de una “presentación inadecuada” del producto. Exigencia que parte de entender que “un embalaje defectuoso, de mala calidad o descuidado podría perjudicar la reputación de la marca en circunstancias tales como las que concurren cuando quien reenvasa: a) No incluya la marca en el nuevo embalaje externo (*de-branding*). b) Aplique en el nuevo embalaje exterior su propio logotipo o su propio estilo o presentación o una presentación que utiliza para unos productos diferentes (*co-branding*). c) Adhiera una etiqueta externa adicional de modo que oculte total o parcialmente una de las marcas del titular. d) No señale en la etiqueta adicional que la marca de que se trata pertenece a su titular. e) Imprima su nombre en letras mayúsculas”⁵⁰.

5.- El aviso previo al titular de la marca sobre la puesta a la venta del producto reenvasado. Demanda que obedece al propósito “de poder verificar que el reenvasado no se ha realizado de forma que afecte directa o indirectamente al estado original del producto y que la presentación después del reenvasado no perjudique la reputación de la marca”. Lo cual, además, le permitirá “protegerse mejor de las actividades de quienes infringen el derecho de marca”⁵¹. Precizando aún más, se añade que es el importador paralelo quien debe advertir al titular de marca, “por sí mismo”, “en todo caso” y dentro de “un plazo razonable”, sobre el reenvasado previsto con el propósito de que pueda efectuar —si así lo estima pertinente— una defensa eficaz de sus derechos⁵².

⁴⁹ STJCE de 11 de julio de 1996, C-427/93, C-429/93 y C-436/93, asuntos acumulados *Bristol-Myers Squibb c. Paranova*, y 11 de julio de 1996, C-232/94, asunto *MPA Pharma c. Rhône-Poulenc Pharma*. Con mayor detalle aún, STJUE de 28 de julio de 2011, C-400/09 y C-207/10, asuntos acumulados *Orifarm y otros y Paranova y otros*. Un comentario imprescindible sobre esta exigencia en FORN, F.: “Il fármaco di importazione parallela ha trovato l’autore del suo riconfezionamento”, *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Vol. LII, núm. 1-2, 2013, págs. 113-118.

⁵⁰ Los ejemplos de STJCE 26 de abril de 2007, C-348/04, asunto *Boehringer Ingelheim y otros*.

⁵¹ STJCE de 11 de julio de 1996, C-427/93, 429/93 y 436/93, asunto *Bristol-Myers Squibb c. Paranova*.

⁵² STJCE de 23 de abril de 2002, C-143/00, asunto *Boehringer Ingelheim y otros*.

III.- DISPOSITIVOS DE SEGURIDAD Y NECESIDAD OBJETIVA DE REENVASADO PARA UN ACCESO EFECTIVO AL MERCADO DEL ESTADO DE IMPORTACIÓN. BASES PARA UNA DOCTRINA GENERAL

Dentro del marco de la primera de las condiciones, o el primero de los requisitos BMS, se suscita la cuestión clave común los tres pronunciamientos que se toman como punto de partida: si existe o no agotamiento de marca y, por ende, si es objetivamente necesario un nuevo embalaje con un nuevo identificador único o, por otra, existen otras soluciones menos perjudiciales para el titular de la marca⁵³.

Aunque con distinta construcción sistemática de carácter puntal, las tres sentencias reproducen el mismo discurso, convertido ahora en doctrina común, antes de abordar las heterogéneas variantes que se surgen a partir de los matices de cada caso concreto.

El discurso principia señalando que tanto la Directiva 2011/62 del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2001/53 (considerando 2 y 3), como el Reglamento Delegado 2016/161 (considerando 1), recuerdan cómo la reforma que incorporan trata de responder a la creciente amenaza para la salud derivada de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal. Entre otras medidas se incorporó una letra o) al art. 54 de la Directiva, a partir de la cual el embalaje exterior (o su acondicionamiento primario) debe estar provisto de dispositivos de seguridad que permitan a los distribuidores al por mayor, así como y a las personas autorizadas a suministrar medicamentos al público, comprobar autenticidad del medicamento de que se trate, identificar envases individuales y verificar si el embalaje exterior ha sido objeto de manipulación.

A partir de lo dispuesto en el art. 54 bis, apartado 2, el Reglamento Delegado 2016/161, obran previsiones detalladas para los dos tipos de dispositivos que regula, “incorporando

⁵³ Sobre las diferencias fundamentales entre reenvasado y reetiquetado a estos efectos, con versión corregida en junio de 2021, EUROPEAN MEDICINES AGENCY: “Frequently asked questions about parallel distribution”, apartado “parallel distribution notification check”. Pregunta núm. 4, pág. 12, en <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/post-authorisation/parallel-distribution/frequently-asked-questions-about-parallel-distribution>

así las soluciones y tecnologías modernas ya contrastadas en otros productos”⁵⁴: de un lado, un identificador único; de otro, un dispositivo contra manipulaciones que permita constatar si el embalaje ha sido manipulado⁵⁵. En su art. 25, apartado 1, impone a las personas autorizadas o facultadas para dispensar medicamentos la obligación de verificar esos dispositivos de seguridad y en sus arts. 24 a 30 les prohíbe dispensar un medicamento cuando consideren que su embalaje ha sido manipulado.

Las garantías encuentran continuidad en el art. 47 bis, apartado 1, de la Directiva, cuando determina que los dispositivos de seguridad únicamente podrán ser suprimidos o cubiertos de cumplir unas condiciones estrictas que garanticen la autenticidad del medicamento y la ausencia de cualquier manipulación ilícita. Entre ellas, figura de manera específica [en su letra b)] la exigencia de que los dispositivos sean “equivalentes”, entendiéndose por tal, en particular, que permitan verificar la autenticidad de los medicamentos en cuestión, o identificarlos con igual eficacia y comprobar si han sido objeto de manipulación.

Al contemplar la “sustitución” de los dispositivos de seguridad, parece claro que la norma no ha querido impedir la reutilización de los embalajes exteriores originales aun cuando estuvieran desprovistos de tales dispositivos⁵⁶. Interpretación corroborada por los arts. 34, apartado 4, y 35, apartado 4, del Reglamento Delegado 2016/161, en virtud de los cuales un identificador único puede ser colocado tanto en un envase reenvasado como en un envase reetiquetado o en un nuevo embalaje, siempre y cuando permitan cumplir con lo previsto en la mentada letra b) del art. 47 bis, apartado 1, esto es, verificar, con la misma eficacia que el dispositivo contra las manipulaciones del original, la autenticidad de los

⁵⁴ STYCH, M.: “The falsified medicines Directive and legal guarantees to ensure authenticity of medicines. The impact of drug serialization of medicine safety in the EU”, *Scientific Papers of Silesian University of Technology, Organization and Management Series*, núm. 129, 2019, pág. 557.

⁵⁵ Una semblanza de ambas medidas, tan sintética como acertada desde el punto de vista práctico para un jurista, en DEL CASTILLO RODRÍGUEZ, C. y ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, S.: “Nuevo marco legal para la erradicación de los medicamentos falsificados: los nuevos dispositivos de seguridad”, cit., pág. 41. Con superior completitud técnica, STRUGAR, I.: “Serialization. Legal and information technology framework to track product from producer to consumer”, cit., págs.7-9.

⁵⁶ DUCRET, E. *et alii*: “On the road to serialisation: A practical application”, *European Journal of Hospital Pharmacy*, Vol. 26, núm. 1, A28-A29.

medicamentos, su identificación, así como que el embalaje exterior no ha sido abierto de manera ilícita entre el momento del reenvasado y el de dispensación al público.

En este sentido, la presencia en el embalaje exterior de un medicamento de eventuales rastros de apertura no basta, *per se*, para entender que el dispositivo contra manipulaciones sustitutivo no es equivalente; al menos cuando no exista ninguna duda ni para los mayoristas ni para las personas autorizadas o facultadas para dispensar medicamentos de que esos rastros se deben al reenvasado por un importador paralelo. A este fin, la mención de quien ha realizado el reenvasado en el embalaje exterior, aclara a cuantos operadores intervienen en fases posteriores de la cadena de suministro el origen de los rastros de apertura, que bien pueden obedecer a una manipulación lícita⁵⁷.

Otro criterio, cuando la presencia de tales rastros es de todo punto inevitable, privaría de efecto útil a los preceptos hasta ahora comentados, llevando a una doble conclusión⁵⁸:

A.- En primer lugar, el reenvasado debe considerarse necesario cuando el dispositivo de seguridad situado en el embalaje exterior del medicamento no puede ser sustituido objetivamente por otro equivalente; sopesando, a tal propósito, que la presencia de rasgos de apertura no basta, en sí misma, para considerar incumplido el requisito de equivalencia. Cuando no quepa esta sustitución, el ejercicio de oposición al reenvasado por el titular de la marca constituiría una restricción encubierta del comercio, proscrita a partir de cuanto dispone el art. 36 TFUE, segunda frase, pues contribuiría a compartimentar artificialmente los mercados nacionales dentro de la Unión y a favorecer el mantenimiento de las diferencias de precio entre los Estados. Valoración que satisface la función esencial del derecho de marca, situada en garantizar al consumidor o usuario final la identidad de origen del producto, permitiéndole distinguirlo, sin confusión posible, de cuantos tienen otra procedencia; por ende, que no ha sido objeto, en una fase anterior de su comercialización, de la intervención por un tercero sin autorización del titular de la marca capaz de haber afectado a su estado original.

⁵⁷ Sobre tal vía, más sencilla de identificación visual por los farmacéuticos, la constatación empírica de BARRETT, R.: “Evaluation on community pharmacists’ readiness to implement the falsified medicines Directive (Directive 2011/62/EC): An English cross-sectional survey with geospatial analysis”, *BMJ Open*, Vol. 10, núm. 1, 2020, pág. 4.

⁵⁸ LUCIC, S.: “Current problems of trademark exhaustion in foreign court practice”, *Pravo*, Vol. 40, núm. 2, 2023, págs. 66 y 67.

El Tribunal sienta así que “cuando no cabe duda alguna, en la mente de los consumidores, de que los rastros de apertura del embalaje exterior de un medicamento son imputables al reenvasado de este último por un importador paralelo, queda asegurada la garantía de procedencia de dicho medicamento”.

B.- También constituye un obstáculo al acceso efectivo de un medicamento reetiquetado al mercado en un Estado, que hace preciso el reenvasado mediante sustitución del embalaje, la existencia en ese mercado o en una parte importante del mismo de una fuerte resistencia de una proporción significativa de los consumidores frente a los medicamentos reetiquetados. En esta ocasión, el nuevo embalaje no encontraría explicación en la búsqueda de una ventaja comercial, sino en un acceso efectivo al mercado. Igual conclusión se obtiene cuando el rechazo de los consumidores lo es a un medicamento con embalaje exterior que presente rastros visibles de apertura causados por la sustitución del dispositivo contra manipulaciones originales por otro equivalente.

De nuevo, bajo tales circunstancias “no puede admitirse la oposición del titular de la marca a tal reenvasado en la medida en que contribuiría a una compartimentación artificial de los mercados entre los Estados miembros”⁵⁹.

Eso sí, un importador paralelo no puede actuar sobre la base de una presunción general de resistencia de los consumidores frente a los medicamentos reetiquetados cuyo dispositivo contra las manipulaciones haya sido sustituido, sino que tal realidad habrá de ser apreciada en cada caso concreto; sopesando, en particular, las circunstancias imperantes en el Estado de importación al momento de la comercialización, así como el hecho de que los rastros de apertura sean visibles o, por el contrario, únicamente resulten detectables tras una verificación en profundidad por los mayoristas o personas autorizadas

⁵⁹ Sobre esta valoración por los consumidores a la luz de la manipulación de los dispositivos de seguridad, ANCEVSKA NETKOVSKA, K. *et alii*: “The role of intellectual property rights and the package safety features in the prevention of counterfeit medicines”, *Archiv za Farmaciju*, Vol. 70, 2020, págs. 339. Interrogándose sobre los requisitos a sopesar para considerar que en el Estado de importación existe una resistencia frente a medicamentos reetiquetados con dispositivos antimanipulación, ALCOVER, L.: “Reenvasado y reetiquetado en las importaciones paralelas de medicamentos”, *Cápsulas*, núm. 233, 2023, pág. 3, en <https://faus-moliner.com/reenvasado-y-reetiquetado-en-las-importaciones-paralelas-de-medicamentos/>.

o facultadas para dispensar medicamentos en cumplimiento de la obligación que les ha sido atribuida⁶⁰.

Como declaración final, o doctrina, sienta que la normativa europea debe interpretarse en el sentido de que “el titular de una marca tiene derecho a oponerse a la comercialización, por parte de un importador paralelo, de un medicamento reenvasado en un nuevo embalaje exterior en el que se haya vuelto a colocar dicha marca cuando la sustitución del dispositivo contra las manipulaciones del embalaje exterior original, realizada de conformidad [la normativa europea] (...) dejaría rastros visibles, o perceptibles al tacto, de la apertura de ese último embalaje siempre que: no quepa duda alguna de que esos rastros de apertura son imputables al reenvasado de dicho medicamento por ese importador paralelo, y esos rastros no provoquen, en el mercado del Estado miembro de importación o en una parte importante de este, una resistencia tan fuerte de una proporción significativa de consumidores frente a los medicamentos de este modo reenvasados que constituya un obstáculo al acceso efectivo a dicho mercado”.

Este criterio judicial viene a coincidir, en lo básico, con el mantenido previamente por la Agencia Europea del Medicamento⁶¹ y por la Comisión Europea (modificado en sucesivas fechas desde 2021) y que, en lo atinente a la materia aquí abordada, contienen cuanto cabe sintetizar en cuatro previsiones de interés⁶²:

1.- No existen otras especificaciones obligatorias para los dispositivos contra manipulaciones distintas a las previstas en la Directiva 2001/03 y el Reglamento

⁶⁰ Interesantes las apreciaciones que, sobre la base de la STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-204/20, asunto *Bayer Intellectual Property*, realiza LUCIC, S.: “Current problems of trademark exhaustion in foreign court practice”, cit., pág. 68. Sobre problemas específicos que se pueden plantear para esta verificación en el ámbito de la Farmacia Hospitalaria, HUG, M.; PINTO DE CASTRO, N. y MACK, C.: “Impact of the implementation of the falsified medicines Directive on a healthcare institution”, cit., A22.

⁶¹ EUROPEAN MEDICINES AGENCY: “Frequently asked questions about parallel distribution”, cit., apartado “General”, pregunta núm. 9, pág. 4.

⁶² EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE-GENERAL FOR HEALTH AND FOOD SAFETY): *Safety features for medicinal products for human use (Versión 20)*, preguntas 1.14, 1.20, A.21, 1.22, 7.15, 8.4 y 8.8, págs. 6, 8, 9, 10, 29, 30, 32 y 33, en https://health.ec.europa.eu/system/files/2022-06/qa_safetyfeature_en_0.pdf. Existe una traducción no oficial de la Versión 16 disponible en MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO (AEMPS): *Documento de preguntas y respuestas en relación con los dispositivos de seguridad de medicamentos de uso humano*, 2019, en https://www.aemps.gob.es/industria/dispositivos_seguridad/docs/Q-A-safetyfeatures.pdf. La valoración sobre este criterio administrativo previo en QUARD, S.: “Requirements of the falsified medicines Directive’s delegated act in safety features”, *Regulatory Rapporteur*, Vol. 4, núm. 4, 2017, pág. 10.

Delegado 2016/161⁶³. La norma CEN EN 219176:2020, “Reenvasado. Dispositivos de verificación de manipulación en los envases de medicamentos”, es dispositiva para los fabricantes, quienes la pueden considerar para proceder de manera adecuada.

2.- Cabe volver a sellar el envase que tiene que llevar dispositivos de seguridad si se abre legalmente bajo determinadas circunstancias, y siempre sometido al control de la autoridad nacional competente del Estado miembro de destino. En concreto, “los distribuidores/fabricantes paralelos que deseen volver a sellar envases deben proporcionar a la autoridad competente en el Estado miembro de destino información suficiente para permitir una evaluación informada de la equivalencia del nuevo dispositivo contra las manipulaciones (descripción, explicación, maquetas, imágenes, etc. tanto del dispositivo contra las manipulaciones original como del de reemplazo). El nuevo dispositivo contra las manipulaciones colocado sólo puede considerarse equivalente si, entre otras cosas, es igualmente eficaz para permitir la verificación de la autenticidad del medicamento y para proporcionar evidencia de manipulación.

Un dispositivo contra las manipulaciones colocado encima de un dispositivo contra las manipulaciones viejo roto puede considerarse tan eficaz para proporcionar evidencia de manipulación como un dispositivo contra las manipulaciones colocado en un embalaje exterior intacto únicamente si:

- a) El nuevo dispositivo contra las manipulaciones sella completamente el envase y cubre cualquier signo visible del dispositivo contra las manipulaciones original roto.
- b) La sustitución del dispositivo contra las manipulaciones se realiza de conformidad con las normas de correcta fabricación de medicamentos aplicables y está sujeta a supervisión por la autoridad competente.
- c) El fabricante que coloca el dispositivo contra las manipulaciones equivalente ha verificado la autenticidad del identificador único y la integridad del dispositivo contra las manipulaciones en el envase original antes de romper el dispositivo contra las

⁶³ En este sentido se comprende la afirmación que respecto al RD 717/2019, de 5 de diciembre (“el sistema de Seguridad que prevé viene impuesto por el art. 54 bis de la Directiva”), efectúa la STS, Cont.-Adm. 9 junio 2011 (rec. 24/2020).

manipulaciones/abrir el envase original, de conformidad con el artículo 47bis(1)(a) de la Directiva 2001/83/CE”.

En este supuesto, el fabricante que coloque un dispositivo contra las manipulaciones equivalente debe asegurarse de que el envase está perfectamente re-sellado y no se vean signos del dispositivo contra las manipulaciones original que ha sido roto, ajustándose a cuanto prescriben los arts. 24 y 30 del Reglamento Delegado 2016/161.

Queda claro, por tanto, que los distribuidores paralelos que cubran o eliminen los dispositivos de seguridad existentes deben colocar otros equivalentes ajustados a cuanto previene el art. 47 bis de la Directiva 2001/53. Además, si cambian el código y/o el número de lote del producto objeto de comercio paralelo respecto al original, deberán colocar otro identificador único después de desactivar el original. El nuevo habrá de cumplir los requisitos del Estado miembro donde se pretende comercializar el medicamento atendiendo a lo previsto en el art. 17 del Reglamento Delegado 2016/161, así como en los arts. 33, 40 y 42 de la Directiva en lo relativo a la carga y conservación de la información sobre el nuevo identificador único en el sistema de repositorios.

3º.- Los importadores paralelos no solo están obligados a cumplir con el art. 33 del Reglamento Delegado 2016/161, y cargar la información sobre el nuevo identificador en el sistema de repositorios, cuando reenvasen/reetiqueten y coloquen dispositivos de seguridad nuevos en sustitución de los originales; en este caso, además, si no poseen autorización de comercialización en el sentido del art. 6 de la Directiva 2001/83, no podrán designar a sus propios mayoristas y, en consecuencia, no deberán cargar una lista de mayoristas en el sistema de repositorios. En todo caso, al hacer que cumplan con lo previsto en tal precepto (y también en los arts. 40 y 42) habrán de ser considerados a todos los efectos como “personas responsables de la comercialización de esos medicamentos” en el Estado de importación.

4.- En fin, en ningún caso la desactivación del identificador único original puede ser realizada por el mayorista que recibe el producto, La competencia a tal efecto queda atribuida al distribuidor paralelo que posea la autorización de fabricación (conferida el art. 16 del Reglamento Delegado 2016/161) para sustituir los dispositivos de seguridad.

IV.- APORTACIONES SINGULARES SOBRE LOS DISPOSITIVOS DE SEGURIDAD EN EL CRITERIO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Al lado de la doctrina general comentada, que con variantes de menor enjundia se reitera a lo largo del texto de los tres pronunciamientos sometidos a consideración, dos de ellos introducen algunas precisiones que bien cabría calificar como estrictamente técnicas para completar la doctrina en torno a los dispositivos de seguridad.

Con la brevedad requerida a partir de condicionante enunciado, cabrá seguir como criterios de interpretación que:

A.- La exigencia contenida en los apartados 1 y 3 del art. 5 del Reglamento Delegado, a partir de la cual los fabricantes han de codificar el identificador único en un código de líneas bidimensional, imprimiendo en el embalaje sobre una superficie lisa, uniforme y poco reflectante, si examinada a la luz de Considerando 11 del propio texto lleva a colegir que “tiene por objeto permitir una lectura de alta velocidad del código de barras que contiene el antedicho identificador único y minimizar los errores de lectura de tal código, con el fin de facilitar a los mayoristas y a las personas autorizadas o facultadas para dispensar medicamentos la verificación de la autenticidad y la desactivación del mencionado identificador único”. Además, y ahora en relación con cuanto prevé el art. 6, su calidad de impresión (incluso cuando se coloque en un embalaje mediante una etiqueta) debe permitir garantizar una lectura con precisión a lo largo de la cadena de suministro hasta, al menos, un año después de la fecha de caducidad, o hasta cinco años después de que el medicamento haya sido puesto a la venta o distribución (si este plazo fuera mayor).

Sobre tales premisas, y siguiendo cuando establecen los arts. 47 bis 1 b) de la Directiva y el art. 17 del Reglamento Delegado, cuando el identificador único fuera sustituido por un dispositivo equivalente, sobre el fabricante pesa la obligación de verificar que su estructura y composición (código del producto y número nacional de reembolso y otro número nacional de identificación) cumplen los requisitos del Estado miembro en que el medicamento vaya a comercializarse, de modo que el identificador único pueda verificarse en cuanto a su autenticidad y ser desactivado.

El Tribunal de Justicia entiende que la utilización del verbo “colocar”, en lugar del verbo “imprimir”, tiene el sentido de resaltar que el reetiquetado del embalaje exterior de un

medicamento únicamente puede ser llevado a cabo, en la práctica, mediante una etiqueta colocada en ese embalaje. Por consiguiente, la norma no puede ser interpretada en el sentido de obligar a un importador paralelo a imprimir el código de barras con el identificador único equivalente directamente en el embalaje exterior de un medicamento reetiquetado. Con todo (en atención al considerando 15), y en la medida en que la verificación de la autenticidad del identificador único aspira a garantizar que el medicamento procede su fabricante legítimo, será preciso asegurar que la etiqueta con identificador equivalente no pueda retirarse para ser colocada en otro embalaje distinto, pues, de lo contrario, no solo no garantizaría la autenticidad del fármaco, sino que permitiría introducir en la cadena de suministro medicamentos falsificados. A sus resultados, “esta etiqueta no debe poder retirarse sin ser estropeada”.

En secuencia lógica, aun cuando a partir de cuanto dispone el art. 16.1 b) del Reglamento Delegado, no es necesario que la retirada de la etiqueta con el identificador único equivalente deje rastros en el embalaje exterior del medicamento, los mayoristas y personas autorizadas o facultadas para dispensar medicamentos habrán de excluir de la cadena de suministros a los provistos de un identificador único descentrado.

Doctrina compendiada bajo la doctrina siguiente: “el art. 5.3 del Reglamento Delegado debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el código de barras con el identificador único al que se refiere el artículo 3, apartado 2, letra a), de dicho Reglamento Delegado se coloque en el embalaje exterior del medicamento mediante una etiqueta adhesiva, siempre que esta no pueda retirarse sin ser estropeada y que, en particular, el código de barras siga siendo perfectamente legible a lo largo de la cadena de suministro y durante todo el período previsto en el artículo 6 del referido Reglamento Delegado”⁶⁴.

B.- El art. 47 bis de la Directiva 2001/83, y en su desarrollo el Reglamento Delegado 2016/161, establecen normas exhaustivas en cuanto a las condiciones que deben cumplirse para proceder a la sustitución de los dispositivos de seguridad, permitiendo afirmar que la Unión ha llevado a cabo una armonización completa, de tal forma que los Estados no pueden prohibir ni impedir la comercialización de medicamentos en su territorio por motivos relacionados con el etiquetado o el prospecto si se ajustan a las

⁶⁴ STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-147/20, asunto *Novartis Pharma*.

disposiciones del Título V de la Directiva (“Etiquetado y prospecto”), no quedando facultados los Estados a adoptar disposiciones al respecto excepto en los casos enunciados en el apartado 5 del art. 54 bis, en el art. 57 y en el apartado 2 del art. 69.

Admitir que los Estados puedan introducir exigencias adicionales a las previstas en el Derecho de la Unión supondría obstaculizar la comercialización de medicamentos, reenvasado o no, provistos de los dispositivos de seguridad que rigen en todo el territorio común.

Se sienta así como doctrina que la Directiva y el Reglamento deben interpretarse en el sentido de que “se oponen a que un Estado miembro establezca que los medicamentos importados paralelamente deban, en principio, ser objeto de un reenvasado en un nuevo embalaje y que solo pueda recurrirse al reetiquetado y a la colocación de nuevos dispositivos de seguridad en el embalaje exterior original de dichos medicamentos a petición de parte y en casos excepcionales, como, en particular, cuando exista riesgo de interrupción del suministro del medicamento de que se trate”⁶⁵.

C.- En íntima relación con lo anteriormente significado, y con carácter específico, la norma europea se opone a que “un Estado miembro establezca que los medicamentos importados paralelamente deban, en principio, ser objeto de un reenvasado en un nuevo embalaje y que solo pueda recurrirse al reetiquetado y a la colocación de nuevos dispositivos de seguridad en el embalaje exterior original de dichos medicamentos a petición de parte y en casos excepcionales, como, en particular, cuando exista riesgo de interrupción del suministro del medicamento de que se trate”⁶⁶.

D.- Para completar la afirmación precedente, y a partir de cuanto disponen los arts. 9, apartados 2, y 15 del Reglamento 2017/1001 y los arts. 10, apartado 2, y 15 de la Directiva 2015/2436, si puestos en relación con los arts. 34 y 36 TFUE, “una normativa de un Estado miembro que establece que los medicamentos importados paralelamente deben, en principio, ser objeto de un reenvasado en un nuevo embalaje y que solo puede recurrirse al reetiquetado y a la colocación de nuevos dispositivos de seguridad en el embalaje exterior original de dichos medicamentos a petición de parte y en casos

⁶⁵ STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-224/20, asunto *Merck Sharp & Dohme y otros*.

⁶⁶ STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-224/20, asunto *Merck Sharp & Dohme y otros*.

excepcionales no obstaculiza el ejercicio, por parte del titular de una marca, de su derecho a oponerse a la comercialización por un importador paralelo de un medicamento reenvasado en un nuevo embalaje exterior en el que se haya vuelto a colocar dicha marca”⁶⁷.

E.- Cuando un importador paralelo indica en el nuevo embalaje exterior de un medicamento importado que este corresponde al medicamento comercializado por el titular con su marca y que los blísteres que se encuentran en el interior de ese nuevo embalaje exterior llevan dicha marca, coloca un signo idéntico a esta última en el envase del producto, en el sentido que recoge el art. 9, apartado 3, letra a) del Reglamento 2017/1001 y el art. 10, apartado 3, letra a) de la Directiva 2015/2436; de igual modo, se ajusta a cuanto prevé la letra b) de ambos preceptos y apartados, pues si su acondicionamiento primario (como en el caso eran los blísteres) lleva la marca del titular, comercializa ese medicamento con un signo idéntico.

Esta es la razón por la cual el Tribunal se colige que un nuevo embalaje puede menoscabar las funciones de la marca y habilitar el legítimo interés del titular de oponerse al mismo. De ahí la doctrina a partir de la cual el requisito de necesidad “debe cumplirse en el supuesto en el que la marca que se encontraba en el embalaje exterior original del medicamento de que se trate haya sido sustituida por un nombre de producto diferente en el nuevo embalaje exterior de ese medicamento, siempre que el acondicionamiento primario de este último lleve la antedicha marca y/o ese nuevo embalaje exterior haga referencia a ello”⁶⁸.

F.- Tras recordar su criterio sobre el reenvasado de medicamentos y la posible afectación a la reputación de la marca, añade un nuevo ejemplo más al elenco de los supuestos contemplados en el art. 9, apartado 2, del Reglamento 2017/1001, así como de los arts. 10, apartado 2, y 15, apartado 2, de la Directiva 2015/2436, admitiendo que “el titular de una marca puede oponerse a la comercialización en un Estado miembro, por parte de un importador paralelo, de un medicamento importado de otro Estado miembro, que ese importador ha reenvasado en un nuevo embalaje exterior en el que haya vuelto a colocar

⁶⁷ STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-224/20, asunto *Merck Sharp & Dohme y otros*.

⁶⁸ STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-224/20, asunto *Merck Sharp & Dohme y otros*.

la marca del producto en cuestión del titular de la marca, pero no las demás marcas o indicaciones comerciales que se encontraban en el embalaje exterior original de dicho medicamento, cuando la presentación de ese nuevo embalaje exterior puede efectivamente perjudicar la reputación de la marca o cuando dicha presentación no permite o apenas permite al consumidor normalmente informado y razonablemente atento determinar si el referido medicamento procede del titular de la marca o de una empresa vinculada económicamente a este o si, por el contrario, procede de un tercero, menoscabando, de ese modo, la función de indicación del origen de la marca”⁶⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEDI VALUGERDI, N.: *Parallel trade of pharmaceutical drugs within the European Union. A Competition Law perspective*, Tesis Doctoral, Estocolmo (Universidad de Estocolmo), 2017, en <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1164374/FULLTEXT01.pdf>.
- AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS (AEMPS): *Estrategia frente a medicamentos falsificados, 2016-2019*, 2016, en https://www.aemps.gob.es/publicaciones/publica/docs/Estrategia_falsificados_2016-2019.pdf.
- ALCOVER, L.: “Reenvasado y reetiquetado en las importaciones paralelas de medicamentos”, *Cápsulas*, núm. 233, 2023, en <https://faus-moliner.com/reenvasado-y-reetiquetado-en-las-importaciones-paralelas-de-medicamentos/>.
- ANCEVSKA NETKOVSKA, K. *et alii*: “The role of intellectual property rights and the package safety features in the prevention of counterfeit medicines”, *Archiv za Farmaciju*, Vol. 70, 2020.
- ANDREU-MARCH, M. *et alii*: “Turn back crime: medicamentos ilegales y el papel del farmacéutico comunitario”, *Farmacéuticos Comunitarios*, Vol. 8, núm. 4, 2016.
- ANTÓN JUÁREZ, I.: *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, Madrid (La Ley), 2015.
- ARIKAN, O.: *The expansion of trademark protection under article 5(1) (a) of the European Trade Mark Directive and its impact on parallel importation*, Tesis Doctoral, Manchester (Universidad de Manchester), 2014, en <https://www.escholar.manchester.ac.uk/api/datastream?publicationPid=uk-ac-man-scw:259977&datastreamId=FULL-TEXT.PDF>.
- ARMENGOD, H. y BAUDENBACHER, L. M.: “The repackaging of pharmaceutical products and parallel trade in the EU”, *RAJ Pharma*, diciembre 2009, en <https://www.lw.com/thoughtLeadership/repackaging-of-pharma-products-and-parallel-trade-in-eu>
- BARRETT, R.: “Evaluation on community pharmacists’ readiness to implement the falsified medicines Directive (Directive 2011/62/EC): An English cross-sectional survey with geospatial analysis”, *BMJ Open*, Vol. 10, núm. 1, 2020.
- CALBOLI, I.: “Trademark exhaustion in the European Union: Community-wide or international? The saga continues”, *Marquette Intellectual Property Review*, Vol. 6, núm. 1, 2002.
- CASTRILLO DE LA TORRE, F.: “Trade marks and free movement of pharmaceuticals in the European Community. To partition or not to partition the market”, *European Intellectual Property Review*, Vol. 19, 1997.

⁶⁹ STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-224/20, asunto *Merck Sharp & Dohme y otros*.

- CHEMTOB-CONCÉ, M. C.: “La nécessité d’établir des exigences plus strictes pour le reconditionnement des médicaments importés parallèlement”, *Propriété Industrielle*, núm. 9, 2009.
- DEL CASTILLO RODRÍGUEZ, C. y ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, S.: “Nuevo marco legal para la erradicación de los medicamentos falsificados: los nuevos dispositivos de seguridad”, *Ars Farmacéutica*, Vol. 61, núm. 1, 2020.
- DREXL, J.: “EU Competition Law and parallel trade in pharmaceuticals: Lessons to be learned for WTO/TRIPS?”, en AA.VV. (ROSEN, J., Dir.): *Intellectual property and the crossroads of trade*, Cheltenham (Edward Elgar), 2013.
- DUCRET, E. *et alii*: “On the road to serialisation: A practical application”, *European Journal of Hospital Pharmacy*, Vol. 26, núm. 1, 2019.
- EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE-GENERAL FOR HEALTH AND FOOD SAFETY): *Safety features for medicinal products for human use (Versión 20)*, en https://health.ec.europa.eu/system/files/2022-06/qa_safetyfeature_en_0.pdf.
- EUROPEAN MEDICINES AGENCY: *Frequently asked questions about parallel distribution*, apartado “parallel distribution notification check” (Versión 22), en <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/post-authorisation/parallel-distribution/frequently-asked-questions-about-parallel-distribution>
- FANNI, S.: “La lucha contra la falsificación de medicamentos: cooperación internacional y justicia penal en el modelo del Convenio *Medicrime*”, en AA.VV.: *Actas del I Congreso Internacional “La Administración de Justicia en España”. Homenaje al Profesor José Martín Ostos, con motivo de su jubilación*, Sevilla (Astigi), 2020.
- FENNELLY, N.: “Rules and exceptions: Freedom of movement and intellectual property rights in the European Union”, en AA.VV. (HANSON, H. C., Eds.): *International Intellectual Property Law & Policy*, Vol. 5, Nueva York (Juris Publishing), 2003.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, C.: *Los motivos legítimos que impiden el agotamiento de las marcas*, Granada (Comares), 2005.
- FERNÁNDEZ-LASQUETTY QUINTANA, J. y DESANTES REAL, M.: “Marcas e importación paralela. El agotamiento comunitario e internacional”, en AA.VV. (MUÑOZ DEL CAZ, E. y ORTEGA BURGOS, E., Dirs.): *Distribución comercial: todas las claves de la distribución desveladas por las grandes compañías del sector*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2017
- FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, C.: *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2.ª ed., Madrid (Marcial Pons), 2004.
- FORN, F.: “Il fármaco di importazione parallela ha trovato l’autore del suo riconfezionamento”, *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Vol. LII, núm. 1-2, 2013.
- FORRESTER, I.: “The repackaging of trade marked pharmaceuticals in Europe: Recent developments”, *European Intellectual Property Review*, Vol. 22, núm. 11, 2000.
- GARCÍA VIDAL, A.: “El alcance territorial del agotamiento de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE”, *Actas de Derecho Industrial*, T. XX, 1999.
- GÓMEZ LÓPEZ, C.: *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Cizur Menor (Civitas/Thomson), 2007.
- GONZÁLEZ URIEL, D.: “Falsificación de productos médicos y delitos similares contra la salud pública: influencias internacionales y regulación nacional”, *Estudios de Deusto*, Vol. 65, núm. 1, 2017.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C.: “Importaciones paralelas y agotamiento del derecho de marca”, en AA.VV. (MORRAL SOLDEVILLA, R., Dir.): *Problemas actuales de Derecho de la Propiedad Industrial. II Jornadas de Barcelona*, Cizur Menor (Civitas/Thomson), 2012.
- GRIGIENÈ, J.; CERCA, P. y PERKUMIENÈ, D.: “Can a parallel importer rebrand pharmaceutical products in the EU?”, *Baltic Journal of European Studies*, Vol. 9, núm. 1, 2019.

- GROSS, N. y HARROLD, L.: “Fighting for pharmaceutical profits. The decision in *Boehringer v. Swingward*”, *European International Property Review*, Vol. 24, 2002.
- HARRIS, K.: “Parallel imports: the never-ending saga on repackaging and use of trade marks may finally ending... and not before time”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 1, núm. 9, 2006.
- HONKSALO, P.: “Repackaging of pharmaceutical products imported in parallel”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 6, núm. 6, 2011.
- HUG, M.; PINTO DE CASTRO, N. y MACK, C.: “Impact of the implementation of falsified medicines Directive on a healthcare institution”, *European Journal of Hospital Pharmacy*, Vol. 25, núm. 1, 2018.
- KOUTRAKOS, P.: “Search of a common vocabulary in free movement of goods: The example of repackaging pharmaceuticals”, *European Law Review*, núm. 1, 2003.
- KRYNYTSKYI, I.; NOHA, P. P. y SARANA, S. V.: “Serialization as new quality control system of medicinal products”, *Wiadomości Lekarskie*, Vol. LXXII, núm. 12, 2019.
- KUR, A. y DRIER, Th.: *European Intellectual Property Law: Texts, cases and materials*, Cheltenham (Edward Elgar), 2013.
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: “El agotamiento de marca”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 223, 1997.
- LUCIC, S.: “Current problems of trademark exhaustion in foreign court practice”, *Pravo*, Vol. 40, núm. 2, 2023.
- MARTÍN MUÑOZ, J.: *El llamado comercio paralelo en el Derecho Mercantil Europeo*, Madrid (Comillas), 2001.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, A.: “Aproximación al agotamiento del derecho de marca: entre la protección de la propiedad industrial y la libre competencia”, *La Ley Mercantil*, núm. 32, 2017.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO (AEMPS): *Documento de preguntas y respuestas en relación con los dispositivos de seguridad de medicamentos de uso humano (Versión 2018)*, 2019, en https://www.aemps.gob.es/industria/dispositivos_seguridad/docs/Q-A-safetyfeatures.pdf.
- NOLEN, N. y BALLING, S.: “Parallel trade of pharmaceuticals and its problems in the EU. How to address shortages, falsification risks, and non-transparency”, *CepInput*, núm. 11, 2021.
- OMS: *Sistema de vigilancia y monitoreo mundiales de la OMS para los productos médicos de calidad subestándar y falsificados (Resumen de orientación)*, Ginebra (OMS), 2018.
- PRAT, C.: “Marcas y Derecho de la Competencia: una perspectiva quizá práctica”, *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2001.
- QUARD, S.: “Requirements of the falsified medicines Directive’s delegated act on safety features”, *Regulatory Rapporteur*, Vol. 4, núm. 4, 2017.
- RUIZ PERIS, J. I.: “Agotamiento comunitario de la marca y agotamiento internacional en la doctrina del Tribunal de Justicia”, en AA.VV. (VILATA, S., Coord.): *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del Derecho Europeo*, Valencia (Universidad de Valencia/Generalitat Valenciana), 2005.
- STRUGAR, I.: “Serialization. Legal and information technology framework to track product from producer to customer”, *Intereulaweast*, Vol. III, núm. 1, 2016.
- STYCH, M.: “The falsified medicines Directive and legal guarantees to ensure authenticity of medicines. The impact of drug serialization of medicine safety in the EU”, *Scientific Papers of Silesian University of Technology, Organization and Management Series*, núm. 129, 2019.
- YAMPOLSKA, O.: “Trade Mark Law issues related to repackaging of pharmaceutical products in the Europe Union”, *Teoría y Práctica de la Propiedad Intelectual* (trad. rusa), núm. 3, 2014.

JURISPRUDENCIA CITADA

STJCE de 23 de mayo de 1978, C-102/77, asunto *Hoffmann-La Roche c. Centrafarm*.

STJC de 3 de diciembre de 1981, C-1/81, asunto *Pzifer c. Eurim-Pharm*.

STJCE de 16 de abril 1991, C-347/89, asunto *Freistaat Bayern c. Eurim-Pharm*.

STJCE de 11 de julio de 1996, C-71/94, C-72/94 y C-73/94, asuntos acumulados *Eurim-Pharm c. Beiersdorf y otros*.

STJCE de 11 de julio de 1996, C-239/94, asunto *MPA Pharma c. Rhône-Poulenc Pharma*.

STJCE de 11 de julio de 1996, C-427/93, 429/93 y 436/93, asunto *Bristol-Myers Squibb c. Paranova*.

STJCE de 16 de julio de 1998, C-355/96, asunto *Silhouette.*,

STJCE de 1 de julio de 1999, C-173/98, asunto *Sebago*.

STJCE de 12 de octubre de 1999, C-379/97, asunto *Upjohn*.

STJCE de 23 de abril de 2002, C-143/00, asunto *Boehringer Ingelheim y otros*.

STJCE de 23 de abril de 2002, C-443/99, asunto *Merck Sharp & Dohme c. Paranova*.

STJCE de 26 de abril de 2007, C-348/04, asunto *Boehringer Ingelheim y otros*.

STJCE de 22 de diciembre de 2008, C-276/05, asunto *The Wellcome Foundation*.

STJUE de 28 de julio de 2011, C-400/09 y C-207/10, asunto *Orifarm y otros*.

STJUE de 10 de noviembre de 2016, C-297/15, asunto *Ferring*.

STJUE de 17 de mayo de 2018, C-642/16, asunto *Junek Euro-Vertrieb*.

STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-147/20, asunto *Novartis Pharma*.

STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-204/20, asunto *Bayer Intellectual Property*.

STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-224/20, asunto *Merck Sharp & Dohme y otros*.

STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-253/20 y 254/20, asunto *Impexco*.

STEFTA de 8 de junio de 2003, E-3/02, asunto *Paranova c. Merck y otros*



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES
de
DERECHO

ADVANCING DISABILITY RIGHTS IN THE EU:
a blueprint in the social agenda of the Spanish presidency

DELIA FERRI

Professor of Law, Maynooth University School of Law and Criminology, Ireland

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU

TEULP 



Advancing disability rights in the EU: a blueprint in the social agenda of the Spanish presidency***Abstract***

The 2023 Spanish Presidency of the Council of the European Union marks the fifth time Spain has taken on this presidency since joining the former European Community (EC) in 1986. This presidential term arrives at a key juncture for the European Union (EU) as it falls in the final stretch of the EU institutional cycle before the European Parliament elections, scheduled in May 2024, which will see the appointment of a new Commission. In such a critical period, Spain is challenged with completing negotiations on strategic issues related to the digital and green transitions and a broad social agenda. Notably, at the beginning, Spain announced that “promoting greater social and economic justice” was one of the four thematic areas characterising its aspirations for its presidency. This area is quite wide-ranging, but includes specific actions related to the protection of vulnerable groups, including people with disabilities, and places strong emphasis on the advancement of the European Disability Card (EDC) as a vital instrument to enhance free movement of people with disabilities in the EU. Against this background, this article discusses the role of the Spanish Presidency in advancing disability rights within the remit of its social agenda. It focuses on the EDC as testbed for the Presidency. In fact, the Spanish support and vision will be key to bringing this forward and preparing the ground for adoption of the EDC directive, before “passing the baton” to the forthcoming Belgian Presidency.

Keywords: Spanish presidency, social agenda, disability rights, European Disability Card, free movement.

Promoción de los derechos de las personas con discapacidad en la UE: Un proyecto clave en la agenda social de la Presidencia española***Resumen***

La Presidencia española del Consejo de la Unión Europea de 2023 marca la quinta vez que España asume esta presidencia desde su ingreso a la Comunidad Europea (CE) en 1986. Este mandato presidencial llega en un momento clave para la Unión Europea (UE), ya que cae en la recta final del ciclo institucional de la UE antes de las elecciones al Parlamento Europeo, previstas para mayo de 2024, en las que se nombrará una nueva Comisión. En un período tan crítico, España tiene como objetivo completar negociaciones sobre cuestiones estratégicas sobre la transición digital y ecológica y una amplia agenda social. Al principio España anunció entre las cuatro áreas temáticas que caracterizaban sus aspiraciones la de “promover la justicia social y económica”. Este ámbito incluye acciones específicas por la protección de grupos vulnerables, incluidas las personas con discapacidad, y pone especial énfasis en el avance de la Tarjeta Europea de Discapacidad como instrumento vital para mejorar la libre circulación de las personas con discapacidad en la UE. En este sentido, este artículo analiza el papel de la Presidencia española y comenta a la promoción de los derechos de las personas con discapacidad en el marco de su agenda social. El apoyo y la visión españoles serán clave para preparar el terreno para la adopción de la directiva sobre la Tarjeta Europea, antes de “pasar el testigo” a la Presidencia belga.

Palabras clave: presidencia española, agenda social, derechos de las personas con discapacidad, Tarjeta Europea de Discapacidad, libre circulación

SUMMARY¹: I. INTRODUCTION. II. THE “SOCIAL AGENDA” OF THE SPANISH PRESIDENCY AND DISABILITY RIGHTS. 1. The Social Agenda: Aspirations and Key Priorities. 2. Disability in the Spanish Presidency’s Social Agenda: An Overview. III. THE EUROPEAN DISABILITY CARD AS KEY TESTBED FOR THE SPANISH PRESIDENCY. 1 Setting the Scene. The Long Road Towards the Card. 2 The EDC Proposal at a Glance. 3. A Testbed for the Spanish Presidency. IV. CONCLUDING REMARKS.

I. INTRODUCTION

The 2023 Spanish Presidency of the Council of the European Union marks the fifth time Spain has taken on the presidency since joining the former European Community (EC) in 1986. This presidential term arrives at a key juncture for the European Union (EU) and in a particularly challenging period, after a long pandemic, amidst the Ukrainian war,² during the so-called rule of law crisis³ and the rise of populism.⁴ Notably, the Spanish Presidency also falls in the final stretch of the EU institutional cycle before the European Parliament elections, scheduled in May 2024, which will see the appointment of a new European Commission. Thus, in the six months of its Presidency, Spain is being challenged with completing negotiations on strategic issues. It has inherited over 300 pieces of unfinished legislation, and has named more than 120 of these as priorities.⁵

¹ This article has been realized on the context of the Jean Monnet Chair on The Transformative Power of European Union Law (TEULP), project funded by the European Commission (Project: 101047458 - TEULP - ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH) and led by Juan Jorge Piernas López, Professor at the Faculty of Law of the University of Murcia. However, the research supporting this article has been conducted within the remit of the project ‘Protecting the Right to Culture of Persons with Disabilities and Enhancing Cultural Diversity through European Union Law: Exploring New Paths – DANCING’. This project has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union’s Horizon 2020 research and innovation programme (Grant Agreement No 864182). This article reflects only the authors’ views and does not necessarily reflect those of the European Union or the ERC. This article has been completed on 22 September 2023 and takes into account the legal developments occurred up until that point. Minor revisions were made to include notable developments before the publication in line with reviewers’ comments. Special thanks go to the anonymous reviewers for their helpful comments, and to Ms Eva Krolla for her assistance in editing the final manuscript.

² ANGHEL, V. and JONES, E., “Is Europe Really Forged Through Crisis? Pandemic EU and the Russia - Ukraine War” *Journal of European Public Policy* 30(4) (2023) pp. 766-786.

³ UITZ, R., “The Rule of Law in the EU: Crisis, Differentiation, Conditionality” *European Papers* 7(2) (2022) pp. 929-948. For a critical overview see JAKAB, A., “Three misconceptions about the EU rule of law crisis” (*VerfBlog*, 17 October 2022) available at <https://verfassungsblog.de/misconceptions-rol/>.

⁴ FOSSUM, J.E., “In what Sense does Right-Wing Populism Pose a Democratic Challenge for the European Union?” *Social & Legal Studies* 32(6) (2023) pp. 930-952.

⁵ HOMEL, L. and JOURDAIN, M., “Five Things to Expect from Spain’s EU Presidency” (*Atlantic Council*, 17 July 2023) available at <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/five-things-to-expect-from-spains-eu-presidency/>.

Spain's predecessor – Sweden – had focused on security, European unity, democratic values, and the rule of law, alongside competitiveness and the green transition. Spain is continuing on the Swedish path but has placed greater emphasis on economic and social issues.⁶ It has announced four main thematic areas for action for its Presidency:⁷ reindustrialization and economic priorities; advancing the green transition; promoting social and economic justice; strengthening European unity. These are juxtaposed to cross-cutting issues that the Spanish Presidency will tackle, such as the management of migration and the Russia-Ukraine war. Spain has also worked on the “trio of Presidencies” collaboration. Liaising with Belgium and Hungary, which will take this office in 2024, Spain aims to achieve continuity and bring to completion certain dossiers before the election. In that way, Spain has mostly worked on shared solutions to the challenges identified,⁸ shading away from Hungary's much-debated unfitness for the Presidency.⁹

It is evident that the ongoing crisis in Ukraine has significant implications for Europe's security and stability, and the Spanish Presidency is backing ongoing sanctions on Russia and military help to Ukraine. Notably, Pedro Sánchez, acting President of the Government of Spain, speaking in New York at the Security Council's open debate on Ukraine on 20 September 2023, reiterated the EU support for Ukraine's sovereignty and territorial integrity.¹⁰ He also stressed Spain's and EU commitment “*to an effective multilateralism*

⁶ STEINBERG, F. and ARNAL, J., “What to Expect from the Spanish Presidency of the Council of the European Union” (*Centre for Strategic & International Studies*, 27 June 2023) <https://www.csis.org/analysis/what-expect-spanish-presidency-council-european-union>.

⁷ SPANISH PRESIDENCY COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, “Priorities” available at <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/en/programme/priorities/>. For a comment see OCVIRK, M., “Spain's EU Presidency: The Agenda to Bring “Europe, Closer”” (*Wilson Centre*, 18 July 2023) available at <https://www.wilsoncenter.org/article/spains-eu-presidency-agenda-bring-europe-closer>.

⁸ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Taking forward the Strategic Agenda 18-month Programme of the Council (1 July 2023 - 31 December 2024), 10597/23, 20 June 2023 available at <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10597-2023-INIT/en/pdf>.

⁹ The matter remains outside the scope of this article. However, it is worth noting that the European Parliament raises serious concerns over developments in Hungary, in light of the upcoming Hungarian Presidency of the Council of the EU. EUROPEAN PARLIAMENT, “Hungary: MEPs denounce deliberate and systematic efforts to undermine EU values” (Press Release, 1 June 2023) available at <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230524IPR91910/hungary-meps-denounce-deliberate-and-systematic-efforts-to-undermine-eu-values>.

¹⁰ LA MONCLOA, “Pedro Sánchez reiterates Europe's support for Ukraine's territorial integrity in the UN Security Council” (President's News, 20 September 2023) available at

that defends the purposes and principles of the United Nations Charter". However, the Spanish Presidency seems to have placed "front and centre" the need to redressing the economic crisis and social malaise that is traversing the EU. This seems to be linked to the fact that Spain, alongside Italy, is one of the European economies that have been most affected by low economic growth, which has been further exacerbated by the COVID-19 pandemic.¹¹ In fact, Spain is still in post-COVID recovery and faces double-digit inflation.¹² Further, similarly to Italy,¹³ but also to Sweden¹⁴ and other EU countries,¹⁵ Spain has seen a rise in nationalism – even though the populist party Vox,¹⁶ did not manage to capitalise on discontent at the fringe of Spanish society in the latest elections earlier this summer.

The Spanish Presidency seems to cherish the idea of a "social market economy",¹⁷ and clearly stated in its priorities that "[i]n the future, it will not be enough for Europe's GDP to grow. It will be necessary to ensure that the wealth generated benefits all citizens and serves to improve their opportunities and living standards. We need a more competitive economy, but also a fairer and more caring one".¹⁸

https://www.lamoncloa.gob.es/lang/en/presidente/news/Paginas/2023/20230920_un-security-council.aspx.

¹¹ DE LA FUENTE, A., "The economic consequences of Covid in Spain and how to deal with them" *Applied Economic Analysis* 29(85) (2021) pp. 90-104.

¹² NADKARNI, I. and HUCKSTEP, L., "EU: Our Guide to the Spanish Presidency of the Council" (Instinctif Partners, 27 June 2023) available at <https://instinctif.com/articles/eu-our-guide-to-the-spanish-presidency-of-the-council/>.

¹³ URSO, G., FAGGIAN, A. and PALMA, A., "Discontent in the 'peripheries': an investigation of the rise of populism in Italy" *Territory, Politics, Governance* 11(5) (2023) pp. 833-854.

¹⁴ HERLIN-KARNELL, E., "The Swedish Change of Government: Will Swedish Courts Start Asking the EU Court of Justice More Often?" (*VerfBlog*, 1 November 2022) available at <https://verfassungsblog.de/the-swedish-change-of-government/>.

¹⁵ For a general comment see DE JONGE, L. and HEINZE, A-S., "How to Respond to the Far Right" (*VerfBlog*, 14 August 2023) available at <https://verfassungsblog.de/how-to-respond-to-the-far-right>.

¹⁶ On Vox see, *inter alia*, CASTILLO-ORTIZ, P., "Constitutionalism and the Radical Right: The Case of the Spanish Party Vox" *International Journal of Constitutional Law* 20(2) (2022) pp. 733-757.

¹⁷ FERRI, D. and CORTESE, F., "Introduction" in FERRI, D. and CORTESE, F. (eds), *The EU Social Market Economy and the Law. Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, Routledge, London-New York, 2018.

¹⁸ SPANISH PRESIDENCY COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, "Priorities" cit..

As noted by the Spanish Ambassador addressing the Irish Parliament's (*Oireachtas*) Joint Committee on European Union Affairs debate,¹⁹ both objectives (a more competitive and fairer economy) are compatible, and Spain aims to “*work on an adequate reform of the economic governance rules to increase transparency and combine the sustainability of public finances with the proper financing of social services and the green and digital transitions*”. In line with this commitment, the Spanish social agenda, alongside a series of dossiers on fairer taxation, makes a strong pivot on equality.²⁰ It also places robust emphasis on disability and on the advancement of the proposed directive on the European Disability Card (EDC) and the European Parking Card²¹ as a vital legislative instrument to enhance free movement of people with disabilities in the EU.

