

DOI:<https://doi.org/10.18543/ced>DOI: <https://doi.org/10.18543/ced732025>

**Instituto de
Estudios Europeos**



Cuadernos Europeos de Deusto

No. 73/2025

DOI: <https://doi.org/10.18543/ced732025>

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



Scopus®

SJR

latindex

Dialnet *plus*

DOAJ
DIRECTORY OF
OPEN ACCESS
JOURNALS

EBSCO *host*

ÍnDICES
CSIC

Google
Académico

OCLC
WorldCat®

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

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

Organización editorial:

Dirección:

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

Dirección-Adjunta:

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

Consejo de Redacción:

Cristina Arenas Alegría (Universidad de Deusto, España)

Steffen Bay Rasmussen (Universidad de Deusto, España)

Javier Bilbao Ubillos (Universidad del País Vasco, España)

Karolina Boronska-Hryniewiecka (Wroclaw University, Polonia)

Marta Casado Abarquero (Universidad de Deusto, España)

David Fernández Rojo (Universidad de Deusto, España)

Igor Filibi López (Universidad del País Vasco, España)

Inmaculada Herbosa Martínez (Universidad de Deusto, España)

Javier Larena Beldarrain (Universidad de Deusto, España)

Ainhoa Lasa López (Universidad del País Vasco, España)

Nerea Magallón Elosegui (Universidad del País Vasco, España)

Aitziber Emaldi Cirión (Universidad de Deusto, España)

Elena Atienza Macías (Universidad de Deusto, España)

Consejo Asesor:

Joana Abrisketa Uriarte (Universidad de Deusto, España)

Francisco Aldecoa Luzárraga (Universidad Complutense de Madrid, España)

Cristina Churruza Muguruza (Universidad de Deusto, España)

Pablo Antonio Fernández Sánchez (Universidad de Sevilla, España)

Beatriz Iñarritu Ibarreche (Universidad de Deusto, España)

María Nagore Casas (Universidad de Deusto, España)

Secretaría Técnica:

Noemí Angulo Garzaro

Administración y Secretaría:

estudios.europeos@deusto.es

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

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

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.

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

y en las bases de datos ISOC y EBSCO.

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

ISSN-e: 2445-3587

Depósito legal: BI-620-91

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

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

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

Editorial Team

Editor-in-Chief

Beatriz Pérez de las Heras, University of Deusto, Spain

Deputy Editor-in-Chief

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

Editorial Board

Cristina Arenas Alegría, University of Deusto, Spain

Steffen Bay Rasmussen, University of Deusto, Spain

Javier Bilbao Ubillos, University of the Basque Country, Spain

Karolina Boronska-Hryniewiecka, Wrocław University, Poland

Marta Casado Abarquero, University of Deusto, Spain

David Fernández Rojo, University of Deusto, Spain

Igor Filibi López, University of the Basque Country, Spain

Inmaculada Herbosa Martínez, University of Deusto, Spain

Javier Larena Beldarrain, University of Deusto, Spain

Ainhoa Lasa López, University of the Basque Country, Spain

Nerea Magallón Elosegui, University of the Basque Country, Spain

Francesco Ricci, LUM Giuseppe Degennaro University, Italy

Advisory Board

Joana Abrisketa Uriarte, University of Deusto, Spain

Francisco Aldecoa Luzárraga, Complutense University of Madrid, Spain

Pablo Antonio Fernández Sánchez, University of Seville, Spain

Beatriz Iñarritu Ibarreche, University of Deusto, Spain

María Nagore Casas, University of Deusto, Spain

Technical Secretary

Noemí Angulo Garzaro

Contact:

Email: estudios.europeos@deusto.es

Access and Copyright

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

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

ISSN (Print) 1130-8354

ISSN (Online) 2445-3587

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

Printed in Spain

Legal deposit: BI-620-91

Revista Cuadernos Europeos de Deusto

Normas de publicación

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

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

Formato

- En la primera página se incluirá el título del artículo, en castellano y en inglés, nombre del autor, filiación académica, dirección de correo electrónico.
- La segunda página recogerá un sumario, un resumen en castellano y un *abstract* en inglés, de 200 palabras máximo cada uno, 3-5 palabras clave en castellano y en inglés.
- Extensión máxima: 25 páginas, tamaño Dina 4.
- Párrafos: interlineado 1,15, justificado y primera línea sangrada con tabulador.
- Tipo y tamaño letra: *Times New Roman* 12.
- Notas a pie de página: *Times New Roman* 10.
- Título del artículo: *Times New Roman* 14, mayúscula y negrita.

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

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

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

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

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

- Sumario:

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

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

- Ejemplo:

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

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

Manual de estilo Chicago-Deusto

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

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

Notas y bibliografía: ejemplos

- Cada vez que se cita una obra por primera vez se deben dar en nota todos los detalles. Sin embargo, las posteriores citas que se hagan de esa obra solo requieren una forma abreviada.
- En la bibliografía se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En la mayoría de los ejemplos que siguen a continuación se ofrece la cita completa, la abreviada y la entrada bibliográfica (resaltada en nuestros ejemplos en color gris).

1. Libro

Un autor

- Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.
- Duch, *Mito...*, 15.
- Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.
- Segura, *Gramática...*, 75.

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

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

Dos autores

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

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

Tres autores

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

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

Cuatro o más autores

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

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

—Ojeda *et al.*, *La predicción...*

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

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

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

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

Editor, traductor o compilador además de autor

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

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

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

Capítulo u otra parte de un libro

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

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

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

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

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

—Rieger, int roducción, XXXIII.

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

Libro publicado electrónicamente

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

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

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

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

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

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

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

Libro consultado en línea

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

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

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

2. Artículo de revista

2.1. Artículo en una revista impresa

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

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

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

2.2. Artículo en una revista en línea

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

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

3. Artículo en periódicos o magazines

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

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

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

4. Reseña del libro

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

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

5. Tesis o tesina

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

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

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

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

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

7. Sitio web

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

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

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

8. Entrada de blog o comentario

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

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

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

9. Comunicación personal y entrevista

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

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

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

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

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

—Spock, entrevista.

10. Obra registrada en bases de datos

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

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

11. Documento legal y jurisprudencia

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

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

Norma jurídica

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

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

Política antiplagio

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

Derechos de autores

Los autores conservan sus derechos de autor sobre los trabajos publicados en *Cuadernos Europeos de Deusto* (CED). Además, pueden disponer de sus publicaciones para depositarlas en repositorios, páginas web personales, cursos o como base para futuras publicaciones, siempre que se cite adecuadamente la fuente original. Asimismo, pueden publicarlos posteriormente en otros medios o revistas, siempre que se indique claramente en la primera nota a pie de página que el trabajo fue publicado originalmente en CED, incluyendo número, año, páginas y DOI (si procede), y de una manera que no sugiera el respaldo de la Revista y/o de la Editorial (Universidad de Deusto).

Cesión de derechos

Al enviar un artículo para su revisión y publicación en CED, los autores ceden a la Universidad de Deusto derechos de explotación, incluyendo distribución, comunicación pública, reproducción e inclusión en cualquier tipo de soporte, en particular en bases de datos en las que esta revista está indexada y en el repositorio institucional de la Universidad de Deusto. Esta cesión permite a la revista editar, maquetar y distribuir el artículo en cualquier medio, tanto online como offline, con fines de información, difusión, divulgación, educación e investigación.

Acceso abierto

CED es una revista de acceso abierto, lo que garantiza el acceso gratuito, inmediato y permanente al contenido digital de todos sus números. Los lectores pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir, buscar o enlazar los textos completos sin fines comerciales y sin necesidad de autorización previa, siempre que se cite adecuadamente el trabajo original. Esta política se alinea con las declaraciones de Budapest, Bethesda y Berlín, y cumple con la definición de acceso abierto de la Open Archives Initiative (OAI).

Aviso legal

Los autores garantizan que su trabajo es original; que no ha sido publicado en cualquier forma anteriormente; que no se está preparando su publicación en otra parte; que su envío y publicación no violan el *Código Ético* de la revista Cuadernos Europeos de Deusto (CED) ni los códigos de conducta, leyes o derechos de cualquier tercero; y que no se requiere el pago por los derechos de explotación cedidos a la Editorial (Universidad de Deusto).

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

Los autores garantizan que no se han otorgado ni se otorgarán permisos o licencias de cualquier tipo que puedan violar los derechos otorgados a la Editorial.

Por otro lado, el acceso y utilización del contenido de CED es totalmente gratuito para el público, conforme a nuestra política de acceso abierto. No obstante, cualquier cambio en el trabajo original debe indicarse claramente y de una manera que no sugiera el respaldo del autor, de la Revista y/o de la Editorial en absoluto. Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor. En particular, no se podrán aplicar términos legales ni medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras personas a hacer cualquier uso permitido por esta licencia.

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

Cuadernos Europeos de Deusto

No. 73/2025

DOI: <https://doi.org/10.18543/ced732025>

Sumario/Contents

Presentación/Introduction

Beatriz PÉREZ DE LAS HERAS 17

Estudios

Belén BECERRIL ATIENZA, El grupo de amigos de la mayoría cualificada. Una propuesta pragmática para la aplicación gradual de la mayoría cualificada en la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea 29

Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, Trata de seres humanos para explotación criminal o para criminalidad reforzada: análisis jurídico europeo 59

Isabel MOUSINHO DE FIGUEIREDO, Propuesta para la responsabilidad civil de los supervisores financieros en Europa 91

Jurisprudencia

David ORDOÑEZ SOLÍS, Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 121

Crónica

Pablo RODRÍGUEZ TALAVERA, Actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea 173

Presentación

Introduction

Presentación

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

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.3350>

Publicado en línea: octubre de 2025

Resumen: El primer semestre de 2025 se ha caracterizado por una creciente inestabilidad en el escenario internacional, lo que ha tenido su incidencia en la Unión Europea (UE), tanto en el ámbito interno, como en su acción exterior. La continuidad de la agresión militar rusa contra Ucrania sigue siendo el principal desafío geopolítico al que se enfrenta la UE en sus fronteras exteriores. Por el momento, pese al apoyo sostenido de los Estados miembros y las instituciones europeas a Ucrania, el conflicto se prolonga sin visos claros de una resolución cercana. Por otra parte, el inicio del segundo mandato de Donal Trump en la presidencia de EEUU ha estado marcado por una postura totalmente antagónica hacia quienes han sido sus aliados y socios europeos desde el final de la Segunda Guerra Mundial. La desafección de la nueva Administración norteamericana no sólo se expresa en términos de apoyo militar, sino también en términos comerciales y económicos. Este escenario geopolítico y económico convulso ha tenido, como efecto inmediato, la intensificación de los esfuerzos de la UE para garantizar su propia seguridad y defensa, impulsando nuevas iniciativas, como el Libro Blanco sobre la Defensa Europea y Plan Rearmar Europa, ambas dirigidas a conseguir la autonomía estratégica europea para 2030.

A la incertidumbre internacional se suman los desafíos derivados de las múltiples transiciones en las que se halla inmersa la UE. La doble transición ecológica y digital, pilares estratégicos del proyecto europeo para las próximas décadas, requiere una implementación coherente que garantice la sostenibilidad, la cohesión social y la competitividad global de la economía europea. Por otra parte, la pujanza de partidos de extrema derecha en diversos países europeos, con una retórica claramente euroescéptica, representa un reto adicional para la estabilidad de la UE como proyecto de unión política.

Este año 2025 se revela, por tanto, como un momento crucial para la redefinición del papel de la UE en el orden internacional y para la consolidación de su modelo de integración en un entorno complejo e inestable.

Este número misceláneo 73/2025 de *Cuadernos Europeos de Deusto* incluye diversas contribuciones que inciden en algunas de estas cuestiones que perfilan la actualidad europea. Este primer ejemplar de 2025 incluye también las habituales crónicas de jurisprudencia y de actualidad europea que firman nuestros fieles y valiosos colaboradores, David Ordóñez Solís y Pablo Rodríguez Talavera.

Palabras clave: *Grupo de Amigos de la Mayoría Cualificada*, Política Exterior y de Seguridad Común, trata de seres humanos, explotación criminal, responsabilidad civil, regulación financiera.

Belén Becerril Atienza, Profesora Titular de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad San Pablo-CEU, firma el artículo «El grupo de amigos de la mayoría cualificada. Una propuesta pragmática para la aplicación gradual de la mayoría cualificada en la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea». En su estudio, la autora analiza la renovada vitalidad del debate sobre la aplicación de la mayoría cualificada en la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) de la Unión Europea, impulsado por la creciente frustración ante el uso excesivo del veto por parte de algunos Estados miembros. En este contexto, la autora examina la iniciativa del denominado Grupo de Amigos de la Mayoría Cualificada, constituido en 2023 a instancias de Alemania, como expresión de la voluntad de avanzar hacia un sistema de toma de decisiones más eficaz y coherente en el ámbito exterior de la Unión. Tras repasar las limitaciones estructurales que suscita una eventual reforma de los Tratados, el estudio detalla las opciones disponibles dentro del marco jurídico vigente, como el uso de las cláusulas pasarela, la abstención constructiva o la cooperación reforzada, resaltando su potencial respectivo para superar bloqueos sin comprometer la legitimidad del proceso.

La contribución destaca especialmente la propuesta formulada por un Panel de Expertos que asesora al Grupo de Amigos, del cual forma parte la autora. Esta propuesta contempla, como innovación sustantiva, la introducción de un sistema de «veto colectivo», en virtud del cual un mínimo de tres Estados miembros que representen al menos un 10 % de la población de la Unión podría frenar temporalmente decisiones adoptadas por mayoría cualificada en asuntos especialmente sensibles de política exterior. Esta fórmula permitiría reforzar la capacidad de acción de la UE sin prescindir de las necesarias garantías para los intereses vitales de los Estados miembros. A juicio de la autora, este equilibrio entre eficacia y salvaguardas nacionales constituye el camino más realista y prometedor para una transición gradual hacia la mayoría cualificada en la PESC, en un momento en que la relevancia internacional de la UE está en juego.

Carolina Villacampa Estiarte, Catedrática de Derecho Penal en la Universitat de Lleida, examina en profundidad la trata de seres humanos para criminalidad forzada, una forma específica de explotación escasamente reconocida institucional y jurídicamente, pese a su creciente prevalencia. Bajo el título «Trata de seres humanos para explotación criminal o para criminalidad reforzada: análisis jurídico europeo», la autora destaca que esta manifestación de la trata, en la que las víctimas son forzadas a cometer delitos o actos ilícitos bajo coacción, constituye ya la tercera en términos de incidencia a nivel europeo, afectando especialmente a menores y varones. El estudio aborda las distintas modalidades de explotación criminal, su dinámica de comisión y la evolución del reconocimiento normativo de esta forma de trata,

particularmente en el contexto europeo, destacando el papel fundamental de la Directiva 2011/36/UE y su reforma por la Directiva (UE) 2024/1712, que ha reforzado el principio de no punición para las víctimas.

La autora pone también el foco en la alarmante ausencia de detección e identificación de estas víctimas por parte de los sistemas de justicia penal, lo que conduce con frecuencia a su revictimización institucional al ser tratadas como infractoras en lugar de como personas explotadas. El artículo subraya así la necesidad de reforzar la formación de los operadores jurídicos y de adoptar una aproximación basada en los derechos humanos que garantice el acceso efectivo a la justicia de estas víctimas invisibilizadas.

Isabel Mousinho de Figueiredo, Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Macao, aborda un aspecto insuficientemente desarrollado en el Derecho europeo: la responsabilidad civil de los supervisores financieros («Propuesta para la responsabilidad civil de los supervisores financieros en Europa»). A partir de un análisis exhaustivo del marco normativo y jurisprudencial en Alemania, los países del *Common Law* y la Unión Europea, la autora cuestiona la sostenibilidad de los regímenes actuales de inmunidad, que frecuentemente excluyen la indemnización incluso en supuestos de negligencia grave. A la luz de algunos casos paradigmáticos como el de Wirecard, en el que la autoridad supervisora alemana fue exonerada a pesar de su inacción, el artículo sostiene que el Derecho de la Unión Europea, especialmente a partir de la sentencia *Kantarev* de 2018, exige la eliminación de fórmulas legales que impidan a las víctimas obtener reparación efectiva frente a los daños derivados del mal funcionamiento de los supervisores.

Como propuesta normativa, el trabajo plantea una diferenciación entre dos paradigmas de responsabilidad: por un lado, la omisión de prevención de daños causados por terceros, que justificaría una responsabilidad parcial y proporcional al incumplimiento del deber de vigilancia; por otro, el «peligro del poder», referido a los daños colaterales directamente imputables a la actuación del propio supervisor, que deberían generar responsabilidad plena. La autora aboga por una interpretación más coherente y uniforme de los principios generales comunes a los Estados miembros, a los que remiten los artículos 340.3 del TFUE y la normativa sectorial, reforzando así el equilibrio entre eficacia institucional y protección jurídica de los ciudadanos en el ámbito de la supervisión financiera.

Sobre la autora

Beatriz Pérez de las Heras es Catedrática de Derecho de la Unión Europea y Titular de la Cátedra Jean Monnet en Integración Europea en la Universidad de Deusto (UD). Doctora en Derecho por la UD, realizó estu-

dios de postgrado en el Centre Européen Universitaire de Nancy, donde obtuvo los diplomas de DESS y DEA en Droit Communautaire. Fue Directora del Instituto de Estudios Europeos de la UD, de 1996 a 2009. Desempeñó, así mismo, el puesto de Vicedecana de Investigación y Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho, de 2013 a 2015. Ha realizado diversas estancias como investigadora visitante en las Universidades americanas de Oregon (2009), Georgetown (2012), Fordham (2013), Boston College (2014), Florida International University (2016) y en la Universidad de Canterbury (Nueva Zelanda, 2023). Desde 2009 dirige la revista *Cuadernos Europeos de Deusto* y es Investigadora Principal del equipo de investigación «Integración Europea y su interacción con los órdenes jurídicos nacionales desde una perspectiva interdisciplinar». Es autora de numerosas publicaciones sobre cuestiones jurídicas europeas.

Introduction

Beatriz Pérez de las Heras

Universidad de Deusto (Spain)

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

beatriz.perez@deusto.es

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.3350>

E-published: october 2025

Abstract: The first half of 2025 has been marked by growing instability in the international arena, with a direct impact on the European Union (EU), both internally and externally. Russia's ongoing military aggression against Ukraine remains the EU's foremost geopolitical challenge at its external borders. Despite the continued support from EU Member States and institutions, the conflict shows no clear signs of resolution. At the same time, the beginning of Donald Trump's second term as President of the United States has been characterised by a confrontational stance towards its long-standing European allies and partners since the end of World War II. The new American administration's disengagement is evident not only in military terms, but also in trade and economic relations. As an immediate response to this turbulent geopolitical and economic scenario, the EU has stepped up its efforts to ensure its own security and defence, launching new initiatives such as the *White Paper on European Defence* and the *Rearm Europe Plan*, both aimed at achieving strategic autonomy by 2030.

Adding to the international uncertainty are the challenges arising from the multiple transitions in which the EU is immersed. Specifically, the twin green and digital transitions, which are key strategic pillars of the EU's long-term vision, require consistent implementation to ensure sustainability, social cohesion and global competitiveness. Furthermore, the rise of far-right political parties in several European countries, accompanied by a strongly Eurosceptic discourse, poses an additional challenge to the EU's stability as a political union.

The year 2025 thus stands out as a crucial moment for redefining the EU's role in the international order and for consolidating its model of integration in an increasingly complex and unstable global environment.

This miscellaneous issue 73/2025 of the *Deusto Journal of European Studies* includes several contributions that address some of the most pressing aspects of current European affairs. This first issue of 2025 also features the usual chronicles of jurisprudence and European current events signed by our faithful and valuable collaborators, David Ordóñez Solís and Pablo Rodríguez Talavera.

Keywords: *Group of Friends of Qualified Majority Voting*, Common Foreign and Security Policy, trafficking in human beings, criminal exploitation, Tort Law, financial regulation.

Belén Becerril Atienza, Associate Professor of International Law and International Relations at Universidad San Pablo-CEU, authors the article “The Group of Friends of Qualified Majority Voting: A Pragmatic Proposal for the Gradual Application of Qualified Majority in the EU’s Common Foreign and Security Policy”. The article examines the renewed momentum in the debate on extending qualified majority voting in the EU’s Common Foreign and Security Policy (CFSP), driven by growing frustration with the excessive use of the veto by some Member States. Within this context, the author analyses the initiative of the so-called Group of Friends of Qualified Majority Voting, launched in 2023 at Germany’s initiative, as an expression of political will to move towards a more efficient and coherent decision-making system in EU external action. After reviewing the structural constraints of a potential Treaty reform, the study explores the legal options available under the current framework, such as the use of passerelle clauses, constructive abstention, and enhanced cooperation, highlighting their potential to overcome deadlock without undermining the legitimacy of the process.

The article draws particular attention to the proposal put forward by an expert panel advising the Group of Friends, of which the author is a member. This proposal introduces the concept of a “collective veto,” allowing a minimum of three Member States representing at least 10% of the EU population to temporarily halt decisions adopted by qualified majority in particularly sensitive foreign policy areas. According to the author, this formula could strengthen the EU’s capacity to act while preserving essential safeguards for vital national interests. This balance between efficiency and national guarantees is presented as the most realistic and promising way forward for a gradual shift to qualified majority voting in CFSP, at a time when the EU’s international relevance is at stake.

Carolina Villacampa Estiarte, Professor of Criminal Law at the University of Lleida, provides an in-depth analysis of trafficking in human beings for forced criminality, a specific form of exploitation which, despite its growing prevalence, remains insufficiently recognised both institutionally and legally. In her article “Trafficking in Human Beings for Criminal Exploitation or Forced Criminality: European Legal Analysis”, the author underlines that this type of trafficking, in which victims are coerced into committing crimes or unlawful acts, is already the third most common form of trafficking in Europe, affecting particularly minors and men. The article examines the different modalities of criminal exploitation, their dynamics, and the progressive legal recognition of this form of trafficking in the European context, emphasising the crucial role of Directive 2011/36/EU and its reform through Directive (EU) 2024/1712, which strengthens the non-punishment principle for victims.

The article also highlights the alarming failure of criminal justice systems to detect and identify these victims, often leading to their institutional re-victimisation by being treated as offenders rather than as exploited persons. The author thus underscores the urgent need for better training of legal professionals and the adoption of a human rights-based approach to ensure these invisible victims have effective access to justice.

Isabel Mousinho de Figueiredo, Associate Professor of Civil Law at the University of Macau, addresses a largely unexplored issue in European law: the civil liability of financial supervisors. Her article “Tackling liability of financial regulators in Europe” offers a thorough analysis of the legal and case law frameworks in Germany, Common Law countries and the EU. The author questions the sustainability of current immunity regimes, which often preclude compensation even in cases of gross negligence. In light of emblematic cases such as the Wirecard scandal, in which the German supervisory authority was exonerated despite its inaction, the article argues that, particularly since the *Kantarev* ruling of 2018, EU law requires the removal of legal formulas that prevent victims from obtaining effective redress for harm caused by supervisory failures.

As a normative proposal, the article distinguishes between two paradigms of liability: first, the failure to prevent harm caused by third parties, which would justify partial liability proportionate to the breach of supervisory duties; and second, the “danger of power,” referring to collateral harm directly attributable to the supervisor’s own actions, which should trigger full liability. The author calls for a more coherent and harmonised interpretation of the “general principles common to the laws of the Member States,” as referenced in Article 340.3 TFEU and sectoral regulations, thereby strengthening the balance between institutional effectiveness and legal protection for individuals in the realm of financial supervision.

About the author

Beatriz Pérez de las Heras is Professor of European Union Law and Jean Monnet Chair on European Integration at the University of Deusto (UD). PhD in Law (UD), she accomplished post-graduate studies at the Centre Européen Universitaire de Nancy (France), where she obtained the DESS and DEA en Droit Communautaire. She was Director of the European Studies Institute at UD from 1996 to 2009. She also served as Vice-Dean for Research and International Relations at Deusto Faculty of Law from 2013 to 2015. She has been a visiting scholar at the US Universities of Oregon (2009), Georgetown (2012), Fordham (2013), Boston College (2014) and Florida International University (2016), as well as the Univer-

sity of Canterbury (New Zealand, 2023). She is currently Editor-in- Chief of *Deusto Journal of European Studies* and Principal Researcher of the research team *Integración Europea y su interacción con los órdenes jurídicos nacionales desde una perspectiva interdisciplinar*. She is author of various books and articles on European legal issues.

Estudios

El Grupo de Amigos de la Mayoría Cualificada.
Una propuesta pragmática para la aplicación gradual
de la mayoría cualificada en la Política Exterior y
de Seguridad Común de la Unión Europea

The Group of Friends of Qualified Majority. *A pragmatic proposal*
for the gradual implementation of qualified majority voting
in the EU's Common Foreign and Security Policy

Belén Becerril Atienza¹

Profesora Titular de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
Universidad San Pablo-CEU, CEU Universities (España)
becati@ceu.es

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.3351>

Recibido el 9 de mayo de 2025
Aceptado el 29 de mayo de 2025
Publicado en línea: octubre de 2025

Sumario: I. Novedades en un viejo debate: propuestas de las instituciones y los Estados miembros ante una creciente frustración.—II. Alternativas para evitar el bloqueo de la unanimidad. a. El potencial de una improbable reforma de los Tratados. b. La pasarela que lleva de la unanimidad a la mayoría: lejos, pero más cerca que nunca. c. Mayor recurso a otras alternativas infrautilizadas: los casos de mayoría, la abstención constructiva y la cooperación reforzada.—III. La propuesta del *Grupo de Amigos de la Mayoría Cualificada*: cautela y pragmatismo.—IV. La propuesta del Panel de Expertos del *Grupo de Amigos de la Mayoría Cualificada*. ¿Un sistema de veto colectivo?—V. Conclusiones.

Resumen: El debate sobre la posible extensión de la votación por mayoría cualificada al ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común es tan antiguo como la propia historia de esta política. Los obstáculos para su efectiva aplicación no han desaparecido, pero el singular uso del veto ejercido por algunos Estados miembros en los últimos años y los desafíos que afronta la Unión en la escena in-

¹ La autora de este artículo participó en el Panel de Expertos creado para asesorar al *Grupo de Amigos de la Mayoría Cualificada*. Los miembros del Panel fueron los siguientes: Annegret Bendiek, Juha Jokela, Sabina Lange, Sofia Vandenbosch, Ramses A. Wessel y Belén Becerril Atienza. El presente artículo no representa ni compromete a nadie más que a su autora.

ternacional han constituido un poderoso incentivo para el cambio. La creación en 2023, a instancias de Alemania, del *Grupo de Amigos de la Mayoría Cualificada*, puso de manifiesto la voluntad de varios Estados miembros de dar pasos concretos para superar el veto. En este artículo se exponen las alternativas que se barajan con ese fin y la propuesta planteada por siete ministros del Grupo de Amigos en 2023. También se aborda la declaración de 2024 de los miembros del Panel de Expertos creado para asesorar al Grupo de Amigos, del que formó parte la autora de este artículo. Por último, se plantea una propuesta para avanzar en la aplicación de la mayoría cualificada, teniendo en cuenta la efectividad y legitimidad del proceso de toma decisiones.

Palabras clave: *Grupo de Amigos de la Mayoría Cualificada*, Mayoría Cualificada, Política Exterior y de Seguridad Común.

Abstract: *The debate on the possible extension of qualified majority voting to the area of Common Foreign and Security Policy is as old as the history of this policy itself. The obstacles to its effective implementation have not disappeared, but the way in which the veto right has been invoked in recent years and the challenges facing the Union on the international stage have provided a powerful incentive for change. The creation in 2023, at Germany's initiative, of the Group of Friends of Qualified Majority Voting, demonstrated the willingness of several member states to take concrete steps to overcome the veto. This article outlines the alternatives being considered to this end and the proposal put forward by seven ministers of the Group of Friends in 2023. It also discusses the 2024 statement of the members of the Panel of Experts set up to advise the Group of Friends, of which the author of this article was a member. Finally, a proposal is put forward to advance the application of qualified majority voting, taking into account the effectiveness and legitimacy of the decision-making process.*

Keywords: Group of Friends of the Qualified Majority, *Qualified Majority*, *Common Foreign and Security Policy*.

I. Novedades en un viejo debate: propuestas de las instituciones y los Estados miembros ante una creciente frustración

El debate sobre la extensión de la votación por mayoría cualificada al ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (en adelante, PESC) ha acompañado a esta singular política desde sus primeros pasos. La distancia entre las grandes expectativas generadas por la puesta en marcha de la PESC, anunciada con grandilocuencia cuando se firmaba el Tratado de Maastricht, y las muchas limitaciones de las que era objeto su regulación, ha dado lugar, con el paso de los años, a una creciente frustración.

Así lo señalaba Christopher Hill² en los años noventa, en un influyente artículo en el que describía la notable brecha existente entre las expectativas creadas y las capacidades atribuidas a la UE. Hill advertía que las limitaciones no se derivaban solo de la falta de instrumentos y de recursos disponibles, sino también de la ausencia de procedimientos eficaces para tomar decisiones en esta materia. La brecha entre expectativas y capacidades, decía, sólo puede salvarse disminuyendo las primeras, a saber, adaptando el lenguaje político para señalar un menor nivel de ambición en política exterior, o aumentando las segundas, es decir, proporcionando a la Unión más capacidades para poder cumplir las expectativas.

Las palabras de Hill advirtiendo del peligro de esperar demasiado siguen resonando en nuestros días³. Con cada ampliación de la Unión Europea, la dificultad para alcanzar la unanimidad ha aumentado⁴. Es cierto que los instrumentos y los recursos disponibles para la Política Exterior y de Seguridad Común se han desarrollado notablemente, pero el proceso de toma de decisiones apenas ha cambiado. Más de cuatro décadas después de la ra-

² Hill, C., «The capability-expectations gap or conceptualising Europe's international role», *Journal of Common Market Studies*, 31 (3), 1993, pp. 305-328.

³ Algunos consideran, sin embargo, que no existe una brecha entre capacidad y expectativas, al menos internamente. Es cierto que los actores externos tienen grandes expectativas de que la UE demuestre una capacidad de acción política y militar acorde con su fuerza económica. Pero las expectativas puestas en la PESC por parte de los poderes ejecutivos de la UE son más bien bajas. Para estos autores la brecha no está entre las expectativas y las capacidades, sino más bien entre la retórica y la voluntad política. Bendiek, A., Ålander, M., & Bochtler, P., «CFSP. The Capability-Expectation Gap Revisited A Data-based Analysis», *SWP Comment*, no. 58, 2020.

⁴ Jean Claude Piris ha explicado que, en el pasado, los debates entre 10, 12 o 15 socios llevaban tiempo, pero generalmente conducían a un consenso, dado que los participantes, bastante homogéneos, no eran demasiados. La ampliación a diez países bastante heterogéneos, de una sola vez, requería una reforma que no se realizó. Piris se refiere la decisión de ampliar sin reforma como el *pecado original de Niza*. Piris, J.C., «The European Union in Crisis. What Should the Member States Do?», *BRIDGE Network – Working Paper* 16, 2021, pp. 4-5. Traducción propia.

tificación del Tratado de Maastricht, la Unión carece aún de las capacidades necesarias para ejercer un papel relevante como actor global.

Los obstáculos para dejar atrás la regla de la unanimidad no han desaparecido. La PESC tiene un carácter específico, es objeto de una configuración institucional distinta, reflejada en el artículo 40 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE)⁵. Con frecuencia se señala que esta política se sitúa en el núcleo de la soberanía nacional. Por eso, se dice, «es más necesario que su conducción se ajuste a los diferentes intereses que los Estados miembros tienen en el ámbito de la alta política. Más aún teniendo en cuenta la gran diversidad de Estados miembros: pequeños y grandes, del norte y del sur, nuevos y viejos, ricos y pobres»⁶. También se señala a menudo que una decisión mayoritaria sobre un asunto de política exterior tendría un carácter totalmente distinto a una decisión mayoritaria en otra materia: «Adoptada en contra de la voluntad de algunos Estados miembros perdería gran parte o incluso la mayor parte de su credibilidad internacional y podría ser fácilmente subvertida por las señales de los Estados miembros contrarios a través de sus canales diplomáticos nacionales»⁷.

A pesar de estas y otras dificultades, la necesidad de dar pasos para superar el veto y construir una Política Exterior y de Seguridad Común a la altura de las expectativas ha cobrado relevancia en los últimos años. A la pérdida de peso relativo de la economía y la demografía de la Unión, y al declive europeo como actor internacional, se suman los retos geoestratégicos planteados por la guerra de agresión rusa contra Ucrania, las amenazas provenientes del Sur, y la quiebra de la relación transatlántica en el segundo mandato de Donald Trump. En un entorno más hostil, la necesidad de unidad es cada vez mayor, como también lo es el riesgo de caer en la irrelevancia.

Por otra parte, la posibilidad de una nueva ampliación de la Unión Europea a algunos Estados de los Balcanes occidentales hace aún más urgente la necesidad de superar el veto, pues un nuevo incremento del número de Estados miembros dificultaría aún en mayor medida la toma de decisiones.

⁵ La naturaleza de esta política es, desde su origen, meramente intergubernamental. El método comunitario, propio del *nuevo modelo* de integración europea creado en los años cincuenta, no le es de aplicación. Becerril Atienza, B. «La Declaración Schuman y la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. *Un nuevo modelo*», en Nasarre, E. y Aldecoa Luzárraga, E., *Europa como tarea: a los sesenta años de los Tratados de Roma y a los setenta del Congreso de Europa de La Haya*, 2018, pp. 41-50.

⁶ Koutrakos, P., «Foreign Policy between opt-outs and closer cooperation», en De Witte B. *et al.* (eds) *Between Flexibility and Disintegration: The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2017, pp. 405-424.

⁷ Monar, J., «The European Union's Foreign Affairs System after the Treaty of Amsterdam: A "Strengthened Capacity for External Action"?, *European Foreign Affairs Review*, 2:418, 1997, p. 418.

No puede haber una nueva ampliación sin una reforma previa que aborde esta cuestión⁸.

A todo esto hay que añadir un cierto hartazgo con el modo en que en los últimos años algunos Estados miembros han vetado decisiones en Política Exterior y Seguridad Común con el fin de obtener concesiones en otros ámbitos, a menudo sin estar motivadas por un legítimo interés vital. Este controvertido uso del veto, difícilmente compatible con el principio de lealtad, ha provocado una creciente frustración y se ha convertido también en un poderoso incentivo para el cambio. La idea de que la unanimidad ha dado lugar a un sistema de incentivos adverso y contraproducente, que invita al chantaje y expone a la Unión a la influencia de terceros Estados que quieren dividirla se ha ido abriendo camino.