Against this background, this article discusses the role of the Spanish Presidency in advancing disability rights. While focusing on most recent legal developments – particularly the proposal for a directive on the EDC and the European Parking Card released by the European Commission on 6 September 2023 – it situates them in the broader EU policy arena. In this respect, adopting a “law in context” approach, this article critically engages with the extent to which the Presidency has been able to direct the Council’s political attention to certain disability priorities so far. As noted by Häge, “*even though much of the Council’s agenda might be inherited, subject to medium- and long-term programming, reliant on co-ordination with other institutional actors like the European Parliament (EP) or the Commission, or shaken up by unforeseen shocks and external developments (e.g., the financial crisis), much of the variation in the Council’s political attention is systematically related to the rotation of the Council’s chairmanship*”.²²

¹⁹ HOUSES OF THE OIREACHTAS, “Priorities of the Spanish EU Presidency: Discussion with Spanish Ambassador” (Joint Committee on European Union Affairs debate, Wednesday, 5 July 2023) available at https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/joint_committee_on_european_union_affairs/2023-07-05/2/.

²⁰ SPANISH PRESIDENCY COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, “Programme Spanish Presidency of the Council of the European Union Second Half of 2023 Europe, closer” available at <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/media/e4ujaagg/the-spanish-presidency-programme.pdf>.

²¹ EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Disability Card and the European Parking Card for persons with disabilities COM(2023) 512 final.

²² HÄGE, F.M., “The scheduling power of the EU Council Presidency” *Journal of European Public Policy* 24(5) (2017) pp. 695-713.

After these introductory remarks, the following section briefly discusses the social agenda of the Spanish Presidency to set the scene and zooms in on disability rights. The third section focuses on the proposal for a directive on the EDC and the European Parking Card as testbed for the Presidency. Further having recalled the background to the current initiative, it examines the key features of the Commission's proposal and its shortcomings, focusing on the EDC. In doing so it articulates why and to what extent, the Spanish support and vision will be key to bringing this forward and preparing the ground for adoption of this directive, before "passing the baton" to the forthcoming Belgian presidency. The final section presents some concluding remarks.

II. THE "SOCIAL AGENDA" OF THE SPANISH PRESIDENCY

1. The Social Agenda: Aspirations and Key Priorities

As mentioned in the introduction, the Spanish Presidency has adopted a dense social agenda, which brings to the fore a number of priorities within the broader vow of an economic growth that "reaches all Europeans".²³

In the Spanish vision, the need for strengthening the European welfare state goes hand in hand with "tax justice". Spain is committed to advocating for minimum corporation tax standards for Member States, with a view to ensuring fair taxation and preventing tax evasion by large multinationals. A brand-new proposal was released on 12 September 2023 by the European Commission. Particularly, the Commission adopted a package of initiatives to reduce tax compliance costs for large, cross-border businesses which should reduce tax avoidance.²⁴ The "Business in Europe: Framework for Income Taxation (BEFIT)"²⁵ is a rather loose text according to Oxfam,²⁶ but has already raised concerns

²³ SPANISH PRESIDENCY COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, "Programme..." cit..

²⁴ EUROPEAN COMMISSION, "Taxation: new proposals to simplify tax rules and reduce compliance costs for cross-border businesses" (Press Release, 12 September 2023) available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4405.

²⁵ EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Council Directive on Business in Europe: Framework for Income Taxation (BEFIT) COM(2023) 532 final.

²⁶ OXFAM INTERNATIONAL, "EU leaves big loopholes open for tax dodging companies in new tax reform" (Press Release, 12 September 2023) available at <https://www.oxfam.org/en/press-releases/eu-commission-leaves-big-loopholes-open-tax-dodging-companies-new-tax-reform>.

among tax experts since its inception.²⁷ Whether the current text could gather the agreement in the Council is hard to say, but certainly Spain will have a vital role in bringing the BEFIT directive forward.

More just and predictable fiscal rules are only one of the strands of the Spanish social agenda, as Spain aims to substantively progress on the initiatives set forth in the European Pillar of Social Rights Action Plan (EPSR Action Plan).²⁸ Particularly, Spain intends to advance active labour market policies, to fight unemployment, but also to promote social protection. In a recent meeting of the Social Protection Committee (SPC), a political advisory committee of ministers in the Council (in its Employment and Social Affairs – EPSCO configuration), improvements in social protection of self-employed workers were one of the key topics.²⁹

Spain has also placed great emphasis on community based social care services throughout the EU. In that connection, the Presidency has sponsored a conference organised by the European Social Network on how to further promote community care across Europe.³⁰ Notably for the purpose of this analysis, “Community Care for People with Disabilities” features as one of the key streams of the conference, in line with the EU commitment manifested by the Commission in the “Union of Equality: Strategy for the Rights of Persons with Disabilities 2021–2030” (Strategy 2021–2030).³¹ In fact, one of the main areas of that Strategy is “*decent quality of life and living independently*” which is rooted in the plea of reinforcing community-based services. Arguably this conference can contribute to the building of a specific framework for Social Services of Excellence for

²⁷ See for example IRISH TAX INSTITUTE, “Business in Europe: Framework for Income Taxation (BEFIT)” available at <https://taxinstitute.ie/tax-insight/international-tax-policy/european-commission/business-in-europe-framework-for-income-taxation-befit/>.

²⁸ EUROPEAN COMMISSION, “The European Pillar of Social Rights Action Plan” available at <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/en/>.

²⁹ SPANISH PRESIDENCY COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, “Social Protection Committee meeting” (Meeting of experts/ officials, 26 September 2023) available at <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/en/events/social-protection-committee-meeting/>.

³⁰ EUROPEAN SOCIAL NETWORK, “Social Services Leading Care in the Community. 9 October – 10 October 2023 Barcelona, Spain” available at <https://www.esn-eu.org/events/social-services-leading-care-community>.

³¹ EUROPEAN COMMISSION, Union of Equality: Strategy for the Rights of Persons with Disabilities 2021 – 2030 COM(2021) 101 final.

persons with disabilities, which is a goal of the Commission for 2024 (probably before the elections). Such Framework should improve service delivery and enhance the upskilling and reskilling of service providers. It is evident that Spain is endeavouring to discuss how and to what extent the EU can effectively promote community care and push Member States away from institutional models of care. In this respect, the Spanish Presidency might have a small yet important role in continuing the building a “deinstitutionalised” Europe.

In the Spanish “Social Agenda”, the goal of “*promot[ing] equal treatment and inclusivity, paying particular attention to gender equality and to children and persons with disabilities*” is prominent. Before focusing on disability rights in the next section, it is worth mentioning that Spain is particularly committed to further advance gender equality, which is already the crown jewel in a rather uneven EU equality law,³² and will endeavour to get the current European Child Guarantee recommendation, adopted by the Council in 2021,³³ into a directive to ensure that every child at risk of poverty or social exclusion has access to basic rights like healthcare and education.

Further, the Presidency has promised to resume the discussion on the 2008 proposal for a Horizontal Non-Discrimination Directive,³⁴ which has stalled for almost fifteen years.³⁵ The aim of this proposal is to implement the principle of equal treatment and non-discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation outside the labour market, complementing the existing Employment Equality Directive.³⁶

³² On the differentiated equality protection see, *inter alia*, XENEDIS, R., “Shaking the normative foundations of EU equality law: Evolution and hierarchy between market integration and human rights rationales” *EUI Working Papers* 4/2017 available at https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/45489/LAW_2017_04.pdf.

³³ Council Recommendation (EU) 2021/1004 of 14 June 2021 establishing a European Child Guarantee ST/9106/2021/INIT OJ L 223, 22.6.2021, 14–23.

³⁴ EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation COM (2008) 426 final. On the proposal see WADDINGTON, L., “Future prospects for EU equality law: lessons to be learnt from the proposed Equal Treatment Directive” *European Law Review* 36(2) (2011) pp. 163-184.

³⁵ This is reported by EUROPEAN DISABILITY FORUM (EDF), “Spanish Presidency of the Council – new focus on disability rights” (20 July 2023) available at <https://www.edf-feph.org/spanish-presidency-of-the-council-new-focus-on-disability-rights/>.

³⁶ Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation [2000] OJ L303/16.

The proposal is meant to align non-discrimination protection across all grounds. At present, discrimination based on race or ethnic origin as well as on sex is prohibited in employment, occupation and vocational training, as well as in non-employment areas and access to goods and services. However, discrimination based on other grounds is only banned in employment. In spite of the fact that a more even approach to non-discrimination will be badly needed, to bring this legislative initiative back on the discussion-track, and reverse its unsuccessful trajectory, will prove difficult. Certainly, regardless of the Spanish endeavours, the prospects of the proposed directive being passed anytime soon are slim. Unanimity has not yet been reached in the Council, and notably the bone of contention revolves around the material scope of the directive to cover areas such as social security and healthcare, as well as disability provisions related to reasonable accommodation.

2. Disability in the Spanish Presidency's Social Agenda: An Overview

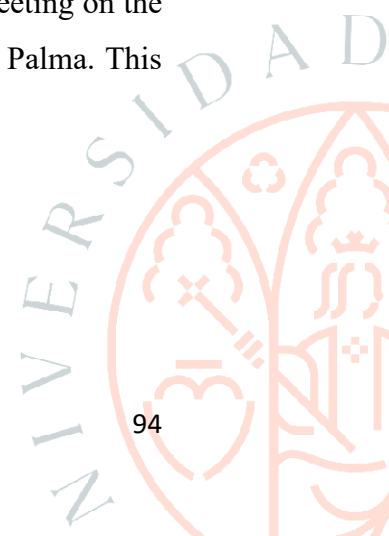
Disability features prominently in the Spanish Presidency's agenda, which was endorsed by the European Disability Forum (EDF), the main umbrella organisation of persons with disabilities at the EU level.³⁷ Alongside a general commitment to protection and promotion of disability rights, Spain has made it clear that it intends to advance the EDC as far as possible.

In June, speaking at an event organised by the Spanish National Organization for the Blind (ONCE), the former Minister of Foreign Affairs, José Manuel Albares, declared that the Spanish Presidency will place a particular emphasis on the initiative on the European Disability Card “*as a guarantee of equal access to benefits throughout Europe*”.³⁸ Along the same line, the Spanish Ambassador in the *Oireachtas* explicitly affirmed that “[a]mong the various files in the social field, I am proud to say that the *European Disability Card will be our priority*”.³⁹ In fact, the EDC features as one of the initiatives that Spain wants to push forward this autumn in a High-Level Meeting on the Rights of Persons with Disabilities taking place on 16 November 2023 in Palma. This

³⁷ EDF, “Spanish Presidency...” cit..

³⁸ EDF, “Spanish Presidency...” cit..

³⁹ HOUSES OF THE OIREACHTAS, “Priorities...” cit..



meeting “*will be the culmination of work carried out by Spain with the countries that preceded it in the Spanish [P]residency of the EU to formulate a consensus proposal that will serve to implement the European [D]isability [C]ard. Likewise, the intention is to take stock of good practices by some countries that are becoming benchmarks in the field of disability*”.⁴⁰

As noted elsewhere and as will be further discussed in the following section, the strong support of the Spanish Presidency, which claims to have a “social DNA” might in fact facilitate the reach of an agreement on the EDC in the EU legislature (at least in the Council) and the release of the directive.⁴¹

Finally, while disability accessibility does not feature overtly in the Presidency’s programme, the launch of the Commission’s flagship centre “AccessibleEU”,⁴² led by the Spanish ONCE Foundation,⁴³ will offer the opportunity for Spain to foster a pan-European approach to access for persons with disabilities. AccessibleEU is one of the flagship initiatives proposed by the Strategy 2021-2030. It is a rather hybrid structure, as it is not an EU agency but a resource centre and a network comprising accessibility experts from different EU countries as well as other people with interest in accessibility. A range of events will be organised in Spain including a large networking event to be held in Madrid at the beginning of November. It is expected that such an event will be an important platform to reaffirm Spain’s political leadership on disability issues, and might further enhance the Presidency’s abilities to successfully bring the EDC legislative files across the finish line by the end of the year.

⁴⁰ SPANISH PRESIDENCY COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, “High Level Meeting on the Rights of Persons with Disabilities” (Meeting of experts/ officials, 16 November 2023) available at <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/en/events/high-level-meeting-on-the-rights-of-people-with-disabilities/>.

⁴¹ FERRI, D., “Op-Ed: The Road to towards a ‘European Disability Card’” (*EULawLive*, 28 July 2023), available at <https://eulawlive.com/op-ed-the-road-towards-a-european-disability-card-by-delia-ferri/>.

⁴² EUROPEAN COMMISSION, “AccessibleEU” available at https://accessible-eu-centre.ec.europa.eu/index_en.

⁴³ See Fundación ONCE at <https://www.fundaciononce.es/en>.

III. THE EUROPEAN DISABILITY CARD AS KEY TESTBED FOR THE SPANISH PRESIDENCY

The Spanish Presidency has placed strong emphasis on the EDC and, among other files, this is probably the one that can realistically be brought close to the finish line if not fully delivered before the elections in May 2024. In fact, on 27 November 2023, Pablo Bustinduy, Spanish Minister for Social Rights, Consumer Affairs and 2030 Agenda, declared that an agreement among EU Member States on the EDC has been reached making the approval of the proposed directive likely to occur in early 2024. This section, after presenting the background to the proposed directive, discusses the key features of the text released by the Commission and then moves onto examining its significance in the context of the Spanish Presidency.

1. The Long Road Towards the European Disability Card

It is worth recalling that the input and idea for the EDC has come a long way. The predecessor and trailblazer of the current idea for an EU Disability Card is certainly the EU Parking Card. In the late 1990s, the adoption of such a card by Member States was recommended by virtue of a soft law instrument: the Council Recommendation 98/376/EC on a parking card for people with disabilities,⁴⁴ which was amended in 2008 after the EU enlargement.⁴⁵ Namely, on foot of the Commission's proposal for reciprocal recognition of a parking card for disabled persons "*based on a standardised Community model*" included in its communication on a medium term social action programme,⁴⁶ the Council recommended Member States to, *inter alia*, "*introduce a parking card*" for people with disabilities and recognise such parking cards issued by other Member States.⁴⁷ The card was explicitly aimed to enable these citizens "*to park as near to their destination as possible*", in order to assist them with "*getting about independently for*

⁴⁴ Council Recommendation 98/376/EC on a parking card for people with disabilities [1998] OJ L167/25.

⁴⁵ Council Recommendation 2008/205/EC adapting Recommendation 98/376/EC on a parking card for people with disabilities [2008] OJ L63/43.

⁴⁶ EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Medium Term Social Action Programme 1995 – 1997 COM(95) 134 final p. 24.

⁴⁷ Council Recommendation 98/376/EC on a parking card for people with disabilities [1998] OJ L167/25 paras 1-2.

purposes of occupational and social integration".⁴⁸ The Recommendation required Member States to take the necessary steps to introduce the card by 1 January 2000. In fact, the EU Parking Card is currently in use in all Member States.⁴⁹ It is administered according to the national rules of each Member State and issued by national authorities on foot of national requirements and in light of the disability assessment in that Member State.⁵⁰

While EDF heralded the card as "*one of the most practical and visible EU initiatives on disability issues*",⁵¹ it has consistently questioned the soft nature of the Recommendation and pointed to the actual limits of mutual recognition, suggesting harmonisation of requirements to obtain such a card, but also a substantial "upgrade" of its functioning across the EU.⁵² In fact, since 2010, the EDF has advocated for a general EU Disability Card as a tool to ensure the equal enjoyment of free movement rights for citizens with disabilities.⁵³ Such initiative was deemed essential to make the mutual recognition of disability among EU Member States a reality and to fulfil the obligations of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)⁵⁴ ratified by the EU in 2010.⁵⁵ Remarkably, the Convention includes, aside a general equality clause, a specific

⁴⁸ Recital 3 Recommendation 98/376/EC.

⁴⁹ PRIESTLEY, M., "Disability assessment, mutual recognition and the EU Disability Card - Progress and opportunities" PE 739.397 (European Parliament, Committee on Petitions, 28 November 2022) p. 65. See also FERRI, D., "Op-Ed..." cit..

⁵⁰ PRIESTLEY, M., "Disability assessment..." cit..

⁵¹ EDF, "Recommendations for strengthening the EU Parking Card European Disability Forum Position Paper" (European Disability Forum Position Paper, February 2021) available at <https://www.edf-feph.org/publications/edf-recommendations-for-strengthening-the-eu-parking-card-2020/>.

⁵² EDF, "Recommendations..." cit.. EDF suggests that abuse of the card or fraudulent use of the card are major issues, but it is questionable how those could be addressed at the EU level.

⁵³ See PRIESTLEY, M., "Disability assessment..." cit. p. 67. See also EUROPEAN BLIND UNION (EBU), "The European Disability Card - A Wider Perspective from the European Disability Forum (EDF)" available at <https://www.euroblind.org/newsletter/2022/june/en/european-disability-card-wider-perspective-european-disability-forum-edf-0>.

⁵⁴ On the CRPD the literature is vast. For an overview see generally KAYESS, R. and FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities" *Human Rights Law Review* 8(1) (2008) pp. 1-34; BRODERICK, A. and FERRI, D., *International and European Disability Law and Policy. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

⁵⁵ Council Decision 2010/48/EC concerning the conclusion, by the European Community, of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities [2010] OJ L23/35.

provision on liberty of movement,⁵⁶ the right of persons with disabilities to live independently and be included in the community, as well as the right to an adequate standard of living and social protection.⁵⁷ In particular, disability advocacy efforts have consistently pointed to the need for an instrument that addresses hurdles to free movement broadly.

In 2013, the European Commission established a “Project Working Group” of interested Member States to exchange ideas and pave the way for a possible future “European Mobility Card”, whose aim “*was to create a voluntary system of mutual recognition between Member States based on a single European model disability card associated to a number of benefits freely identified by Member States*”.⁵⁸ However, the terminology “EU mobility card” was soon abandoned to make space for a broader initiative – the EU Disability Card – but which in reality turned out to be a rather narrow “pilot project”. In 2015, this pilot project, involving eight Member States (i.e. Belgium, Cyprus, Estonia, Finland, Italy, Malta, Romania, Slovenia), was launched. It was financed under the Rights, Equality and Citizenship Programme 2014–2020⁵⁹ and implemented through eight national projects between 2016 and 2018. It entailed the issuing of a card to persons who are recognised as persons with disabilities according to national legislation and are residing in the issuing Member State. Similarly to the EU Parking Card, it was up to each Member State to decide the eligibility criteria for receiving the card. It was also up to each participating Member State to identify the benefits offered to the card holders. The study that assessed the impact of the pilot revealed the benefits of the card in stimulating further debate on mutual recognition of disability status, and “*contributed to moving*

⁵⁶ Article 18 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD).

⁵⁷ Article 28 CRPD.

⁵⁸ See DIRECTORATE-GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND INCLUSION (DG EMPL) (EUROPEAN COMMISSION), ERNST AND YOUNG, IRVAPP, “Study assessing the implementation of the pilot action on the EU Disability Card and associated benefits Final Report” Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021 p. 5.

⁵⁹ PRIESTLEY, M., “Disability assessment...” cit. p. 69; EUROPEAN COMMISSION, “Call for proposals to support national projects on a mutually recognised European Disability Card and associated benefits” VP/2015/012 (2015) available at <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=629&langId=en&callId=456>.

*service providers closer to persons with disabilities and to increasing awareness of the needs of persons with disabilities”.*⁶⁰

The pilot served as a basis for the elaboration of the current proposal. In line with consolidated practice, the Commission commenced the journey towards deploying an EU Disability Card launching an extensive two-phases consultation that was undertaken between November 2022 and May 2023, and the proposal was released together with the Impact Assessment on 6 September 2023.

2. The EDC Proposal at a Glance

On 6 September 2023, the Commission proposed a directive that establishes the European Disability Card and the European Parking Card for persons with disabilities.⁶¹ In this way, the EU executive does not merge the two cards and rejects the option of creating a single disability card – strongly pushed back by disability advocates and the European Economic and Social Committee –⁶² but maintains them distinct and regulates them.⁶³ The choice of regulating them by virtue of the same legal instrument does not seem ideal, given the different purposes of the two cards and the fact that all Member States already have a disability parking card, while not all Member States have a disability card.⁶⁴ It may have been more appropriate to pursue a revamping of the parking card by adopting a separate instrument (a regulation, and not a directive) built on foot of the Council Recommendation on a EU Parking Card creating a binding and fully harmonised parking card. However, the provisions on the EU Parking Card are not likely to attract too much

⁶⁰ EUROPEAN COMMISSION, ERNST AND YOUNG, IRVAPP, “Study assessing...” cit. p. 113.

⁶¹ EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Disability Card and the European Parking Card for persons with disabilities COM(2023) 512 final.

⁶² EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (EESC), “The European Disability Card” (Rapporteur: Ioannis Vardakastanis, 27 April 2023) available at <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/european-disability-card>.

⁶³ FERRI, D., “Analysis of the European Disability Card The Proposed Directive: Shortcomings, Strengths and Opportunities” European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, November 2023 available at [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2023\)754192](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2023)754192).

⁶⁴ FERRI, D., “The Commission’s Proposal for a Directive Establishing a European Disability Card: Is the Glass Half Empty or Half Full?” (*EU Law Live*, 3 November 2023) available at <https://eulawlive.com/weekend-edition/weekend-edition-no161/>.

opposition in the Council, and the EDC is the “new” card on which the debate will focus on.

As predicted,⁶⁵ the EDC is not meant to and will not affect the way in which Member States recognise disability. It does not regulate disability assessment, nor does it address divergences in such assessments as wished for by disability advocates.⁶⁶ Being based on the principle of mutual recognition, the proposed EDC directive lays down: “*the rules governing the issuance of the European Disability Card and the European Parking Card for persons with disabilities as proof respectively of a disability status or of a right to parking conditions and facilities reserved for persons with disabilities, in view of facilitating short stays of persons with disabilities in a Member State other than that of which they are a resident, by granting them access to any special conditions or preferential treatment with respect to services, activities or facilities, including when provided not for remuneration, or parking conditions and facilities offered to or reserved for persons with disabilities or person(s) accompanying or assisting them including their personal assistant(s)*”.⁶⁷ In other words, the EDC will serve as a proof of disability throughout the EU, granting equal access to special conditions and preferential treatment in a range of services covered by the proposal for short stays in host Member States.

Secondly, the material scope of the proposal is quite wide and encompasses transport services, leisure activities, cultural events, museums and sport centres and all services within the meaning of Article 57 TFEU,⁶⁸ but also other activities and facilities, including those not provided for remuneration. The proposal, as announced by the Commission

⁶⁵ FERRI, D., “Op-Ed...” cit..

⁶⁶ PRIESTLEY, M., “Disability assessment...” cit. pp. 12, 44-45.

⁶⁷ Article 1 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Disability Card and the European Parking Card for persons with disabilities.

⁶⁸ The notion of “services” is an EU concept and is subject to a single autonomous interpretation in the EU legal order. The Treaty defines the concept of services as encompassing activities of an industrial or commercial character, including activities carried out by craftsmen or professionals in exchange for remuneration. The CJEU has interpreted such notion quite extensively to include, among others, sport, gaming, health services and educational ones. TOMKIN, J., “Article 57 TFEU” in KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. and TOMKIN, J. (eds), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019. Furthermore, the residual reference to “other activities and facilities, including where not provided for remuneration” allows for the recognition of disability status via the European Disability Card in virtually all public and private facilities which cannot qualify as services for the purpose of EU law as they are devoid of economic character.

since the beginning, excludes social security and social assistance.⁶⁹ The restraint of the Commission seems intended to tame Members States' fear of "benefit tourism".⁷⁰ The exclusion of social security and social assistance is based on the objective limits of EU competences when it comes to social policy generally. However, it clearly leaves the "elephant in the room". In fact disability advocacy has consistently pointed to the need for an instrument that addresses hurdles to free movement broadly,⁷¹ and highlighted that the EDC should tackle limits in accessing social security benefits in the host Member State.⁷² At present, it is notorious that, leaving aside the case of *D.P.W. Hendrix*,⁷³ the CJEU has generally accepted that non-contributory benefits are reserved to individuals residing in the Member State⁷⁴ and are not, as such, portable.⁷⁵ Thus the EDC will not in

⁶⁹ Article 2(2) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Disability Card and the European Parking Card for persons with disabilities.

⁷⁰ On the fears of benefit tourism there is a wide array of literature especially following the CJEU decision in *Dano*. Among many others see BLAUBERGER, M. and SCHMIDT, S.K., "Welfare migration? Free movement of EU citizens and access to social benefits" *Research & Politics* 1(3) (2014); VERSCHUEREN, H., "Preventing "benefit tourism" in the EU: A narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in *Dano*?" *Common Market Law Review* 52(2) (2015) pp. 363-390. See also VON PAPP, K., "'Benefit-Tourism" post- Brexit: Tackling the Ghost by More EU Social Engagement" *Northern Ireland Legal Quarterly* 69 (2018) p. 271.

⁷¹ See for example EDF, "European Parliament event: A Disability Card recognised in all EU. (Andre Felix, 5 December 2022) available at <https://www.edf-feph.org/european-parliament-event-a-disability-card-recognised-in-all-eu/>.

⁷² On this issue see VAN DER MEI, A.P., "Freedom of movement for persons with disabilities and coordination of social security within the EU" in FERRI, D. and BRODERICK, A. (eds), *Research Handbook on EU Disability Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020 p. 164. See also WADDINGTON, L., "The potential for, and barriers to, the exercise of Active EU Citizenship by persons with disabilities: the right to free movement" in HALVORSEN, R. ET AL. (eds), *The Changing Disability Policy System. Active Citizenship and Disability in Europe Volume 1*, Routledge - Routledge Advances in Disability Studies, Abingdon, 2017; WADDINGTON, L. and VAN DER MEI, A.P., "Free Movement of Disabled People in the European Union: An examination of relevant Community provisions and a discussion of the barriers to free movement" European Disability Forum, Brussels, 1999.

⁷³ *D.P.W. Hendrix v Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen* (C-287/05) ECLI:EU:C:2007:494.

⁷⁴ Although in *European Commission v Federal Republic of Germany* (C-206/10) ECLI:EU:C:2011:283 it was stated that freedom of movement for workers prohibits not only overt discrimination on grounds of nationality but also all covert forms of discrimination which, by the application of other criteria of differentiation, lead in fact to the same result. Unless it is objectively justified and proportionate to the aim pursued, a provision of national law must be regarded as indirectly discriminatory if it is intrinsically liable to affect migrant workers more than national workers and if there is a consequent risk that it will place the former at a particular disadvantage. That is the case of a residence condition laid down in national legislation for the grant of benefits for the blind, the deaf and the disabled, which can be more easily satisfied by national workers than by those from other Member States.

⁷⁵ VAN DER MEI, A.P., "Freedom of movement..." cit. p. 172.

any way, shape or form address the limits to free movement for persons with disabilities that are ensuing from the lack of harmonisation of social security. It is worth noting that the EDC proposal as it stands only covers short stays, and does not cover, as strongly advocated by EDF, long-term stays.

On a final note, the EDC proposal includes provisions requiring common standardised formats of the EDC and the European Parking Card and requires both a physical format as well as a digital format.⁷⁶ Further, the proposal as it stands requires full publicity and accessibility of “*the conditions and rules, practices, and procedures to issue, renew or withdraw*” both cards.⁷⁷ It also obliges Member States to “*take appropriate measures to raise awareness among the public and inform persons with disabilities, including in accessible ways, about the existence and conditions to obtain, use, or renew*” these cards, as well as to “*take all necessary steps to avoid the risk of forgery or fraud*”.⁷⁸

3. A Testbed for the Spanish Presidency

The Commission’s proposal is an important testbed for the Spanish Presidency. In spite of the limits of the current text, in particular with regard to the material scope, should Spain manage to drive the debate towards a consensus on the proposal, even with minor amendments, this would be an important success and showcase the Spanish commitment towards an EU “closer” to its citizens and more equal.

The proposal has been discussed by the European Parliament and the Council within the remit of the co-decision procedure. The Council agreed its negotiating stance – general approach – on 27 November 2023, while the EP rapporteur on the Proposal Lucia Āuriš Nicholsonová presented her draft report at the end of October.⁷⁹ The process known as

⁷⁶ Article 6 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Disability Card and the European Parking Card for persons with disabilities COM(2023) 512 final.

⁷⁷ Article 9(1) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Disability Card and the European Parking Card for persons with disabilities COM(2023) 512 final.

⁷⁸ Articles 9(2) and (3) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Disability Card and the European Parking Card for persons with disabilities COM(2023) 512 final.

⁷⁹ EUROPEAN PARLIAMENT, “Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Disability Card and the European Parking Card for persons

the “trilogues” will allow Spain to harness the general support for the proposal – arguably limiting the amendments to the current text and avoiding contentious issues with a view of a speedy approval. The Spanish Presidency may try to capitalise on the warm welcome of the disability movement to the current text (which despite its shortcomings seems a step forward) in order to reach a consensus approach in the Council, possibly leaving it to Belgium, just a few months from the elections, to wrap up before a new European Parliament and a new Commission take office.

Roede-Rynninger and Greenwood suggest that the trilogues represent a “*process of aggregation and negotiation of preferences involving a broad range of actors meeting both in inter-institutional fora as well as intra-institutional fora*”.⁸⁰ It will be up to Spain to “mould” and manage this process and arrive close to a deal to sealed by the Belgian Presidency, as the inability of doing so would cause reputational damage.

IV. CONCLUDING REMARKS

The looming European elections place a rather uneasy task on the Spanish Presidency, i.e. that of advancing several dossiers before the EU agenda is reset after the elections. The Spanish Ambassador speaking to the *Oireachtas* highlighted such responsibility but also stated that: “[t]he Spanish Presidency is a nationwide project. We have all been working on it for almost two years, putting in place all the necessary supporting structures. An open discussion was recently held in both Chambers of the Parliament, with the entire political spectrum and all political parties having a say in the shaping of this consensual Spanish Presidency”.⁸¹ Such long preparation might be of utmost importance to navigate political tensions, cleavages among Member States and nationalists claims in the Council. This is particularly so with regard to the social agenda which aims to respond to the pressing socio-economic downturn across the EU.

with disabilities (COM(2023)0512 – C9-0328/2023 – 2023/0311(COD))” (Committee on Employment and Social Affairs, Rapporteur: Lucia Ďuriš Nicholsonová, 31 October 2023) available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/EMPL-PR-754831_EN.pdf.

⁸⁰ ROEDERER-RYNNING, C. and GREENWOOD, J., “The Culture of Trilogues” *Journal of European Public Policy* 22(8) (2015) pp. 1148-1165.

⁸¹ HOUSES OF THE OIREACHTAS, “Priorities...” cit..

It is still early to foresee what the achievements of the Spanish Presidency will be, and predicting the future is a “fool’s errand” but the EDC might just be the right dossier to deliver on the promise to further the social footprint of the EU and to contribute to the process of creating a fairer Europe.

BIBLIOGRAPHY

- ANGHEL, V. and JONES, E., “Is Europe Really Forged Through Crisis? Pandemic EU and the Russia - Ukraine War” *Journal of European Public Policy* 30(4) (2023) pp. 766-786
- BLAUBERGER, M. and SCHMIDT, S.K., “Welfare migration? Free movement of EU citizens and access to social benefits” *Research & Politics* 1(3) (2014)
- BRODERICK, A. and FERRI, D., *International and European Disability Law and Policy. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019
- CASTILLO-ORTIZ, P., “Constitutionalism and the Radical Right: The Case of the Spanish Party Vox” *International Journal of Constitutional Law* 20(2) (2022) pp. 733-757
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Medium Term Social Action Programme 1995 – 1997 COM(95) 134 final
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Taking forward the Strategic Agenda 18-month Programme of the Council (1 July 2023 - 31 December 2024), 10597/23, 20 June 2023 available at <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10597-2023-INIT/en/pdf>
- DE JONGE, L. and HEINZE, A-S., “How to Respond to the Far Right” (*VerfBlog*, 14 August 2023) available at <https://verfassungsblog.de/how-to-respond-to-the-far-right>
- DE LA FUENTE, A., “The economic consequences of Covid in Spain and how to deal with them” *Applied Economic Analysis* 29(85) (2021) pp. 90-104
- DIRECTORATE-GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND INCLUSION (DG EMPL) (EUROPEAN COMMISSION), ERNST AND YOUNG, IRVAPP, “Study assessing the implementation of the pilot action on the EU Disability Card and associated benefits Final Report” Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021
- EUROPEAN BLIND UNION (EBU), “The European Disability Card - A Wider Perspective from the European Disability Forum (EDF)” available at <https://www.euroblind.org/newsletter/2022/june/en/european-disability-card-wider-perspective-european-disability-forum-edf-0>
- EUROPEAN COMMISSION, “AccessibleEU” available at https://accessible-eu-centre.ec.europa.eu/index_en
- EUROPEAN COMMISSION, “Call for proposals to support national projects on a mutually recognised European Disability Card and associated benefits” VP/2015/012 (2015) available at <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=629&langId=en&callId=456>
- EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Council Directive on Business in Europe: Framework for Income Taxation (BEFIT) COM(2023) 532 final
- EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation COM (2008) 426 final
- EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Disability Card and the European Parking Card for persons with disabilities COM(2023) 512 final
- EUROPEAN COMMISSION, “Taxation: new proposals to simplify tax rules and reduce compliance costs for cross-border businesses” (Press Release, 12 September 2023) available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4405

- EUROPEAN COMMISSION, “The European Pillar of Social Rights Action Plan” available at <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/en/>
- EUROPEAN COMMISSION, Union of Equality: Strategy for the Rights of Persons with Disabilities 2021 – 2030 COM(2021) 101 final
- European Disability Forum, “European Parliament event: A Disability Card recognised in all EU.” (Andre Felix, 5 December 2022) available at <https://www.edf-feph.org/european-parliament-event-a-disability-card-recognised-in-all-eu/>
- EUROPEAN DISABILITY FORUM, “Recommendations for strengthening the EU Parking Card European Disability Forum Position Paper” (European Disability Forum Position Paper, February 2021) available at <https://www.edf-feph.org/publications/edf-recommendations-for-strengthening-the-eu-parking-card-2020/>
- EUROPEAN DISABILITY FORUM, “Spanish Presidency of the Council – new focus on disability rights” (20 July 2023) available at <https://www.edf-feph.org/spanish-presidency-of-the-council-new-focus-on-disability-rights/>
- EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (EESC), “The European Disability Card” (Rapporteur: Ioannis Vardakastanis, 27 April 2023) available at <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/european-disability-card>
- EUROPEAN PARLIAMENT, “Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Disability Card and the European Parking Card for persons with disabilities (COM(2023)0512 – C9-0328/2023 – 2023/0311(COD))” (Committee on Employment and Social Affairs, Rapporteur: Lucia Ďuriš Nicholsonová, 31 October 2023) available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/EMPL-PR-754831_EN.pdf
- EUROPEAN PARLIAMENT, “Hungary: MEPs denounce deliberate and systematic efforts to undermine EU values” (Press Release, 1 June 2023) available at <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230524IPR91910/hungary-meps-denounce-deliberate-and-systematic-efforts-to-undermine-eu-values>
- EUROPEAN SOCIAL NETWORK, “Social Services Leading Care in the Community. 9 October – 10 October 2023 Barcelona, Spain” available at <https://www.esn-eu.org/events/social-services-leading-care-community>
- FERRI, D. and CORTESE, F., “Introduction” in FERRI, D. and CORTESE, F. (eds), *The EU Social Market Economy and the Law. Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, Routledge, London-New York, 2018
- FERRI, D., “Op-Ed: The Road to towards a ‘European Disability Card’” (*EULawLive*, 28 July 2023) available at <https://eulawlive.com/op-ed-the-road-towards-a-european-disability-card-by-delia-ferri/>
- FERRI, D., “The Commission’s Proposal for a Directive Establishing a European Disability Card: Is the Glass Half Empty or Half Full?” (*EU Law Live*, 3 November 2023) available at <https://eulawlive.com/weekend-edition/weekend-edition-no161/>
- FERRI, D., “Analysis of the European Disability Card The Proposed Directive: Shortcomings, Strengths and Opportunities” European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, November 2023 available at [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2023\)754192](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2023)754192)
- FOSSUM, J.E., “In what Sense does Right-Wing Populism Pose a Democratic Challenge for the European Union?” *Social & Legal Studies* 32(6) (2023) pp. 930-952
- HERLIN-KARNELL, E., “The Swedish Change of Government: Will Swedish Courts Start Asking the EU Court of Justice More Often?” (*VerfBlog*, 1 November 2022) available at <https://verfassungsblog.de/the-swedish-change-of-government/>

- HOMEL, L. and JOURDAIN, M., “Five Things to Expect from Spain’s EU Presidency” (*Atlantic Council*, 17 July 2023) available at <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/five-things-to-expect-from-spains-eu-presidency/>
- HOUSES OF THE OIREACHTAS, “Priorities of the Spanish EU Presidency: Discussion with Spanish Ambassador” (Joint Committee on European Union Affairs debate, Wednesday, 5 July 2023) available at https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/joint_committee_on_european_union_affairs/2023-07-05/2/
- HÄGE, F.M., “The scheduling power of the EU Council Presidency” *Journal of European Public Policy* 24(5) (2017) pp. 695-713
- IRISH TAX INSTITUTE, “Business in Europe: Framework for Income Taxation (BEFIT)” available at <https://taxinstitute.ie/tax-insight/international-tax-policy/european-commission/business-in-europe-framework-for-income-taxation-befit/>
- JAKAB, A., “Three misconceptions about the EU rule of law crisis” (*VerfBlog*, 17 October 2022) available at <https://verfassungsblog.de/misconceptions-rol/>
- KAYESS, R. and FRENCH, P., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities” *Human Rights Law Review* 8(1) (2008) pp. 1-34
- LA MONCLOA, “Pedro Sánchez reiterates Europe’s support for Ukraine’s territorial integrity in the UN Security Council” (President’s News, 20 September 2023) available at https://www.lamoncloa.gob.es/lang/en/presidente/news/Paginas/2023/20230920_un-security-council.aspx
- NADKARNI, I. and HUCKSTEP, L., “EU: Our Guide to the Spanish Presidency of the Council” (Instinctif Partners, 27 June 2023) available at <https://instinctif.com/articles/eu-our-guide-to-the-spanish-presidency-of-the-council/>
- OCVIRK, M., “Spain’s EU Presidency: The Agenda to Bring “Europe, Closer”” (*Wilson Centre*, 18 July 2023) available at <https://www.wilsoncenter.org/article/spains-eu-presidency-agenda-bring-europe-closer>
- OXFAM INTERNATIONAL, “EU leaves big loopholes open for tax dodging companies in new tax reform” (Press Release, 12 September 2023) available at <https://www.oxfam.org/en/press-releases/eu-commission-leaves-big-loopholes-open-tax-dodging-companies-new-tax-reform>
- PRIESTLEY, M., “Disability assessment, mutual recognition and the EU Disability Card - Progress and opportunities” PE 739.397 (European Parliament, Committee on Petitions, 28 November 2022)
- ROEDERER-RYNNING, C. and GREENWOOD, J., “The Culture of Trilogues” *Journal of European Public Policy* 22(8) (2015) pp. 1148-1165
- SPANISH PRESIDENCY COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, “High Level Meeting on the Rights of Persons with Disabilities” (Meeting of experts/ officials, 16 November 2023) available at <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/en/events/high-level-meeting-on-the-rights-of-people-with-disabilities/>
- SPANISH PRESIDENCY COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, “Priorities” available at <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/en/programme/priorities/>
- SPANISH PRESIDENCY COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, “Programme Spanish presidency of the Council of the European Union Second Half of 2023 Europe, closer” available at <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/media/e4ujaagg/the-spanish-presidency-programme.pdf>
- SPANISH PRESIDENCY COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, “Social Protection Committee meeting” (Meeting of experts/ officials, 26 September 2023) available at <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/en/events/social-protection-committee-meeting>

- STEINBERG, F. and ARNAL, J., “What to Expect from the Spanish Presidency of the Council of the European Union” (*Centre for Strategic & International Studies*, 27 June 2023) <https://www.csis.org/analysis/what-expect-spanish-presidency-council-european-union>
- TOMKIN, J., “Article 57 TFEU” in KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. and TOMKIN, J. (eds), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019
- UITZ, R., “The Rule of Law in the EU: Crisis, Differentiation, Conditionality” *European Papers* 7(2) (2022) pp. 929-948
- URSO, G., FAGGIAN, A. and PALMA, A., “Discontent in the ‘peripheries’: an investigation of the rise of populism in Italy” *Territory, Politics, Governance* 11(5) (2023) pp. 833-854
- VAN DER MEI, A.P., “Freedom of movement for persons with disabilities and coordination of social security within the EU” in FERRI, D. and BRODERICK, A. (eds), *Research Handbook on EU Disability Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020
- VERSCHUEREN, H., “Preventing “benefit tourism” in the EU: A narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in *Dano*?” *Common Market Law Review* 52(2) (2015) pp. 363-390
- VON PAPP, K., ““Benefit-Tourism” post- Brexit: Tackling the Ghost by More EU Social Engagement” *Northern Ireland Legal Quarterly* 69 (2018)
- WADDINGTON, L., “Future prospects for EU equality law: lessons to be learnt from the proposed Equal Treatment Directive” *European Law Review* 36(2) (2011) pp. 163-184
- WADDINGTON, L., “The potential for, and barriers to, the exercise of Active EU Citizenship by persons with disabilities: the right to free movement” in HALVORSEN, R. ET AL. (eds), *The Changing Disability Policy System. Active Citizenship and Disability in Europe Volume 1*, Routledge - Routledge Advances in Disability Studies, Abingdon, 2017
- WADDINGTON, L. and VAN DER MEI, A.P., “Free Movement of Disabled People in the European Union: An examination of relevant Community provisions and a discussion of the barriers to free movement” *European Disability Forum*, Brussels, 1999
- XENEDIS, R., “Shaking the normative foundations of EU equality law: Evolution and hierarchy between market integration and human rights rationales” *EUI Working Papers* 4/2017 available at https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/45489/LAW_2017_04.pdf

LEGAL DOCUMENTS AND CASE LAW CITED

- Council Recommendation 98/376/EC on a parking card for people with disabilities [1998] OJ L167/25
- Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation [2000] OJ L303/16
- Council Recommendation 2008/205/EC adapting Recommendation 98/376/EC on a parking card for people with disabilities [2008] OJ L63/43
- Council Decision 2010/48/EC concerning the conclusion, by the European Community, of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities [2010] OJ L23/35
- Council Recommendation (EU) 2021/1004 of 14 June 2021 establishing a European Child Guarantee ST/9106/2021/INIT OJ L 223, 22.6.2021, 14–23
- CJEU, *D.P.W. Hendrix v Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen* (C-287/05) ECLI:EU:C:2007:494
- CJEU, *European Commission v Federal Republic of Germany* (C-206/10) ECLI:EU:C:2011:283
- United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES
de
DERECHO

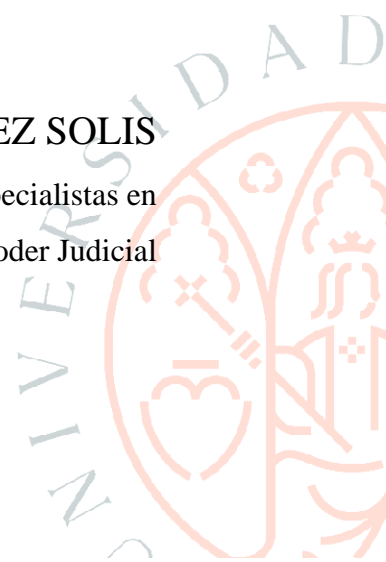
**LA CONDICIONALIDAD DE LOS FONDOS
EUROPEOS Y LAS OBLIGACIONES EN MATERIA
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. LA EXPERIENCIA
ESPAÑOLA
THE BAN ON COLLECTIVE
EXPULSIONS AND THE BETRAYAL OF THE
UNION'S LEGAL SYSTEM AT ITS EXTERNAL
BORDERS**

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

Magistrado, doctor en Derecho y miembro de la Red de Especialistas en
Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU

TEULP  THE JEAN
MONNET
CHAIR



La condicionalidad de los fondos europeos y las obligaciones en materia de contratación pública. la experiencia española

Resumen:

El incumplimiento de las obligaciones del Derecho de la Unión, como pueden ser las relativas a los contratos públicos, constituye una irregularidad que es susceptible de correcciones financieras en los fondos europeos asignados a las autoridades nacionales y, en su caso, a las empresas y a los particulares. La regulación de los fondos europeos, especialmente de los Fondos estructurales y de cohesión, ha tratado de mejorar paulatinamente su vinculación o condicionalidad con el cumplimiento de las obligaciones europeas en materia de contratación pública. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, especialmente en lo que se refiere a la gestión compartida de los fondos europeos, así lo revela, subrayando la relación entre la gestión de los fondos europeos y el respeto de las normas sobre contratación pública. La experiencia española, que ha canalizado un importante volumen de fondos europeos, no es especialmente edificante en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones en materia de contratación pública. Y, aun cuando se han establecido mecanismos para asegurar la repercusión de las responsabilidades financieras, se ha cuidado poco la mejora de la gestión de los fondos europeos y el cumplimiento de las obligaciones europeas de contratación pública.

Palabras clave: Fondo europeo. Contrato público. Irregularidad. Corrección financiera. Fraude

Conditionality of European funding and public procurement obligations on the Spanish experience

Abstract

Failure to fulfil obligations under EU law, such as those relating to public procurements, constitutes an irregularity which is liable to financial corrections in the European funds allocated to national authorities and, where appropriate, to undertakings and individuals. Regulation of European funds, especially the Structural and Cohesion Funds, has sought to gradually improve their linkage or conditionality with compliance with European public procurement obligations. Case-law delivered by the Court of Justice, especially as regards shared management of European funds, reveals this, underlining the relationship between management of European funds and compliance with public procurement rules. The Spanish experience channelling a large volume of European funds is not particularly encouraging in terms of compliance with public procurement obligations. And while mechanisms have been put in place to ensure the impact of financial responsibilities, little attention has been paid to improving the management of European funds and fulfilling European public procurement obligations.

Keywords: European fund. Public procurement. Irregularity. Financial correction. Fraud

SUMARIO¹: I. INTRODUCCIÓN. II. PRIMERA PARTE. LA GESTIÓN DE LOS FONDOS, LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS CONTROLES EUROPEOS Y NACIONALES. 1. La gestión de los fondos europeos y las irregularidades en materia de contratación pública. 2 Los controles administrativos, financieros y judiciales del incumplimiento de las obligaciones sobre contratos públicos en la gestión de los fondos europeos. 2.1 Los controles administrativos del cumplimiento de las obligaciones sobre contratos públicos en la gestión de los fondos europeos y la misión de la comisión europea. 2.2 los controles financieros del cumplimiento de las obligaciones sobre contratos públicos en la gestión de los fondos europeos y la función del tribunal de cuentas europeo. 2.3 Los controles judiciales del cumplimiento de las obligaciones sobre contratos públicos en la gestión de los fondos europeos: los tribunales de la Unión y los tribunales nacionales 2.4 las consecuencias jurídicas y financieras del incumplimiento de las obligaciones europeas de contratación pública en la gestión de los fondos europeos. III. SEGUNDA PARTE. LA GESTIÓN DE LOS FONDOS EUROPEOS Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA. 1. La gestión de los fondos europeos y el reparto de responsabilidades administrativas y financieras entre las administraciones españolas. 2. El cumplimiento de las obligaciones europeas en materia de contratación pública en España. 3 Las consecuencias jurídicas y financieras del incumplimiento de las obligaciones en materia de contratación pública en la gestión de los fondos europeos por las administraciones españolas. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Probablemente dos de las más importantes sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el siglo XXI se refieren precisamente a que la canalización de los fondos europeos se condicional al cumplimiento del Estado de Derecho. A tal efecto, el Pleno del Tribunal de Justicia, para corroborar la legalidad del Reglamento 2020/2092 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, señaló: “existe una clara relación entre el respeto del valor del Estado de Derecho, por una parte, y la ejecución eficiente del presupuesto de la Unión —de conformidad con el principio de buena gestión financiera— y la protección de los intereses financieros de la Unión, por otra parte”².

¹ Este artículo ha sido realizado en el marco de la Cátedra Jean Monnet “*The Transformative Power of European Union Law (TEULP)*”, proyecto financiado por la Comisión Europea (*Project: 101047458 - TEULP - ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH*) y dirigido por Juan Jorge Piernas López, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.

² TJUE (Pleno), sentencia de 16 de febrero de 2022, Hungría / Parlamento y Consejo (legalidad del Reglamento 2020/2092 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión y Estado de Derecho), C-156/21, EU:C:2022:97; y sentencia de 16 de febrero de 2022, Polonia / Parlamento y Consejo (legalidad del Reglamento 2020/2092), C-157/21, EU:C:2022:98, apartados 148 y 130, respectivamente.

Prácticamente en los mismos términos, la contratación pública y la gestión de los fondos europeos bajo la perspectiva del Derecho de la Unión Europea son comprensibles si se tienen en cuenta estas dos dimensiones: la del mercado único, que justifica la armonización de las legislaciones en materia de contratación pública, y la presupuestaria, que constituye la base del diseño y de la aplicación de las distintas políticas que se hacen realidad a través de las intervenciones de los fondos europeos.

Así pues, resulta natural que la canalización de los fondos europeos se condicione al cumplimiento, entre otras, de las obligaciones europeas relativas a la contratación pública. Obligaciones que, como es bien sabido, no derivan solo de la armonización de las legislaciones llevada a cabo por las directivas sino también son consustanciales con las libertades económicas fundamentales. Pero, además y con el fin de simplificar el examen, el presente análisis se centrará fundamentalmente en la evolución y el régimen vigente de los fondos estructurales y de cohesión³; aunque las mismas ideas y, en cierta medida, las soluciones legislativas sean similares en el caso de los fondos agrícolas⁴ y debieran serlo en la aplicación las distintas medidas del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia⁵.

En definitiva, la regulación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del Derecho derivado, los Reglamentos relativos a la canalización de los fondos europeos y las directivas en materia de contratación pública, interactúan de tal manera que tienen importantes consecuencias en un país como España, caracterizado por no destacar como aventajado alumno en el cumplimiento de las normas de contratación a pesar de ser uno de los países más beneficiados por los distintos fondos europeos.

³ Reglamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2021 por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados (*DOUE* n° L 231 de 30.6.2021, p. 159).

⁴ Reglamento (UE) 2021/2116 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de diciembre de 2021 sobre la financiación, la gestión y el seguimiento de la política agrícola común y por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 1306/2013 (*DOUE* núm. L 435 de 6.12.2021, p. 187).

⁵ Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (*DOUE* núm. 57, de 18 de febrero de 2021, p. 17).

Pues bien, el objetivo es examinar cómo la gestión de los fondos europeos, en particular los estructurales y de cohesión, se vincula al cumplimiento de las obligaciones europeas en materia de contratación pública y de qué modo se lleva a cabo en la práctica de los tribunales. Esto exige una referencia a las previsiones normativas, a la práctica administrativa y, de manera esencial, al control judicial de los tribunales de la Unión y de los tribunales nacionales, en especial teniendo en cuenta la experiencia española.

El estudio se divide en dos partes. En la primera, se abordan las relaciones entre los fondos europeos, con una regulación preocupada especialmente por establecer los criterios de programación que luego se encargan de ejecutar las administraciones nacionales, y las normas europeas de contratación pública, que constituyen un ejemplo típico de la armonización de las legislaciones nacionales pero que tiene trascendencia en la aplicación individualizada de las normas de contratación pública. Y la segunda parte se dedica a comprobar cuál ha sido la experiencia española en este ámbito en el que, por un lado, el proceso de descentralización territorial ha constituido un reto importante en la transposición normativa y en la gestión administrativa afectando de manera especial a las relaciones entre el Estado central y las Comunidades Autónomas. Y, por otro lado, se ha llevado a cabo un control judicial contencioso-administrativo que, tantos años después, empieza a tener principios más elaborados y claros que aplicar.

II. PRIMERA PARTE. LA GESTIÓN DE LOS FONDOS, LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS CONTROLES EUROPEOS Y NACIONALES

La razón de ser y la actuación de la Unión Europea en materia de fondos europeos y de contratación pública son muy distintas. En el caso de los fondos europeos se pretende una canalización del presupuesto europeo dedicado a las distintas políticas comunes lo que supone una regulación y una programación europeas que quedan en manos de las instituciones europeas, en particular, la Comisión Europea, pero su ejecución se atribuye a las distintas administraciones nacionales.

En cambio, en materia de contratación pública, lo que pretende la Unión Europea es una armonización de las legislaciones nacionales con el fin de facilitar el funcionamiento del mercado único europeo. En este caso la Comisión Europea solo vigila que se cumplan

fielmente las obligaciones europeas que tienen una gran importancia para el mantenimiento del mercado interior europeo como son el respeto de las libertades económicas fundamentales apuntaladas por los principios de igualdad, transparencia y objetividad en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, y las normas específicas de armonización sobre publicidad, adjudicación y ejecución de determinados contratos sometidos a la armonización europea.

Ahora bien, no es extraño que la concesión de los fondos esté supeditada, entre otros, al cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, en particular las normas sobre contratación pública. De hecho, las correcciones financieras aplicadas resultan de gran trascendencia presupuestaria al suponer cantidades muy significativas, que podrían acercarse a un 5% de todo el presupuesto de la Unión Europea⁶.

Y todas las preocupaciones finalmente convergen en los controles administrativos, financieros y judiciales aplicables con el fin de asegurar que los fondos europeos se gestionen adecuadamente y, desde luego, en su aplicación se respeten las obligaciones relativas a la contratación pública.

1. La gestión de los fondos europeos y las irregularidades en materia de contratación pública

La característica más sobresaliente de la gestión de los fondos europeos es su aplicación descentralizada, denominada ‘gestión compartida’, lo que supone que en su canalización las administraciones nacionales, sean centrales, regionales o locales, tengan una gran relevancia al lado, como es obvio, de la Comisión Europea.

⁶ Los datos correspondientes al Presupuesto de las instituciones europeas para 2023 son significativos; así, por ejemplo y en relación con 2021, la cuantificación de las correcciones del FEDER había alcanzado los 3.998 millones de euros, en el Fondo de cohesión llegaron a 1.359 millones y en el Fondo Social Europea fueron de 1.914 millones de euros; los fondos agrícolas supusieron en el mismo años 534 millones, a saber, 431 millones del FEAGA y 103 millones del FEADER (Adopción definitiva (UE, Euratom) 2023/278 del presupuesto anual de la Unión Europea para el ejercicio 2023, *DOUE* n° L 58 de 23.2.2023, p. 1). No obstante, estos datos deben tomarse solo como indicativos pues el propio Tribunal de Cuentas Europeo se ha quejado de la escasa transparencia y exactitud de la Comisión Europea en el *Informe Anual sobre la ejecución del presupuesto de la UE relativo al ejercicio 2021*, adoptado el 7 de julio de 2022, apartados 1.42 a 1.45, de los que resultaría unas correcciones y recuperaciones por importe únicamente de 765 millones de euros. Las respuestas de la Comisión Europea no parece que desvirtúen tal acusación de escasa transparencia como se deduce de los apartados correlativos que contiene el mismo Informe del Tribunal de Cuentas Europeo.

En este sentido, el vigente Reglamento financiero de la Unión Europea considera que los fondos europeos constituyen un parte del presupuesto europeo que se canaliza a través de las administraciones nacionales⁷. Esto no impide subrayar que, como ha señalado el Tribunal de Justicia, “los activos que salen del presupuesto de la Unión y se ponen a disposición de los Estados miembros en virtud de Fondos Estructurales o del Fondo de Cohesión, una vez abonados no pueden considerarse activos de la Unión”⁸.

En efecto, los métodos de gestión presupuestaria son, principalmente, la gestión directa por la Comisión Europea, en particular por sus distintos departamentos o servicios y de sus agencias ejecutivas, y, fundamentalmente, la gestión compartida con los Estados miembros en la que, como ilustra el artículo 63.1 del Reglamento financiero:

“Cuando la Comisión ejecute el presupuesto en régimen de gestión compartida, se delegarán en los Estados miembros las funciones relativas a la ejecución presupuestaria. La Comisión y los Estados miembros respetarán los principios de buena gestión financiera, transparencia y no discriminación y garantizarán la visibilidad de la acción de la Unión cuando administren los fondos de la Unión. Para ello, la Comisión y los Estados miembros cumplirán sus respectivas obligaciones de control y auditoría y asumirán las responsabilidades resultantes previstas en el presente Reglamento. Se establecerán disposiciones complementarias en las normas sectoriales específicas”.

Aun cuando las primeras regulaciones de los fondos europeos estuvieran preocupadas por la programación y la canalización ordenada del presupuesto europeo a través de la Comisión y de las autoridades nacionales, pronto se manifestó la necesidad de que, en la gestión de los fondos europeos, se tuviese en cuenta el cumplimiento de las directivas sobre contratación pública.

En las distintas etapas de la programación financiera de los fondos estructurales e inspirándose en la experiencia habida desde los años 70, en la política agrícola se adopta en 1988 un procedimiento en virtud del cual la Comisión reduciría o suspendería una

⁷ Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (*DOUE* n° L 193 de 30.7.2018, p. 1); modificado con posterioridad.

⁸ TJUE, sentencia de 13 de octubre de 2022, Gmina Wieliszew, C-698/20, apdo. 68 EU:C:2022:787 (fondos abonados al beneficiario en una cuenta en un banco en concurso de acreedores).

ayuda si el examen de su aplicación en la gestión de los fondos europeos permitía confirmar la existencia de una irregularidad⁹.

En la reforma de 1993, ya de una manera más elaborada y directa, se dispone en el artículo 7 del Reglamento nº 2081/93:

“Las acciones financiadas por los Fondos estructurales o mediante una intervención del BEI o de otro instrumento financiero existente deberán atenerse a las disposiciones de los Tratados y de los actos adoptados en virtud de los Tratados, así como a las políticas comunitarias, incluidas las que se refieran a las normas de competencia, la formalización de contratos públicos y la protección del medio ambiente, al igual que a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”.

Y de manera específica el artículo 25.6 Reglamento (CEE) nº 2082/93 disponía: “en el marco de la aplicación de las normas comunitarias de contratación pública, en los anuncios que se remitan para su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas se precisarán las referencias de los proyectos para los que se haya solicitado o que reciban ayuda comunitaria”.

En 1999 y para el siguiente período de programación se aprueba una regulación conforme a la cual el artículo 12 del Reglamento 1260/1999 establecía:

“Las operaciones que sean financiadas por los Fondos, por el BEI o por otro instrumento financiero deberán ajustarse a las disposiciones del Tratado y de los actos adoptados en virtud de éste, así como a las políticas y acciones comunitarias, incluidas las correspondientes a las normas de competencia, a la contratación pública, a la protección y mejora del medio ambiente, a la eliminación de desigualdades y al fomento de la igualdad entre hombres y mujeres”.

En 2006 se continúa esta mención en el artículo 9.5 del Reglamento (CE) nº 1083/2006: “Las operaciones financiadas por los Fondos deberán cumplir lo dispuesto en el Tratado y en los actos aprobados en virtud del mismo”.

⁹ Art. 24.2 del Reglamento (CEE) nº 4253/88 sobre fondos estructurales.

En 2013 el Reglamento general y los Reglamentos específicos también establecían previsiones específicas para el siguiente período de programación de tal modo que su artículo 6 el Reglamento n.º 1303/2013 preveía: “Las operaciones apoyadas por los Fondos del EIE cumplirán el Derecho de la Unión aplicable y el Derecho nacional relativo a su aplicación («Derecho aplicable»)”¹⁰. Más específicamente, el artículo 37.1.2 disponía: “Cuando se aplique el presente título, las autoridades de gestión, los organismos que ejecuten fondos de fondos y los organismos que ejecuten instrumentos financieros cumplirán el Derecho aplicable, en particular, en materia de ayudas de Estado y contratación pública”. En fin, el artículo 38.2.2 insiste:

“Cuando ejecuten instrumentos financieros, los organismos mencionados en el párrafo primero, letras a), b) y c), garantizarán que se cumple el Derecho aplicable, incluida la relativa a los Fondos EIE, a las ayudas de Estado, a la contratación pública, y a las normas pertinentes y legislación aplicable en materia de prevención del blanqueo de capitales, lucha antiterrorista y fraude fiscal”.

También el artículo 62 preceptuaba: “Los Fondos EIE podrán emplearse para apoyar operaciones de asociación público-privada. Dichas operaciones de asociación público-privada cumplirán el Derecho aplicable, en particular, en materia de ayudas de Estado y contratación pública”.

De las anteriores regulaciones, resultó de gran interés la previsión relativa a las Condiciones *ex ante* y a tal efecto del Anexo XI del Reglamento general n.º 1303/2013 que abarca los siguientes ámbitos:

- Disposiciones para la aplicación efectiva de las normas de la Unión sobre contratación pública mediante los mecanismos adecuados.
- Disposiciones que garantizan procedimientos transparentes de adjudicación de contratos.

¹⁰ Reglamento 1303/2013 general de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos (Fondos EIE) y Reglamentos específicos: («Reglamento del FEDER»); Reglamento (UE) n.º 1304/2013 («Reglamento del FSE»); Reglamento (UE) n.º 1300/2013 («Reglamento del FC»); Reglamento (UE) n.º 1299/2013 («Reglamento de la CTE»); Reglamento (UE) n.º 1305/2013 («Reglamento del Feader»); y Reglamento (UE) n.º 508/2014 («Reglamento del FEMP») (*DOUE* n.º L 347 de 20.12.2013, p. 320).

— Disposiciones para la formación y difusión de la información para el personal que participa en la ejecución de los Fondos EIE.

— Disposiciones que garantizan la capacidad administrativa para la ejecución y la aplicación de las normas de la Unión sobre contratación pública.

De manera complementaria, la Comisión Europea contaba desde 2015, tal como fue actualizada en 2018, con una *Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeo*¹¹.

Para el actual período de programación 2021-2027 se intenta una continuidad en el mantenimiento de las mismas normas tal como se recogen en el Reglamento (UE) 2021/1060.

Esto significa que cuando se incumple el Derecho de la Unión Europea se cometen irregularidades que el Reglamento (UE) 2021/1060 sobre los fondos estructurales europeos define en estos términos: “todo incumplimiento del Derecho aplicable, derivado de un acto u omisión de un operador económico, que tenga o pueda tener un efecto perjudicial en el presupuesto de la Unión al imputar a este un gasto injustificado” (artículo 2.31).

Y en el artículo 2.33 del mismo Reglamento (UE) 2021/1060 define “irregularidad sistémica” en estos términos: “toda irregularidad, que puede ser de naturaleza recurrente, con alta probabilidad de producirse en tipos similares de operaciones, derivada de una deficiencia grave, incluida la falta de establecimiento de procedimientos adecuados de conformidad con el presente Reglamento y con las normas específicas de los Fondos”.

Con escasa fortuna, el Reglamento (UE) 2021/1060 se refiere a lo que su artículo 15.1 denomina “condiciones favorecedoras horizontales” y que, en Anexo, incluye los Mecanismos de seguimiento eficaces del mercado de contratación pública, Instrumentos y capacidad para la aplicación eficaz de las normas sobre ayudas estatales, Aplicación y

¹¹ Comisión Europea, *Guía práctica de contratación pública: para profesionales sobre cómo evitar los errores más comunes en los proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos*, Dirección General de Política Regional y Urbana, Oficina de Publicaciones, 2018, <https://data.europa.eu/doi/10.2776/12906> (disponible el 20 de agosto de 2023).

ejecución efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales y Ejecución y aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Al referirse a la contratación pública el Reglamento para el período de financiación 2021-2027 se refiere a los mecanismos de seguimiento que cubren todos los contratos públicos y su procedimiento de contratación a título de los Fondos en consonancia con la legislación de la Unión sobre contratación pública.

En caso de irregularidades, debe intervenir la Comisión Europea aplicando correcciones financieras.

Ahora bien, en el período 2014-2020 el artículo 85.1 del Reglamento nº 1303/2013 la previsión era bien explícita: “La Comisión realizará correcciones financieras anulando la totalidad o parte de la contribución de la Unión a un programa y recuperando importes abonados al Estado miembro de que se trate, a fin de excluir de la financiación de la Unión gastos que incumplan el Derecho aplicable”.

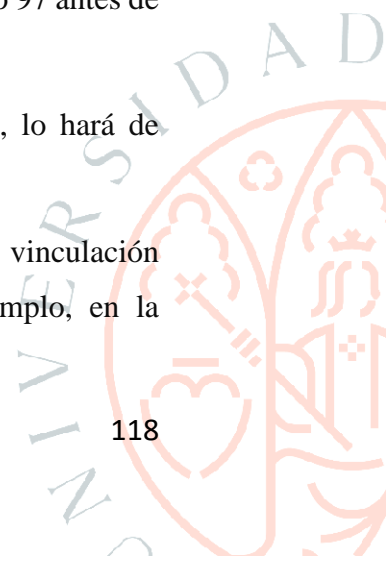
En cambio, en el período 2021-2027 las correcciones financieras adoptan un régimen más cooperativo entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales. En todo caso, esta es la previsión del artículo 104.1 del Reglamento (UE) 2021/1060:

“La Comisión efectuará correcciones financieras reduciendo la ayuda de los Fondos a un programa cuando llegue a la conclusión de que:

- a) hay una deficiencia grave que pone en riesgo la ayuda de los Fondos ya abonada al programa;
- b) el gasto consignado en cuentas aceptadas es irregular y dicha irregularidad no fue detectada ni notificada por el Estado miembro;
- c) el Estado miembro no ha cumplido sus obligaciones con arreglo al artículo 97 antes de que la Comisión iniciase el procedimiento de corrección financiera.

Si la Comisión aplica correcciones financieras a tipo fijo o extrapoladas, lo hará de conformidad con el anexo XXV”.

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia se había pronunciado sobre la vinculación entre irregularidad y menoscabo del presupuesto europeo. Así, por ejemplo, en la



sentencia *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, el Tribunal de Justicia había subrayado:

“una violación del Derecho de la Unión sólo constituye una «irregularidad» en el sentido de dicha disposición si tiene o si puede tener por consecuencia causar un perjuicio al presupuesto general de la Unión al cargarle un gasto injustificado. Por tanto, el Tribunal de Justicia ha declarado que tal violación debe considerarse una irregularidad siempre que pueda, como tal, tener una incidencia en el presupuesto. En cambio, no se exige demostrar la existencia de una incidencia financiera concreta”¹².

No obstante, pueden observarse cambios fundamentales en el modelo de correcciones en los dos últimos períodos de financiación de tal modo que todo parece indicar un intento del legislador de la Unión de minimizar el impacto de las correcciones finalmente impuestas por incumplimiento del Derecho aplicable.

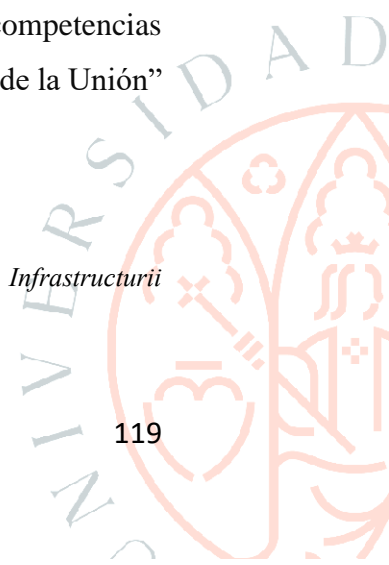
2 Los controles administrativos, financieros y judiciales del incumplimiento de las obligaciones sobre contratos públicos en la gestión de los fondos europeos

Con el fin de mejorar los distintos controles del cumplimiento de las obligaciones sobre contratos públicos en la gestión de los fondos europeos han intervenido los controles administrativos (de la Comisión Europea y de las Administraciones nacionales), financieros (el Tribunal de Cuentas, así como la Oficina de Lucha contra el Fraude, en adelante, OLAF) y, desde luego, los jurisdiccionales, del Tribunal de Justicia y de los tribunales nacionales.

2.1 Los controles administrativos del cumplimiento de las obligaciones sobre contratos públicos en la gestión de los fondos europeos y la misión de la Comisión Europea

El Tribunal de Justicia es el que ha subrayado en su sentencia *Baltlanta*: “Al asumir tal control financiero, el Estado miembro de que se trata se convierte en el primer responsable de la utilización eficaz de los fondos de la Unión, lo cual, sin perjuicio de las competencias de la Comisión, contribuye a la adecuada ejecución del presupuesto general de la Unión” (apartado 44).

¹² TJUE, sentencia de 6 de diciembre de 2017, *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, C-408/16, apdo. 60, EU:C:2017:940.



Y en el mismo sentido, el Tribunal de Justicia ha reiterado:

“la Comisión, como responsable de la ejecución del presupuesto de la Unión, debe asegurarse de que los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos se utilicen por los Estados miembros de manera legal y regular, y no puede comprometer tales Fondos sin comprobar previamente que se reúnen los requisitos a los que está sujeta la ayuda concedida por esos Fondos”¹³.

En los anteriores períodos de financiación europea, la Comisión había elaborado con un importante grado de detalle los criterios que utilizaría con el fin de establecer las correcciones financieras. Así resulta de la adopción en 2019 de las Directrices para la determinación de las correcciones financieras que deben aplicarse a los gastos financiados por la Unión en caso de incumplimiento de las normas aplicables a la contratación pública¹⁴. Y también en lo que se refiere al conflicto de intereses se había procedido en el mismo sentido. Si bien la Comisión Europea se refiere, primordialmente, a la gestión directa, el documento explica detalladamente las consecuencias en la gestión compartida y, en particular, en cuanto se refiere a que, en virtud del artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE,

“los poderes adjudicadores están obligados a adoptar las medidas adecuadas y a establecer sistemas capaces de detectar, prevenir y corregir los conflictos de intereses en el ámbito de la contratación pública. Esto es válido para todas las fases del procedimiento de contratación (preparación de la licitación, selección de los licitadores/candidatos y adjudicación del contrato, así como la fase posterior a la licitación)”¹⁵.

Resultaba de especial interés la clasificación que hace la Comisión Europea entre los tipos de irregularidades y el porcentaje que prevé aplicar de correcciones financieras.

¹³ TJUE, sentencia de 14 de julio de 2022, Rumanía / Comisión Europea (correcciones financieras del Fondo de Cohesión y del FEDER), C-401/21 P, EU:C:2022:564, apartado 70.

¹⁴ Decisión de la Comisión C(2019) 3452 final, de 14 de mayo de 2019, por la que se establecen las directrices para la determinación de las correcciones financieras que deben aplicarse a los gastos financiados por la Unión en caso de incumplimiento de las normas aplicables a la contratación pública.

¹⁵ Comisión Europea, Orientaciones sobre cómo evitar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses con arreglo al Reglamento Financiero (DOUE n.º C 121, de 9.4.2021, p. 1/43, apartado 5.2).

En el Anexo recoge 23 tipos de irregularidades repartidas por tres ámbitos: Anuncio de licitación y pliego de condiciones, Selección de los licitadores y evaluación de las ofertas y Ejecución del contrato. En cuanto a la primeras, destacan la falta de publicación del anuncio de licitación y el fraccionamiento artificial de los contratos de obras/servicios/suministros; en lo que se refiere a la selección del contratista, las irregularidades más graves consisten en el rechazo injustificado de ofertas anormalmente bajas, colusión en un procedimiento de licitación (establecida por una oficina de competencia o de lucha contra los cárteles o bien un órgano jurisdiccional u otro órgano competente), etc. Y en cuanto a la ejecución del contrato, son muy graves las irregularidades de las modificaciones de los elementos del contrato establecidos en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones que no son conformes con las directivas.

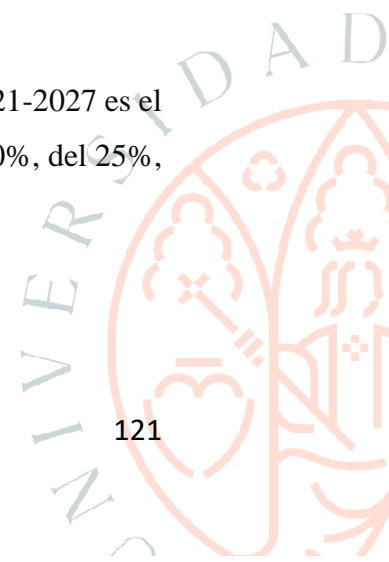
Los porcentajes de corrección eran, aplicando el principio de proporcionalidad, del 5%, 10%, 25% y 100%. Tal como explica la Comisión, aplicará “tres criterios, concretamente, la naturaleza y la gravedad de las irregularidades y las pérdidas financieras que estas acarreen al Fondo”.

En el caso de fraude, la Comisión Europea preveía una corrección financiera del 100%, es decir,

“se aplica una corrección financiera del 100% a los gastos afectados por las irregularidades derivadas del incumplimiento de las normas de contratación pública que tengan un impacto en el presupuesto de la Unión y estén relacionadas con el fraude, con repercusión en los intereses financieros de la Unión o cualquier otro delito definido en los artículos 3 a 5 de la Directiva (UE) 2017/1371, tal como lo haya establecido un poder jurisdiccional competente o lo haya identificado una autoridad nacional o de la Unión competente sobre la base de elementos probatorios que fundamentan la presencia de irregularidades fraudulentas”¹⁶.

En cambio, para la correcciones aplicables en el período de financiación 2021-2027 es el propio Reglamento (UE) 2021/1060 el que establece los porcentajes del 100%, del 25%,

¹⁶ Anexo citado, apartado 1.5.



del 10% o del 5%, según la deficiencia o deficiencias graves sean tan fundamentales, frecuentes o generalizadas que representen un fracaso completo del sistema que ponga en peligro la legalidad y regularidad de todo, de una parte fundamental, en una elevada proporción o, en fin, en una proporción significativa del gasto de que se trate. A modo de cláusula de cierre el Reglamento (UE) 2021/1060 invoca la aplicación del principio de proporcionalidad.

2.2 Los controles financieros del cumplimiento de las obligaciones sobre contratos públicos en la gestión de los fondos europeos y la función del Tribunal de Cuentas Europeo

El Tribunal de Cuentas Europeo ha desplegado una importante actividad reclamando la atención de la Comisión y de las autoridades nacionales sobre la relevancia de respetar las obligaciones en materia de contratación pública a la hora de gestionar los fondos europeos.

Reiteradamente el Tribunal de Cuentas Europeo constata la comisión de numerosas irregularidades vinculadas al cumplimiento de las normas de contratación pública en la gestión de los fondos de cohesión, como así revela el último Informe disponible correspondiente a 2021 de tal modo que comprueba, en términos generalizables a otros ámbitos, que “las infracciones en materia de contratación pública representan el 14 % del total de los errores notificados por las autoridades de auditoría en el periodo contable 2019/2020, pero suponen el 36 % del valor de las irregularidades comunicadas”¹⁷.

En su Informe Especial nº 10/2015, el Tribunal Europeo de Cuentas examina 175 procedimientos de contratación pública subvencionados por fondos europeos en 2014 comprobando que de los mismos 39 casos constituyen incumplimientos, 13 casos se habían cometido infracciones graves: adjudicación directa injustificada, la adjudicación directa injustificada de obras o servicios adicionales (ausencia de circunstancias

¹⁷ Tribunal de Cuentas Europeo, [2021 Informes anuales sobre la ejecución del presupuesto de la UE relativo al ejercicio 2021, y sobre las actividades financiadas por los octavo, noveno, décimo y undécimo Fondos Europeos de Desarrollo \(FED\) relativo al ejercicio 2021](#), OPUE, Luxemburgo, 2022, apartado 5.32.

imprevisibles), exclusión ilegal de licitadores, se había comprobado el conflicto de intereses y se habían aplicado criterios de selección discriminatorios.

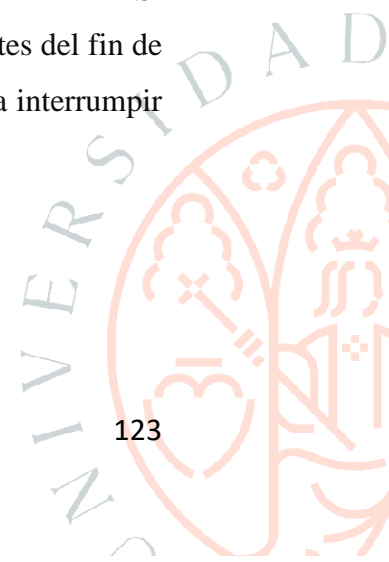
En ese mismo Informe Especial de 2015 el Tribunal de Cuentas Europeo califica como graves, significativos y leves los distintos errores cometidos, y da ejemplos; también comprueba que los errores más frecuentes entre 2009 y 2013 fueron los significativos (49) y en menor medida los graves (29%)¹⁸.

Así, el Tribunal de Cuentas reputa como grave el incumplimiento grave de las normas, a consecuencia del cual se obstaculizó la competencia o se considera que los contratos no se adjudicaron a los mejores licitadores. Como ejemplos se refiere a los siguientes: a) Adjudicación directa: contrato adjudicado sin recurrir aun procedimiento de contratación pública cuando este era necesario. b) Adjudicación de obras o servicios adicionales importantes o previsibles sin recurrir aun procedimiento de contratación pública cuando este era necesario c) Criterios ilícitos de selección/adjudicación o aplicación incorrecta de los mismos, que inciden en el resultado de la licitación.

También califica como significativo, el incumplimiento significativo de las normas, a pesar del cual se considera que los contratos se adjudicaron a los mejores licitadores, y se refiere a estos ejemplos: a) Criterios ilícitos de selección/adjudicación o aplicación incorrecta de los mismos, pero que no inciden en el resultado de la licitación. b) Falta de publicación de algunos criterios de selección/adjudicación en el pliego de condiciones. c) Limitación de la competencia a causa de una urgencia injustificada. En fin, considera como leve el error menos grave y, con frecuencia, de carácter formal, que no incide negativamente en el nivel de competencia consistente en a) No publicación o publicación fuera de plazo del anuncio de los contratos adjudicados b) No publicación de dicho anuncio en el *Diario Oficial de la UE*.

También el referido Informe 10/2015 el Tribunal de Cuentas Europeo recomendaba: “Si las condiciones *ex ante* relativas a la contratación pública no se cumplen antes del fin de 2016, la Comisión debería ejercer consecuentemente sus competencias para interrumpir

¹⁸ Informe especial, p. 18 y p. 19.



los pagos a los Estados miembros en situación de incumplimiento hasta que hayan subsanado las deficiencias”¹⁹.

En un Informe de 2017 el Tribunal de Cuentas Europeo comprobó que hasta el final de 2015, de un total de 137 decisiones de correcciones financieras, cuarenta y un asuntos fueron llevados ante el Tribunal de Justicia en relación con los períodos 2000-2006 y 1994-1999 y de los cuarenta y un asuntos, treinta y siete estaban cerrados para el final de 2016²⁰. A tal efecto señala el Tribunal de Cuentas: “Alrededor de la mitad de los asuntos del Tribunal de Justicia objeto del análisis del Tribunal se refieren a cuestiones ligadas al incumplimiento de las normas de contratación pública” (apartado 54).

La Comisión Europea insiste en la necesaria intervención de la OLAF o de las autoridades penales nacionales en caso de fraude.

La OLAF, creada por la Comisión Europea en 1999, a raíz precisamente de la falta de control de la gestión de los fondos europeos, tiene por misión ejercer

“las competencias de la Comisión en materia de investigaciones administrativas externas, con el fin de reforzar la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros, así como a efectos de la lucha contra el fraude referente a cualquier otro hecho o actividad por parte de operadores que constituya una infracción de las disposiciones comunitarias”²¹.

2.3 Los controles judiciales del cumplimiento de las obligaciones sobre contratos públicos en la gestión de los fondos europeos: los tribunales de la Unión y los tribunales nacionales

La intervención de los tribunales, tanto de la Unión como de los distintos Estados miembros, en cumplimiento de su misión de control del cumplimiento de las obligaciones sobre contratos públicos en la gestión de los fondos europeos, puede tener una función de control de la legalidad, encomendada en países como España a la jurisdicción

¹⁹ Informe especial, apartado 100.

²⁰ Tribunal de Cuentas Europeo, Informe Especial n.º 4/17, de 8 de marzo de 2017. Protección del presupuesto de la Unión frente al gasto irregular: la Comisión hizo un mayor uso de las medidas preventivas y las correcciones financieras en el ámbito de la cohesión durante el período 2007-2013. Luxemburgo.

²¹ Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Comisión, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (*DOCE* n.º L 136 de 31.5.1999, p. 20).

contencioso-administrativa o al Tribunal General y al Tribunal de Justicia en la Unión, o de represión del fraude y de la corrupción, encomendada en toda la Unión únicamente a los tribunales nacionales penales que, no obstante, pueden requerir la intervención por vía prejudicial del Tribunal de Justicia.

Por lo que se refiere al control de legalidad, la función de los tribunales de la Unión y de los tribunales nacionales es similar, lo único que los primeros se limitan fundamentalmente a enjuiciar la actuación del legislador europeo, el Tribunal de Justicia, y la gestión directa por la Comisión Europea, el Tribunal General; y en el caso de los tribunales nacionales se refieren, como es obvio a la gestión que comparten las Administraciones nacionales con la Comisión Europea controlando la legalidad de los desarrollos reglamentarios y la gestión de las administraciones nacionales.

Cuando la gestión presupuestaria es directa, las acciones de la Comisión Europea están sujetas a control de los tribunales de la Unión, es decir, el Tribunal General y en casación por el Tribunal de Justicia. Así se pone de manifiesto por el Tribunal General en la sentencia *Green Source Poland* la falta de legitimación, lo que implica la inadmisibilidad del recurso, en un supuesto en el que *Green Source Poland*, sociedad polaca de Derecho privado constituida en diciembre de 2004 con el único objetivo de construir y explotar una planta de producción de bioetanol en Polonia, había presentado una solicitud de subvención para el proyecto y que las autoridades polacas y la demandante firmaron un contrato relativo a la concesión de una subvención para la ejecución de dicho proyecto en el marco de un programa operativo. Ahora bien, a la hora de impugnar la legalidad de la decisión de la Comisión Europea por la que denegaba una contribución financiera al proyecto, el Tribunal General inadmitió el recurso al considerar que

“el hecho de que se mencione una entidad como autoridad responsable de la solicitud de ayuda financiera tampoco tiene como consecuencia situarla en una relación directa con la ayuda de la Unión. Asimismo, el hecho de que una entidad sea designada como beneficiaria de la ayuda financiera no implica que sea titular del derecho a esa ayuda. Es



más bien al Estado miembro, como destinatario de la decisión de concesión de la ayuda financiera del FEDER, al que debe considerarse titular del derecho a esa ayuda”²².

Del mismo modo, en la sentencia *Centre de promotion de l’emploi par la micro-entreprise (CPEM)*, el Tribunal General desestimó la impugnación de la supresión de una ayuda del FSE como consecuencia de un informe de la OLAF. A tal efecto, el Tribunal General explica en relación con uno de los motivos de impugnación aducidos:

“el derecho a reclamar la protección de la confianza legítima implica que concurren tres requisitos acumulativos. En primer lugar, la administración comunitaria debe haber dado al interesado garantías precisas, incondicionales y coherentes que emanen de fuentes autorizadas y fiables. En segundo lugar, estas garantías deben poder suscitar una esperanza legítima en el ánimo de aquel a quien se dirigen. En tercer lugar, las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables” (apartado 126)²³.

En suma y en la gestión directa por la Comisión Europea, por lo general siguen primando las relaciones privilegiadas entre la Comisión y las autoridades nacionales, siendo secundarias las empresas y los particulares. No obstante, y en determinados supuestos, los fondos europeos que se conceden directamente por la Comisión Europea a los particulares tienen como única vía de impugnación la directa ante el Tribunal General. En cambio, cuando se trata de la gestión compartida, el control se reparte entre los tribunales nacionales que, en su caso, pueden acudir por vía prejudicial al Tribunal de Justicia.

La sentencia *Texel* puede ser ilustrativa de este tipo de control judicial por los tribunales nacionales con la cooperación del Tribunal de Justicia²⁴. De esta sentencia resulta importante retener dos principios: por una parte, las autoridades nacionales quedaban obligadas por el Reglamento del Fondo europeo marítimo y pesquero (FEMP) a adoptar

²² TGUE, sentencia de 4 de mayo de 2017, *Green Source Poland / Comisión*, T-512/14, EU:T:2017:299 (impugnación de la denegación de una ayuda del FEDER a un proyecto presentado por Polonia).

²³ TGUE, sentencia de 30 de junio de 2009, *Centre de promotion de l’emploi par la micro-entreprise (CPEM) c. Comisión*, T-444/07, EU:T:2009:227 (supresión de una ayuda del FSE como consecuencia de un informe de la OLAF).

²⁴ TJUE, sentencia de 19 de diciembre de 2019, *Coöperatieve Producentenorganisatie en Beheersgroep Texel*, C-386/18, EU:C:2019:1122 (solicitud de una ayuda al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca, FEMP).

las medidas necesarias para que las organizaciones de productores puedan recibir financiación del FEMP tanto para la preparación como para la aplicación de los planes de producción y comercialización. Pero, al mismo tiempo y por otra parte, habitualmente, la regulación europea no tiene efecto directo de modo que, por ejemplo, el Reglamento FEMP debe interpretarse en el sentido de que no confiere directamente a las organizaciones de productores un derecho a recibir apoyo financiero del FEMP para los gastos que efectuaron en la preparación y aplicación de planes de producción y de comercialización.

Ahora bien, en este último caso, el Tribunal de Justicia advierte:

“en caso de que el tribunal remitente no pudiera llevar a cabo una interpretación de las disposiciones de su Derecho nacional que le permita llegar a una solución conforme con los objetivos perseguidos por la última reforma en materia de PPC [política pesquera común] y garantizar, por tanto, la plena eficacia del Derecho de la Unión, en tal situación, la parte perjudicada por la falta de conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podría, no obstante, invocar la jurisprudencia derivada de la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428), para obtener, en su caso, la reparación del perjuicio sufrido (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de agosto de 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, apartado 56 y jurisprudencia citada)”.

Y también en su jurisprudencia el Tribunal de Justicia ha explicado el distinto régimen jurídico aplicable a la gestión de los fondos y al cumplimiento de las obligaciones relativas a la contratación pública cuando interviene la Comisión Europea o cuando lo hacen las autoridades nacionales.

La sentencia *Municipio de Razlog* es muy significativa por cuanto explica, por una parte, el régimen de la contratación pública aplicable a la Comisión Europea, contenido sustancialmente en el Reglamento financiero, y a los Estados miembros, contenido en las Directivas sobre contratación pública²⁵. Así, lo señala el Tribunal de Justicia al Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Bulgaria:

²⁵ TJUE, sentencia de 16 de junio de 2022, Municipio de Razlog, C-376/21, EU:C:2022:472 (Directiva sobre contratación pública y fondos europeos aplicables en Bulgaria).



“incluso cuando un contrato público se financia mediante recursos procedentes de Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, la obligación de los órganos de contratación de los Estados miembros de respetar los principios fundamentales de la contratación pública, que son los principios de igualdad de trato, de no discriminación, de transparencia y de proporcionalidad, no puede derivarse del artículo 160 del Reglamento financiero” (apartado 49).

En este caso el Tribunal de Justicia distingue claramente entre instituciones de la Unión, “las instituciones de la Unión, las agencias ejecutivas y los organismos de la Unión” que constituyen órgano de contratación en el sentido del Reglamento financiero, y los órganos de contratación de los Estados miembros, a las que se les aplican las directivas sobre contratación pública.

Pero, asimismo, la sentencia *Municipio de Razlog* explica cómo en el supuesto de que no sean aplicables las directivas europeas sobre contratación pública ha de aplicarse la interpretación del Tribunal de Justicia porque así lo ha querido y lo ha establecido en este caso el Derecho búlgaro. En efecto, el Tribunal de Justicia constata que la Ley búlgara sobre los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos había dispuesto que la Ley de Contratación Pública, que transpuso fielmente al ordenamiento jurídico búlgaro la Directiva 2014/24, se aplicase a todos los procedimientos de contratación pública subvencionados mediante Fondos estructurales europeos, con independencia del valor de los contratos.

Por tanto, el Tribunal de Justicia argumenta que, si bien no es aplicable la Directiva 2014/24 porque los contratos de suministro no alcanzan el umbral previsto de 209.000 euros, las disposiciones de la Directiva 2014/24 han sido declaradas aplicables, de manera directa e incondicional, por el Derecho nacional a situaciones que, como la del contrato controvertido en el litigio principal, están excluidas normalmente de su ámbito de aplicación. Esto supone, a juicio del Tribunal de Justicia, que

“cuando un Derecho nacional se atiende, directa e incondicionalmente, para resolver situaciones no comprendidas en un acto del Derecho de la Unión, a las soluciones aplicadas por este acto, existe un interés manifiesto de la Unión en que las disposiciones procedentes de dicho acto reciban una interpretación uniforme. Ello permite, en efecto,

evitar futuras divergencias de interpretación y garantizar un tratamiento idéntico de estas situaciones y de las comprendidas en el ámbito de aplicación de dichas disposiciones” (apartado 55).

En cuanto a la interpretación concreta, la sentencia *Municipio de Razlog* comprueba si se ha producido o no irregularidad en el sentido siguiente:

“al demostrar que el precio del contrato celebrado tras el procedimiento negociado sin publicación previa se corresponde con el precio del contrato, el órgano de contratación demuestra que ha hecho el uso más eficiente de los fondos públicos, tal y como dispone el considerando 2 de la misma Directiva, y que, por tanto, no se ha cometido ninguna irregularidad en el sentido de la normativa de la Unión sobre los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos” (apartado 70).

La jurisprudencia europea sobre la relación entre la gestión de los fondos y la contratación pública permite un examen agrupado en torno a los distintos tipos de irregularidades y a sus efectos en la financiación europea.

En cuanto a las irregularidades por incumplimiento de las obligaciones sobre contratación pública en la gestión de los fondos europeos, la sentencia *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, a requerimiento del Consejo de Estado francés, explica, por una parte, el alcance del concepto de irregularidad: la infracción por el beneficiario de una subvención de la Unión, en su condición de entidad adjudicadora, de las reglas establecidas en la Directiva aplicable a efectos de la realización de la operación objeto de esa subvención (apartado 31)²⁶. Y por otra parte, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que el propio Derecho de la Unión, los Reglamentos relativos a los Fondos Europeos constituyen un fundamento jurídico que permite a las autoridades nacionales, sin necesidad de una habilitación prevista por el Derecho nacional, recuperar del beneficiario la totalidad de una subvención concedida con cargo al FEDER, debido a que, en su calidad de «entidad adjudicadora» en el sentido de las Directiva aplicables, ese beneficiario no ha cumplido las prescripciones de dichas Directivas en la adjudicación de

²⁶ TJUE, sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, C-465/10, EU:C:2011:867.

un contrato público de servicios, que tenía por objeto la realización de la operación en virtud de la cual se había concedido la citada subvención a ese beneficiario (apartado 41).

En la sentencia *ANAS*, el Tribunal de Justicia establece un concepto amplio de irregularidad que incluye

“los comportamientos que pueden calificarse de «actos de corrupción llevados a cabo en el contexto de un procedimiento de adjudicación de un contrato público» [que] pueden, por su propia naturaleza, influir en la adjudicación de dicho contrato” y que, en consecuencia, no cabe excluir que estos comportamientos puedan tener una incidencia en el presupuesto del fondo [FEDER]” (apartado 39)²⁷.

La sentencia *Baltlanta* insiste en que los Estados miembros están obligados a prevenir, detectar y corregir las irregularidades del Derecho de la Unión Europea que afecten al presupuesto europeo e informar de tales irregularidades a la Comisión Europea²⁸. Se trataba de un supuesto en que una sociedad privada reclamaba a Lituania la responsabilidad porque se le impidió percibir una ayuda económica de los Fondos estructurales. Ahora bien, el Tribunal de Justicia establece una definición jurisprudencial del término irregularidad: “una situación en la que se infringe una norma jurídica, o sea, en el caso de autos, el Derecho de la Unión” (apartado 42).

En la sentencia *Comune di Ancona / Regione Marche* dirimía la impugnación por el municipio de Ancona de la revocación por el Gobierno regional de Las Marcas de una subvención concedida con fondos europeos²⁹.

En el supuesto concreto la revocación se basaba en que la obra, un dique seco, también lo utilizaban embarcaciones de recreo en una proporción estimada del 18%, se había inutilizado una parte de la obra y se había procedido a la concesión directa de la gestión

²⁷ TJUE, sentencia de 8 de junio de 2023, Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS), C-545/21, EU:C:2023:451 (irregularidades y actos de corrupción en la contratación y exclusión de la financiación europea).

²⁸ TJUE, sentencia de 3 de septiembre de 2014, Baltlanta, C-410/13, EU:C:2014:2157 (obligación de un Estado miembro de adoptar medidas necesarias para garantizar la concesión de subvenciones europeas).

²⁹ TJUE, sentencia de 14 de noviembre de 2013, Comune di Ancona / Regione Marche, C-388/12, EU:C:2013:734 (revocación de una subvención europea para un proyecto).

de dicha obra, es decir, sin recurrir a un procedimiento de licitación pública, a la cofradía de pescadores.

En una sentencia difícil de entender, el Tribunal de Justicia parece dulcificar los requisitos y, en particular, considera que cabe acudir en determinados supuestos a la adjudicación directa siempre y cuando se respete el principio de transparencia, es decir, que permitiendo, en particular, que una empresa establecida fuera de Italia pudiera tener acceso a la información adecuada sobre dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, habría estado en condiciones de manifestar su interés por obtener la citada concesión. En efecto, no puede olvidarse que habitualmente el Tribunal de Justicia considera que la adjudicación directa es la infracción más grave de las normas europeas de contratación pública³⁰.

En la sentencia *Wrocław (Breslavia)* el Tribunal Administrativo de Varsovia le pregunta al Tribunal de Justicia las consecuencias del incumplimiento por el poder adjudicador de las normas sobre contratación pública en materia de subcontratación.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia considera que tal irregularidad justifica la necesidad de aplicar una corrección financiera, siempre que no pueda excluirse la posibilidad de que tal incumplimiento haya tenido una incidencia en el presupuesto del Fondo de que se trate; y el importe de esa corrección debe determinarse teniendo en cuenta todas las circunstancias concretas pertinentes, a saber, la naturaleza de la irregularidad comprobada, su gravedad y la pérdida financiera que acarreó al Fondo en cuestión³¹. La sentencia *Liivimaa Lihaveis MTÜ* subraya la importancia del derecho a la tutela judicial efectiva en un asunto referido a la canalización de Fondos europeos por Letonia y Estonia y, en concreto, un proyecto europeo de cooperación territorial³².

La primera respuesta que da el Tribunal de Justicia se refiere al control jurisdiccional de este tipo de fondos a través de un comité de seguimiento integrado por representantes

³⁰ TJCE, sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Recyclingpark Lochau GmbH, C-26/03, EU:C:2005:5 (adjudicación sin licitación a una empresa de economía mixta vinculada a la ciudad de Halle), apartado 37.

³¹ TJUE, sentencia de 14 de julio de 2016, Wrocław (Breslavia), C-406/14, EU:C:2016:562.

³² TJUE, sentencia de 17 de septiembre de 2014, Liivimaa Lihaveis MTÜ, C-562/12, EU:C:2014:2229.

estonios y letonios. El Tribunal de Justicia, frente a la pregunta de si era competente el Tribunal General para conocer del asunto, considera que "el juez de la Unión no es competente para pronunciarse sobre la conformidad a Derecho de un acto adoptado por una autoridad nacional" (apartado 48). En cambio, el Tribunal de Justicia no duda en considerar que

"el Reglamento nº 1083/2006, puesto en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de un manual del programa adoptado por un Comité de seguimiento en el marco de un programa operativo celebrado entre dos Estados miembros y dirigido a promover la cooperación territorial europea, en la medida en que esa disposición no establece que la decisión de dicho Comité de seguimiento por la que se desestime una solicitud de subvención pueda ser objeto de recurso ante un tribunal de un Estado miembro" (apartado 76).

En fin, la sentencia *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere* responde un reenvío prejudicial del Tribunal de Apelación de Bucarest y el Tribunal de Justicia recordando el concepto de irregularidad y subrayando: "la Unión únicamente tiene vocación de financiar, mediante los Fondos Estructurales y el Fondo de Cohesión, las acciones que se realizan en completa conformidad con el Derecho de la Unión, incluidas las normas aplicables en materia de contratos públicos".

Pero la esencia de la irregularidad es que pueda producir un quebranto a los fondos públicos:

"una violación del Derecho de la Unión sólo constituye una «irregularidad» en el sentido de dicha disposición si tiene o si puede tener por consecuencia causar un perjuicio al presupuesto general de la Unión al cargarle un gasto injustificado. Por tanto, el Tribunal de Justicia ha declarado que tal violación debe considerarse una irregularidad siempre que pueda, como tal, tener una incidencia en el presupuesto".

Como en el caso concreto se refería al empleo de criterios de selección previa de licitadores más restrictivos que los establecidos por la Directiva 2004/18, el Tribunal de Justicia considera que procede aplicar una corrección financiera cuando no pueda excluirse que tal empleo de los criterios de selección haya incidido en el presupuesto del Fondo de que se trata.

En lo que se refiere al efecto de la financiación europea en el sometimiento a las normas europeas de contratación pública por organismos privados, la sentencia *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros* insiste en que “la financiación comunitaria de un proyecto de obras no está supeditada al cumplimiento, por parte de sus beneficiarios, de los procedimientos de recurso establecidos en la Directiva 89/665, cuando ellos mismos no sean poderes adjudicadores en el sentido de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37” (apartado 49)³³. Del mismo modo, en la sentencia *Club Med Les Boucaniers*, tanto el Tribunal General como el Tribunal de Justicia desestiman sendos recursos de Francia contra la supresión por parte de la Comisión Europea de una ayuda del FEDER concedida en la Martinica francesa³⁴. La supresión de toda la ayuda europea se debió a una comprobación del Tribunal de Cuentas europeo conforme al cual el proyecto había recibido una subvención europea superior al 50% y, sin embargo, la realización de las obras no respetó lo dispuesto en la Directiva 93/37/CEE sobre contratación pública.

En fin, la sentencia *Ministerul Lucrărilor Publice* el Tribunal de Justicia establece el concepto de fraude y el alcance temporal del mismo y, frente a la decisión del Ministerio Fiscal rumano de archivar determinadas investigaciones relativas al fraude, manifiesta:

“la utilización intencionada de declaraciones falsas o inexactas presentadas con posterioridad a la ejecución del proyecto que ha disfrutado de financiación, para crear la apariencia de cumplimiento de las obligaciones previstas durante el período de durabilidad del proyecto por el contrato de financiación, con el fin de retener indebidamente fondos procedentes del presupuesto de la Unión. Cubre por tanto todo el período durante el cual los contratos de financiación imponen obligaciones a los beneficiarios, incluido el período de durabilidad”³⁵.

Y esto supone, aplicando el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea que

³³ TJUE, sentencia de 15 de enero de 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros*, C-44/96, EU:C:1998:4 (poder adjudicador y financiación europea).

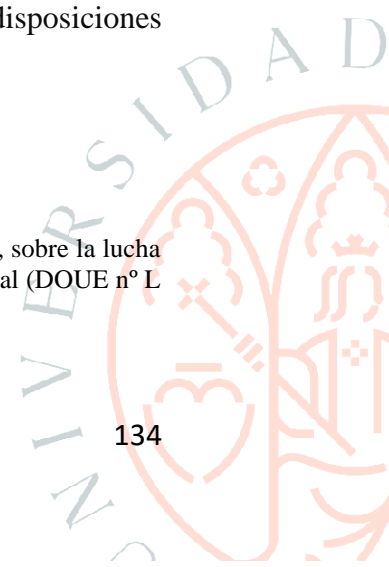
³⁴ TJUE, sentencia de 26 de septiembre de 2016, Francia / Comisión (*Club Med Les Boucaniers*), C-115/12 P, EU:C:2013:596.

³⁵ TJUE, sentencia de 14 de octubre de 2021, *Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației*, C-360/20, EU:C:2021:856 (investigación penal en la subvención de obras en un monasterio rumano).

“el artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, impone a los Estados miembros una obligación de resultado precisa, por lo que respecta a la adopción de medidas disuasorias y efectivas y a su obligación de adoptar las mismas medidas para combatir el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión que las que adopten para combatir el fraude que afecta a sus propios intereses financieros, obligación esta que no está sujeta a condición alguna. Por consiguiente, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, esta disposición produce el efecto, en su relación con el Derecho interno de los Estados miembros, de hacer inaplicable de pleno Derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional existente” (apartado 36). Por último, el control represivo penal corresponde en exclusiva a los tribunales nacionales, ciertamente con la colaboración prejudicial del Tribunal de Justicia. A tal efecto, los avances en este ámbito han sido espectaculares a partir de la armonización de las legislaciones penales nacionales a través de la Directiva (UE) 2017/1371 para la protección de los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (Directiva PIF)³⁶ y de la puesta en marcha de la Fiscalía Europea.

La Directiva (UE) 2017/1371 señala en su preámbulo: “Los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar la rápida recuperación de dichas sumas y su transferencia al presupuesto de la Unión, sin perjuicio de las normas sectoriales pertinentes de la Unión sobre las correcciones financieras y la recuperación de las sumas gastadas indebidamente” (apartado 29). Y en su parte dispositiva, en el artículo 15 se refiere a la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión (OLAF) y otras instituciones, órganos u organismos de la Unión. También en el artículo 14 de la directiva se prevé que los procedimientos penales iniciados sobre la base de disposiciones nacionales de aplicación de la directiva no afecten indebidamente a la aplicación correcta y eficaz de medidas y sanciones administrativas, y multas no equiparables a un procedimiento penal, establecidas en el Derecho de la Unión o en disposiciones nacionales de aplicación.

³⁶ Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (DOUE n° L 198 de 28.7.2017, p. 29).



El Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre los efectos de la anulación por inconstitucionalidad de legislaciones nacionales que dejan desatendida la lucha contra el fraude y que, en realidad, constituye una vulneración de 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. No obstante, la aplicación de la Carta impone límites a las consecuencias de esta vulneración de sus obligaciones por las autoridades nacionales que el Tribunal de Justicia matiza según los casos; por ejemplo, el principio de legalidad de los delitos y las penas y el principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable³⁷.

3 Las consecuencias jurídicas y financieras del incumplimiento de las obligaciones europeas de contratación pública en la gestión de los fondos europeos

La Comisión Europea ha manifestado la preocupación en la gestión de los fondos europeos por el cumplimiento de las directivas sobre contratación pública. Así ocurrió en 1987 en el *Vademécum sobre la contratación pública de la Comisión Europea: atención especial a la relación entre 'contratos públicos y financiación europea'*³⁸.

También en 1988 la Comisión Europea adoptó una *Comunicación sobre el control del cumplimiento de las normas sobre contratos públicos en los proyectos y programas financiados por los Fondos Estructurales e instrumentos financieros*³⁹.

La Directiva 2014/24/UE en los distintos anuncios del procedimiento de licitación (anuncio de información previa, licitación, resultados de un concurso, modificación de un contrato durante su vigencia) exige que se informe sobre si el contrato está relacionado con un proyecto o programa financiado con fondos de la Unión.

En todo caso, baste recordar que las directivas sustantivas y las directivas de recurso enuncian unas obligaciones básicas: publicidad, objetividad, transparencia, integridad,

³⁷ TJUE (Gran Sala), sentencia de 24 de julio de 2023, Lin, C-107/23 PPU, EU:C:2023:563 (aplicación retroactiva de la ley penal más favorable antes y después de la anulación de una ley rumana inconstitucional).

³⁸ Comisión Europea, *Vademécum sobre los contratos públicos en la Comunidad*, DOCE nº C 358, de 31.12.1987, p. 1.

³⁹ Comisión Europea, *Comunicación C(88) 2510 de la Comisión a los Estados miembros sobre el control del cumplimiento de las normas sobre contratos públicos en los proyectos y programas financiados por los Fondos Estructurales e instrumentos financieros*, DOCE nº C 22, de 28 de enero de 1989, p. 3.

etc., pero han de tenerse en cuenta la aplicación con efecto directo de las libertades económicas reconocidas por el Tratado constitutivo que desborda el ámbito de aplicación de las Directivas europeas. Adicionalmente, la entrada en vigor de la Carta hace posible la invocación de derechos fundamentales, especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando sea trate de una situación en la que sea aplicable el Derecho de la Unión Europea.

Ahora bien, la sentencia *Euro Box Promotion* se delimita con gran amplitud un ámbito sometido al Derecho de la Unión Europea y vincula el fraude con la corrupción en los siguientes términos:

“un desvío de fondos procedentes del presupuesto de la Unión para otros fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos inicialmente es constitutivo de fraude, aunque tal desvío también puede ser el origen o el resultado de un acto de corrupción. Esto viene a demostrar que los actos de corrupción pueden estar vinculados a casos de fraude y, a la inversa, la comisión de un fraude puede verse facilitada por actos de corrupción, de manera que una posible afectación de los intereses financieros puede resultar, en ciertos casos, de la combinación de un fraude en el IVA y de actos de corrupción” (apartado 186)⁴⁰.

La sentencia *Smetna palata na Republika Bulgaria* (Tribunal de Cuentas de Bulgaria) se refiere a la aplicación de controles de gestión y de control financiero en la aplicación de los fondos europeos⁴¹. A tal efecto, el Tribunal de Justicia considera que

“una intervención combinada de una autoridad de gestión y de una autoridad de auditoría debe respetar los derechos y principios garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular, el principio de proporcionalidad. A este respecto, el artículo 8, apartado 2, del Reglamento nº 2988/95 establece además que la concepción de las medidas de control no debe engendrar obstáculos económicos ni gastos administrativos excesivos” (apartado 67).

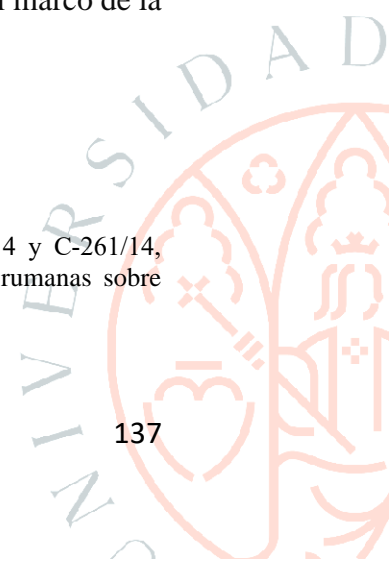
⁴⁰ TJUE, sentencia de 21 de diciembre de 2021, *Euro Box Promotion* y otros, C-357/19, EU:C:2021:1034.

⁴¹ TJUE, sentencia de 31 de marzo de 2022, *Smetna palata na Republika Bulgaria* (Tribunal de Cuentas de Bulgaria), C-195/21, EU:C:2022:239.