Como era de esperar, gran parte de la doctrina aboga desde hace años por dejar atrás la unanimidad. Tampoco han faltado propuestas y declaraciones de las instituciones de la Unión, en particular de la Comisión Europea (en adelante, la Comisión), cuyo presidente, Jean-Claude Juncker, proponía en 2017 comenzar a dar pasos con este fin⁹. Los esfuerzos han continuado, sin éxito, durante la presidencia de Ursula von der Leyen.

Merece especial atención la Comunicación de la Comisión de 2018, que proponía que el Consejo se pronuncie por mayoría cualificada en cuestiones relativas a los derechos humanos en foros multilaterales, la política de medidas restrictivas (sanciones) y las misiones civiles¹⁰. La Comisión sostenía que la regla de la mayoría facilitaría que la Unión actuara en la escena mundial sobre la base de posiciones sólidas y coherentes, reaccionara con rapidez y eficacia ante los retos de la política exterior y reforzara la resiliencia de la UE, protegiendo a los Estados miembros de la presión de terceros deseosos de dividirla. Todo ello ayudaría a la Unión a hacer valer su peso, actuando de forma concertada como un todo más que como la mera suma de sus partes.

Cabe destacar el pragmatismo y gradualismo de esta propuesta. La Comisión señalaba que la perspectiva de una votación por mayoría cualificada es un catalizador poderoso para que los Estados se impliquen en lle-

⁸ Molina, I. (coord.), Arnal, J., Becerril, B., Closa, C., Feás, E., García, R., Molina, I., Mortera-Martínez, C., Otero-Iglesias, M., Sarmiento, D., Simón, L., Steinberg F., y Tamames, J., «Profundizar para ampliar. Una perspectiva española para mejorar la gobernanza de la UE», *Elcano Policy Paper*. Real Instituto Elcano, 2024.

⁹ En su discurso del Estado de la Unión el presidente Juncker proponía analizar qué decisiones PESC podrían adoptarse por mayoría cualificada en lugar de por unanimidad. Bruselas, 13 de septiembre 2017.

¹⁰ Comisión Europea, *Un actor de mayor peso en la escena mundial: un proceso decisivo más eficiente en la Política Exterior y de Seguridad Común*. COM(2018) 647 final. Bruselas, 12.9.2018, p. 4.

gar a compromisos y logren finalmente un resultado aceptable para todos¹¹. También recordaba la existencia de importantes salvaguardias previstas en el Tratado. Sin embargo, señalaba que, debido a la unanimidad, en distintos casos a lo largo de los últimos años se habían bloqueado, retrasado o diluido decisiones clave de interés para la Unión, y apuntaba a ese uso controvertido del veto:

«Estas y otras situaciones similares no fueron causadas por diferencias insalvables en los intereses a largo plazo, sino porque la capacidad de veto permitió a los Estados miembros bloquear el proceso decisorio por razones no siempre relacionadas con el tema específico en cuestión y les disuadió de buscar un compromiso constructivo. Es importante señalar que, en la mayor parte de los ejemplos citados, gracias al empeño de todas las partes implicadas, a menudo se encontraron soluciones. Pero estas soluciones se cobraron un precio. Los prolijos debates, debido a la utilización del “derecho de veto”, en muchos casos dividieron y perjudicaron a la influencia y la cohesión de la UE»¹².

La Comisión no citaba expresamente qué Estados habían impedido el consenso, pero sí recogía algunos de los casos recientes más significativos. Entre ellos se mencionaba, por ejemplo, que en febrero de 2017 «un Estado miembro» —a saber, Hungría— había bloqueado la prórroga del embargo de armas contra Bielorrusia hasta que los demás accedieron a eximir ciertas categorías. En junio de 2017 «un Estado miembro» —a saber, Grecia— había bloqueado la adopción de las medidas restrictivas (sanciones) contra Venezuela, que se retrasaron hasta noviembre, cuando la situación sobre el terreno se había deteriorado sustancialmente¹³.

No resulta fácil valorar en qué medida los Estados miembros han impedido o retrasado la adopción de decisiones, y menos aún en qué medida lo han hecho por razones ajenas al asunto en cuestión. Entre los esfuerzos más valiosos por aportar transparencia cabe destacar el informe elaborado por Ramses Wessels¹⁴, que recoge un listado no exhaustivo de vetos, amenazas de vetos o retrasos de 2016 a 2022. De los 30 casos identificados, el in-

¹¹ Así ocurre por ejemplo en la política comercial en la que, a pesar de la existencia de intereses económicos nacionales divergentes, el Consejo raramente procede a una votación formal, alcanzando los Estados por lo general decisiones de consenso. *Ibidem*, p. 4.

¹² *Ibidem*, p. 8.

¹³ *Ibidem*, pp. 5-7.

¹⁴ Informe redactado a petición de la Comisión de Asuntos Constitucionales. Wessel, R.A. & Szép, V., *The implementation of Article 31 of the Treaty on European Union and the use of Qualified Majority Voting. Towards a more effective Common Foreign and Security Policy?* Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Directorate-General for Internal Policies. European Parliament. 739.139 - 2022.

forme estima que el 60% están relacionados con Hungría (18 casos), mientras que el resto pueden vincularse a otros ocho Estados miembros: Grecia (4), Chipre (2) y Austria, República Checa, Italia, Francia, Malta y Rumanía (1 cada uno). De los 30 casos, 21 fueron vetos reales, 3 amenazas de veto y 5 retrasos. Los casos se referían en total a nueve ubicaciones geográficas o áreas temáticas: China (6), Rusia (5), Venezuela, Bielorrusia e Israel/Palestina (3 cada uno), Libia (2), EE.UU., Turquía y la Liga Árabe (1 cada uno). La mayoría de estos casos correspondían a declaraciones o cartas conjuntas (14), mientras que otros se referían a sanciones (8) o a misiones de la Política Común de Seguridad y Defensa (2)¹⁵.

Estos datos ponían de manifiesto, con especial crudeza, la fragilidad de la PESC. La situación se ha prolongado hasta nuestros días. Hungría, *sospechoso habitual*¹⁶, ha dificultado particularmente las medidas impuestas a Rusia tras la invasión de Ucrania de 2022.

También el Parlamento Europeo ha manifestado un apoyo continuado y contundente a la transición a la mayoría cualificada en PESC¹⁷. Tras la celebración de la Conferencia sobre el Futuro de Europa, cuyo Informe Final proponía que, en esta materia, las cuestiones que actualmente se deciden por unanimidad se modificasen «para que normalmente se decidan por mayoría cualificada»¹⁸, el Parlamento ha hecho lo posible para promover una reforma de los Tratados que permita alcanzar este objetivo¹⁹. También ha propuesto la aplicación de las cláusulas pasarela previstas en los Tratados para poder votar por mayoría cualificada la adopción de sanciones, decisiones sobre derechos humanos y misiones civiles²⁰.

¹⁵ *Ibidem*, p. 65.

¹⁶ González Alonso, L. N., «La Unión Europea frente al desafío de la guerra en Ucrania: ¿la ansiada epifanía de su política exterior y de seguridad común?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 75, 2023, p. 52.

¹⁷ Entre otros, véanse las Resoluciones del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 relativas a la mejora del funcionamiento de la construcción de la Unión Europea aprovechando el potencial del Tratado de Lisboa (DO C 252 de 18.7.2018, en particular, p. 229), y a las posibles modificaciones y ajustes de la actual configuración institucional de la Unión Europea (DO C 252 de 18.7.2018, en particular, p. 252). También destaca el estudio sobre la Votación por mayoría cualificada en la política exterior y de seguridad común (Informe sobre el «coste de la no Europa»), publicado por su Dirección General de Servicios de Estudios Parlamentarios el 28 de agosto de 2023.

¹⁸ Conferencia sobre el Futuro de Europa, propuesta 39 («Proceso de toma de decisiones de la UE»), Informe sobre el resultado final, mayo de 2022.

¹⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2022, sobre la convocatoria de una convención para la revisión de los Tratados (2022/2705(RSP)). Por primera vez el Parlamento utilizaba, en virtud del Tratado de Lisboa, su competencia para proponer modificaciones al Tratado.

²⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2023, sobre la aplicación de las cláusulas pasarela en los Tratados de la Unión (2022/2142(INI)).

Más novedoso es el creciente apoyo entre los Estados miembros. Hace años que algunos proponen avanzar hacia una votación mayoritaria²¹, pero recientemente esta iniciativa ha ganado peso, en particular desde que, en la Declaración de Meseberg, en 2018, el presidente Macron y la canciller Merkel declarasen su intención de estudiar posibilidades para utilizar la votación por mayoría cualificada en el ámbito de la PESC.

Es cierto que el apoyo dista de ser unánime. La mayoría cualificada encuentra particular oposición en los Estados de Europa Central y Oriental que temen que los Estados más poblados ganen un peso excesivo y releguen a los demás. Pero no son los únicos. Tras la aprobación del Informe Final de la Conferencia sobre el Futuro de Europa, se pusieron de manifiesto las diferencias entre los Estados miembros en torno a la conveniencia de una reforma de los Tratados, que podría incluir esta cuestión entre otras. Un documento acordado por los gobiernos de Bulgaria, Croacia, la República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovenia y Suecia señalaba: «Aunque no excluimos ninguna opción en este momento, no apoyamos los intentos poco meditados y prematuros de iniciar un proceso de cambio de Tratado»²². Poco después respondían los gobiernos de Alemania, Bélgica, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y España: «En principio, seguimos abiertos a los cambios necesarios en los Tratados que se definan conjuntamente». La ausencia de Francia, que había apoyado informalmente la iniciativa²³, se atribuyó a que en aquel momento ejercía la presidencia del Consejo. Si el documento hubiese contado con su apoyo formal, habría incluido a los seis Estados fundadores junto con España.

La voluntad de varios Estados miembros de dar pasos concretos para superar el veto se puso de manifiesto con especial relevancia en mayo de 2023 con la constitución del *Grupo de Amigos de la Mayoría Cualificada*, impulsado por el canciller Olaf Scholz. A la iniciativa de Alemania se sumaron Bélgica, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos. En las reuniones mantenidas por el Grupo hasta la fecha se ha debatido sobre las posibles alternativas para la aplicación de la mayoría cualificada. En la segunda sección de este artículo se analizarán dichas alternativas.

En el mes de junio de 2023 los Ministros de Asuntos Exteriores de siete Estados miembros del Grupo publicaron en *Político* un artículo titulado: «Ha llegado la hora de tomar decisiones por mayoría en la política exterior

²¹ En la CIG de Ámsterdam algunos Estados miembros (en particular Alemania, los países del Benelux, Italia y Austria) dejaron claro que estaban a favor, mientras que otros (en particular el Reino Unido, Portugal y Grecia) se oponían. Monar, J., *op. cit.* p. 418.

²² El documento, no obstante, hacía hincapié en la posibilidad de recurrir a las disposiciones infrautilizadas del Tratado para encontrar soluciones más eficaces.

²³ Wessel, R.A. & Szép, V., *op. cit.*, p. 25.

de la UE»²⁴. Proponían la extensión de la mayoría cualificada sólo para el ámbito de la PESC y sin reforma de los Tratados. En la tercera sección de este artículo se abordará dicha propuesta.

El *Grupo de Amigo de la Mayoría Cualificada* también tomó la decisión de constituir un Panel de Expertos con el fin de asesorar a sus miembros²⁵. En la cuarta sección de este artículo se aborda la declaración conjunta que acordamos los miembros de dicho Panel. Se planteará también, a título personal, una propuesta para dejar atrás la unanimidad, teniendo en cuenta la efectividad y legitimidad del proceso de toma de decisiones.

II. Alternativas para evitar el bloqueo de la unanimidad

a) *El potencial de una improbable reforma de los Tratados*

La primera y más evidente alternativa para evitar el bloqueo de la unanimidad consiste en la revisión de los Tratados, de acuerdo con el procedimiento ordinario del artículo 48.2 TUE. Una reforma permitiría hacer realidad cualquiera de las posibilidades planteadas por la doctrina.

La modificación del artículo 31.1 del TUE en virtud del cual, por regla general, las decisiones en el marco de la PESC son adoptadas por unanimidad, parece poco realista. Más factible sería modificar el artículo 31.2 TUE con el objetivo de añadir las decisiones mencionadas —relativas a los derechos humanos en foros multilaterales, a la política de medidas restrictivas (sanciones) y a las misiones civiles— a los cuatro casos en los que esta disposición ya prevé la votación por mayoría cualificada.

Una reforma también haría posible la eliminación del freno de emergencia previsto a continuación en el 31.3.TUE, en virtud del cual: «Si un miembro del Consejo declarase que, por motivos vitales y explícitos de política nacional, tiene la intención de oponerse a la adopción de una decisión que se deba adoptar por mayoría cualificada, no se procederá a la votación. El Alto Representante intentará hallar, en estrecho contacto con el Estado miembro de que se trate, una solución aceptable para éste. De no hallarse dicha solución, el Consejo, por mayoría cualificada, podrá pedir que el asunto se remita al Consejo Europeo para que adopte al respecto una decisión por unanimidad».

También sería posible modificar este freno de emergencia, bien restringiendo los motivos o dificultando el procedimiento para vetar, bien sustitui-

²⁴ Disponible en: <https://www.politico.eu/article/eu-foreign-policy-ukraine-russia-war-its-time-for-more-majority-decision-making/>. Traducción propia.

²⁵ Reiteramos que el presente artículo no representa ni compromete a nadie más que a su autora.

yendo el sistema actual, de veto individual, por una suerte de *veto colectivo*, que permitiese vetar por motivos de naturaleza análoga a un número de Estados miembros que, sin alcanzar la minoría de bloqueo requerida, superasen un umbral mínimo. Volveremos a esta idea más adelante.

El Parlamento Europeo ha propuesto otra posible, aunque más que improbable, modificación del Tratado. Esta afectaría a la denominada cláusula de pasarela general, recogida en el artículo 48.7 TUE, cuyo primer párrafo dice así: «Cuando el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o el título V del presente Tratado dispongan que el Consejo se pronuncie por unanimidad en un ámbito o en un caso determinado, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que autorice al Consejo a pronunciarse por mayoría cualificada en dicho ámbito o en dicho caso. El presente párrafo no se aplicará a las decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa». Para la adopción de esas decisiones, el cuarto párrafo dispone que «el Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo, que se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen». La propuesta del Parlamento consiste en sustituir el requisito de unanimidad por el de mayoría cualificada, lo que le facilitaría en gran medida que el Consejo Europeo pudiese autorizar al Consejo a tomar decisiones en materia de política exterior por mayoría cualificada²⁶.

La dificultad principal de estas propuestas radica, como siempre, en que la reforma de los tratados requiere una unanimidad que a día de hoy no existe y un proceso de ratificación cuyas dificultades son bien conocidas. La potencialidad de una reforma es tan grande como su dificultad. Tanto el artículo de los siete ministros de Asuntos Exteriores como la declaración del Panel de Expertos del Grupo de Amigos compartían su escepticismo al respecto y se centraban en otras alternativas.

b) *La pasarela que lleva de la unanimidad a la mayoría: lejos, pero más cerca que nunca*

Si bien el Tratado de Lisboa extendió el procedimiento legislativo ordinario y la votación por mayoría cualificada a un gran número de ámbitos, la

²⁶ La Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2022, sobre la convocatoria de una convención para la revisión de los Tratados (2022/2705(RSP)) proponía modificar el artículo 48, apartado 7, párrafo cuarto del TUE para quedar redactado como sigue: «Para la adopción de estas decisiones, el Consejo Europeo se pronunciará por mayoría cualificada tal como se determina en el artículo 238, apartado 3, letra b), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, previa aprobación del Parlamento Europeo, que se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen».

imposibilidad de avanzar más en ese proceso llevó a la introducción de las cláusulas pasarela, diseñadas para facilitar, en el futuro, la transición desde un procedimiento legislativo especial a uno ordinario, o de una votación por unanimidad a una votación por mayoría cualificada, para la adopción de actos en un ámbito específico. El Tratado incluye una pasarela general, prevista en el artículo 48.7 TUE, así como varias pasarelas específicas, con ciertas particularidades procesales, una de las cuales se refiere a la PESC.

Como ya se ha señalado, la cláusula de pasarela general del artículo 48.7 TUE podría aplicarse en este ámbito. No hay duda a este respecto, pues el primer párrafo de esta disposición establece su aplicabilidad al «título V del presente Tratado», título que recoge las «Disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión y disposiciones específicas relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común». El uso de la pasarela general requiere el pronunciamiento unánime del Consejo Europeo, así como dos requisitos adicionales, recogidos en los dos últimos párrafos del artículo 48.7:

«Cualquier iniciativa tomada por el Consejo Europeo en virtud de los párrafos primero o segundo se transmitirá a los Parlamentos nacionales. En caso de oposición de un Parlamento nacional notificada en un plazo de seis meses a partir de esta transmisión, no se adoptará la decisión contemplada en los párrafos primero o segundo. A falta de oposición, el Consejo Europeo podrá adoptar la citada decisión.

Para la adopción de las decisiones contempladas en los párrafos primero o segundo, el Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo, que se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen».

Además de la unanimidad del Consejo Europeo, se requiere pues la ausencia de oposición de los parlamentos nacionales en un plazo de seis meses y la aprobación previa del Parlamento Europeo. También es posible que los Estados miembros adopten normas internas que requieran a sus representantes requisitos adicionales para votar a favor de la utilización de la pasarela general. Así ocurre, por ejemplo, en Alemania, donde se requiere nada menos que una ley aprobada por una mayoría de dos tercios de los votos del *Bundestag* y del *Bundesrat*²⁷.

²⁷ El artículo 4 de la Ley de 22 de septiembre de 2009 sobre el ejercicio por el *Bundestag* y el *Bundesrat* de su responsabilidad en materia de integración en los asuntos que atañen a la Unión Europea (Ley de responsabilidad en materia de integración) dispone que «El representante alemán en el Consejo Europeo sólo podrá aprobar una propuesta de decisión en el sentido del artículo 48, apartado 7, párrafo primero, primera frase, o párrafo segundo, del Tratado de la Unión Europea o abstenerse de votar sobre dicha propuesta cuando haya en-

Más sencillo sería el uso de la pasarela específica prevista en el artículo 31.3 TUE para la PESC, en virtud de la cual «El Consejo Europeo podrá adoptar por unanimidad una decisión que establezca que el Consejo se pronuncie por mayoría cualificada en casos distintos de los previstos en el apartado 2». Los cuatro casos del apartado 2, como se ha mencionado anteriormente, son aquellos para los que el Tratado ya prevé la mayoría cualificada en PESC.

A diferencia de la pasarela general, la específica no requiere la aprobación del Parlamento Europeo ni la participación de los parlamentos nacionales. Tampoco requiere, a diferencia del procedimiento de revisión ordinario del Tratado del artículo 48.2 TUE, ningún procedimiento de ratificación. Es cierto que, también aquí, los Estados pueden adoptar normas internas que impongan requisitos adicionales, pero, en general, son menos que los previstos para el uso de la pasarela general²⁸.

La pasarela específica permitiría extender el voto mayoritario a los tres casos que la Comisión proponía en su Comunicación de 2018, a saber: las decisiones relativas a los derechos humanos en foros multilaterales, la política de medidas restrictivas (sanciones) y las misiones civiles. También se podrían añadir otros. Quedan, de nuevo, excluidas de su ámbito de aplicación las decisiones con repercusiones en el ámbito militar o de la defensa.

También reviste especial interés la cuestión de si, en caso de usarse la pasarela específica, el freno de emergencia del artículo 31.2 TUE, que permite a un Estado miembro declarar que tiene la intención de oponerse a la adopción de una decisión que deba tomarse por mayoría cualificada por razones vitales y explícitas de política nacional, sería de aplicación a los nuevos casos de mayoría cualificada. Algunos expertos han considerado que, en efecto, el freno de emergencia no solo sería de aplicación a los cuatro casos en los que la votación por mayoría cualificada ya está prevista en los Tratados, sino que también lo sería a aquellos en los que se aplicase la votación por mayoría cualificada en virtud de una pasarela²⁹.

Sin embargo, en mi opinión, del Tratado no se desprende necesariamente esa interpretación. Más bien hay motivos para entender que el freno de emergencia del 31.2 *in fine* solo se aplica a los casos de mayoría cualifi-

trado en vigor una ley a tal efecto, tal como se define en el artículo 23, apartado 1, de la Ley Fundamental. A falta de tal ley, el representante alemán en el Consejo Europeo debe rechazar la propuesta de decisión». Traducción propia. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_intvg/index.html.

²⁸ P Mintel J. and Von Ondarza, N., «More EU Decisions by Qualified Majority Voting – but How? Legal and political options for extending qualified majority voting», *op. cit.*, p. 3.

²⁹ Böttner, R., «The Commission's initiative on the passerelle clauses – Exploring the unused potential of the Lisbon Treaty», ZEuS 3/2020, DOI: 10.5771/1435-439X-2020-3-483, p. 418.

cada recogidos en los cuatro guiones del artículo 31.2. Podría decirse que el Tratado encierra el freno de emergencia dentro de los límites del 31.2., sin que pueda concluirse su aplicabilidad a otros casos. Debe también tenerse en cuenta que esta cláusula, por su propia naturaleza, es excepcional y, por lo tanto debe ser objeto de una interpretación restrictiva.

La regulación de la pasarela específica para la PESC parece respaldar, además, la interpretación restrictiva que aquí se propone. El apartado 31.3 dice que «El Consejo Europeo podrá adoptar por unanimidad una decisión que establezca que el Consejo se pronuncie por mayoría cualificada en casos distintos de los previstos en el apartado 2». Los nuevos casos de mayoría serían *distintos* de los del apartado 2 (*other than those in para 2*, en la versión inglesa). La pasarela no ampliaría la lista del apartado 31.2., que constituye un *numerus clausus*. Por consiguiente, el freno de emergencia no les sería de aplicación. Cosa distinta sería que, con vistas a lograr el acuerdo de los Estados miembros para el uso de la pasarela, un acuerdo político dispusiese la posibilidad de invocar un freno de emergencia en los nuevos casos de mayoría.

Por todas estas razones, la pasarela específica constituye una alternativa muy interesante para avanzar. El mayor obstáculo para su utilización es, por supuesto, la exigencia de unanimidad. Aunque no se ha utilizado hasta la fecha, la posibilidad de hacerlo ha cobrado fuerza, al tiempo que han aumentado tanto la necesidad de una voz europea en la escena internacional como la frustración con el uso del veto por parte de algunos Estados miembros. Como ya se mencionó anteriormente, la unanimidad está lejos de alcanzarse: son muchos los Estados miembros que no participan en el *Grupo de Amigos* y que expresamente manifiestan su oposición a estas iniciativas. Pero no es menos cierto que la aplicación de la mayoría cualificada en PESC nunca había contado con un respaldo entre los Estados miembros tan sólido como el que ahora disfruta.

c) *Mayor recurso a otras alternativas infrautilizadas: los casos de mayoría, la abstención constructiva y la cooperación reforzada*

Los tratados prevén tres mecanismos infrautilizados hasta la fecha, que podrían ser objeto de mayor uso. En primer lugar, si bien en virtud del artículo 31.1.TUE la unanimidad es la norma por defecto en el ámbito de la PESC, el artículo 31.2. TUE recoge cuatro casos, apenas utilizados hasta la fecha, en los que ya es posible la votación por mayoría cualificada:

El primer caso se refiere a «Una decisión que establezca una acción o una posición de la Unión a partir de una decisión del Consejo Europeo relativa a los intereses y objetivos estratégicos de la Unión prevista en el apar-

tado 1 del artículo 22». De este modo, una vez que el Consejo Europeo se ha pronunciado por unanimidad sobre los intereses y objetivos estratégicos de la Unión en un ámbito de la PESC, el Consejo puede adoptar por mayoría cualificada las decisiones necesarias para su aplicación. En virtud de esta disposición, tras la adopción de la Estrategia Común sobre Rusia por el Consejo Europeo en junio de 1999, el Consejo adoptó en diciembre una Acción Común por la que se estableció un programa de cooperación en materia de no proliferación y desarme en la Federación de Rusia³⁰.

El segundo caso, cercano al primero, es una novedad del Tratado de Lisboa que no ha sido utilizada hasta la fecha. Contempla la posibilidad de que el Consejo adopte por mayoría cualificada «una decisión que establezca una acción o una posición de la Unión a partir de una propuesta presentada por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad en respuesta a una petición específica que el Consejo Europeo le haya dirigido bien por propia iniciativa, bien por iniciativa del Alto Representante».

El tercer caso contempla «cualquier decisión por la que se aplique una decisión que establezca una acción o una posición de la Unión». Tras la adopción por el Consejo de una acción o posición inicial por unanimidad, las decisiones de aplicación ulteriores podrían adoptarse por mayoría cualificada. En la práctica, aquí sí, el Consejo ha adoptado a menudo decisiones PESC con esta base jurídica, especialmente, con el fin de modificar los regímenes de sanciones existentes en la UE. Es el ámbito más maduro y se plantea que se pueda utilizar también para adoptar otras decisiones como por ejemplo, las relativas al desarrollo de misiones civiles.

El cuarto y último caso se refiere a «la designación de un representante especial de conformidad con el artículo 33». La posibilidad de adoptar esta decisión por mayoría cualificada ha permitido que el proceso de toma de decisiones funcione y que, al igual que ocurre en otros ámbitos, finalmente se haya logrado el consenso sin recurrir a una votación formal.

En estos cuatro casos, el artículo 31.2 TUE ofrece la ventaja de no precisar una reforma de los tratados —ahí está, disponible para un uso más frecuente— y la grave limitación derivada del freno de emergencia expresamente previsto. Aunque este freno requiera razones «vitales y declaradas» de política nacional, deja un amplio margen de interpretación a los Estados. Por eso, algunas propuestas contemplan que se requiera mayor precisión sobre las razones vitales que se pueden invocar o que se exijan trámites más

³⁰ Estrategia Común sobre Rusia por el Consejo Europeo de junio de 1999 (1999/414/PESC), Acción Común del Consejo (1999/878/PESC). Wessel, R.A. & Szép, V., «The implementation of Article 31 of the Treaty on European Union and the use of Qualified Majority Voting. Towards a more effective Common Foreign and Security Policy?», *op. cit.*, p. 73.

rigurosos para su declaración. Incluso si tal cosa se acordase, la sombra del veto no desaparecería.

En segundo lugar, los Tratados recogen la posibilidad de la abstención constructiva. La unanimidad del artículo 31.1 TUE no requiere el voto afirmativo de la totalidad de los Estados miembros, ya que, en virtud del segundo párrafo, un grupo que represente menos de un tercio de los Estados puede abstenerse en la votación y no aplicar la decisión:

«En caso de que un miembro del Consejo se abstuviera en una votación, podrá acompañar su abstención de una declaración formal efectuada de conformidad con el presente párrafo. En ese caso, no estará obligado a aplicar la decisión, pero admitirá que ésta sea vinculante para la Unión. En aras de la solidaridad mutua, el Estado miembro de que se trate se abstendrá de cualquier acción que pudiera obstaculizar o impedir la acción de la Unión basada en dicha decisión y los demás Estados miembros respetarán su posición. En caso de que el número de miembros del Consejo que acompañara su abstención de tal declaración representara al menos un tercio de los Estados miembros que reúnen como mínimo un tercio de la población de la Unión, no se adoptará la decisión».

Hasta la invasión de Ucrania en 2022 la abstención constructiva solo se había utilizado en una ocasión, para la adopción de la Acción Común relativa al establecimiento de la Misión Civil en Kosovo (EULEX KOSOVO), que contó con la abstención de Chipre³¹. Después, se ha utilizado para adoptar la Decisión relativa al uso del Fondo Europeo de Apoyo a la Paz para el suministro de equipos militares a las fuerzas armadas ucranianas³², que contó con la abstención de Austria, Irlanda y Malta; y la Decisión relativa al establecimiento de una Misión de Asistencia Militar en apoyo de Ucrania (EUMAM Ucrania)³³, que contó con la abstención de Hungría.

La abstención constructiva requiere un delicado y difícil equilibrio, pues el Estado que se abstenga no estará obligado a aplicar la decisión, pero admitirá que ésta sea vinculante para la Unión y, en aras del principio de solidaridad, se abstendrá de cualquier acción que pudiera obstaculizar la acción de la Unión.

³¹ Acción Común 2008/124/PESC del Consejo de 4 de febrero de 2008 sobre la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo. DO L 42, 16 de febrero de 2008, p. 92.

³² Decisión (PESC) 2022/338 del Consejo de 28 de febrero de 2022 relativa a una medida de asistencia en el marco del Fondo Europeo de Apoyo a la Paz para el suministro a las fuerzas armadas ucranianas de equipos y plataformas militares diseñados para producir efectos letales. DO L 60 de 28.2.2022, p. 1.

³³ Decisión (PESC) 2022/1968 del Consejo de 17 de octubre de 2022 relativa a una Misión de Asistencia Militar de la Unión Europea en apoyo a Ucrania (EUMAM Ucrania). DO L 270 de 18.10.2022, p. 85.

En tercer lugar, el artículo 329.2 TFUE ofrece otro camino alternativo para superar el bloqueo de la unanimidad: la posibilidad de utilizar la cooperación reforzada en el marco de la PESC. Tras la reforma de Lisboa, esta disposición dice así:

«La solicitud de los Estados miembros que deseen establecer entre sí una cooperación reforzada en el marco de la política exterior y de seguridad común se dirigirá al Consejo. Será transmitida al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, para que éste dictamine acerca de la coherencia de la cooperación reforzada prevista con la política exterior y de seguridad común de la Unión, así como a la Comisión, para que ésta dictamine, en particular, sobre la coherencia de la cooperación reforzada prevista con las demás políticas de la Unión. Se transmitirá asimismo al Parlamento Europeo a título informativo.

La autorización de llevar a cabo una cooperación reforzada se concederá mediante decisión del Consejo, que se pronunciará por unanimidad».

Al igual que en otros ámbitos, la cooperación reforzada debe ser emprendida solo como último recurso, es decir, cuando los objetivos perseguidos no puedan ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto, y estará abierta la participación de los Estados miembros que quieran sumarse con posterioridad, siempre que se respeten las condiciones establecidas al inicio y los actos ya adoptados en ese marco. El recurso a este mecanismo exige la participación de al menos nueve Estados miembros y su autorización requiere, en este ámbito y a diferencia de otros, la unanimidad, lo que hace su uso aún más difícil.

La cooperación reforzada no se ha usado hasta la fecha en la PESC, pero sí en otros ámbitos, lo que nos permite reflexionar a la luz de cierta experiencia. Este mecanismo, que muchos consideran imprescindible tras las sucesivas ampliaciones de la Unión³⁴, puede constituir una alternativa útil para superar la parálisis que a menudo provoca el derecho de veto, permitiendo dotar de institucionalidad a los proyectos emprendidos por un grupo de Estados miembros. Su existencia puede constituir por sí misma un impulso integrador, pues la posibilidad de que algunos Estados inicien una cooperación puede animar a los reticentes a unirse, si la alternativa es que la emprendan en su ausencia. Incluso si ese impulso resulta insuficiente y algunos Estados quedan atrás, la vanguardia puede acabar atrayendo a los reticentes³⁵.

³⁴ Así lo estima, por ejemplo, Urrea Corres, M.: *La cooperación reforzada en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002.

³⁵ Becerril Atienza, B., «The regulation of enhanced cooperation and its reform in Lisbon», en Beneyto Pérez, J.m, Baquero Cruz, J., Becerril Atienza, B., Bolle, M., Cremona, M.,

La cooperación reforzada ofrece a un grupo de Estados la posibilidad de avanzar dentro del marco de los tratados, evitando que lo hagan a través de otros cauces. No es un mecanismo de flexibilidad más, sino el único que se articula a través del sistema jurídico-institucional de la Unión y cuyos resultados forman parte de su ordenamiento jurídico³⁶. Un inconveniente de recurrir a la diferenciación fuera del mecanismo de cooperación reforzada es que todas las cautelas y los límites previstos en los Tratados, simplemente no son de aplicación.

Eso es precisamente lo que ocurre en materia de PESC. Los Estados miembros actúan a menudo *extramuros*, en agrupaciones informales y mediante procesos de toma de decisiones intergubernamentales, sin que sea preceptiva la participación de las instituciones de la Unión. Constituyen buenos ejemplos del mismo el Grupo E3 que formaron Alemania, Francia y el Reino Unido en las negociaciones sobre el acuerdo nuclear iraní, o el formato de Normandía, impulsado en 2014, que reunía a los representantes de Francia y Alemania con los de Rusia y Ucrania³⁷.

Los principales inconvenientes de estas coaliciones *ad hoc* se refieren a su legitimidad y eficacia. En relación con la primera, se señala a menudo el riesgo de que, al estar fuera del marco de los tratados, se conviertan en directorios en los que los Estados miembros más grandes tomen decisiones y releguen a los más pequeños. En relación con la segunda, el principal desafío para su eficacia proviene de su limitado poder económico y político frente a los principales actores externos, como Estados Unidos y Rusia; su diplomacia no puede ser plenamente eficaz si estos actores la desafían³⁸.

Por último, antes de proceder con el análisis de las propuesta recientes para avanzar hacia la mayoría cualificada, es importante señalar que, si bien la unanimidad ha prevalecido con muy contadas excepciones en el ámbito de la PESC, la votación por mayoría cualificada se aplica con normalidad en otras áreas de la acción exterior de la UE estrechamente relacionadas y

Ehret, S., López-Ibor Mayor, V., y Maillo González-Orús, J., *Unity and flexibility in the future of the European Union, Unity and flexibility in the future of the European Union*, CEU Ediciones, 2009, p. 33.

³⁶ Martínez Capdevila, C.: «¿Son los acuerdos *inter se* una alternativa a la cooperación reforzada en la UE? Reflexiones al hilo del Tratado de Prüm», *Revista Española de Derecho Europeo, REDE*, 40, 2011, p. 428.

³⁷ Este modo de proceder está profundamente enraizado en la política exterior europea. Así lo señalan Siddi, M., Karjalainen, T., y Jokela, J., «Differentiated Cooperation in the EU's Foreign and Security Policy: Effectiveness, Accountability, Legitimacy», *The International Spectator*, 57:1, 2022, p. 111. Véase también Grevi, G., Morillas, P., Soler I Lecha, E. y Zeiss, M. «Differentiated Cooperation in European Foreign Policy: The Challenge of Coherence», *EU IDEA Policy Paper* No. 5, 2020.

³⁸ Siddi, M., Karjalainen, T., y Jokela, J., «Differentiated Cooperation in the EU's Foreign and Security Policy: Effectiveness, Accountability, Legitimacy», *op. cit.*, p. 119.

que pueden contribuir también a la consecución de sus objetivos. Un buen ejemplo de ello serían los reglamentos recientemente adoptados en el marco de la política comercial, como el mecanismo anti-coerción³⁹, o el marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión⁴⁰. Ambos tienen un gran potencial al servicio de la PESC.