En la sentencia *Județul Neamț y Județul Bacău*, el Tribunal de Justicia, aun cuando no eran aplicables las Directivas sobre contratación pública, aplica las correcciones por incumplimiento de normas rumanas sobre contratación pública⁴². En primer lugar, establece un amplio concepto de irregularidad en el que incluye de manera explícita cualquier incumplimiento del Derecho de la Unión o del Derecho nacional relativo a su aplicación; en este caso la infracción de disposiciones nacionales por un poder adjudicador beneficiario de Fondos Estructurales en el marco de la adjudicación de un contrato público con un valor estimado inferior al umbral previsto en la Directiva 2004/18, con motivo de la adjudicación de dicho contrato, puede constituir una «irregularidad» siempre que dicha infracción tenga o pueda tener como efecto causar un perjuicio al presupuesto general de la Unión al imputarle un gasto indebido. Y en segundo lugar el Tribunal de Justicia hace una interpretación, que parecería a primera vista un tanto forzada, de la aplicación retroactiva de la legislación rumana argumentando que “el ámbito de aplicación del principio de protección de la confianza legítima no puede extenderse hasta el punto de impedir, de manera general, que una nueva normativa se aplique a los efectos futuros de situaciones nacidas al amparo de la normativa anterior” (apartado 55). Ahora bien, ha de entenderse que como recoge la propia sentencia, el abogado general había considerado que “la obligación de devolver una ventaja indebidamente percibida a través de una práctica irregular no constituye una sanción, sino la mera consecuencia de la constatación de que no se han respetado las condiciones exigidas para la obtención del beneficio resultante de la normativa de la Unión, lo que convierte la ventaja percibida en indebida” (apartado 50).

La sentencia *Elme Messer Metalurgs* confirma esta misma interpretación y, en particular, a juicio del Tribunal de Justicia “puede considerarse una «irregularidad» a efectos de esta disposición una situación en la que el beneficiario de una subvención del FEDER no alcanza, durante el período pertinente, el volumen de negocios previsto en el marco de la

⁴² TJUE, sentencia de 26 de mayo de 2016, *Județul Neamț y Județul Bacău*, C-260/14 y C-261/14, EU:C:2016:360 (aplicación de correcciones nacionales por incumplimiento de normas rumanas sobre contratación pública).



operación financiada como consecuencia de la insolvencia o el cese de la actividad de su único socio comercial”⁴³.

III. SEGUNDA PARTE. LA GESTIÓN DE LOS FONDOS EUROPEOS Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

Desde 1986 los casi 40 años de gestión de fondos europeos y de transposición de directivas sobre contratación pública no arrojan un saldo muy favorable para España porque, por una parte, no se ha conseguido una gestión transparente y eficaz y tampoco se ha logrado un encaje apropiado de la legislación española en materia de contratación administrativa con las obligaciones europeas a través de figuras como los contratos SARA, sujetos a regulación armonizada⁴⁴.

Sin embargo, deben reconocerse las dificultades en este amplio período para canalizar los fondos en un sistema competencial estatal y autonómico en período de formación y con una legislación en materia de contratación administrativa que estaba muy lejos de cumplir los principios básicos de igualdad, objetividad y transparencia.

En cambio, han de apreciarse avances en lo esencial, de buscar un acuerdo mínimo del Estado y las Comunidades Autónomas para repartirse los fondos, y, desde luego, para responder de los incumplimientos financieros que tenga su origen en los distintos niveles de administración, central, autonómica o, incluso, local.

En el caso del control judicial, la intervención de los tribunales de la Unión ha puesto en evidencia numerosas irregularidades relativas a las obligaciones europeas en materia de contratación pública sancionadas con correcciones financieras aplicadas a España. En cambio, no se aprecia una importante intervención de los tribunales españoles confirmando precisamente que el incumplimiento de las normas europeas de contratación

⁴³ TJUE, sentencia de 1 de octubre de 2020, Elme Messer Metalurgs, C-743/18, EU:C:2020:767 (supresión de una ayuda del FEDER concedida a una empresa letona).

⁴⁴ Moreno Molina, José Antonio, ““Un mundo para Sara”: una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada”, *Revista de administración pública*, N° 178, 2009, pp. 175-213.

pública afecta a la concesión y revocación de las subvenciones que tienen su origen en los fondos europeos.

1 La gestión de los fondos europeos y el reparto de responsabilidades administrativas y financieras entre las Administraciones españolas

En los primeros años de integración de España en las Comunidades Europeas no se sabía el criterio constitucional que había de seguirse en la gestión en España de los fondos europeos. Para unos, la clave estaba en la responsabilidad “internacional” que en todo caso correspondía al Estado; pero, para otros, lo relevante era el reparto ‘*ad intra*’ de responsabilidades que correspondía a quien tuviese la competencia constitucionalmente atribuida⁴⁵.

Para despejar esta incógnita hubo de intervenir el Tribunal Constitucional que ya en su sentencia 79/1992, de 28 de mayo, afirmaba:

“la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que no resultan alterados ni por el ingreso de España en las Comunidades Europeas ni por la promulgación de normas comunitarias, porque la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”⁴⁶.

Esta constatación no impedía al Tribunal Constitucional reconocer que, como señala la STC 173/2005, de 23 de junio:

“la propia interpretación del orden competencial tampoco se produce en el vacío, por lo que prestar atención a la forma en que se ha configurado una determinada institución en el Derecho comunitario puede ser no sólo útil, sino incluso obligado para aplicar correctamente sobre ella el esquema interno de distribución competencial e, incluso, para

⁴⁵ Mangas Martín, Araceli, *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, Madrid, 1987.

⁴⁶ TC (Pleno), sentencia 79/1992, de 28 de mayo de 1992, ponente: Rodríguez Bereijo (gestión de fondos agrarios).

concluir que la controvertida es una cuestión que cae dentro de la esfera del Derecho comunitario y no en la del reparto interno de competencias⁴⁷.

La Ley General de Subvenciones (LGS) de 2003 trata de aclarar el régimen español de gestión de los fondos europeos y, sobre todo, pretende que se establezca un reparto de responsabilidades financieras entre los distintos niveles de Administración en España⁴⁸. El artículo 6 de esta Ley estatal declara el régimen aplicable, a saber, “las normas comunitarias aplicables en cada caso y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquéllas”. Y el artículo 7 LGS se refiere al reparto de la responsabilidad financiera derivada de la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea donde también, por si hubiese alguna duda, atribuye a cada nivel de gobierno sus responsabilidades de modo que “asumirán las responsabilidades que se deriven de dichas actuaciones, incluidas las que sobrevengan por decisiones de los órganos de la Unión Europea, y especialmente en lo relativo al proceso de liquidación de cuentas y a la aplicación de la disciplina presupuestaria por parte de la Comisión Europea”. Una vez fijada la regla legal, hubo de establecerse un mecanismo institucional para repercutir las responsabilidades financieras del Estado en las Comunidades Autónomas y en las Entidades locales. La tarea no fue fácil porque se fueron tanteando soluciones parciales y, finalmente en 2012, se establece una habilitación legislativa y en 2013 se lleva a cabo un desarrollo reglamentario, ambos impugnados tanto ante el Tribunal Constitucional como ante el Tribunal Supremo.

La Disposición Adicional 2ª de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece la previsión de que cuando se incumplan las obligaciones derivadas de normas del Derecho de la Unión Europea, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, cada Administración pública o entidad integrante del sector público, asumirá, "en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento" y encomienda al Consejo de Ministros la competencia para que, previa audiencia de las

⁴⁷ TC (Pleno), sentencia 173/2005, de 23 de junio de 2005, ponente: Casas Baamonde (armonización europea del seguro privado y competencias autonómicas).

⁴⁸ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (*BOE* núm. 276, de 18 de noviembre de 2003).

Administraciones o entidades afectadas, declare la responsabilidad por dicho incumplimiento, acordando, en su caso, “la compensación o retención de dicha deuda con las cantidades que deba transferir el Estado a la Administración o entidad responsable por cualquier concepto, presupuestario y no presupuestario”.

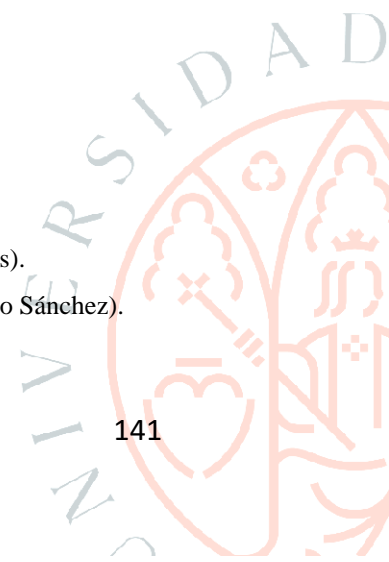
El Pleno del Tribunal Constitucional, en virtud de su STC nº 215/2014, desestima el recurso interpuesto por el Gobierno canario frente a esta regulación precisamente porque “aun cuando el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea no justifica la asunción por el Estado de una competencia que no le corresponde, tampoco le impide “repercutir *ad intra*, sobre las Administraciones públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda”” (FJ 9)⁴⁹.

Del mismo modo, el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, que regula los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, también fue impugnado por el Gobierno canario ante el Tribunal Constitucional que en 2016 rechaza la impugnación basándose precisamente en la sentencia nº 215/2014⁵⁰.

Ciertamente, el legislador estatal no ha sido cuidadoso, como revela la STC nº 70/2016, de 14 de abril, en la regulación de esta materia pues “en el momento en que se aprobó el Real Decreto-ley 7/2013, en nuestro ordenamiento jurídico ya existía un sistema que permite al Estado repercutir *ad intra* la responsabilidad que en cada caso proceda, sobre el que este Tribunal ha tenido además ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones, tanto con respecto de la vigente Ley Orgánica 2/2012 (STC 215/2014), como en relación con los sistemas previamente establecidos en la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a Ley general de estabilidad presupuestaria, y en la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria (SSTC 188/2011 , de 23 de noviembre, FJ 9; 196/2011, de 13 de diciembre, FJ 11; 198/2011, de 13 de diciembre, FJ

⁴⁹ TC (Pleno), sentencia nº 215/2014, de 18 de diciembre de 2014 (ponente: González Rivas).

⁵⁰ TC (Pleno), sentencia nº 31/2016, de 18 de febrero de 2016 (ponente: González-Trevijano Sánchez).



15); o, finalmente, en relación con la propia Ley general de subvenciones [STC 130/2013, de 4 de junio, FJ 9 D)]” (FJ 7)⁵¹.

También hubo de intervenir el Tribunal Supremo cuya Sala Tercera confirmó en 2016 la legalidad del Real Decreto 515/2013, al rechazar un recurso de la Diputación Foral de Vizcaya, en la que se remite a los razonamientos utilizados por el propio Tribunal Constitucional⁵².

A partir de ese momento, con cierta frecuencia el Tribunal Supremo se encarga de revisar la legalidad de las resoluciones del Consejo de Ministros que, ya con absoluta normalidad, reparten responsabilidades, basándose, de manera esencial, en la determinación porcentual de responsabilidades financieras⁵³.

2 El cumplimiento de las obligaciones europeas en materia de contratación pública en España

Un examen general de la transposición de las directivas europeas de materia de contratación pública a la legislación española no permite ser muy optimista teniendo en

⁵¹ STC (Sección 1ª), sentencia nº 70/2016, de 14 de abril de 2016, ES:TC:2016:70, ponente: Enríquez Sancho (recurso de la Canarias instando la nulidad de Real-decreto ley 7/2013 sobre repercusión de responsabilidad financiera).

⁵² TS (Sala 3ª, Sección 3ª), sentencia de 24 de junio de 2016, recurso nº 346/2013, ES:TS:2016:3354, ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat (legalidad del Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea).

⁵³ TS (Sala 3ª, Sección 4ª), sentencia de 14 de febrero de 2017, recurso nº 1216/2015, ES:TS:2017:511, ponente: Toledano Cantero, en la que la derivación de responsabilidad a Castilla y León se redujo del 50% impuesto por el Consejo de Ministros al 25% constatado por el Tribunal Supremo); en la TS (Sala 3ª, Sección 4ª), sentencia de 22 de mayo de 2017, recurso nº 4068/2015, ES:TS:2017:1961, ponente: Requero Ibáñez, se redujo del 100% al 50% de las correcciones impuestas a España en relación con el comportamiento de Aragón en materia de fondos agrarios. En cambio, la TS (Sala 3ª, Sección 3ª), sentencia de 4 de mayo de 2017, recurso nº 4562/2016, ES:TS:2017:1648, ponente: del Riego Valledor, confirma la atribución en exclusiva a la Comunidad Valenciana de las correcciones impuestas por manipulación de los datos de déficit, descartando una eventual responsabilidad del legislador estatal. En fin, en la TS (Sala 3ª, Sección 5ª), sentencia de 26 de enero de 2022, recurso nº 341/2020, ponente: Herrero Pina, estima el parte el recurso de Galicia en la medida en que la decisión del Consejo de Ministros, relativa a las sanciones impuestas a España por incumplimiento en materia de recogida y tratamiento de aguas residuales, incluía en el reparto de responsabilidades financieras el recargo de apremio; sin embargo, a juicio del Tribunal Supremo: “resulta absolutamente improcedente la inclusión del recargo de apremio, toda vez que las únicas cantidades que se pueden repercutir son las establecidas en el artículo 17, esto es, la cantidad objeto de repercusión, y “los intereses de demora devengados desde los dos meses posteriores a la fecha de notificación del acuerdo de Consejo de Ministros y calculados de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación””.

cuenta los reiterados incumplimientos constatados por el Tribunal de Justicia, las reiteradas correcciones financieras aplicadas y las cuestiones prejudiciales remitidas al Tribunal de Justicia.

El propio Tribunal de Cuentas europeo explicó en su Informe especial 10/2015 en relación con España cómo “la inadecuada incorporación de las Directivas de 2004 a la legislación nacional ocasionó errores frecuentes relacionados con la modificación de contratos. Por tanto, las autoridades españolas decidieron que los costes de las modificaciones de los contratos ya no eran subvencionables mediante cofinanciación de la UE. Hasta 2012, a raíz de la modificación de la legislación, las autoridades españolas no volvieron a considerar admisibles determinadas modificaciones de contratos en circunstancias específicas”⁵⁴.

Ahora bien, este panorama normativo y jurisprudencial parece justificarse en parte por las continuas reformas introducidas en el ámbito de la contratación pública por el legislador europeo y un cierto grado de tolerancia por parte de la Comisión Europea.

Así, por ejemplo, el Acuerdo de Asociación de España 2014-2020, firmado en octubre de 2014, la Comisión Europea no puso ninguna objeción a la transposición española de las directivas europeas (Fase de planificación / Fase de gestión / Fase de control).

Para el período de financiación 2021-2027 se ha intentado una adaptación de las Administraciones españolas que tiene más de cosmética que de reforma en profundidad. Pero es que, además, de muestra una esquizofrenia visible en el ámbito de la contratación pública, con el régimen de los ‘contratos SARA’, sujetos a regulación armonizada, y ahora con la gestión dual para la gestión de los fondos europeos⁵⁵.

En efecto, el Real Decreto-ley 36/2020 aprobó Medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁵⁶.

⁵⁴ Informe, apartado 28.

⁵⁵ Jiménez Asensio, Rafael, “Desafíos organizativos en la gestión de los fondos europeos derivados del plan de recuperación: administración divisional versus administración por proyectos”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n° 22, 2022, págs. 34-53.

⁵⁶ Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación

La adopción de la norma con rango de ley por el Gobierno, aun cuando luego haya sido convalidada por el Congreso de los Diputados, no permite buenos augurios cuando el objetivo, “facilitar la programación, presupuestación, gestión y ejecución de las actuaciones financiables con fondos europeos”, es tan loable que para la gestión de los fondos exclusivamente españoles también debían quererse.

Por limitar el examen a las reformas en el ámbito de la contratación pública, la norma legislativa española establece un nuevo régimen, que no es SARA, sigue sin estar sujeto a regulación armonizada, para el que la tentación de denominarlo ‘Contratos NO SARA BIS’ es grande, que, al menos, en su enunciado en el preámbulo del Real Decreto-ley, produce un cierto desasosiego jurídico⁵⁷. Esto se debe, en primer lugar, a que “se dispone que a todos los contratos financiados con los Fondos percibidos por el Reino de España en el marco del plan de recuperación les sea de aplicación el régimen excepcional de tramitación urgente, con la consiguiente reducción de plazos y agilización del procedimiento”. La pregunta inmediata es si tal urgencia respetará las normas básicas de las Directivas aplicables a los contratos SARA. También, en segundo lugar, “se elevan los umbrales económicos para recurrir a los procedimientos abiertos simplificados, ordinario y abreviado, de modo que resulten aplicables a un mayor número de contratos, lo que permitirá la agilización en su tramitación”. Tales umbrales habrán de entenderlos siempre por debajo de los aplicables por las Directivas, con lo que las garantías serán siempre menores. Por último, las nuevas normas sobre contratación administrativa prevén “la posibilidad de que las entidades contratantes ejecuten de manera directa las prestaciones de los contratos en cuestión valiéndose de un medio propio”. No está de más

y Resiliencia (BOE núm. 341, de 31/12/2020). Varias Comunidades Autónomas han adoptado leyes similares: así, la Ley gallega 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia (BOE núm. 79, de 02/04/2021); la Ley castellano-manchega 4/2021, de 25 de junio, de Medidas Urgentes de Agilización y Simplificación de Procedimientos para la Gestión y Ejecución de los Fondos Europeos de Recuperación (BOE núm. 265, de 05/11/2021); la Ley balear 4/2021, de 17 de diciembre, de medidas extraordinarias y urgentes para ejecutar las actuaciones y los proyectos que deben financiarse con fondos europeos en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE núm. 4, de 5 de enero de 2022).

⁵⁷ En términos similares a lo ocurrido en la misma materia de contratación administrativa como consecuencia de la pandemia sanitaria vivida recientemente; véase, por ejemplo, el examen a la luz del Derecho de la Unión Europea contenido en el estudio de Martínez Ceyanes, P., y D. Ordóñez Solís, “El control judicial de los contratos administrativos en tiempos de pandemia” *Diario La Ley*, Madrid, 6 de octubre de 2022.

recordar que tal autorización debe respetar las exigencias de las Directiva sobre las denominadas operaciones internas.

En fin, hay otras modificaciones que, si tan beneficiosas van a resultar, no se entiende por qué no se han generalizado y no se limitan a la gestión de los fondos europeos.

Los recursos por incumplimiento seguidos contra España son de dos tipos: el primero se refiere a la falta de transposición de las directivas y en seis ocasiones el Tribunal de Justicia ha constatado el incumplimiento; y en otros cuatro supuestos el incumplimiento que ha declarado el Tribunal de Justicia se debe a infracciones específicas a la hora de adjudicar un contrato⁵⁸.

En fin, respecto de los reenvíos prejudiciales en materia de contratación pública que tienen su origen en tribunales españoles, en varios de ellos se ha puesto de manifiesto el incumplimiento de las obligaciones europeas en materia de contratación pública.

3 Las consecuencias jurídicas y financieras del incumplimiento de las obligaciones en materia de contratación pública en la gestión de los fondos europeos por las Administraciones españolas

En el ámbito administrativo, el incumplimiento de las obligaciones europeas sobre contratación pública en la gestión de los fondos europeos constituye una irregularidad que debe ser sancionada con la revocación total o parcial de tales fondos. Por último, en el ámbito penal, hay que tener en cuenta que la Directiva 2017/1371/UE fue incorporada en 2019 mediante una reforma del Código penal español aplicable a partir del 13 de marzo de 2019⁵⁹.

España ha sufrido numerosas y cuantiosas correcciones financieras en los sucesivos períodos de programación. La impugnación de tales correcciones ante el Tribunal General no ha tenido mucha suerte; en cambio, en numerosas ocasiones y por razones formales, generalmente la invocación de plazos de caducidad en la instrucción del procedimiento

⁵⁸ TJCE, sentencia de 27 de septiembre de 2005, Comisión / España, C-158/03, EU:C:2005:642 (licitaciones convocadas por el Instituto Nacional de la Salud de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias).

⁵⁹ Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional (BOE núm. 45, de 21/02/2019).

administrativo por parte de la Comisión Europea, ha sido acogida por el Tribunal de Justicia.

Las cuantías de las correcciones financieras son difíciles de calcular y existe una plena dependencia de la información elaborado por la Comisión Europea o, en su caso, por el Tribunal de Cuentas Europeo.

Por ejemplo, y respecto de las cuantías de las correcciones financieras a España, en el FEDER y el Fondo de Cohesión desde 1994 hasta 2014 eran de 3.672 millones de euros; la cuantía total de las correcciones aplicadas en la Unión Europea ascendió a 9.687 millones de euros.

Al Tribunal General y, en su caso, al Tribunal de Justicia han llegado por vía directa (recursos de anulación a través del Tribunal General) o como consecuencia de cuestiones prejudiciales cuestiones que tienen como punto de partida el incumplimiento de las normas europeas de contratación pública. Tal ha sido el caso de la aplicación del procedimiento negociado si publicación previa del anuncio (T-54/11; T-2/07)⁶⁰, adjudicación directa del contrato (C-349/97)⁶¹, modificados sustanciales de los contratos de obras o servicios (T-235/11 y T-540/10)⁶², fraccionamiento indebido del contrato (T-384/10)⁶³, aplicación de criterios de adjudicación y de criterios de selección cualitativa

⁶⁰ TG, sentencia de 15 de enero de 2013, España / Comisión (T-54/11, EU:T:2013:10) (corrección financiera en el FEDER en Andalucía); y TG, sentencia de 16 de septiembre de 2013, España / Comisión, T-2/07, EU:T:2013:458 (criterios de adjudicación por experiencia en proyectos anteriores en el saneamiento del Júcar).

⁶¹ TJCE, sentencia de 8 de mayo de 2003, España / Comisión (liquidación de cuentas del FEOGA de 1993 Tragsa) (C-349/97, EU:C:2003:251); y TG, sentencia de 31 de enero de 2013, España / Comisión (T-540/10, EU:T:2013:47) (reducción de ayuda del Fondo de Cohesión a cuatro proyectos del AVE a Barcelona y hasta la frontera francesa). Anulada por TJUE (C-197/13 P).

⁶² TG, sentencia de 31 de enero de 2013, España / Comisión (T-235/11, EU:T:2013:49) (reducción de ayuda del Fondo de Cohesión a cinco proyectos del AVE a Barcelona y a Levante). Anulada por TJUE (C-192/13 P); y TG, sentencia de 31 de enero de 2013, España / Comisión (T-540/10, EU:T:2013:47) (reducción de ayuda del Fondo de Cohesión a cuatro proyectos del AVE a Barcelona y hasta la frontera francesa). Anulada por TJUE (C-197/13 P).

⁶³ TG, sentencia de 29 de mayo de 2013, España / Comisión (T-384/10, EU:T:2013:277) (reducción de ayuda del Fondo de Cohesión en un proyecto hidrográfico en Andévalo, Guadalquivir, Granada y Málaga). Anulada por TJUE, 22/10/2014 (C-429/13P).

(T-3/07 y C-641/13P)⁶⁴ o, en fin, irregularidades sistémicas en materia de contratación pública (T-65/10, T-113/10 y T-138/10)⁶⁵.

Por tanto y sin perjuicio de la encomiable labor de defensa de España por la Abogacía del Estado, lo cierto es que el Tribunal General en instancia no deja lugar a dudas del incumplimiento generalizado y grosero de las distintas administraciones españolas en materia de contratación pública.

Tanto directa como indirectamente lo resuelto por los tribunales de la Unión es objeto de examen y de aplicación por la jurisprudencia de los tribunales españoles⁶⁶.

⁶⁴ TG, sentencia de 16 de septiembre de 2013, España / Comisión (T-3/07, EU:T:2013:473) (corrección financiera en el Fondo de Cohesión en Andalucía); y TJUE, sentencia de 9 de octubre de 2014, España / Comisión (C-641/13P, EU:C:2014:2264) (correcciones del Fondo de cohesión y adjudicación de contratos públicos en el proyecto de saneamiento del Júcar); en sus razonamientos señala: «el Tribunal de Justicia ha distinguido claramente los criterios de adjudicación de los criterios de selección cualitativa que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión y ha considerado que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión pertenecen a esta última categoría y, por tanto, no tienen el carácter de criterios de adjudicación. De este modo, el Tribunal de Justicia ha excluido que el criterio de la experiencia pueda servir como criterio de adjudicación, contrariamente a lo alegado por el Reino de España».

⁶⁵ TG, sentencia de 26 de febrero de 2013, España / Comisión (T-65/10, T-113/10 y T-138/10, EU:T:2013:93) (reducción de ayuda del FEDER en Andalucía, Valencia y País Vasco). Anulada por TJUE 24/6/2015 (C-263/13P).

⁶⁶ A raíz de la TJUE, sentencia de 24 de junio de 2015, España / Comisión (C-263/13P, EU:C:2015:415, que anula las correcciones impuestas por la Comisión Europea a España, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de diciembre de 2015 (Sala 3ª, Sección 3ª, recurso nº 1556/2013, ES:TS:2015:5427, ponente: Espín Templado) en un recurso de casación en el que el Gobierno valenciano impugnaba la reducción en casi 56 millones de euros establecida por la Directora General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Economía y Hacienda de 29 de junio de 2011, de reducción de ayuda y de reintegro con cargo al programa operativo de la Comunidad Valenciana Objetivo 1 (1994-1999); la argumentación del Tribunal Supremo tiene este tenor: “Por un lado, porque siendo firme la referida Sentencia del Tribunal de Justicia, la Administración ya ha reclamado y recibirá el reintegro de los fondos que había devuelto en virtud de la resolución de la Comisión de 29 de enero de 2010 ahora anulada, sin que el hecho de que la Administración haya sido privada temporalmente de dichos fondos sea imputable a la Administración de Valencia. Y, en segundo lugar, porque lo que es relevante en el plano jurídico interno es que, si bien la reclamación de cantidad litigiosa era en principio legítima antes de la Sentencia del Tribunal de Justicia, tras la misma no existe causa para tal reclamación. Digamos por último, frente al argumento de que en caso de no devolver las cantidades reclamadas la Administración de la Comunidad de Valencia se beneficiaría de un enriquecimiento injusto, que lo mismo se podría decir a la inversa, en caso de que la Administración del Estado recibiese por duplicado tales fondos como consecuencia de la devolución de los mismos por parte de la Comisión Europea y por parte de la Generalidad de Valencia, situación que se mantendría hasta tanto no devolviera a su vez dichos fondos a ésta última. Con la sucesión temporal que se ha producido, una vez anulada la causa para la reclamación de dichas cantidades a la Generalidad de Valencia, tal reclamación carece de base jurídica y ha de ser anulada”.

IV. CONCLUSIONES

La vinculación entre la gestión de los fondos europeos y el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la contratación pública resulta manifiesta.

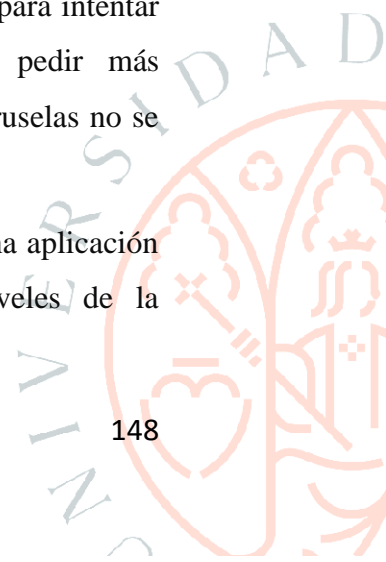
Por eso, en primer lugar, no tiene sentido canalizar fondos europeos al mismo tiempo que se incumple el Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia lo acaba de corroborar al condicionar la aplicación de los fondos europeos al cumplimiento de principios básicos de la Unión como el del Estado de Derecho, pero ya lo venía subrayando en la calificación como irregularidad de todo incumplimiento del Derecho de la Unión que tuviera o que pudiera tener consecuencias para el presupuesto de la Unión.

En segundo lugar, el intento de desterrar el fraude y la corrupción en la gestión de los fondos europeos no pueden suponer una relajación en la aplicación de las normas europeas de la contratación pública pues no debe olvidarse que por esta vía se gasta un porcentaje muy importante cercano al 20% de todos los presupuestos públicos de los Estados miembros de la Unión y que supone la canalización de la gran parte de los fondos europeos que suponen casi el 80% del presupuesto de las instituciones de la Unión Europea.

En tercer lugar, la gestión de los fondos europeos resulta compleja por la interacción entre los distintos niveles de gobierno, entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales, y la legislación, en este caso la relativa a la contratación que debe aplicarse, no siempre está bien articulada ni resulta clara. Las soluciones pasan por una mejora de las normas de gestión de los fondos europeos por el legislador de la Unión que, a pesar de tantos años de la existencia de tales fondos, primero los agrícolas y el social, y luego los de desarrollo regional y cohesión, no terminan por consolidar un modelo acabado de canalización de fondos europeos.

En cuarto lugar, habrá que esperar a la próxima programación 2028-2034 para intentar asentar o perfeccionar el sistema vigente. Difícilmente se pueden pedir más responsabilidades de los niveles de administración nacional cuando desde Bruselas no se establecen normas ni directrices claras.

En quinto lugar, la gestión de los fondos europeos debe beneficiarse de una aplicación más clara de la flexibilidad, la colaboración entre los distintos niveles de la



Administración y, en todo caso, de un mayor nivel de responsabilidad, exigible mediante los mecanismos tradicionales administrativos, financieros y, desde luego, judiciales.

En sexto lugar, la normativa europea sobre contratación pública, a pesar de los sucesivos cambios, se ha homogeneizado, gracias a la jurisprudencia europea, a través de principios básicos como la publicidad y la transparencia, la objetividad y la igualdad, o la integridad.

En séptimo lugar y en el caso de España, tanto en la gestión de los fondos como en el cumplimiento de las obligaciones europeas, las dificultades se multiplican por no contar con niveles administrativos bien adaptados y por no haberse propiciado una incorporación fiel de las normas europeas de contratación.

No obstante, si bien en España, todos sus niveles de gobierno tienen una especial responsabilidad en no haber dado una mejor respuesta en la gestión de los fondos europeos ni en la incorporación por el legislador español de las obligaciones relativas a los contratos públicos, no puede olvidarse la poca fortuna del legislador europeo tanto en el diseño de la gestión de los fondos europeos como de la propia armonización de las legislaciones en materia de contratación pública.

Por último, es hora de abandonar la distinción que hace la legislación española en materia de contratos públicos entre la aplicación del Derecho europeo cuando resulta imperativo, lo que ha dado lugar a los denominados ‘contratos SARA’, contratos sujetos a regulación armonizada, para generalizar en España la aplicación de la legislación europea a todos los contratos o al menos a los contratos que canalicen fondos europeos, independientemente de si superan o no el umbral establecido por las Directivas.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÉS, M. Y PALOMAR A. (COORD.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.
- GUILLEM CARRAU, J., “Las correcciones financieras en materia de fondos estructurales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* nº 51, 2018, pp. 281-319.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Desafíos organizativos en la gestión de los fondos europeos derivados del plan de recuperación: administración divisional versus administración por proyectos”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* nº 22, 2022, pp. 34-53.
- MARTÍNEZ CEYANES, P., y ORDÓÑEZ SOLÍS, D. “El control judicial de los contratos administrativos en tiempos de pandemia” *Diario La Ley*, Madrid, 6 de octubre de 2022.
- MORENO MOLINA, J. A., ““Un mundo para Sara”: una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada”, *Revista de administración pública* Nº 178, 2009, pp. 175-213.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “¿Cómo se derivan entre las Administraciones españolas las responsabilidades financieras por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea?”,

Revista de Derecho Comunitario Europeo nº 51, Madrid, mayo-agosto de 2015, pp. 537-572.

FUENTETAJA PASTOR, J. (dir.), *La ejecución de los fondos europeos en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Tribunal de Cuentas Europeo, *Informe Especial nº 10/2015, de 16 de junio de 2021, Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión*, Luxemburgo.

Tribunal de Cuentas Europeo, *Informe Especial n.º 4/17, de 8 de marzo de 2017. Protección del presupuesto de la Unión frente al gasto irregular: la Comisión hizo un mayor uso de las medidas preventivas y las correcciones financieras en el ámbito de la cohesión durante el período 2007-2013*, Luxemburgo.

Tribunal de Cuentas Europeo, *2021 Informes anuales, de 7 y 14 de julio de 2022, sobre la ejecución del presupuesto de la UE relativo al ejercicio 2021, y sobre las actividades financiadas por los octavo, noveno, décimo y undécimo Fondos Europeos de Desarrollo (FED) relativo al ejercicio 2021*, OPUE, Luxemburgo, 2022

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal General de la Unión Europea, TG, sentencia de 30 de junio de 2009, Centre de promotion de l'emploi par la micro-entreprise (CPEM) / Comisión, T-444/07, EU:T:2009:227 (supresión de ayuda del FSE de conformidad con un informe de la Olaf).

Tribunal General de la Unión Europea, TG, sentencia de 15 de enero de 2013, España / Comisión (T-54/11, EU:T:2013:10) (corrección financiera en el FEDER en Andalucía).

Tribunal General de la Unión Europea, TG, sentencia de 26 de febrero de 2013, España / Comisión (T-65/10, T-113/10 y T-138/10, EU:T:2013:93) (reducción de ayuda del FEDER en Andalucía, Valencia y País Vasco). Anulada por TJUE 24/6/2015 (C-263/13P).

Tribunal General de la Unión Europea, TG, sentencia de 31 de enero de 2013, España / Comisión (T-235/11, EU:T:2013:49) (reducción de ayuda del Fondo de Cohesión a cinco proyectos del AVE a Barcelona y a Levante). Anulada por TJUE (C-192/13 P).

Tribunal General de la Unión Europea, TG, sentencia de 31 de enero de 2013, España / Comisión (T-540/10, EU:T:2013:47) (reducción de ayuda del Fondo de Cohesión a cuatro proyectos del AVE a Barcelona y hasta la frontera francesa). Anulada por TJUE (C-197/13 P).

Tribunal General de la Unión Europea, TG, sentencia de 29 de mayo de 2013, España / Comisión (T-384/10, EU:T:2013:277) (reducción de ayuda del Fondo de Cohesión en un proyecto hidrográfico en Andévalo, Guadalquivir, Granada y Málaga). Anulada por TJUE, 22/10/2014 (C-429/13P).

Tribunal General de la Unión Europea, TG, sentencia de 11 de julio de 2013 (T-358/08, EU:T:2013:371) (fraccionamiento fraudulento de los contratos para el saneamiento de Zaragoza). ANULADA por TJUE 4/12/2014 (C-513/13 P).

Tribunal General de la Unión Europea, TG, sentencia de 16 de septiembre de 2013, España / Comisión, T-2/07, EU:T:2013:458 (criterios de adjudicación por experiencia en proyectos anteriores en el saneamiento del Júcar).

Tribunal General de la Unión Europea, TG, sentencia de 16 de septiembre de 2013, España / Comisión (T-3/07, EU:T:2013:473) (corrección financiera en el Fondo de Cohesión en Andalucía).

Tribunal General de la Unión Europea, TG, sentencia de 4 de mayo de 2017, Green Source Poland c. Comisión, T-512/14, EU:T:2017:299 (impugnación de la denegación de una ayuda del FEDER a un proyecto presentado por Polonia).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJCE, sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, EU:C:1998:4 (poder adjudicador y financiación europea).

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJCE, sentencia de 8 de mayo de 2003, España / Comisión (liquidación de cuentas del FEOGA de 1993 Tragsa) (C-349/97, EU:C:2003:251).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJCE, sentencia de 27 de octubre de 2005, Comisión / España, C-158/03, EU:C:2005:642 (licitaciones convocadas por el Instituto Nacional de la Salud de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJCE, sentencia de 19 de abril de 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), C-295/05, EU:C:2007:227.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 21 de diciembre de 2011, Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, C-465/10, EU:C:2011:867.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 14 de noviembre de 2013, Comune di Ancona / Regione Marche, C-388/12, EU:C:2013:734 (revocación de una subvención europea para un proyecto).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 3 de septiembre de 2014, Baltlanta, C-410/13, EU:C:2014:2157 (obligación de un Estado miembro de adoptar medidas necesarias para garantizar la concesión de subvenciones europeas).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencias de 4 de septiembre de 2014, España / Comisión (C-192/13 P, EU:C:2014:2156; y C-197/13 P, EU:C:2014:2157) (reducción del Fondo de cohesión a la línea AVE Madrid-Barcelona por incumplimiento del plazo por la Comisión).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 17 de septiembre de 2014, Liivimaa Lihaveis MTÜ, C-562/12, EU:C:2014:2229.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 9 de octubre de 2014, España / Comisión (C-641/13P, EU:C:2014:2264) (correcciones del Fondo de cohesión y adjudicación de contratos públicos en el proyecto de saneamiento del Júcar).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 22 de octubre de 2014, España / Comisión (C-429/13P, EU:C:2014:2310) (anulación de la reducción del Fondo de cohesión por incumplimiento del plazo de la Comisión).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 4 de diciembre de 2014, España / Comisión (C-513/13 P, EU:C:2014:2412) (anulación de la reducción del Fondo de cohesión en Zaragoza por incumplimiento de un plazo por la Comisión).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 24 de junio de 2015, España / Comisión (C-263/13P, EU:C:2015:415) (anulación de las correcciones por incumplimiento por la Comisión para aplicar las correcciones).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 26 de mayo de 2016, Județul Neamț y Județul Bacău, C-260/14 y C-261/14, EU:C:2016:360 (aplicación de correcciones nacionales por incumplimiento de normas rumanas sobre contratación pública).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 14 de julio de 2016, Wrocław (Breslavia), C-406/14, EU:C:2016:562.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 26 de septiembre de 2016, Francia / Comisión (Club Med Les Boucaniers), C-115/12 P, EU:C:2013:596 (supresión de ayuda por incumplimiento de la Directiva sobre contratación pública por subvención de más del 50% de las obras).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 6 de diciembre de 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, C-408/16, EU:C:2017:940.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 19 de diciembre de 2019, Coöperatieve Producentenorganisatie en Beheersgroep Texel, C-386/18, EU:C:2019:1122 (solicitud de una ayuda al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca, FEMP).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 1 de octubre de 2020, Elme Messer Metalurgs, C-743/18, EU:C:2020:767 (supresión de una ayuda del FEDER concedida a una empresa letona).

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 14 de octubre de 2021, Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației, C-360/20, EU:C:2021:856 (investigación penal en la subvención de obras en un monasterio rumano).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 21 de diciembre de 2021, Euro Box Promotion y otros, C-357/19, EU:C:2021:1034 (fraude y protección de los intereses financieros de la UE).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE (Pleno), sentencia de 16 de febrero de 2022, Hungría / Parlamento y Consejo (legalidad del Reglamento 2020/2092 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión y Estado de Derecho), C-156/21, EU:C:2022:97.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE (Pleno), sentencia de 16 de febrero de 2022, Polonia / Parlamento y Consejo (legalidad del Reglamento 2020/2092 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión y Estado de Derecho), C-157/21, EU:C:2022:98.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 31 de marzo de 2022, Smetna palata na Republika Bulgaria (Tribunal de Cuentas de Bulgaria), C-195/21, EU:C:2022:239.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 16 de junio de 2022, Municipio de Razlog, C-376/21, EU:C:2022:472 (Directiva sobre contratación pública y fondos europeos).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 14 de julio de 2022, Rumanía / Comisión Europea (correcciones financieras del Fondo de Cohesión y del FEDER), C-401/21 P, EU:C:2022:564.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 13 de octubre de 2022, Gmina Wieliszew, C-698/20, EU:C:2022:787 (fondos abonados al beneficiario en una cuenta en un banco en concurso de acreedores).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, sentencia de 8 de junio de 2023, Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS), C-545/21, EU:C:2023:451 (irregularidades y actos de corrupción en la contratación y exclusión de la financiación europea).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE (Gran Sala), sentencia de 24 de julio de 2023, Lin, C-107/23 PPU, EU:C:2023:563 (aplicación retroactiva de la ley penal más favorable antes y después de la anulación de una ley rumana inconstitucional).





UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES
de
DERECHO

**THE CHALLENGES OF ENERGY MARKET
REFORM:**
What can the Spanish Presidency achieve?

LEIGH HANCHER
Tilburg University

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU

TEULP THE JEAN MONNET
CHAIR



The challenges of energy market reform: what can the Spanish Presidency achieve?i**Abstract**

The contribution examines the achievement of the three core objectives of European energy policy in the aftermath of the energy crisis of 2022. Energy security, sustainability and competitiveness have been at the root of European energy policy for many decades but progress in achieving them has been mixed. Member states can rely on their rights to choose their own energy mix. The European Union's initial response to the energy crisis was to invoke a little used Article 122(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) to adopt a series of rapidly enacted emergency legislation to promote solidarity between the 27 member states.

This article questions whether that response has led to an increased centralization of powers for the EU institutions at the expense of national governments? Can the EU institutions now set the policy agenda for the energy transition more efficiently? Are the EU state aid rules likely to be implemented more strictly to ensure a transition away from fossil fuels before 2050 or do national governments remain firmly in the driving seat? In the alternative, are there any emergent trends from the management of the crisis that are likely to be perpetuated in the longer term as Europe seeks to transition as rapidly as possible to a net zero carbon economy?

Keywords: *Competences; demand aggregation; demand side management; energy crisis; energy transition; emergency legislation; fossil fuel phase out; market design; REPowerEU; renewable energy production; state aid; solidarity; storage.*

Los desafíos de la reforma del mercado energético: ¿qué puede lograr la Presidencia española?**Resumen**

La contribución examina el logro de los tres objetivos fundamentales de la política energética europea tras la crisis energética de 2022. La seguridad energética, la sostenibilidad y la competitividad han sido la base de la política energética europea durante muchas décadas, pero el progreso en su consecución ha sido mixto. Los estados miembros pueden confiar en sus derechos para elegir su propia combinación energética. La respuesta inicial de la Unión Europea a la crisis energética fue invocar el poco utilizado Artículo 122(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU) para adoptar una serie de legislaciones de emergencia rápidamente promulgadas para promover la solidaridad entre los 27 estados miembros.

Este artículo cuestiona si esa respuesta ha llevado a una centralización de poderes para las instituciones de la UE en detrimento de los gobiernos nacionales. ¿Pueden ahora las instituciones de la UE establecer la agenda política para la transición energética de manera más eficiente? ¿Es probable que las normas de ayuda estatal de la UE se implementen de manera más estricta para garantizar una transición de los combustibles fósiles antes de 2050 o los gobiernos nacionales permanecen firmemente al mando? Alternativamente, ¿existen tendencias emergentes de la gestión de la crisis que probablemente se perpetuarán a largo plazo mientras Europa busca transitar lo más rápidamente posible hacia una economía de carbono neto cero?

Palabras clave: *Competencias; agregación de demanda; gestión de la demanda; crisis energética; transición energética; legislación de emergencia; eliminación de combustibles fósiles; diseño de mercado; REPowerEU; producción de energía renovable; ayuda estatal; solidaridad; almacenamiento.*



SUMMARY¹: I. INTRODUCTION. II. SECTION 1. THE 2022 CRISIS AND THE WEAPONIZATION OF ENERGY. 1. The 2022 Emergency Response – Reliance on Article 122(1) TFEU. 2 The Five Council Regulations in brief . 3. Assessment. 4. Natural Gas as a Transition Fuel? 5. The TCTF. III. SECTION 2: ELECTRICITY MARKET REFORM. 1. THE COMMISSION PROPOSAL OF 14 MARCH 2023. 1.1 CfDs. 1.2 PPAs. 1.3 Capacity remuneration mechanisms (CRMs). IV. FINAL CONCLUSION.

I. INTRODUCTION

The contribution will explore how the achievement of the three core objectives energy security, sustainability and competitiveness which have been at the root of European energy policy for many decades have evolved during and after the energy crisis of 2022. It considers whether the 2022 crisis and its aftermath have impacted on the division of legal competence between the European institutions and the member states on matters of energy and climate policy². Has the initial response to the energy crisis of 2022 led to an increased centralization or sharing of powers in the EU institutions at the expense of national governments? Can the EU institutions now set the policy agenda for the energy transition more efficiently? Are there any emergent trends from the crisis that are likely to be perpetuated in the longer term as Europe seeks to transition to a net zero carbon economy?

This contribution first looks back to the EU’s response to the crisis in March 2022. That response included a series of initial crisis measures, adopted on the basis of hitherto little used emergency powers as provided for Article 122(1) TFEU. REpowerEU³ has set higher targets for non-fossil production. This means a much greater reliance on electrification⁴. This in turn has led to proposals for fundamental energy market reform,

¹ This article has been realized on the context of the Jean Monnet Chair on The Transformative Power of European Union Law (TEULP), research funded by the European Commission (Project: 101047458 - TEULP - ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH) and led by Juan Jorge Piernas López, Professor at the Faculty of Law of the University of Murcia.

² To this end, the European Climate Law entered into force on 29 July 2021. It includes a legal objective for the EU to reach climate neutrality by 2050, and a target of at least 55% reductions in the net greenhouse gas emissions compared with 1990 levels by 2030. Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999 (“European Climate Law”), OJ L 243, 9.7.2021, pp. 1–17.

³ COM/2022/230 final: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A230%3AFIN&qid=1653033742483>

⁴ The REPowerEU plan has also placed a firm emphasis on just transition and distributional goals – but this aspect of the Plan is beyond the scope of this paper.

in the light of the changing structure and functioning of the European electricity market, as the share of intermittent renewable generation in overall electricity supply increases. Have any of the measures adopted in 2022 provided the basis for a new European approach to energy and climate matters?

Section 1 will sketch out the regulatory initiatives first launched in 2019 in pursuit of the EU's climate goals, and subsequently revamped in 2022 in the EU's 'REPowerEU plan' in the wake of the energy crisis. It explains that currently energy security in the EU still relies on fossil fuels supply, especially the role of gas as a 'transition fuel', even if this seems at odds with the Union's climate objectives. The European Union remains committed to transforming Europe into a highly energy efficient, carbon-neutral economy.

Section 2 looks to the medium term and the role of market reform in delivering the energy transition and the current debate on the reform of electricity market design. The REPowerEU initiative called for an acceleration of the roll-out of renewable energy to complete the energy transition and to replace the use of fossil fuels, contributing to the further reduction of dependence on energy supply from Russia. This means, *inter alia*, building more renewable energy generation capacity, building it quicker and ensuring wider integration of renewable energy sources into final energy uses⁵. The Plan assumes a phase out of Russian fossil fuels by 2027. It aims at tripling the installed capacity of solar and wind energy by 2030⁶. Its proposed hydrogen targets for 2030 and 2050 are equally ambitious⁷.

An important question is whether the planned reforms might lead to more state intervention into the operation of the energy market and at what level? Has the Spanish presidency of the

Council between 1 July 2023 to December 2023 inherited more problems than solutions in trying to steer the internal electricity market reform process through the legislative

⁵ Communication on REPowerEU: Joint European Action for more affordable, secure and sustainable energy, COM(2022) 108 final, (8.3.2022), with Annexes; and Communication on Options.

⁶ COM/2022/230 final.

⁷ The European Commission has proposed to produce 10 million tonnes of renewable hydrogen by 2030 and to import 10 million tonnes by 2030.

process before the end of 2023.

II. SECTION 1: THE 2022 CRISIS AND THE WEAPONIZATION OF ENERGY

With a market size of about 250 million consumers, the European energy sector is characterised by a strong disparity between its member states' access to energy resources, energy production, and energy consumption. In 2021, the EU imported 155 billion cubic meters (bcm) of Russian gas, i.e., 45% of EU's gas imports and almost 40% of EU total gas consumption. The EU's dependence of fossil fuel imports allowed Russia to use energy as a weapon, reducing pipeline gas flows to Europe by 80% over the course of 2022 and further fueling an energy price crisis, as prices for gas and electricity rose by up to ten times in 2022 compared to historical averages. The threatened gas supply shortage rapidly transformed into an energy price crisis, with sharp increases in retail prices for households and businesses, raising national concerns over cost-of-living and competitiveness.

Thanks to a mild 2022/2023 winter, energy savings and industrial production curtailments, gas storage levels are higher than expected for winter 2024. European gas consumption was down by some 15 percent compared to pre-crisis levels⁸⁶.

Nevertheless, large amounts of public money have been spent on national price subsidies to shield consumers from high prices, however, putting a strain on public budgets - not to mention their effects on the EU's competition rules. Between September 2021 and January 2023, national governments earmarked several billion euros to shield citizens and businesses from the high prices⁹. This support was not evenly distributed across the EU, however, and price measures were mostly untargeted. According to the Agency for the Cooperation of Energy Regulators – ACER - just three countries account for 70% of the total support: Germany (40%), Italy (14%) and France (14%)¹⁰. This also raises the

⁸ MCWILLIAMS, B., TAGLIAPIETRA, S., ZACHMANN, G., and DESCHUYTENEER, T (2023) 'Preparing for the next winter: Europe's gas outlook for 2023', Policy Contribution 01/2023, Bruegel.

⁹ The IEA has tracked more than USD 500 billion in extra spending to reduce energy bills in 2022, mainly in advanced economies, with around USD 350 billion of this in Europe - <https://www.iea.org/reports/fossil-fuels-consumption-subsidies-2022>.

¹⁰ <https://www.acer.europa.eu/news-and-events/news/acers-inventory-400-energy-emergency-measures-seeks-aid-policy-makers-going-forward>.

related issue of how effectively the Treaty rules on state aids – Articles 107 and 108 TFEU – have been applied in practice. complex questions about how best to manage or guide the energy transition and who is best placed to do so continue to emerge. Eager to maintain economic competitiveness of their national companies, Member States were quick to ensure that their energy intensive industries could benefit from billions in national subsidies in 2022 to weather the price impact of the energy crisis. They also took measures to protect generators. France, for example fully renationalised EDF to reinforce its financial position during the crisis and to ensure its ability to complete planned and unplanned maintenance work on its nuclear fleet. Germany provided a EUR 13 billion credit line to Uniper, which operates thermal power generation assets, to secure the company's short-term liquidity. The Commission had indeed substantially relaxed the application of the Treaty state aid rules and adopted a Temporary Crisis Framework (TCF) to allow for extensive national support measures on 23 March 2022¹¹.

Even if pressure on wholesale energy prices has receded since December 2022, and production of renewable energy such as wind and solar has jumped, the energy crisis is not resolved. Russia's weaponisation of energy was a major wake-up call for the EU to focus on security of supply and external dependency but it has also underlined the fragility of industrial competitiveness in the Union.

1. The 2022 Emergency Response – Reliance on Article 122(1) TFEU

The initial short-term response to the energy crisis of 2022 was the adoption and with unprecedented speed, of a series of interventionist, EU-wide emergency measures to limit demand for gas and electricity, to bolster solidarity between the Member States and to contain electricity and gas price rises.

Given natural gas's transitional status, the series of emergency regulations adopted under REPowerEU were not aimed so much as phasing out natural gas as responding to the threatened supply crisis by boosting gas storage obligations, supporting diversification of gas supply, ensuring solidarity within and between Member states and albeit reluctantly

¹¹ The TCF was published in November 2022: C/2022/7945, OJ C 426, 9.11.2022. It was subsequently amended on 20 July 2022 and 28 October 2022 and has been replaced by the Temporary Crisis and Transition Framework - the TCTF - in March 2023, OJ 2023, C 101/3.

and belatedly, imposing wholesale gas price caps.

As an initial step to increase the Union's level of preparedness to face a major gas supply disruption, Regulation 2022/1032 was adopted on 29 June 2020 to ensure the filling of underground gas storage sites for the coming winter seasons¹². This regulation was 'fast-tracked'. Consultation procedures were waived, and the European Parliament acted on the basis of expedited procedures¹³. Previous EU regulation had not focused on gas storage, so that it was now seen as a neglected tool¹⁴ Some member states such as Italy and France had already set up strategic gas storage facilities whereas others such as Germany and the Netherlands preferred to leave storage to the market. It had already become evident in the autumn of 2021 that the Russian giant Gazprom had built up important commercial and strategic positions in this market segment and that it appeared to have deliberately reduced its gas held in its storage facilities to record low levels, thus creating more scarcity and pushing up commodity prices further¹⁵.

The renewed urgency with which REPower EU's goals to reduce fossil fuel dependency in the short term had to be achieved was only underlined by the eventual suspension of Russian gas exports in mid-2022. A serious supply crisis coupled with record high gas and electricity prices loomed, with the imminent prospect of a major emergency across the EU. This prompted calls by the European Council for legislative intervention to impose wholesale price caps on both gas and electricity. Across Europe, national governments felt obliged to protect domestic and business users from the high prices; and also place windfall taxes on domestic producers of primary energy to pay for it. These interventionist measures threatened to undermine the workings of the EU internal energy market by creating new barriers to trade and distortions of competition.

Despite heated discussions and protracted negotiations during the Croatian presidency of the Council, as a final result five successive Regulations were adopted based on Article

¹² Regulation 2022/1032 of the European Parliament and of the Council of 29 June 2022 amending Regulations 2017/1938 and 715/2009 with regard to gas storage, OJ 2022, L 173/17.

¹³ Article 163 of the EP Rules of Procedure.

¹⁴ SESINI, M., et al, Solidarity measures: Assessment of strategic gas storage on EU regional risk groups natural gas supply resilience, *Applied Energy* 308(1-2):118356.

¹⁵ See the EC's response to the question for written answer, E-004781/2021, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-004781_EN.html

122(1) TFEU. Article 122(1) TFEU enables the Council to decide on a proposal from the Commission and in a spirit of solidarity between Member States, upon the measures appropriate to the economic situation, in particular if severe difficulties arise in the supply of certain products, notably in the area of energy.

The forerunner of that article had been used to adopt emergency powers to set up mechanisms to deal with the oil crises of the 1970s.¹⁴ It allows the Council to adopt the appropriate “measures” (including Regulations) to deal with severe supply difficulties such as the energy crisis based on a qualified majority voting and based on a Commission proposal. In derogation from the ordinary legislative procedure, however the European Parliament is merely informed.

Earlier case law had confirmed that the Council has a wide margin of discretion when acting on the basis of Article 122(1) TFEU¹⁶. That discretion is however not unlimited. Recourse to Article 122(1) TFEU presupposes the existence of a situation of urgency or of exceptionality leading to severe difficulties in the economic situation of the Member States. These “*appropriate*” measures must be commensurate to the gravity of the situation and that they must be temporary¹⁷.

Yet even temporary measures can impact a member state’s choice of energy mix as guaranteed by Article 194(2) TFEU. This in turn raises the question of whether emergency measures could nevertheless be justified as being necessary and proportionate to uphold solidarity between the Member States¹⁸. Issues concerning the interaction between Article 122(1) TFEU and the competence limitations on the energy mix of Member States enshrined in Articles 192(2)c) and 194(2) TFEU are raised in pending Case C-675/22 *Poland v. Council*¹⁹. Poland submits that the main objective of the emergency regulation

¹⁶ See, e.g., Council Regulation 1893/79 of 28 August 1979 introducing registration for crude oil and/or petroleum product imports in the Community, OJ 1979, L 220/1.

¹⁷ C-5/73 BALKAN-IMPORT-EXPORT GmbH [1975] ECR 1092. Paragraphs 13 to 17.

¹⁸ The Court suggested that Article 122(1) TFEU was inappropriate to provide financial aid (para. 116); while Article 122(2) TFEU was appropriate to provide such aid but only in temporary and in a targeted manner (para. 65). See also Huhta, K’, ‘The Scope of State Sovereignty under Article 194(2) TFEU and the Evolution of EU Competences in the Energy Sector’ (2021) 70(4) ICLQ 991;

¹⁹ The General Court has clarified that “the spirit of solidarity between Member States that must inform the adoption by the Council of measures appropriate to the economic situation, within the meaning of Article 122(1) TFEU, indicates that such measures must be founded on assistance between the Member States”

at issue²⁰ - on coordinated demand-reduction measures for gas - Regulation 2022/1369 - is to have a significant effect on the conditions for exploiting energy resources, the choice between different energy sources and the general structure of a Member State's energy supply. Since that regulation significantly affects the freedom to shape the energy mix, it could only have been adopted by unanimous vote on the basis of Article 192(2)(c) TFEU, to which the second subparagraph of Article 194(2) TFEU refers²¹.

2 The Five Council Regulations in brief

The first Regulation 2022/1369 of 5 August 2022 on coordinated measures for gas demand reduction was adopted with the aim to increase security of energy supply, by reducing gas demand voluntarily by 15% between August 2022 and March 2023. The Union had to anticipate a risk of major supply shortages “*and prepare, in a spirit of solidarity, for the possibility of a full disruption of gas supply from Russia at any moment*” (recital 5). The Regulation foresees the possibility for the Council to make the gas demand reduction compulsory by declaring a “Union alert” on the security of supply. Regulation 2023/706 of 30 March 2023 has prolonged the application of Regulation 2022/1369 for another 12 months, until 31 March 2024²².

The second Regulation 2022/1854²³ of 6 October 2022 on an emergency intervention to address high energy prices recalls that “*disruptions of gas supplies, reduced availability of certain power generating plants, and that the resulting impacts on gas and electricity prices, constitute a severe difficulty in the supply of gas and electricity energy products within the meaning of Article 122(1)*” (recital 7). It underlines that the context of its adoption is one of a “*crisis situation which requires the adoption of a set of urgent, temporary, exceptional measures of economic nature*”.

(Case T-450/12, *Anagnostakis v. Commission*, EU: T:2015:739, para 42).

²⁰ OJ 2023, C 7/18.

²¹ Regulation 2022/1369, discussed below.

²² Council Regulation 2023/706 of 30 March 2023 amending Regulation 2022/1369 as regards prolonging the demand-reduction period for demand-reduction measures for gas and reinforcing the reporting and monitoring of their implementation, OJ 2023, L 93/1.

²³ Council Regulation 2022/1854 of 6 October 2022 on an emergency intervention to address high energy prices, OJ 2022, L 261/1.

This Regulation also sets out exceptional measures to help lower overall electricity consumption, support households and businesses, to mitigate the effects of high energy prices. First, it requires Member States to reduce total electricity consumption by at least 10%. In parallel, it introduces an obligation to reduce gross electricity consumption by at least 5% during selected peak and high price hours covering at least 10% of all hours of the period between 1 December 2022 and 31 March 2023.

Second, an ‘inframarginal’ or ‘revenue cap’ is imposed on certain electricity generators. Under the so-called marginal pricing model which underpins the EU’s internal electricity market, and is discussed in detail below, expensive gas fired generation sets electricity prices across the EU and into the EEA. This results in very high margins for operators of lower-cost generation technologies, such as wind or solar. The specific measures to redistribute such revenues will be taken at a national level. Given the differences between energy mixes, costs and prices in the EU-27 national electricity markets, this cap will allow some Member States to obtain far more revenues than others. The Regulation encourages – but does not mandate – solidarity agreements between Member States, to share the proceeds of the revenue cap. The primary aim of these solidarity agreements is to help countries that are highly dependent on electricity imports from their neighbours.

Third, a ‘solidarity contribution’- in effect a windfall tax - from companies in the fossil fuel sector amounting to 33 percent of the tax base is imposed and justified as an appropriate means to tackle surplus profits in the event of unforeseen circumstances. If the methodology prescribed in the Regulation shows that the profits in the fiscal years 2022-2023 have increased by more than 20 percent, then the ‘solidarity contribution’ must be paid, and the proceeds must be used for the objectives specified in the Regulation. Some Member States will earn far higher revenues than others, simply because they have large fossil fuel operators resident in their territory. The Regulation does not directly address this issue, however, and shies firmly away from mandating any cross-border funding requirements.

Despite intense political pressure from the European Council, the Commission backed by several Member states continued to resist imposing a wholesale gas price cap on the grounds that this would mean diversion of diminishing gas supplies away from the EU to

higher priced global markets. Moreover, higher gas prices should reduce demand for fossil fuels so that renewable substitutes would become more competitive.

Thus, a third set of emergency Regulations adopted in December 2022 establishes temporary rules on a range of issues:

- (a) the expedited setting up of a service allowing for demand aggregation and joint gas purchasing by undertakings established in the Union.
- (b) more transparent booking platforms for liquefied natural gas (LNG) facilities and for gas storage facilities.
- (c) the introduction of a wholesale gas price cap – a market correction measure – and an ad hoc LNG price benchmark, to be developed by the Agency - ACER²⁴;
- (d) temporary measures, to distribute gas fairly across borders and to safeguard gas supplies for the most critical customers and to ensure the provision of cross-border solidarity measures; and finally (e) expedited rules on permitting for renewable projects of overriding public interest²⁵.

3. Assessment

The EU has been fortunate to achieve its mandatory storage filing target for 2022. It benefitted from a mild winter and a beneficial global supply situation as demand in Asian markets was still slow. It would also appear that the Union is on track to meet the 2023 mandatory storage filling target of 90 per cent. The incoming Swedish presidency in the first half of 2023 declared a focus on the green transition and completing the adoption of the ‘Fit for 55 package’ as one of its priorities. Further resort to Article 122(1) TFEU measures was not considered desirable²⁶.

²⁴ Regulation 2022/2578, enacted on 22 December 2022, introduces a market correction mechanism and price cap. The mechanism is designed to prevent excessive pricing in the gas market by allowing the European Commission to intervene in cases of market distortion. If the Commission identifies a market distortion, it can impose a price cap on natural gas, preventing prices from rising too high. The market correction mechanism also allows for the suspension of trading in cases of severe market volatility. This mechanism ensures that prices remain stable during periods of market stress, preventing panic buying and hoarding (OJ L335/45).

²⁵ Accelerating Deployment of Renewable Energy - Regulation 2022/2577, OJ 2022 L335/36

²⁶ <https://swedish-presidency.consilium.europa.eu/en/programme/priorities/>

Nevertheless, the Union remains dependent on imported gas. Importantly, contrary to the preceding filling season, the 2023 storage filling cannot count on the 60 bcm of Russian pipeline gas that was still imported into the EU in 2022. In order to limit the risks for security of supply and the corresponding market impacts, a continued demand reduction is still considered necessary²⁷. The Commission proposed on 20 March 2023 to prolong the measure and the Council backed this move to avoid security of supply issues for the coming winter 23/24, and a new Regulation was adopted on 30 March 2023²⁸.

As to the second emergency Regulation 2022/2854, the main criticism has been of its diversity of impact. Only states with large oil and gas companies based in their territories were able to raise considerable revenues from windfall taxes²⁹. Several oil and gas companies have lodged challenges in the European Courts, contesting both the choice of Article 122(1) TFEU as the legal basis as well as the appropriateness of financial measures such as the ‘windfall’ tax³⁰ (as a ‘one off tax on excessive profits’ and the intramarginal levy (or revenue cap)³¹. as crises responses.

Another controversial issue at the time of the introduction of the infra-marginal revenue cap was its impact on new investment in renewable energy. As the cap applies to revenues (rather than profits), this caused financial difficulties for some energy companies³². In some cases the revenue cap undermined the financial viability of the very long-term commercial agreements, such as power purchase agreements (PPAs) that the Commission has also been promoting as an important tool to realize its medium- and longer-term objectives of increased renewable energy penetration. If the revenue cap applies to an “assumed” (fictitious) and not the actual income this leads to a paradoxical situation whereby the producer may be forced to sell electricity at a loss. Indeed, following the

²⁷ Report from the Commission on the review on the functioning of Regulation (EU) 2022/1369 on coordinated gas demand reduction; COM/2023/173 final.

²⁸ Council Regulation (EU) 2023/706 of 30 March 2023 amending Regulation (EU) 2022/1369 as regards prolonging the demand-reduction period for demand-reduction measures for gas and reinforcing the reporting and monitoring of their implementation, OJ L 93, 31.3.2023, p. 1–6.

²⁹ IEA, Renewables 2022 Chapter 4: Trends to watch Analysis and forecasts to 2027.

³⁰ Case T-803/22, Case T-802/22.

³¹ Case T-759/22.

³² Indeed, the efficacy of this cap to recoup windfall profits has also been questioned by the IEA, ‘Renewables 2022’, Chapter 4: Trends to watch Analysis and forecasts to 2027.

Commission's own subsequent assessment, this measure will not be prolonged³³.

Finally, EC had originally taken the view that aggregating or pooling gas demand at EU level could ensure better leverage for the EU on global markets. Not all member states or market players have been convinced, however. Gas purchasing consortia must operate in compliance with the Union's competition rules. Although the Commission indicated that it might issue a decision on the inapplicability of Articles 101 and 102 TFEU, as well as informal guidance on the application of these Treaty competition rules to joint purchasing arrangements, this did not give sufficient comfort for the industry. Hence the joint purchasing approach was abandoned.

A mandatory aggregation platform - AggregateEU- is designed to match buyers and seller, while ensuring equal treatment and preventing market manipulation. The Commission considers this as an important response to the lingering energy crisis. Member States must submit a minimum volume for demand aggregation to a platform designated by the Commission for this purpose. This volume must be equivalent to 15% of their mandatory storage filling obligations but is up to each Member State to define how they will implement this obligation. For example, they may appoint a 'central buyer' to submit a tender on behalf of buyers³⁴. It is then for the individual companies to negotiate to subsequently purchase gas via AggregateEU.

In conclusion the impact of the EU's package of temporary energy crisis measures has been mixed, and only the demand-reduction Regulation has been extended for a further period.

Although the final set of Regulations provided for a series of interventionist measures – including a form of wholesale price caps³⁵ - the measures did not appear to undermine the

³³ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the review of emergency interventions to address high energy prices in accordance with Council Regulation (EU) 2022/1854, COM(2023)302 final, 5.6.2023.

³⁴ https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-security/eu-energy-platform/aggregateeu-questions-and-answers_en#cooperation-of-companies--central-buyer-and-agent-shipper-on-behalf

³⁵ This is the so-called Market Correction Mechanism, which can be activated in case of spikes in gas prices. This dynamic price cap will apply as long as the prices remain high. The Agency for the Co-operation of Energy Regulator - 'ACER will monitor the market, and the Commission will propose the activation of the cap to the Council, that will decide. It is a mechanism of last resort to prevent episodes of excessively high prices, and not a regulatory intervention by the Commission on prices.

basic foundations on which the internal electricity market - IEM - has been built. The recognition of the need to preserve the IEM as the basis for EU energy policy was due not least to the realization that continued energy flows across the member states had remained a vital solution to dealing with national shortages³⁶. For instance, electricity imports proved crucial for France during 2022 a year of record low nuclear and hydropower output³⁷. At the same time however, state support to shield end users from high prices reached exceptional levels throughout 2022 and early 2023³⁸.

4. Natural Gas as a Transition Fuel?

Currently, and as REPowerEU also recognizes, energy security in EU still relies on fossil fuels supply, especially gas. Fossil fuels will still need to feature in the EU energy mix in many member states, at least in the medium term. Natural gas therefore remains a ‘transition fuel’ even if does not contribute to climate objectives. State supported investment in gas production and infrastructure must however still comply with ‘pre-energy crisis’ EU rules, such as the Taxonomy Regulation of 2020, the Treaty state aid rules, and related guidance such as the Climate Energy and Environmental Aid Guidelines (CEEAG)³⁹.

The CEEAG adopted in December 2021⁴⁰ allow member states to grant compatible state aid for the reduction and removal of greenhouse gas emissions (‘decarbonisation aid’). New investment in natural gas supply and infrastructure including storage, even if for security of supply purposes, must be linked to clear conditions regarding its phase out, and especially the avoidance of ‘lock in’ effects and stranding of investments⁴¹.

³⁶ ACER, ‘Wholesale Market Monitoring Report’, March 2023, <https://www.acer.europa.eu/electricity/market-monitoring-report>.

³⁷ JONES, D., ‘European Electricity Review 2023’. <https://ember-climate.org/insights/research/european-electricity-review-2023>.

³⁸ <https://www.bruegel.org/dataset/national-policies-shield-consumers-rising-energy-prices>

³⁹ The CEEAG [*OJ C 317, 25.9.2020, p. 5–19*] are soft law guidelines on how the Commission will assess the compatibility of environmental protection, including climate protection, and energy aid measures subject to the notification requirement, under Article 107(3)(c) TFEU.

⁴⁰ Regarding the scale of investment needs, see Staff Working Document REPowerEU <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0230&from=EN>

⁴¹ It is estimated that around EUR 10 bn of investments is needed to complement existing PCIs, see: European Commission (2022) REPowerEU.

Investments in new LNG terminals are still permitted, for example and REPowerEU Plan foresees additional investments into gas infrastructure and LNG terminals⁴². As an example of how the CEEAG is currently applied, the Commission recently approved €40 million state aid for the construction and operation of a new liquefied natural gas (LNG) land terminal in Brunsbüttel (Germany). The measure would contribute to the security and diversification of Germany's energy supply and would help end dependence on Russian fossil fuels in line with the REPowerEU plan. The Commission also considered that certain plant components must be planned and constructed so that they can be used for operation with hydrogen or derivatives from 2044 at the latest, thus avoiding a “lock-in ‘of gas after that date.

The Commission has also approved major state support packages to energy intensive users under the CEEAG, including steel producers, with the aim of stimulating conversion to cleaner energy forms. The national support schemes allow for the conversion of production facilities first to natural gas and then eventually to renewable energy sources. Natural gas, initially used for the operation of the new direct reduction plant, will be gradually phased out and, as of 2037, the plant will be operated using only renewable hydrogen. A ‘conditional payment mechanism’ will cover, during the first ten years of operation of the new direct reduction plant, the additional costs of procuring and using renewable hydrogen instead of low-carbon hydrogen. The application of the conditional payment mechanism is subject to yearly verifications by an independent expert on the actual volumes and price paid for the renewable hydrogen consumed⁴³.

5. The TCTF

Natural gas investment can also be funded under the current Temporary Framework. Until 31 December 2023, the Temporary Crisis and Transition Framework - the TCTF -enables Member States to cushion the economic impact of Russia’s aggression of Ukraine and to (i) grant limited amounts of aid to companies affected by the crisis; (ii) ensure that

⁴² It is estimated that around EUR 10 bn of investments is needed to complement existing PCIs, see: European Commission (2022) REPowerEU: A plan to rapidly reduce dependence on Russian fossil fuels and fast forward the green transition. See also <https://www.e3g.org/news/when-is-gas-green-according-to-the-eu-taxonomy/>.

⁴³ Press Release IP 3928.

sufficient liquidity remains available to businesses; (iii) compensate companies for the additional costs incurred due to exceptionally high gas and electricity prices; and (iv) incentivize additional reduction of electricity consumption. On 1 February 2023, the Commission launched its Green Deal Industrial Plan to enhance the competitiveness of Europe's net-zero industry and support the transition to climate neutrality. The Green Deal Industrial Plan was taken into account when drafting TCTF and the then pending amendments to the General Block Exemption Regulation ("GBER").

Until 31 December 2025, Member States may grant aid to foster the transition to a net-zero economy⁴⁴. Thus, aid may be granted to (i) accelerate the roll-out of renewable energy, storage and renewable heat relevant for REPowerEU (Section 2.5), and (ii) decarbonise industrial production processes (Section 2.6). In addition, Member States may also grant aid to accelerate investments in key sectors for the transition towards a net-zero economy, enabling investment support for the manufacturing of strategic equipment, namely batteries, solar panels, wind turbines, heat-pumps, electrolysers and carbon capture usage and storage as well as for production of key components and for production and recycling of related critical raw materials (Section 2.8). Unlike the CEEAG, the TCTF does not impose environmental protection requirements. At point 38 of the TCTF, Member States are merely invited to set environmental protection or security of supply requirements.

Thus, the framework now combines two regulatory regimes under one umbrella: a short-term framework for the acute crisis, and a medium-term framework that addresses the transition towards a net-zero age. The TCTF takes both Article 107(3)(b) and Article 107(3)(c) as its legal basis. The substantive changes in Sections 2.5, 2.6 and 2.8 can be directly linked to the Green Deal Industrial Plan, adopted on 1 February 2023⁴⁵. Aid for

⁴⁴ See Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age, COM (2023) 62, 1.2.2023. See also the press release of 1 February 2023, and Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty (OJ L 187, 26.6.2014, p. 1). Various aid measures for accelerated investments in sectors strategic for the transition towards a net-zero economy have been approved by the Commission on 19 July 2023 (SA.108068), on 28 July 2023 (SA.107689), on 26 May 2023 (SA.107094), and on 9 October 2023 (SA.108953).

⁴⁵

https://commission.europa.eu/system/files/2023-02/COM_2023_62_2_EN_ACT_A%20Green%20Deal%20Industrial%20Plan%20for%20the%20Net-

accelerating the rollout of renewable energy and energy storage was already included in the first revision of the TCF in July 2022 but have had little success so far: not one of the measures approved under the TCF was based on those rules⁴⁶. Section 2.5 is now divided into a section dedicated to investment aid (Section 2.5.1) and another section dedicated to operating aid for accelerating the rollout of renewable energy and energy storage (Section 2.5.2). All these measures are limited to aid granted based on a scheme. This leaves no room for targeted projects. Ad-hoc aid measures with those goals are not subject to the TCTF and must be assessed based on the CEEAG.

In Section 2.6, the Commission lays out its assessment of aid for investment leading to (i) a substantial reduction of greenhouse gas emissions from industrial activities currently relying on fossil fuels as energy source or feedstock, or (ii) a substantial reduction of energy consumption in industrial activities and processes. The cumulation of aid with any other State aid and centrally managed fund is permissible.

The relationship between the CEEAG and TCTF is not entirely clear. The two sets of guidelines adopt different conditions for similar aid: The granting of aid for renewable energy is subject to considerably more lenient conditions under the TCTF than under the CEEAG. Aid for the decarbonisation of industry is also subject to a different set of conditions under the TCTF than under the CEEAG. In contrast to the CEEAG, the TCTF provides for a fast-track approval process despite the complexity of some of the aid categories in the TCTF. For the calculation of the aid, the TCTF reintroduces the concepts of investment and operating aid, linked to maximum aid intensities in comparison with the funding gap approach in the CEEAG. This could involve an inherent risk of overcompensation.

In conclusion, natural gas is likely to remain an important transition fuel - as a guarantee for security of supply and competitiveness. In the medium term at least, member states can continue to subsidize production and infrastructure, albeit that larger investments will be subject to conditionality as regards avoidance of lock in and stranding of assets. Yet

Zero%20Age.pdf.

⁴⁶ Overview of the list of Member State measures approved as of 24 March 2023: <https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/ukraine_en> . List of approved measures adopted under the TCTF, October 2023: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-10/State_aid_TCTF_decisions_1.pdf

studies indicate that later repurposing of LNG terminals for example is complex and expensive or even technically or economically unfeasible. This raises questions as to the role of these assets in the longer term⁴⁷. This is now an important aspect of the discussion on electricity market reform, to which we now turn.

III. SECTION 2: ELECTRICITY MARKET REFORM

The energy crisis of 2022 prompted debate over the shortcomings and future role of the IEM, as well the right of Member States to continue to determine their own energy mix. The President of the Commission claimed that “We need a new market model for electricity that really functions and brings us back into balance⁴⁸”. The organization and governance of the EU’s electricity market is now the subject matter of an ongoing market reform. The Commission’s proposals of March 2023 have attracted considerable controversy, and it remains to be seen if the Spanish presidency can accomplish this reform process by the end of 2023.

The EU electricity market design is particularly complex. The pricing model on which the IEM model is based provides signals that not only inform an efficient economic dispatch but also facilitate medium-term planning⁴⁹. The wholesale market is based on a system of marginal pricing, also known as a **pay-as-clear market**, where all electricity generators get the same price for the power, they are selling at a given moment. As wholesale electricity prices are set by marginal gas fired plant this can lead to high electricity prices as occurred during the energy crisis of 2022.

Wholesale electricity prices are likely to remain volatile as long as gas prices continue to fluctuate. Enhanced renewable energy production also brings challenges, as the share of electricity produced by renewable energy sources (predominantly solar and wind) is

⁴⁷ RIEMER, M.; SCHREINER, F.; WACHSMUTH., J. (2022): Conversion of LNG Terminals for Liquid Hydrogen or Ammonia. Analysis of Technical Feasibility und Economic Considerations. Karlsruhe: Fraunhofer Institute for Systems and Innovation Research ISI. Available at https://www.isi.fraunhofer.de/content/dam/isi/dokumente/cce/2022/Report_Conversion_of_LNG_Terminals_for_Liquid_Hydrogen_or_Ammonia.pdf,

⁴⁸ URSULA VON DER LEYEN, Bled Strategic Forum, 29.9.2022

⁴⁹ BATTLE, C., et al., “The EU Commission’s proposal for improving the electricity market design: Treading water, but not drowning”, MIT-CEER Commentary, RC-2023-03; Meeus, L “Electricity market reform: what is (not) in the European Commission proposal”, FSR Policy Brief, 2023/07, May 2023.

expected to grow from 37% in 2020 to more than 60% by 2030. Because they have zero marginal costs, wind and solar can cause massive price falls when they form a large part of the generation mix. But electricity must also be produced and delivered in sufficient quantities when there is no wind or sun. At the same time markets need to adapt to better integrate renewable energies and attract investment in fossil-free flexible technologies, such as demand side response and energy storage energy that can complement variable energy production. Thus, the electricity market must also provide the right incentives for consumers to become more active and contribute to keeping the electricity system stable.

1. The Commission proposal of 14 March 2023

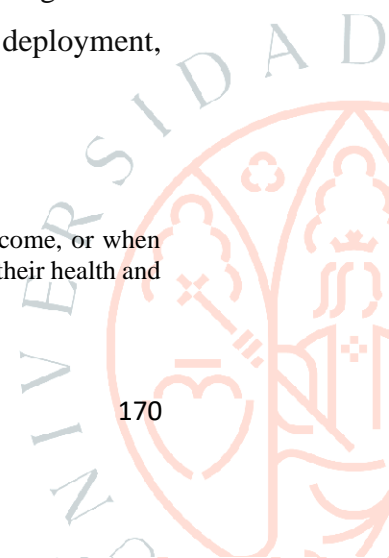
The March proposal for a Regulation amending earlier EU electricity market rules⁵⁰ preserves the pricing mechanism in the short-term electricity markets (in all the various segments of the market including day-ahead, intra-day and balancing markets)⁵¹. It confirms that these markets are not the problem but are rather are part of the solution. A pricing signal is key to an efficient market, but consumers cannot be exposed to sudden price spikes or fluctuations. Hence the proposal complements the existing electricity markets with a number of interventionist measures to address the main concerns that emerged during the 2022 crisis and to protect household consumers. This includes especially concerns as to ‘energy poverty’⁵² - and inflation. To deal with price fluctuations and insufficient hedging by consumers and retailers, certain consumers should have the right to have a fixed-price retail contract, appropriate hedging strategies for suppliers, a supplier of last resort in each Member State and a harmonized and integrated market for long-term financial transmission rights.

In its draft Regulation on electricity market reform, the Commission considers that longer term contracts such as CfDs and PPAs could give stable prices to consumers and reliable revenues to renewable energy suppliers (lowering the financial risk and reducing the cost of capital), thus contributing to the objective of tripling renewables (RES) deployment,

⁵⁰ COM(2023) 148 final.

⁵¹ <https://fsr.eui.eu/a-summary-of-the-proposal-for-a-reform-of-the-eu-electricity-market/>

⁵² Energy poverty occurs when energy bills represent a high percentage of consumers' income, or when they must reduce their household's energy consumption to a degree that negatively impacts their health and well-being.



in line with European Green Deal goals.

Difficulties in accessing cheaper renewables by consumers are to be addressed with long term contracts such as PPAs, two-way contracts for differences (CfD), and energy sharing.

Whereas PPAs are commercial contracts, CfDs are likely to involve state aid and therefore trigger the application of Article 107 TFEU.

1.1 CfDs

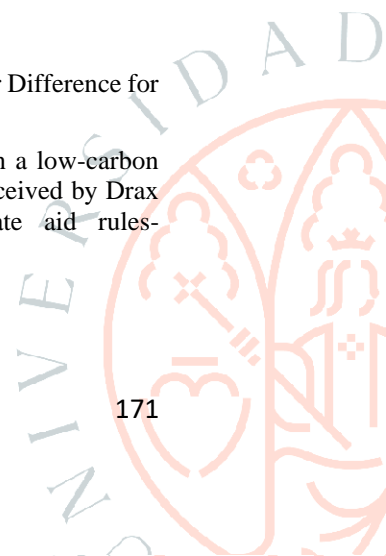
CfDs are a form of public support through which the generator is guaranteed a minimum price by the government for the energy produced and is allowed to earn the full market price even when it is very high. This is why the proposal envisages ‘2-way CfDs’, which imply setting a minimum that can be earned by the energy producer, but also a maximum price, so that any revenues above it are paid back to the public body in charge of administering the contracts, and then channeled to ease the effects of high prices for all electricity consumers proportionate to their consumption. In accordance with the first draft of the proposal, CfDs should be the preferential support scheme for new renewable projects including wind, solar, geothermal, hydro without reservoir, and nuclear power.

CfDs are not new instruments. The CEEAG specifically mentions revenue stabilisation mechanisms in the form of two-sided Contracts for Difference as a good model for governments to support the further expansion of renewables. The Commission had already approved a UK scheme for renewable support based on a CfD mechanism under Art 107(3)c)⁵³. It also approved CfD mechanisms for individual projects in the UK, such as the Drax power station⁵⁴ and Hinkley Point⁵⁵. More recently, Danish support in the form of a 2- way CfD was approved for the Thor offshore wind farm project (2022) and state aid for a Lithuanian offshore wind project was approved in October 2023 under

⁵³ State aid SA.36196 (2014/N) – United Kingdom Electricity Market Reform - Contract for Difference for Renewables

⁵⁴ The Commission concluded that the contract-for-difference (CfD)—a contract between a low-carbon electricity generator and the CFD Counterparty, the Low Carbon Contracts Company—received by Drax for the conversion of its coal power plant to biomass was in line with state aid rules- http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4462_en.htm

⁵⁵ SA.34947, OJ L 109, 28.4.2015, p. 44.



TCTF⁵⁶. The Commission has also previously approved CCfDs. A CCfD offsets the difference between the market price for emissions allowances and the carbon avoidance costs. If the market price for emission allowances is lower than the carbon avoidance costs, the State pays the difference. If the market price for emissions allowances is higher than the carbon avoidance costs, the company pays the difference⁵⁷.

A later version as approved in Council in October 2023 would make two-way contracts for difference mandatory for state aid to extend the lifetime of existing power plants as well as to promote new projects. The inclusion of existing plants had controversy, led to with Germany, Luxembourg and Austria warning it will allow France to dominate the EU market thanks to the cheap electricity coming from its massive fleet of 56 nuclear reactors. A non-paper signed by nine EU countries – Bulgaria, the Czech Republic, France, Croatia, Hungary, Poland, Slovakia and Slovenia proposes further amendments to the draft to address this problem. This proposal includes giving powers to the Commission to prevent “any distortive effect” on generating facilities and markets, ensuring the remuneration is in line with the cost of the project and avoiding “undue distortions to competition and trade in the internal market, notably, where applicable, by determining remuneration amounts through a competitive bidding process that is open, clear, transparent and non-discriminatory”. The Spanish Presidency floated several ways of amending earlier drafts to address concerns from EU countries to reinforce monitoring and transparency provisions. One option was to allow the European Commission to make recommendations to address elements in proposed CfDs affecting the level playing field, while a second option went further, allowing Brussels to limit the share of revenues going back to final customers, if needed. The Council agreed a general approach to include stricter monitoring of national measures in late October 2023 so that, subject to the approval of the European Parliament, the amended Regulation could be adopted by the end of this

⁵⁶ SA.102871: The Commission concluded that the Lithuanian scheme is necessary, appropriate and proportionate to accelerate the green transition and facilitate the development of certain economic activities, which are of importance for the implementation of the REPower EU Plan and the Green Deal Industrial Plan, in line with Article 107(3)(c) TFEU and the conditions set out in the Temporary Crisis and Transition Framework.

⁵⁷ In December 2021 the EC concluded not to raise objections to the Dutch ‘SED ++’ scheme on the grounds that it is compatible with the internal market.

year⁵⁸.

1.2 PPAs

PPAs as private contracts do not raise state aid issues and are also unlikely to give rise to competition concerns under Art 101 TFEU. Long term contracts do not in themselves restrict competition. Nevertheless, it is argued that industrial companies often encounter challenges when accessing PPAs, as they struggle to compete with less price-sensitive sectors with better credit risk ratings. PPA developers naturally prioritize off-takers who are willing to pay higher prices and possess more substantial credit risk ratings. PPAs are currently mostly available only to large energy consumers and in only a handful of Member States.

One aim of the Electricity Market Reform proposal is to address this issue and encourage the broader implementation of PPAs in the EU market. The proposed measures would oblige Member States to ensure the availability of market-based guarantees that will reduce the financial risks associated with off-taker payment default, leaving the energy producer without a source of revenues. To promote the market for PPAs, renewable energy project developers should be allowed to reserve a share of the generation for sale through a PPA when participating in public support tenders. To incentivize customers to have access to the PPA market, evaluation criteria in some tenders could be adapted to allow participation of projects which reserve part of the electricity for customers that face entry barriers into the PPA market.

1.3 Capacity remuneration mechanisms (CRMs)

CRMs are a system in which operators of fossil-fueled power plants are paid for electricity produced, as well as for maintaining generation capacity during times of scarcity to ensure grid stability. Current EU regulation considers CRMS as temporary responses to resolve reliability concerns. to resolve security of supply concerns. If badly designed, they come with a risk of over-procurement, especially from large fossil power plants. This may lead to higher costs to consumers than necessary and risk locking in polluting fossil fuel power

⁵⁸ 2023/0077(COD) Brussels, 19 October 2023 (OR. en) 14339/23 - see also <https://www.powerengineeringint.com/policy-regulation/eu-council-reaches-landmark-agreement-on-electricity-market-reform/>

plants. State support for CRMs is currently also subject to the CEEAG, which in turn is aligned with the relevant provisions in the Electricity Regulation of 2019⁵⁹.

As these mechanisms are also controversial and expensive many governments were reluctant to embrace them. For example, in 2015, the German federal government rejected proposals to introduce a full-fledged capacity market, saying it would be too costly. In summer 2016, Germany passed a law that will eventually transfer power plants with a total capacity of five percent of the average maximum power demand (5% is about 4.4 GW, according to current projections) into a “capacity reserve” for a period of five years. The power plants in this reserve would only be used “when all market-based options on the power market are exhausted” and must be decommissioned when exiting the reserve.

The current EU market design provides for CRMs to avoid disruptions, but it is considered not to be sufficiently robust to guarantee that the triad of renewable energy, affordability and supply security will succeed. Some member states now want the draft to include a more systematic basis for capacity markets to contribute in the mid- to long-term. Some propose that this market should be open to climate-friendly conventional plants (e.g. hydrogen-ready gas units) and facilities producing with renewable sources, electricity storage facilities, or power imports. The Council now seems intent on making capacity mechanisms into a permanent market feature, and even considered a derogation for coal and lignite plants to allow them to receive capacity subsidies beyond the current deadline of 2025, as provided for in the current CEEAG. This derogation would also entail revising the current regulation of CRMs as introduced by the Electricity Regulation 2019/943 as part of the Clean Energy Package of 2019 and only after heated and prolonged negotiation at the time.

IV. FINAL CONCLUSION

This contribution raised the question of whether the Spanish presidency of the Council has inherited more problems than solutions in trying to steer the internal electricity market reform process through the legislative process before the end of 2023. Although 2022 saw the adoption of a number of crises measures in response to the high electricity and gas

⁵⁹ See for example the 2021 Decision Belgium’s CRMs: <https://competition-cases.ec.europa.eu/cases/SA.54915>.

prices as well as the threat of supply shortages, the EU has had to go back to the drawing board to consider whether more fundamental reforms are needed to secure the familiar triad of energy policy objectives: affordability, sustainability and security of supply. The 2022 measures as well as the relaxation of the state aid discipline allowed for considerable public intervention into the workings of the IEM. Even if the mechanism seemed to survive at that time, the current proposed reforms may threaten the survival of this market model in the longer term. State intervention through CfDs and capacity market remuneration mechanisms are bound to favour national production. Much of that could be fossil fuel based. The proposed reforms may take us even further away from the ever-elusive goals of achieving affordability, sustainability and ultimately, security of supply in the EU.

Bibliography

- ACER, ‘Wholesale Market Monitoring Report’, March 2023. <https://www.acer.europa.eu/electricity/market-monitoring-report>
- BATTLE, C. et al., “The EU Commission’s proposal for improving the electricity market design: Treading water, but not drowning”, MIT-CEER Commentary, RC-2023-03;
- Commission, Communication on REPowerEU: Joint European Action for more affordable, secure and sustainable energy, COM(2022) 108 final, (8.3.2022), with Annexes; and Communication on Options and COM/2022/230 final.
- Commission, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the review of emergency interventions to address high energy prices in accordance with Council Regulation (EU) 2022/1854, COM(2023)302 final, 5.6.2023.
- Council, Regulation (EU) 2022/1032 of the European Parliament and of the Council of 29 June 2022 amending Regulations (EU) 2017/1938 and (EC) No 715/2009 with regard to gas storage, OJ L 173, 30.6.2022, p. 17–33.
- Council, Council Regulation (EU) 2022/1369 of 5 August 2022 on coordinated demand-reduction measures for gas, OJ L 206, 8.8.2022, p. 1–10. Council Regulation No. 2022/1854 on an Emergency Intervention to address high energy prices in the EU , OJ L 261, 07.10.2022, p. 1.
- Council, Regulation 2022/2576 enhancing solidarity through better coordination of gas purchases, reliable price benchmarks and exchanges of gas across borders, OJ L 335/1, 29.12.2022, p. 1.
- Council, Regulation 2022/2577 laying down a framework to accelerate the deployment of renewable energy, OJ L 335, 29.12.2022, p. 36. Council Regulation (EU) 2022/2578 of 22 December 2022 establishing a market correction mechanism to protect Union citizens and the economy against excessively high prices, OJ L 335, 29.12.2022, p. 45–60.
- HANCHER, L., DE HAUTECLOCQUE, A., HUHTA, K., and SADOWSKA, M, Capacity Mechanisms in the EU Energy Markets, Law, Policy, and Economics, Second Edition, OUP, 2022
- HANCHER et al, State Aid and the ‘Energy Sector, Bloomsbury Publishing, 2018.
- IEA, ‘Renewables Report’ Paris, 2022. IEA (2022), *Renewables 2022*, IEA, Paris <https://www.iea.org/reports/renewables-2022>, License: CC BY 4.0

- Jones, D., 'European Electricity Review 2023. <https://ember-climate.org/insights/research/european-electricity-review-2023>.
- HARALDSDÓTTIR, K., The limits of EU competence to regulate conditions for exploitation of energy resources: Analysis of Article 194 (2) TFEU, *European Energy and Environmental Law Review* 23 (6).
- HUHTA, K., 'The Scope of State Sovereignty under Article 194(2) TFEU and the Evolution of EU Competences in the Energy Sector' (2021) 70(4) ICLQ 991;
- MEEUS, L., "Electricity market reform: what is (not) in the European Commission proposal", FSR Policy Brief, 2023/07, May 2023.
- MCWILLIAMS, B., TAGLIAPIETRA, S., ZACHMANN, G., AND DESCHUYTENEER, T., (2023) 'Preparing for the next winter: Europe's gas outlook for 2023', Policy Contribution 01/2023, Bruegel
- RIEMER, M.; SCHREINER, F.; WACHSMUTH, J., Conversion of LNG Terminals for Liquid Hydrogen or Ammonia. Analysis of Technical Feasibility und Economic Considerations.
- KARLSRUHE: Fraunhofer Institute for Systems and Innovation Research ISI, 2022:
- SESINI, M., et al: 'Solidarity measures: Assessment of strategic gas storage on EU regional risk groups natural gas supply resilience', Applied Energy, (2022) 308(1-2):118356.





UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES
de
DERECHO

**THE PROPOSED EUROPEAN UNION
CORPORATE SUSTAINABILITY DUE
DILIGENCE DIRECTIVE**

Making or breaking European Human Rights Law?

CLAIRE METHVEN O'BRIEN

University of Dundee

JONAS CHRISTOFFERSEN

offersen:christoffersen, advokatfirma, Copenhagen

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU

TEULP 



The Proposed European Union Corporate Sustainability Due Diligence Directive Making or breaking European Human Rights Law?**Abstract**

The Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (EU) 2019/1937, COM/2022/71 final, 23 February 2022, 'CSDDD') if enacted, would extend responsibilities, liability and exposure to administrative penalties to large economic actors for failure to comply with human rights and environmental obligations. The main purpose of this proposal is to establish a binding set of legal norms to increase access to legal enforcement by linking a breach of the due diligence obligation to public sanctions (Article 20) and civil liability. However, as we analyse in this article, the proposal would significantly limit the scope and content of companies' due diligence as compared to the process foreseen by the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to which it seeks to give greater effect, while limiting the rights to be protected, and the class of companies obliged to exercise due diligence. At the same time, as we explain, the proposed Directive may jeopardize the integrity of European human rights law as articulated by the judicial and other organs of the Council of Europe, and at the national level.

Keywords: *due diligence; human rights; European Union*

La Propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre Debida Diligencia en Sostenibilidad Corporativa ¿Fortaleciendo o debilitando el Derecho Europeo de Derechos Humanos?**Resumen**

La Propuesta de la CE para una Directiva sobre Debida Diligencia en Sostenibilidad Corporativa (UE) 2019/1937, COM/2022/71 final, 23 de febrero de 2022, 'CSDDD'). Si se promulgara, extendería las responsabilidades, la responsabilidad y la exposición a sanciones administrativas a actores económicos más grandes en relación con los derechos humanos y los impactos ambientales. El propósito principal de esta propuesta es establecer un conjunto vinculante de normas legales para aumentar el acceso a la aplicación legal al vincular una infracción de la obligación de diligencia debida con sanciones públicas (Artículo 20) y responsabilidad civil. Sin embargo, como analizamos en este artículo, la propuesta legislativa de la CE limitaría significativamente el alcance y contenido de la diligencia debida de las empresas en comparación con el proceso previsto por los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos a los que busca dar mayor efecto, limitando los derechos a proteger y la clase de empresas obligadas a ejercer la diligencia debida. Al mismo tiempo, como explicamos, la Directiva propuesta arriesga la integridad del derecho europeo de derechos humanos tal como lo articulan los órganos judiciales y otros del Consejo de Europa y a nivel nacional.

Palabras clave: *diligencia debida; derechos humanos; Unión Europea.*

SUMMARY¹: 1. INTRODUCTION. 2. HUMAN RIGHTS AND DUTIES. 1 Rights and obligations. 2 Violations and impacts. 3 A hierarchy of rights. 4 Practical or theoretical significance. 5 Summary. 3. DUE DILIGENCE. 1 Due diligence according to the UN's Guiding Principles. 2 Due diligence according to the EC's proposed Directive. 4. CONCLUSION.

I. INTRODUCTION

Human rights instruments are 'state-centric': their conceptual structures are primarily geared to reckon human rights violations by states and to address these via state-based remedial action.² Yet the twentieth century's closing decades have witnessed various attempts to attenuate this restriction to address impairments of human rights by or resulting from the conduct of non-state actors and to bring these within the realm of scrutiny permitted by human rights courts and other actors. This manoeuvre, executed via a range of doctrinal and other devices, can be observed in the gradual extension of the scope of review of business-related abuses across by human rights institutions across the European, Inter-American and African regional systems, which proceeded in decentralised and non-isometric fashion up to the early 2000s.³ In Europe's regional system of human rights protection, for instance, while the court's general jurisprudence affords protections in the market sphere, the incremental evolution of the notion of 'positive obligations', and the identification of a specific state 'duty to regulate' private businesses, for instance, in cases of environmental pollution are relevant in this regard.⁴

¹ This article has been realized on the context of the Jean Monnet Chair on The Transformative Power of European Union Law (TEULP), research funded by the European Commission (Project: 101047458 - TEULP - ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH) and led by Juan Jorge Piernas López, Professor at the Faculty of Law of the University of Murcia. Parts of this article draw on Jonas Christoffersen and Claire Methven O'Brien, "Retliggørelsens udfordringer", *Juristen* 5 and 6, 2023, pp.195-201.

² JOSEPH, S., "Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights", *Netherlands International Law Review* 46, 1999, pp.171–203; MUCHLINSKI, P. T., "Human Rights and Multinationals: Is There a Problem?" *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, 77(1), 2001, pp. 31–47, pp.31-32.

³ METHVEN O'BRIEN, C., "Business and human rights and regional systems of human rights protection: applying a governance lens", in MARX, A. WOUTERS, J. and VAN CALSTER, G., (eds.), *Research Handbook on Global Governance and Business and Human Rights*, Cheltenham: Edward Elgar, 2022, pp. 44-74.

⁴ See generally METHVEN O'BRIEN, C., *Business and Human Rights: A Handbook for Legal Practitioners*, Strasbourg: Council of Europe, 2018.

In recent years, regional human rights protection systems, including in Europe, have also embarked on new initiatives dedicated to the field of business and human rights, prompted by the UN Framework and Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) respectively of 2008 and 2011.⁵ According to these instruments, international human rights treaties, besides the duties they establish amongst states, entail a ‘corporate responsibility to respect human rights’, that requires businesses to avoid infringing human rights through their own actions or those of their business partners. Businesses should accordingly seek to prevent, mitigate or remediate negative impacts on human rights that they have “caused or contributed to”, as well as those “directly linked” to their operations, products or services through their business relationships, whether contractual or non-contractual.⁶ In terms of subject-matter scope, the corporate responsibility to respect human rights refers to all ‘internationally-recognised’ human rights arising under international instruments, not just those binding via domestic law in any one jurisdiction.⁷

“Human rights due diligence” as described by the UNGPs is a process through which corporations can fulfil their ‘responsibility to respect’ human rights. Its first step is adopting a corporate policy to respect human rights.⁸ Next, due diligence requires four steps comprising a continuous improvement cycle: 1) Assessing actual and potential, direct and indirect impacts of the business’ activities on human rights (“human rights risk and impact assessment”); 2) Integrating appropriate measures to address impacts into company policies and practices; 3) Tracking the effectiveness of measures taken in preventing or mitigating adverse human rights impacts; and 4) Communicating publicly

⁵ UN Human Rights Council, ‘Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises: Protect, Respect, Remedy: A Framework for Business and Human Rights’ (2008) UN Doc A/HRC/8/5; UN Human Rights Council, ‘Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises: Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework’ (21 March 2011) UN Doc A/HRC/17/31, Annex, adopted by the UN Human Rights Council; UN Human Rights Council, ‘Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises’ HRC Res. 17/4 17th session UN Doc A/HRC/RES/17/4 (6 July 2011, adopted 16 June 2011; hereafter ‘UN Human Rights Council 2011’).

⁶ UN Human Rights Council 2011, GP13.

⁷ UN Human Rights Council 2011, GP11.

⁸ UN Human Rights Council 2011, GP15.

about the due diligence process and its results.⁹ Given the right of victims of business-related human rights abuses to access effective remedies, companies should also take steps to remediate adverse impacts of their activities on rights-holders.¹⁰

Though in formal terms non-binding, the UNGPs have had a significant impact worldwide, albeit uneven and still unfolding.¹¹ The UNGPs' and their due diligence concept, specifically, have been widely assimilated into the standards and guidance promoted by other international bodies and institutions. The OECD adopted and in 2023 updated a set of comprehensive guidelines for businesses¹² that integrated due diligence as well as specific Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct,¹³ and sector-specific due diligence guidance documents¹⁴. Significantly, its guidance on Due Diligence for Responsible Business Conduct extended the subject-matter scope of due diligence beyond human rights to environmental and other sustainability and governance issues. The IFC Performance Standards, World Bank Equator Principles, and a range of other individual and sector business policies and tools have likewise been UNGPs-aligned.¹⁵

⁹ UN Human Rights Council 2011, GPs17-20.

¹⁰ UN Human Rights Council 2011, GP22; METHVEN O'BRIEN, C., and HOLLY, G., *Briefing on Civil Liability for Due Diligence Failures*, Copenhagen: Danish Institute for Human Rights, 2021.

¹¹ METHVEN O'BRIEN, C., and BOTTA, G., "The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An updated status review", in DA SILVA ALMEIDA, J. L. (ed.), *Responsabilidade Social Corporativa e Governança Socioambiental: Greenwashing e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, pp. 1-42, 2023, also available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4179257.

¹² ORGANIZATION OF ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, "2023 update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct", <https://mneguidelines.oecd.org/targeted-update-of-the-oecd-guidelines-for-multinational-enterprises.htm>

¹³ ORGANIZATION OF ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Responsible Business Conduct OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Due Diligence* (webpage), <https://mneguidelines.oecd.org/duediligence/>.

¹⁴ ORGANIZATION OF ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Paris: OECD, 2018.

¹⁵ METHVEN O'BRIEN, C., and BOTTA, G., "The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An updated status review", in DA SILVA ALMEIDA, J. L. (ed.), *Responsabilidade Social Corporativa e Governança Socioambiental: Greenwashing e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, pp. 1-42, 2023, also available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4179257.

At European regional level, the Council of Europe has adopted a Recommendation¹⁶ that, mirroring the approach and concerns of the UNGPs, calls for governments to implement the UNGPs and periodically to review their compliance across areas such as company regulation, state-owned enterprises and public procurement, trade agreements, investment promotion and access to justice. Further in this business and human rights guidance it has called for member states to “apply such measures as may be necessary” to encourage or require business enterprises to apply human rights due diligence “throughout their operations”.¹⁷

However, in Europe, it is the European Union (EU) that has played the greater role in articulating expectations on businesses to manage human rights risks and other sustainability issues that are becoming increasingly ‘more detailed, demanding and widespread’.¹⁸

Indeed the EU has enacted new laws establishing mandatory sustainability due diligence requirements encompassing human rights and in some cases broader environmental and governance objectives for certain industry sectors and value chains.¹⁹ Currently, the EU is negotiating the EC Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (EU) 2019/1937, COM/2022/71 final, 23 February 2022, ‘CSDDD’). This Directive, if enacted, would extend responsibilities, liability and exposure to administrative penalties to larger economic actors in respect of human rights and environmental impacts, including where suppliers, rather than those companies addressed by the Directive, are immediate perpetrators of harm.

¹⁶ COUNCIL OF EUROPE, Recommendation CM/Rec (2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business, Strasbourg: Council of Europe, 2016.

¹⁷ *Ibid*, Appendix, para 20.

¹⁸ MARTIN-ORTEGA, O. and METHVEN O'BRIEN, C., (eds.), *Public Procurement and Human Rights: Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*, Cheltenham: Edward Elgar, 2019.

¹⁹ Regulation (EU) 2017/821 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas, OJ L 130/1, 19 May 2017; Regulation (EU) 2023/1542 concerning batteries and waste batteries, amending Directive 2008/98/EC and Regulation (EU) 2019/1020 and repealing Directive 2006/66/EC (Art. 85) OJ L 191, 28 July 2023; Regulation (EU) 2023/1115 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on the making available on the Union market and the export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing Regulation (EU) No. 995/2010 (Art. 25) OJ L 150, 9 June 2023.

The main purpose of this proposal, it has been indicated, is to anchor companies' due diligence in a binding set of legal norms with a view to ensuring or increasing access to legal enforcement of the norms by linking a breach of the due diligence obligation both to public sanctions (Article 20) and civil liability in the area of human rights and climate (Article 22).²⁰

Yet the EC's advanced legislative proposal would significantly limit the scope and content of companies' due diligence as compared to the process foreseen by the UNGPs and OECD Guidelines for MNEs.²¹ This is because, under the latter, the focus is on companies' legally-based but non-statutory responsibility to perform due diligence as a process, rather than the articulation of an obligation of result. In other words, due diligence is a responsibility to investigate and deal with risks of adversely affecting human rights, rather than a responsibility to avoid any violation of human rights.²²

However, in the EC's proposed Directive, the price for this legalisation of due diligence, which is supposed to strengthen rights has been, among other things, a limitation partly of the rights to be protected, and partly of the circle of companies that are obliged to exercise due diligence.²³ The Commission's proposal has therefore given rise to

²⁰ METHVEN O'BRIEN, C., and MARTIN-ORTEGA, O., *In-Depth Analysis 30-05-22 Commission proposal on corporate sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective*, Brussels: European Parliament Think Tank, 2022 available at: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_IDA\(2022\)702560](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_IDA(2022)702560).

²¹ EUROPEAN COMMISSION Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM/2022/71 final), 23 February 2022.

²² METHVEN O'BRIEN, C. and DHANARAJAN, S., "The corporate responsibility to respect human rights: a status review", *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 29(4), 2016, pp. 542-567; RUGGIE, J.G. AND SHERMAN, J., "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale", *European Journal of International Law*, 28 (3), pp. 921-928, (2017). Cf. CASSEL, D., "Outlining the Case for a Common Law Duty of Care of Business to Exercise Human Rights Due Diligence", *Business and Human Rights Journal* 1(2), 2016, pp.179-202.

²³ METHVEN O'BRIEN, C., and MARTIN-ORTEGA, O., *In-Depth Analysis 30-05-22 Commission proposal on corporate sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective*, Brussels: European Parliament Think Tank, 2022 available at: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_IDA\(2022\)702560](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_IDA(2022)702560).

considerable debate,²⁴ and both the Presidency of the EU and the European Parliament have taken steps to amend the proposed Directive.²⁵

This article considers two main aspects of the proposed EU CSDD Directive, namely the delimitation of the rights that are sought to be protected, and the delimitation of the due diligence that is sought to be carried out. We start from the European Commission's draft, as it remains the main focal point of the debate, but we briefly touch on the European Parliament's amendment proposal adopted on 1 June 2023. The aim is to identify the main challenges, not to solve them.

II. HUMAN RIGHTS AND DUTIES

1 Rights and obligations

When the purpose is to protect human rights, it is essential to protect all human rights for the sake of the coherence of international human rights law. The concept of human rights has gradually acquired a content that, in many contexts, makes it possible to identify which concrete content a right has, and which concrete behaviour a state must therefore undertake or refrain from.

²⁴ METHVEN O'BRIEN, C. and HARTMANN, J., "The European Commission's proposal for a directive on corporate sustainability due diligence: two paradoxes", *European Journal of International Law*. <https://www.ejiltalk.org/the-european-commissions-proposal-for-a-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence-two-paradoxes/> (19 May 2022); PATZ, C., "The EU's Draft Corporate Sustainability Due Diligence Directive: A First Assessment", *Business and Human Rights Journal*, 7(2), 2022, pp. 291-297.

²⁵ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Proposal for a Directive of the European parliament and Of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 - General Approach, 30 November 2022, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/en/pdf>; European Council, Council adopts position on due diligence rules for large companies, 1 December 2022, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/01/council-adopts-position-on-due-diligence-rules-for-large-companies/>; EUROPEAN PARLIAMENT, Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, A9-0184/2023, available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0184_EN.html; and Amendments(1) adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html.