III. La propuesta del Grupo de Amigos de la Mayoría Cualificada: cautela y pragmatismo

En 4 de mayo de 2023 un grupo de nueve Estados miembros compuesto por Alemania, Bélgica, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos constituyó el *Grupo de Amigos* con el fin de impulsar el voto por mayoría cualificada en PESC. La declaración inicial⁴¹ reflejaba la voluntad de avanzar en la mejora de la toma de decisiones en este ámbito de forma pragmática, centrándose en medidas concretas basadas en las disposiciones ya previstas en el Tratado. También se subrayaba la voluntad de colaborar con todos los Estados miembros, que estaban invitados a unirse al grupo, y con los que se compartirían los resultados de sus deliberaciones de forma transparente. Asimismo, se hacía hincapié en la necesidad de coordinarse con las instituciones de la Unión.

La primera reunión tuvo lugar en La Haya en junio de 2023 y la segunda en Berlín, en marzo de 2024, ya con la participación de once Estados, así como dos más en calidad de observadores y una representación del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE)⁴². En estas reuniones se mantuvieron debates sobre las alternativas para avanzar hacia la mayoría cualificada y para incorporar, en la medida de lo posible, a los Estados no participantes.

El resultado concreto más significativo de estos esfuerzos fue la publicación el 12 de junio de 2023 del artículo conjunto en *Político* titulado: «Ha

³⁹ El Reglamento (UE) 2023/2675 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, establece un marco para la protección de la Unión Europea y sus Estados miembros frente a la coerción económica por parte de terceros países (DOUE L 2675, 7.12.2023, p. 1).

⁴⁰ El Reglamento (UE) 2021/167 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de febrero de 2021, por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (DOUE L 58, 11.2.2021, p. 1).

⁴¹ Declaración conjunta de los Ministerios de Asuntos Exteriores sobre el lanzamiento del Grupo de Amigos sobre el voto por mayoría cualificada en la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE. 04.05.2023 - Comunicado de prensa. Disponible en: <https://www.auswaertiges-amt.de/en/newsroom/news/2595304-2595304>

⁴² Participaron Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Rumanía, Eslovenia y Suecia, así como Irlanda y Eslovaquia en calidad de observadores.

llegado la hora de tomar decisiones por mayoría en la política exterior de la UE», firmado por los ministros de Asuntos Exteriores de siete Estados miembros: Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Rumanía, Eslovenia y España⁴³. Llama la atención en particular la ausencia de los ministros de Finlandia, Francia e Italia, que sí habían participado en la constitución del *Grupo de Amigos*.

Los ministros partían de la afirmación de que, frente a la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, la Unión había demostrado su capacidad de actuar de manera efectiva apoyando a Ucrania en múltiples frentes, incluyendo el diplomático, financiero y militar, además de reducir su dependencia energética de Rusia y ofrecer una perspectiva clara de adhesión tanto a Ucrania como a la República de Moldavia. Esta valoración positiva, que debe entenderse en el contexto de 2023, se ha considerado en ocasiones un motivo a favor de mantener el *statu quo*. Si la Unión pudiese alcanzar consensos y actuar eficazmente con esos mimbres, no sería necesario reformar el proceso de toma de decisiones en PESC. Sin embargo, los ministros señalaban, a mi parecer acertadamente, que las sucesivas rondas de sanciones contra Rusia se habían podido acordar «a pesar de estas reglas, y no gracias a ellas». Como ha señalado la doctrina, «no quedaba más remedio que actuar con la mayor celeridad y contundencia posibles y, en general, se han encontrado las vías para hacerlo»⁴⁴. A pesar de las limitaciones del Tratado.

De cara al futuro, continuaban los ministros, la capacidad de la UE para actuar con rapidez y decisión será esencial para mantener su papel como actor de política exterior: «Es fundamental que la UE produzca resultados concretos y tangibles. Los recientes acontecimientos han demostrado la necesidad de mejorar la capacidad de respuesta en tiempos de crisis, especialmente en un contexto de ampliación de la UE, donde el éxito de la integración europea depende de la eficacia de sus instituciones». De esta manera, los ministros señalaban que una nueva ampliación de la Unión dificultaría aún en mayor medida la consecución de la unanimidad⁴⁵.

⁴³ Annalena Baerbock, Hadja Lahbib, Jean Asselborn, Wopke Hoekstra, Bogdan Aurescu, Tanja Fajon y José Manuel Albares Bueno.

⁴⁴ Sobre esta cuestión véase González Alonso, L. N., «La Unión Europea frente al desafío de la guerra en Ucrania: ¿la ansiada epifanía de su política exterior y de seguridad común?», *op. cit.*, pp. 35-68.

⁴⁵ Unos meses después, el Consejo Europeo de Granada señalaría que no puede haber una nueva ampliación sin una reforma. Reiteraban que para proceder a una ampliación los países aspirantes debían intensificar sus reformas, pero que, de forma paralela, la Unión debía «emprender el trabajo preparatorio en el ámbito interno y acometer las reformas necesarias», tratando cuestiones clave relacionadas con nuestras prioridades y políticas, «así como con nuestra capacidad de actuar» Consejo de la Unión Europea, Declaración de Granada. *Press Release* 706/23, 06/10/2023.

Los siete ministros proponían un mayor uso de la votación por mayoría cualificada desde una aproximación pragmática, sin pasar por una reforma de los Tratados y sólo para el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común. De este modo, se excluían otras áreas en las que la unanimidad también constituye un grave obstáculo para avanzar y que son prioritarias para algunos Estados miembros, como por ejemplo, la fiscalidad, que sí había acompañado a la PESC en algunas propuestas previas de la Comisión.

Los firmantes proponían, en primer lugar, utilizar en mayor medida la abstención constructiva: «Acabamos de ver lo eficaz que puede ser la abstención constructiva el pasado octubre, cuando el Consejo de Asuntos Exteriores votó sobre la nueva misión de entrenamiento para el ejército ucraniano. Queremos aprovechar esta tendencia emergente y comprometernos a examinar sistemáticamente nuestras propias posiciones con vistas a pasar de un voto en contra a una abstención constructiva». Con un optimismo acaso excesivo, los ministros consideraron que los recientes contados casos de abstención constructiva constituyen «una tendencia emergente». Nótese, en todo caso, que los firmantes no se comprometían a renunciar a su derecho de veto, sino solamente a examinar sistemáticamente sus propias posiciones con el fin de pasar del veto a la abstención. Todo es cautela y pragmatismo en esta propuesta.

En segundo lugar, los ministros proponían recurrir al artículo 31.2 TUE, que como analizamos previamente, ya permite la votación por mayoría cualificada en ciertos casos. Mencionaban expresamente las condiciones operativas de las misiones civiles y las posiciones comunes sobre derechos humanos en los foros internacionales. En las áreas que no requieren votación formal pero que en las que en la práctica se aplica el consenso —por ejemplo, cuando el Alto Representante hace una declaración pública en nombre de la UE—, se proponía también adoptar por mayoría cualificada una decisión de ejecución.

En tercer lugar, se proponía hacer uso de la cláusula pasarela específica del artículo 31.3 TUE, «en ámbitos bien definidos dentro de la PESC». Llama la atención que no se precisaran en absoluto cuáles serían esos ámbitos «bien definidos» que, precisamente, quedaban sin definir⁴⁶.

⁴⁶ Más aún cuando existe cierto acuerdo en torno a la propuesta de la Comisión de 2018, que planteaba que el Consejo se pueda pronunciar por mayoría cualificada en cuestiones relativas a los derechos humanos en foros multilaterales, a las misiones civiles y a la política de medidas restrictivas (sanciones). Comisión Europea, *Un actor de mayor peso en la escena mundial: un proceso decisorio más eficiente en la Política Exterior y de Seguridad Común*. Op. cit., p. 4. Los dos primeros de estos tres casos si se mencionaban, en cambio, en relación con el artículo 31.2. TUE.

Los últimos párrafos parecían estar dirigidos a persuadir a los Estados miembros reticentes. Por una parte, se reiteraba la importancia del consenso. Se recordaba que «la búsqueda del consenso está, y seguirá estando, en el corazón de nuestro ADN europeo», que «haremos todo lo posible por dar cabida a las preocupaciones de todos los Estados» y que se trabajará «para seguir reforzando la cooperación en un espíritu de confianza mutua». Por otra parte, se incidía en la posibilidad de invocar un freno de emergencia. Se recordaba que «obviamente, los Estados miembros podrán invocar el freno de emergencia previsto en el apartado 2 del artículo 31 del TUE por razones vitales y declaradas de política nacional» y que «trabajaremos en un mecanismo de red de seguridad, además del freno de emergencia existente, que tratará de garantizar que se sigan respetando los intereses nacionales vitales en los ámbitos de la PESC en los que se amplíe la votación por mayoría mediante la pasarela».

Es decir, que si bien parece respaldarse la interpretación de acuerdo con la cual el freno del 31.2 no se aplicaría a los nuevos casos de mayoría cualificada en virtud de la pasarela, los firmantes afirmaban que trabajarán para acordar una «red de seguridad» que «tratará de garantizar que se sigan respetando los intereses nacionales vitales» para estos casos. Para ello, señalaban, «buscaremos el asesoramiento de expertos independientes para sondear ideas», lo que parece apuntar al Panel de expertos constituido para asesorar a los Estados miembros del Grupo de Amigos.

La propuesta de los siete ministros es pragmática y cautelosa. Ello es prudente y necesario pues cualquier avance, sea a través de la pasarela o por otra vía, requerirá del acuerdo de todos los Estados miembros. No obstante, no deja de llamar la atención que, con el fin de superar el veto, los ministros terminen proponiendo la creación de una nueva «red de seguridad», un mecanismo de protección de los intereses fundamentales para casos excepcionales, tal y como habían propuesto por cierto algunos miembros de la doctrina⁴⁷. ¿Un paso adelante y otro atrás?

IV. La propuesta del Panel de Expertos de los *Amigos de la Mayoría Cualificada*: ¿un sistema de veto colectivo?

Los Estados participantes en el Grupo de Amigos acordaron formar un Panel de Expertos con el fin de acompañar a las delegaciones a sus reu-

⁴⁷ Mintel J. and Von Ondarza, N., «More EU Decisions by Qualified Majority Voting —but How? Legal and political options for extending qualified majority voting», p. 8. Fue publicado en 2022 SWP, Stiftung Wissenschaft und Politik. German Institute for International and Security Affairs.

niones y prestar su asesoría. Participamos en el este órgano asesor seis profesores nominados a propuesta de Bélgica, Finlandia, Alemania, Países Bajos, Eslovenia y España⁴⁸. En el mes de mayo del 2024 los seis miembros del Panel de Expertos acordamos una declaración conjunta que sería publicada en varias lenguas en distintos medios europeos. Se trata de un documento de consenso. La versión inglesa fue publicada en el editorial de la revista *European Foreign Affairs Review*⁴⁹. La española aparecería en *Política Exterior* con el título: ¿Cómo librarse de los vetos en la Política Exterior y de Seguridad de la UE?⁵⁰

La declaración partía de la necesidad que la Unión Europea cuente con los medios necesarios para responder adecuadamente a los grandes desafíos de nuestro tiempo. Señalaba que si bien durante décadas la UE ha sido criticada por su inacción, por la lentitud de sus respuestas y por la cacofonía de voces a la hora de gestionar crisis mundiales, al mismo tiempo, las posiciones de los Estados Miembros sobre el papel de la Unión Europea como actor global han ido convergiendo: «Reconocer a la UE como una «comunidad de destino» que se enfrenta a amenazas de seguridad compartidas ya ha impulsado una actuación más cohesionada de la Unión Europea. La Unión debe cumplir con su mandato de fomentar la paz, la seguridad y el progreso en Europa y en el mundo. Su nueva conciencia geopolítica le exige aumentar su capacidad de actuación».

Resulta interesante señalar el modo en que, a continuación, se profundiza en la identificación del problema que se quiere superar: «Con demasiada frecuencia, decisiones cruciales y urgentes en materia de política exterior son bloqueadas por uno o dos Estados Miembros, frecuentemente por razones ajenas a los asuntos en cuestión. Esto crea un sistema de incentivos negativos, en el que el veto puede ser beneficioso y expone a la Unión a la influencia de terceros que buscan dividirla».

El problema, en efecto, radica en la existencia de un sistema negativo de incentivos. Un sistema que favorece los vetos transaccionales, los

⁴⁸ Participamos en el Panel de Expertos (*Sounding Board*): Sofia Vandenbosch, Universidad Católica de Lovaina (Bélgica); Juha Jokela, Instituto Finlandés De Asuntos Internacionales (Finlandia); Annegret Bendiek, Instituto Alemán de Asuntos Internacionales y de Seguridad, Swp (Alemania); Ramses Wessel, Universidad de Groningen (Países Bajos); Sabina Lange, Universidad de Liubliana (Eslovenia); y Belén Becerril Atienza, Universidad CEU San Pablo (España).

⁴⁹ Becerril Atienza, B., Bendiek, A., Jokela, J., Lange, S., Vandenbosch, S., & Wessel, R., «How to Get Rid of Vetoes in EU Foreign and Security Policy», *European Foreign Affairs Review*, Vol. 29, N.º 3, 2024, pp. 227-230. Disponible en: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Foreign+Affairs+Review/29.3/EERR2024010>

⁵⁰ La versión española fue publicada en abierto *on line* en la Revista *Política Exterior* el 16 de julio de 2024. Disponible en: <https://www.politicaexterior.com/como-librarse-de-los-vetos-en-la-politica-exterior-y-de-seguridad-de-la-ue/>

comportamientos de bloqueo. Como ya se expuso previamente, en los últimos años hemos visto con frecuencia a los Estados miembros bloquear decisiones por razones que no están justificadas por intereses nacionales vitales, y que no siempre son compatibles con el principio de cooperación leal. Ese comportamiento ha generado una frustración, un cierto hartazgo, y se ha convertido, paradójicamente, en un incentivo para el cambio.

A continuación, la declaración señala que los Estados miembros deben acordar alejarse de la unanimidad y utilizar con mayor frecuencia el voto por mayoría cualificada. Sin embargo, es importante señalar que los miembros del Panel consideran que «Los Estados miembros solo podrán aceptar esta cesión de soberanía si confían en la existencia de mecanismos efectivos para proteger sus intereses vitales». Se trata de la misma idea recogida en el documento de los ministros. La misma cautela y pragmatismo.

El Panel señala que para avanzar es necesario «ir más lejos para asegurar a los Estados Miembros que sus intereses nacionales no serán ignorados». Es decir, que no se propone eliminar el freno de emergencia sino, bien al contrario, afirmarlo, «prestar especial atención a la protección los intereses vitales nacionales» con el fin de que esta seguridad anime a los Estados miembros más reticentes a avanzar hacia la aplicación de la mayoría cualificada: «Solo si se comprenden verdaderamente los motivos que laten tras las objeciones, el Alto Representante y los demás pueden encontrar soluciones que protejan al Estado Miembro en cuestión, fortalezcan su resiliencia y hagan frente a las responsabilidades globales de la UE. Esto requiere que el Estado Miembro objetor explique sus razones. Se necesita una “red de seguridad” más amplia para hacer aceptable el paso hacia el voto por mayoría cualificada a aquellos que temen perder influencia en la política exterior de la UE».

En definitiva, el Panel renuncia a modificar los Tratados, afirma la posibilidad de usar el freno de emergencia cuando los intereses *vitales* estén en juego y propone avanzar en el uso de la mayoría mediante las alternativas existentes como la pasarela en virtud de la cual «el Consejo Europeo puede decidir por unanimidad ampliar la lista de asuntos que se pueden decidir por Mayoría Cualificada», o la abstención constructiva que ha sido infrutilizada y que «podría equilibrar la acción colectiva con las preocupaciones individuales de los Estados». También se propone la adopción de un compromiso político en virtud del cual, junto con la extensión de la mayoría cualificada, los Estados acordasen un procedimiento para prolongar las discusiones sobre un asunto (un mecanismo similar al compromiso de Ioánina). La afirmación del freno y la prolongación de las discusiones tienen el mismo fin de facilitar que los Estados acepten el tránsito a la mayoría cualificada.

En lo que respecta a las áreas a las que podría extenderse el voto por mayoría cualificada, el Panel propone: (1) las declaraciones sobre derechos humanos, democracia y Estado de Derecho (2) la adopción de sanciones (3) el establecimiento de misiones civiles de gestión de crisis y (4) la adopción de medidas en materia de ciberseguridad. Esta última propuesta es novedosa; no estaba incluida en la Comunicación de la Comisión de 2018.

Hay una cuestión más, un párrafo de la declaración y que a mi parecer resulta del máximo interés y dice así: «Los Estados Miembros podrían trabajar hacia un compromiso político para reemplazar los vetos individuales con un «veto colectivo», que podría requerir, por ejemplo, tres Estados Miembros que representen un cierto porcentaje de la población».

Esta propuesta, apenas apuntada en este párrafo, me parece la mejor alternativa para responder al gran desafío que afronta la Unión Europea en política exterior. En una Unión de más de veintisiete miembros, en el difícil contexto internacional de nuestros días, no es posible que uno o dos Estados miembros impidan a la Unión actuar. La voluntad común, incluso a falta del acuerdo de uno o dos Estados miembros, debe prevalecer. Entre la unanimidad actual y la aplicación de la mayoría cualificada hay espacio para encontrar un punto de equilibrio: un freno de emergencia colectivo en virtud del cual se requiriese un número mínimo de Estados miembros para vetar.

En los últimos años, algunas propuestas de este tipo han surgido en la doctrina, y con frecuencia se ha mencionado el número tres. En 2022 Julina Mintel and Nicolai von Ondarza proponían combinar la transición a la mayoría cualificada en PESC con un freno de emergencia en virtud del cual «un pequeño número de Estados miembros (a definir políticamente; nuestra sugerencia es el 10%, es decir, tres Estados en el caso de una UE de más de 30) podría garantizar que se someta al Consejo Europeo una decisión adoptada por mayoría cualificada que afecte a sus intereses nacionales vitales. Los Jefes de Estado y de Gobierno deberían disponer entonces de un plazo para que los Estados miembros afectados articulen sus intereses al más alto nivel y lleguen a un acuerdo por consenso. En caso de no acuerdo, puede adoptarse una decisión por mayoría cualificada»⁵¹.

Algo similar proponía Jean Claude Piris en 2021, si bien debe notarse que este no se refería al ámbito de la PESC⁵². Dado el número actual de

⁵¹ Mintel J. and Von Ondarza, N., «More EU Decisions by Qualified Majority Voting —but How? Legal and political options for extending qualified majority voting», *SWP Comment*, n.º 61, 2022. Señalan también que existen «frenos de emergencia» comparables, por ejemplo, en la cooperación judicial en materia penal (art. 82/83 del TFUE), que garantizan la capacidad de actuación de la UE y la protección de los intereses nacionales básicos.

⁵² Piris proponía mantener el veto para una lista corta de decisiones: «La composición del Consejo, las lenguas oficiales y las decisiones que puedan afectar al núcleo de su sobera-

miembros, Piris sostenía que «mantener un veto individual para cada uno de ellos debería reservarse a una corta lista de decisiones realmente vitales». Por consiguiente, proponía sustituir el veto individual «por un veto colectivo, con un mínimo de tres a cinco Estados miembros que representen al menos entre el cinco y el diez por ciento de los ciudadanos de la UE»⁵³. Resulta interesante señalar que la propuesta de Piris mantiene el concepto de *veto*, que enfatiza la excepcionalidad y la defensa del interés nacional, pero añade al mismo el término *colectivo*.

Esta es, a mi parecer, la alternativa más idónea para avanzar: acompañar el paso a la mayoría cualificada a través de la pasarela específica con un acuerdo político que establezca un veto colectivo. Este permitiría a una minoría de al menos tres Estados miembros que representen al menos el 10% de la población vetar siempre que sus intereses vitales y declarados estuviesen afectados. En tal caso, podría requerirse la elevación del asunto al Consejo Europeo, y la formulación expresa de los intereses vitales en cuestión. También es posible que ese veto sea sólo temporal, abriéndose un plazo al término del cual la decisión podría tomarse por mayoría cualificada. Un sistema de esta naturaleza reforzaría la capacidad de actuación de la UE y, al mismo tiempo, mantendría un mecanismo de protección de los intereses vitales en casos excepcionales, siempre que estos fuesen invocados por un mínimo de Estados miembros.

V. Conclusiones

El debate sobre la extensión de la votación por mayoría cualificada al ámbito de la política exterior y de seguridad común es tan antiguo como esta política. Los obstáculos para su efectiva aplicación no han desaparecido, pero los grandes desafíos que afronta la Unión en la escena internacional y la perspectiva de una nueva ampliación que dificulte aún en mayor medida la unanimidad explican que esta propuesta haya cobrado fuerza recientemente.

nía vital, como las relativas a las políticas exterior y de defensa, sobre las que creo que es difícil separar lo que es vital o no para un determinado Estado soberano. Yo añadiría a esa lista la utilización del artículo 352 (cláusula de flexibilidad), las revisiones de los Tratados que afectarían a las cuestiones que se acaban de enumerar, y tal vez algunas otras decisiones, pero siempre manteniendo la lista corta». Un veto individual, decía, «no es ni democrático ni eficaz. Permite legalmente que los representantes de una minoría de menos del 1% de los ciudadanos de la UE impidan a los representantes de una mayoría del 99%, o de un miembro de los 27, tomar cualquier decisión importante. Hay ocho Estados miembros que tienen cada uno menos del 1% de los ciudadanos de la UE y 13 con menos del 2%». Piris, J.C., «The European Union in Crisis. What Should the Member States Do?», *op. cit.*, p. 7. Traducción propia.

⁵³ *Ibíd.*, p. 7.

A todo esto hay que añadir un cierto hartazgo con el modo en que en los últimos años algunos Estados miembros han vetado decisiones importantes y urgentes por razones ajenas a los asuntos en cuestión, sin un legítimo interés vital en juego, con el fin de obtener concesiones en otros ámbitos. Este controvertido uso del veto, difícilmente compatible con el principio de lealtad, ha provocado una creciente frustración y, paradójicamente, se ha convertido en un poderoso incentivo para el cambio. La idea de que la unanimidad ha dado lugar a un sistema de incentivos adverso y contraproducente, que invita al chantaje y expone a la Unión a la influencia de terceros Estados que quieren dividirla, se ha ido abriendo camino.

El tránsito a la mayoría cualificada en la Política Exterior y de Seguridad Común cuenta con un respaldo significativo en las capitales. Está lejos de ser un apoyo unánime, pero es mayor que nunca en el pasado. La creación a iniciativa de Alemania del *Grupo de Amigos de la Mayoría Cualificada* en 2003 ha puesto de manifiesto la voluntad de varios Estados miembros de dar pasos concretos para superar el veto. El artículo firmado por siete ministros de Asuntos Exteriores en 2023 y la declaración de los miembros del Panel de Expertos de 2024, informan sobre cuáles son las propuestas que van ganando terreno.

Las alternativas para hacer realidad la votación por mayoría cualificada en PESC son bien conocidas. La primera y más evidente consiste en la revisión de los Tratados de acuerdo con el procedimiento ordinario, que permitiría hacer realidad cualquiera de las posibilidades planteadas por la doctrina como la ampliación de los supuestos del 31.2 TUE o la supresión o modificación del freno de emergencia. Su potencial es tan grande como su dificultad. La declaración inicial del *Grupo de Amigos* afirmaba la voluntad de avanzar de forma pragmática, centrándose en medidas concretas basadas en las disposiciones ya previstas en el Tratado. Los siete ministros excluían expresamente una reforma de los Tratados. También lo hacía la declaración del Panel de Expertos.

La segunda alternativa, que parece consolidarse, consiste en hacer uso de la pasarela específica PESC del 31.3 TUE. A diferencia de la pasarela general, esta no requiere la aprobación del Parlamento Europeo ni la participación de los parlamentos nacionales. Permitiría extender el voto mayoritario a los tres casos propuestos por la Comisión: las decisiones relativas a los derechos humanos en foros multilaterales, la política de medidas restrictivas (sanciones) y las misiones civiles. Podría extenderse también a las decisiones en materia de ciberseguridad, tal y como proponía la declaración del Panel de Expertos.

A mi parecer, de usarse la pasarela específica, el freno de emergencia no sería de aplicación a los nuevos casos de mayoría cualificada, pues queda circunscrito dentro de los márgenes del artículo 31.2 TUE. Cosa dis-

tinta sería que, con vistas a lograr el acuerdo de los Estados miembros para el uso de la pasarela, un acuerdo político dispusiese la posibilidad de invocar un freno de emergencia en los nuevos casos de mayoría.

La tercera alternativa para avanzar consiste en usar en mayor medida otros mecanismos, ya previstos en el Tratado, pero infrautilizados hasta la fecha. Entre ellos destacan los casos de mayoría cualificada ya previstos del artículo 31.2 TUE, que los siete ministros proponen utilizar, por ejemplo, para decidir sobre las condiciones operativas de las misiones civiles y las posiciones comunes sobre derechos humanos en los foros internacionales. También la abstención constructiva, cuyo uso los ministros consideran, acaso con excesivo optimismo, «una tendencia emergente» que es preciso aprovechar, por lo que se comprometen a examinar sistemáticamente sus «propias posiciones con vistas a pasar de un voto en contra a una abstención constructiva». Por último, la cooperación reforzada, que puede consistir una alternativa mejor que las agrupaciones informales de Estados *extramuros*, tan enraizadas en la política exterior europea.

Otra cuestión importante es que los siete ministros incidían en su artículo en la posibilidad de invocar un freno de emergencia por razones vitales y declaradas de política nacional, y aseguraban que trabajarían en un mecanismo de red de seguridad que trataría «de garantizar que se sigan respetando los intereses nacionales vitales en los ámbitos de la PESC en los que se amplíe la votación por mayoría mediante la pasarela». En la misma línea, la declaración del panel aseguraba que los Estados miembros «solo podrán aceptar esta cesión de soberanía si confían en la existencia de mecanismos efectivos para proteger sus intereses vitales». Es decir, que lejos de proponer la eliminación del freno de emergencia, lo afirman, prestando «especial atención a la protección los intereses vitales nacionales» con el fin de que esta seguridad anime a los Estados miembros más reticentes a avanzar hacia la aplicación de la mayoría cualificada.

Las propuestas planteadas por los ministros y el panel se caracterizan por su gran cautela y pragmatismo. Es comprensible, ya que un buen número de Estados miembros no están dispuestos a renunciar a su derecho de veto y, sin su acuerdo, no hay progreso posible. No obstante, no deja de llamar la atención que, con el fin de superar el veto, se termine proponiendo la creación de una nueva «red de seguridad», un mecanismo de protección de los intereses fundamentales en casos excepcionales. ¿Damos un paso adelante y otro atrás?

Por eso, a mi parecer, el camino más apropiado para avanzar es el que queda apenas apuntado en un párrafo de la declaración del Panel de Expertos en virtud del cual los Estados podrían trabajar hacia «un compromiso político para reemplazar los vetos individuales con un «veto colectivo»,

que podría requerir, por ejemplo, tres Estados miembros que representen un cierto porcentaje de la población».

Con más de veintisiete Estados miembros, en un difícil contexto internacional, no es posible que uno o dos Estados impidan la actuación de la Unión. La voluntad común, incluso a falta del acuerdo de uno o dos, debe prevalecer. Entre la unanimidad actual y la aplicación de la mayoría cualificada hay espacio para encontrar un punto de equilibrio: un freno de emergencia colectivo en virtud del cual se requiera un número mínimo de Estados miembros para vetar.

Esta propuesta mantiene el concepto de *veto*, que enfatiza la excepcionalidad y la defensa del interés nacional, pero añade el término *colectivo*. Permitiría acompañar el paso a la mayoría cualificada a través de la pasarela de un freno en virtud del cual una minoría de al menos tres Estados miembros que representen al menos el 10% de la población pudiese vetar cuando sus intereses vitales y declarados se vieran afectados. En tal caso, podría requerirse la elevación del asunto al Consejo Europeo y la formulación expresa de los intereses vitales en cuestión. También es posible que ese veto sea solo temporal y que se abra un plazo al término del cual la decisión podría tomarse por mayoría cualificada.

Un sistema de esta naturaleza reforzaría la capacidad de actuación de la Unión y, al mismo tiempo, mantendría un mecanismo de protección de los intereses vitales en casos excepcionales, siempre que fuesen invocados por un mínimo de Estados miembros. La transición a un sistema de veto colectivo como el que aquí se plantea requeriría, es cierto, el acuerdo de todos los Estados miembros. Sin embargo, algunos de los Estados más reticentes son, en cambio, firmes partidarios de una nueva ampliación, por lo que en los próximos años podría abrirse un espacio para lograr un acuerdo. Una oportunidad que sería preciso aprovechar.

Sobre la autora

Belén Becerril Atienza es Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad CEU San Pablo. Es directora de la revista *Política Exterior*. También es miembro del Consejo Asesor del Real Instituto Elcano de Estudios Estratégicos e Internacionales. Es Doctora en Derecho —Premio Europa de tesis doctorales, Comunidad de Madrid— y «*Diplôme d'études spécialisées en Droit International et Européen*» por la Universidad de Lovaina —con Gran Distinción—. Ha recibido el Premio Ángel Herrera la Mejor Labor Docente. Ha sido subdirectora del Real Instituto de Estudios Europeos. Ha impartido clases y realizado estancias de investigación en Universidades europeas y de Estados Unidos. Sus

áreas de especialización incluyen la historia de la integración, las instituciones de la Unión Europea y la política europea de España. Es autora de numerosas publicaciones, incluyendo libros, capítulos y artículos en revistas académicas. Pueden consultarse en <https://uspceu-es.academia.edu/BelénBecerril>

About the author

Belén Becerril Atienza is Associate Professor of International Public Law and International Relations at the CEU San Pablo University. She is Director of the journal *Política Exterior*. She is also a member of the Advisory Council of the Real Instituto Elcano de Estudios Estratégicos e Internacionales. She holds a PhD in Law —Europa Prize for doctoral theses, Comunidad de Madrid— and a «Diplôme d'études spécialisées en Droit International et Européen» from the University of Louvain —with High Distinction—. She has received the Ángel Herrera Award for the Best Teaching Work. She has been deputy director of the Royal Institute of European Studies. She has taught and conducted research in European and American universities. Her areas of specialisation include the history of integration, the institutions of the European Union and Spanish European policy. She is the author of numerous publications, including books and articles in academic journals. Available at <https://uspceu-es.academia.edu/BelénBecerril>

Trata de seres humanos para explotación criminal o para criminalidad forzada: análisis jurídico europeo

*Trafficking in human beings for criminal exploitation
or forced criminality: European legal analysis*

Carolina Villacampa Estiarte

Catedrática de Derecho Penal

Universitat de Lleida (España)

carolina.villacampa@udl.cat

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.3352>

Recibido el 17 de febrero de 2025

Aceptado el 27 de mayo de 2025

Publicado en línea: octubre de 2025

Sumario: I. Concepto.—II. Escasa visibilidad institucional.—III. Análisis fenomenológico de la trata de seres humanos para explotación criminal. 1. Prevalencia de la trata de seres humanos para criminalidad forzada. 2. Dinámica de esta manifestación de la trata.—IV. Regulación de la trata de seres humanos para criminalidad forzada. 1. Regulación internacional europea. 2. Reflejo en normativa comparada.—V. Aproximación a la trata de seres humanos para criminalidad forzada desde el sistema de justicia penal: efectos sobre las víctimas. 1. Escasez de pronunciamientos judiciales sobre trata para criminalidad forzada. 2. Razones y efectos de la ausencia de detección de estas víctimas.—VI. Reflexiones conclusivas. Bibliografía.

Resumen: La trata para criminalidad forzada constituye una concreta manifestación de la trata de seres humanos que ha gozado de escasa visibilidad institucional hasta que se la caracterizó normativamente en la Directiva 2011/36/UE, abundando en su reconocimiento la Directiva (UE) 2024/1712. Este trabajo, tras describirla fenomenológicamente, se orienta a analizar jurídicamente esta forma de trata. Comienza abordando su concepto y la naturaleza de los delitos que pueden cometer sus víctimas, además de subrayando su escasa visibilidad institucional. En el plano fenomenológico, constata, con fundamento en las cuantificaciones existentes, que esta forma de trata es la tercera en prevalencia de victimización, exponiendo su dinámica comisiva. En el ámbito jurídico, analiza su reconocimiento normativo internacional, en particular en Europa, y su previsión en ordenamientos jurídicos nacionales mediante el correspondiente estudio legislativo comparado. Confirmada la ausencia de aplicación jurisprudencial del delito de trata para criminalidad forzada, concluye exponiendo los obstáculos existentes para la detección de sus víctimas y los efectos que esto tiene a su paso por el sistema de justicia penal. Confirma que en el mismo estas suelen ser consideradas ofensoras, en vulneración del principio

de no punición y contra lo que se deduce del mandato internacional de abordaje víctima-céntrico de la trata.

Palabras clave: trata de seres humanos, explotación criminal, descripción fenomenológica, análisis jurídico.

Abstract: *Trafficking for forced criminality is a specific manifestation of human trafficking that has enjoyed little institutional visibility until it was defined in Directive 2011/36/EU, with further recognition in Directive (EU) 2024/1712. After describing the phenomenon, this paper aims to analyse this form of trafficking from a legal perspective. It begins by addressing the concept and nature of the crimes that may be committed against its victims, as well as highlighting its low institutional visibility. On a phenomenological level, it finds, based on existing figures, that this form of trafficking ranks third in terms of prevalence of victimisation, and explains how it is committed. In the legal sphere, it analyses its international legal recognition, particularly in Europe, and its provision in national legal systems through a comparative legislative study. Having confirmed the absence of case law applying the crime of trafficking for forced criminality, it concludes by setting out the obstacles to detecting victims and the effects this has on their passage through the criminal justice system. It confirms that victims are often considered offenders in the criminal justice system, in violation of the principle of non-punishment and contrary to the international mandate for a victim-centred approach to trafficking.*

Keywords: *trafficking in human beings, criminal exploitation, phenomenological description, juridical analysis.*

I. Concepto

La trata de seres humanos (en adelante, TSH) para explotación criminal o para criminalidad forzada se identifica con la que tiene por finalidad explotar a las víctimas en la realización tanto de actividades ilegales o antinormativas como de las que tienen directamente relevancia penal¹. Consiste en las conductas de captación, transporte, traslado, acogida, recepción, intercambio o traslado de control sobre una persona empleando los medios propios de la trata coactiva (violencia, intimidación, rapto u otras formas de coacción), la fraudulenta (fraude o engaño) o la abusiva (aprovechar la situación de vulnerabilidad de la víctima o de poder sobre la misma u ofrecer pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra) con la finalidad de explotarla realizando actividades delictivas².