In our view, this is not least due to the development of jurisprudence from the European Court of Justice²⁶ and the European Court of Human Rights,²⁷ but also national constitutions and legislation.²⁸ This is also due to international conventions with a more or less well-known and recognised content. But it must still be acknowledged that in many practical contexts a precise answer cannot be given as to which rights a person is entitled to have respected. This is due, among other things, to the fact that the protection of rights is context-dependent, because as part of a proportionality assessment balancing of opposing considerations must be carried out to determine whether a protected interest has impact in the face of opposing considerations.²⁹ And not least, this balancing must be done with respect for the democratic legitimacy of sovereign states and the practical, economic and procedural leeway particularly where considerations of proportionality are involved.³⁰ For these and several other reasons, human rights are characterised by significant complexity, which only increases when the context changes from the national duties of the state to the global duties of companies.

It is in this concretisation of the scope of the states' obligation that the rights of citizens arise with concrete meaning. It is in the movement from the abstract to the concrete that the rights gain practical significance. It is absolutely central to human rights that the states are subject to duty, so that citizens' rights can be enforced against the states and remediated where harms occur. Where one citizen's human rights abut another's, their

²⁶ WOUTERS, J., and OVÁDEK, M., *The European Union and Human Rights: Analysis, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press, 2021.

²⁷ CHRISTOFFERSEN, J. and RASK MADSEN, M. (eds.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford: Oxford University Press, 2011; HARRIS, D., O'BOYLE, M., BATES, E., and BUCKLEY, C.M., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights* (5th Edition), Oxford: Oxford University Press, 2023; VAN DIJK, P., VAN HOOFF, F., VAN RIJN, A., AND ZWAAK L., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (5th edition), Cambridge: Intersentia, 2018.

²⁸ KELLER, H. AND STONE SWEET, A., "Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems" in KELLER, H. and STONE SWEET, A. (eds.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: Oxford University Press, 2008; AUST, H.P. and NOLTE G., (eds.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

²⁹ YUTAKA, A.-T., "Proportionality", in SHELTON, D. (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

³⁰ METHVEN O'BRIEN, C., "The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal," *Business and Human Rights Journal*, 3(1), 2018, pp.47-73.

mediation proceeds via the state's monopoly of power. It is the state that, if necessary, must protect one citizen against the other, for example, by separating protesters or by keeping businesses from indigenous peoples' natural resources.³¹

With the proposed EU directive, however, companies become subjects of a duty, as they must not violate people's human rights. It is a fundamental change that calls for thorough consideration of the extent to which companies can have a concrete and practical duty to protect the rights of every citizen with whom they may come into contact. It does not seem obvious that the proposal for a Directive is based on further consideration of the difference in the subjectivity of the duties of states and companies.

How far it has progressed in thinking can be illustrated by the European Parliament's amendment no. 352 on the right of indigenous peoples to self-determination³². Since the right to self-determination is linked to the formation of a state, companies may have challenges in ensuring enjoyment of this right. Indigenous people's rights to land and inclusion may be central considerations, for instance, in projects concerning natural resources, but directly holding a company responsible for their lack of self-determination is, formally, a significant step to take.

The last 75 years of work to develop human rights protection in Europe should have fostered a certain scepticism towards the idea of suddenly adopting a directive that elevates social norms into a legal context and that replaces the state with companies as a subject of duty.³³ The most significant challenge in introducing a protection of human

³¹ IACHR, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System* (30 December 2009) OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09 ; IDEMUDIA, U., TUOKUU, F.X.D. and ESSAH, M., "The extractive industry and human rights in Africa: Lessons from the past and future directions", *Resources Policy* 78, September 2022.

³² Amendments (1) adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html, supra.

³³ MADSEN, M.R., "From Boom to Backlash? The European Court of Human Rights and the Transformation of Europe," in AUST, H. and ESRA, D., (eds.), *The European Court of Human Rights: Current Challenges in Historical and Comparative Perspective*, Cheltenham: Edward Elgar, 2021.

rights after the Second World War was the absence of a definition of human rights,³⁴ but that challenge was resolved by establishing institutions that could give content to the rights, namely the Commission and the Court of Justice in Strasbourg.³⁵ A similar solution does not exist for companies, because neither a global nor regional rights institution with relevant jurisdiction has been established³⁶ and cannot be imagined to be established.³⁷

2 Violations and impacts

The European Commission has therefore used the option of establishing a concept of "negative impact on human rights," which is well known from the UN's Guiding Principles. It is this concept that is central to companies' due diligence (Articles 4-9), liability for damages (Article 22) and other governmental enforcement (Articles 17-20).

In Article 3 (c), the Commission defines "negative impact on human rights" as follows:

"...an adverse impact on protected persons as a result of the violation of one of the rights or one of the prohibitions listed in the Annex, Part I, Section 1, as set out in the international conventions listed in the Annex, Part I, section 2."

The European Parliament has not proposed any change on this point. A negative impact thus presupposes a violation of a right "enshrined" in various conventions. It makes good sense after a superficial consideration: if companies are to be held responsible for infringements, there must be infringements. But it challenges the distinction between

³⁴ See also SIMPSON, A. W. B., *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

³⁵ See, for example, CHRISTOFFERSEN, J., *Fair balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden: Brill, 2009, s. 7ff.

³⁶ METHVEN O'BRIEN, C., "Business and human rights and regional systems of human rights protection: applying a governance lens", in MARX, A. WOUTERS, J. and VAN CALSTER, G., (eds.), *Research Handbook on Global Governance and Business and Human Rights*, Cheltenham: Edward Elgar, 2022, pp. 44-74; METHVEN O'BRIEN, C., "Transcending the Binary: Linking Hard and Soft Law Through a UNGPS-Based Framework Convention", *American Journal of International Law Unbound* 114, 2020, 186-191.

³⁷ Cf. BILCHITZ, D., "Corporate Obligations and a Treaty on Business and Human Rights: A Constitutional Law Model?", in DEVA, S. and BILCHITZ, D. (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, pp. 185-215; NOWAK, M., *A World Court of Human Rights*, in OBERLEITNER, G. (ed.), *International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts*, Springer, 2018.

interference with and violation of rights. According to quite a few provisions, an assessment is first made as to whether a right has been encroached upon, and then it is assessed whether the encroachment constitutes an infringement. The question is therefore whether companies must refrain from any intervention, or whether companies can influence rights in an intrusive way without infringing a right. The point with the breadth of the non-binding norms, according to which companies must avoid any negative impact on rights, is precisely to spread a wide net, but without obligating companies (see for instance paragraph 3 on the due diligence obligation).

The point of the non-binding norms is that companies' (social, non-legal) responsibility goes further than avoiding infringement in a narrow, legal sense. A company should ensure workers' right to strike, even if strictly speaking there is as yet no right to strike in international human rights law. When the company's duty now presupposes a legally recognized right to strike, and when this right does not exist, the companies also have no duty to ensure any employee's right to strike. This does not mean that the employees lose a protected right, because they do not have it, but remedial one means that the companies can reject the employees' right to strike on the grounds that the employees do not have a legally anchored right to strike because they do not have a legally guaranteed right. This can weaken the employees' situation, as they may be forced into an argument as to why they want to invoke a right that is not legally anchored.

While the proposal might potentially survive such a challenge if it only arose in relation to the right to strike, the problem in our assessment is a general one: what legally binding human rights do people actually have vis-à-vis companies? The answer is roughly none. Human rights, as observed initially, are centered on the duties of states, as individuals' rights are derived from the duties of states. It is (usually) not the other way around. It is (normally) not the case that just because the individual has a specific right, the state has a specific duty. The exception is absolute rights, which do not play the most significant role in scenarios concerning corporate liability. Similarly, if one asks which rights can be derived from the duties of companies, the answer is none. According to international human rights law, people do not have rights vis-à-vis legal or natural persons. People may have positive obligations towards states for protection against abuse by legal or natural

persons.³⁸ It is a consequence of the state's monopoly of power that the state must protect individuals from each other.

3 A hierarchy of rights

In addition, the Commission has delimited the rights by referring in Appendix 1 to 27 vaguely worded rights in various conventions such as (no. 1), "violation of the population's right to dispose of the earth's natural resources and not to be deprived of the means of subsistence in accordance with Article 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights," a formulation and a right that is not immediately recognisable in terms of human rights law.

The same applies according to Part 1 as regards "violation of internationally recognized goals and prohibitions in environmental conventions." Even if the Directive aims to promote sustainable development, and thus has a different aim than protecting human rights, the companies' concrete obligation in human rights areas is linked to rights, not to fluid principles of sustainability.³⁹

However, the due diligence obligation does not only apply in relation to the 27 listed rights, but also to a number of conventions listed in Part 2, since it is stated in Annex 1, Part 1, point 21:

"Violation of a prohibition or a right that is not covered by points 1-20 above, but is included in the human rights agreements listed in section 2 of this part, and which directly damages a legal interest protected in these agreements, provided that the undertaking concerned could reasonably have determined the risk of such deterioration and any appropriate measures to be taken to meet the obligations referred to in Article 4 of this

³⁸ METHVEN O'BRIEN, C., "The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal", *Business and Human Rights Journal*, 3(1), pp.47-73; STOYANOVA, V., "Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights", *Leiden Journal of International Law*, 33(3), 2020, pp.601-620; STOYANOVA, V., "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries", Oxford: Oxford University Press, 2023.

³⁹ METHVEN O'BRIEN, C. and HARTMANN, J., "The European Commission's proposal for a directive on corporate sustainability due diligence: two paradoxes", *European Journal of International Law*, 2020, available at <https://www.ejiltalk.org/the-european-commissions-proposal-for-a-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence-two-paradoxes/>.

Directive, taking into account all relevant circumstances relating to its activities, such as the sector and the operational context.”

In addition to containing a shift from "violation" to "direct damage to a legal interest"/"impairment," which does not correspond to known legal terminology,⁴⁰ the Commission makes a selection of the rights conventions to be protected, which undermines the principles that human rights, as well as being universal, are interdependent and indivisible, hence with equal importance for the individual. Furthermore, the Commission's proposal requires companies to prevent (Article 7) and interrupt (Article 8) negative impacts "resulting from the violation of the rights or prohibitions enumerated" in the annex, which illustrates the concept's central position in the proposal.

The European Parliament has proposed that the provision be shortened so that no reference is made to "violation of" a prohibition or a right, and that the suffix starting with "... and which directly damages a legal interest..." be replaced with, "where there is a foreseeable risk that a prohibition or a right may be affected," which on the one hand will ease the challenge of "infringement" against "influence," but no change to the definition in Article 1 has been adopted.

4 Practical or theoretical significance

The conceptual development of the Commission's proposal does not only concern a question of theoretical importance regarding legal clarity and consistency, as the proposal challenges the cohesion and concrete applicability of human rights laws for Europe's people. Human rights are important for specific people who live in a specific place at a specific time. The individual therefore needs the applicable rights to be given concrete meaning, which in a world of states with a monopoly of power requires state enforcement. Private citizens neither can nor must enforce their own rights, and private companies must not take over the role of the state. Only states can violate treaty-based rights, and if a private company has "violated" a citizen's rights, for example, by discriminating against

⁴⁰ See further, SPIESSHOFER, B. "Supply Chain Due Diligence Law in Germany," Chapter 7 in CATÁ BACKER, L. and METHVEN O'BRIEN, C. (eds.), *Human Rights Due Diligence: Emerging Legal Norms and Standards*, Oxford: Routledge, 2024 (forthcoming).

an employee, it requires a legal suspension to secure the individual's rights vis-à-vis the company.

In a global context, the condition of infringed rights takes on the meaning that a European company can infringe, for instance, the Gambian rights of a Gambian citizen with the effect that a European court in a compensation case must make a legal assessment of whether the European company has violated rights that only the state of The Gambia, in contrast to the individual and the company, is bound to respect.

It even follows from the proposed Directive's article 22, paragraph 5, that the responsibility according to the Directive must "find overall prescriptive application" vis-à-vis the legislation of a non-member state. While this may seem to resemble any other case of the application of foreign law that private international law allows for in different contexts, the subjectivity of duty makes the difference, just as it will be inherently more sensitive to interpret the applicability of human rights in a foreign context.⁴¹ It will also be more complex to interpret in a foreign context, as human rights apply with variations over time and place. This is the core of the principle of subsidiarity, which is deeply rooted in human rights.⁴²

5 Summary

The Commission's proposal implies an destabilizing, and even perhaps undermining, of the human rights law that Europe has spent 75 years building with the goal to ensure an internal coherence that respects the particular circumstances of individual countries and democratic decision-making processes and priorities. One must be careful in challenging that effort, not least in a context where private actors are made primarily responsible for

⁴¹ LICHUMA, C., "Centering Europe and Othering the Rest: Corporate Due Diligence Laws and Their Impacts on the Global South," *Völkerrechtsblog*, 16 January 2023; LICHUMA, C., "(Laws) Made in the 'First World': A TWAAIL Critique of the Use of Domestic Legislation to Extraterritorially Regulate Global Value Chains," *ZaöRV: Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 81 (2), 2021, pp.497-532.

⁴² NEUMAN, G. L., "Subsidiarity", in SHELTON, D. (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013; CAROZZA, P., "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law", *American Journal of International Law*, 97(1), 2003, pp.38-79.; BARBER, N. W. and EKINS, R., "Situating Subsidiarity", *The American Journal of Jurisprudence*, 61(1), 2016, pp.5-12; BESSON, S., "Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?" *The American Journal of Jurisprudence*, 61(1), 2016, pp.69-107.

the protection of rights on the basis of an unclear concept that aims to create clarity in order to increase law enforcement, but which in practice must be expected to reduce companies' incentive to respect individuals' interests and rights. The directive as outlined therefore risks missing the mark.

III. DUE DILIGENCE

1 Due diligence according to the UN's Guiding Principles

The concept of due diligence is the central focal point for companies' non-binding responsibility not to affect human rights negatively. Human rights due diligence is a process by which companies operationalise their work to promote and respect human rights. It is not a performance obligation, as companies can have a negative impact on human rights, even if the due diligence obligation is complied with.

This is due, amongst other things, to the fact that companies are entitled to prioritize their efforts to avoid negative impacts (UNGP 24). This is based on a recognition that a company cannot be perfect and that it is better that companies are encouraged to do something than meet them with unrealistic demands for perfection. In other words, the great must not be the enemy of the good.⁴³

The UN Guiding Principles make non-binding requirements that companies must implement a process containing various steps to promote and respect human rights: businesses should adopt a policy to respect human rights (GP 15); businesses should assess the risk of current and potential impacts on human rights; businesses should take steps to address the identified impacts; businesses should assess the impact of efforts to avoid and minimize impacts; businesses should be open and communicate their process and its effect (GP 17-20); finally, businesses should provide victims with access to effective remedies and remedy violations (GP 22).

The obligation to exercise due diligence is broad and includes any negative impact on human rights that a company may cause or contribute to causing through its own activities

⁴³ RUGGIE, J.G. and SHERMAN, J.F., "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Reply to Professors Bonnitcha and McCorquodale", *European Journal of International Law*, 28(3), pp. 921–928, 2017.

or through activities that are connected to the company's own activities or that can be directly linked to the activities of business associates, products or services (GP 17). The purpose of the very broad focus is to encourage companies to seek to influence the behaviour of their business associates, and due diligence is therefore not limited to companies' supply chains.⁴⁴

However, the broad obligation must not impose disproportionate burdens on companies. Companies can therefore adapt the extent of due diligence to the nature and context of the company in light of conditions such as the company's size, industry and character as well as the nature and seriousness of the negative impacts (GP 14). As mentioned, companies can prioritize efforts and focus on the most serious situations first (GP 24). It is essential that this is not a one-off exercise, but a continuous effort that should include dialogue with stakeholders.

The crucial thing is to consider the UNGP as a practical tool to increase companies' efforts to promote and respect human rights without imposing concrete obligations on companies to achieve certain results. Even though they are distinct concepts this aligns with the approach taken to due diligence duties for states under the ECHR, where resource considerations are weighed in the balance in assessing the content of states' positive obligations.⁴⁵

2 Due diligence according to the EC's proposed Directive

When it is considered that the UNGPs as a practical tool should not lead to specific results, it can be foreseen that, as a process obligation, this could be legalised without major challenges, so that all companies were obliged to carry out reasonable due diligence. However, the EC's proposal treads new paths. The Commission wants to introduce performance obligations, so that companies can be held legally responsible if, despite

⁴⁴ See Swedwatch, SOMO, ECCHR, OECD Watch and ECCJ, A little downstream goes a long way: How downstream due diligence can prevent and mitigate harm, 11 April 2023, <https://corporatejustice.org/publications/a-little-downstream-goes-a-long-way-how-downstream-due-diligence-can-prevent-and-mitigate-harm/>

⁴⁵ STOYANOVA, V., "Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights", *Leiden Journal of International Law* 33, 2020, pp. 601–620.

completed but insufficient investigations and processes, they end up infringing the rights of individuals (to the extent that this makes sense conceptually, cf. above). The European Parliament has adopted proposals for a tightening, so that it is made clear that companies must take appropriate measures to prevent (or if prevention is not possible or has failed) to counter negative impacts.

A legalisation of the non-binding due diligence obligation does not necessarily have to take place without changes, but it is, on the other hand, essential to ensure the adoption of a legal obligation that can be appropriately implemented by companies and thereby ensure increased respect for human rights. However, the Commission's proposed directive goes both too far and not far enough, and in a way that can be expected to be counterproductive in relation to the goal of increased rights protection: the EC's proposal is too narrow in terms of the companies and rights it applies to, but too broad in its requirement for due diligence results.⁴⁶

The UNGPs presuppose a highly varied due diligence process, whereas the EC, like the German Supply Chain Act,⁴⁷ sets out a series of concrete duties, the practical effect of which must be considered questionable. According to Article 8, the duties include:

- (a) neutralising the negative impacts or minimizing their extent, including by paying compensation
- (b) development and implementation of a corrective action plan with deadlines and quantitative indicators for measuring improvements
- (c) obtaining contractual guarantees from a direct partner in an established business relationship
- (d) making investments

⁴⁶ SAVOUREY, E., and BRABANT, S., "The French Law on the Duty of Vigilance: Theoretical and Practical Challenges Since its Adoption," *Business and Human Rights Journal* 6(1), 2021, pp.141-152.

⁴⁷ DEUTSCHER BUNDESTAG, [Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten](#) (German Supply Chain Due Diligence Act), 2021.

(e) provision of aid to an SME with which there is an established business relationship if the viability of the SME is at risk

(f) increasing the company's ability to bring the negative impacts to an end, particularly if no other measures are appropriate or effective.

The vague and indefinite nature of the obligation illustrates why it is difficult to achieve such clarity that a legal liability can be attached to the failure to comply with the duties. The Commission has thus attached qualifying reservations to the various duties (such as “appropriate”, “reasonable”, “relevant”, “if necessary”) which underlines the undefined nature of the legal duties and the long road to the goal of achieving clarity for the purposes of legal sanctions.⁴⁸

The unclear nature of the duties may be among the reasons why the Commission's proposal does not cover all companies but is limited to certain companies based on size and presumed risk of serious, negative impacts,⁴⁹ just as the lack of clarity may lie behind the desire to give companies access to limit their liability by contract (see Article 8(3)(c).

On the one hand, the Commission's proposal tightens companies' duties (compared to the UNGPs) by specifying legal duties, but on the other hand these legal duties are, compared to the UNGPs, weakened by various restrictions. In a world where companies and many lawyers are fundamentally sceptical of assuming legal responsibility for breach of unclear duties, it can be questioned how likely it is the Commission's proposal will lead to the desired strengthening of human rights protection.

⁴⁸ METHVEN O'BRIEN, C., and MARTIN-ORTEGA, O., *In-Depth Analysis 30-05-22 Commission proposal on corporate sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective*, Brussels: European Parliament Think Tank, 2022 available at: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_IDA\(2022\)702560](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_IDA(2022)702560).

⁴⁹ This is problematic given the human rights impacts, for instance, of the financial sector: UNITED NATIONS WORKING GROUP ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS, Financial Sector and the European Union Corporate Sustainability Due Diligence Directive Statement by the United Nations Working Group on Business and Human Rights 12 July 2023, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/workinggroupbusiness/Statement-Financial-Sector-WG-business-12July2023.pdf>.

IV. CONCLUSION

In our view, it almost goes without saying that it is not possible simply to adopt clear rules about how companies must fulfil their 'responsibility' in the area of human rights or the climate. The numerous and detailed rules that apply at the national level in EU Member States only on the protection of people against discrimination on the labour market can illustrate how far there is a categorical consensus about a sensible legal anchoring for human rights protection.

The Achilles heel of the EC's proposed Directive appears to be its desire for an unattainable clarity. The strength of the UNGPs' non-binding norms is their ambiguity, as the concept of "negative impact" is soft and fluid, thus leaving it to companies and other stakeholders to contest the determination of such impacts, even knowing that zero impact may not be achievable. Sanctions in the form of criticism and pressure from consumers, social, political and financial entities and other companies have at least in some situations proven to be an effective means of pressuring companies. In this connection, the lack of clarity has the function of forming a basis for a broad criticism – even without a legal one. On the other hand, the Directive may jeopardise the normative coherence of European human rights law and likely presents challenges for European and national human rights courts, as well as companies, lawyers and other actors, that are yet to be countenanced.

Bibliography

- ARAI-TAKAHASHI, Y., 'Proportionality', in DINAH S. (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (2013; online edn, Oxford Academic, 16 Dec. 2013).
- AUST, H.P. and NOLTE, G. (ed.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence* (2016 OUP).
- BARBER, N. W. and EKINS, R. 'Situating Subsidiarity', *The American Journal of Jurisprudence*, Volume 61, Issue 1, June 2016, Pages 5–12.
- BESSON, S. 'Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?', *The American Journal of Jurisprudence*, Volume 61, Issue 1, June 2016, Pages 69–107.
- CAROZZA, P. (2003) 'Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law'. *American Journal of International Law*, 97(1), 38-79. doi:10.2307/3087103;

- CASSEL, D. (2016) 'Outlining the Case for a Common Law Duty of Care of Business to Exercise Human Rights Due Diligence. *Business and Human Rights Journal*' 1(2), 179-202. doi:10.1017/bhj.2016.15
- CHRISTOFFERSEN, Jonas and MADSEN M.R. (eds), *The European Court of Human Rights between Law and Politics* (Oxford University Press, Oxford, 2011).
- BILCHITZ, D. (2017) 'Corporate Obligations and a Treaty on Business and Human Rights: A Constitutional Law Model?' In DEVA, S. & BILCHITZ, D. (Eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours* (pp. 185-215). Cambridge: Cambridge University Press.
- CHRISTOFFERSEN, J *Fair balance. A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights* (Brill 2009).
- HARRIS, O'Boyle, and Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights* (Fifth Edition, David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, and Carla M. Buckley, OUP 2023).
- JOSEPH, S. *Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights*. *Neth Int Law Rev* 46, 171–203 (1999).
- KELLER, Helen and Alec Stone Sweet, *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems in Helen Keller and Alec Stone Sweet* (eds) *A Europe of Rights The Impact of the ECHR on National Legal Systems* OUP 2008.
- LICHUMA, Caroline, *Centering Europe and Othering the Rest: Corporate Due Diligence Laws and Their Impacts on the Global South*, *Völkerrechtsblog*, 16.01.2023; id, (Laws) *Made in the 'First World': A TWAIL Critique of the Use of Domestic Legislation to Extraterritorially Regulate Global Value Chains*, 2021 *ZaöRV: Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 81 (2), 497-532.
- MADSEN, Mikael Rask *From Boom to Backlash? The European Court of Human Rights and the Transformation of Europe*. / *The European Court of Human Rights: Current Challenges in Historical and Comparative Perspective*. red. / Helmut Aust; Demir Esra. Edward Elgar Publishing, 2021
- MARTIN-ORTEGA, O and METHVEN O'BRIEN, C (2017), 'Advancing Respect for Labour Rights Globally through Public Procurement' *Politics and Governance*, 5(4), 69-79.
- MARTIN-ORTEGA, O and C Methven O'Brien (eds) (2019) *Public Procurement and Human Rights: Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer* (Cheltenham, UK: Edward Elgar).
- METHVEN O'BRIEN, C (2022): *A Defining Moment for the UN Business and Human Rights Treaty Process*. In: *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*. Online unter: <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0301-20221026-110229-0-1>.
- METHVEN O'BRIEN, C. (2022). *Business and human rights and regional systems of human rights protection: applying a governance lens*. In A. Marx, J. Wouters, & G. Van Calster (Eds.), *Research Handbook on Global Governance and Business and Human Rights* (pp. 44-74). (Research Handbooks on Globalisation and the Law series). Edward Elgar Publishing
- METHVEN O'BRIEN, C. (2021). *Business and human rights in Europe 2011-2021: A decade in review*. In P. Czech, L. Heschl, K. Lukas, M. Nowak, & G. Oberleitner (Eds.), *European Yearbook of Human Rights 2021* (1 ed.). Intersentia. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3890632
- METHVEN O'BRIEN, *Business and Human Rights: A Handbook for Legal Practitioners* (Council of Europe 2018).
- METHVEN O'BRIEN, C. (2018). *The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal*. *Business and Human Rights Journal*, 3(1), 47-73
- METHVEN O'BRIEN C and DHANARAJAN S, "[The corporate responsibility to respect human rights: A status review](#)", *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, Volume 29, Issue 4 (2016), 542-567.

- METHVEN O'BRIEN, C., & MARTIN-ORTEGA, O. (2019). Public procurement and human rights: interrogating the role of the state as buyer. In O. Martin-Ortega, & C. Methven O'Brien (Eds.), *Public procurement and human rights: Opportunities, risks and dilemmas for the state as buyer* (pp. 2-21). (Corporations, Globalisation and the Law series). Edward Elgar Publishing.
- METHVEN O'BRIEN C and MARTIN-ORTEGA O (2019), 'Public procurement and human rights: Discretion, divergence, paradox' in S Bogojevic, X Groussot and J Hettne (eds), *Discretion in EU Procurement Law* (Oxford, Hart).
- METHVEN O'BRIEN, C and MARTIN-ORTEGA, O. (2020), 'Human rights and public procurement of goods and services' in S Deva and D Birchall (eds), *Research Handbook on Human Rights and Business*, (Cheltenham, Edward Elgar), 245-267.
- METHVEN O'BRIEN, C., & Martin-Ortega, O. (2022). *Commission proposal on corporate sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective*. European Union, available at [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_IDA\(2022\)702560](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_IDA(2022)702560).
- METHVEN O'BRIEN, C., & BOTTA, G. (2023). The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An updated status review (2022). In J. L. da Silva Almeida (Ed.), *Responsabilidade Social Corporativa e Governança Socioambiental: Greenwashing e Direitos Humanos* (pp. 1-42). Lumen Iuris, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4179257.
- METHVEN O'BRIEN, C., & HARTMANN, J. (2022, May 19). The European Commission's proposal for a directive on corporate sustainability due diligence: two paradoxes. *European Journal of International Law*. <https://www.ejiltalk.org/the-european-commissions-proposal-for-a-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence-two-paradoxes/>
- METHVEN O'BRIEN C and G Holly, "[Human rights due diligence laws: Key considerations. Briefing on Civil Liability for Due Diligence Failures](#)" (October 2021, DIHR).
- METHVEN O'BRIEN C and NELSON OLOGAHDIE, 'Climate Change Mitigation, Investment and Human Rights: The Emerging Legal and Policy Framework?' in B. Martinez Romera, L. Nordlander and A. Monti (eds), *Human Rights and Investment Law for Climate Change: Trends and Prospects* (Edward Elgar, in press), available at: <https://discovery.dundee.ac.uk/en/publications/human-rights-in-the-context-of-climate-change-emerging-investment>).
- METHVEN O'BRIEN, C., & WEATHERBURN, A. (2023). *Commission Proposal for a Regulation on prohibiting products made with forced labour on the Union market: The issue of remedies*. European Parliament, available at [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_BRI\(2023\)702583](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_BRI(2023)702583).
- MUCHLINSKI, Peter T. "Human Rights and Multinationals: Is There a Problem?" *International Affairs* (Royal Institute of International Affairs 1944-), vol. 77, no. 1, 2001, pp. 31-47. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/2626552>. Accessed 1 Sept. 2023, pp31-32
- NEUMAN, Gerald L., ' Subsidiarity', in Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (2013; online edn, Oxford Academic, 16 Dec. 2013)
- NOWAK, M. A World Court of Human Rights, in G Oberleitner (ed) *International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts* (2018. Springer).
- PATZ, C. (2022). The EU's Draft Corporate Sustainability Due Diligence Directive: A First Assessment. *Business and Human Rights Journal*, 7(2), 291-297. doi:10.1017/bhj.2022.19
- RUGGIE, J.G., Sherman, J., (2017), "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale", *European Journal of International Law*, Vol. 28, No.3 pp. 921-928, <https://doi.org/10.1093/ejil/chx047>.,

- SAVOUREY, E., & BRABANT, S. (2021). The French Law on the Duty of Vigilance: Theoretical and Practical Challenges Since its Adoption. *Business and Human Rights Journal*, 6(1), 141-152.
- SIMPSON, A. W Brian, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention* (Oxford, 2004; online edn, Oxford Academic, 1 Jan. 2010).
- SPIESSHOFER, B. Supply Chain Due Diligence Law in Germany, Chapter 7 in L Cata Backer and C Methven O'Brien (eds) *Human Rights Due Diligence: Emerging Legal Norms and Standards* (Routledge, forthcoming).
- STOYANOVA, V. (2020). Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights. *Leiden Journal of International Law*, 33(3), 601-620.
- STOYANOVA, Vladislava, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries (June 26, 2022). Forthcoming, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries* (Oxford University Press, 2023), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4146695>.
- UWAFIOKUN, Idemudia Francis Xavier D. Tuokuu, Marcellinus Essah, The extractive industry and human rights in Africa: Lessons from the past and future directions, *Resources Policy* Volume 78, September 2022, 102838.
- VAN DIJK, Pieter, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5th edition, 2018, Intersentia.
- WOUTERS, Jan, and Michal Ovádek, *The European Union and Human Rights: Analysis, Cases, and Materials* (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 22 July 2021).

OTHER SOURCES:

- Bundestag 2021, German 'Act on Corporate Due Diligence to Prevent Human Rights Violations in Supply Chains (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz)'.
- Council of Europe (2016) Recommendation CM/Rec (2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business.
- Council of Europe, HELP Business and Human Rights (nd), <https://help.elearning.ext.coe.int/course/index.php?categoryid=228>.
- Council of the European Union, Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 - General Approach, 30 November 2022, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/en/pdf>.
- Council of the European Union, Council adopts position on due diligence rules for large companies, 1 December 2022, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/01/council-adopts-position-on-due-diligence-rules-for-large-companies/>.
- Council of the European Union (2022), Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 - General Approach, Interinstitutional File: 2022/0051(COD), 15024/1/22 REV 1, 30 November 2022.
- European Commission (EC 2011) Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market (COM/2011/0015 final).
- European Commission (EC 2011b) [A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility](#), COM(2011) 681 final.
- European Commission, Guidelines on Non-financial Reporting (Methodology for Reporting Non-financial Information), C(2017) 4234 final 05.07.2017.

- European Commission Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, (2018) Supporting study for the Review of the Construction Products Regulation: Impact Assessment Final Report (Brussels, EC).
- European Commission (EC 2019a) Communication on the European Green Deal (COM(2019) 640 final).
- European Commission, The European Green Deal, COM(2019) 640 final 11.12.2019.
- European Commission and EU External Action Service (2021), Guidance on Due Diligence for EU Businesses to Address the Risk of Forced Labour in their Operations and Supply Chain.
- European Commission (EC 2022) Commission work programme 2023 A Union standing firm and united (COM(2022) 548 final).
- European Commission (EC 2022), [Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive \(EU\) 2019/1937](#), COM/2022/71 final, 23 February 2022, Council of the European Union, 2022.
- European Parliament (2022), Batteries: deal on new EU rules for design, production and waste treatment, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20221205IPR60614/batteries-deal-on-new-eu-rules-for-design-production-and-waste-treatment>.
- European Parliament, Corporate Sustainability Due Diligence At a Glance, 25 May 2023, available at [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA\(2023\)747901](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA(2023)747901).
- European Parliament, REPORT on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, A9-0184/2023, available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0184_EN.html; and Amendments(1) adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html
- European Union, [Regulation \(EU\) 2017/821 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas](#), OJ L 130/1, 19 May 2017
- European Union, Regulation (EU) 2023/1542 concerning batteries and waste batteries, amending Directive 2008/98/EC and Regulation (EU) 2019/1020 and repealing Directive 2006/66/EC (Art. 85) OJ L 191, 28 July 2023
- European Union, Regulation (EU) 2023/1115 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on the making available on the Union market and the export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing Regulation (EU) No 995/2010 (Art. 25) OJ L 150, 9 June 2023).
- French Republic, [Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre](#), n° 2017-399, 27 March 2017.
- IACHR, Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System (30 December 2009) OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09.
- Organization of Economic Co-operation and Development (2011), OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2011 Edition (Paris, OECD).
- Organization of Economic Co-operation and Development (2018), [OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct](#), (Paris, OECD).

Organization of Economic Co-operation and Development (nd), Responsible Business Conduct OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Due Diligence, <https://mneguidelines.oecd.org/duediligence/> (Paris, OECD).

Swedwatch, SOMO, ECCHR, OECD Watch and ECCJ, A little downstream goes a long way: How downstream due diligence can prevent and mitigate harm, 11 April 2023, <https://corporatejustice.org/publications/a-little-downstream-goes-a-long-way-how-downstream-due-diligence-can-prevent-and-mitigate-harm/>.

UNHRC, 'Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises: Protect, Respect, Remedy: A Framework for Business and Human Rights' (2008) UN Doc A/HRC/8/5.

UNHRC, 'Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises: Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework' (21 March 2011) UN Doc A/HRC/17/31, Annex, adopted by the UN Human Rights Council.

UNHRC, 'Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises' HRC Res. 17/4 17th session UN Doc A/HRC/RES/17/4 (6 July 2011, adopted 16 June 2011).

United Nations Working Group on Business and Human Rights, Financial Sector and the European Union Corporate Sustainability Due Diligence Directive Statement by the United Nations Working Group on Business and Human Rights 12 July 2023, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/workinggroupbusiness/Statement-Financial-Sector-WG-business-12July2023.pdf>.



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES
de
DERECHO

SECCIÓN AULA Y PRÁCTICA

VOL. 40 N.º 2

Número especial por la V Presidencia
española del Consejo de la Unión Europea





UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES
de
DERECHO

**EL IMPACTO EN LA FUNCIÓN REGISTRAL DEL
REGLAMENTO (UE) 2016/1103 SOBRE
REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES**

MARÍA DEL PILAR LÓPEZ GARCÍA-ROCHA

Abogada

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU



El impacto en la función registral del Reglamento (UE) 2016/1103 sobre regímenes económico matrimoniales***Resumen***

El Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, en vigor desde el 29 de enero de 2019, pese a excluir de su ámbito de aplicación derechos reales e inscripción en el Registro de la Propiedad, tiene un importante impacto en la función registral relativa a los regímenes económico matrimoniales, tal y como se intenta demostrar en este trabajo.

Palabras clave: *Reglamento, función registral, derechos reales, inscripción, regímenes económico matrimoniales*

The impact on the registry function of Regulation (EU) 2016/1103 on matrimonial property regimes***Abstract***

Council Regulation (EU) 2016/1103 June 24th, 2016 establishes enhanced cooperation in the field of jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of rulings on matrimonial property regimes came into force since January 29th, 2016. Despite excluding real rights and registration in the Property Registry from its scope of application, it has an important impact on the registry function related to marital economic regimes, as it is intended to demonstrate in this article.

Key words: *Regulation, registry function, real rights, registration, marital economic regimes*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: LA NO APLICACIÓN DEL REGLAMENTO A LAS MATERIAS DE DERECHOS REALES E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO PISTA FALSA. II. EL EFECTO DEL REGLAMENTO (UE) 2016/1103 SOBRE LA PREVISIBILIDAD DE LOS RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES DESDE LA ÓPTICA REGISTRAL. III. LA INSCRIPCIÓN DE LOS DOCUMENTOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO: EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL DEL REGISTRADOR.

I. PLANTEAMIENTO: LA NO APLICACIÓN DEL REGLAMENTO A LAS MATERIAS DE DERECHOS REALES E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO PISTA FALSA.

Tras la publicación del libro verde acerca de conflictos de leyes en materia de régimen económico matrimonial (2006), varios Estados miembros promovieron una cooperación reforzada en materia de régimen económico matrimonial que fue autorizada por la Decisión (UE) 2016/954 de 9 de junio de 2016 del Consejo.

El Reglamento 2016/1103 es fruto de esta iniciativa, en el marco del artículo 328, apartado 1, del TFUE, con relación a su artículo 81. Junto al mismo se aprobó el Reglamento (UE) 2016/1104 para regular los efectos patrimoniales de las uniones registradas y que por tanto no alcanza a las parejas o uniones de hecho, pues, según aclara, “el tratamiento dispensado a las formas de unión distintas del matrimonio difiere en las legislaciones de los distintos Estados miembros, por lo que debe establecerse una distinción entre las parejas cuya unión se halla institucionalmente sancionada mediante su registro ante una autoridad pública y las parejas vinculadas por uniones de hecho (considerando 16)”. El texto del Reglamento (UE) 2016/1104 es de un contenido virtualmente similar al del Reglamento sobre régimen económico matrimonial, en el que nos centramos en este artículo.

La fecha de entrada en vigor del Reglamento 2016/1103 es 29 de enero de 2019. Según las disposiciones transitorias (cfr. arts. 69 y 70): “El Reglamento solo será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 29 de enero de 2019, a reserva de lo dispuesto en los apartados 2 y 3. [...] Las disposiciones del capítulo III (ley aplicable) solo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial después del 29 de enero de 2019.”

El Reglamento 2016/1103 incide claramente sobre normas como el art. 9.2 y 3 del Código civil, pues su regulación prevalece sobre ellas y la sustituye —así lo declaran Resoluciones de la DGRN como la de 10 de mayo de 2017—, a diferencia de la normativa hipotecaria y civil sobre derechos reales inscribibles, a los que no podría afectar por constituir materia del estatuto de la propiedad inmobiliaria e impedirlo en último término el art. 345 TFUE, que establece que “los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”.

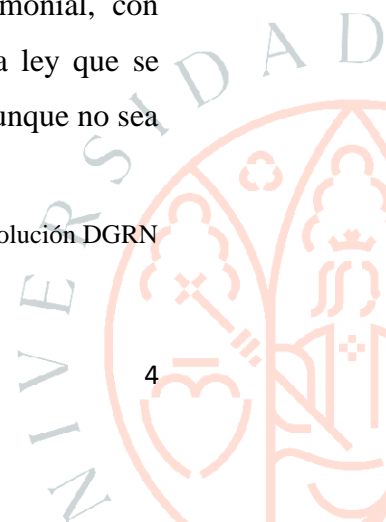
Es, por consiguiente, lógica, la determinación del art.1.2.g) y h) por la que quedan excluidas de su ámbito de aplicación tanto la naturaleza de los derechos reales patrimoniales como la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Es constante el reconocimiento de la competencia exclusiva de los Estados Miembros en materias de derechos reales e inscripción en el Registro de la Propiedad, y terminante en esta cuestión la doctrina del TJUE, como muestran las sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de noviembre de 2016 en el asunto C-417/15, caso Schmidt, respecto del Reglamento 2012/1215, ó la de 12 de octubre de 2017, en el asunto C-218/16, caso Kubicka, respecto del Reglamento 2012/650. En ambos casos, estos principios, las normas que definen su ámbito de aplicación y exclusiones de la ley aplicable, son similares a las de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104.

Ahora bien, sería una conclusión equivocada la de limitarnos a suponer que, merced a la exclusión del art. 1.2., queda desvinculada del Reglamento la función registral o que los registradores pueden permitirse ignorar sus disposiciones por ser ajenas a la materia sobre la que recae su actividad. Esto no es así porque varias de sus normas influyen en el ámbito de la calificación registral, incluso del procedimiento registral, y de manera decisiva.

Resulta esto así en primer lugar por las características o principios generales de la ley aplicable, que resumimos del modo siguiente: Unidad y no fraccionamiento: la ley aplicable se aplicará a todos los bienes incluidos en el régimen matrimonial, con independencia del lugar donde estén situados (art. 21).¹ Universalidad: la ley que se determine aplicable en virtud del presente Reglamento se aplicará incluso aunque no sea

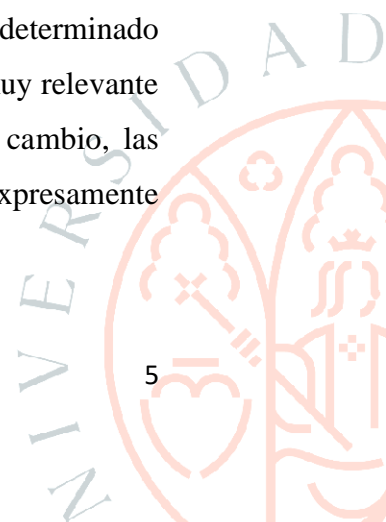
¹ Al respecto de la unidad de ley aplicable es interesante el criterio ya sustentado por la Resolución DGRN de 15 de junio de 2016 con ocasión de la aplicación del Reglamento de Sucesiones.



la de un Estado miembro, un tercer Estado no perteneciente a la Unión Europea (art. 20). Integridad, pues su ámbito comprende todos los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial. Dando una idea de la globalidad con que quiere afrontarse esta institución, el art. 3.1 incorpora una definición de régimen económico matrimonial a los efectos de este Reglamento como “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”; y es muy ilustrativo el Considerando 14 al explicar que el ámbito de aplicación del Reglamento y, por tanto, el objeto de la ley que se designe como aplicable, comprende íntegro el régimen económico matrimonial, es decir, “*todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales*, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges.” Dichos aspectos son relacionados exhaustivamente por el art. 27 del Reglamento.

En conclusión, la ley aplicable se extiende a todos los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial, al contenido íntegro de las relaciones patrimoniales propias del mismo. El art. 27 precisa: “La ley aplicable al régimen económico matrimonial con arreglo al presente Reglamento regulará, entre otras cosas: a) la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges en diferentes categorías durante la vigencia y después del matrimonio; b) la transferencia de bienes de una categoría a otra; c) la responsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones y deudas del otro cónyuge; d) las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o de ambos con respecto al patrimonio; e) la disolución del régimen económico matrimonial y el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio; f) los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero, y g) la validez material de las capitulaciones matrimoniales.”

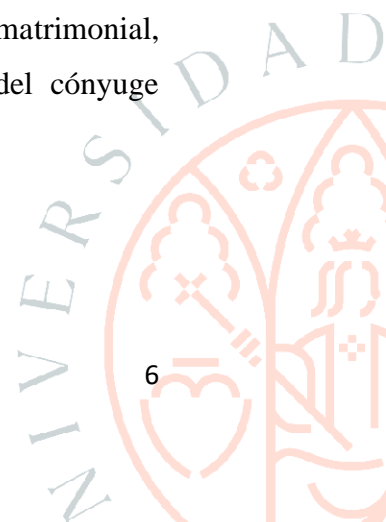
Así, por ejemplo, queda claro que el poder de disposición de los bienes es el determinado por la ley aplicable al régimen económico matrimonial (art. 27.d), asunto muy relevante para la calificación registral de los actos dispositivos (art. 18 L.H.). En cambio, las cuestiones relativas a la capacidad jurídica de los cónyuges quedan expresamente



excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento (art.1.2.a) y por consiguiente no se rigen por la que conforme a éste se determine como ley aplicable.

Por otro lado, brillan por su ausencia en el art. 27 las materias que por naturaleza corresponden a lo que denominamos *régimen económico matrimonial primario*—sin olvidar que los ordenamientos de otros Estados miembros y terceros Estados no conocen esta categoría— y, por lo que al Registro de la Propiedad respecta, es relevante que el Reglamento considere las normas para la protección de la vivienda familiar dentro del concepto de «leyes de policía» (cfr. considerando 53). Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

En el panorama de Derecho comparado vemos que a menudo la liquidación del régimen económico matrimonial viene ligada a la sucesión de alguno de los cónyuges, de modo que los derechos derivados de la liquidación de la sociedad conyugal concurren o se imbrican con los derechos sucesorios. En estos casos es imprescindible resolver cuál es a priori la ley aplicable, la ley rectora del régimen económico matrimonial o por el contrario la *lex successionis*. Insistimos en que el ámbito de la ley aplicable al régimen económico matrimonial es muy amplio a tenor del art. 27 del Reglamento 2016/1103 (y considerando 14), y en que ello permite afirmar que todos los aspectos del régimen económico matrimonial se rigen por la ley aplicable al régimen económico matrimonial; pero si confrontamos dicho art. 27 con el art. 23 del Reglamento 2012/650, de Sucesiones y Testamentos, que somete a la ley rectora de la sucesión todos los derechos sucesorios del cónyuge o pareja supervivientes, pueden surgir ciertas dudas de determinación de ley aplicable. Para despejarlas contamos ya con algún criterio del TJUE como la sentencia de 1 de marzo de 2018, asunto C-558, caso Mahnkopf. El TJUE, ante la norma del BGB alemán que establece un incremento de la legítima del cónyuge (en una cuarta parte) en caso de disolución del régimen de participación en las ganancias, aprecia que el objeto de esta norma es la determinación del *quantum* de la parte de la herencia del cónyuge y no un reparto de bienes motivado por la liquidación del régimen económico matrimonial, por lo cual estima que esta cuestión, el incremento de los derechos del cónyuge



sobreviviente, es materia propia de la sucesión mortis causa y por consiguiente se rige por la ley sucesoria².

En cualquier caso, como se desprende del considerando 1º del Reglamento, es preciso que los efectos o relaciones civiles derivadas del régimen económico matrimonial tengan repercusión transfronteriza, característica ésta sobre la que la norma no ofrece mayores precisiones. Entendemos que dicha circunstancia, o condición, concurrirá siempre que la relación o situación jurídica contenga un *elemento transfronterizo* personal, objetivo o territorial, incluyendo la voluntad de los esposos³. Elemento que debe tener la suficiente importancia en la relación jurídica (pues una nota accidental de extranjería no es relevante y no debería pasar por elemento transfronterizo⁴). En cambio, no será necesario que el elemento transfronterizo proceda de un Estado Miembro que va a aplicar el Reglamento, pues puede proceder de alguno de los Estados miembros que se mantienen al margen de la cooperación reforzada o de un tercer Estado no perteneciente a la UE (cfr. art. 20).

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta la inscribibilidad de las resoluciones y documentos que sean otorgados en el ámbito del Reglamento, previo su reconocimiento incidental, así como el juego de la adaptación de derechos reales prevista en el Reglamento, que recae en el registrador por vía de la ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, en adelante LCJI.

Parece, pues, aconsejable relativizar la exclusión de las materias de derechos reales y registración, y considerarla dentro del contexto del Reglamento que, a pesar de dicha exclusión, como vamos a ver, no las ignora en absoluto.

Pues bien, la naturaleza de los derechos reales, ciertamente, se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (cfr. art. 1.2.g). El estatuto del derecho de dominio, el régimen legal de la propiedad, comprende los derechos reales y es por tanto materia

² CARRILLO SALCEDO, J. A. *Derecho Internacional Privado (3ª ed)*, Tecnos, Madrid, 1983.

³ RODRIGUEZ BENOT, A.; CAMPUZANO DIAZ, B.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Mª ÁNGEL. *Manual de Derecho Internacional Privado (10ª ed)*, Tecnos, Madrid, 2023. Pp. 27 y ss.

⁴ El TJUE, en sentencia de 16 de julio de 2020 (asunto C-80/19), en el marco del procedimiento prejudicial planteado por Tribunal Supremo de Lituania, examina en relación con el Reglamento (UE) n° 2012/650, entre otros conceptos el de “sucesión con repercusión transfronteriza”, entendiendo que lo es la situación en la que el causante, nacional de un Estado miembro, residía en otro Estado miembro cuando se produjo el fallecimiento pero no había cortado sus vínculos con el Estado miembro de su nacionalidad, en el cual se encuentran los bienes que integran el caudal relicto. Es evidentemente este un caso pacífico.

reservada a la ley del lugar donde se hallen los bienes (*lex rei sitae*, cfr. art. 10.1 del Código civil). Pero sucede que, de modo similar al Reglamento (UE) 2012/650, de Sucesiones, el Considerando 24 advierte que el Reglamento 2016/1103 “debe permitir la creación o la transmisión resultante del régimen económico matrimonial de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles, tal como dispone la ley aplicable al régimen económico matrimonial.”

Por consiguiente, la ley aplicable se extiende a los *modos de adquisición o de constitución* de los derechos reales que surgen del régimen económico matrimonial. Y también a la transmisión de los mismos. En este sentido, la doctrina del TJUE sentada en los casos Schmidt y Kubicka -en el ámbito del Reglamento de Sucesiones- constata que “los requisitos para la adquisición de tales derechos no figuran entre las materias excluidas del ámbito de aplicación de dicho Reglamento en virtud de la citada disposición (Kubicka, 53)”.

Es de esperar, pues, que la misma doctrina sustentará la constitución de derechos reales inmobiliarios que surjan de la aplicación de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, salvo en lo referente a su dimensión registral (cfr. art. 58 LCJI).

Naturalmente, con arreglo a la ley aplicable pudieran nacer de las relaciones de régimen económico matrimonial, constituirse, derechos desconocidos por el Derecho civil español o de naturaleza o regulación diferente a la que tienen en nuestro ordenamiento jurídico.

Para estos casos, al igual que en el Reglamento 2012/650, se establece un límite, como no puede ser de otra manera, derivado del *numerus clausus* de los derechos reales, que es considerado parte del régimen intangible de la propiedad de los Estados Miembros e incluso de su orden constitucional: la creación o transmisión de derechos conforme al régimen económico matrimonial, como señala el considerando 24, “no debe afectar, sin embargo, al número limitado (*numerus clausus*) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros.” “No se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado miembro si su Derecho desconoce el derecho real de que se trate.” No pocos autores afirman que el *numerus clausus* forma parte del orden público de cada Estado. VAN ERP y

AKKERMANS⁵ opinan, en este sentido, que constituye una regla “constitucional” aplicable a los inmuebles la de decidir sobre las facultades para crear nuevos derechos reales.

Así pues, los derechos reales conocidos en Derecho español se inscribirán, con sujeción al procedimiento registral, y requisitos y efectos de la inscripción propios del Derecho español (art. 58 LCJI) y, de tratarse de derechos desconocidos por nuestro ordenamiento, procederá su *adaptación* “en la medida de lo posible” al Derecho español. En este sentido, hay que tener en cuenta el art. 29 del Reglamento (análogo al art. 31 del Reglamento 2012/650), que dispone: “Cuando una persona invoque un derecho real del que sea titular en virtud de la ley aplicable al régimen económico matrimonial y la ley del Estado miembro en el que se invoque el derecho no conozca el derecho real en cuestión, ese derecho deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, adaptarse al derecho equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real específico y los efectos asociados al mismo.”

En este sentido, recordemos que el art. 61 LJCI dispone que: “1. Cuando la resolución o el documento público extranjero ordene medidas o incorpore derechos que resulten desconocidos en Derecho español, *el registrador procederá a su adaptación, en lo posible*, a una medida o derecho previstos o conocidos en el ordenamiento jurídico español que tengan efectos equivalentes y persigan una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Antes de la inscripción, el registrador comunicará al titular del derecho o medida de que se trate la adaptación a realizar. 2. Cualquier interesado podrá impugnar la adaptación directamente ante un órgano jurisdiccional.”

La adaptación dista mucho de ser una tarea mecánica. Puede que no revista especial complejidad cuando se trate de adaptar un derecho de uso e incluso una propiedad temporal (vgr. el estate for life inglés), pero es de prever que aparezcan casos difíciles, por ejemplo las fiducias a favor de uno de los cónyuges o las garantías inmobiliarias que aseguren el pago de pensiones o compensaciones matrimoniales. En todo caso, como

⁵ VAN ERP, S.; AKKERMANS, B. *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law*, Bloomsbury Publishing, Oxford and Portland, 2012. Pp. 65 y ss.

garantía para el interesado, una vez que el registrador haya decidido la figura nacional a que el derecho real extranjero ha de adaptarse, y siempre antes de la inscripción, el registrador comunicará al titular del derecho o medida de que se trate la adaptación a realizar, y su decisión podrá impugnarse ante los tribunales (cfr. art. 61 LJCI)⁶.

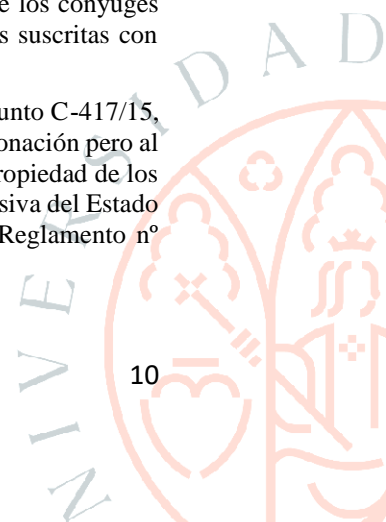
El Reglamento declara excluidos de la ley aplicable los requisitos y efectos de la inscripción o no inscripción y es muy explícito en este punto (cfr. considerandos 27 y 28). Como hemos visto, el art. 58 LCJI somete, imperativamente, el procedimiento registral, y los requisitos y efectos de la inscripción, al Derecho español. En suma, si es cierto que el Reglamento 2016/1103 prevé que la adquisición de los derechos reales inmobiliarios se haga con arreglo a la ley aplicable, no lo es menos que respeta la competencia exclusiva de los Estados Miembros en la cuestión de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Tomando como referente el caso Kubicka (54), podemos suponer que la inscripción tendrá lugar “con arreglo al Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro para producir efectos erga omnes o para la protección legal del negocio jurídico, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y a los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo”. Indudablemente, podríamos también citar en el mismo sentido, similar criterio, el caso Schmidt⁷.