Las conductas criminales a que pueden verse forzadas las víctimas pueden incluir, en primer lugar, los delitos cometidos en el proceso mismo de ser traficadas. Se los conoce como *causation-based offences*³ o *status offences*⁴ porque son cometidos generalmente a consecuencia del estatus legal que las víctimas tienen en los lugares por los que pasan en el proceso de trata o en el lugar de destino. Acostumbran a producirse en los supuestos de trata internacional y están directamente relacionados con la entrada, la permanencia o la salida ilegal de los territorios de los Estados atravesados durante el viaje. Consisten en el cruce ilegal de fronteras, la entrada ilegal en países o la posesión o elaboración de documentación de identidad falsa.

En segundo lugar, las víctimas también pueden verse abocadas a la comisión de delitos o conductas antinormativas que son consecuencia de la limitación de la libertad de la voluntad que la trata implica, ya en la fase de explotación. Se conocen como *duress-based offences*⁵ o conse-

¹ Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, *Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non-punishment provision with regard to victims of trafficking* (Vienna: Organization for Security and Co-operation in Europe, 2013), 9, <https://www.osce.org/files/f/documents/6/6/101002.pdf>.

² Carolina Villacampa y Núria Torres, «Human Trafficking for Criminal Exploitation: the Failure to Identify Victims», *European Journal on Criminal Policy and Research* 23(3) (2017): 393-394, <https://doi.org/10.1007/s10610-017-9343-4>.

³ Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings..., 22.

⁴ Andreas Schloenhardt y Rebekkah Markey-Towler, «Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons- Principles, Promises, and Perspectives», *Groningen Journal of International Law* 4(1) (2016): 10 y 13-14, <https://ssrn.com/abstract=2810148>.

⁵ Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings..., 22.

*quential offences*⁶. Son comportamientos que las víctimas realizan porque son coaccionadas o forzadas a ejecutarlos por los traficantes, como consecuencia directa de la situación de trata padecida. En estos casos, las víctimas acostumbran a servir como meros brazos ejecutores o instrumentos en manos de los traficantes, que son quienes dirigen la situación desde atrás. Este segundo grupo de delitos son los que pueden alcanzar una gama más amplia de conductas, que van desde la delincuencia patrimonial callejera o la intervención en el cultivo y el tráfico de drogas hasta conductas más graves, incluso delitos violentos. Partiendo de que el concepto internacional de trata parece requerir que la TSH comporte que la víctima sea siempre destinada a su explotación en la realización de actividades con trascendencia económica, puede resultar dudoso que la finalidad de uso de víctimas en actividades criminales que, como la delincuencia violenta, pueden no tener esa traducción económica directa, caiga dentro del concepto de trata. Sin embargo, un entendimiento amplio de la explotación humana no limitada a una concepción estrictamente mercantilista de las relaciones laborales, incluyendo también la que es consecuencia del desequilibrio de poder entre esclavizado y tratante, permite que estas formas de explotación puedan considerarse incluidas en el concepto de trata⁷.

Un tercer tipo de actividades delictivas que las víctimas pueden cometer son las *liberation offences*, que las mismas realizan cuando intentan liberarse de la situación de trata o al pretender mejorar las circunstancias en que la explotación se produce⁸. Constituyen delitos que no son siempre directa consecuencia del control ejercido por los tratantes, pero que pueden considerarse intrínsecamente relacionados con la TSH experimentada. Generalmente estas conductas se dirigen contra los tratantes mismos, contra sus asociados o sus propiedades, o se orientan a obtener armas, documentos u otros instrumentos necesarios para abandonar la situación de trata o esclavización. También incluyen conductas orientadas a mejorar las condiciones en las que las víctimas experimentan la TSH, como cuando colaboran directa o indirectamente con los tratantes en la recluta, explotación o recepción de otras víctimas.

⁶ Schloenhardt y Markey-Towler, «Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons», 10 y 13-14.

⁷ Karla Skrivankova. «Defining exploitation in the context of trafficking- what is a crime and what is not», en *Routledge Handbook of Human Trafficking*, ed. por Ryszard Piotrowicz, Conny Rijken y Baerbel Uhl (Abingdon: Routledge, 2018), 109 y 115-117, <https://doi.org/10.4324/9781315709352>.

⁸ Schloenhardt y Markey-Towler, «Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons», 10 y 15.

II. Escasa visibilidad institucional

La TSH para explotación criminal constituye una de las que ha sido menos analizada hasta el momento, dado que la lucha contra este fenómeno criminal sigue muy centrada en la sexual, como todavía se observa en la *European Union Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings 2021-2025*⁹. Otras formas de trata, como sucede desde siempre con la sexual, y comienza a suceder estos últimos años con la trata laboral —a juzgar por la última estimación de esclavitud moderna realizada por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, ILO)¹⁰ y por el contenido del más reciente *Global Report on Trafficking in Persons* de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante, UNODC)¹¹— han gozado de más atención institucional internacional. Con todo, el interés que la TSH para explotación criminal despierta en organismos internacionales comenzó a gestarse desde que en 2013 la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (en adelante, OSCE) publicase sus recomendaciones normativas y políticas para la efectiva implementación del principio de no punición de las víctimas de trata¹² una vez que la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas¹³ había dirigido la atención normativa también a esta manifestación de la trata.

Su desconocimiento hasta épocas recientes puede explicarse por su ausencia de previsión específica en las definiciones internacionales de la TSH. Sin embargo, siempre había podido considerarse una especie del gé-

⁹ European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings 2021-2025* (COM/2021/171 final) (Brussels: European Commission, 2021), 12-14, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0171>, que todavía centra mucho las medidas de protección en las mujeres y niños víctimas de trata sexual, pese a poner también el acento en las líneas de distribución y la trata laboral.

¹⁰ International Labour Organization, *Global Estimates of Modern Slavery. Forced Labour and Forced Marriage* (Geneva: International Labour Organization, 2022), 2-4, https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40ipec/documents/publication/wcms_854733.pdf.

¹¹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons 2024* (Vienna: United Nations, 2024), 20, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2024/GLOTIP2024_BOOK.pdf

¹² Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings..., 1-36.

¹³ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DOUE núm. 101 de 15 de abril de 2011).

nero TSH. En primer término, porque siempre se ha podido estimar como una especie de la trata laboral implícitamente incluida en el amplio concepto de servicios forzados que contiene la definición internacional de TSH del art. 3 del Protocolo de Palermo¹⁴, que asume en términos muy semejantes el art. 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (Convenio de Varsovia) y el art. 2 de la Directiva 2011/36/UE, en su original versión y en la que tiene tras su modificación por la Directiva (UE) 2024/1712, de 13 de junio, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas¹⁵. Tanto es así que en países que no tienen esta forma de trata específicamente incriminada, se la identifica como trata laboral por explotación criminal¹⁶. En segundo lugar, porque se entiende que las formas de explotación mencionadas en el concepto internacional de TSH del Protocolo de Palermo y del resto de instrumentos internacionales mencionados pueden considerarse ejemplificativas, sin abarcar todas las formas de explotación posibles, por lo que cabe entender que incluyen otras no específicamente previstas, como se deduce del informe explicativo del Convenio de Varsovia.

Como se ha apuntado, no fue hasta la aprobación de la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, en que un instrumento normativo supranacional se refirió específicamente a esta forma de TSH (art. 2.3). La Directiva 2011/36/UE otorgó carta de naturaleza a esta manifestación de la trata, al incluir la explotación de las víctimas para la realización de actividades delictivas entre las finalidades que pueden perseguirse con la TSH. Sin embargo, la concepción de la trata para criminalidad forzada que la Directiva contempla está muy circunscrita a determinados tipos de delitos, que no abarcan todos los que las víctimas pueden verse forzadas a cometer por los tratantes. En su preámbulo se indica que la expresión «explotación para realizar actividades delictivas» debe entenderse como la de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con pe-

¹⁴ Carolina Villacampa y Núria Torres, «Trafficked Women in Prison: The Problem of Double Victimisation», *European Journal on Criminal Policy and Research* 21(1) (2015): 99-100, <https://doi.org/10.1007/s10610-014-9240-z>.

¹⁵ Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (DOUE núm. 1712, de 24 de junio de 2024).

¹⁶ Julia Einbond, Kaitlyn Zedalis y Hanni Stoklosa, «A case of mistaken identity: The Criminalization of Victims of Labor Trafficking by Forced Criminality», *Criminal Law Bulletin* 59(1) (2023): 60 y 62, <https://doi.org/10.1177/19367244231219940>.

nas e implican una ganancia económica (considerando 11). A esto añade que las actividades delictivas en las que se está pensando son el uso de documentación falsa o infracciones contempladas en la legislación sobre prostitución o inmigración que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de ser objeto de la trata (considerando 14). No se refiere a ulteriores delitos el preámbulo de la Directiva (UE) 2024/1712, que sí incluye la referencia a actividades ilícitas que las víctimas puedan verse forzadas a cometer junto a conductas directamente delictivas, entre ellas, «las infracciones administrativas relacionadas con la prostitución, la mendicidad, el merodeo o el trabajo no declarado, u otros actos que no sean de carácter delictivo pero estén castigados con sanciones administrativas o pecuniarias, de conformidad con el Derecho nacional» (considerando 14).

III. Análisis fenomenológico de la trata de seres humanos para explotación criminal

1. Prevalencia de la trata de seres humanos para criminalidad forzada

Pese a que su reconocimiento normativo internacional se produjo hace poco más de un decenio, la presencia de la TSH para criminalidad forzada en los informes técnicos sobre trata ha ido creciendo con el tiempo, hasta el punto de haberse convertido en la tercera forma de TSH en prevalencia, tras la trata laboral y sexual. En el *Global Report on Trafficking in Persons* (en adelante, GLOTiP) no apareció referida hasta 2014, incluida entre las otras formas de trata¹⁷. En el GLOTiP 2022, con datos hasta 2020, la TSH para

¹⁷ En ese momento se estimaba que esta forma de TSH afectaba al 7% de las víctimas cuando la trata sexual representaba el 53% de los supuestos, la laboral el 40% y para extracción de órganos el 0,7%. En el GLOTiP de 2018, con datos hasta 2016, se continuaba incluyendo en la categoría residual de otras formas de trata, que seguía afectando a un 7% de las víctimas (el 1% para explotación criminal), frente al 59% de víctimas de trata sexual y el 34% laboral. En el GLOTiP de 2020, con datos hasta 2018, aunque se continuaba computando entre las otras formas de trata, que afectaban en global al 12% de las víctimas, se evidenció que el 6% de ellas eran víctimas de esta forma de trata, que se consolida como la tercera en prevalencia de victimización, aún lejos de la trata sexual (50% víctimas) y laboral (38%). Vid., respectivamente, United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons 2014* (Vienna: United Nations, 2014), 9 y 33, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf; United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons 2018* (Vienna: United Nations, 2018), 29, www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTIP_2018_BOOK_web_small.pdf; United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons 2020* (Vienna: United Nations, 2021), 33, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTIP_2020_15jan_web.pdf.

explotación criminal se contabiliza por primera vez singularizadamente y se conforma como la tercera más prevalente en victimización: afecta al 10,2% de las víctimas, por detrás de la laboral (38.8%) y la sexual (38.7%), prácticamente empatadas en porcentaje, y de la trata para múltiples formas de explotación (10,3%)¹⁸. Esa tendencia ascendente se confirma en el GLOTiP 2024, con datos hasta 2022, en que la trata para criminalidad forzada representa el 8% de los supuestos, tras la trata laboral (42%), que es ya claramente la hegemónica, y la sexual (36%)¹⁹.

Pese a la reducción en el número de casos de trata detectados como efecto de la pandemia, la TSH para criminalidad forzada sigue aumentando en porcentaje, además de contribuir al incremento de la victimización de varones —adultos y menores— en relación con las mujeres —adultas y menores—, que también ha ido incrementándose paulatinamente en los GLOTiPs (del 16% en 2004 al 40% en 2020) conforme el de mujeres se ha ido reduciendo (del 84% en 2004 al 60% en 2020)²⁰, manteniéndose con similares porcentajes la situación en 2024 (61% de mujeres frente al 39% de hombres víctimas)²¹. Por áreas geográficas, se detecta sobre todo en Europa oriental, occidental y del sur, que es el continente donde más se ha incrementado, siendo tan hegemónica que su prevalencia de victimización en Europa está empatada con la de la trata sexual (22%)²². También se detecta en el sur de Asia, el norte de África y en Oriente Medio, además de en América Central y del Norte, este de Asia y Pacífico.

Una tendencia semejante, de paulatino incremento en el porcentaje de esta forma de trata, se detecta en los informes emitidos a nivel regional europeo, en que aparecía igualmente computada entre las otras formas de trata²³, llegando a afectar al 18% de las víctimas, frente al 56% de las

¹⁸ United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons 2022* (Vienna: United Nations, 2023), XV, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2022/GLOTiP_2022_web.pdf

¹⁹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons 2024*, 20.

²⁰ United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons 2022*, XI.

²¹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons 2024*, 20.

²² United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons 2024*, 167.

²³ Así, en los informes publicados por Eurostat en 2013, 2014 y 2015, que cubrían los años 2008 a 2012, la trata para criminalidad forzada se contabilizaba entre las otras formas de trata, junto a la servidumbre doméstica, la mendicidad forzada y el uso para mendicidad, la extracción de órganos o el fraude de prestaciones. Fueron los años 2009 (17%), 2011 (16%) y 2017 (13%) cuando esta miscelánea de otras formas de trata resultó más prevalente, muy por detrás de la trata sexual.

de trata sexual, en el informe del *Directorate-General for Migration and Home Affairs* de 2018²⁴. En el posterior informe europeo de 2020, con datos de 2017 y 2018, la TSH para explotación criminal aparece ya contabilizada singularmente²⁵. Afecta a un 11% de las víctimas, situándose en tercer lugar en incidencia, tras la trata sexual (46%) y la laboral (22%). Si bien de acuerdo con los más recientes datos recabados en la Unión Europea (en adelante, UE), de 2021 y 2022, vuelve a computarse entre las otras formas de trata (14%) —y no parece que en términos generales se esté incrementando salvo en ciertos países, como ya se constató con los datos de 2019 y 2020²⁶—, se confirma que se halla en tercera posición en incidencia²⁷.

La TSH para explotación criminal está alcanzando clara relevancia en los informes internacionales que describen cuantitativamente la trata por influjo de la visibilidad normativa, académica y también institucional que ha alcanzado en Europa. La presencia de TSH para mendicidad y criminalidad forzada se ha detectado al menos en 15 países europeos. Entre ellos, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chequia, Dinamarca, Francia, Alemania, Lituania, Eslovaquia, Polonia, Holanda, Grecia, España y Reino Unido²⁸. Se observa que se está incrementando en algunos países del Este europeo

²⁴ European Commission-Directorate General for Migration and Home Affairs, *Data Collection on Trafficking in Human Beings in the EU* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018), 54. https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2020-09/20181204_data-collection-study.pdf.

²⁵ European Commission-Directorate General for Migration and Home Affairs, *Data Collection on Trafficking in Human Beings in the EU* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020), 15-16, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5b93c49f-12a0-11eb-9a54-01aa75ed71a1>.

²⁶ European Commission, *Commission Staff Working Document. Statistics and trends in trafficking in human being in the European Union in 2019-2020. Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (Fourth Report)* {COM(2022) 736 final} (Brussels: European Commission, 2022), 5, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0429>

²⁷ European Commission, *Commission Staff Working Document. Statistics and trends in trafficking in human being in the European Union in 2021-2022 Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the progress made in the European Union in combating trafficking in human beings (Fifth Report)* {COM(2025) 8 final} (Brussels: European Commission, 2025), 5, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52025SC0004>.

²⁸ European Commission, *Commission Staff Working Document. Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and to the Council. Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2020) as required under Article 20 of the Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims* {COM(2020) 661 final}, (Brussels: Euro-

—Bulgaria, Croacia o Polonia— y en Grecia u Holanda. En España, de las 3066 víctimas identificadas por trata por el Centro Español contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (en adelante, CITCO) entre 2013 y 2023, 72 (2.3%) lo son para criminalidad forzada, situándose también en tercer lugar en prevalencia.

En relación con el perfil de las víctimas que padecen este tipo de conductas, los países europeos reportan que tienden a ser más jóvenes que las de otras formas de trata, e incluso menores de edad, incluyendo, según los casos, más hombres y chicos (Austria y Grecia) o mujeres y chicas (Austria y Eslovaquia)²⁹, o indistintamente de ambos sexos (Estonia y Francia)³⁰. La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante, UNODC) confirma que en el sur y el occidente europeo impacta claramente más a menores que adultos, sobre todo chicos³¹. Hay estimaciones según las cuales la mayoría de víctimas serían varones, especialmente menores de edad (68%), lo que reporta el Reino Unido³², aun cuando en España el sexo de estas víctimas puede estar más equilibrado, según se deduce de investigación cuantitativa existente³³. Se detecta en algunos Estados un incremento de víctimas del Magreb (Marruecos) y África (Nigeria), como informan Austria, Dinamarca, Suecia y Grecia, aunque también personas pertenecientes a minorías étnicas, incluyendo comunidades gitanas marginalizadas de Bosnia, Herzegovina y Rumanía.

En cuanto al tipo de delitos cometidos, normalmente las víctimas se usan en distintas formas de criminalidad menor. Se las emplea en la comisión de delitos contra la propiedad o hurtos callejeros, así como en la de hurtos cualificados o estafas, en países como Austria, Francia o Croa-

pean Commission, 2020), 30-31, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2020:0226:FIN:EN:PDF>.

²⁹ European Commission, *Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings* (2020), 30-31.

³⁰ European Commission, *Statistics and trends in trafficking in human being in the European Union in 2021-2022 (Fifth Report)*, 5.

³¹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons* 2024, 168.

³² United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons* 2022, 38-39.

³³ Un estudio cuantitativo estimativo de víctimas realizado en España determinó que el sexo de las de este tipo de trata estaba bastante equilibrado, afectando más a mujeres que a hombres mayores de edad (45,28% vs. 35,85%), pero más a menores chicos que chicas (13,21% vs. 5,66%), siendo mayor en todo caso el porcentaje de víctimas menores en esta forma de trata frente a las demás (19% vs. 13%). *Vid.* Carolina Villacampa, María Jesús Gómez y Clàudia Torres, «Trafficking in human beings in Spain: What do the data on detected victims tell us?», *European Journal of Criminology* 20(1) (2023): 161 y 167-168, <http://doi.org/10.1177/1477370821997334>.

cia. También son usadas para la perpetración de delitos relacionados con el tráfico de drogas en Austria, Lituania, España u Holanda³⁴, en el cultivo y como mulas o correos³⁵. En este sentido, los datos de la UE son semejantes a los de Europol, que indica que la mayor parte de casos de TSH para criminalidad forzada están relacionados con el tráfico de drogas, así el cultivo de *cannabis*, o en la criminalidad contra la propiedad organizada en actividades como el carterismo o los hurtos en tiendas³⁶.

2. Dinámica de esta manifestación de la trata

Los estudios que han permitido conocer la dinámica de esta forma de trata han sido desarrollados mayoritariamente en Europa o impulsados desde Europa. Pese a que los datos cuantitativos indican que las víctimas son en gran parte varones menores, se han focalizado sobre todo en víctimas mujeres. Un estudio publicado en Reino Unido (en adelante, UK) en 2012 demostró como mujeres encarceladas por delitos relacionados con la entrada ilegal en el territorio del país no habían sido detectadas como víctimas, siendo condenadas por un sistema que no había querido percatarse de que eran migrantes vulnerables, aunque sin etiquetarlas todavía como víctimas de trata³⁷. Otro estudio publicado en España también en 2012 demostró que mujeres migrantes encarceladas eran en realidad víctimas de TSH forzadas a delinquir que habían pasado inadvertidas para el sistema³⁸. Posteriormente, se han ofrecido evidencias de la existencia de este tipo de trata en UK, Irlanda, República Checa u Holanda en relación con la explotación

³⁴ European Commission, *Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings* (2020), 30-31.

³⁵ Villacampa, Gómez y Torres, «Trafficking in human beings in Spain», 161 y 178.

³⁶ Europol-European Migrant Smuggling Center, *European Migrant Smuggling Centre 4th Annual Report – 2020* (European Union Agency for Law Enforcement, 2020), 22-23, https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/emsc_4th_annual_activity_report_-_2020.pdf.

³⁷ Liz Hales y Loraine Gelsthorpe, *The Criminalisation of Migrant Women* (United Kingdom: Institute of Criminology y University of Cambridge, 2012), passim, <https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=b88149bcf79bf6aa3adbf269d6854fd6e8a0d013>.

³⁸ Concretamente demostró que 10 de 45 mujeres migrantes encarceladas en dos centros penitenciarios en el noreste del país —por la comisión de delitos patrimoniales dos de ellas y por haber actuado como mulas procedentes de diversos países europeos y del centro y sur americanos el resto— eran víctimas de trata para explotación criminal no detectadas. El estudio, realizado en 2011, fue publicado en español en: Carolina Villacampa y Núria Torres, «Mujeres víctimas de trata en prisión en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 8 (2012): 411, <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24590>. En inglés, fue publicado en: Carolina Villacampa y Núria Torres, «Trafficked Women in Prison», 99 y 103-115.

para la comisión de delitos relacionados con el cultivo ilegal de *cannabis* o la delincuencia patrimonial callejera³⁹.

La explotación de las víctimas de trata, sobre todo menores de edad, en el tráfico de drogas, ha aflorado con fuerza en UK en los últimos años en el contexto de las denominadas «*county lines*» o rutas de distribución de la droga desde las urbes a zonas rurales⁴⁰. En estas rutas se ha objetivado, recurriendo a investigación cualitativa con profesionales, un incremento de la vulnerabilidad de los menores y una disminución de la capacidad de las entidades encargadas de su protección para tutelarlos como efecto de la pandemia⁴¹. Se ha confirmado el recurso preferente a chicas, que levantan todavía menos sospechas, a las que se somete recurriendo a control coercitivo ejercido mediante relaciones abusivas y con control *online*⁴². También en Estados Unidos, mediante el estudio de expedientes de víctimas asistidas por ONGs especializadas entre 2016 y 2022, se confirma recientemente que el delito más cometido por los menores traficados, sobre todo chicos, consiste en la distribución de droga⁴³.

Pero el recurso a las víctimas de esta forma de TSH va más allá de su empleo en el tráfico de drogas o la delincuencia patrimonial callejera, alcanza a personas que pueden haber cometido delitos graves, por estar implicadas en la comisión de delitos de TSH o incluso en delitos violentos. Cada

³⁹ El informe del proyecto europeo RACE presenta evidencias sobre la existencia de este tipo de trata en los mencionados cuatro países. Se calculó que de las 2.225 víctimas de TSH identificadas en UK en 2012, 362 lo serían para explotación criminal, sobre todo de dos tipos: a) vietnamitas traficados para hacerlos trabajar forzosamente en el cultivo de *cannabis* –supuesto de hecho al que se ha referido la primera sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre TSH para explotación criminal: sentencia sobre el caso *VCL y AN v UK* (STEDH, 26 febrero 2021)–; b) ciudadanos del este obligados a mendigar y cometer pequeños robos. Vid. Anti-Slavery, *Trafficking for Forced Criminal Activities and Begging in Europe: Exploratory Study and Good Practice Examples* (London: Anti-Slavery International, 2014), 14, https://www.antislavery.org/wp-content/uploads/2017/01/trafficking_for_forced_criminal_activities_and_begging_in_europe.pdf.

⁴⁰ Para hacer llegar la droga desde los grandes núcleos urbanos a áreas más remotas, los traficantes a menudo recorren a menores, que levantan menos sospechas y facilitan la impunidad de los traficantes cuando son detectados. Vid. Nigel Stone, «Child Criminal Exploitation: “County Lines”, Trafficking and Cuckooing», *Youth Justice* 18(3) (2018): 285 y 290-291, <https://doi.org/10.1177/1473225418810833>.

⁴¹ Ben Brewster, Grace Robinson, Bernard W. Silverman y Dave Walsh, «Covid-19 and child criminal exploitation in the UK: implications of the pandemic for county lines», *Trends Organ Crim* 26 (2023): 156, <https://doi.org/10.1007/s12117-021-09442-x>.

⁴² Elizabeth Havard Tirion, James A. Densley, Andrew Whittaker y Jane Wills, «Street gangs and coercive control: The gendered exploitation of young women and girls in county lines», *Criminology & Criminal Justice* 23(3) (2023): 313-329, <https://doi.org/10.1177/17488958211051513>.

⁴³ Einbond, Zedalis y Stoklosa, «A case of mistaken identity», 60-77.

vez se analiza con mayor intensidad la relación existente entre las situaciones de conflicto armado y la TSH⁴⁴. La UNODC, en un informe sobre trata en situaciones de conflicto armado⁴⁵, alerta de las formas de explotación a que pueden verse sometidos menores y adultos civiles presentes en zonas de conflicto y cuando intentan escapar, incluyendo formas de victimización pura (trata o esclavización), pero también situaciones en que la víctima es empleada para cometer delitos (niños soldados), como confirma investigación cualitativa existente sobre la cuestión⁴⁶.

Respecto de las víctimas de TSH para criminalidad forzada obligadas a intervenir en delitos de TSH, acostumbran a ser usadas para captar o vigilar a víctimas, en ocasiones para poder comprar su libertad. UNODC muestra en un informe emitido en 2020 como muchas mujeres condenadas por la comisión de delitos relacionados con la TSH son usadas efectivamente por los tratantes, a menudo miembros de su familia o entorno, como escudos para hacerlas cometer delitos mientras ellos permanecen impunes y siguen explotándolas sexualmente⁴⁷. Pone el acento en la delgada línea que separa la condición de víctima y la de ofensor en algunos supuestos de trata sexual⁴⁸.

⁴⁴ Tanto es así que el GLOTiP de 2018 le dedica una atención muy especial a dicha interacción. Vid. United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons 2018*, 9.

⁴⁵ United Nations Office on Drugs and Crime, *Trafficking in persons. In the context of armed conflicts 2018* (Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime, 2018), 9-13, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GloTIP2018_BOOK-LET_2_Conflict.pdf.

⁴⁶ En un estudio cualitativo conducido en 2015 con 20 guerrilleras colombianas ya desmovilizadas que estaban encarceladas por los delitos cometidos para la guerrilla se determinó que el 80% podían considerarse víctimas de TSH para explotación criminal por la forma en que habían sido captadas y forzadas delinquir. Vid. Carolina Villacampa y Katherine Flórez, «Human trafficking for criminal exploitation and participation in armed conflicts: the Colombian case», *Crime Law Soc Change* 69 (2018): 421-445, <https://doi.org/10.1007/s10611-017-9765-4>.

⁴⁷ United Nations Office on Drugs and Crime, *Female victims of trafficking for sexual exploitation as defendants. A case law analysis* (United Nations Office on Drugs and Crime, 2020), 11, www.unodc.org/documents/human-trafficking/2020/final_Female_victims_of_trafficking_for_sexual_exploitation_as_defendants.pdf. El informe se realiza sobre la base del análisis de 53 casos judiciales de 16 jurisdicciones distintas (entre ellas, Argentina, Australia, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Brasil, Canadá, Colombia, Alemania, Italia, Holanda, Filipinas, Sudáfrica, Gran Bretaña, Estados Unidos y TEDH).

⁴⁸ Alexandra Louise Anderson Baxter, «When the line between victimization and criminalization blurs: The victim-offender overlap observed in female offenders in cases of trafficking in persons sexual exploitation in Australia», *Journal of Human Trafficking* 6(3) (2019): 327-338, <https://doi.org/10.1080/23322705.2019.1578579>; Eva Lo Iacono, «Victims, sex workers and perpetrators: gray areas in the trafficking of nigerian women», *Trends Organ Crime* 17 (2014): 110-128, <https://doi.org/10.1007/s12117-014-9212-1>.

En cuanto a los mecanismos de comisión de esta forma de trata, estos estudios ponen de manifiesto que normalmente no se recurre a la violencia para captar a las víctimas, aun cuando pueda haber casos de trata coactiva desde el inicio. La captación acostumbra a fundarse en la situación de vulnerabilidad o de necesidad de la víctima, se inicia normalmente como trata abusiva. Pero la trata va volviéndose más coactiva conforme el proceso avanza, cuando la víctima pierde contacto con su círculo personal de origen y se desvincula de quienes inicialmente la captaron. Dado que la víctima acostumbra a ser consciente de que comete delitos durante el proceso o ya en fase de explotación, es más fácil recurrir a la amenaza de denuncia a las autoridades para retenerla en esta forma de trata. El miedo es el sentimiento que más a menudo acompaña a las víctimas durante su tránsito hacia la esclavización. La componente de género subyace en estos procesos: se observa en la captación y durante el proceso conducente a la explotación, porque se abusa de la mayor vulnerabilidad de las mujeres en ciertos contextos —como ser personas sintecho cuando son menores o tener hijos a su cargo cuando son adultas— o porque se recurre a mecanismos de captación o retención basados en la dependencia emocional —método del *lover boy*—. También se hace evidente durante la explotación misma: estas mujeres acostumbran a ser usadas como señuelos cuando cometen delitos, como escudos que garantizan la impunidad de quienes toman las decisiones, además de ser polivictimizadas, destacando claramente la componente sexual de esa victimización —porque sufren violencia sexual de quienes las explotan o porque son, además, sexualmente explotadas—.

Una característica común a los análisis cualitativos referidos es que evidencian que a las víctimas de la TSH para explotación criminal se las victimiza doblemente: han sido ya victimizadas por el proceso de TSH, y lo son además institucionalmente, al no haber sido detectadas como víctimas por el sistema, que las ha considerado ofensoras y las hace responder jurídicopenalmente por los delitos que sus tratantes y explotadores las han forzado a cometer. Muestran que los profesionales con los que estas víctimas se topan a menudo no se interesan por su situación personal ni por las razones que las condujeron a delinquir.

IV. Regulación de la trata de seres humanos para criminalidad forzada

1. Regulación internacional europea

Respecto de la forma en que esta forma de trata está regulada en el ámbito internacional, ya se ha indicado que ha ganado carta de naturaleza mediante su inclusión específica en el art. 2.3 de la Directiva 2011/36/UE. An-

tes de 2011 cabía incluirla en el amplio concepto de servicios forzados de la definición internacional de trata —art. 3 del Protocolo de Palermo—. También el *Model Law against Trafficking in Persons* de la UNODC de 2010 establecía que los Estados parte debían tomar en consideración la posibilidad de incluir otras formas de explotación al tipificar el delito, entre ellas el uso de actividades ilícitas o criminales de las víctimas, incluyendo el tráfico y la producción de drogas⁴⁹. Incluso en el concepto de trabajo forzoso que incluye la Convención núm. 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajo forzoso de 1930 cabría pensar que cabe la criminalidad forzada. Esto porque este instrumento internacional permite interpretar que el concepto de trabajo es lo suficientemente amplio como para incluir cualquier servicio prestado con contenido económico, esté o no reconocido normativamente como trabajo, sobre todo a raíz de la indudable conexión entre trabajo forzoso y esclavitud contemporánea establecida mediante la aprobación del Protocolo de la Organización Internacional del Trabajo de 2014. Con todo, sigue siendo la aprobación de la Directiva 2011/36/UE la que marcó el punto de inflexión, al introducir el reconocimiento normativo explícito de esta forma de trata en su art. 2.3.

La aprobación de la ulterior Directiva (EU) 2024/1712 no ha hecho más que reforzar el reconocimiento normativo de esta forma de trata en el ámbito de la UE. Esto no solo porque, como se ha indicado, ha incluido en su preámbulo a las actividades ilícitas, junto a las constitutivas de delito, como aquellas que se pueden ver obligadas a cometer las víctimas de esta forma de trata, sino porque, habiendo modificado el art. 2.3 para incluir posteriores manifestaciones de explotación (la gestación subrogada, el matrimonio forzado y la adopción ilegal), ha mantenido inmodificada la referencia expresa a la forma de explotación que aquí nos ocupa. Junto a esto, porque ha ampliado el ámbito de cobertura del principio de no punición, no penalización o ausencia de responsabilidad de las víctimas de trata (art. 8), que afecta sobre todo a las de trata para explotación criminal, que ahora comporta la ausencia de responsabilidad de las víctimas no solo por los delitos que se han visto obligadas a cometer por los tratantes, sino también por las conductas antinormativas o ilícitas realizadas que no tengan la categoría de delito, de conformidad con lo que venía siendo demandado desde la academia⁵⁰.

⁴⁹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Model Law against Trafficking in Persons* (Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime, 2010), 28, https://digitallibrary.un.org/record/674096/files/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf?ln=es.

⁵⁰ Sobre este principio, sus diversas conceptualizaciones y amplitud y su reconocimiento normativo *vid.* Carolina Villacampa, «El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos: reconocimiento normativo y aplicación», *Diario La Ley* 10101 (2022), 1-12, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8507655>.

Las modificaciones que la Directiva (UE) 2024/1712 ha introducido en las disposiciones relacionadas con la forma de trata que aquí nos ocupa, que deben transponerse antes del 15 de julio de 2026 a las legislaciones nacionales, se enmarcan en un contexto más amplio de actualización de las herramientas normativas de la UE en la lucha contra la trata en general que la norma persigue. La misma introduce medidas para avanzar en la consecución de la política 4P —de prevención, protección, persecución y políticas coordinadas— para afrontar esta realidad. Según la aproximación holística, victimo-céntrica o de derechos humanos a la TSH que imprime la política 4P, la respuesta institucional —incluida la legislativa— para enderezarla pivota sobre la idea central de la protección a las víctimas, tratando de prevenir que se produzcan este tipo de conductas, a través de la coordinación nacional e internacional de los diversos actores. Esta forma de aproximación no renuncia a la persecución de la TSH, pero no convierte el abordaje criminal de esta realidad en eje central de su afrontamiento institucional y normativo. Fiel a esta aproximación holística, constituyen objetivos de la Directiva no solo incrementar la respuesta punitiva a la trata —a través de la ampliación de conductas tipificadas como trata, del incremento de las sanciones, de responsabilizar a las empresas implicadas en su comisión o a quienes consuman servicios prestados por las víctimas—, sino también proteger mejor a las víctimas —ampliando las exenciones de responsabilidad, garantizando la asistencia integral y mejorando los mecanismos de identificación— e impulsar la coordinación y la cooperación —estableciendo coordinadores nacionales antitrata y sistemas formales de derivación de las víctimas—.

En el ámbito de las medidas que inciden en la respuesta jurídico-penal a la trata, junto a la ya referida ampliación de las formas de explotación explícitamente mencionadas en el art. 2.3, se prevé una nueva agravación específica. La misma se suma a la ya prevista agravación consistente en la condición de funcionario público en ejercicio de sus funciones del sujeto activo. Consiste en la facilitación o difusión, a través de las tecnologías de la información y la comunicación, de imágenes, vídeos u otro material de carácter sexual que impliquen a la víctima (art. 4.3.b). La Directiva incide también en la responsabilización de las personas jurídicas, adoptando una aproximación de derechos humanos que atiende a la vertiente económica a la trata y la explotación humanas, a través del reforzamiento de los supuestos que permiten atribuir responsabilidad a las personas jurídicas en el art. 5. Amplia el catálogo de sanciones que pueden imponerse a las personas jurídicas, previendo la posibilidad de excluirlas de contratos públicos o de retirarles licencias o concesiones. Junto a esto, el nuevo art. 18 bis incorpora el denominado delito de «demanda consciente», obligando a los Estados a tipificar como delito el uso consciente de los servicios prestados por

las víctimas de trata cuando el cliente tenga conocimiento de la situación, sancionándolo con penas efectivas, proporcionales y disuasorias, con el fin de frenar el consumo que alimenta el delito.