El papel del registrador en la adaptación de los derechos reales desconocidos que pudieran surgir de la ley aplicable viene, como hemos visto, decidida por el Derecho español. Conviene tener en cuenta que los documentos contemplados por el Reglamento, básicamente resoluciones judiciales y documentos públicos, son inscribibles y deberán examinarse sus peculiaridades, reguladas en sus arts. 36 y siguientes. Como veremos más adelante, las resoluciones judiciales deberán ser reconocidas y en su caso inscritas, y los

⁶ El Reglamento excluye de su ámbito de aplicación los derechos de pensión de jubilación o invalidez pero sí declara su competencia sobre las pensiones matrimoniales y las compensatorias, pues se aplica a la “clasificación de los activos de pensiones, los importes que ya se hayan abonado a uno de los cónyuges durante el matrimonio y la posible compensación que se concedería en caso de pensiones suscritas con bienes comunes.” (Considerando 23).

⁷ La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de noviembre de 2016 en el asunto C-417/15, caso Schmidt, declara aplicable el Reglamento 2012/1215 a la acción de anulación de una donación pero al mismo tiempo considera que la correlativa acción para la cancelación en el registro de la propiedad de los asientos relativos al derecho de propiedad del donatario corresponde a la competencia exclusiva del Estado miembro en el que el inmueble está situado, la prevista en el artículo 24, punto 1, del Reglamento nº 2012/1215.



documentos notariales, cuando el notario no ejerza funciones jurisdiccionales “deben circular de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento relativas a los documentos públicos” (considerando 31).

II. EL EFECTO DEL REGLAMENTO (UE) 2016/1103 SOBRE LA PREVISIBILIDAD DE LOS RÉGIMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES DESDE LA ÓPTICA REGISTRAL.

La ley que resulte aplicable conforme al Reglamento, por tanto, regirá todos los aspectos esenciales y naturales del régimen económico matrimonial (art. 27, considerando 14).

El principio hipotecario de especialidad, que exige formular con claridad y certeza la publicidad registral, justifica suficientemente que por medio de la calificación se lleve a cabo una determinación precisa del régimen económico matrimonial bajo el cual se ha efectuado una adquisición⁸. Solamente cuando queda determinado, una consulta del Registro permitirá contestar dos cuestiones fundamentales para el tráfico jurídico: Cuál de los cónyuges resulta legitimado para disponer del inmueble adquirido, y contra cuál de los cónyuges habrá de dirigirse la demanda (o si es preciso interponerla contra ambos), en caso de entablarse un procedimiento, de embargo o cualquier otro, que afecte al bien inmueble inscrito. Cuestiones ambas íntimamente ligadas también al tracto sucesivo registral y a la aplicación del art. 20 de la Ley Hipotecaria⁹.

⁸ Primera doctrina sobre el art. 92 R.H. (RR. DGRN de 3, 7, 20, 27 y 28 de enero y 12, 21 y 24 de febrero de y de 4 y 14 de marzo de 2003 y 10 de enero de 2004.): En el caso de cónyuges extranjeros, el art. 92 no llega a exigir que se exprese el régimen económico matrimonial, difiriendo el problema para el momento de la enajenación posterior, pues dicha expresión de régimen podía obviarse si después la enajenación o el gravamen se hacía contando con el consentimiento de ambos (enajenación voluntaria), o demandando a los dos (enajenación forzosa). Por ello, el artículo 92 del Reglamento Hipotecario se limita a exigir, en este caso, que se exprese en la inscripción que el bien se adquiere “con sujeción a su régimen matrimonial”. Pero de consignarse que es un régimen legal de separación, “el artículo 54 del Reglamento Hipotecario impone que debe fijarse la cuota indivisa correspondiente a cada uno de los adquirentes” (cfr. R. 10 de enero de 2004, BOE 2 de marzo).

⁹ La RDGRN de 2 de junio de 2010 (BOE 9 de agosto de 2010) recapitula doctrina al respecto: “4. En cuanto al tercero de los defectos, relativo a la necesidad de que de la escritura calificada resulte la respectiva participación que cada uno de los cónyuges adquiere en la finca transmitida, el mismo ha de ser igualmente confirmado. Conforme establece de manera explícita el artículo 54 del Reglamento Hipotecario: «Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisaran la porción ideal de cada condeño con datos matemáticos, que permitan conocerla indudablemente». Este Centro Directivo ya ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre la necesidad de que el título presentado a inscripción, ya se trate de un documento notarial, judicial o administrativo, contenga dicha porción ideal matemática de cada uno de los adquirentes, siempre que se constituya una comunidad romana o por cuotas entre una pluralidad de

Como sabemos, las adquisiciones de bienes inmuebles por personas casadas están reguladas con precisión por la legislación hipotecaria en el supuesto de una comunidad foral o de la de gananciales, pues sus normas procuran que quede constancia en la inscripción del carácter del bien, es decir, si es común o no lo es, y del régimen económico matrimonial a que debe atenerse (cfr. arts. 90 R.H., para las comunidades forales, arts. 93 a 95 para la de gananciales). En cambio, este sistema de determinación no juega en el caso de personas casadas extranjeras: por aplicación del art. 92 R.H., la inscripción de la adquisición se practica “con sujeción al régimen matrimonial” del adquirente, con indicación del mismo “si constare”.

Este precepto, como muy a menudo ha señalado la DGRN¹⁰, difiere al momento de la enajenación del bien el problema de apreciar la legitimación para disponer, que se solventa si son ambos cónyuges los que otorgan el acto dispositivo (aunque legalmente alguno de ellos no tenga por qué otorgarlo) o, en su caso, acreditando uno de los cónyuges su capacidad dispositiva probando el Derecho extranjero aplicable.

Visto con perspectiva, este precepto, el art. 92 R.H., no es reciente, y el contexto en el que surgió, en verdad, ha cambiado sustancialmente, pues data de 1982 (fue redactado por el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre), cuando de hecho España todavía no formaba parte de las Comunidades Europeas y predominaba una visión restrictiva del tráfico jurídico en cuanto a la adquisición de inmuebles por extranjeros. En fin, el art. 92 R.H. es producto de una época en el que las adquisiciones de fincas por extranjeros no eran tan frecuentes como en la actualidad, ni el mutuo conocimiento de los sistemas legales llegaba a la extensión de que gozamos en esta época (facilitado por herramientas como el Portal Europeo de e-Justicia, *e-Justice*¹¹).

adquirentes, y ello por exigencias del principio de especialidad hipotecaria, que impide poder aplicar la presunción de igualdad del artículo 393 Código Civil, ya que dicha presunción en modo alguno puede admitirse como definitiva a efectos de fijar la verdadera extensión del derecho. Las adquisiciones de cónyuges casados en régimen económico matrimonial de separación de bienes, si bien con ciertas limitaciones por razón del interés familiar protegido, crean entre los cónyuges un proindiviso ordinario, romano o por cuotas al que le es plenamente aplicable dicha doctrina, como también ya tiene establecido este Centro Directivo en las resoluciones citadas en los «Vistos».

¹¹ Ya se han referido a e-Justice varias Resoluciones del Centro Directivo como instrumento adecuado para obtener información de los sistemas legales de los Estados Miembros. Así, la Resolución de la DGRN de 26 de julio de 2016 (BOE 20 de septiembre) señalaba que “es preciso recordar tanto a notarios como a registradores la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados,

La seguridad del tráfico de las transacciones transfronterizas¹², probablemente, requiere una respuesta registral más adecuada o más precisa que la que proporcionada por la aplicación del art. 92, pues el sistema que sigue no parece para la seguridad jurídica muy satisfactorio, ya que a) no determina *ab initio*, desde el momento de la inscripción, si la *legitimación para disponer* corresponde al cónyuge titular o a ambos consortes, no permite que por la consulta del Registro podamos conocerla; b) ni tampoco permite establecer claramente la legitimación procesal, ni la adecuada estimación del tracto sucesivo a efectos de entablar un proceso, problema que únicamente puede considerarse salvado en el caso del embargo, una vez que la Ley 13/2012 modificara el art. 144.6 Reglamento Hipotecario para añadir que el embargo será anotable sobre el bien o participación indivisa del mismo inscrita en tal modo, siempre que conste que la demanda o el apremio han sido dirigidos contra los dos cónyuges, o que estando demandado o apremiado uno de los cónyuges ha sido notificado al otro el embargo.

No parece excesivo decir que al amparo del art. 92 se producen consecuencias jurídicamente perturbadoras, como que un cónyuge que no es el propietario según la ley aplicable preste el consentimiento a un acto de disposición de un bien que no es suyo, o que se requiera que lo haga; y que, a efectos de tracto, y procesales, sea exigible en la práctica demandar, o notificar a uno de los cónyuges, en casos en que según la ley aplicable no es propietario y no hay por tanto causa o razón de fondo para ello.

Imponer el deber o carga de probar el Derecho extranjero cuando el cónyuge titular se propone venderlo por sí solo conforme a la ley aplicable.

especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, sino a los medios que proporciona, en el ámbito de la Unión Europea, el entorno E-Justicia.”

¹² El TJUE, en sentencia de 16 de julio de 2020 (asunto C-80/19), en el marco del procedimiento prejudicial planteado por Tribunal Supremo de Lituania, examina en relación con el Reglamento (UE) n° 650/2012, entre otros conceptos el de “sucesión con repercusión transfronteriza”, entendiendo que lo es la situación en la que el causante, nacional de un Estado miembro, residía en otro Estado miembro cuando se produjo el fallecimiento pero no había cortado sus vínculos con el Estado miembro de su nacionalidad, en el cual se encuentran los bienes que integran el caudal relicto. Es evidentemente éste un caso pacífico. JIMÉNEZ BLANCO, P. *Regímenes económico matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) N°2016/1103*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Pp. 129 y ss.

Esas distorsiones jurídicas desaparecerían o se reducirían drásticamente si el régimen económico matrimonial del adquirente o adquirentes quedara determinado en el momento de la adquisición.

¿En qué nos puede ayudar el Reglamento 2016/1103 a esto? Directamente, en nada: el Reglamento, recordemos, excluye de su ámbito la materia de inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1.2.h). Indirectamente, algo más: las reglas para la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial facilitan mucho su identificación.

Distingamos dos supuestos previstos por el Reglamento, según que el régimen económico matrimonial a observar sea uno pactado o bien haya que recurrir al legal supletorio:

Primero. El régimen puede ser, conforme al art. 22, el convenido por los cónyuges, que pueden elegir la ley aplicable del Estado correspondiente a la residencia habitual o la nacionalidad de uno o ambos cónyuges en el momento de la celebración del pacto. La libertad de elección no se extiende a más.

En todo caso, el acuerdo de los cónyuges deberá revestir una forma adecuada. Los requisitos de forma previstos por el Reglamento son muy flexibles, pues en principio se reducen a un escrito fechado y firmado o incluso una comunicación electrónica en registro “duradero”. Pero desde el punto de vista español, estamos indudablemente ante un pacto capitular que debería constar en escritura pública (cfr. art. 1325 C.c.), lo que permitirá cumplir con la exigencia registral de titulación auténtica (arts. 3 y 4 de la Ley Hipotecaria). Aunque ciertamente choque con la mayor flexibilidad de forma general, no parece ninguna demasía exigir prueba documental pública (ni en su caso la inscripción en el Registro Civil) porque los arts. 22 y 25 autorizan a exigir “requisitos formales adicionales” y el art. 28.3.b) conduce a ello para lograr la protección registral frente a terceros.

Así, no hay diferencias en cuanto al modo de acreditar el régimen convencional o pactado cuando haya elemento extranjero. Cuestión distinta es cuando intrínsecamente el sistema legal extranjero no facilita naturalmente una prueba auténtica del pacto matrimonial — como parece ocurrir, por ejemplo en el caso del régimen económico matrimonial chino¹³,

¹³ El régimen económico matrimonial de China continental es el de comunidad de bienes, diferente del de Hong Kong (separación de bienes) y Macao (participación en las ganancias). OLIVA IZQUIERDO, A.;

donde para la validez del acuerdo basta el documento privado firmado por las partes—. A tenor de lo dicho, no parece haber otra solución que exigir el cumplimiento de aquellos requisitos formales adicionales impuestos por nuestro sistema legal.

Segundo. En defecto de acuerdo de los cónyuges con ese objeto, se aplica el art. 26.1, que establece cuál es la ley aplicable de manera reglada y sucesiva:

La ley del Estado: a) de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o, en su defecto, b) de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, c) con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

O bien estaremos a la ley determinada excepcionalmente conforme al art. 26.2; que en este caso vendrá justificada y acreditada por la resolución judicial que decida que la pretensión del cónyuge o cónyuges demandantes es justa.

Así pues, llevada a términos de posibilidad la cuestión de indagar o determinar el régimen económico matrimonial de las personas extranjeras que adquieren bienes en España, ofrece un buen punto de partida la simplicidad de los principales puntos de conexión del Reglamento (residencia habitual común y si no la hubiera la nacionalidad común o, en otro caso, el vínculo más estrecho) para que, sin necesidad de llevar la cuestión a extremos de prueba plena o acreditación, ni siquiera de estricta motivación, pueda hacerse un juicio de probabilidad de cuál es el régimen económico matrimonial de un adquirente. Porque no estamos en el terreno de la prueba. No suelen existir registros ni instancias formales que nos permitan conocer indudablemente el régimen económico matrimonial (salvo en el caso del régimen pactado, y no siempre), lo que nos aboca a indagar en el terreno de los regímenes legales supletorios. A pesar de que algunas opiniones sugieran otra cosa — y así lo interpretan resoluciones como la RDGRN de 31 de agosto de 2017 o la R. de la DGSJFP de 28 de julio de 2020 (BOE 7 de agosto)—, la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial no es una cuestión de *acreditación* sino de la utilización de juicios instrumentales que permitan llegar a una conclusión fundada en

OLIVA RODRÍGUEZ, A. M. *Los regímenes económico matrimoniales del mundo*, Fundación Registral, Madrid, 2017. Pp. 236 y ss.

Derecho, en este caso en el art. 26 del Reglamento o en el acuerdo matrimonial (pacto capitular) que se haya celebrado para fijar la ley aplicable.

Pues bien, el art. 159 del Reglamento Notarial señala que el Notario hará constar el régimen económico matrimonial de los adquirentes; pero se queda algo corto al fiar este extremo a “lo que resulte de sus manifestaciones”. La RDGRN de 19 de octubre de 2018 le supone al notario una “labor de precisión del carácter legal del régimen económico matrimonial”, al mismo tiempo que afirma enfáticamente que “el notario no tiene obligación de especificar cuáles son las razones por las que el régimen económico–matrimonial de carácter legal es aplicable” (fundamento de Derecho 4)¹⁴.

Entonces, es cierto que el Derecho interno en su estadio actual parece marcar un mínimo inferior para la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, pues se limita a requerir una indicación de cuál es éste por lo que resulte de sus manifestaciones (art. 159 del Reglamento Notarial) y una inscripción de la adquisición con sujeción al régimen económico matrimonial que resulte aplicable (art. 92 del Reglamento Hipotecario).

En este sentido, es forzoso admitir que los Reglamentos hipotecario y notarial, con su redacción actual, ceñida al texto reglamentario, conducen a una interpretación según la que: todo lo que se exige al notario es que haga constar el régimen económico matrimonial

¹⁴ La doctrina de la RDGRN de 23 de agosto de 2011 parece llamar a mayor diligencia al señalar referencias que el notario debe tomar para su indagación e indicar a su vez, que el notario debe llegar a una conclusión (nunca a una prueba), pero sin llegar a exigir un juicio basado en los antecedentes que se le han puesto de manifiesto: “Como ha manifestado este Centro Directivo (vid. Resolución de 15 de junio de 2009 y 5 de marzo de 2010) «el régimen económico matrimonial de gananciales puede ser el régimen legal supletorio, en defecto de capítulos, cuando así lo determine la aplicación de las normas de Derecho interregional, o uno de los posibles regímenes convencionales. Y, si bien es cierto que en muchos casos no es tarea sencilla el determinar cuál es el régimen legal supletorio, es necesario que el notario, en cumplimiento de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza, a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes –que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico–, despliegue la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico matrimonial que rige entre los esposos. En tal sentido, establece el artículo 159 del Reglamento Notarial que si dicho régimen fuere el legal bastará la declaración del otorgante, lo cual ha de entenderse en el sentido de que el notario, tras haber informado y asesorado en Derecho a los otorgantes, y con base en las manifestaciones de éstos (que primordialmente versan sobre datos fácticos como su nacionalidad o vecindad civil al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos –cfr. artículos 9.2 y 16.3 del Código Civil–), concluirá que su régimen económico matrimonial, en defecto de capítulos, será el legal supletorio que corresponda, debiendo por tanto hacer referencia expresa a tal circunstancia –el carácter legal de dicho régimen– al recoger la manifestación de los otorgantes en el instrumento público de que se trate”.

por lo que resulte de las manifestaciones de los interesados, e implícitamente incluso sin que éstas obedezcan a una indagación jurídica efectiva, y sin que el notario tenga en rigor deber alguno de hacer un juicio instrumental sobre la ley aplicable y el punto de conexión que la determina; y todo lo que se exige al registrador es que inscriba las adquisiciones de personas casadas extranjeras con sujeción a la ley que resulte aplicable al régimen económico matrimonial de las mismas, sin una fijación de este.

Sin embargo, tal interpretación, que, reconozcámoslo, se acomoda al criterio hermenéutico de la literalidad, se enfrenta a las siguientes objeciones:

No parece acorde con uno de los propósitos principales que alumbró los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104: la “previsibilidad del régimen económico matrimonial de las parejas casadas en lo que respecta a su patrimonio”. Basta la lectura de los considerandos 15 y 16 del Reglamento que, cómo no, la concibe en un marco “para garantizar la seguridad jurídica de las parejas casadas¹⁵”.

Y no favorece el denominado “el efecto útil” del Reglamento 2016/1103. El efecto útil de las normas comunitarias se refiere al cumplimiento de la finalidad que, dentro del marco de los Tratados, persiguen las instituciones comunitarias al adoptar una norma y, en definitiva, la uniforme aplicación del Derecho comunitario en todo el territorio de la Unión Europea. Se basa en el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, cuyo art. 4.3.2 dispone: “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.” Es importante reseñar el alcance de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del efecto útil. Señala, en sentencia (Sala Primera) de 27 de junio de 2018 en el asunto C-246/17, en cuanto a las regulaciones de los Estados Miembros que versan sobre materia objeto de legislación europea, que “es necesario que tales regímenes no sean contrarios al efecto útil del Derecho de la Unión”; en sentencia (Sala Décima) de 25 de octubre de 2018 en el asunto C-331/17), que son admisibles “mientras no pongan en riesgo el objetivo o el efecto útil”; en cualquier caso, según la sentencia (Sala Segunda) de 14 de

¹⁵ RODRÍGUEZ RODRIGO, J. *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Pp. 68 y ss.

marzo de 2019 en el asunto C-724/17, nunca deben poner en peligro el objetivo perseguido por el sistema y el efecto útil de las normas europeas. Y, sobre todo, según Sentencia del Tribunal de Justicia —Gran Sala— de 10 de febrero de 2009, en el asunto C 185/07, el Derecho de los Estados miembros no debe impedir que se cumplan los objetivos inherentes de las normas de conflicto en materia civil y mercantil.

Por otra parte, el efecto útil pretende la uniformidad de los efectos de las normas europeas. Los sistemas registrales europeos muestran a veces puntos en común pero considerados en general no podemos ignorar su heterogeneidad, tanto de organización y funcionamiento como de efectos. No hay, por tanto, una fórmula única para facilitar la previsibilidad del régimen económico matrimonial. Podrá cumplirse mediante sistemas de publicidad a través del Registro Civil, incluso uno específico de la del régimen económico matrimonial (poco operativos para los casos de residentes no nacionales), o por el de su oportuna fijación a la hora de realizar negocios jurídicos o intervenir en procesos. Lo que nos lleva a examinar el art. 92 R.H. a la luz del propósito de esta nueva norma europea.

Dicho de otra manera, este mínimo reglamentario español (mera manifestación ante Notario más cláusula registral de cierre que defiere los problemas al momento de la disposición del bien), al no facilitar la determinación del régimen económico matrimonial, no parece satisfacer el denominado “efecto útil” propio del Derecho de la Unión Europea, pues no es un medio hábil para que el Reglamento despliegue todos sus efectos. El Derecho de los Estados miembros no debería impedir que se cumplan los objetivos inherentes de las normas de conflicto en materia civil y mercantil (S. TJUE de 10 de febrero de 2009); en este caso sería la fijación de la ley aplicable, como propósito fundamental del Reglamento 2016/1103. Las directrices en favor del “efecto útil” encuentran eco en la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia nº 573/2014 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 16 de Octubre de 2014) y de la Dirección General de los Registros y el Notariado (Resoluciones de 11 de junio de 2010, 27 de julio de 2012 ó 20 de junio de 2013).

Resoluciones como la de 28 de julio de 2016 (fundamento de Derecho 6), con relación a la aplicación del Reglamento 2012/650, han mantenido un criterio que se aproxima a estas aspiraciones de previsibilidad: “Conviene poner de relieve que la compleja regulación de

las sucesiones, la necesidad, en muchos casos, de precisar cuestiones como la residencia habitual del causante, las eventuales excepciones a la misma, la determinación de la ley aplicable y su aceptación fuera de España, exige que los notarios autorizantes realicen los correspondientes *juicios instrumentales* acerca de tales extremos y aconseja un *razonable reflejo en el documento público de los extremos relevantes* a la sucesión.” En este sentido, parece que el contexto europeo del que formamos parte aconseja una labor más proactiva de notarios y registradores: “... esta Dirección General vuelve a recordar (cfr. Resolución 15 de febrero de 2016) tanto a notarios como a registradores la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia, colaborando activamente en la resolución de conflictos de Derecho Internacional Privado.”

Ahora bien, parece evidente que la doctrina de la DGRN, en el fondo, no se decide por estas ideas de previsibilidad del régimen económico matrimonial y proactividad de notarios y registradores. En realidad ni antes del Reglamento 2016/1103 ni después se ha mostrado muy partidaria de superar las limitaciones del mínimo reglamentario español, pues encontramos en ella las siguientes orientaciones:

Primera: Varias Resoluciones como las de R. 10.01.2004 y R. 07.07.2006 R. de 2.04.2018 ó R. 08.10.2008, dejan la impresión de que la DGRN adopta una actitud defensiva y que prefiere que el sistema notarial y registral se limiten a un rol pasivo (el Notario no refleja, el Registro no precisa), por lo que acabamos en una inscripción practicada con sujeción al régimen económico matrimonial que (ulteriormente) resulte aplicable. En esta doctrina late la nada disimulada esperanza de que ambos cónyuges concurren al acto dispositivo y que este concurso purgue a éste de toda sospecha acerca de a quién pertenece el poder de disposición. No encontramos jurídicamente satisfactoria esta solución que, en cambio, la R. de 2 de abril de 2018 —que nos sirve para ofrecer un resumen de esta postura— considera “acertada”: «la solución más acertada consiste en aplazar tal prueba para el momento de la enajenación o gravamen posterior, inscribiéndose la adquisición sin

necesidad de expresar el régimen en la inscripción («con indicación de éste, si constare» expresa la disposición «in fine» de ese precepto reglamentario), difiriendo la prueba para el momento de la enajenación posterior, pues dicha expresión de régimen podía obviarse si después la enajenación o el gravamen se hacía contando con el consentimiento de ambos (enajenación voluntaria), o demandando a los dos (enajenación forzosa). Por ello, el artículo 92 del Reglamento Hipotecario se limita a exigir, en este caso, que se exprese en la inscripción que el bien se adquiere «con sujeción a su régimen matrimonial».

Constatamos, pues, que esta doctrina de la DGRN se limita a atenerse a la regla del art. 92 R.H sin vocación alguna por identificar o fijar el régimen económico matrimonial ni grandes preocupaciones acerca del principio de especialidad en este ámbito. El art. 92 R.H. ahorra el esfuerzo de determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial bajo el que se lleva a cabo una adquisición. Intrusos extranjeros han penetrado en nuestra casa registral y nos encerramos en la habitación del pánico.

Segunda: Sin embargo, en la doctrina de la DGRN brilla por su ausencia una reflexión adecuada a) tanto sobre la indefinición del tenor del art. 92 (“si constare”) que le imprime ambigüedad (¿cuál es la fuente de esa constancia? ¿a quién debe constarle, al notario o al registrador o a las partes? ¿en qué condiciones debemos entender que “consta” un régimen económico matrimonial? ¿constar se entiende en la primera acepción del diccionario de la RAE, ser una cosa cierta o manifiesta, o en la segunda, quedar registrada por escrito?), b) como acerca de los efectos que tiene hacer constar un régimen económico matrimonial putativo o que no obedezca a la ley aplicable. Esta última anomalía no es impensable que ocurra al mismísimo amparo del precepto reglamentario, porque estamos en terreno abonado para los errores de hecho y de derecho.

Se ocupa hasta cierto punto de esta cuestión la RDGRN de 31 de agosto de 2017, pero refiriéndose a los fundamentos de una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 15 de diciembre de 2005: “La literalidad del precepto establece la indicación del régimen económico matrimonial «si constare», no concretando si esta constancia, debe estar referida al notario que autoriza la escritura o al registrador de la Propiedad que la califica y la inscribe, pero la interpretación no puede realizarse como pretende el apelante, referida únicamente al título. Así, en caso de que el notario tuviese constancia del régimen matrimonial de los adquirentes sometidos a legislación extranjera, deberá hacerlo constar

en la escritura, la constancia del régimen matrimonial extranjero no debe quedar limitada sólo al notario sino que es también extensiva al registrador de la Propiedad en virtud de la responsabilidad que asume en la inscripción del título, debiendo ser confirmada la sentencia de instancia en los argumentos expuestos en la misma en relación a la mención del régimen económico matrimonial, siendo, por tanto, aplicable el artículo 36 del R.H. pues conforme al artículo 9.2 del C.C. el régimen económico matrimonial está dentro de las cuestiones relativas a las personas, debiendo ser rechazada la alegación del apelante, de que el artículo 36 es únicamente aplicable a documentos inscribibles otorgados por extranjeros en territorio español en relación a la capacidad de las personas y no al régimen económico matrimonial».

De ello resulta que al no fijarse de antemano la ley aplicable¹⁶, incluso habiendo aceptado que de un modo u otro se hiciera constar en la inscripción el régimen económico matrimonial del adquirente, potencialmente la prueba no se excusará casi nunca y se convertirá en una carga inevitable cuando llegue el momento de disponer del bien inscrito.

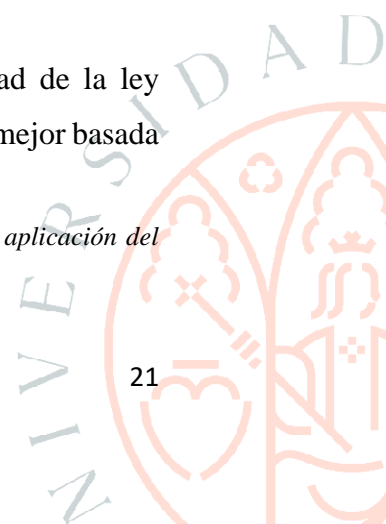
Tercera: Ahora bien, la DGRN niega que la aplicación del artículo 92 del Reglamento Hipotecario sea preferente al conocimiento que pueda tener el registrador de la legislación extranjera. Así se sigue de la doctrina de Resoluciones de 19 de diciembre de 2003 y 10 de enero (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 15 de diciembre de 2005) y 4 y 12 de febrero de 2004 ó de 31 de agosto de 2017.

Llegaría a ser una doctrina relevante si, siendo consecuente con ella, la DGRN permitiera al registrador solicitar que se acreditaran o aclararan requisitos subsiguientes, pero no parece que sea así.

Cuarta: Resoluciones más recientes también han declarado, incluso lo han anunciado antes de la fecha de su entrada en vigor, que las normas del Reglamento 2016/1103 sustituyen a la regulación del Código civil en lo que se refiere a relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

El adecuado cumplimiento del Reglamento y de sus fines —previsibilidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial— debería generar una práctica mejor basada

¹⁶ FERNÁNDEZ-TREGUERRES GARCÍA, A. *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N°650/2012*. Navarra. Aranzadi, 2016. Pp. 190 y ss.



en la aplicación de sus normas y la expresión de la ley aplicable, de la que hay que dejar constancia. Llegados a este punto no debería negársele al Reglamento el efecto útil y exigir lo que a la luz de la doctrina vigente de la DGRN parece un plus, cuando sea posible, para fijar la ley aplicable.

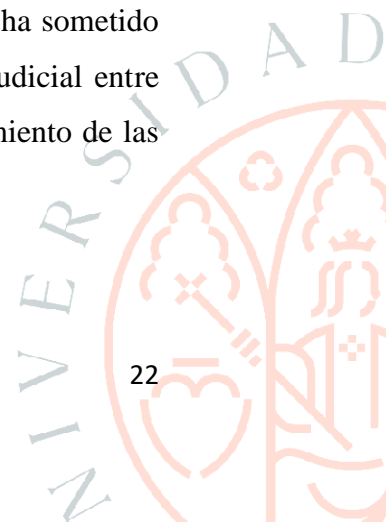
En conclusión: el objetivo del Reglamento de que el régimen económico matrimonial de una pareja casada sea previsible, desde el punto de vista registral (y notarial) podría satisfacerse adecuadamente mediante su fijación en el momento de la adquisición del bien, normalmente mediante un juicio instrumental del notario sobre la base de los puntos de conexión del art. 26.1, quedando reflejado en la inscripción; para, una vez determinada la ley aplicable al régimen económico matrimonial, facilitar el conocimiento de su contenido y efectos a través del mecanismo que prevé el propio Reglamento, que dispone que los Estados Miembros, en la sede que es la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, facilitarán a la Comisión un breve resumen de su legislación y sus procedimientos nacionales en esta materia (art. 63 del Reglamento). Determinado el régimen económico matrimonial nos atendremos al mismo para conocer quien tiene el poder de disposición y cuáles son los presupuestos de la legitimación pasiva.

Conclusión que, nos atrevemos a decir, no tendría por qué ser considerada *de lege ferenda*.

III. LA INSCRIPCIÓN DE LOS DOCUMENTOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO: EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL DEL REGISTRADOR.

Las resoluciones judiciales y demás documentos en el ámbito de aplicación de los Reglamentos podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante el procedimiento de reconocimiento incidental regulado por el art. 59 LJCI.

En la época actual los casos de reconocimiento de resoluciones extranjeras han dejado de ser minoritarios o excepcionales, y el exequátur a que tradicionalmente se ha sometido no parece el procedimiento más apropiado en un marco de cooperación judicial entre Estados miembros que se basa en la confianza recíproca para el reconocimiento de las resoluciones judiciales.



Por esta razón, con el antecedente del Convenio de Bruselas, y a partir del Reglamento (UE) 2001/44 o Bruselas I (sustituido por el Reglamento (UE) 2012/1215 o Bruselas I bis), a fin de superar el estadio del exequátur¹⁷ y hacer efectivo el principio de confianza mutua¹⁸, y favorecer la eficacia extraterritorial de las decisiones de los tribunales de los Estados miembros en un espacio común de justicia, libertad y seguridad, los Reglamentos europeos han venido incorporando un tipo de reconocimiento de resoluciones judiciales que la doctrina llama a menudo, sin ambages, “automático”, cuya finalidad es que las resoluciones de un Estado Miembro tengan en otro Estado Miembro los mismos efectos que los que tendrían si hubieran sido dictadas por los tribunales nacionales de este último reconocimiento que se realiza “sin necesidad de seguir procedimiento alguno” (cfr. art. 36.1 del Reglamento 2012/1215)¹⁹.

A causa de esta última indicación (“sin necesidad de seguir procedimiento alguno”) — fórmula repetida por los Reglamentos europeos diríamos que incluso con énfasis— y, ya lo mencionamos, de hecho frecuentemente llamamos “automático” a esta clase de reconocimiento. Pero, en rigor, sí hay un procedimiento, o al menos algunos trámites procedimentales para formalizarlo²⁰, pues se exigen ciertos requisitos documentales y cabe rechazar la petición de reconocimiento si concurren ciertas causas de denegación a las que nos referiremos, si bien la revisión en cuanto al fondo está terminantemente prohibida.

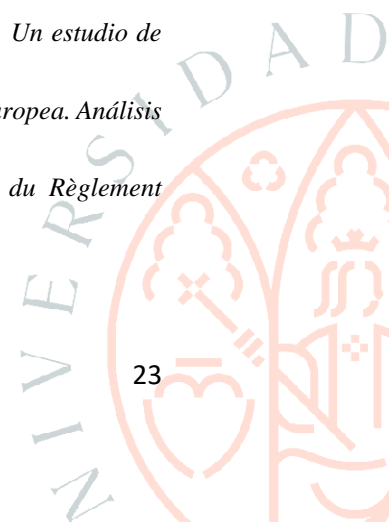
En esta orientación se inscribe claramente el Reglamento 2016/1103, cuyo art. 36 establece que “las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros *sin necesidad de seguir procedimiento alguno*” y habilita a

¹⁷ ANTÓN JUAREZ, I. *Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Pp. 7 y ss.

¹⁸ CERVILLA GARZÓN, M. D. *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Pp. 132 y ss.

¹⁹ ALONSO PÉREZ, J. I. *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea. Análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor*, Bosch, Barcelona, 2007. Pp. 57 y ss.

²⁰ BONOMI, A.; WAUTELET, P. *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, Bruselas, 2013. Pp. 98 y ss.



cualquier parte interesada para solicitar el reconocimiento de una resolución a título principal de conformidad con el procedimiento previsto en sus artículos 44 a 57.

Este mínimo procedimiento exige que el interesado en el reconocimiento presente una solicitud a los jueces y tribunales nacionales aportando, conforme al art. 45, a) una copia de la resolución que reúna las condiciones necesarias para establecer su autenticidad; y b) una certificación expedida por el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen mediante el formulario que será creado por la Comisión mediante actos de ejecución (cfr. art. 66 del Reglamento 2016/1103).

A falta de certificación, no obstante, los tribunales pueden aceptar documentos equivalentes o, si consideran que disponen ya de suficiente información, otorgar una dispensa a su presentación. Por otra parte, si el órgano jurisdiccional o la autoridad competente así lo exigiesen, se presentará una traducción o transliteración (art. 46).

Estas formalidades se observarán no sólo para el reconocimiento de resoluciones judiciales sino también para aceptar documentos públicos (art. 58) o para ejecutar las transacciones judiciales que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen (art. 60).

Al prever el Reglamento unas formalidades específicas, carece de sentido exigir la legalización o la apostilla. El art. 61 establece que “no se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna para los documentos expedidos en un Estado miembro en el marco del presente Reglamento.” Con carácter general, el art 44.3 LCJI establece que «en virtud del reconocimiento la resolución extranjera podrá producir en España los mismos efectos que en el Estado de origen», por lo que en general, y más allá del ámbito de los Reglamentos de la UE, facilita la eficacia de una resolución extranjera en los mismos términos en que la tendría si hubiera sido dictada por un tribunal nacional.

El reconocimiento o control incidental a cargo del registrador es de naturaleza diferente al judicial²¹. Regulado por el art. 59 LCJI, aparece como procedimiento registral previo a la calificación del documento extranjero, en igualdad de trato con uno español, y su efecto

²¹ IGLESIAS BUHIGUES, J. L.; PALAO MORENO, G.; QUINZÁ REDONDO, P. *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los reglamentos (UE) n° 2016-1103 y 2016-1104*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Pp. 157 y ss.

se limita a posibilitar la inscripción a los efectos previstos en la legislación hipotecaria española.

A efectos del art. 59 LCJI, el registrador llevará a cabo una doble verificación:

Primero.- Por una parte, de carácter formal: “(...) El registrador verificará la regularidad y la autenticidad formal de los documentos presentados” (art. 59).

Cuando se solicita a los tribunales españoles, el reconocimiento de las resoluciones judiciales procedentes de otro Estado Miembro se realiza a través de las formalidades ya reseñadas, a los que en el caso de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 se refiere el artículo 45 del Reglamento: a) Copia de la resolución judicial (auténtica); b) Certificación expedida por el tribunal que la ha dictado ateniéndose al formulario (adoptado por acto de ejecución de la Comisión, art. 66). c) En su caso, traducción o transliteración. “No se exigirá legalización ni otras formalidades análogas (art. 61)”.

No cabe duda de que si se presentan los documentos específicos del art. 45, los mismos que para el reconocimiento judicial, la labor de verificación formal del registrador se vería facilitada. Esto será así, en particular, si se aporta la certificación-formulario, puesto que la resolución es el título inscribible y cabalmente es de esperar que sí se presente copia de la misma, es lo mínimo.

De otro modo, es decir, si no se aporta la certificación-formulario podrían surgir problemas de acreditación formal que, de un modo un tanto paradójico, sólo pudieran despejarse bien a través de la apostilla (incluso otra forma de legalización), o bien mediante la aplicación del Reglamento 2016/1191 (cfr. arts. 1, 3 y 5, así como 14 para el caso de duda acerca del original o su copia certificada²²), es decir, una copia certificada de la resolución conforme al mismo, puesto que se consideran documentos públicos

²² De albergarse dudas razonables sobre la autenticidad del documento público o de su copia certificada, deberán seguirse los pasos indicados por el art. 14. Particularmente, recurriendo al «IMI» — Sistema de Información del Mercado Interior establecido por el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo—, a fin de comprobar los modelos disponibles de los documentos en el repositorio del IMI, tal como se indica en el artículo 22; y, si persiste la duda, formular una solicitud de información a través del IMI a la autoridad que lo ha expedido o a la autoridad central. ¿Puede considerarse al registrador “autoridad” a efectos de este procedimiento? La respuesta parece ser afirmativa de conformidad con el art. 3.2 del Reglamento, según el cual se entiende por «autoridad» “una autoridad pública de un Estado miembro, o una entidad que actúe con carácter oficial y autorizada en virtud del Derecho nacional para expedir o recibir un documento público al que se aplique el presente Reglamento o una copia certificada de este”.

dentro de su ámbito: “los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro” (art. 3.1.a)²³; medio éste que constituye una alternativa a la apostilla, pues el propio Reglamento 2016/1191 aclara en su Considerando 5º que “el presente Reglamento no debe impedir que los Estados miembros expidan una apostilla cuando una persona decida solicitarla”.

Al respecto de esta cuestión, podríamos hacer dos observaciones:

En la medida que la inscripción registral es citada frecuentemente por la doctrina procesalista como ejemplo de los actos de *ejecución impropia* de las decisiones judiciales (puesto que trae causa de la propia sentencia, pero no forma parte del proceso jurisdiccional), parece lógico que el registrador pueda exigir la presentación del certificado-formulario, exigencia que de incumplirse generaría a una causa obstativa de la inscripción, es decir, de no aportarse el mismo habrá defecto; subsanable, claro está (cfr. art. 65 L.H.).

No hay que descartar la posibilidad, más compleja, de que puedan sustituirse por “documentos equivalentes” o hacerse innecesaria si disponemos ya de “suficiente información”, cfr. art. 46—. En definitiva, visto de otro modo, el registrador goza de independencia para aceptar documentos en el margen que le deja el Reglamento pues, como hemos visto, el propio Reglamento admite que pueda prescindirse de ella si no es estrictamente necesaria (por ejemplo, cuando el propio registrador se cerciore por su propio examen de que la resolución judicial a inscribir pertenece al ámbito del Reglamento), e incluso sustituirla por documentos equivalentes (art. 46).

Segundo.- Por otra parte, “el registrador verificará la inexistencia de las causas de denegación de reconocimiento previstas en el capítulo II del presente título”. El artículo 37 del Reglamento enumera los motivos de denegación del reconocimiento: “Se denegará el reconocimiento de una resolución: a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público (*order public*) del Estado miembro en que se solicita; b) cuando

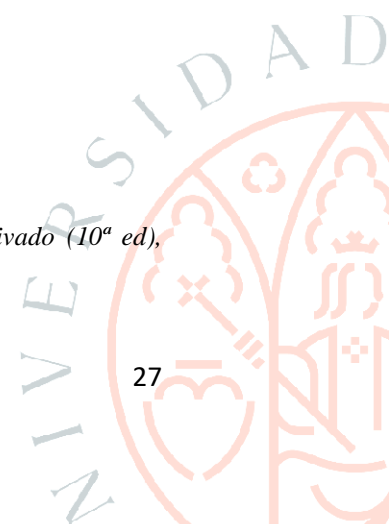
²³ Art. 5º: “1. Cuando un Estado miembro exija la presentación del original de un documento público expedido por las autoridades de otro Estado miembro, las autoridades del Estado miembro en el que se presente el documento público no exigirán también la presentación de una copia certificada de este. 2. Cuando un Estado miembro permita la presentación de una copia certificada, las autoridades de dicho Estado miembro aceptarán una copia certificada realizada en otro Estado miembro.”

la resolución se haya dictado en rebeldía del demandado, si no se le hubiere notificado la demanda o documento equivalente con tiempo suficiente y de forma tal que le permitiera preparar su defensa, salvo que el demandado no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo; c) si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada en un procedimiento entre las mismas partes en el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento; d) si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en un litigio, en otro Estado miembro o en un tercer Estado, con el mismo objeto y entre las mismas partes, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento.”

El art. 46 LJCI concuerda con el art. 37 y se pueden reconocer en él principios similares, pero no hay que olvidar que además añade explícitamente una causa de denegación del reconocimiento con carácter general, al disponer que “las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren *exclusivamente competentes* los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una *conexión razonable*. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española²⁴.

Así pues, una de las posibles causas de denegación del reconocimiento –judicial o incidental- de una resolución judicial en materia de régimen económico matrimonial, es que ésta incida en materias de competencia exclusiva de los tribunales de los Estados miembros o bien que la competencia del tribunal que acuerda la resolución no obedezca a una conexión razonable. El art. 46.1.c) LCJI, junto al art. 59 LJCI –que se remite al anterior— se añade al art. 100 del Reglamento Hipotecario como fundamento en la calificación de este extremo.

²⁴ FERNÁNDEZ ROJAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado* (10ª ed), Aranzadi, Navarra, 2018. Pp. 24 y ss.



Ciertamente, la UE constituye un marco de confianza mutua en las decisiones judiciales de los Estados miembros, pero eso no debe llevarse al extremo de descuidar la propia competencia cuando las propias normas europeas la declaren exclusiva de los Estados, o cuando la del tribunal de origen no tenga un fundamento claro.

De la lectura del Reglamento surge un contraste con el de Bruselas I: mientras éste en su art. 24 sí asienta una norma de competencia exclusiva del tribunal del Estado miembro donde radica el inmueble, el Reglamento 2016/1103 no solamente no establece normas de competencia exclusiva —aunque como veremos, sí imperativa—, sino que, en virtud del principio de ley aplicable, viene a extenderla a todos los bienes integrantes de un régimen económico matrimonial con independencia del lugar donde están situados, de conformidad con el art. 21.

Del propio Reglamento resulta también que el requisito de *conexión razonable* impuesto por el art. 16 LCJI se cumple cuando la cuestión de régimen económico matrimonial es decidida por el juez que conoce de la sucesión de uno de los cónyuges, según el art. 4, o de una demanda de nulidad, separación o divorcio, conforme al art. 5. Evidentemente, cuando la competencia le venga atribuida a los tribunales de un Estado por estar el régimen económico matrimonial en conexión con la sucesión o por conocer de la nulidad, separación o divorcio, será obviamente preciso que se trate de uno de los Estados que participan en la cooperación reforzada.

Respetando siempre la precedencia de las normas de los arts. 4 y 5, de claro carácter imperativo, que atribuyen la competencia al tribunal de la sucesión o de la demanda en una crisis matrimonial, el Reglamento también declara competente al tribunal del Estado miembro de la ley aplicable (art. 8), pero con la condición de que comparezca el demandado —excepto que lo haga para impugnar su competencia—. Quizás merezca la pena insistir: si ya conoce del procedimiento el juez de la sucesión conforme al Reglamento 2012/650 o el de la separación, nulidad o divorcio conforme al Reglamento 2201/2003, el propio tribunal del Estado de la ley aplicable carecería de competencia (cfr. art. 8.1). Comenta IGLESIAS BUHIGUES²⁵ que la regla del art. 4 de competencia

²⁵ IGLESIAS BUHIGUES, J. L.; AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.; PALAO MORENO, G. *Sucesiones internacionales. Comentarios al reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Pp. 132 y ss.

exclusiva del juzgado que entiende de la sucesión se aplica incluso cuando haya sido pactada por las partes conforme al art. 7 b) del Reglamento de Sucesiones

Cuando no se da la conexión material con arreglo a las normas anteriores, el Reglamento establece otras normas de competencia, cobrando relevancia como conexión apropiada la residencia habitual y el acuerdo de los cónyuges (cfr. art. 7), e incluso el tribunal del lugar del bien inmueble (art. 10). También se prevé un *forum necessitatis* (art. 11). Pudiendo inhibirse el juez en el caso en que en su Derecho no esté reconocido el matrimonio en cuestión (art. 9).

Es obligada la conclusión, entonces, de que la competencia está sujeta a calificación y que no hay ninguna excepción a la aplicación del art. 100 del Reglamento Hipotecario, principalmente si del examen del documento resulta que no se han respetado las normas imperativas que determinan la competencia, y la premisa de que el tribunal del Estado miembro sólo puede actuar en virtud de una conexión razonable.

Pero, además, la calificación también debería detenerse, específicamente, en cuestiones de competencia funcional: el art. 64 prevé que los Estados miembros comuniquen a la Comisión las "autoridades y demás profesionales del Derecho" que tienen carácter de órgano jurisdiccional (*court*) a los efectos del Reglamento conforme al art. 3.2, a fin de elaborar la lista de las mismas. Comunicación en virtud de la cual la Comisión establecerá una lista y parece lógico entender *a contrario sensu* que las autoridades (y profesionales del Derecho en su caso) que no figuren en ella carecerán de competencia funcional a los efectos del Reglamento 2016/1103.

En este sentido, cabría comentar que de los trabajos preparatorios del Reglamento de Sucesiones y del propio Reglamento de Régimen Económico Matrimonial resultan, se han puesto de manifiesto, ciertas posibilidades concretas de falta de competencia funcional, al existir el riesgo de que ciertos tribunales u órganos o personas asimilados a ellos, se ocupen de cuestiones que no les corresponden porque la lista de autoridades elaborada por la Comisión no les menciona. Por ejemplo, según dicha lista (cfr. art. 79 del Reglamento 2012/650), en Alemania son competentes los tribunales locales («*Amtsgericht*») para expedir el certificado sucesorio regulado por el Reglamento

2012/650, y no los notarios, excepto en el *Land* de Baden-Württemberg²⁶. O tengamos en cuenta que no todos los notarios en Europa, o en el resto del mundo, tienen facultades legales para declarar la separación o el divorcio ni están dotados de jurisdicción sobre controversias de liquidación del régimen económico matrimonial²⁷.

Asimismo, parece razonable plantearse qué incidencia sobre la inscripción de resoluciones judiciales en el ámbito del Reglamento pueda tener la doctrina que la DGRN ha fijado, reiteradamente, al respecto de la inscripción de los convenios reguladores, a los que niega que puedan “servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida” (por ejemplo, Resolución de la DGRN de 8.09.2017) y viene a circunscribir, restrictivamente, a los negocios que los cónyuges otorguen en el estricto marco del art. 90 del Código civil.

El Reglamento prevé también la circulación y aceptación de los documentos públicos otorgados sobre materias en su ámbito, extendiendo a este caso el formulario o certificado-formulario, que debe ser expedido por el notario u otro profesional autorizante. Así, dispone su art. 58.1.:

«Los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen, o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público (*order public*) del Estado miembro de que se trate.

²⁶ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 7 de mayo 2020, dictada en un procedimiento prejudicial y en el ámbito del Reglamento (UE) n.º 2012/1215, se pronunció sobre la condición de «órganos jurisdiccionales» de los notarios en Croacia en ejercicio de competencias que les atribuye la Ley croata en los procedimientos de ejecución forzosa en virtud de un documento auténtico. No cuestiona su competencia según la ley croata ni aprecia indefensión por su actuación, y continúa el criterio de la sentencia de 9 de marzo de 2017, Pula Parking, recordando que el Tribunal de Justicia ya declaró que si los mandamientos de ejecución emitidos por los notarios que actúan en el marco de procedimientos de ejecución forzosa no han sido dictados por un órgano jurisdiccional en el sentido del Reglamento, tales mandamientos de ejecución no pueden calificarse de «resoluciones judiciales» a la luz del artículo 2, letra a), del Reglamento 2012/1215 y no pueden circular sobre la base de este último.

Las personas que deseen utilizar un documento público en otro Estado miembro podrán solicitar a la autoridad que haya formalizado el documento público en el Estado miembro de origen que cumplimente el formulario previsto de acuerdo con el procedimiento consultivo a que se refiere el artículo 67, apartado 2 [cfr. art. 66], especificando el valor probatorio que el documento público surte en el Estado miembro de origen.» Dicho certificado-formulario hace formalmente innecesaria la apostilla y toda forma de legalización, cuya exigencia, por lo demás, está prohibida por el art. 61.

El art. 65 prevé que, la Comisión Europea, sobre la base de las comunicaciones de los Estados miembros, establecerá la lista de las demás autoridades y los demás profesionales del Derecho a que se refiere el artículo 3, apartado 2, identificando a quienes que en su sistema legal ostentan competencias en materia de regímenes económicos matrimoniales y que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control²⁸.

A raíz de esta lista quedarán diferenciados los documentos públicos expedidos por las autoridades competentes a efectos del Reglamento, que serán objeto de aceptación conforme al art. 58 del mismo, de los documentos otorgados por otros fedatarios. El régimen no será el mismo. Por una parte, los documentos expedidos por integrantes de la “lista de las demás autoridades y los demás profesionales del Derecho” comunicadas a la Comisión por cada Estado Miembro –art. 65-: estos documentos llevarán formulario con especificación de su valor probatorio, no requerirán (por tanto) legalización, apostilla ni otra formalidad, y están llamados a circular a través de los Estados miembros (cfr. considerando 31) y ser objeto de aceptación. Por otra parte, aquellos documentos autorizados por notarios o fedatarios no incluidos en la lista del art. 64 y otorgados por los cónyuges en ejercicio de su autonomía de la voluntad; aunque quepa duda al respecto y admitiendo que puede que en el caso puedan no llevarlo o se omita, del tenor del art. 58 con relación al considerando 31, podrían contar con dicho certificado-formulario; y en el caso de que pasaran por ser un documento común, otorgado ante un notario que no tiene o no está ejerciendo funciones jurisdiccionales delegadas, no parece que debamos

²⁸ ÁLVAREZ GONZALEZ, S. “Una visión general posible del Derecho internacional privado de familia en la UE”. *La ley derecho de familia nº17*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2018. Pp. 148 y ss.; FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. *Régimen económico matrimonial. Derecho Sucesorio*, Reus, Madrid, 2021. Pp. 126 y ss.

descartar la apostilla si no vinieran acompañados del certificado-formulario. También estos documentos están llamados a circular por los Estados miembros, pues según el considerando 31 “los actos expedidos por los notarios en materia de régimen económico matrimonial en los Estados miembros deben circular de conformidad con el presente Reglamento”.

Viendo que no puede descartarse la posibilidad de que haya Estados miembros que incluyan en la lista fedatarios sin «funciones equivalentes» a los fedatarios españoles), procede atender a una cuestión fundamental: ¿Qué sucedería si se solicita la aceptación de un documento público autorizado por un profesional o autoridad de otro Estado miembro, identificado como tal en la lista, pero cuyas funciones no son equivalentes a la de los profesionales —notarios— o autoridades españolas? ¿Podría darse la paradoja de que pudiera ser aceptado conforme al Reglamento, pero sin poderse inscribir en el Registro?

Al respecto cabrían dos hipótesis. Una basada en la exclusión en materia registral hecha por el propio Reglamento (art. 1.2.h). Es cada sistema registral el que decide los requisitos de inscripción y, por tanto, determina los títulos formales inscribibles. Los arts. 58 y 60 LCJI abonan esta tesis y, vistos los términos de la exclusión, no entran en colisión con el Reglamento en absoluto. Además, hay que volver sobre un principio del Reglamento, que es el respeto por los requisitos formales adicionales del Estado de aplicación (vid. arts. 23.3 y 25.2). Esta interpretación podría extremarse si invocáramos razones de orden público y por consiguiente el modo más radical, y previsto por el propio art. 58 del Reglamento, de denegar la aceptación del documento. Pero esto no parece necesario sino incluso exagerado. Y la otra hipótesis, basada en el efecto útil del reglamento. No sería fácil de aceptar que un documento que cumple los requisitos de aceptación del Reglamento no sea susceptible de inscripción, y esto, lleve declaración de fuerza ejecutiva conforme al art. 59, o se trate simplemente de la inscripción vista como una ejecución impropia o la continuidad lógica de los efectos que está llamado a producir dicho documento frente a tercero a través de la inscripción.