La Directiva no desatiende la inclusión de medidas orientadas a la prevención de la TSH. En este sentido, prevé nuevas obligaciones para los Estados de emprender campañas de sensibilización, prestando especial atención al entorno digital como mecanismo de captación de las víctimas de TSH. Sin embargo, donde quizá son más sobresalientes las medidas adoptadas por la Directiva (EU) 2024/1712 es en el aspecto asistencial. En el campo de la protección victimal la Directiva amplía, como se ha ya indicado, la vigencia del principio de no punición (art. 8). Junto a esto, refuerza el compromiso con la atención a las víctimas mediante la garantía de acceso a un número suficiente de centros de acogida y alojamientos seguros adaptados a las necesidades de las mismas y orientados a su recuperación e integración (art. 11.5 bis). Destaca también la necesidad de que los menores tengan acceso a programas para apoyar su transición a la emancipación y la edad adulta alejados de los entornos de TSH (art. 14.1). Asimismo, exige a los Estados la creación de uno o varios mecanismos nacionales para la detección e identificación temprana, asistencia y apoyo a las víctimas, y establece el contenido que dichos mecanismos deben incorporar (art. 11.4). Prevé la posibilidad de crear un fondo nacional para compensar a las víctimas de TSH o bien la inclusión de las víctimas de trata en los regímenes nacionales de indemnización por delitos violentos (art. 17). Dispone la creación de la figura del coordinador nacional para la lucha contra la TSH o la adopción de mecanismos equivalentes dotados de recursos adecuados (art. 19) con el fin de evaluar las tendencias en materia de TSH y cuantificar los resultados de las estadísticas recopiladas en colaboración con las organizaciones de la sociedad civil pertinentes (art. 19 bis). Por último, promueve la formación periódica y especializada, con un enfoque basado en los derechos humanos, la perspectiva de género, la discapacidad y la edad, de los profesionales que puedan entrar en contacto directo con víctimas (art. 18 ter).

2. *Reflejo en normativa comparada*

En una aproximación a la normativa nacional comparada, debe señalarse que ha sido a consecuencia de la transposición de la Directiva 2011/36/UE, reforzada a través de las disposiciones incorporadas por la Directiva (UE) 2024/1712, que diversos países europeos han incluido específicamente, entre las finalidades de explotación del respectivo delito de TSH, la de explotar a las víctimas forzándolas a cometer delitos. Así se

hizo en el centro y norte europeo. Alemania modificó el delito de trata que contempla en el § 232 *Strafgesetzbuch* (StGB) en 2016, incluyendo en el párrafo 1.d) la explotación para «la comisión de actos sancionados con una pena». También Austria, al tipificar el delito de TSH en el § 104a, cuyo párrafo 3 incluye entre las formas de explotación «la explotación para cometer actividades delictivas». De igual forma, Bélgica incluye en el art. 433 quinquies.1.5.º de su Código Penal, modificado en 2013, la trata con el «propósito de que dicha persona cometa un delito o una falta, en contra de su voluntad». Muy similar a la regulación belga es la francesa, puesto que el art. 225-4-1 del Código Penal francés también fue modificado en 2013 para que su párrafo I in fine incluyese entre las formas de explotación «obligar a la víctima a cometer un delito o falta». También Holanda, cuyo Código Penal fue modificado en 2014 para incluir esta manifestación de la trata, dado que su art. 273f.1, párrafo segundo, incluye como última de las posibles formas de explotación que enumera ejemplificativamente la que tiene por fin la de las actividades delictivas cometidas por las víctimas.

En el sur de Europa, Portugal modificó en 2013 su Código Penal para incluir la explotación de las víctimas en «otras actividades delictivas» en su art. 160.1. Italia también ha incriminado específicamente esta forma de trata, e incluso de manera más amplia que otros códigos penales europeos, pues su art. 601 incrimina desde 2014 no ya la trata que tiene por fin explotar a la víctima en la comisión de actividades delictivas, sino la que tiene por objeto la explotación de la víctima en la realización de «actividades ilícitas». España modificó en 2015 su Código Penal para introducir en el art. 177 bis.1.c) «la explotación para realizar actividades delictivas».

Aun cuando de forma menos generalizada, algunos de los países de la Europa del este han comenzado a incluir esta forma de trata específicamente en sus códigos penales. Este es el caso de Moldavia, cuyo Código Penal contempla en su art. 165 el uso de las víctimas en conflictos armados o en la realización de actividades delictivas.

Aunque no todos los países europeos han incluido específicamente esta manifestación de la TSH en su articulado interno, esto no es óbice para incriminar estas conductas, dado que muchas regulaciones internas del delito de trata tipifican tan ampliamente las posibles formas de explotación, incluyendo el trabajo o los servicios forzados, que permiten considerar implícitamente incluidos en la definición los casos de TSH para criminalidad forzada. Así sucede, por ejemplo, con el concepto de explotación que incluye el art. 3 de la *Modern Slavery Act 2015* inglesa, art. 3 de la *Human Trafficking and Exploitation (Scotland) Act 2015*, art. 3 de la *Human Trafficking and Exploitation (Criminal Justice and Support for Victims) Act (Northern Ireland) 2015*. Lo mismo puede decirse de los arts. 257 del Código Penal noruego o Capítulo 4, 1 a §, del Código Penal sueco. También códi-

gos penales de países de la Europea del Este, como el Código Penal rumano —art. 210 que incrimina el delito de trata, en relación con el art. 182, que caracteriza el concepto de explotación— o el polaco —art. 189a, que tipifica lacónicamente la trata, en relación con el art. 115, párrafos 22 y 23, que define las formas de explotación— regulan este delito de manera que pueda comprender supuestos en que las víctimas son destinadas a la explotación criminal.

Más allá de Europa, esta forma de trata no acostumbra a tipificarse específicamente, al faltar un referente normativo supranacional que la designe específicamente, aunque también se considera que cabe en el amplio concepto de trabajo o servicios forzados. Así, en USA, en que la *Trafficking Victims Protection Act 2020*, que ha sido modificada en múltiples ocasiones sin llegar a tipificar expresamente el delito de trata para explotación criminal, convirtió la trata para servidumbre por deudas, esclavitud, servidumbre involuntaria o trabajo forzoso en delito federal. Tipificó en el §1590.a) *US Code* la conducta de quien «recluta, acoge, transporta, proporciona u obtiene a sabiendas, por cualquier medio, a cualquier persona para trabajar o prestar servicios en violación de este capítulo...».

Tampoco se ha tipificado específicamente esta forma de trata en diversos países de América del sur analizados. No lo ha sido en Chile (art. 411 Código penal), Argentina (art. 145 bis Código penal), Colombia (art. 188A Código penal) o México (art. 10 Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas de 2012). Pero se incluyen los servicios forzados como finalidad posible de explotación en el delito de trata en Chile, Colombia y México, refiriéndose el correspondiente precepto a la explotación en general en Argentina, pudiendo considerarse implícitamente incriminada esta forma de trata. El supuesto de los menores de edad forzados a delinquir está específicamente tipificado como delito en Colombia (art. 188 D Código Penal) y como forma de explotación específica en el delito de TSH, lo mismo que cuando se emplea a personas inimputables, en México.

V. Aproximación a la trata de seres humanos para criminalidad forzada desde el sistema de justicia penal: efectos sobre las víctimas

1. Escasez de pronunciamientos judiciales sobre trata para criminalidad forzada

Confirmado que esta forma de trata está explícita o implícitamente incriminada en multiplicidad legislaciones estatales y que es la tercera forma de trata más prevalente, se observa, sin embargo, que hay escasos pronun-

ciamientos judiciales sobre la misma. Una de las excepciones más notales es la referida sentencia del TEDH de 26 de febrero de 2021 (*caso VCL y AN v UK*), que ha supuesto la condena a este país por haber incumplido sus obligaciones positivas en relación con lo dispuesto por el art. 4 Convención Europea de Derechos Humanos al no proteger a dos menores vietnamitas obligados a cultivar *cannabis* que fueron condenados por la jurisdicción penal de menores en UK.

La resolución trae causa de que en 2009 dos menores de edad vietnamitas (*VCL* y *AN*) fueron detenidos en UK por su participación en el cultivo de *cannabis*. Los dos eran adolescentes cuando ocurrieron los hechos y habían llegado a la Gran Bretaña en circunstancias que después se identificarían como propias de TSH. Inicialmente, ni la policía británica ni la Fiscalía remitieron a estos menores a la autoridad competente a efectos de que se evaluase su posible condición de víctimas aunque su participación en el cultivo de drogas encajaba en el patrón de explotación criminal de menores migrantes, como se ha tenido ocasión de exponer supra. Aunque con carácter posterior a su detención la autoridad nacional competente dictaminó que tanto *VCL* como *AN* habían sido víctimas de TSH y posterior explotación, la Fiscalía decidió proseguir con el enjuiciamiento de dichos menores sin ofrecer motivos claros que refutaran o matizaran la valoración que dicha autoridad realizó, de manea que en sendas causas la Corte de Apelación británica rechazó que la decisión de proseguir con el procedimiento penal contra los menores constituyese un abuso de proceso. Tras agotar las vías de apelación nacionales, que concluyeron con la negativa del Tribunal Supremo británico de admitir a trámite el recurso, los menores presentaron demanda ante el TEDH en noviembre de 2012, dictándose sentencia por parte de este órgano judicial tras un largo proceso judicial. El TEDH concluyó que la prosecución de dichos menores por delitos contra la salud pública constituyó vulneración del art. 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), al no haber adoptado UK medidas operativas para proteger a las víctimas de trata. También consideró que supuso una vulneración del art. 6.1 CEDH que garantiza un juicio justo, al no haberse valorado el estatus de víctimas de TSH de tales menores y haberse motivado adecuadamente las decisiones adoptadas, sin que el TEDH estimase la vulneración de otros preceptos del CEDH invocados por los recurrentes.

En relación con el art. 4 CEDH (prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado), el TEDH razona que, aunque el CEDH no prohíbe de suyo la persecución penal de las víctimas de TSH, el Estado tiene la obligación positiva de adoptar medidas operativas para protegerlas en cuanto exista sospecha razonable de explotación. Indica que en el caso *VCL y AN v UK* dicho umbral de sospecha razonable se alcanzó en el momento en que los menores,

aun sin identificar formalmente, fueron descubiertos trabajando en el cultivo de *cannabis* siendo solo unos niños. De ahí colige que la falta de remisión a la autoridad competente y la ausencia de motivación de la Fiscalía al discrepar de las conclusiones de la identificación de estas víctimas de TSH supusieron infracción del deber positivo de evitación de la esclavitud y el trabajo forzoso que impone el art. 4 CEDH. Respecto del art. 6.1 (Derecho a un proceso equitativo), el TEDH consideró que en este caso el proceso no fue justo porque la negativa a valorar debidamente la condición de víctimas de los procesados afectó a la igualdad procesal de armas. Al no reconocerse su condición de víctimas, los menores quedaron en situación de desventaja procesal, sin tener la posibilidad de aportar prueba sobre la coacción sufrida y la dependencia consecuente de los traficantes y explotadores. La ausencia de explicaciones claras tanto por parte de la Fiscalía como de la Corte de Apelación sobre su divergencia en relación con las conclusiones de la autoridad competente respecto de la condición de víctimas de los menores comportó además una vulneración de la necesaria motivación de las decisiones que afectan al derecho de defensa que se deduce del art. 6 CEDH.

Sobre esta base, el TEDH condenó al Reino Unido a indemnizar a los recurrentes por daños no patrimoniales y por los gastos y costas ocasionados. Pero no solo eso, sino que instó al Estado a revisar sus protocolos de identificación y protección de las víctimas de TSH, garantizando que los Fiscales y Jueces fundamenten debidamente sus decisiones cuando discrepen de los órganos especializados. Siendo esta una resolución unánime, vincula a todos los Estados parte del Convenio, integrando un precedente de obligado cumplimiento para reforzar la tutela de los derechos de las víctimas de TSH y explotación, en particular los menores.

No muy distinta de la situación que esta resolución del TEDH evidencia que se produce en Gran Bretaña, es la realidad española. En España apenas hay sentencias condenatorias por la comisión de esta forma de trata. Sí hay dos relativamente recientes resoluciones del Tribunal Supremo (en adelante TS) que abordan la aplicación de la excusa absolutoria a las víctimas de trata que contempla el art. 177 bis.11 del Código Penal español. En virtud de este precepto, que en abstracto podría aplicarse preferentemente a las víctimas de trata para criminalidad forzada, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a otras eximentes, la víctima de TSH «quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado». La primera de estas resoluciones es la sentencia del TS 59/2023, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:375), que absuelve de la condición de cómplice de los delitos falsedad y estafa continuados so-

bre la base de este precepto a una mujer explotada sexualmente obligada por su explotador a cometerlos, asumiendo una posición marcadamente victimocéntrica que lleva al TS a casar la correspondiente sentencia de instancia que había condenado a esta víctima. Bastante menos respetuosa con los derechos victimales es la posterior sentencia del TS 960/2023, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:6008), que estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 351/2021, de 2 de noviembre, dictada en respuesta al recurso de apelación también interpuesto por la acusación pública contra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 3ª, 183/2020, de 22 de junio, que confirmó. Ambas resoluciones habían absuelto a una mula en situación paupérrima, captada por los tratantes tras pedir desesperadamente trabajo en una red social en su país de origen, que portó desde Lima a Barcelona introducidos en su cuerpo, en bolas, casi 500 g. de cocaína. A esta víctima inicialmente no detectada por el sistema, la droga le fue interceptada inmediatamente después de aterrizar en el aeropuerto de Barcelona, lo que comportó que se acordara su privación provisional de libertad, siendo finalmente liberada tras dictarse sentencia absolutoria. Estimando el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, el TS ha casado esta sentencia, devolviendo la causa a la Audiencia Provincial de Barcelona para que valore la aplicación de eximentes como el estado de necesidad o el miedo insuperable. Se trata de una sentencia no unánime, que incluye el voto particular de uno de los magistrados de la Sala segunda del TS favorable a confirmar la absolución de la mula. Indica esta resolución que no procedía en este caso aplicar la excusa absolutoria contemplada en el art. 177 bis. 11 del Código Penal porque no nos hallamos ante un caso de TSH, al no haber explotación ni encontrarnos ante un supuesto de criminalidad organizada -cual si el tipo básico del delito de trata del art. 177 bis del Código Penal incluyese cualquiera de estos dos requerimientos-, sino ante un caso de tráfico de drogas ordinario cuya autora no puede beneficiarse de la aplicación de esta eximente específica. A esto añade que la aplicación de la misma a este tipo de supuestos puede tener cierto efecto llamada, favoreciendo que los traficantes reclutasen como mulas a personas en situaciones de pobreza extrema que pudiesen evitar ser condenadas por delitos contra la salud pública con base en lo dispuesto por el art. 177 bis 11 del Código penal español.

2. Razones y efectos de la ausencia de detección de estas víctimas

Dado que apenas hay pronunciamientos condenatorios por esta forma de TSH, cabe preguntarse por qué estas víctimas pasan por el sistema de justicia penal sin ser detectadas y qué efectos tiene esto en ellas.

De hecho, el *Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings* del Consejo de Europa (en adelante, GRETA), con ocasión de monitorizar la ausencia de aplicación práctica del principio de no punición, no penalización o ausencia de responsabilidad de las víctimas de TSH, alude a la ausencia de identificación de las víctimas de esta forma de trata por parte del sistema⁵¹, como también lo hace la UNODC⁵². La investigación cualitativa existente permite identificar seis razones que dificultan la detección e identificación de estas víctimas⁵³. En primer término, el escaso conocimiento constatado entre los profesionales acerca del fenómeno de la TSH para explotación criminal, sobre todo cuando las víctimas no están al mismo tiempo sexualmente explotadas, porque la atención institucional —y la capacitación profesional— está muy orientada a la trata sexual, a la que más recientemente se suma la laboral. En segundo lugar, que se trata de víctimas que se alejan del estereotipo de la víctima ideal, identificada con mujeres extranjeras sexualmente explotadas. En tercer lugar, el contexto en el que se produce la identificación, que a menudo no tiene en cuenta que debería considerarse un proceso —sobre todo si es en dependencias policiales, en un ambiente poco propicio para que la víctima se abra y dé información y sin respetar los tempos necesarios para que genere un vínculo de confianza con el interlocutor— la dificulta. Todavía más aún si, como sucede en algunos países europeos, la facultad de identificar a las víctimas se atribuye en exclusiva a determinadas unidades policiales, dejando al margen a los prestadores de servicios victimales, que son precisamente con quienes se abren las víctimas, u otros profesionales de primera línea, lo que integra la cuarta dificultad. En quinto lugar, no ser capaz como profesional de leer entre líneas el relato sobre la trayectoria personal ofrecido por la víctima, que puede presentar incoherencias como consecuencia del proceso de despersonalización que conduzcan a falsos negativos a profesionales sin suficiente formación. Finalmente, la ausencia de autoidentificación de las víctimas que, sin ser exclusiva de esta forma de TSH, es particularmente acusada en ella, pues se auto perciben como infractoras, ya porque saben que han cometido un delito, ya porque los tratantes explotan esa idea para dificultar su colaboración con las autoridades.

⁵¹ Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings, *9th General Report on GRETA's Activities. Covering the period from 1 January to 31 December 2019* (Strasbourg: Council of Europe, 2020), 62-63, <https://rm.coe.int/9th-general-report-on-the-activities-of-greta-covering-the-period-from/16809e169e>.

⁵² United Nations Office on Drugs and Crime, *Female victims of trafficking for sexual exploitation as defendants...*, 66.

⁵³ Villacampa y Torres, «Human Trafficking for Criminal Exploitation: the Failure to Identify Victims», 400-405.

Respecto de los efectos que tiene la ausencia de identificación de estas víctimas a su paso por el sistema de justicia penal, el fundamental consiste en que son tratadas generalmente como ofensoras desde el momento de su detección y a lo largo de todo su periplo por dicho sistema⁵⁴. El caso de las mulas, que puede considerarse un modelo de víctima de trata para criminalidad forzada pura, ofrece un ejemplo paradigmático de cómo son tratadas. El maltrato institucional a estas víctimas se ha evidenciado en distintas fases del proceso penal, que acostumbra a dirigirse contra ellas. Comenzando por el ámbito policial, la intervención con las víctimas —presuntas ofensoras— acostumbra a focalizarse en conseguir su colaboración en la investigación policial, obteniendo información sobre la organización criminal a la que se las considera vinculadas, condicionándose su reconocimiento como víctima a su colaboración con la investigación. Si la víctima no es etiquetada como tal por la policía, una vez iniciado el proceso penal, el resto de profesionales del sistema de justicia penal acostumbran a considerar que el caso está judicializado y que debe seguirse el procedimiento penal habitual, considerándose la persona detenida como ofensora por parte de fiscalía. Finalmente, los profesionales del ámbito penitenciario reciben a las mulas una vez se decreta prisión provisional contra ellas o cuando ya están condenadas, por lo que, aunque puedan sospechar que han sido sometidas a explotación, la resolución judicial que acuerda la prisión provisional o la condena acostumbra a parecer lo suficientemente definitiva como para poner en duda la condición de víctima de la interna.

El signo más evidente del maltrato institucional que sufren las víctimas de este tipo de trata a su paso por el sistema de justicia penal es la ausencia de aplicación de los dictados derivados el principio de no punición, no penalización o ausencia de responsabilidad de las víctimas de trata. De acuerdo con el entendimiento más comprensivo del mismo, el sostenido por las Naciones Unidas (en adelante, UN)⁵⁵, las víctimas de cualquier forma de TSH no pueden ser arrestadas, imputadas, detenidas, acusadas, penalizadas o sancionadas de cualquier forma por las conductas ilegales en las que han inter-

⁵⁴ Carolina Villacampa y Núria Torres, «Human trafficking for criminal exploitation: effects suffered by victims in their passage through the criminal justice system», *International Review of Victimology* 25(1) (2019): 3 y 8-12, <https://doi.org/10.1177/0269758018766161>.

⁵⁵ Maria Grazia Giammarinaro, *The importance of implementing the non-punishment provision: the obligation to protect victims. Mandate of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children* (United Nations Human Rights, 2020), 5-10, <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-trafficking-in-persons/importance-implementing-non-punishment-provision-obligation-protect-victims>; United Nations Human Rights Council, *Implementation of the non-punishment principle. Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially, women and children, Siobhán Mullally*. A/HRC/47/34 (United Nations, 2021), 6, https://digitallibrary.un.org/record/3928739/files/A_HRC_47_34-EN.pdf?ln=es.

venido como consecuencia de la situación de trata vivida⁵⁶. Se trata de un principio reconocido internacionalmente con amplitud diversa en instrumentos normativos *hard law* como el Convenio de Varsovia —art. 26—, la Directiva 2011/36/EU —art. 8— o el Protocolo ILO 2014 relativo al Convenio sobre trabajo forzoso de 1930 —art. 4—, cuya vigencia es además deducida implícitamente del Protocolo de Palermo y su aproximación victimocéntrica a la trata⁵⁷. También tiene reconocimiento internacional en instrumentos normativos *soft-law* sobre todo emitidos por OSCE⁵⁸ y UN⁵⁹. Pese a las distintas amplitudes con que estos instrumentos internacionales contemplan este principio, su reconocimiento ha recibido un claro espaldarazo en la reforma operada en la Directiva 2011/36/EU por la Directiva (EU) 2024/1712 para que abarque no solo las conductas delictivas, sino también las actividades ilícitas realizadas forzosamente por las víctimas, como se ha indicado. Fruto de su regulación internacional, diversos países occidentales, entre ellos una parte relevante de los integrantes del Consejo de Europa, han incorporado causas eximentes específicas mediante las que articular la aplicación de este principio en sus ordenamientos internos⁶⁰. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto el GRETA⁶¹ y confirma investigación cualitativa llevada a cabo con profesionales del sistema de justicia penal⁶², dicho principio apenas se aplica en la práctica, además de por la ausencia de detección de estas víctimas, por la falta de consciencia de los profesionales y por la ausencia de identificación de la racionalidad o ámbito aplicativo de la eximente.

En definitiva, la ausencia de detección de estas víctimas y su tratamiento como ofensoras supone la inobservancia de los mandatos derivados de una aproximación victimocéntrica, holística o con una perspectiva de de-

⁵⁶ Ryszard Wilson Piotrowicz y Liliana Sorrentino, «Human Trafficking and the Emergence of the Non-Punishment Principle», *Human Rights Law Review* 16(4) (2016): 669-699, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw028>; Schloenhardt y Markey-Towler, «Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons», 10, 32-33; Villacampa, «El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos», 1-12.

⁵⁷ United Nations Office on Drugs and Crime, *Model Law against Trafficking in Persons*, 34; United Nations Human Rights Council, *Implementation of the non-punishment principle*, Siobhán Mullally, 13.

⁵⁸ Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings..., *passim*.

⁵⁹ United Nations Human Rights Council, *Implementation of the non-punishment principle*, Siobhán Mullally..., *passim*.

⁶⁰ Sobre los países que han incluido tales cláusulas y su tenor, *vid.* Villacampa, «El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos», 5-8.

⁶¹ Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings, *9th General Report on GRETA's Activities*, 62-63.

⁶² Villacampa y Torres, «Human trafficking for criminal exploitation: effects suffered by victims in their passage through the criminal justice system», 12-15.

rechos humanos a la trata, que exige colocarlas a ellas y a su protección en el centro del sistema⁶³.

VI. Reflexiones conclusivas

La TSH para explotación o criminalidad forzada es la tercera forma de trata más prevalente, por detrás de la trata sexual y laboral. Pese a su relevancia en términos cuantitativos, es todavía una manifestación de TSH bastante invisibilizada. En términos cuantitativos parece afectar más a varones que a mujeres, en particular a menores de edad. Sin embargo, los estudios cualitativos que la han abordado se han centrado en mujeres, han evidenciado como la instrumentalización para delinquir tiene un claro componente de género y como la coacción empleada con las víctimas va haciéndose más evidente conforme el proceso avanza, además de poner de manifiesto que los delitos cometidos no son solo patrimoniales o relacionados con el tráfico de drogas, sino también violentos.

Normativamente, esta forma de trata no fue explícitamente mencionada hasta la aprobación de la Directiva 2011/36/UE, modificada por la Directiva (UE) 2024/1712, pudiendo antes considerarse incluida en el amplio concepto de la trata laboral. Aunque los ordenamientos jurídico-penales de la mayor parte de países occidentales reconocen explícita o implícitamente este delito, pocas veces es aplicado por las jurisdicciones nacionales. Esto se debe a la concurrencia de obstáculos para identificar a este tipo de víctimas, que a menudo son tratadas como delinquentes, no como víctimas, por el sistema de justicia penal, en franca contradicción con el abordaje victimocéntrico que impone la normativa internacional, también la emitida por la UE, que obliga a los estados a reconocer el principio de no punición, no penalización o ausencia de responsabilidad de las víctimas de trata.

Para hacer efectiva la aproximación de derechos humanos también a esta forma de TSH y garantizar el efectivo acceso a la justicia de sus víctimas, es preciso que se le preste atención institucional haciéndola visible y que se forme tanto a los profesionales de primera línea que pueden encontrarse con estas víctimas como a los que deben garantizar el respeto al principio de no punición.

⁶³ Tom Obokata, *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach* (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), *passim*; Carolina Villacampa, «The European Directive on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and the Victim-Centric Treatment of this Criminal Phenomenon», *European Criminal Law Review* 2(3) (2012): 291 y 292-299, <https://doi.org/10.5235/219174412804816345>.

Bibliografía

- Anti-Slavery. *Trafficking for Forced Criminal Activities and Begging in Europe: Exploratory Study and Good Practice Examples*. London: Anti-Slavery International, 2014. https://www.antislavery.org/wp-content/uploads/2017/01/trafficking_for_forced_criminal_activities_and_begging_in_europe.pdf.
- Baxter, Alexandra Louise Anderson. «When the line between victimization and criminalization blurs: The victim-offender overlap observed in female offenders in cases of trafficking in persons sexual exploitation in Australia». *Journal of Human Trafficking* 6(3) (2019): 327-338. <https://doi.org/10.1080/23322705.2019.1578579>.
- Brewster, Ben, Grace Robinson, Bernard W. Silverman y Dave Walsh. «Covid-19 and child criminal exploitation in the UK: implications of the pandemic for county lines». *Trends Organ Crim* 26 (2023): 156-179. <https://doi.org/10.1007/s12117-021-09442-x>.
- European Commission. *Commission Staff Working Document. Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and to the Council. Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2020) as required under Article 20 of the Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims {COM(2020) 661 final}*. Brussels: European Commission, 2020. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2020:0226:FIN:EN:PDF>.
- European Commission. *Commission Staff Working Document. Statistics and trends in trafficking in human being in the European Union in 2019-2020. Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (Fourth Report) {COM(2022) 736 final}*. Brussels: European Commission, 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0429>.
- European Commission. *Commission Staff Working Document. Statistics and trends in trafficking in human being in the European Union in 2021-2022 Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the progress made in the European Union in combating trafficking in human beings (Fifth Report) {COM(2025) 8 final}*. Brussels: European Commission, 2025. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52025SC0004>.
- European Commission. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings 2021-2025 (COM/2021/171 final)*. Brussels: European Commission, 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0171>.
- Einbond, Julia, Kaitlyn Zedalis y Hanni Stoklosa. «A case of mistaken identity: The Criminalization of Victims of Labor Trafficking by Forced Criminality». *Criminal Law Bulletin* 59(1) (2023): 60-77. <https://doi.org/10.1177/19367244231219940>.

- European Commission- Directorate General for Migration and Home Affairs. *Data Collection on Trafficking in Human Beings in the EU*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2020-09/20181204_data-collection-study.pdf.
- European Commission-Directorate General for Migration and Home Affairs. *Data Collection on Trafficking in Human Beings in the EU*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5b93c49f-12a0-11eb-9a54-01aa75ed71a1>.
- Europol-European Migrant Smuggling Center. *European Migrant Smuggling Centre 4th Annual Report – 2020*. European Union Agency for Law Enforcement, 2020. https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/emsc_4th_annual_activity_report_-_2020.pdf.
- Giammarinaro, Maria Grazia. *The importance of implementing the non-punishment provision: the obligation to protect victims. Mandate of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*. United Nations Human Rights, 2020. <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-trafficking-in-persons/importance-implementing-non-punishment-provision-obligation-protect-victims>.
- Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings. *9th General Report on GRETA's Activities. Covering the period from 1 January to 31 December 2019*. Strasbourg: Council of Europe, 2020. <https://rm.coe.int/9th-general-report-on-the-activities-of-greta-covering-the-period-from/16809e169e>.
- Hales, Liz y Loraine Gelsthorpe. *The Criminalisation of Migrant Women*. United Kingdom: Institute of Criminology y University of Cambridge, 2012. <https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=b88149bcf79bf6aa3adbfd69d6854fd6e8a0d013>.
- Havard Tirion, Elizabeth, James A. Densley, Andrew Whittaker y Jane Wills. «Street gangs and coercive control: The gendered exploitation of young women and girls in county lines». *Criminology & Criminal Justice* 23(3) (2023): 313-329. <https://doi.org/10.1177/17488958211051513>.
- International Labour Organization. *Global Estimates of Modern Slavery. Forced Labour and Forced Marriage*. Geneva: International Labour Organization, 2022. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40ipecc/documents/publication/wcms_854733.pdf.
- Lo Iacono, Eva. «Victims, sex workers and perpetrators: gray areas in the trafficking of Nigerian women». *Trends Organ Crime* 17 (2014): 110-128. <https://doi.org/10.1007/s12117-014-9212-1>.
- Obokata, Tom. *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings. *Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non-punishment provision with regard to victims of trafficking*. Vienna: Organization for Security and Co-operation in Europe, 2013. <https://www.osce.org/files/f/documents/6/6/101002.pdf>.
- Piotrowicz, Ryszard Wilson y Liliana Sorrentino. «Human Trafficking and the Emergence of the Non-Punishment Principle». *Human Rights Law Review* 16(4) (2016): 669-699. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw028>.

- Schloenhardt, Andreas y Rebekkah Markey-Towler. «Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons- Principles, Promises, and Perspectives». *Groningen Journal of Internacional Law* 4(1) (2016): 10-38. <https://ssrn.com/abstract=2810148>.
- Skrivankova, Karla. «Defining exploitation in the context of trafficking- what is a crime and what is not». En *Routledge Handbook of Human Trafficking*, editado por Ryszard Piotrowicz, Conny Rijken y Baerbel Uhl, 109-119. Abingdon: Routledge, 2018. <https://doi.org/10.4324/9781315709352>.
- Stone, Nigel. «Child Criminal Exploitation: “County Lines”, Trafficking and Cuckooing». *Youth Justice* 18(3) (2018): 285-293. <https://doi.org/10.1177/1473225418810833>.
- United Nations Human Rights Council. *Implementation of the non-punishment principle. Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially, women and children, Siobhán Mullally*. A/HRC/47/34. United Nations, 2021. https://digitallibrary.un.org/record/3928739/files/A_HRC_47_34-EN.pdf?ln=es.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Female victims of trafficking for sexual exploitation as defendants. A case law analysis*. United Nations Office on Drugs and Crime, 2020. www.unodc.org/documents/human-trafficking/2020/final_Female_victims_of_trafficking_for_sexual_exploitation_as_defendants.pdf.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. Vienna: United Nations, 2014. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Global Report on Trafficking in Persons 2018*. Vienna: United Nations, 2018. www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTIP_2018_BOOK_web_small.pdf.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Global Report on Trafficking in Persons 2020*. Vienna: United Nations, 2021. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTIP_2020_15jan_web.pdf.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Global Report on Trafficking in Persons 2022*. Vienna: United Nations, 2023. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2022/GLOTIP_2022_web.pdf.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Global Report on Trafficking in Persons 2024*. Vienna: United Nations, 2024. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2024/GLOTIP2024_BOOK.pdf.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Model Law against Trafficking in Persons*. Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime, 2010. https://digitallibrary.un.org/record/674096/files/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf?ln=es.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Trafficking in persons. In the context of armed conflicts 2018*. Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime, 2018. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTIP2018_BOOKLET_2_Conflict.pdf.
- Villacampa, Carolina y Katherine Flórez. «Human trafficking for criminal exploitation and participation in armed conflicts: the Colombian case». *Crime Law Soc Change* 69 (2018): 421-445. <https://doi.org/10.1007/s10611-017-9765-4>.
- Villacampa, Carolina y Núria Torres. «Human Trafficking for Criminal Exploitation: the Failure to Identify Victims». *European Journal on Criminal Policy and Research* 23(3) (2017): 393-408. <https://doi.org/10.1007/s10610-017-9343-4>.

- Villacampa, Carolina y Núria Torres. «Human trafficking for criminal exploitation: effects suffered by victims in their passage through the criminal justice system». *International Review of Victimology* 25(1) (2019): 3-18. <https://doi.org/10.1177/0269758018766161>.
- Villacampa, Carolina y Núria Torres. «Trafficked Women in Prison: The Problem of Double Victimisation». *European Journal on Criminal Policy and Research* 21(1) (2015): 99-115. <https://doi.org/10.1007/s10610-014-9240-z>.
- Villacampa, Carolina. «The European Directive on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and the Victim-Centric Treatment of this Criminal Phenomenon». *European Criminal Law Review* 2(3) (2012): 291-317. <https://doi.org/10.5235/219174412804816345>.
- Villacampa, Carolina, María Jesús Gómez y Clàudia Torres. «Trafficking in human beings in Spain: What do the data on detected victims tell us?». *European Journal of Criminology* 20(1) (2023): 161-184. <http://doi.org/10.1177/1477370821997334>.
- Villacampa, Carolina. «El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos: reconocimiento normativo y aplicación». *Diario La Ley* 10101 (2022). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8507655>.

Sobre la autora

Carolina Villacampa Estiarte es catedrática de Derecho Penal de la Universitat de Lleida, donde coordina grupo de investigación «Sociedad sostenible y Derecho» (SOIUS) y el programa de doctorado en Derecho y Administración de Empresas. Compatibiliza su actividad docente e investigadora en esta y otras instituciones académicas españolas, europeas y sudamericanas con sus funciones como presidenta del área de Derecho de la Agencia Estatal de Investigación. Ha publicado más de 200 obras científicas, en español e inglés, y dirigido múltiples proyectos de investigación nacionales e internacionales. Su investigación, galardonada con la distinción ICREA academia 2022 de la Generalitat de Catalunya, se centra en el análisis de determinados procesos de victimización y desvictimización —entre ellos, los relacionados con la violencia de género, la trata de seres humanos, las políticas de abordaje de la prostitución o la victimización sexual online de menores— así como en el estudio y desarrollo del estatuto jurídico victimal.