BIBLIOGRAFÍA



- ALONSO PÉREZ, J. I. *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea. Análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor*, Bosch, Barcelona, 2007.
- ÁLVAREZ GONZALEZ, S. “Una visión general posible del Derecho internacional privado de familia en la UE”. *La ley derecho de familia nº17*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2018.
- ANTÓN JUAREZ, I. *Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BONOMI, A.; WAUTELET, P. *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, Bruselas, 2013.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. *Derecho Internacional Privado (3ª ed)*, Tecnos, Madrid, 1983.
- CERVILLA GARZÓN, M. D. *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. *Régimen económico matrimonial. Derecho Sucesorio*, Reus, Madrid, 2021.
- FERNÁNDEZ-TREGUERRES GARCÍA, A. *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N°650/2012*. Navarra. Aranzadi, 2016.
- FERNÁNDEZ ROJAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado (10ª ed)*, Aranzadi, Navarra, 2018.
- IGLESIAS BUHIGUES, J. L.; AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.; PALAO MORENO, G. *Sucesiones internacionales. Comentarios al reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- IGLESIAS BUHIGUES, J. L.; PALAO MORENO, G.; QUINZÁ REDONDO, P. *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los reglamentos (UE) nº 2016-1103 y 2016-1104*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- JIMÉNEZ BLANCO, P. *Regímenes económico matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) N°2016/1103*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- OLIVA IZQUIERDO, A.; OLIVA RODRÍGUEZ, A. M. *Los regímenes económico matrimoniales del mundo*, Fundación Registral, Madrid, 2017.
- RODRIGUEZ BENOT, A.; CAMPUZANO DIAZ, B.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Mª ÁNGEL. *Manual de Derecho Internacional Privado (10ª ed)*, Tecnos, Madrid, 2023.
- RODRÍGUEZ RODRIGO, J. *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- VAN ERP, S.; AKKERMANS, B. *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law*, Bloomsbury Publishing, Oxford and Portland. 2012.





UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES
de
DERECHO

**SECCIÓN COMENTARIOS DE
SENTENCIAS**

VOL. 40 N.º 2

Número especial por la V Presidencia
española del Consejo de la Unión Europea





UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES
de
DERECHO

**EL IMPACTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN
EUROPEA EN EL ÁMBITO LABORAL**

Revisión jurisprudencial

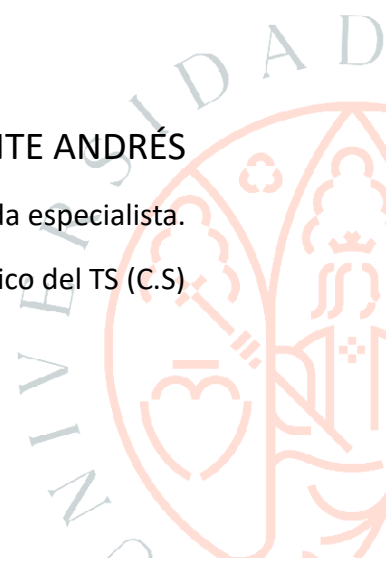
RAQUEL VICENTE ANDRÉS

Magistrada especialista.

Letrada coordinadora en el gabinete técnico del TS (C.S)

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU

TEULP 



El impacto del Derecho de la Unión Europea en el ámbito laboral. Revisión jurisprudencial

Resumen

La asunción por parte de España de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea durante el uno de julio, al próximo 31 de diciembre de 2023, permitirá avanzar en el denominado escudo social Europeo, máximo exponente del Estado del bienestar europeo, bajo el lema: una Europa más cerca, permitiendo desarrollar los principios consagrados en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales (adoptado por la Comisión en marzo de 2021), fomentando el diálogo social, el trabajo decente y la economía social, impulsando la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Política europea social, que marca el rumbo de la actuación legislativa nacional y jurisprudencial, impulsando una mejora en las condiciones de las personas trabajadoras, combatiendo la precariedad laboral, en ámbitos tan importantes como: la lucha contra la discriminación, la brechas en la era digital, el fraude en la contratación temporal, o la gestión de la ordenación del tiempo de trabajo. Sin duda, el impacto del Derecho de la Unión Europea, en el panorama nacional, ostenta un papel sumamente relevante, constituyendo a día de hoy el referente, en cuanto a salvaguarda de las garantías del escudo social de las personas trabajadoras.

Palabras clave: Derecho del trabajo. Derecho de la Unión Europea, jurisprudencia

The impact of European Union law in the labor sphere

Abstract

Spain's assumption of the Presidency of the Council of the European Union from July 1 to December 31, 2023, will allow for progress in the so-called European Social Shield, the highest exponent of the European welfare state, under the motto: a closer Europe. This role will enable the development of the principles enshrined in the Action Plan of the European Pillar of Social Rights (adopted by the Commission in March 2021), promoting social dialogue, decent work, and the social economy, and driving the implementation of the principle of equality between women and men. European social policy, which sets the course for national legislative and jurisprudential action, aims to improve the conditions of workers, combat job insecurity, and address crucial issues such as the fight against discrimination, gaps in the digital era, fraud in temporary contracting, and the management of working time arrangements. Undoubtedly, the impact of European Union Law on the national landscape plays an extremely relevant role, currently standing as the benchmark in safeguarding the guarantees of the social shield for workers.

Keywords: Labor Law, European Union Law, Case Law

SUMARIO¹: I. EL ESCUDO SOCIAL EUROPEO COMO OBJETIVO PRIORITARIO DE LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA EN EL CONSEJO DE LA UE. II.- EL IMPACTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA NORMATIVA NACIONAL. 1. La reforma laboral. 2.-Protección al informante. 3.- Conciliación. 4.-Teletrabajo. III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UE POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL. 1. La interpretación de la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. 1.1. Ordenación del tiempo del trabajo en régimen de disponibilidad no presencial. 1.2. Vacaciones y permisos. 1.3.-Jurisprudencia del TJUE sobre la duración máxima de la jornada . IV. EL DESPIDO COLECTIVO EN EL MARCO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. V. CONTRATACIÓN TEMPORAL. VI. PRINCIPIO DE IGUALDAD. 1.-Prohibición de discriminación en materia de remuneración. 2.-Igualdad por razón de sexo en el ámbito las prestaciones de Seguridad Social. 3.- Discriminación por razón de discapacidad. 4.- Discriminación por edad. VII. CONCLUSIONES.

I. EL ESCUDO SOCIAL EUROPEO COMO OBJETIVO PRIORITARIO DE LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA EN EL CONSEJO DE LA UE

Desde el 1 de julio de 2023 y hasta el 31 de diciembre de 2023, España ostentará la presidencia del Consejo de la Unión Europea, oportunidad única para impulsar los ideales de la UE, bajo el lema: “Europa más cerca”, en el marco de un programa, accesible y cercano a sus ciudadanos, basado en lograr el máximo nivel de bienestar para todos los europeos, en el que las políticas sociales, sin duda constituirán uno de los ejes nucleares en la consecución de tal cometido.

Fortalecer el Estado del Bienestar Europeo, supone implementar los principios trazados en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de 16 de noviembre de 2017 (adoptado por la Comisión en marzo de 2021), es decir, apostar por la garantía de los derechos de los trabajadores, en particular el derecho a un trabajo digno; la atención a las enfermedades laborales y a la salud mental, así como, la adopción de medidas en favor de la igualdad de trato y de género.

Por tanto, los ejes de actuación en materia social se centrarán en: la protección e inclusión social, la igualdad de oportunidades y el acceso al mercado de trabajo, con unas condiciones de trabajo justas, ya que, una Europa social fuerte, requiere de una mejora en el bienestar de sus ciudadanos.

¹ Este artículo ha sido realizado en el marco de la Cátedra Jean Monnet “*The Transformative Power of European Union Law (TEULP)*”, financiado por la Comisión Europea (*Project: 101047458 - TEULP - ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH*) y dirigido por Juan Jorge Piernas López, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.

Así, la Presidencia que ahora asume el Estado Español, se orientará a fortalecer el Estado de Derecho de la Unión, como pilar esencial del proyecto europeo, en el marco de una Europa más social, como objetivo nuclear de la Presidencia española.

Se trata de instaurar una nueva etapa, en la que España ostentará un papel muy relevante, al trazar el rumbo de las nuevas directrices de actuación de la UE, bajo el foco de la cumplimentación de los compromisos expresados por el Consejo Europeo Extraordinario en la Cumbre Social de Oporto de 2021, con una agenda que tiene como referentes: el diálogo social, el trabajo decente y la economía social.

En este contexto, y desde el punto de vista del diálogo social, se buscará modernizar la negociación colectiva, otorgándole el papel preponderante que le corresponde, buscando lograr un acuerdo con los agentes sociales europeos, en materia de teletrabajo y derecho a la desconexión digital, como nuevos retos y desafíos de la era digital.

Desde el plano del trabajo decente, será necesario asumir compromisos tendentes a lograr la igualdad entre mujeres y hombres en el mundo laboral y el empleo de las personas jóvenes. Para ello, habrá que potenciar los entornos de trabajo seguros y saludables, de acuerdo con el Marco Estratégico para la Seguridad y la Salud en el Trabajo 2021-2027.

En relación con la economía social, conforme al Plan de acción de la Unión a través de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2022, (2021/2179(INI))², se subraya la importancia de aquella, a la hora de promover la igualdad de género, ofreciendo oportunidades de empleo a las mujeres, en particular, a las que se encuentran en situaciones vulnerables. Máxime si se tiene en cuenta que, las mujeres representan más del 60 % de la mano de obra de la economía social.

De modo que, la Presidencia Española auspiciará iniciativas para que los Estados miembros, eliminen todos los obstáculos, con el fin de lograr la igualdad de género. Destacando el gran potencial, que la economía social tiene, para la creación de empleos de calidad y prácticas remuneradas para los jóvenes, lo que a su vez contribuirá a acelerar su integración en el mercado laboral.

Como valor transversal, el fomento de la igualdad de trato y de oportunidades y la lucha contra toda forma de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IP0288>

convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, guiará la agenda Española, lo que, desde el plano del derecho del trabajo y la Seguridad, se traducirá en la promoción de la igualdad retributiva y medidas de conciliación, a través del fomento de la corresponsabilidad.

En definitiva, la Presidencia centrará sus esfuerzos en desarrollar el escudo social europeo, apostando por la protección del empleo y las rentas, impulsando las iniciativas para reducir la no percepción de derechos (*Non-Take Up*), apostando por la protección de los trabajadores autónomos, la mejora de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social a nivel europeo e internacional, la movilidad laboral y la integración del mercado de trabajo europeo.

Una vez expuestas las líneas generales de actuación de la Presidencia Española del Consejo de la Unión Europea, procede exponer cómo la UE, ha sido y es el principal motor de cambio en la mejora de las condiciones laborales, no en vano, el fomento de la formación *upskilling*³ y las políticas de empleo, son clave en el desarrollo económico y social del conjunto de la Unión Europea y de sus Estados miembros⁴. Lo contrario supondrá, profundizar aún más las brechas sociales, salariales y de género, aumentando la precariedad en el trabajo.

Precisamente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la UE ha de promover el bienestar de sus pueblos y obrar en pro del desarrollo sostenible de Europa, alentando un crecimiento económico equilibrado, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, debiendo para ello, combatir la exclusión social y la discriminación, a la vez que se fomentan otros valores como la justicia y la protección sociales o la igualdad entre mujeres y hombres.

Tal es el alcance de los principios y el Derecho de la Unión Europea, que conforman un auténtico motor de cambio en el plano interno, tanto a nivel legislativo, como

³ La reforma laboral modifica el artículo 11 del ET estableciendo un contrato formativo con dos modalidades; formación en alternancia y contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuad al correspondiente nivel de estudios.

⁴ Conclusiones del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros» de 14 de julio de 2020.

jurisprudencial, no en vano, el juez nacional es juez comunitario (artículo 4 bis LOPJ), interpretando y aplicando el Derecho interno, de conformidad con el de la Unión (Von Colson y Kamann, 1984, Marleasing, 1990), pudiendo incluso, dejar sin aplicación aquella disposición de Derecho interno, contraria al Derecho de la Unión, anterior o posterior (Simmental, 1978).

Conviene, por ello, exponer los principales hitos que el Derecho de la UE, ha supuesto en el plano interno.

II. EL IMPACTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA NORMATIVA NACIONAL

A nivel legislativo, las últimas y significativas reformas, han tomado como referente las disposiciones normativas europeas, calando de lleno en el marco legislativo español, incorporando cambios, que han supuesto un antes y un después, en cuanto a figuras sumamente arraigadas en el panorama interno, como el recurso generalizado a la contratación temporal, el cambio de mentalidad en cuanto a la protección del informante, o la ampliación de permisos en sede de conciliación familiar.

1. La reforma laboral

El Real Decreto ley 32/2021 de 28 de diciembre, convalidado mediante la publicación de la resolución de 3 de febrero de 2022 del Congreso (BOE de 8 de febrero de 2022), se formula para alcanzar los objetivos trazados en el Reglamento UE 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el mecanismo de recuperación y resiliencia, en la lucha contra la temporalidad, el desempleo y la precariedad laboral, apostando por la modernización e impulso de la negociación colectiva.

La incidencia europea en esta reforma laboral se constata por el propio legislador, al señalar en la Exposición de Motivos de la norma, cómo la misma pretende dar cumplimiento a las recomendaciones establecidas en las conclusiones del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros de 14 de julio de 2020, como factor clave para el desarrollo económico y social, del conjunto de la Unión Europea y de sus Estados miembros.

En efecto, la reforma causaliza la contratación temporal, en línea con las exigencias marcadas por la jurisprudencia europea⁵, poniendo fin a los altos índices de temporalidad que nuestro país presentaba en el entorno europeo, tan solo por detrás de Polonia.

Recoge la reforma laboral, la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, sobre los límites de la validez en la contratación temporal, incorporando las directrices clave, para que la relación laboral de naturaleza temporal, no fuera utilizada por el empleador en el sentido de privar a los trabajadores de derechos que, por otra parte, sí eran reconocidos a aquellos que se hallaban en una modalidad de contrato de duración indefinida, garantizando así, el principio a la no discriminación y fraude en la contratación temporal⁶.

En esta misma línea de cambio legislativo motivado por las exigencias europeas, se ha publicado el Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, con el objetivo de dar cumplimiento a parte de los compromisos recogidos en el Componente 23 (Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo) del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de abril de 2021, y en la Decisión de Ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de España (*Council Implementing Decision-CID*), de 13 de julio de 2021.

2. Protección al informante

La ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, como normativa paralarboral, procede a la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento

⁵ STJUE, de 24 de junio de 2021, C-550/19, cuestiona que en los contratos fijos de obra, la fijación de una indemnización sea una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos, como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales y que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada «fijos de obra» se considere justificada por «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), de dicho Acuerdo Marco, meramente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, ya que en la práctica, esa renovación puede responder a necesidades de personal permanentes y estables.

⁶ *Vid.* STJUE, de 21 de noviembre de 2018 (C-619/17), conocida como Diego Porras II; STJUE, de 5 de junio de 2018 Montero M. (C-677/16); STJUE, de 5 de junio de 2018, Norte Facility (C-574/16).

Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

La normativa establece medidas de protección al informante, en lucha contra la corrupción y posiciones de abuso, acoso o ilícitos a nivel interno, configurándose canales de transmisión de la información seguros y adecuados, en aras de salvaguardar el funcionamiento eficiente de los mercados de la Unión, fortaleciéndose así los valores democráticos y el Estado de Derecho de los distintos Estados miembros.

3.- Conciliación

La trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, tiene lugar en el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; siendo transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (Libro II).

Señalándose en su Exposición de Motivos que, la transposición de la Directiva, enriquece las mejoras y aportaciones del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Se da cumplimiento al artículo 11 de la Directiva, sobre la obligación de establecimiento de mecanismos para que las personas que ejercen los derechos de conciliación, no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio, al modificar el apartado c del artículo 4.2 del ET, relativo a los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, declarando que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres, por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral, será constitutivo de discriminación por razón de sexo, en línea con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair) y los artículos 53.4 y 55.5 del ET (en relación con lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva

(UE) 2019/1158) en el marco de la protección contra el despido, derivada del disfrute de permisos de conciliación, recogiendo que su vulneración sea causa expresa de nulidad.

Otras modificaciones de la normativa española para su adaptación al Derecho de la Unión Europea, son las relativas al derecho a la adaptación de la jornada de las personas con dependientes a cargo (artículo 38.4 del ET), en relación con lo establecido en el artículo 9 de la Directiva; la ampliación del ámbito subjetivo, incluyendo a las parejas de hecho (artículo 37.3 del ET) del permiso de cuidadores, previsto en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/1158; o la regulación de un nuevo permiso, para que las personas trabajadoras puedan ausentarse por razones justificadas de urgencia familiar (artículo 37.9 del ET), acomodándose a lo dispuesto en el artículo 7 y considerando 28 de la Directiva.

4.-Teletrabajo

La ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, toma como referente el Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo, de 16 de julio de 2002, firmado por la CES, UNICE/UEAPME y la CEEP (revisado en 2009), que establecía un marco de flexiseguridad general europeo, sobre las condiciones laborales de teletrabajadoras y teletrabajadores.

La ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas (start-up), regula el marco normativo de los teletrabajadores internacionales en España, no ya tanto como trabajadores, sino como residentes, incluyendo beneficios fiscales.

Asimismo, el 4 de agosto de 2023, se ha publicado en el BOE el Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004, en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual.

III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UE POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Los jueces nacionales como jueces europeos, además de interpretar el Derecho interno de conformidad con el de la Unión (*vid.* Von Colson y Kamann; Marleasing)⁷, deben dejar

⁷ STJCE de 10 de abril de 1984 (C-14/83).

sin aplicación toda disposición de Derecho interno contraria al Derecho de la Unión, anterior o posterior (Simmental)⁸.

Dos son pues las tareas que se encomiendan a los jueces nacionales como jueces europeos, por un lado la interpretación y por otro, lado la aplicación del Derecho nacional conforme al Europeo.

En este sentido, hay que destacar cómo los dictados del TJUE, han motivado el cambio de rumbo de la jurisprudencia de la Sala IV, principalmente en el ámbito de la contratación temporal, ordenación del tiempo de trabajo y despidos colectivos.

1.- La interpretación de la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo

Desde el punto de vista de la interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea, en relación con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, hay que destacar que, se trata de una norma que establece disposiciones mínimas en materia de ordenación del tiempo de trabajo, destinándose a mejorar las condiciones de los trabajadores y en particular en cuanto al derecho al descanso semanal, fijando su duración máxima y reconociendo el derecho a vacaciones anuales retribuidas como un derecho fundamental (artículos 5, 6 y 7).

1.1.- Ordenación del tiempo del trabajo en régimen de disponibilidad no presencial

La doctrina europea sobre interpretación de la Directiva 2003/88/CE en materia de tiempo de trabajo, ha calado profundamente en las decisiones del Tribunal Supremo, especialmente a la hora de delimitar qué debe entenderse por tiempo de trabajo, en contraposición a tiempo de descanso⁹.

⁸ STJCE de 9 de marzo de 1978 (C-106/77), relativa al planteamiento de una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 189 del Tratado CEE y, más en particular, sobre las consecuencias de la aplicabilidad directa del Derecho comunitario en caso de conflicto con disposiciones de la ley nacional que, en su caso, sean contrarias a este. Los jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de estas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional.

⁹ Esta dicotomía se refleja con claridad en la STS, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1249/2017), al declarar que: "Es un sistema binario que descarta las categorías intermedias (tiempo de espera, tareas preparatorias, funciones de apertura y cierre...)".

En el caso Matzak [STJUE, de 21 de febrero de 2018 (C-518/15)] el TJUE había declarado que, siempre que se limite la opción de disfrute de tiempo de esparcimiento, orientado a los intereses personales y sociales, por la obligación de presentarse en el lugar de trabajo, podría hablarse de tiempo de trabajo.

En efecto, la Directiva europea no puede tener una aplicación restrictiva, por lo que, el plazo de ocho minutos de respuesta a las convocatorias del empresario, restringía la posibilidad de realizar otras actividades, siendo, en consecuencia, considerado como tiempo de trabajo.

En el ámbito interno, la STS, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1249/2017) estimó que, no era tiempo trabajo, el tiempo del trayecto empleado por los bomberos entre la zona de acceso a la empresa y la de trabajo efectivo.

La STS, Sala de lo Social, de 2 de diciembre de 2020 (rec. núm. 28/2019) asimismo desestimó el recurso de los sindicatos, al no considerar como tiempo de trabajo el régimen de guardia de disponibilidad de grado I de los bomberos del sector de prevención-extinción de incendios forestales¹⁰.

En este caso, el servicio de guardia implicaba que, desde que se recibía la llamada, el trabajador debía equiparse debidamente y trasladarse al lugar o punto de encuentro en los 30 minutos siguientes.

El Tribunal Supremo apreció que, el elemento temporal que define al concepto tiempo de trabajo, medido como el tiempo breve de respuesta al llamamiento de la empresa para acudir al lugar de trabajo, no se podía calificar como tiempo muy limitado, o de respuesta inmediata, presentándose como adecuado el plazo de treinta minutos de reacción¹¹.

Ahora bien, algunos aspectos de esta jurisprudencia nacional, deben entenderse superados tras los recientes dictados del TJUE, en concreto en relación con los tiempos de reacción en el régimen de disponibilidad no presencial.

¹⁰ Es disponibilidad en grado 1 la prestación de servicios de guardia en un día de trabajo desde las 0,00 horas hasta las 0,00 del siguiente día, descontando el tiempo de la jornada normal. Asimismo, el trabajador estará localizable durante las veinticuatro horas de su día de libranza para ser avisado de la hora de incorporación en su día de trabajo.

¹¹ Fto. Jco. 2.

Ilustrativas resultan la STJUE de 9 de marzo de 2021 (C- 580/19), RJ vs Stadt Offenbach am Main), considerando que sí era tiempo de trabajo el periodo de guardia en régimen de disponibilidad no presencial, durante el cual, el trabajador debía poder presentarse en el término municipal de la ciudad en la que estaba destinado en un plazo de veinte minutos, puesto que las limitaciones impuestas a dicho trabajador, durante ese periodo, eran de tal naturaleza, que afectaban objetivamente y de manera considerable, a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo periodo, el tiempo para dedicarlos a sus propios intereses.

En el mismo sentido, se pronuncia la STJUE de 9 de marzo de 2021 C- 344/19, D.J. y Radiotelevizija Slovenija, entendiendo que, podría ser tiempo de trabajo, un periodo de guardia en régimen de disponibilidad no presencial, durante el cual, un trabajador solo debía estar localizable por teléfono y apto para presentarse en su lugar de trabajo, en caso de necesidad, en el plazo de una hora, siendo las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese periodo, de tal naturaleza que afectaban objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar su ocio libremente.

Más acorde con esta nueva línea jurisprudencial, se muestra la STS de 18 de junio de 2020 (rec. núm.242/2018) al baremar la problemática sobre tiempo de trabajo, en relación con las guardias de disponibilidad, con los criterios del número de intervenciones requeridas, y la incidencia sobre la vida personal y social de los trabajadores.

También lo es, la STS, Sala de lo Social de 22 de noviembre de 2022, (nº 929/2022, rec. núm.) 3318/2021, al declarar que los servicios de guardia que realiza un trabajador en régimen de presencia física en el centro laboral (conductor ambulancia), deben considerarse tiempo de trabajo en su totalidad, y, en su caso, horas extraordinarias, independientemente de las prestaciones laborales, realmente efectuadas por el interesado durante esas guardias¹².

En régimen de ordenación de tiempo de trabajo, también hay que aludir a la STJUE de 3 de octubre de 2000 (C-303/98), que resolvió sobre una petición de decisión prejudicial planteada por el TSJ de la Comunidad Valenciana, en el litigio entre el SIMAP (Sindicato de médicos de asistencia pública) y la Consellería de Sanidad de la Generalitat,

¹² Fto. Jco. 3.

declarando que el tiempo dedicado a atención continuada prestado por los médicos de equipos de atención primaria, en régimen de presencia física, era tiempo de trabajo y que si la prestación de servicios por dichos médicos lo era en régimen de localización, sólo debía considerarse tiempo de trabajo, el correspondiente a la prestación efectiva de servicios.

Ahora bien, esta sentencia ha sido matizada por la STJUE de 9 de septiembre de 2003 (C-151/02), asunto Jaeger, al afirmar que el servicio de atención continuada (*Bereitschaftsdienst*) que efectuaba un médico, en régimen de presencia física en el hospital, también constituía tiempo de trabajo, aun cuando al interesado se le permitiera descansar en su lugar de trabajo, durante el periodo en que no se solicitaban sus servicios.

La STJUE de 10 de septiembre de 2015 (C-266/14), asunto Tyco¹³, concluyó que, en las circunstancias en las que los trabajadores carecen de centro de trabajo fijo o habitual, el tiempo de desplazamiento que dichos trabajadores dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y último cliente, constituye tiempo de trabajo.

La propia Audiencia Nacional [SAN, Sala de lo Social, de 23 de enero de 2023 (rec. núm. 333/2022)] consideró tiempo de trabajo, con base en la sentencia Tyco, aquellos desplazamientos que realizaban los trabajadores encargados de la instalación de ascensores, desde el centro base, hasta el lugar de prestación efectiva del servicio.

1.2.- Vacaciones y permisos

El derecho a las vacaciones anuales, emana y deriva directamente de la Directiva 2033/88/CE¹⁴ (artículo 7), por lo que, no solo no admite excepción alguna en cuanto a su contenido esencial, sino que la normativa que desarrolle cada Estado, lo será en cuanto a su ejercicio o duración, no en cuanto a su constitución (artículo 17 de la Directiva).

¹³ El TJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, en el procedimiento entre CC.OO y la empresa Tyco.

¹⁴ Artículo 52 de la CDFUE: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

Por tanto, el derecho a las vacaciones anuales para el Derecho de la UE, es un derecho fundamental¹⁵, que tiene como fin garantizar a la persona trabajadora un descanso real y efectivo, que le permita satisfacer sus necesidades de ocio y esparcimiento.

Lo cual a su vez entronca con el derecho a la protección eficaz de su salud y seguridad¹⁶, de modo que ante cualquier eventualidad, que no permita tal disfrute (jubilación, fallecimiento o enfermedad), este debe poderse realizar o bien en un momento ulterior o bien garantizarse mediante una efectiva compensación¹⁷.

Este razonamiento, llevó a que algunos juzgados reconocieran el derecho a recuperar las vacaciones anuales, si estas habían coincidido con el periodo de confinamiento, reservando su ejercicio a un momento posterior, en línea con la interpretación jurisprudencial del TJUE sobre la Directiva 2003/88¹⁸.

Esta consideración de Derecho Fundamental para el Derecho de la Unión Europea, no se equipara al tratamiento dispensado a nivel nacional, puesto que la CE, si bien consagra tal derecho, no le otorga el rango de fundamental, lo cual genera no pocas distorsiones.

Ahora bien, su valor como derecho esencial, es indubitado para la jurisprudencia nacional, y así la Sala Social del TS, ha declarado (STS, de 20 de Julio de 2017 (nº 660/2016, rec. núm. 261/2016) que el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas, es un principio del derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual, no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes, únicamente puede efectuarse, respetando los límites establecidos expresamente por la Directiva 93/104, modificada por la Directiva 2003/88.

¹⁵ El derecho a las vacaciones anuales retribuidas, se contempla en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 31.2) que como instrumento internacional presenta una especial fuerza jurídica vinculante, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre la invocabilidad del Derecho reconocido en la Carta por un particular vid.. STJUE de 15 enero de 2014 C 176/12, apartado 47

¹⁶ Vid. Apartado 42 de la STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-684/16).

¹⁷ SSTJUE de 30 de junio de 2016 (C-178/15); de 12 de junio de 2014 (C-118/13) Bollacke; de 22 de mayo de 2014 (C-539/12), Lock; de 29 de noviembre de 2017 (C-213/16) King; de 4 de octubre de 2018 (C-12/17), Dicu; de 21 de noviembre de 2018 (C-245/17); de 10 de septiembre de 2009 (C-277/08), Vicente Pereda; de 26 de abril de 2018 (C-234/16 y C-235/16), asunto Anged; de 20 de enero de 2009 (C-350/06), Gerhard Schultz-Hoff; 3 de mayo de 2012 (C-337/10), Neidel; 20 de julio de 2016 (C-341/15), Mascheck; 6 de noviembre de 2018 (C-684/16), Shimizu.

¹⁸ Sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social de Santander de 16 de septiembre de 2020 (rec. núm. 283/2020) y Juzgado de lo Social de Melilla, de 3 de noviembre de 2020 (rec. núm. 160/2020).

El juez nacional debe por tanto, velar porque la norma respete, en todo caso, el contenido nuclear de dicho derecho, hasta el punto de que, si la norma nacional es contraria, se proceda a su inaplicación¹⁹ en virtud del principio de primacía. De modo que, los Tribunales nacionales podrían apartarse de la jurisprudencia nacional, incluso si la misma es reiterada, cuando no sea acorde con lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE.

Ello, sin duda, provoca fricciones en el panorama nacional, a la hora de determinar cuál debe ser la adecuada acomodación al plano del Derecho de la Unión.

Paradigma de esta disputa jurisprudencial, es la interpretación que debe darse a la jurisprudencia del TJUE en torno a la obligación del empresarial de velar o garantizar el disfrute por parte de la persona trabajadora de su derecho a las vacaciones anuales remuneradas²⁰.

Por un lado, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 11 de febrero de 2022 (rec. núm. 884/22), concluye que la empresa, sí había acreditado que actuó con la diligencia razonable necesaria para que el trabajador pudiera efectivamente tomar las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho, puesto que los trabajadores eran conocedores de que debían solicitarlas, conociendo el procedimiento para hacerlo, sin que la empresa impidiera, ni denegara el derecho a dichas vacaciones.

En cambio, en la sentencia de ese mismo órgano judicial, STSJ, Sala de lo Social, Madrid, de 31 de enero de 2022 (rec. núm. 691/2021), se llega a una conclusión diferente, al declarar que el empresario no había cumplido con la carga de la prueba sobre el derecho a las vacaciones anuales, consistente en velar de manera concreta y transparente porque el trabajador hubiera efectivamente podido disfrutar de aquellas, incitándole, en su caso, formalmente a hacerlo, e informándole de manera precisa y oportuna de los términos de su derecho, de manera que, si no lo ejercitaba, este se perdía por llegada del término del período de su devengo.

¹⁹ STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-684/16).

²⁰ Vid. STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-684/16) y 22 de septiembre de 2022 (C-518/20).

Es más, la Sala de lo Social del TSJ de Comunidad Valenciana ha planteado cuestión prejudicial²¹, con el fin de clarificar si es acorde con el Derecho Europeo, la normativa nacional, que permite la prescripción del derecho a vacaciones, cuando el trabajador no ha hecho uso del procedimiento urgente de reclamación de vacaciones no disfrutadas²².

Por último indicar, que el TJUE²³, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social de la AN²⁴ ha precisado que, no puede confundirse el derecho a vacaciones, con aquellos permisos que se destinan a otros propósitos, en particular, servir a las necesidades y obligaciones que los contemplan, quedando estos fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88/CE.

1.3.-Jurisprudencia del TJUE sobre la duración máxima de la jornada

La Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, establece la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, encomendando a los Estados miembros, en su artículo 6, que adopten: “Las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y salud de los trabajadores” se limite la duración del tiempo de trabajo semanal (apartado a) y que: “La duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de 7 días”.

Por su parte el artículo 22 de la Directiva admite que un Estado miembro no aplique el artículo 6: “A condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo. Esta excepción se permite siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores” (C-356/13, EU:C:2014:2386, apartado 104).

La STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18) señala que, para garantizar el efecto útil de la Directiva, los Estados Miembros deben imponer a los empresarios, la obligación de

²¹ Auto de cuestión prejudicial de 25 de octubre de 2022, en autos de recurso de suplicación 3365/2021.

²² Los artículos 125 y 126 de la LRJS protegen de forma específica, mediante un procedimiento urgente el no ejercicio del derecho a vacaciones anuales.

²³ STJUE de 4 de junio de 2020 (C-588/18).

²⁴ Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 3 de septiembre de 2018, núm. 1617/18.

implantar un sistema objetivo y fiable que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador (C-55/18), en respuesta a una cuestión planteada por la Audiencia Nacional en materia de registro de jornadas, siendo partes la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) y Deutsche Bank, S.A.E.

El sindicato español (CCOO) recurrió ante la Audiencia Nacional solicitando el establecimiento de un sistema de registro de la jornada laboral diaria que realizaba su plantilla. La pretensión del sindicato se sustentaba en la consideración de que, de esta forma, sería posible comprobar el cumplimiento de los horarios de trabajo pactados, así como la obligación de comunicar a los representantes sindicales, la información sobre las horas extraordinarias realizadas mensualmente.

El Tribunal de Justicia estimó que las Directivas, consideradas a la luz de la Carta, se oponían a una normativa que, no imponía a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permitiera computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

Es decir, una normativa nacional que no establezca la obligación de utilizar un instrumento que permitiera realizar esa comprobación, no podría asegurar el efecto útil de los derechos que confieren la Carta y la Directiva, comprometiendo su objetivo, consistente en garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, independientemente de cuál fuera la duración máxima del tiempo de trabajo semanal adoptada por el Derecho nacional. Por tanto el registro de jornada debía ser objetivo y fiable.

En aplicación de esta sentencia, el Tribunal Supremo, en STS, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2023 (ratificando la sentencia dictada en su día por la AN) ha desestimado el recurso interpuesto por FESIBAC-CGT, declarando que el hecho de atribuir al trabajador la responsabilidad de discernir aquellos periodos de descanso, de los que no se corresponden con tiempo de trabajo efectivo, no supone que deje de ser por este motivo objetivo y fiable, puesto que esa misma situación, es la que habitualmente se presenta en cualquier modalidad de control horario, dando al trabajador una cierta flexibilidad en el desarrollo de su jornada de trabajo.

IV. EL DESPIDO COLECTIVO EN EL MARCO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C-422/14), Pujante Rivera vs. Gestora Clubs Dir, S.L. y FGS, señala que, los trabajadores a efectos de la Directiva europea, son también aquellos que tienen contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinados.

A efectos de interpretación del término habituales, no cabe concluir de inmediato que las personas con un contrato de trabajo celebrado por una duración o para una tarea determinadas, no puedan considerarse trabajadores habitualmente empleados en el centro de trabajo de que se trate.

Sobre el concepto de despido, precisó que: engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento, como resultaba, en el caso de autos, la extinción solicitada por la trabajadora, con origen en la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Concluyendo que: “La Directiva 98/59 ... debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador, queda comprendido en el concepto de despido utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva”.

Ahora bien, se introduce un matiz muy importante en cuanto al cómputo o cálculo de los umbrales del despido colectivo, ya que: “Para acreditar la existencia de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, la condición establecida en el párrafo segundo de ese precepto, según la cual es preciso que los despidos sean al menos 5, debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas a un despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto”.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 13 de mayo de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona) — Andrés Rabal Cañas/Nexea Gestión Documental, S.A., Fondo de Garantía Salarial (Asunto C-392/13), declara que el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las

legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta, establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata, deberían calificarse de despido colectivo, a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva.

La sustitución del término centro de trabajo, por el de empresa, sólo puede considerarse favorable a los trabajadores, si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzara el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de despido colectivo.

Esta jurisprudencia, inmediatamente fue acogida por la Sala de lo Social del TS [(STS de 13 de junio 2017 (rec. 196/2016)].

Además, en esta misma línea, la STS, Sala de lo Social, de 8 de septiembre de 2021 (rec. 3348/2018) afirmó que la jurisprudencia europea, equiparaba las extinciones de contrato derivadas de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo unilateralmente decididas por el empresario, a los despidos.

La STJUE de 11 de noviembre de 2020, C-300/19 Marclean Technologies, ha propiciado asimismo una matización de la jurisprudencia de la Sala Social del TS, a la hora de interpretar la Directiva 98/59 sobre el cómputo de los umbrales. que deben tenerse en cuenta para contabilizar el número de despidos, a efectos de examinar si concurre una situación de fraude en el despido colectivo, ya que, hasta la misma, el Tribunal Supremo únicamente tenía en cuenta el período de 90 días del artículo 51 del ET, referido exclusivamente al período anterior a la fecha del despido impugnado.

El Tribunal de Justicia declara en esta sentencia, conocida como la doctrina del compás, que el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el

sentido de que, a efectos de apreciar si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia previsto en dicha disposición para determinar la existencia de un despido colectivo, ha de calcularse computando todo período de 30 o de 90 días consecutivos, en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición.

En aplicación de esta STJUE, la STS, Sala de lo Social, de 21 de julio de 2021 (nº 810/2021, rec. 2128/2018), rectifica su doctrina, conforme a la que, el cómputo de los 90 días, debía efectuarse desde la fecha del último de los despidos computables hacia atrás. Por tanto, el periodo de 90 días, a partir de ahora podrá ser el anterior, o bien, el posterior, al despido individual en el litigio, y durante el cual se hayan producido el mayor número de despidos y extinciones contractuales computables a estos efectos.

Ahora bien, en todo caso, se exige que tales periodos sean sucesivos y consecutivos, sin que pueda remontarse el cómputo, a fechas tan alejadas en el tiempo a la fecha del despido individual, que queden fuera de cualquiera de los ciclos sucesivos de 90 días.

En cuanto a la incidencia del principio de igualdad sobre el despido colectivo, resultó muy controvertido el caso Porras Guisado, ampliamente alegado en la praxis nacional por la parte empresarial.

La STJUE de 22 de febrero de 2018 (C-103/16), responde a una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante auto de 20 de enero de 2016, en el procedimiento entre Jessica Porras Guisado y Bankia, S.A.

Recuerda el TJUE que el artículo 10 de la Directiva 92/85, da una protección particular para la mujer, estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido.

Por consiguiente, los motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, por los cuales se efectúan los despidos colectivos, en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva

98/59, constituyen casos excepcionales, no inherentes al estado de las personas trabajadoras, a efectos del artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, se indica que, el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85, debe interpretarse en el sentido de que, no se opone a una normativa nacional, que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59, siempre y cuando la decisión se base en motivos objetivos justificados y se haga por escrito. Estos motivos pueden ser, entre otros, económicos, técnicos, organizativos o de producción de la empresa.

Señala además, que la Directiva 92/85, concretamente su artículo 10, punto 1, no obliga a los Estados miembros a establecer una prioridad de permanencia en la empresa, ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad al despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

V. CONTRATACIÓN TEMPORAL

De especial notoriedad ha resultado ser el denominado asunto Ana de Diego Porras, a raíz de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en relación con la interpretación de la Directiva 99/70/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, marcando un punto de inflexión en cuanto a la interpretación jurisprudencial sobre los trabajadores de duración determinada, que culmina, como se ha indicado con la reforma laboral.

Como es sabido, inicialmente el TJUE, en sentencia de 14 de septiembre de 2016, apreció que, el mero hecho de que el trabajador hubiera prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad, no puede constituir una razón objetiva, que permitiera justificar la negativa a que dicho trabajador tuviera derecho a una indemnización.

Esta sentencia propició un sinfín de pronunciamientos nacionales judiciales muy dispares, que motivó el obligado planteamiento de cuestión prejudicial por la Sala IV del TS, por auto de 25 de octubre de 2017, indicando que la ley nacional sí reconocía una indemnización para los trabajadores interinos y para cualquier otro trabajador temporal, cuando la extinción del contrato se producía por las causas establecidas a tal efecto, ya

que no se distinguía entre temporales o indefinidos, ello en atención a las causas objetivas del artículo 52 del ET²⁵.

Tras este auto, el TJUE dicta sentencia en fecha 21 de noviembre de 2018 (C-619/17), conocida como Diego Porras II, en la que se siguen los criterios asentados en M. M.(contrato de interinidad por vacante) y Norte Facility (de 5 de junio de 2018, C-574/16), contrato de relevo, sobre el alcance del principio de no discriminación en el ámbito de la contratación temporal.

En ella se concluye que una normativa nacional, que no contempla indemnización para los contratos de duración determinada como interinidad por sustitución, no es considerada discriminatoria, siendo el tribunal nacional, quien habrá de medir si el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con contratos de duración determinada, es una medida hábil a los efectos de prevenir y en su caso, sancionar los abusos de la utilización de sucesivos contratos temporales.

El eco de estas sentencias fue muy sonado en el panorama nacional, a título ilustrativo, las SSTSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 2ª, S 5-7-2017, nº 710/2017, rec. 555/2017, 4.- STSJ Asturias Sala de lo Social de 29 junio de 2017 (EDJ 2017/149327), TSJ Galicia Sala de lo Social, sec. 1ª, S 8-5-2017, nº 2540/2017, rec. 981/2017, TSJ Andalucía (Málaga) Sala de lo Social, sec. 1ª, S 16-11-2016, nº 1778/2016, rec. 1515/2016 3 TSJ País Vasco Sala de lo Social, sec. 1ª, S 19-9-2017, nº 1806/2017, rec. 1622/2017:

Clarificándose finalmente, la interpretación jurisprudencial sobre contratación temporal a raíz del caso IMIDRA en relación con la figura de los indefinidos no fijos, STJUE de 3 de Junio de 2021 (C-726/2019), al señalar que la asimilación del personal sujeto a la contratación temporal, a los trabajadores indefinidos no fijos, sí podría ser una medida efectiva sancionatoria de la utilización abusiva de la contratación temporal, no así el abono de una indemnización por extinción del contrato, puesto que el establecimiento de una indemnización sería independiente del carácter lícito o abusivo de la utilización de tales contratos.

²⁵ El argumento crucial y no tenido en cuenta en la sentencia Diego Porras I, es que la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (53.1 .b en relación con el art. 52 ET) , independiente de la duración determinada o fija, establece la misma indemnización

Indicando que el parámetro de tres años previsto en el artículo 70 del EBEP, actuaría *a priori* como plazo prudencial para la organización del proceso selectivo, justificando la necesidad temporal a que responde la contratación, siendo, por tanto, una medida preventiva, tendente a evitar la perpetuación de la situación de precariedad de quien ocupa provisionalmente la plaza, a la espera de su cobertura definitiva.

Por tanto, para el TJUE, una normativa que no permite la asimilación de los trabajadores temporales a los trabajadores indefinidos no fijos y que no contiene ninguna otra medida efectiva de prevención y sanción del abuso en la contratación temporal, se opone al Derecho Europeo.

Esta sentencia motivó el cambio de rumbo en la doctrina de la Sala IV, tal y como se constata en la STS, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2021 (rec. núm. 3263/2019), al instaurar una suerte de presunción *iuris tantum* sobre el plazo de tres años que marca el EBEP (artículo 70), en el sentido de que los procesos selectivos, no deben exceder tal plazo, so pena de incurrir en duración injustificadamente larga, sin que pueda ampararse en razones presupuestarias, salvo circunstancias extraordinarias y cuya prueba compete, en todo caso, a la entidad pública.

VI. PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo, se concibe como un criterio de general aplicación, consagrado en los artículos 157 del TFUE y 23 de la CDFUE, siendo uno de los objetivos nucleares de las políticas europeas. De modo que, la aplicación e interpretación de las Directivas sobre igualdad, pasa a ser uno de los campos de batalla, en los que el TJUE, se ha mostrado más activo, resultando imprescindible examinar los principales pronunciamientos sobre el particular.

1.-Prohibición de discriminación en materia de remuneración

En materia salarial, es referente la STJUE *Defrenne contra Societe Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena*, de 15 de junio de 1978, declarando la existencia de discriminación por razón de género, en la retribución que percibía la azafata de vuelo, en relación con la de sus compañeros de sexo masculino que realizaban el mismo trabajo.

En esta línea, la Sala de lo Social de la AN, ha formulado auto de planteamiento de cuestión prejudicial, a fecha de 17 de marzo de 2023 (rec. impugnación de convenio

colectivo 350/22), preguntando al TJUE, si existe una discriminación por razón de sexo por parte de la compañía Air Nostrum, en el pago de dietas superiores a pilotos que a azafatas.

En el asunto Jenkins, sentencia de 31 de marzo de 1981, asimismo el TJUE declaró que existe discriminación en la remuneración diferenciada del personal a tiempo parcial preponderantemente femenino.

También en materia retributiva, en la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 1980, caso Danfoss, se señala que, cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de probar que su política de salarios no es discriminatoria.

La STS, Sala de lo Social, 24 de enero de 2017 (nº 43/2017, rec. 1902/2015) aprecia un supuesto de discriminación directa por razón de sexo, en la minoración retributiva de una médico residente que, por adaptación de su puesto de trabajo durante el embarazo y la lactancia, deja de realizar guardias médicas, declarando que la reducción de la remuneración de una trabajadora que sigue trabajando efectivamente, no sólo sería contraria al objetivo de protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 92/85 (EDL 1992/16806), sino que además, vulneraría las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras”.

El auto dictado por el TJUE de 15 de octubre de 2019 (AEAT), declara contraria a la Directiva 2006/54/CE, la situación en la que, a los trabajadores fijos discontinuos, solo se les computa a efectos del cálculo de antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, los periodos efectivamente trabajados, excluyéndose, por tanto, los periodos en los que no se había trabajado, teniendo en cuenta que esa normativa y práctica, no se aplicaba al caso de los trabajadores a tiempo completo.

La recepción de esta sentencia, nuevamente fuerza al TS a modificar su doctrina, en STS, Sala de lo Social, 19 noviembre de 2019 (rec. núm. 790/2019), pasando a reconocer a los a los fijos discontinuos todo el tiempo de duración de la relación laboral, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional.

2. Igualdad por razón de sexo en el ámbito las prestaciones de Seguridad Social

No solo el ámbito de la remuneración es un campo de cultivo de la discriminación por razón de sexo, también, en el marco de la lactancia y embarazo, ocurren con frecuencia este tipo de vulneraciones del principio de igualdad. Así entre otros pronunciamientos citamos lo siguientes:

En la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (C-104/09), caso Roca Álvarez. el TJUE considera que la legislación española, está perpetuando un trato discriminatorio para con los padres trabajadores, pues a diferencia de las mujeres que tienen acceso en cualquier caso al permiso por lactancia, los varones sólo pueden acceder al mismo si su cónyuge o pareja es trabajadora por cuenta ajena.

En aplicación de esta doctrina el TS, en STS, Sala de lo Social, de 12 de julio de 2022 (rec. núm. 646/2022), confirma el derecho del padre a disfrutar del permiso de lactancia, tras el nacimiento de su hijo menor de nueve meses, que le había sido denegado por la empleadora, al no desempeñar la madre trabajo retribuido.

Sobre el reconocimiento del complemento de maternidad: la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-450/18), declara que la Directiva 79/7/CEE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica, no tienen derecho a tal complemento de pensión.

Son numerosas las sentencias dictadas en aplicación de esta doctrina, así entre otras podemos citar STS, de 17 de febrero de 2022 (rec. 3379/2021), o STSJ de Comunidad Valenciana de 9 de marzo de 2022 (rec. 1059/2021).

Otra sentencia de indudable interés, es la STJUE González Castro, de fecha 19 de Septiembre de 2018 (C-41/17), sobre interpretación de las Directivas 92/85 (protección por maternidad) y 2006/54 (igualdad y no discriminación por razón de sexo) en materia de riesgo por lactancia natural.

El Tribunal de Justicia considera que realizar un trabajo a turnos, con una parte de sus funciones en horario nocturno, es un trabajo efectuado en el período nocturno, en el sentido de la Directiva 2003/88, así como, que, la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia, debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate.

Doctrina que, es acogida en la STSJ Castilla y León (Valladolid) (Social), de 25 de mayo de 2020 (rec. 2203/2019), estimando el recurso de la trabajadora, al no haberse elaborado un plan específico de evaluación riesgos en el desarrollo de su actividad como veterinaria.

En relación con la inversión de la carga probatoria, en materia discriminación por razón de sexo, es referente la sentencia del TJUE Paquay de 11 de octubre de 2007, afirmando sin fisuras que, si una persona se considera perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato y hay hechos que permiten presumir la existencia de discriminación, directa o indirecta, corresponde a la parte demandada, demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

En relación con el reconocimiento de la prestación de desempleo del colectivo de empleadas de hogar, hay que partir de la STJUE de 24 de febrero de 2022 (C-389/20), apreciando vulneración del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, desde el momento en que la disposición nacional excluía a las empleadas del hogar de las prestaciones por desempleo

Esta sentencia propició un cambio legislativo, dando lugar a la mejora de las condiciones laborales de este colectivo y el reconocimiento de su derecho a la prestación de desempleo, a través del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

Por otra parte, en sede de prestaciones de Seguridad Social y principio de igualdad, hay que hacer alusión a la STJUE Villar Láiz, de 8 de mayo de 2019, (C-161/2018), que toma como referentes las SSTJUE de 22 de noviembre de 2012 (Elbal Moreno²⁶), de 14 de

²⁶ STJUE de 22 de noviembre de 2012, Isabel Elbal Moreno contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) (C-385/11).

abril de 2015 (Cachaldora Fernández²⁷) y de 9 de noviembre de 2017 (Espadas Recio²⁸), se aprecia vulneración de la Directiva 79/7CEE, en el cálculo del importe de la pensión de jubilación contributiva, de un trabajador a tiempo parcial, lo que llevo a la STSJ de Castilla y León a estimar el recurso del trabajador (STSJ Castilla y León, Valladolid, de 11 de Julio de 2019 (rec. núm. 1857/2017).

3.- Discriminación por razón de discapacidad

La STJUE en el conocido caso Daoudi, de 26 mayo de 2016 (C 395/15) aborda la interpretación de la Directiva 2000/78, indicando que el concepto de discapacidad a efectos de la Directiva, alude a una limitación que procede, de dolencias físicas duraderas, que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate, en la vida profesional, en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

La STS de 15 de septiembre de 2020 (rec. 764 2020) en aplicación de tal doctrina, declara que: “La enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. Comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, si aquella conlleva una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y cuando esta limitación es de larga duración”.

Esta interpretación del caso Daoudi, ha dado pie a declarar nulos aquellos despidos realizados en el marco covid por estigmatización de la enfermedad (STSJ País Vasco de 19 de octubre de 2021).

A su vez, a la luz de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, el debate se está reconduciendo, a si debe declararse la nulidad, cuando el despido tenga su causa en cualquier tipo de enfermedad.

²⁷ STJUE de 14 de abril de 2015, Lourdes Cachaldora Fernández contra INSS y TGSS (C-527/13).

²⁸ STJUE de 9 de noviembre de 2017, Begoña Espadas Recio contra el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) (C-98/15).

Así, la STSJ de las Islas Baleares, 24 de enero de 2023, (rec. núm. 407/2022), aborda la cuestión atinente a si la facultad empresarial de desistir del contrato durante el período de prueba, queda o no enervada por la situación de incapacidad temporal, siendo en su caso elemento detonante para declarar la nulidad del cese. La Sala, en aplicación de la inversión de la carga probatoria del artículo 96.1 LRJS, va a acoger los argumentos de la parte actora, que entendía que la causa real del cese del demandante era el propio temor de la empresa a que su situación de incapacidad temporal se alargase en el tiempo, siendo por tanto tal decisión transgresora de la jurisprudencia del TJUE («Ring» y «Daouidi»).

4.- Discriminación por edad

En relación con la prohibición de discriminación por razón de edad, la STJUE de 17 de noviembre de 2022 (C-304/21), se pronuncia sobre, si es o no contraria a la Directiva 2000/78/CE, la normativa que exige no haber cumplido la edad de 30 años para acceder al proceso selectivo de comisario de la Policía Nacional.

Concluyendo que: “Los artículos 2, 4.1 y 6.1 de la Directivas 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad e trato en el empleo y la ocupación, a la luz del artículo 21 de la CDFUE, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece una edad máxima de 30 años para participar en un proceso selectivo para la provisión de puestos de comisario de policía, en la medida en que las funciones que efectivamente ejercen esos comisarios de policía no exijan capacidades físicas específicas o , si se requieren esas capacidades específicas, resulte que esa normativa, pese a perseguir un objetivo legítimo, impone un requisito desproporcionado, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente”.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia de fecha de 24 de enero de 2023 (rec. núm. 2785/2021), previa invocación por el recurrente de la Directiva y jurisprudencia europea, pasa a definir los criterios que, a juicio de la Sala IV, determinan cuándo una diferencia de trato por razón de edad está objetiva y razonablemente justificada.

En efecto, se trataba de resolver si el acuerdo sobre el despido colectivo, alcanzado en conciliación judicial, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, era discriminatorio por razón de edad, al contemplar una indemnización más elevada para los afectados menores de 60 años.

El Tribunal Supremo considera que, por sí sola, la edad próxima a la jubilación, no podría ser una causa justificativa de despido, pero sí un factor objetivo, razonado y proporcionado de política social, siempre que fuera acompañado de medidas efectivas, tendentes a atenuar o minimizar los daños que supone una decisión extintiva.

Es decir el criterio de la edad podría resultar proporcionado, y acorde a la Directiva si tales diferencias de trato por razón de edad, se encuentran objetiva y razonablemente justificadas.

VII. CONCLUSIONES

La asunción por parte de España de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea durante el uno de julio, al próximo 31 de diciembre de 2023, permitirá avanzar en el denominado escudo social Europeo, máximo exponente del Estado del bienestar europeo, bajo el lema: una Europa más cerca, permitiendo desarrollar los principios consagrados en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales (adoptado por la Comisión en marzo de 2021), fomentando el diálogo social, el trabajo decente y la economía social, impulsando la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Política europea social, que marca el rumbo de la actuación legislativa nacional y jurisprudencial, impulsando una mejora en las condiciones de las personas trabajadoras, combatiendo la precariedad laboral, en ámbitos tan importantes como: la lucha contra la discriminación, la brecha en la era digital, el fraude en la contratación temporal, o la gestión de la ordenación del tiempo de trabajo. Sin duda, el impacto del Derecho de la Unión Europea, en el panorama nacional, ostenta un papel sumamente relevante, constituyendo, a día de hoy, el referente, en cuanto a salvaguarda de las garantías del escudo social de las personas trabajadoras.