About the author

Carolina Villacampa Estiarte is a professor of Criminal Law at the University of Lleida, where she coordinates the research group ‘Sustainable Society and Law’ (SOIUS) and the doctoral programme in Law and Business Administration. She combines her teaching and research activities at this and other Spanish, European and South American academic institutions

with her role as president of the Law Department of the State Research Agency. She has published more than 200 scientific works in Spanish and English and has directed numerous national and international research projects. Her research, which has been awarded the ICREA Academia 2022 distinction by the Generalitat de Catalunya, focuses on the analysis of certain processes of victimisation and de-victimisation, including those related to gender-based violence, human trafficking, policies to tackle prostitution and the online sexual victimisation of minors, as well as the study and development of the legal status of victims.

Propuesta para la responsabilidad civil de los supervisores financieros en Europa

Tackling liability of financial regulators in Europe

Isabel Mousinho de Figueiredo

Profesora Asistente de Derecho Civil

Universidad de Macao (China)

isabelf@um.edu.mo

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.3353>

Recibido el 18 de febrero de 2025

Aceptado el 16 de junio de 2025

Publicado en línea: octubre de 2025

Sumario: I. El problema.—II. Derecho alemán.—III. Common Law.—IV. Supervisores europeos.—V. Propuesta de distinción de dos paradigmas.—VI. Wirecard como ejemplo de solución propuesta.—VII. Conclusiones.

Resumen: ¿Cuándo deben indemnizar los supervisores financieros europeos? La inmunidad del supervisor alemán, austríaco y británico difícilmente se sostiene en el siglo XXI. En teoría, el Derecho de la Unión Europea no permite a los legisladores nacionales limitar su responsabilidad civil en casos de dolo, por lo menos desde la Sentencia Kantarev de 2018. Sin embargo, en enero de 2024 el tribunal supremo alemán BGH no condenó al supervisor ni siquiera en el escándalo Wirecard. La mayoría de los ordenamientos nacionales remiten a las cláusulas generales de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. En la UE los supervisores también indemnizan «de acuerdo con los principios generales comunes a los derechos de los Estados Miembros» (art. 340.3 del TFUE, art. 69 del Reglamento (UE) n.º 1095/2010 y art. 87 n.º 3 del Reglamento (UE) n.º 806/2014). Aquí propongo distinguir dos casos: cuando el supervisor no previene pérdidas de los depositantes, la responsabilidad debe ser mínima, pero no inexistente. Son daños causados por un tercero. Diferente es cuando el supervisor directamente causa daños no intencionados en el ejercicio de sus funciones. En estos casos de «peligro del poder», la responsabilidad del supervisor será plena.

Palabras clave: responsabilidad civil, regulación financiera, responsabilidad patrimonial de la administración pública, Derecho europeo, Derecho alemán de la responsabilidad civil.

Abstract: *When should financial regulators be liable? German, Austrian and common law protect regulators with immunity, which is hardly sustainable in the 21st century. In EU law, the Kantarev doctrine does not allow legislators to limit civil liability since 2018, not even to cases of wilful misconduct. In 2024 the Ger-*

man Supreme Court BGH shirked having to decide if the immunity enshrined by the legislator in § 4 IV FinDAG complies with EU law. Most European national legal systems refer to general clauses on (public) civil liability. The European Central Bank (ECB) compensates “in accordance with the general principles common to the laws of the Member States” (Art. 340 No. 3 of the TFEU), as do ESMA and SRM (Art. 69 of Regulation (EU) No. 1095/2010). This article suggests discerning paradigms: (1) When a supervisor fails to prevent losses to depositors, liability ought to be minimal. (2) By contrast, when the supervisor is the main perpetrator of collateral damage, liability should be full. I call this paradigm the “danger of power”.

Keywords: Tort Law, financial regulators, liability of public bodies, European Law, German Law of Torts.

I. El problema

Confiamos no solo en los bancos, sino también en los sistemas de control y supervisión. Que haya alguien que le dedique tiempo, que sea experto, diligente y honesto. Pero nadie es perfecto y el supervisor también puede equivocarse. ¿Qué pasa cuando falla? ¿Es responsable? ¿Debe pagarlo todo?

Para muchos legisladores es difícil decidir si el supervisor financiero debe indemnizar o no. Esto sucede en los países donde impera el *Common Law*, en ordenamientos como el alemán y también en el Derecho de la Unión Europea. En el pasado ha habido condenas excesivas en algún caso, pero también ha habido casos en que se ha aplicado una inmunidad injustificada. Los efectos perniciosos para el sistema se ilustran en casos como el de Wirecard, que estalló en 2020 en Alemania, y como consecuencia del cual los inversores perdieron cerca de 23 mil millones de euros por la incompetencia del supervisor —absuelto en 2024 por el BGH.

En Bélgica, Luxemburgo, Chipre y Estonia, el legislador ha optado por una regla cercana a la inmunidad de sus supervisores financieros. En Francia e Italia, la jurisprudencia ha limitado la responsabilidad a *faute lourde* o *dol*¹. En España, Portugal y Suecia, los supervisores financieros están sujetos al régimen de responsabilidad patrimonial de la administración pública, en general. Pero ¿qué alcance concreto tiene este último régimen? La pérdida de una inversión de riesgo, por ejemplo, ¿podría constituir un daño indemnizable? Y, en caso afirmativo, ¿en qué medida?

Difícilmente se conseguirá una respuesta satisfactoria recurriendo a una fórmula única, de todo o nada, como la aplicable a los supuestos tradicionales de la responsabilidad civil (acto culposo que causa un daño), pensada para los bienes corporales y tangibles del siglo XIX. Tampoco ayudan las distinciones entre poder legislativo, ejecutivo y judicial. Montesquieu no estaba pensando en la responsabilidad civil cuando trazó la separación, sino en controles y contrapesos del poder político, *checks and balances*, un problema diferente.

Primero se verá el caso Wirecard, el régimen en Alemania y en el *Common Law*; seguido de la responsabilidad del Banco Central Europeo (BCE). Finalmente, se proponen algunas vías para mejor dilucidar cuándo está justificado condenar al supervisor al pago de una indemnización y en qué medida.

¹ Cassazione, I Sezione, 25 febrero 2009, n.º 4587; 14 enero 1994, n.º 367; Corte di Cassazione, 17 noviembre 2016, n. 23418, Foro Italiano 2016, I, c. 3771.

II. El Derecho alemán

En el caso de la sociedad de pagos Wirecard queda claro que el supervisor infringió sus deberes, tanto por acción como por omisión. No solo no ejerció sus funciones de vigilancia e inspección del mercado, sino que, además, acosó a los periodistas que lo hicieron en su lugar.

Antes de su quiebra, Wirecard era aclamada como un modelo de éxito: la PayPal europea que emergió como una Fintech prodigiosa. Valorada en 30 mil millones de euros, estaba entre los 30 grupos más grandes de Alemania e hizo obtener importantes ganancias a grandes y pequeños inversores. Los indicios más serios de irregularidades fueron divulgados en enero de 2019, lo cual depreció el valor de sus acciones. En vez de investigarlo, las autoridades alemanas se creyeron la explicación de la propia Wirecard, según la cual las acusaciones se basaban en rumores para manipular el mercado. Sin indagar, ni mostrar el mínimo escepticismo profesional que es de esperar en un auditor e inspector, la BaFin² prohibió la venta en descubierto y presentó cargos penales contra los periodistas. El supervisor hizo lo contrario a lo que debía: protegió a los malhechores en vez de defender a la generalidad y a los inversores que iban a ser engañados.

En realidad, Wirecard había sido creada en 1999 para procesar pagos online anónimos, especialmente de pornografía y de juego. Esto la hizo crecer mucho, pero, mientras intentaba expandirse a otros negocios financieros, en 2016 dejó de ser rentable. No obstante, Ernst & Young auditaba favorablemente y sin reservas su contabilidad cada año³.

La presión aumentó y en 2020 Wirecard tuvo que contratar a KPMG para una auditoría independiente, que descubrió un déficit financiero de 1,9 mil millones de euros. La sociedad quebró en junio, el administrador Markus Braun fue detenido y el COO Jan Marsalek huyó. En junio 2025 Markus Braun sigue preso y Jan Marsalek continúa en paradero desconocido.

El escándalo Wirecard se saldó con cerca de 500 demandas de responsabilidad por daños presentadas contra la BaFin por parte de inversores perjudicados. El tribunal de primera instancia de Frankfurt ha desestimado varias de ellas⁴ y todo indica que con el resto hará lo mismo, máxime después

² Autoridad de supervisión bancaria alemana, *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*.

³ La reputación de las compañías auditoras es fundamental. Dependen de su buen nombre y reputación. Y, no obstante, las cuatro grandes compañías auditoras parecen sobrevivir siempre, incluso a los mayores escándalos.

⁴ Las primeras fueron las decisiones del *Landgericht* Frankfurt am Main 2-04 O 531/20; 2-04 O 561; 2-04 O 563/20; 2-04 O 65/21.

de la confirmación de las resoluciones desestimatorias por parte del tribunal de última instancia civil (BGH) en enero de 2024⁵.

Desde 1984, la BaFin goza de inmunidad en virtud de la ley, el § 4 IV FinDAG⁶, lo cual ha sido criticado, principalmente en la medida en que establece por ley una inmunidad absoluta⁷. Únicamente se excluye la inmunidad en el caso de abuso de funciones, el *Amtsmisbrauch*⁸. El BGH en su sentencia Wirecard de 2024 evitó decidir acerca de la validez de una inmunidad legal, tras sostener que en este caso la BaFin actuó sin culpa. Sin embargo, el BGH advierte que en el futuro la BaFin tiene un deber legal de control⁹.

Dicho régimen especial de inmunidad surge como consecuencia de ser Alemania el primer país de la Unión Europea que, en 1979, condenó al supervisor financiero por una conducta negligente¹⁰ al pago de una indemnización, criticada por excesiva¹¹.

El código civil de 1896 (BGB) en el § 823 hace responsable a quien infringe los derechos absolutos o, alternativamente, a quien infringe normas concretas de actuación (normas de protección, *Schutzgesetze*). ¿Y

⁵ *Bundesgerichtshof*. BGH, III ZR 57/23, 10 enero 2024. La sentencia del tribunal de segunda instancia es del OLG Frankfurt am Main 1 U 173/22, 6 de febrero de 2023.

⁶ § 4 IV del *Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz* (FinDAG), aprobada el 22 de abril de 2002, modificada por el art. 10 de la Ley de 20 de noviembre de 2015 (BGBl. I, 2029 y ss.) y por el art. 6 de la ley de 12 de diciembre de 2019 (BGBl. I, 2602). La inmunidad se positivizó de esta manera en 1984, durante la resaca de las sentencias del BGH en los casos *Herstatt* y *Wetterstein*. El FinDAG sustituyó los § 81 I Satz 3 VAG, para seguros, § 1 VI BörsG, para bolsa de valores, y § 4 II WpHG, para el mercado de valores mobiliarios, así como el § 6 III del *Kreditwesengesetz*.

⁷ Boas Kümper, *Risikoverteilung im Staatshaftungsrecht*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2011), 308-311, Martina Almhofer, *Die Haftung der europäischen Zentralbank für rechtswidrige Bankenaufsicht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2018). Sonja Heitzer, *Messing with the Regulator* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2023).

⁸ Sentencia del BGH publicada en BGHZ 162, 49 y ss. La responsabilidad se reduce esencialmente a casos de intervención o injerencia. Solo se conoce una condena de la BaFin por *Amtshaftung*: sentencia de 13 de junio de 2006 del OLG Frankfurt am Main. Véase también Almhofer, *Die Haftung* 385.

⁹ BGH, III ZR 57/23, 10 enero 2024.

¹⁰ Sentencia del BGH de 15 de febrero de 1979 (*Wetterstein*), *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) de 1979, 1354, y sentencia del BGH de 12 de julio de 1979 (*Herstatt*), NJW de 1979, 1879, o *Juristenzeitung* 1979, 683. La quiebra de estos bancos llevó a la adopción de los principios básicos de Basilea para la supervisión bancaria.

¹¹ K. Bender, «Die Amtspflichten des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen gegenüber einzelnen Gläubigern eines Kreditinstitutes», NJW 1978, 622; Kopf y Bäumlner *Die Rechtsprechung des BGH zur Amtshaftung im Bereich der Bankenaufsicht*, NJW 1979, 1871; Ernst Starke, «Drittsschutzwirkung der Bankaufsicht und ihre Konsequenzen», 1979, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, n.º 51-52, 1979, 1402; Kümper, *Risikoverteilung* ..., 62-64.

cómo se reconoce a estas «normas de protección»? Por ejemplo, en casos de vulneración de normas de investigación criminal, se ha denegado la indemnización por las consecuentes pérdidas financieras¹². Pero hay decisiones que condenaban (en materia no financiera) por el incumplimiento de esas mismas normas¹³. En teoría, la BaFin responde por los actos de sus agentes¹⁴, pero en la práctica no hay condenas. El tema no está exento de controversia¹⁵ y hay quien cuestiona, con razón, la constitucionalidad

¹² Como en la sentencia del BGH de 28 de marzo de 1996, NJW 1996, 2373. Un caso de estafa en el cual un pequeño inversor perdió tres cuartas partes de sus ahorros, estando la investigación criminal ya muy adelantada. La demanda de indemnización por daños y perjuicios contra el *Land* fue desestimada.

¹³ Por sentencia del BGH de 30 de abril de 1953 se concedió indemnización a la víctima de dos atracadores, que eran conocidos por la policía.

¹⁴ Markus Böhme, *Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht nach deutschem und europäischem Recht* (Baden-Baden: Nomos, 2009), 23, Seidel, «Amtshaftung für fehlerhafte Bilanzkontrolle», *Der Betrieb*, 12, (2005), 656, Lenz, «Wem nützt eigentlich die Bankenaufsicht?» 2010, NJW, 30.

¹⁵ Heitzer, *Messing...*, 349 Según Armin Brendle, *Amtshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht?* (Baden-Baden: Nomos, 1987), 442 y 565, la supervisión a veces también defiende intereses individuales; como para Seidel, «Amtshaftung für fehlerhafte Bilanzkontrolle», 654. Entre las críticas a la inmunidad: Gert Nicolaysen, «Keine Staatshaftung für die Bankenaufsicht?», *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, (Berlin: de Gruyter, 1987), 663; Edgar Habschied, *Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht?* (Bielefeld: Gieseking Verlag: 1988); Karl Nüßgens, *Ausschluss der Staatshaftung kraft Amtshaftung* (1991), 293-302; Dimitris Triantafyllou, *Haftungsrechtliche Probleme der Staatsaufsicht in der Wirtschaft* (Frankfurt: Peter Lang, 1991); Wolf-Rüdiger Schenke y Josef Ruthig, «Amtshaftungsansprüche von Bankkunden bei der Verletzung staatlicher Aufsichtspflichten», NJW 1994, 2324 y ss.; Matthias Grätias, *Staatshaftung für fehlerhafte Banken- und Versicherungsaufsicht im europäischen Binnenmarkt* (Baden-Baden: Nomos, 1999); Matthias Grätias, «Bankenaufsicht, Einlegerschutz und Staatshaftung. Zur staatshaftungsrechtlichen Relevanz der verspäteten Umsetzung der EG-Einlegerschutzrichtlinie und zur Rechtmäßigkeit des § 6 IV KWG», NJW 11, 2000, 786; Hans-Joachim Cremer, «Staatshaftung für den Verlust von Bankeinlagen – LG Bonn», NJW 2000, 815; Stefan Höhns, *Die Aufsicht über Finanzdienstleister* (Berlin: Duncker Humblot, 2002); Hans-Walter Forkel, «Rechtsfragen zur Krise an den Finanzmärkten: zur Systematik möglicher Schadenersatzansprüche», *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, (2008), 183; Böhme, *Staatshaftung ...*; Lenz, «Wem nützt eigentlich die Bankenaufsicht?», 29-32; Sethe, «Die Verfassungsmäßigkeit des Haftungsausschlusses für fehlerhafte Bankenaufsicht», 2010, en *Festschrift für Klaus J. Hops*, ed. por Stefan Grundmann et al. (Berlin: De Gruyter 2010), 2549-2569; Hans-Jürgen Papier, Comentario al §839, *Münchener Kommentar zum BGB*, (München: Beck, 2013. Según Andreas Cahn, la defensa del interés público no debe obstar al deber de indemnizar de la BaFin, «Verwaltungsbefugnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht im Übernahmerecht und Rechtsschutz Betroffener», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 2 y 3 (2003), 289 y ss. Nikolai Badenhop retira del Derecho de la Unión Europea la tutela de intereses individuales y, por consiguiente, alguna responsabilidad aquiliana, *Europäische Bankenregulierung und private Haftung* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2020).

de tal inmunidad¹⁶ y su conformidad con el Derecho de la Unión Europea¹⁷.

Al menos dos sentencias de segunda instancia han desafiado el *status quo*. La primera, del Tribunal Superior de Justicia de Colonia (OLG Köln), de 11 de enero de 2001¹⁸. Y la segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Frankfurt (OLG Frankfurt am Main), de 13 de junio de 2006, que condenó a la BaFin al pago de una indemnización de 2.450.000 euros al administrador de una institución financiera. Los hechos del segundo caso son los siguientes: el 2 de junio de 1998, la BaFin consideró que el administrador carecía de la capacidad técnica para desempeñar el cargo. Dicha sentencia fue recurrida ante el *Verwaltungsgericht* de Berlín que, mediante sentencia de 18 de septiembre de 2001, la consideró contraria a Derecho. Desde mi punto de vista, la decisión de la BaFin debería haber sido considerada lícita y discrecional, porque los niveles de prudencia que se esperan del supervisor financiero no son compatibles con una presunción de capacidad del administrador. Si el Derecho exigiese pruebas irrefutables de incompetencia personal, se sustituiría la prudencia y prevención por la observación de los estragos consumados. El juez formado para proteger a los trabajadores no puede ver al administrador bancario como un simple dependiente, ante la tarea mayor de asegurar la estabilidad financiera de toda la economía.

Es curiosa la redacción de la ley que positiviza la inmunidad. Tras enumerar las atribuciones del supervisor, dice muy sucintamente que «4.) La Agencia Federal desempeña sus funciones y ejerce sus competencias únicamente en interés público»¹⁹. O sea, el legislador limita expresamente el ámbito de la protección de la norma, ciñéndolo al interés público. ¿Cómo oponerse al argumento del interés público? En definitiva, es una forma discreta

¹⁶ Mathias Cornils, «Staatshaftung für fehlerhafte Behördenaufsicht», *Hörschubashi Journal of Law and Politics* 49 (2021), doi:10.15057/hjlp-49-2020-002-17-41, 31. Habschied, *Staatshaftung ...* 85. Se decanta por la inconstitucionalidad Daniel Benighaus, *Staatshaftung für fehlerhafte Aufsicht im Bereich des Kapitalmarkts*, (Tesis doctoral, Humboldt Universität zu Berlin, 2009), 224, por infracción del art. 34 del *Grundgesetz*, considerando, además, que el § 4 IV de la ley FinDAG ha de ser interpretado restrictivamente, bajo pena de violación de derechos subjetivos derivados del Derecho de la Unión Europea, 190. Por estas razones, el Autor apela al legislador para que derogue el § 4 IV del FinDAG, sustituyéndolo por una limitación máxima de la responsabilidad, por motivos presupuestarios.

¹⁷ Sobre todo, a la raíz de la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018 en el caso *Nikolay Kantarev v. Balgarska Narodna Banka*, C-571/16 (Cruz Vilaça). Antes de esta sentencia ya había dudas, consecuencia de la Sentencia del TJCE proferida a 12 de octubre de 2002 en el ámbito del Asunto C-222/02, la sentencia *Peter Paul*.

¹⁸ OLG Köln, ZIP 2001, 645.

¹⁹ En alemán: «4.) Die Bundesanstalt nimmt ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahr».

de colar una inmunidad enmascarándola de razonamiento técnico en sede de imputación objetiva en el Derecho de daños. La doctrina entiende que no hay responsabilidad de la BaFin frente a particulares, ni frente a la banca, por ser conocida la intención del legislador tras las condenas de los casos *Wetterstein* y *Herstatt*²⁰. Pero el interés público y privado no tienen por qué ser mutuamente excluyentes. De hecho, raramente estarán en conflicto y, a menudo, las mismas medidas protegen a la vez el sistema financiero y los intereses de los depositantes. La determinación de cuál es el fin de protección de la norma debería estar reservada al intérprete y basarse en consideraciones de racionalidad objetiva y criterios de imputación de daños.

Antes de estas dos sentencias, hasta finales de la década de 1970, se entendía que el alcance de protección de la *Kreditwesengesetz* de 1939 no abarcaba el interés de los particulares a efectos de responsabilidad, fuera de los propios bancos o bien de los respectivos acreedores. Así lo había decidido el Tribunal Superior de Justicia de Bremen (OLG Bremen) en su sentencia de 13 de noviembre de 1952²¹, y también el Tribunal Superior de Justicia de Hamburgo (OLG Hamburgo) en sentencia de 28 de junio de 1957²². Esta misma posición se confirmó con respecto a la supervisión de la actividad aseguradora en la sentencia del BGH de 24 de enero de 1972²³.

Desde 2002 existe una única autoridad para la supervisión financiera, que incluye la banca, los seguros y los valores mobiliarios: la BaFin. Antes la supervisión era tripartita: para el sector bancario, el *Bundesamt für das Kreditwesen* (BAKred); para los mercados de valores mobiliarios, el *Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel* (BAWe); y para el sector de seguros, el *Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen* (BAV).

La inmunidad se presta a amplias críticas²⁴. Desde luego, es inconstitucional, por violación del art. 34 de la Ley Fundamental, y contraria al Derecho de

²⁰ Sentencia del BGH en el caso *Wetterstein*, publicada en el BGHZ 74, 1974, 144 a 162. Sentencia *Herstatt*, también del BGH, publicada en el BGHZ 75, 1975, 120 y ss.

²¹ NJW 1953, 585.

²² Publicada en la revista *Betriebsberater* 1957, 950.

²³ NJW 1972, 577. El BGH decidió aplicar la misma regla a la supervisión del sector asegurador, aunque este no fuera el objeto del pleito. Crítico, R. Scholz, «Versicherungsaufsicht und Amtshaftung», NJW 1972, 1217 a 1219. Sobre la supervisión en materia de seguros, véase, además, Hans-Jürgen Papier, «Wirtschaftsaufsicht und Staatshaftung», *Juristische Schulung* (1980), 265 y ss.; Körner, «Schutz des Publikums bei Verstößen gegen die Verbots- und Genehmigungsvorschriften des Kreditwesengesetzes», *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 1968, 127 y ss.; Gratias, *Staatshaftung* ..., 1999. Siguió a ésta la sentencia del OLG de Köln (Tribunal Superior de Justicia de Colonia) de 19 de septiembre de 1977, NJW de 1977, 2213.

²⁴ Papier, Comentario al § 839 *Münchener Kommentar*, 2013; Kümper, *Risikoverteilung*..., 66, con indicación bibliográfica.

la Unión Europea. En cuanto a este aspecto, se pronunció de forma incompleta el TJCE en la sentencia *Peter Paul*²⁵. En ese caso, los demandantes perdieron la totalidad de sus depósitos porque la autoridad falló en la supervisión del banco, que quebró. Además, Alemania no transpuso en plazo la Directiva de garantía de depósitos. El TJCE concluyó, no obstante, que no había violación del Derecho de la Unión. La sentencia no puede aplicarse analógicamente a todas las áreas de supervisión, ni siquiera a todas aquellas reguladas por el Derecho europeo. La sentencia se pronuncia de forma muy escueta, pero solo en lo relativo a si la Directiva crea o no un derecho subjetivo que permita la indemnización por el importe de los depósitos perdidos, consecuencia de las Directivas de supervisión bancaria vigentes²⁶. Según el TJCE, de conformidad con el Derecho comunitario invocado en el caso²⁷, no es obligatoria la indemnización «cuando está asegurada la indemnización de los depositantes» por un mínimo de 20.000 euros²⁸. E incluso con ese alcance restringido y cauteloso, las conclusiones de entonces ya no valen, a raíz de la sentencia *Kantarev* de 2018²⁹ y el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

Las condenas de 1974 y 1975 al pago de todo lo perdido son incorrectas³⁰. No puede obligarse al contribuyente a asumir las desproporcionadas pérdidas financieras causadas por el mal funcionamiento de la autoridad supervisora. La reacción del legislador ante esta situación fue hacer inmune al supervisor bancario en 1984.

Por lo demás, una inmunidad legal parecida está vigente en la supervisión general de la economía. El BGH, en su sentencia de 24 de enero de 1972, concluyó, en un caso de inspección pública de calderas, que «como

²⁵ Sentencia del TJCE *Peter Paul* de 12 de octubre de 2002 (C-222/02).

²⁶ El objeto del procedimiento era la interpretación de las Directivas 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, publicada en el Diario Oficial L35, 5; 77/780/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, relativa a la coordinación de las disposiciones legislativas, normativas y administrativas referentes al acceso a la actividad de los establecimientos de crédito y su ejercicio, publicada en el Diario Oficial L332, 30; 89/299/CEE del Consejo, de 17 de abril de 1989, relativa a los fondos propios de las instituciones de crédito, publicada en el Diario Oficial L124, 16; y 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legislativas, normativas y administrativas referentes al acceso a la actividad de las instituciones de crédito y su ejercicio, publicada en el Diario Oficial L386, 1.

²⁷ Directivas 94/19/CE, 77/780/CEE, 89/299/CEE y 89/646/CEE.

²⁸ Directiva 94/19/CE.

²⁹ Por Sentencia de 4 de octubre de 2018, en el caso *Nikolay Kantarev v. Balgarska Narodna Banka* (C-571/16) (CRUZ VILACA), el Tribunal de Justicia consideró que los Estados Miembros no pueden exigir un «carácter intencional del daño causado por la autoridad nacional» para que exista el deber de indemnizar. Nótese que la ley búlgara no iba tan lejos como va todavía la alemana o la austríaca en la exclusión de responsabilidad del supervisor financiero.

³⁰ Sentencia del BGH en el caso *Wetterstein*, publicada en el BGHZ 74, 1974, 144 a 162. Sentencia *Herstatt*, también del BGH, publicada en el BGHZ 75, 1975, 120 y ss.

norma general, la supervisión estatal de las entidades económicas privadas sólo sirve al interés público general y no suele establecer ninguna obligación oficial (*Amtspflicht*) hacia personas concretas»³¹. O sea, por ley se impidió la responsabilidad por la supervisión de actividades económicas³², por lo menos en lo que respecta a la responsabilidad pública (*Amtshaftung*). Asimismo, se rechazó también la reclamación de indemnización en la homologación para la comercialización de semillas con fines agrícolas, en la sentencia del BGH de 12 de junio de 1986³³. De este modo, en la práctica, la regla acaba siendo la inmunidad general para los organismos públicos alemanes en materia de supervisión, instaurada por ley estatal e inferida por consenso general de la doctrina, incluso por quien critica la inmunidad positiva.

El problema no es solo de las autoridades de supervisión de actividades económicas, sino del régimen de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas alemanas. Esta responsabilidad está sometida a una regulación caótica y casuística, patente en algunos raros esfuerzos de organización, como el de OSSENBUHL³⁴.

III. El Common Law

En el sistema anglosajón se justifica la inmunidad como una garantía de la discrecionalidad del supervisor, para evitar una avalancha de demandas contra el supervisor financiero, y porque su función es proteger el interés público, no el privado. El precedente judicial proviene de Hong Kong: *Yuen Kun Yeu v. Attorney General of Hong Kong*³⁵. Se entendió que no existía un *duty of care* cuando el caso afectaba al poder judicial o casi judicial³⁶. La

³¹ A propósito de la inspección por parte del TÜV de calderas de vapor. Se lee en la sentencia del BGH de 24 de enero de 1972, publicada en la BGHZ 58, 96 y ss.: «Die staatliche Aufsicht über private Wirtschaftseinheiten dient grundsätzlich nur dem allgemeinen öffentlichen Interesse und begründet regelmäßig keine Amtspflichten gegenüber bestimmte Personen», 98.

³² Kümper, *Risikoverteilung* ..., 2011, 64-66.

³³ Publicado en la revista *Versicherungsrecht* de 1986, 1100 y ss.

³⁴ Fritz Ossenbühl y Matthias Cornils, *Staatshaftungsrecht*, Beck, 2013. Stefen Detterbeck, Kay Windthorst y Hans-Dieter Sproll, *Staatshaftungsrecht* (München: Beck, 2000); Kümper, *Risikoverteilung* ... Para la responsabilidad por omisión, Moritz Funke, *Das Unterlassen im Staatshaftungsrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2024). Resulta que no hay muchos trabajos publicados sobre este tema, en comparación con la prolífica producción de la academia alemana sobre otros temas.

³⁵ *Yuen Kun Yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1988] AC 175, [1987] 3 WLR 776, [1987] 2 All ER 705. En aquellos momentos Hong Kong estaba todavía bajo control directo de Reino Unido.

³⁶ Lunney y Oliphant, *Tort Law – Text and Materials* (Oxford: OUP 2003), 128. Hazel McLean, «Negligent regulatory authorities and the duty of care», *OJLS* (1988), 442 y ss. Re-

misma postura se sostuvo en el caso *Three Rivers District Council v. Bank of England*³⁷, en el cual se desarrolló la noción de *bad faith* y se entendió que no había suficiente *proximity* entre el supervisor y los miembros de la comunidad en general que justificase la imposición de responsabilidad. Uno de los elementos que justificaría, en su caso, una divergencia en relación con el caso *Dorset Yacht Co v. Home Office*³⁸ —en el que menores tutelados por el Estado causaron daños a una embarcación— sería que el *Commissioner* financiero no tenía poderes para controlar las actividades diarias de los causantes del daño.

Desde 1987 está positivizada la inmunidad del supervisor financiero inglés³⁹ y, desde 1997, también la del supervisor irlandés⁴⁰, los cuales respon-

cuérdese la constante agitación en los diferentes mercados regulados por el *common law*, en los que se añade siempre el Derecho de origen legislativo de cada plaza. Un resumen crítico a la nueva normativa de la resolución de instituciones financieras en Hong Kong lo hace António da Roza, «The egg drop experiment – Hong Kong's Financial Institutions (Resolution Ordinance)», *Hong Kong Lawyer* (agosto 2017).

³⁷ En este caso se desestimó la pretensión indemnizatoria ejercitada por los clientes del BCCI porque no prosperó su alegación de *misfeasance in public office*, tal como pasó a ser definida en el propio caso: *Three Rivers District Council v. Bank of England* 3 [2001] 2 All ER 513, además de *Three Rivers District Council v. Bank of England* [2003] 2 AC. Más de 6000 depositantes del banco BCCI, con sede en Luxemburgo, demandaron al supervisor bancario inglés (el Banco de Inglaterra, *Bank of England*) por no haber revocado la licencia de operación del banco en el Reino Unido antes de que se consumara el fraude cometido por algunos de sus directivos. La *House of Lords* confirmó que bastaba el conocimiento por parte del agente de que estaba actuando ilícitamente, si podían saber también que sus acciones u omisiones podrían causar un daño a los depositantes. Los *Lords* tildaron a este particular estado de consciencia de *subjective recklessness*, 2, 185, 196, 223, 231, 236 y 247. No es suficiente una falta de escrúpulos (*recklessness*), llamada objetiva, en la que el agente actuaría sin antes confirmar si tiene los poderes correspondientes. Noel Cox, «Three Rivers District Council v The Bank of England: The collapse of BCCI and misfeasance in public office», doi:10.2139/SSRN-420027 (2003). Mads Andenas y Duncan Fairgrieve, «Misfeasance in public office, governmental liability and European influences», *International and Comparative Law Quarterly* 51, (2002), p. 757; Donal Nolan, «The Liability of Financial Supervisory Authorities», *Journal of European Tort Law*, 2, (2013), 205 y ss.

³⁸ *Dorset Yacht Co v. Home Office* [1970] AC 1004, [1970] 2 All ER 294.

³⁹ Fue prevista para el *Bank of England* en la *Banking Act* de 1987 (*chapter 22*) y se mantiene para la *Financial Service Authority* (FSA) en el *Schedule I, section 19 (3)* de la *Financial Services and Markets Act*, de 2001, quedando excluida la responsabilidad por actuación negligente, *section 244* de la *Banking Act* de 2009. En el mismo sentido apunta también la *Financial Services Act* de 1986 en el *chapter 60*. También la FSA goza de inmunidad legal, prevista en la *section 19 n 1* del Anexo de la *Financial Services and Markets Act* de 2000, salvo si el daño es el resultado de dolo o mala fe (*bad faith*).

⁴⁰ Según lo dispuesto en la *section 25 A* de la *Central Bank Act*: «A person to whom this section applies is not liable for damages for anything done or omitted in the performance or purported performance or exercise of any of its functions or powers, unless it is proved that the act or omission was in bad faith». Esta redacción fue introducida por la *Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act* (12/2003). La *Central Bank Act* es de 1942

den solo por *bad faith*. Aún así, en Reino Unido han surgido dudas después de la crisis financiera de 2008⁴¹. El supervisor irlandés recibió numerosas críticas sobre su actuación durante la crisis bancaria de 2008 porque conocía la fragilidad del sistema financiero y, pese a ello, no hizo nada⁴². Dicha fragilidad era causada, principalmente, por el mercado inmobiliario. Los inmuebles estaban sobrevalorados y los bancos excesivamente expuestos por préstamos concedidos a promotores inmobiliarios. El banco central conocía este hecho por lo menos desde 2005 y, sin embargo, no solo no intervino, sino que, además, en el informe de estabilidad financiera de noviembre de 2007 aseveraba la solidez de la banca y del mercado residencial, meses antes del colapso. El supervisor alegó en su defensa la falta de poderes y de medios humanos⁴³.

No obstante, fuera de los tribunales, existen acuerdos extrajudiciales, como en el *Barlow Clowes Affair*, en el que cerca de 18.000 inversores perdieron sus ahorros como consecuencia de la estafa que llevó al colapso de una empresa de inversión, autorizada por el *Department of Trade and Industry*. El informe del *ombudsman* concluyó que la empresa habría sido clausurada, casi con absoluta seguridad, si el supervisor hubiese cumplido con sus deberes. Los inversores recibieron cerca de 150 millones de libras esterlinas del gobierno. Pagos de esta naturaleza minimizan la injusticia de la inmunidad, pero su legalidad es muy cuestionable. ¿Si la Corona no debe pagar nada a nadie, por qué paga a unos sí y a otros no?

En Estados Unidos se subrayó también la necesaria discrecionalidad administrativa⁴⁴. En Canadá, el *tort of negligence* fue limitado en un caso de supervisión financiera, *Cooper v. Hobart*, con especial relevan-

(22/1942), habiendo sufrido numerosas alteraciones. Las más relevantes, a nuestros efectos, la *Central Bank Act* de 1997 (8/1997), la *Central Bank Reform Act* de 2010 (23/2010) y la *Central Bank Act* de 2014 (9/2014). Las *Sections* 33 AJ 2 y 33 AJ 1 de la *Central Bank Act* de 1942 reconocen solo actos u omisiones de *bad faith*. La misma disposición se aplica al Gobernador y a otros representantes y agentes, en los términos del n.º 1 del propio art. 33 AJ. Desde octubre de 2010 la supervisión financiera ha vuelto a estar concentrada en una única institución, el *Central Bank of Ireland*. La reforma fue aprobada por la *Central Bank Reform Act*, ley n 23/2010.

⁴¹ Roman Tomasic, «Beyond “Light touch” regulation of British banks after the Financial Crisis», en *The Future of Financial Regulation*, Ed. por Iain MacNeil y Justin O’Brian, (2010), 103-122.

⁴² Incluso el informe anual reflejaba errores. Entre las irregularidades de los bancos se destaca el caso del *Anglo Irish Bank*, particularmente flagrante.

⁴³ Otro motivo señalado fue la escisión en 2003 de la *Financial Services Authority of Ireland* del Banco Central.

⁴⁴ *United States v Gaubert*, 1991 [2001] 3 SCR, 537, 2001 SCC 79. La *Chevron doctrine* que dictaba la deferencia de los tribunales ante los expertos de las agencias gubernamentales fue recientemente revocada por *Loper Bright Enterprises v Raimondo* (2024), dando más poderes a los jueces para controlar decisiones de las autoridades.

cia para entidades públicas⁴⁵. Los inversores demandaron al supervisor sin éxito. Habían sido perjudicados por un mediador de crédito hipotecario inadecuado que empleó fondos para fines no permitidos. El *Registrar of Mortgage Brokers* estaba dotado de considerables poderes de supervisión continuada, concedidos por la *Mortgage Brokers Act*, que le permitían suspender o cancelar la inscripción del mediador e impedir la actividad de mediación financiera⁴⁶ en determinados casos. Los inversores alegaron que el supervisor tenía un deber de cuidado (*duty of care*), porque, si bien tenía conocimiento de las infracciones legales graves cometidas por el mediador *Eron* desde agosto de 1996, no suspendió su licencia hasta octubre de 1997. El tribunal, sin embargo, consideró para la absolución que los poderes del supervisor no incluyesen la obligación de controlar todas las actividades diarias del mediador⁴⁷, así como que tampoco se limitara el número de personas que podían hacer inversiones o depósitos a través de un mediador.

Desde esta sentencia, dejó de ser suficiente la previsibilidad del daño en Canadá en sede de responsabilidad civil por el *tort of negligence*. Pasó a exigirse una *proximity* especial, basada en la ley únicamente; la cual, en la mayoría de los casos, se considera inexistente. Se entendió que al supervisor únicamente se le podía exigir preservar el interés de todas las personas en general, como abstracción, y no exclusivamente el de algunos inversores particulares concretos, individualmente considerados. Porque, en teoría, el interés público y el interés del inversor privado podrían, potencialmente, llegar a colisionar y no ser conciliables⁴⁸. De este modo, ha sido poco común que se concluyera que existía *proximity* en los litigios que en Canadá siguieron al precedente judicial de *Cooper v. Hogart* de 2001⁴⁹.

⁴⁵ *Mary Francis Cooper v. Robert J. Hobart and Her Majesty the Queen in the right of the Province of British Columbia* [2001] 3 S. C. R. 537, 2001 SCC 79.

⁴⁶ *Mortgage Brokers Act* RSBC 1996, chapter 313.

⁴⁷ De la argumentación de La Forest se desprende que podría justificarse la existencia de un deber de indemnizar si, por el contrario, hubiese existido la autorización de una operación específica o si la infracción se hubiera producido durante una inspección concreta. *Kripps v. Touche Ross* (1992) 94 DLR (4), [1993] 2 SCR. El recurso fue desestimado.

⁴⁸ *Mary Francis Cooper v. Robert J. Hobart and Her Majesty the Queen in the right of the Province of British Columbia* [2001] 3 S. C. R. 537, 2001 SCC 79, 28, 557 [44], 28, 557 [44]. Lewis N. Klar, «The Tort Liability of Public Authorities: The Canadian Experience», en *Torts in Commercial Law*, ed. por Simone Degeling, James Edelman y James Goudkamp (2011), 256.

⁴⁹ En materia no financiera se exceptúan el caso *Adams v. Borrel* [2008] NBCA 62; (2008) 297 DLR (4) 400, en el que se discutían los perjuicios agrícolas causados por la investigación de un virus en la patata, y el caso *Sauer v. Canada* (2006) 36 CCTL (3) 296 (Ontario CA). En ambos se interpretó que había *proximity*.

Una sentencia de 2023 en Zimbabwe también absolvió al supervisor financiero que nada hizo ante la subcapitalización de un banco⁵⁰.

Tal como en Alemania y Austria, el problema en el common law no se ciñe exclusivamente al supervisor financiero. En Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda el legislador sabe desde hace mucho tiempo que la Corona goza de «una serie de anómalos e injustos privilegios e inmunidades», y que es necesaria una reforma legislativa. El obstáculo para hacer estos cambios es el importante impacto financiero que ello podría tener para el erario⁵¹. La tradición anglosajona tiende a ser celosa en la protección del fisco y en considerar la tradición francesa de responsabilidad patrimonial del Estado una mala gestión de recursos públicos.

IV. Supervisores Europeos

Tenemos hoy una delicada danza de poderes entre una vasta gama de autoridades, desplegada tanto en el tiempo como en el espacio. Aquí haré alusión especialmente al Banco Central Europeo (BCE), a la Junta Única de Resolución (JUR) y al Mecanismo Único de Resolución (MUR). Hay un incremento de impugnación judicial de las decisiones del BCE y del JUR. Muchas acciones, pero pocas condenas y poca transparencia.

Empecemos entonces por el BCE. Los errores y deficiencias de supervisión por parte de las autoridades nacionales durante la crisis bancaria de 2008, especialmente en Irlanda⁵², llevaron a que, desde 2014, el BCE asumiera directamente gran parte de la supervisión anteriormente confiada a los supervisores nacionales, principalmente la de los bancos de mayor dimensión⁵³.

⁵⁰ *AL Shams Global BVI Limited v Reserve Bank of Zimbabwe* (571 of 2023) [2023] ZWHHC 553 (20 de octubre 2023).

⁵¹ Law Commission for England and Wales, *Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Consultation Paper no 187* (2008) y la Law Commission for England and Wales, *Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Report no 322* (2010). Ontario Law Reform Commission, *Report on the liability of the Crown*, edición policopiada de *Ontario Government*, 1989, 1, 5 y 2. Public and Administrative Reform Committee (New Zealand), *Damages in Administrative Law*, 14 Informe, 1980, 40 y s.

⁵² Véase, además, el Reglamento (UE) 806/2014 del Parlamento y del Consejo de 15 de julio, relativo a la medida de resolución de instituciones de crédito (crea la Junta Única de Resolución y el Fondo Único de Resolución).

⁵³ Art. 127 TFUE y art. 25 de los Estatutos del BCE. Estos representan cerca de 85% del sector bancario de la Unión Europea. En portugués, Pedro Gonçalves, *Supervisão bancária pelo BCE – uma leitura jurídico-administrativa do mecanismo único de supervisão* (Coimbra: Almedina, 2015), 32 y ss., y sobre la articulación de poderes con las autoridades nacionales, 39 y ss.

Frente a las decisiones del BCE puede interponerse recurso ante el TJUE, sin necesidad de revisión previa⁵⁴. El BCE tiene personalidad jurídica, aprueba su propio presupuesto y difícilmente puede ser insolvente.

Las competencias de supervisión compartidas entre el BCE y las autoridades nacionales se dan en un complejo sistema de administración conjunta⁵⁵ e implican una responsabilidad en la medida de la respectiva imputación⁵⁶. Hay diversas demandas en esta materia⁵⁷. También aquí parece estar vigente el régimen de responsabilidad solidaria con el Estado miembro⁵⁸. No está claro si la responsabilidad del BCE es subsidiaria⁵⁹, pero ello no debe ser admisible, cuando la autoridad nacional no es responsable de conformidad con el Derecho del Estado miembro. No deben poder crearse desigualdades injustificadas: si el Banco de Portugal y el Banco de España

⁵⁴ En los términos del art. 24 11 del Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013 (MUS - Mecanismo Único de Supervisión).

⁵⁵ Elke Gurlit, «Handlungsformen der Finanzmarktaufsicht», *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 6 (2013), 864; Josef Ruthig, «Die EZB in der europäischen Bankenunion», *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 4 (2014), 472.

⁵⁶ Almhofer, *Die Haftung* ... 94, 285 y 296. Felix Kazimierski, *Rechtsschutz im Rahmen der Europäischen Bankenaufsicht*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2020) estudia la defensa de las instituciones de crédito y sociedades financieras, así como las limitaciones de competencia entre entidades nacionales y europeas. Acerca de las orientaciones dadas por el BCE a las autoridades nacionales, *ibidem*, 180 y ss. Konrad Vossen, *Rechtsschutz in der europäischen Bankenaufsicht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2020). Nótese que el BCE no tiene poderes para dar instrucciones demasiado detalladas a los bancos más pequeños. Andreas Witte, «Die Architektur des einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus und die Bedeutung administrativer Widerspruchsverfahren im europäischen Prozessrecht», *Europarecht*, 5, 2017, 35 y Klaus Lackhof, «How will the Single Supervisory Mechanism (SSM) function? A brief overview», *Journal of international Banking Law and Regulation*, 1, 2014, 17. Una responsabilidad por la confianza, por recomendaciones, requiere que estas sean determinadas, aptas para crear expectativas legítimas y que obedezcan a la legislación aplicable, de conformidad con la sentencia del TJUE en los asuntos T-347/03 y T-79/13.

⁵⁷ Sobre las autoridades nacionales existen los asuntos C-414/18, C-686/18; sobre la competencia de las autoridades nacionales, asunto C-255/18, sentencia de 14 de noviembre de 2019. La doctrina alemana parece rechazar la teoría del *dédoublement fonctionnel* para imputar al BCE los actos de las autoridades nacionales. Uwe Säuberlich, *Die außervertragliche Haftung im Gemeinschaftsrecht – Eine Untersuchung der Mehrpersonenverhältnisse*, (Berlin: Springer, 2005), 79 y ss.; Peter Aubin, *Die Haftung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten bei gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Verwaltungsakten*, (Baden-Baden: Nomos, 1982) 100 y ss.; Anna-Zoe Steiner, *Die außervertragliche Haftung der Europäischen Union nach Art. 340 Abs. 2 AEUV für rechtswidriges Verhalten*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), 134 y ss.

⁵⁸ Almhofer, *Die Haftung* ... 302. Sobre la impugnación de la decisión de inidoneidad, véase la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 20 de abril de 2021 (Asunto 10355), en la que se reiteró que la competencia había pasado a ser del BCE, según lo cual el TJUE era el tribunal competente.

⁵⁹ Almhofer, *Die Haftung* 410.

sí indemnizan, incluso por mera *faute du service*, y por ello el BCE nunca deberá pagar nada; entonces no deberían la BaFin alemana y la FMA austríaca ser siempre inmunes, incluso en caso de culpa grave, y como consecuencia de ello que sea el BCE quien lo pague todo. El Derecho de la Unión Europea no debe permitir a los Estados miembros dotar de inmunidad a sus autoridades nacionales y así afectar desigualmente un presupuesto común. Por ello, es sensata la propuesta de que el TJUE sea el tribunal competente para juzgar la responsabilidad civil de las autoridades europeas y también las nacionales⁶⁰.

La responsabilidad civil solidaria del BCE con el Estado miembro no es el régimen más adecuado. Cada uno debe responder solo por sus propias acciones. Así, el régimen debe ser proporcional a la cuota de contribución al total del daño causado, principalmente por falta de fundamentos suficientes de imputación del daño al BCE para una responsabilidad integral y solidaria.

No es muy aclaratoria la formulación escogida para consagrar la responsabilidad civil del BCE⁶¹, remitiéndose a los «principios generales comunes» en el art. 340 n.º 3 TFUE⁶². Esta regla para el BCE es formulada como una derogación del segundo párrafo⁶³: «No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo». Pero ahí también se prevé que «la Unión debe indemnizar, de acuerdo con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros»⁶⁴. Parece querer decir que la Unión responde en mayor medida que el BCE y que hay «principios generales comunes» para los supervisores financieros diferentes de los principios para la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. ¿Pero cuáles son esos «principios generales comunes» para los supervisores financieros? Hay diferencias significativas entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros⁶⁵.

⁶⁰ Danny Busch y Gerard McMeel, «Liability of Financial Supervisors and Resolution Authorities: Perspectives from Comparative and European Union Law», *European Business Law Review*, 34, 5 (2023), 725-780. Así resolvió también la *Corte di Cassazione* de 20 de abril de 2021 (Asunto 10355).

⁶¹ Raffaele D'Ambrosio, «The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism», *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale* 78 (2015), Almhofer, *Die Haftung* 364. Sobre la responsabilidad del BCE en materia de política monetaria, Irene Baur, *Die Haftung der EZB* (Berlin: Peter Lang, 2001).

⁶² Almhofer, *Die Haftung* 145 y ss. y 148 y ss. Los agentes del BCE gozan de inmunidad diplomática, *ibidem*, 150, pero no se justifica que no respondan frente a las instancias europeas, en los términos generales, *ibidem*, 153.

⁶³ Artículo 340 3 TFUE, antiguo artículo 288 TCE.

⁶⁴ Sobre los presupuestos de la responsabilidad al abrigo del art. 340 2 TFUE, Steiner, *Die außervertragliche* ... 33 y ss.

⁶⁵ Robert J. Dijkstra, «Liability of Financial Supervisory Authorities in the European Union», *Journal of European Tort Law* 3 (2012), 351-363.

Esta previsión legislativa refleja el difícil consenso europeo. No sería esperable que el legislador de la Unión Europea consiguiera proponer criterios de decisión en una materia en la que cada legislador nacional se enfrenta a retos que pueden parecer insalvables.

El art. 340 n.º 3 del Tratado carece de integración con base en el Derecho comparado europeo. ALMHOFER analiza los siguientes presupuestos de la responsabilidad del BCE: un perjuicio «suficientemente caracterizado» (*Brasserie du Pêcheur*) infligido por el BCE o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, infringiendo una norma que confiere derechos al particular, y el nexo de causalidad⁶⁶.

La pretensión de responsabilidad extracontractual contra el BCE prescribe a los cinco años contados desde el conocimiento del hecho lesivo por parte del afectado⁶⁷. Y el tribunal competente para juzgar la causa es el TJUE, de conformidad con el art. 268 TFUE. No se excluye la reparación *in natura*, si esta es posible⁶⁸. Se presupone la imputación orgánica, de acuerdo con la sentencia *Sayag*⁶⁹. En términos generales, se considera que la indemnización devenga intereses de demora del 8% anual, desde la sentencia condenatoria, con el correspondiente ajuste de la inflación⁷⁰.

Aún no se conoce ninguna condena, solamente sentencias absolutorias⁷¹, pero hay demandas de responsabilidad civil contra el BCE pendien-

⁶⁶ Sobre los presupuestos de la responsabilidad al abrigo del art. 340 2 TFUE, Steiner, *Die außervertragliche ...* 33 y ss.

⁶⁷ Art. 46 2 del Estatuto del TJUE. Sobre el inicio del plazo de prescripción, véase el Asunto C-145/83, *Adams v. Comisión*. El demandante fue detenido en 1974 por las autoridades suizas por haber aportado a la Comisión prueba de prácticas anticompetitivas de su entidad patronal. No sabía cómo las autoridades suizas habían descubierto que había sido suya la denuncia a las autoridades europeas. Así, alegó haber tenido conocimiento de los hechos constitutivos de la pretensión únicamente en 1980, cuando su abogado tuvo acceso a las informaciones en el ámbito del proceso penal en Suiza. Se consideró, sin embargo, que debería haber advertido a la Comisión de que cierto documento no podía ser revelado, porque permitía identificar al informante. La responsabilidad se redujo por ello a la mitad. Almhofer defiende la previsión de un límite máximo de la responsabilidad y que ésta sea restringida a casos graves y flagrantes, *idem*, 361, 391, 411 y 279.

⁶⁸ En el Asunto T-279/03 se negó indemnización por el uso del nombre «Galileo» para el programa espacial, a pesar de haber marca registrada en diversos países. Ossenbühl y Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 731.

⁶⁹ Asunto C-9/69. En este caso, se usó un vehículo privado para un traslado de servicio, sin imputación orgánica.

⁷⁰ Asuntos adjuntos T-79/96 y T-260/97. Y Asunto C-308/87.

⁷¹ Asunto T-321/17, en el cual se consideró manifiestamente inadmisibles las demandas de indemnización por omisión de intervención del BCE. Asunto T-768/17 fue confirmado en el recurso (C-251/19 P), a 2 de octubre 2019. En el Asunto T-22/16 la impugnación de la sentencia del BCE fue rechazada. Asunto T-523/17; *Asunto C-947/19 P*. En el Asunto T-451/18 se pidió indemnización a los accionistas del banco Achaiki Synetieristiki Trapeza por una supervisión deficiente entre 1999 y 2012, por parte del privado «Banco Nacional de Gre-

tes de resolución⁷², así como innumerables procedimientos de impugnación y recursos contra sus decisiones⁷³.

Para la materia de resolución bancaria, tenemos la Junta Única de Resolución (JUR) y el Mecanismo Único de Resolución (MUR). La responsabilidad extracontractual de la JUR, en teoría, está prevista también «de conformidad con los principios generales comunes a las legislaciones relativas a la responsabilidad de las autoridades públicas de los Estados miembros» (art. 87 n.º 3 del Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento y del Consejo de 15 de julio de 2014)⁷⁴. También se hallan pendientes reclamaciones de indemnización contra el MUR⁷⁵ y procesos de impugnación de deci-

cia», pero también del BCE, por no haber asegurado que el supervisor nacional cumpliera su función. El recurso T-613/17 de accionistas del Banco Popular contra el BCE y la JUR fue desestimado a 22 enero 2025 por ser «en parte manifiestamente inadmisibile y en parte manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno».

⁷² Asunto T-71/23. Relacionadas con la resolución del Banco Popular Español, decidida a 7 de junio de 2017, fueron iniciadas cerca de 100 acciones judiciales contra instancias europeas, entre las cuales están los pedidos de indemnización en los Asuntos T-528/19, T- 659/17 y T-457/22. Tenemos, además, el Asunto T-1192/23 (C/2024/1550), todavía pendiente.

⁷³ En los Asuntos T-712/15 y T-52/16 se pidió la anulación de medidas prudenciales. Además, se impugnaron decisiones del BCE en el Asunto T-451/18, juzgado improcedente a 25 de septiembre de 2019; en los Asuntos C-663/17P, C-665/17P, C-669/17 y T-698/16, T-247/16; T-730/19, (y T-732/19); T-797/19 R; C-576/18; (en el Asunto C-577/18 se desestimó por sentencia de 16 de junio de 2021 en los Asuntos adjuntos C-456/20 a C-458/20); en el Asunto C-578/18; en el Asunto T-15/18, *OCU v. BCE* y en el Asunto T-827/17 (ambos relacionados con la resolución del Banco Popular Español); en el Asunto T-442/18; en el Asunto T-150/18; en el Asunto T-203/18; en el Asunto T-345/18; en el Asunto T-351/18; en el Asunto T-584/18; en el Asunto T-564/18; en el Asunto T-576/18; en el Asunto T-301/19; en el Expediente T-330/19; en el Asunto T-501/19; en el Asunto T-502/19; en el Asunto T-552/19; y en el Asunto T-730/19. Los actores desistieron en el caso de omisión del BCE en la *Banca d'Italia*, Asunto T-641/17. Semejantes entre sí son los pedidos en los siguientes Asuntos: T-143/18 (en el cual la decisión del BCE fue anulada con respecto a la parte demandante, por sentencia de 9 de septiembre de 2020); T-144/18 (la decisión del BCE también fue anulada, por sentencia de 9 de septiembre de 2020); T-145/18 (una vez más, la decisión del BCE fue anulada, por sentencia de 9 de septiembre de 2020); Asunto T-146/18; T-149/18; T-577/18; T-578/18; T-678/18 (rechazado a 10 de julio de 2019); T-741/18, *ZZ v. BCE*; T-27/19; T-139/19 y T-275/19. Existe, además, el Asunto T-122/15, sobre la decisión del BCE de 5 de enero de 2015 que sometía a los *Landesbanken* alemanas a la supervisión del BCE, la cual, mientras tanto, ha sido alterada por ley. El Asunto T-745/16, *BPCE v. BCE*, abordó cuestiones similares a las de los Asuntos T-733/16, T-751/16, T-757/16, T-758/16, y T-768/16. Semejantes al Asunto T-133/16 son los expedientes T-134/16, T-135/16, y T-136/16.

⁷⁴ La competencia es del TJUE, en los términos de lo dispuesto en el art. 87 5 del mismo Reglamento.

⁷⁵ Asuntos T-483/17; T-498/17; T-499/17; T-585/17; T-659/17; T-662/17; T-663/17; T-670/17; T-675/17; T-679/17; T-680/17; T-686/17; T-688/17; T-689/17; T-690/17; T-707/17; T-731/17; T-314/18; T-315/18. Una hercúlea recopilación de Asuntos ha sido publicada por René Smits (Federico Della Negra) y Thomaz Braga de Arruda (2024) *The Ban-*

siones del MUR⁷⁶, en especial después de las decisiones relativas al Banco Popular. Hasta el momento, los pronunciamientos judiciales son absolutorios⁷⁷. En 2025 se publicaron 40 sentencias determinando que las acciones de 2017 contra la JUR por su resolución del Banco Popular deberían haber sido dirigidas contra la Comisión⁷⁸. Los demandantes, de forma comprensible, no se conforman con la condena de cargar con las costas. Es preferible que un ordenamiento clarifique las limitaciones objetivas de responsabilidad del supervisor que ganar en contra de las víctimas por agotamiento procesal. Descubrir inadmisibilidades «manifiestas» después de siete años de litigio es síntoma de comitología y falta de transparencia.

En materia de responsabilidad de los supervisores bancarios nacionales está prevista la acción de repetición de la autoridad nacional que haya pagado la indemnización contra la JUR⁷⁹.

Además, según se ha referido, el TJCE entendió en el caso *Peter Paul* que no se derivaba de las Directivas un derecho a ser indemnizado «cuando está asegurada la indemnización de los depositantes» de, al menos,

king Union and Union Courts: overview of cases as of 30 April 2025, <https://ebi-europa.eu/publications/eu-cases-or-jurisprudence/>.

⁷⁶ Asunto T-365/16 con sentencia de 28 noviembre de 2019; Asuntos T-365/16, T-420/17, T-413/18 y T-481/19; Asunto T-557/17, denegado a 24 de octubre de 2019; Asunto T-323/16, con sentencia de 28 noviembre de 2019; Asuntos T-377/16, T-645/16, T-809/16; T-732/19; T-323/16; T-376/16; T-377/16, T-645/16, T-809/16 y T-414/17; T-661/16; T-466/16 y T-478/19; T-14/17; T-42/17; T-411/17; T-400/19; T-494/17 y T-386/18; T-400/18; T-414/18; T-496/18; T-758/18; T-466/19; T-467/19; T-468/19; T-479/19; T-480/19; T-488/19; T-489/19. Relacionados con el ABLV Bank, AS y el ABLV Bank Luxembourg, S.A. encontramos los Expedientes T-280/18 y T-281/18, y los Expedientes T-282/18 y T-283/18.

⁷⁷ Asuntos T-557/17, T-498/19, T-473/17, T-515/17, T-521/17, T-522/17, T-526/17, T-527/17, T-529/17, T-530/17, T-535/17, T-538/17, T-544/17, T-545/17, T-554/17 (Asunto T-257/20, con pedido de indemnización de 317.072,00 Euros y de 11.977,00 Euros para cada demandante, respectivamente, ya había sido denegado y confirmado en recurso, C-27/21), T-566/17, T-592/17, T-597/17, T-618/17, T-619/17, T-623/17, T-642/17, T-653/17, T-669/17, T-693/17.

⁷⁸ Diario Oficial, serie C, de 7, 14 y 22 de abril 2025.

⁷⁹ Afirma el art. 87.4 del Reglamento (UE) 806/2014 del Parlamento y del Consejo de 15 de julio de 2014: «La Junta compensará a toda autoridad nacional de resolución por los daños y perjuicios que le haya ordenado pagar un órgano jurisdiccional nacional, o que, en concertación con la Junta, se haya comprometido a pagar en aplicación de un acuerdo amistoso, que sean consecuencia de un acto u omisión cometido por dicha autoridad nacional de resolución en el transcurso de cualquier resolución, emprendida en virtud del presente Reglamento, de entes y grupos contemplados en el art. 7, apartado 2, y de entes y grupos contemplados en el art. 7, apartado 4, letra b), y apartado 5, si se cumplen las condiciones para la aplicación de dichos apartados, o en virtud del art. 7, apartado 3, párrafo segundo. Dicha obligación no se aplicará cuando dicho acto u omisión constituya una infracción del presente Reglamento, de otra disposición del Derecho de la Unión, de una decisión de la Junta, del Consejo o de la Comisión, cometida dolosamente o por un error grave y manifiesto de apreciación».

20.000 euros. Se consideró que no existía responsabilidad civil subsidiaria en relación con la garantía de depósitos⁸⁰.

En Alemania, surgió la tesis de que los derechos subjetivos conferidos directamente por el Derecho de la Unión imponen una tutela delictual por parte del Derecho privado alemán⁸¹. En este sentido, afuera de Alemania, surgió la sentencia *Kantarev*, en el juicio que enfrentaba a un depositante con el banco central búlgaro. Se consideró que las leyes nacionales no deben poder añadir la insolvencia del banco como requisito a la garantía de depósitos. Y, más importante todavía, se decidió que entre los presupuestos de la indemnización no debe hallarse el «carácter intencional del perjuicio causado por la autoridad nacional»⁸². Este último aspecto será relevante para acometer reformas en varios ordenamientos jurídicos nacionales, principalmente en Alemania y Austria, donde la inmunidad sigue todavía prevista en la ley de manera expresa; pero también en la mayoría de los ordenamientos, que exigen *faute lourde* o *dol*, como Francia, Irlanda, Bélgica, Luxemburgo, Chipre, Estonia y Bulgaria. No obstante, la inmunidad del supervisor financiero aún es la excepción y la responsabilidad, la regla⁸³.

⁸⁰ *Peter Paul*, sentencia TJUE de 12 de octubre de 2004, Asunto C-222/02. Se concedió la licencia al banco BVH Bank, a pesar de no haberse adherido a los sistemas de garantía de los depositantes previsto en la Directiva 94/19/CE, DOCE L35, de 31 de mayo de 1994, 5-14; de la Directiva 77/780/CEE del Consejo de 12 de diciembre de 1977, referente a la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de los establecimientos de crédito y al ejercicio de la actividad, DOCE L332, 30, de la Directiva 89/299/CEE del Consejo de 17 de abril de 1989 relativa a los fondos propios de las instituciones de crédito, DOCE L124, 16; y de la Directiva 89/646/CEE del Consejo de 15 de diciembre de 1989 relativa a la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las instituciones de crédito y su ejercicio, DOCE L386, 1. El Tribunal de Justicia consideró que no derivaba de la Directiva 94/19/CE un derecho subjetivo para el particular. Esta conclusión puede ya no ser válida hoy. Almhofer, *Die Haftung* ... 348. Si la protección de la propiedad prohíbe una limitación de la responsabilidad o no, Almhofer concluye negativamente, *ibidem*, 374.

⁸¹ Badenhop defiende que en Alemania el Derecho societario y la interpretación comercial siguen al Derecho de la Unión Europea, más allá de la responsabilidad aquiliana, *Euro-päische*.... El autor da especial relevancia al hecho de que el Derecho de la Unión tutele intereses individuales, lo cual no sería una gran novedad, si no fuera por la redacción escogida en el § 4 IV del FinDAG de 2002 para prever la inmunidad del supervisor alemán.

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2018 en el caso *Nikolay Kantarev v. Balgarska Narodna Banka*, Asunto C-571/16 (CRUZ VILAÇA).

⁸³ Dijkstra, *Liability* ... 351-363; Phoebus Athanassiou, «Financial sector supervisors' accountability – A European perspective», *Legal Working Paper Series* 12, BCE, (agosto 2011); *idem*, *Bank Supervisor's Liability: a European Perspective*, *Yearbook of European Law* 1 (2011), 216 y ss.; y Mads Andenas y Duncan Fairgrieve, «To supervise or to compensate? A comparative study of State Liability for negligent bank supervision» (2000), 343 y ss.; Böhme, *Staatshaftung* ... 108 y ss.; D'Ambrosio, *The ECB* ... 25 y ss.; Nolan, *The Liability* ... 198 y ss.; Michael Tison, «Do not attack the watchdog! Banking supervisor's liability

No obstante, ¿cómo explicar que no haya condenas del Banco de Portugal, por ejemplo, cuando el Derecho portugués sí prevé expresamente la responsabilidad civil plena del supervisor luso? No faltan quiebras de bancos portugueses con ocasión de la crisis de 2008⁸⁴ y no faltan críticas a las autoridades de supervisión. En las pocas demandas conocidas, el Banco de Portugal y la CMVM se escudan, de forma discreta pero eficaz, en defensas procesales, tales como que la competencia para la resolución de estos pleitos es de los tribunales administrativos, no de los civiles⁸⁵. No tiene sentido que, en caso de daños por una compleja quiebra bancaria, el banco privado sea demandado por la víctima en un procedimiento ante un tribunal civil y que, simultáneamente, la autoridad deba ser juzgada en otro procedimiento ante otro tribunal, administrativo. Los demandantes profesionales, más especializados y adinerados, que podrían demandar en juicio al supervisor son los bancos y otros operadores financieros. Pero al igual que no conviene al enfermo agraviar al médico, no conviene a los supervisados enemistarse con quien ejerce poderes discrecionales⁸⁶.

En tema de valores mobiliarios, la responsabilidad de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) también se rige por «los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros»⁸⁷.

V. Propuesta de distinción de dos paradigmas

Para resolver mejor estos problemas se propone empezar por la identificación de dos casos típicos de la responsabilidad de las entidades de supervisión.

El primero es la omisión de prevención de daño, el caso más representativo. Aquí hacemos referencia a aquellos casos en los que alguien daña a otro y la autoridad supervisora no lo evita. En este caso, la responsabilidad estaría justificada por el fallo en el ejercicio de las facultades de vigilancia, o de intervención para evitar el resultado perjudicial o el empeoramiento de

after Peter Paul», *Common Market Law Review* 42 (2005), 645 y ss.; Almhofer, *Die Haftung* ... 378, Ewa Baginska, «Liability in Tort of Financial Supervisory Authorities – a comparative analysis», *Studia Iuridica Toruniensia* XIII (2018), 11-30.

⁸⁴ Como el BPP (Banco Privado Português), BPN (Banco Português de Negócios), Banif (Banco Internacional do Funchal) y BES (Banco Espírito Santo) en 2014.

⁸⁵ Sentencia del *Tribunal dos Conflitos*, 30 de mayo 2019 (Proceso 09/19, Ribeiro Cardoso).

⁸⁶ Heitzer, *Messing* ..., 349-358.

⁸⁷ Art. 69 del Reglamento (EU) 1095/2010 del Parlamento y del Consejo de 24 de noviembre que crea la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados). La competencia es del TJUE.

sus efectos. Ahora bien, la responsabilidad no debe ser plena, porque no se debe castigar al guardián (la autoridad) del mismo modo que al causante del daño (el banco que se lucra).

El supervisor no debe responder íntegramente por riesgos que no creó⁸⁸, cuando se trate de omisión de prevención, sino sólo parcialmente y en caso de grave incumplimiento de sus propias obligaciones. Quien se beneficia con la actividad perjudicial es el tercero causante del daño (el perjudicador privado); quien se beneficia con la existencia de la supervisión es la potencial víctima (el perjudicado privado). La supervisión no será siempre perfecta y ese riesgo debe ser soportado por los propios damnificados, como parte del riesgo general de la vida, que sería íntegramente asumido por los perjudicados si el supervisor no existiese. Este, por el contrario, mitiga los peligros, pero no los elimina. En casos extremos, el supervisor debe responder por un porcentaje mínimo del valor del daño, correspondiente a la pérdida de oportunidad que verdaderamente le sea imputable, fijada equitativamente. Además, debe ser proporcional a la gravedad de la conducta. El valor puede ser superior, por consideraciones de prevención, cuando se pueda temer un riesgo de conspiración con el supervisado y de enriquecimiento injusto de los infractores. No obstante, el porcentaje a indemnizar también puede ser inferior, en caso de manifiesta desproporción. Las obligaciones del supervisor son obligaciones de medios. No basta probar que debería haber intervenido; es necesario averiguar qué estuvo haciendo con los medios a su disposición en aquel momento. La solidaridad del supervisor con el causante del daño⁸⁹ sería insostenible, pues le falta un fundamento imputacional, sin el cual nadie debe responder por actos ajenos. La responsabilidad civil debe ser limitada al propio hecho y a la extensión de la imputación. Además, propongo que la competencia de los tribunales sea determinada por razón de quién es el causante principal del daño, que serán, habitualmente, las instituciones supervisadas privadas. Y si hay razones para aliviar el régimen de responsabilidad de la institución financiera, estas se extenderán *a fortiori* también a la entidad de supervisión.

⁸⁸ No creó ni controla. En una sentencia del BGH alemán de 2005, se hace referencia al hecho de que el supervisor no puede controlar ni prevenir todos los riesgos. La expresión *Beherrschbarkeit* —capacidad de control—, aunque el peligro sea previsible, es usada en la sentencia del BGH de 20 de enero de 2005, publicada en el BGHZ 162, 66. Jens-Hinrich Binder, *Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht gegenüber Bankeinlegern? Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 38 (2005), 1781 y ss.; von Danwitz, «Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.1.2005», *Juristenzeitung* 14, (2005), 724 y ss.; Heinz-Christian Hafke, «Zur Haftung der Bankenaufsicht nach EG-Recht», *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, 58, 8 (2005), 409 y ss.; Ulrich Häde, «Keine Staatshaftung für mangelhafte Bankenaufsicht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2005), 39 y ss.

⁸⁹ Sugerida por Almhöfer, *Die Haftung* 305.

Existiendo dos o más responsables por omisión, la responsabilidad entre ellos debe ser dividida proporcionalmente. De este modo, si un policía asiste inmóvil a un atraco y debe indemnizar entre el 10% y el 30% del perjuicio final, por ejemplo, entonces, si fueran dos policías omitiendo el mismo deber de intervenir, en igualdad de circunstancias, cada uno debería indemnizar entre 5% y 15% del mismo perjuicio.

El segundo paradigma, el peligro del poder, abarca los daños colaterales de la existencia del supervisor. Un mayor poder conlleva una mayor responsabilidad. Aquí puede no haber una actuación dañina de terceros, ni un caso fortuito, sino que es el funcionamiento propio del supervisor el que, inadvertidamente, ocasiona daños. Estos deben ser indemnizados cuando sean especiales y anormales. La inevitable falibilidad del poder no debe ser externalizada a expensas de terceros inocentes, incluso cuando la autoridad supervisora haya sido diligente y su conducta se haya ajustado a la más estricta legalidad. La responsabilidad en un Estado de Derecho en estos casos es plena, se asienta en el peligro, en el sacrificio, en la prohibición de incautación e igualdad de distribución de las cargas públicas, al igual que con la expropiación. Puede sobrevenir de una injerencia dolosa, de una omisión negligente, del sacrificio especial impuesto o del funcionamiento anormal de los servicios, con o sin abuso de poderes.

Dentro de este paradigma hay que hacer distinciones. Hay inconvenientes menores que se espera que todos soporten. Son propios y lícitos, derivados del normal ejercicio de las funciones. Incluso el exceso de celo o prudencia no da lugar a compensación. No hay responsabilidad por los daños normales causados por el supervisor cuando son exigibles por la consecución de un interés superior, como la obligatoriedad de auditorías periódicas o la exigencia de cualificación profesional para el desempeño de ciertas funciones. Es frecuente afirmar que es inherente a la autoridad imponerse. Hay que defender a los supervisores contra el *outcome bias*, los litigios vengativos, especulativos y castrantes. No se puede exigir que el supervisor actúe siempre con los más altos niveles de infalibilidad y eficacia. Y no se pueden confundir decisiones legítimas, cuyos efectos deben ser soportados por sus destinatarios, con aquellas otras que sean arbitrarias o discriminatorias. El riesgo de daño por el ejercicio normal de las funciones de supervisión debe ser asumido por todos. La responsabilidad del legislador surgió en Portugal con el niño que falleció ahogado en el Aquaparque por falta de medidas legislativas de seguridad exigibles a este tipo de instalaciones. El legislador sabía que existía el peligro y sabía que sencillas normas de seguridad podían evitar lo peor, pero no hizo nada. No se puede exigir una indemnización por gastos normales, como el coste de las medidas de seguridad para los parques acuáticos supervisados que la ley después tornó obligatorias.

Pero sí se puede exigir compensación por daños «anormales», como es la muerte de un niño⁹⁰.

También hay que tener en cuenta que no todas las pérdidas son fácilmente cuantificables. Si en un anuncio público de resolución bancaria, por ejemplo, la autoridad yerra en el nombre del banco insolvente, será normal que un momento intenso de volatilidad sea repuesto rápidamente con la corrección del anuncio y sea difícil de determinar una causalidad directa con todos los daños⁹¹. La analogía con el Estado que encarcela a un inocente que tiene el mismo nombre que el delincuente es clara, pero resulta más difícil determinar el valor exacto del daño. En materia financiera hay una dificultad añadida: diferenciar pérdidas que sean relevantes para el Derecho de daños. Si un depósito representa un derecho subjetivo cierto, la desvaloración de un valor mobiliario frecuentemente es un riesgo inherente a la inversión y refleja el hecho de que había gente que tenía la creencia de que las acciones valían más de lo que valían en realidad. El CEO de Wirecard tenía el 8% de las acciones de la empresa fraudulenta y alegó ser víctima por haber perdido lo que se pensaba que era su fortuna. Este argumento de decir que la fortuna no era real, sin embargo, no debe prosperar siempre. No justifica una inmunidad en todas las materias de valores mobiliarios.

Estos dos paradigmas, de omisión de prevención y de peligro del poder, pueden superponerse al ejercicio de la función administrativa, legislativa y judicial. Con cualquiera de estos actos se pueden causar daños a otros. La distinción señalada por MONTESQUIEU entre los tres poderes surge para otros efectos⁹², no para ayudar a dirimir problemas de responsabilidad civil. Para estos valen las ponderaciones de HAND⁹³ y WILBURG⁹⁴ para el *ius imperii*, que así determinan la responsabilidad por el ejercicio del poder legislativo y judicial.

En la omisión de prevención, el supervisor no tiene «culpa» de la dimensión de los peligros que tiene que regular y minimizar, tal como el juez no

⁹⁰ Art. 15 n.º 1 de la Lei n.º 67/2007, 31 diciembre: «O Estado e as regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos *anormais* causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função político-legislativa, pratiquem, em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado». El n.º 4 del mismo artículo prevé la limitación cuando sean demasiados lesionados «por razões de interesse público de excepcional relevo». Rui Medeiros, «Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLI, (2000), 299-393.

⁹¹ Tardar en corregir el anuncio es por sí mismo una segunda infracción de deberes aquilianos.

⁹² Charles-Louis de Secondat, barón de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, (Paris: Société Les Belles Lettres, 1950).

⁹³ El asunto *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947) se volvió influyente por lo que ahora es conocida como la regla de Hand, propuesta por el Juez Billings Learned Hand en el 9 de enero de 1947.

⁹⁴ Walter Wilburg, *Elemente des Schadensrechts*, (Marburg: Elwert, 1941), 187, 283.

tiene «culpa» del tamaño de los problemas que llegan a su tribunal; ni el legislador de la amplitud de materias que debe regular. Los legisladores y jueces no deben ser irresponsables, pero el riesgo no se les debe imputar íntegramente.

La autoridad supervisora puede también ejercer funciones para-judiciales, cuando impone sanciones o ha de dirimir diferencias entre terceros, en una posición de imparcialidad y equidistancia. Como regla general, el juzgador previene daños ajenos o repone la justicia. Se impone defenderlo de las partes que no se conforman con el rechazo.

Frecuentemente, el supervisor es también regulador y la diferencia entre supervisión y regulación es gradual y polar. Una sucesión de decisiones individuales y concretas es fuente de *case law* y orienta comportamientos de forma general y abstracta, como formante del Derecho (Sacco). Así, no hay que diferenciar entre supervisor y regulador en el derecho de daños.

VI. Wirecard como ejemplo de solución propuesta

Para la responsabilidad civil de las entidades de fiscalización, se propone distinguir el incumplimiento que resulta en daños causados por otros y que el supervisor no previno, por un lado, y, por otro, la causación directa por el supervisor de pérdidas colaterales. Vale la pena ilustrar la distinción con el ejemplo de BaFin y Wirecard, basado en las informaciones conocidas hasta ahora.

En 10 de enero 2024 el BGH alemán (III ZR 57/23) desestimó la pretensión de indemnización de los inversores contra la BaFin, cuando la solución más adecuada sería considerar lo siguiente:

En primer lugar, que los principales responsables por todos los daños son los administradores de Wirecard, de forma solidaria entre ellos. Si Markus Braun no sabía lo que hacía Jan Marsalek, tenía el deber de saberlo o hacer indagaciones para conocerlo⁹⁵. En cuanto a los miembros del *Aufsichtsrat*, consejo de supervisión interno de Wirecard, su responsabilidad será menor, como encargados de la vigilancia⁹⁶. Aparte de la responsabilidad aquiliana de estos agentes, hay concurso de otros fundamentos como error, dolo y fraude.

En segundo lugar, hay que averiguar si los intermediarios financieros actuaron correctamente y si se informó a los inversores de los riesgos⁹⁷. La

⁹⁵ §76 y § 93 *Aktiengesetz*, ley de las sociedades anónimas.

⁹⁶ §111 *Aktiengesetz*.

⁹⁷ En Italia, los intermediarios fueron absueltos porque se habían basado en la certificación emitida por el supervisor, la Consob. En cambio, se confirmó la responsabilidad extracontractual íntegra de la Consob debido a su omisión en la supervisión de los prospectos informativos. La Consob no fue condenada directamente en la sentencia que condenó a sus funcionarios, solo porque ya había alcanzado un acuerdo transaccional con los inversores (Corte di Cassazione, 17

causa del daño es la compra y venta de acciones sin valor, que invalida el contrato por error (§119 BGB). De este modo, los afectados podrían desvincularse del contrato y recuperar parte de lo que invirtieron. El impacto desestabilizador es mitigado por el breve plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad, que en Alemania debe ejercitarse «inmediatamente» y, en ningún caso, después de transcurridos diez años desde la emisión de la declaración de voluntad impugnada (§ 121 BGB). Hay que tener en cuenta que el inversor, al contrario que el depositante, no tiene un derecho subjetivo absoluto al patrimonio putativo: lo que se creía tener no se corresponde con la realidad.

Asimismo, y en tercer lugar, hay que considerar la responsabilidad que en gran medida deben asumir responsabilidad los auditores privados, sobre todo E&Y, cuyo trabajo es, precisamente, prevenir estos perjuicios, y son remunerados por ello. Su responsabilidad contractual por incumplimiento debería ser solidaria con los administradores de Wirecard, por claro peligro de colusión. Pero su responsabilidad no será íntegra (tal vez 80%), porque omitir la prevención de daños es diferente a infligirlos directamente y huir con el producto del delito. A su vez, los auditores son supervisados en Alemania por la APAS, la WPK y *peer reviewers*. Será justo que estos supervisores sean también conjuntamente responsables subsidiarios de 20% del 80% correspondiente a la responsabilidad del auditor privado.

En cuarto lugar, la BaFin debe garantizar subsidiariamente a todos estos responsables cerca del 10% de los daños que debería haber evitado. BaFin desempeña un papel importante de prevención en estos casos, pero no es el único responsable. Tampoco es el beneficiario de la supervisión.

Por último, juzgar todos estos actos en el mismo proceso contribuiría a una mayor eficiencia y justicia práctica de las decisiones.

Muy diferente es el segundo paradigma de responsabilidad del supervisor, el peligro del poder. La BaFin acosó a los periodistas que denunciaron las irregularidades y por ello debería pagar la totalidad de los gastos incurridos y daños causados.

Con esta propuesta, se evitan las inmunidades históricas injustificadas, por un lado, e indemnizaciones excesivas, por el otro.

Hay que identificar criterios de imputación objetiva de los daños, como la previsibilidad del daño, el *cheapest-cost avoider*, la certeza y gravedad del daño, el beneficio retirado (*ubi commodum ibi incommodum*), los medios disponibles y la remuneración recibida por el cumplimiento del deber, entre otros. Por esta vía se asegurará una mayor proporcionalidad entre la acción

noviembre 2016, n. 23418, Foro Italiano 2016, I, c. 3771). La decisión más adecuada habría sido establecer una responsabilidad proporcional, en un rango del 10% al 30%, y no una responsabilidad total.

u omisión del supervisor y la indemnización que, hipotéticamente, puede ser inferior a 1% de las pérdidas sufridas, según las circunstancias. El supervisor tiene como uno de sus objetivos la protección de los clientes de servicios financieros, pero no es el garante de los bancos. Los bancos se benefician con su actividad y no comparten sus ganancias con el supervisor.

VII. Conclusiones

Primera. Hay que preservar la independencia y discrecionalidad del supervisor, reconociendo también sus inevitables limitaciones. Por ejemplo, si hay que alejar el administrador de un banco, la decisión no debe ser tratada tanto como un despido injustificado por parte del supervisor, sino más bien como una medida prudente de protección del sistema financiero en general.

Segunda. Sin embargo, la inmunidad ciega del supervisor financiero es insostenible en un Estado de Derecho e ilegal en el Derecho europeo. De hecho, para las autoridades nacionales, el Tribunal de Justicia decidió en 2018 que el Estado miembro no puede exigir el «carácter intencional del perjuicio causado por la autoridad nacional» para que haya deber de indemnizar (*Kantarev*). El régimen de irresponsabilidad del supervisor búlgaro ni siquiera iba tan lejos como va el alemán o el austríaco actualmente.

Tercera. El BCE pasó a supervisar directamente la mayor parte del sector bancario y es menos responsable que la Unión (art. 340, 2.º y 3.º TFUE). Además, su responsabilidad prescribe en el plazo de cinco años. La responsabilidad de las instituciones de la Unión, en general, sigue la fórmula *Schöppenstedt*: se exige una violación «suficientemente caracterizada» de una norma con valor reforzado que sirva una protección individualizada, lo cual viene siendo interpretado de forma restrictiva.

Cuarta. Se propone diferenciar dos paradigmas de responsabilidad:

El primer paradigma es la omisión de no prevenir los daños sufridos por los inversores, cuando el supervisor infringe su deber de vigilancia. Esta responsabilidad debe ser parcial, limitada al incumplimiento de sus obligaciones y proporcional a dicho incumplimiento.

El segundo paradigma es la actuación del supervisor que causa directamente daños al perjudicado, como consecuencia no intencionada de su actividad. En este caso, la responsabilidad debe ser íntegra.

Quinta. Entre los criterios de imputación están la previsibilidad del daño, el *cheapest avoider*, la gravedad y certeza del daño, los beneficios obtenidos por las partes involucradas, la causalidad, la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la proporcionalidad de la responsabilidad.

Sobre la autora

Isabel Mousinho de Figueiredo es licenciada en Derecho, Máster en Ciencias Jurídicas y se doctoró en 2020, por la Universidad de Lisboa. Abogada en Portugal y jurista con una dilatada experiencia internacional. Es Profesora Asistente en la Universidad de Macao, China, impartiendo clases de Derecho Privado y Comparado, en el programa de licenciatura y en el Programa de Doctorado. Además, es Coordinadora para la Cooperación Académica. Autora de varias obras sobre derecho contractual, responsabilidad civil y derecho comparado, que incluyen un libro, diversos artículos en revistas especializadas y ponencias.

About the author

Isabel Mousinho de Figueiredo holds a Law degree, a Master and PhD from the University of Lisbon. Admitted to the bar in Portugal, she is a lawyer with extensive international experience. Assistant Professor in Macau, China, she teaches Private Law and Comparative Law both in the bachelor and the PhD programmes. Coordinator for Academic Cooperation. She is also author of several pieces on Contract Law, Tort and Comparative Law, including a book on liability and Journal articles.

Jurisprudencia

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Primer semestre de 2025

Case Law Review of the Court of Justice of the European Union

David Ordóñez Solís

Magistrado y miembro de la Red de Especialistas en Derecho
de la Unión Europea (REDUE) del Consejo General del Poder Judicial (España)

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.3354>

Publicado en línea: octubre de 2025

Sumario: I. Introducción.—II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea. 1. El estatuto de los jueces en la Unión Europea: independencia, inamovilidad, imparcialidad e integridad. 2. La armonización de las legislaciones penales y la Carta. 3. Los exámenes de los solicitantes de asilo y los delitos de los adultos acompañados por menores bajo su custodia. 4. Los límites tributarios a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y el programa Erasmus+. 5. La acción por daños en el Derecho de la competencia. 6. Las ayudas de Estado: exenciones tributarias y recuperación de ayudas. 7. La contratación pública: las especificaciones técnicas y la adjudicación directa. 8. La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: la cultura del pago sin demora. 9. La protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas. 10. La gestión compartida de los fondos europeos 11. El espacio ferroviario europeo.—III. Segunda parte. La jurisprudencia europea provocada desde España y sus efectos. 1. La Fiscalía Europea y la armonización de legislaciones penales en España. 2. Las discriminaciones en materia de seguridad social. 3. Los límites a la exoneración de deudas de personas físicas. 4. La protección de los consumidores a la luz del Derecho de la Unión.—IV. Relación de las sentencias comentadas.

Resumen: Esta *Crónica* analiza poco más del 10% de sentencias dictadas en el primer semestre de 2025 por el Tribunal de Justicia pero pretende ofrecer algunos aspectos novedosos y sobresalientes de la jurisprudencia europea. En la primera parte de la *Crónica* sobresale el esfuerzo del Tribunal de Justicia por configurar un estatuto europeo del juez que reposa en principios como la independencia económica, la inamovilidad, la imparcialidad y la integridad. Asimismo, el espacio de libertad, seguridad y justicia está permitiendo nuevos desarrollos en la interpretación de la armonización de las legislaciones penales y de la Carta en cuestiones tan relevantes como la asistencia jurídica de las personas vulnerables o los límites que impone el sentido común a la armonización de infracciones penales como las que

puedan cometer los solicitantes de asilo acompañados por menores bajo su custodia. Las demás sentencias se refieren a ámbitos tradicionales como el Derecho de la competencia (acciones por daños, las ayudas de Estado en forma de exenciones fiscales), la contratación pública, la cultura del pago sin demora, la protección de los consumidores, la gestión compartida de los fondos europeos y las peculiaridades del espacio ferroviario europeo. La segunda parte de la *Crónica* examina con más exhaustividad las prejudiciales procedentes de tribunales españoles y que permiten aclarar el control jurisdiccional de la Fiscalía Europea, las discriminaciones por razón del sexo en materia de seguridad social (el cálculo de la pensión por accidente cuando hay reducción de la jornada y la brecha de género de los padres varones), los límites a la exoneración de deudas de personas físicas y la protección de los consumidores, bien mediante la legitimación de asociaciones bien frente a cláusulas abusivas.

Palabras clave: Jurisprudencia, Derecho de la Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Derecho español, Cuestión prejudicial europea.

Abstract: *This Chronicle analyses just over 10% of judgments delivered in the first half of 2025 by the Court of Justice but aims to offer some novel and salient aspects of European case law. The first part of the Chronicle highlights the efforts of the Court of Justice to establish a European statute for judges based on principles such as economic independence, irremovability, impartiality and integrity. In addition, the area of freedom, security and justice is allowing new developments in the interpretation of the harmonisation of criminal legislation and the Charter on such relevant issues as the legal assistance of vulnerable persons or the limits imposed by common sense on the harmonisation of criminal offences such as those committed by asylum seekers accompanied by minors in their custody. The other judgments concern traditional areas such as competition law (actions for damages, State aid in the form of tax exemptions), public procurement, the culture of prompt payment, consumer protection, the shared management of European funds and the specificities of the European railway area. The second part of the Chronicle examines more fully the references for a preliminary ruling from Spanish courts, which make it possible to clarify the judicial review by the European Public Prosecutor's Office, discrimination on grounds of sex in matters of social security (the calculation of the accident pension when there is a reduction in the working time and the gender gap of male parents), the limits on the discharge of debts of natural persons and the protection of consumers either through the legitimization of associations or against unfair terms.*

Keywords: Case-law, European Union law, Court of Justice of the European Union, Spanish law, Question referred for a preliminary ruling.

I. Introducción

La integración económica y política en Europa se ha desarrollado durante largo tiempo: el 9 de mayo de 2025 celebramos el LXXV aniversario de la Declaración de Schuman y el 12 de junio de este año se cumplieron los 40 años de la firma del Tratado de Adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas.

Por esa razón el Derecho de la Unión Europea tiene numerosas dimensiones que se han hecho cada vez más visibles en el devenir de la integración: el Derecho internacional era el espejo al que mirarse en los primeros años pero pronto hubo que importar o crear principios e instituciones del Derecho constitucional propio de una federación de Estados y no otra cosas son los principios del efecto directo, de la primacía y de la responsabilidad por violación del Derecho.

El mercado común europeo exigió un desarrollo del Derecho aduanero de la Unión, un Derecho europeo de la competencia... Los desarrollos burocráticos de la Unión han permitido que florezca un interesante Derecho de la Unión administrativo. Con el mercado interior europeo los desarrollos del Derecho de los consumidores han sido imparables. Y también el espacio de libertad, seguridad y justicia ha dado entrada al Derecho penal, al Derecho de asilo, etc.

Y para cerrar el círculo, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, desde su entrada en vigor al mismo tiempo que el Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, ha producido un desarrollo jurisprudencial inusitado en prácticamente todos los ámbitos a los que se extiende el Derecho de la Unión.

Pues bien, en los últimos años esta *Crónica* de la jurisprudencia cada vez resulta más modesta en sus pretensiones porque ya es imposible dar cuenta de la evolución multiforme que provoca el Tribunal de Justicia. Por eso, lo que pretende este cronista es que su dación de cuenta responda prácticamente al mismo momento en que se producen los acontecimientos y, aun cuando le falte perspectiva cual redivivo personaje stendhaliano en la batalla de Waterloo, le da una especial frescura a la elección para la primera parte de esta *Crónica* de las sentencias más relevantes planteadas desde o en relación con las instituciones de la Unión y otros Estados miembros; mientras que la segunda parte la *Crónica* pretende abordar con una mayor exhaustividad las sentencias europeas que tengan relación con España, en particular las cuestiones prejudiciales planteadas por sus tribunales.

II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea

Permítaseme presentar esta parte general de la *Crónica* aludiendo a dos aspectos relevantes y transversales: el alcance de la ciudadanía de la Unión,

como vínculo político más allá de cualquier consideración económica y los mecanismos sancionadores para obligar a cumplir el Derecho de la Unión.

La ciudadanía de la Unión no está en venta. En términos tan claros y especialmente afortunados se lo ha recordado el Tribunal de Justicia a Malta, que había adoptado un programa de captación de inversiones y adquisición de la nacionalidad por medios cuando menos poco ortodoxos.

La *sentencia Comisión / Malta (ciudadanía para inversores)*, C-181/23, define claramente la ciudadanía de la Unión y considera, en una síntesis muy acertada, que «la ciudadanía de la Unión es una de las principales concreciones de la solidaridad que subyace al proceso de integración [...] y que, por consiguiente, forma parte de la identidad de la Unión como ordenamiento jurídico propio aceptado por los Estados miembros sobre una base de reciprocidad» (apartado 93).

La denuncia de la Comisión Europea ante el Tribunal de Justicia ponía de manifiesto que el programa maltés de ciudadanía para inversores de 2014, que conllevaba «vender» la ciudadanía de la Unión, constituye una explotación del logro común que supone la ciudadanía de la Unión y vulnera el principio de cooperación leal.

El Tribunal de Justicia comprueba que Malta, en realidad, ha comercializado la concesión de su nacionalidad y, por extensión, del estatuto de ciudadano de la Unión. La sentencia declara el incumplimiento del Derecho de la Unión y el Tribunal de Justicia llega a una dolorosa constatación: «un Estado miembro incumple manifiestamente la exigencia de tal relación especial de solidaridad y de lealtad, caracterizada por la reciprocidad de derechos y deberes entre el Estado miembro y sus nacionales, y rompe así la confianza mutua en la que se basa la ciudadanía de la Unión, infringiendo el artículo 20 TFUE y el principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3, cuando establece y aplica un programa de naturalización basado en un procedimiento transaccional, entre ese mismo Estado miembro y las personas que presentan una solicitud en virtud de ese programa, al término del cual se concede esencialmente la nacionalidad de dicho Estado miembro y, por tanto, la condición de ciudadano de la Unión a cambio de pagos o de inversiones predeterminados» (apartado 99).

Las multas impuestas a Italia por incumplir la Directiva sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas resultan elocuentes de los instrumentos efectivos y disuasorios con que cuenta en este caso la Comisión Europea para que se cumpla el Derecho de la Unión.

La *sentencia Comisión / Italia*, C-515/23, impone a Italia una multa de diez millones de euros por no haber cumplido la sentencia de 10 de abril de 2014, *Comisión / Italia* (C-85/13, EU:C:2014:251), que, a su vez, había constatado el incumplimiento por Italia de la Directiva 91/271/CEE sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas en relación con las aglomera-

ciones urbanas de varias poblaciones de las regiones de Lombardía, Abruzzos, Friul-Venecia Julia, Las Marcas, Piamonte, Cerdeña, Sicilia, Valle de Aosta y Véneto; es decir, regiones tanto del norte como del sur de Italia.

Dado que las autoridades italianas se resistían al cumplimiento voluntario, la Comisión Europea inició un nuevo procedimiento que ha terminado con la constatación por el Tribunal de Justicia de que persistía el incumplimiento y con la imposición de una suma a tanto alzado de diez millones y una multa coercitiva de 13.687.500 euros por semestre en que persista el incumplimiento.

El Tribunal de Justicia recuerda la distinta naturaleza y finalidad de las sanciones previstas por el Tratado constitutivo para facilitar el cumplimiento del Derecho de la Unión, la multa coercitiva y la suma a tanto alzado: «Si bien la imposición de una multa coercitiva parece especialmente adecuada para inducir a un Estado miembro a poner fin lo antes posible a un incumplimiento que, de no existir dicha medida, tendría tendencia a persistir, la imposición del pago de una suma a tanto alzado descansa más bien en la apreciación de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del Estado miembro de que se trate sobre los intereses privados y públicos, en especial cuando el incumplimiento se ha mantenido durante largo tiempo después de la sentencia que lo declaró inicialmente».

Por lo que se refiere al cálculo de la suma a tanto alzado el Tribunal de Justicia recuerda que debe ser, por un lado, adecuada a las circunstancias y, por otro, ha de ser proporcionada a la infracción cometida; y de los factores pertinentes destaca la gravedad, la duración de la infracción y la capacidad de pago del Estado infractor.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia hace un cálculo equitativo, a ojo, que justifica así: «El Tribunal de Justicia estima que una justa apreciación de las circunstancias del presente asunto permite fijar en diez millones de euros el importe de la suma a tanto alzado que debe imponerse a [Italia]».

En cuanto a la multa coercitiva, el Tribunal de Justicia la establece en unos términos cuyos parámetros son estos: «los criterios básicos que deben tomarse en consideración para garantizar su naturaleza coercitiva, con vistas a la aplicación uniforme y efectiva del Derecho de la Unión, son, en principio, la gravedad de la infracción, su duración y la capacidad de pago del Estado miembro de que se trate. Para aplicar estos criterios deben tenerse en cuenta, en particular, las consecuencias de la falta de ejecución de las obligaciones del Estado miembro de que se trate sobre los intereses públicos y privados, así como la urgencia que hubiere en que el Estado miembro interesado cumpla sus obligaciones».

Finalmente, también a ojo, establece como multa coercitiva 13.687.500 euros «por cada semestre de retraso en la aplicación de las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia C-85/13, a partir de la fecha del pronun-

ciamiento de la presente sentencia y hasta la plena ejecución de la sentencia C-85/13, cuyo importe efectivo deberá calcularse al finalizar cada período semestral reduciendo el importe total correspondiente a cada uno de esos períodos en un porcentaje equivalente a la proporción que represente el número de e-h [equivalente habitante definido en la Directiva] de las aglomeraciones urbanas cuyos sistemas colectores y de tratamiento de las aguas residuales urbanas se hayan adecuado a lo establecido en la sentencia C-85/13, al final del período considerado, en relación con el número de e-h de las aglomeraciones urbanas que no disponen de tales sistemas en la fecha del pronunciamiento de la presente sentencia».

Seguidamente y en distintos apartados abordo algunas cuestiones relevantes de la integración europea que han sido objeto de atención por sentencias del Tribunal de Justicia en este primer semestre de 2025: el estatuto «europeo» de los jueces, la armonización de legislaciones penales, los derechos en materia de migración y asilo, la disuasión tributaria del ejercicio de libertades económicas fundamentales por los ciudadanos de la Unión a través del programa Erasmus, la acción por daños en el Derecho de la competencia, las ayudas de Estado en forma de exenciones fiscales, la contratación pública, la cultura del pago sin demora, la protección de los consumidores, la gestión de los fondos europeos y el sistema ferroviario europeo.

1. *El estatuto de los jueces en la Unión Europea: independencia, inamovilidad, imparcialidad e integridad*

La independencia de los jueces ocupa un lugar fundamental en la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Ya son numerosas las sentencias del Tribunal de Justicia que se pronuncian sobre la independencia económica, la inamovilidad de los jueces, la imparcialidad y su integridad.

Por lo que se refiere a la independencia económica, en la *sentencia Sqd Rejonowy w Białymstoku Adoreiké*, C-146/23 y C-374/23, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la situación de los jueces en Polonia y en Lituania. Los dos litigios versaban sobre reclamaciones económicas de un juez polaco y de dos jueces lituanos que, por diversas razones y en distintas circunstancias, habían visto reducidos sus salarios en 2022 y 2023.

El Tribunal de Justicia vuelve a repetir y a puntualizar su doctrina, bien establecida en cuanto a la independencia económica de los jueces, tal como resulta de la sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, y de la sentencia de 7 de febrero de 2019, *Escribano Vindel*, C-49/18, EU:C:2019:106.

Debo adelantar que el Tribunal de Justicia no observa que en estos dos países se haya vulnerado la independencia de los jueces desde el punto de vista económico pero establece unos principios de gran interés.

En primer lugar, se refiere a su competencia para interpretar si el artículo 19.1.2 TUE y el artículo 2 TUE, en relación con el principio de independencia judicial, fueron vulnerados por el hecho de que los Poderes Legislativo y Ejecutivo de un Estado miembro hubiesen fijado de manera discrecional la retribución de los jueces, hubiesen aplicado un aumento menor del previsto en la legislación nacional o incluso hubiesen congelado o reducido el salario de sus jueces.

A título de principio, el Tribunal de Justicia establece la finalidad de la independencia económica de los jueces: «las normas nacionales relativas a la retribución de los jueces no deben suscitar dudas legítimas, en el ánimo de los justiciables, en lo que respecta a la impermeabilidad de los jueces de que se trata frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad ante los intereses en litigio».

Y eso significa, a juicio del Tribunal de Justicia, que, en primer lugar, el principio de independencia judicial, en relación con el principio de seguridad jurídica, exige que las modalidades de determinación de su retribución sean establecidas por la ley y, además, que sean objetivas, previsibles, estables y transparentes, de modo que se excluya toda intervención arbitraria de los Poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado miembro.

En segundo lugar, el nivel de retribución de los jueces debe ser suficientemente elevado, teniendo en cuenta el contexto socioeconómico de su Estado miembro, para conferirles una auténtica independencia económica que les proteja frente al riesgo de posibles injerencias o presiones externas que puedan atentar contra la neutralidad de las decisiones que deban adoptar; las modalidades de determinación de la retribución de los jueces deben poder ser objeto de un control jurisdiccional efectivo con arreglo a las modalidades procesales previstas por el Derecho del Estado miembro.

En relación con el nivel de retribución, el Tribunal de Justicia llega a decir: «el carácter adecuado de la retribución de los jueces debe apreciarse teniendo en cuenta la situación económica, social y financiera del Estado miembro de que se trate, por lo que es pertinente comparar la retribución media de los jueces con el salario medio en dicho Estado».

Pero también, citando el informe de evaluación de los sistemas judiciales europeos elaborado en 2020 por la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), el Tribunal de Justicia matiza: «para garantizar la independencia de los jueces y, más en general, la calidad de la Justicia en un Estado de Derecho, «las políticas de la Justicia también deberían tener en cuenta los salarios que se cobran en otras profesiones jurídicas para hacer atractiva la judicatura para los juristas altamente cualificados». Sin embargo,

no cabe deducir de ello que el principio de independencia judicial se opone a que la retribución de los jueces se fije en un nivel inferior al de la retribución media de otros profesionales del Derecho, en particular los que ejercen una profesión liberal, como los abogados, dado que estos se encuentran manifiestamente en una situación diferente de la de los jueces».

En tercer lugar, el nivel de esa retribución debe ser tal que permita preservar a los jueces del riesgo de corrupción.

Por último, las modalidades de determinación de la retribución de los jueces deben poder ser objeto de un control jurisdiccional efectivo con arreglo a las modalidades procesales previstas por el Derecho de cada Estado miembro.

Y, por otra parte, en lo que se refiere a las posibilidades de limitar la actualización de esta retribución o incluso congelarla o reducirla, el Tribunal de Justicia exige que se cumplan una serie de exigencias muy similares.

En primer lugar, la excepción debe estar prevista en una ley y las modalidades de retribución de los jueces, introducidas por tal medida, deben ser objetivas, previsibles y transparentes.

En segundo lugar, la medida debe estar justificada por un objetivo de interés general, como las exigencias imperativas de supresión de un déficit público excesivo, por lo que cuando un Estado miembro adopte medidas de restricción presupuestaria que afecten a sus funcionarios y a sus empleados públicos, puede, en una sociedad caracterizada por la solidaridad, como subraya el artículo 2 TUE, decidir aplicar dichas medidas también a los jueces nacionales.

En tercer lugar, la incidencia de la medida restrictiva en la retribución de los jueces debe ser proporcionada, es decir, debe ser excepcional y temporal, por cuanto no debe aplicarse durante más tiempo del necesario para alcanzar el objetivo legítimo perseguido, como la eliminación de un déficit público excesivo.

En cuarto lugar, sigue habiendo siempre un límite a toda medida restrictiva: «[que] el nivel de la retribución de los jueces esté siempre en consonancia con la importancia de las funciones que desempeñan, a fin de que queden protegidos frente a injerencias o presiones externas que puedan poner en peligro su independencia a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones».

En quinto lugar, esta medida restrictiva de la retribución de los jueces ha de estar sometida a un control judicial efectivo.

Ahora bien, establecido el marco jurisprudencial, el Tribunal de Justicia examina con carácter general los dos supuestos, polaco y lituano, planteados y, a primera vista, llega a la conclusión de que ni en un caso ni en el otro se habría visto vulnerado el principio de independencia económica de los jueces.

La *sentencia Curtea de Apel București, C-762/23*, se refiere al principio de independencia económica de los jueces en Rumanía. En este caso se discutía la supresión del abono de una indemnización por jubilación a los jueces y fiscales que se había suspendido de 2010 a 2022 y que, finalmente, se había suprimido.

El Tribunal de Justicia aplica la jurisprudencia anterior, en particular la *sentencia Sąd Rejonowy w Białymstoku y Adoreikė, C-146/23 y C-374/23*, y también la *sentencia Escrivano Vindel, C-49/18*, examina la legislación y la jurisprudencia rumanas y también el nivel de retribución de los jueces rumanos en su propio contexto nacional: el salario medio anual de los jueces rumanos representa, respectivamente, 2,9 veces y 5,8 veces el salario bruto medio anual rumano.

En este caso la cuestión se refería a la jubilación de los jueces y subraya el Tribunal de Justicia: «el hecho de que los jueces en activo tengan la garantía de que, una vez jubilados, percibirán una pensión suficientemente elevada puede protegerlos contra el riesgo de corrupción durante su período en activo» (apartado 37).

Finalmente, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la supresión de esta asignación por jubilación de los jueces rumanos no fue contraria al artículo 19.1.2 en relación con el artículo 2 TUE que protege la independencia de los jueces como valor esencial del Estado de Derecho.

El segundo principio que ha abordado el Tribunal de Justicia es el de la inamovilidad de los jueces.

En la *sentencia D.K., C-647/21 y C-648/21*, se pronuncia sobre la inamovilidad de los jueces y las Salas de Gobierno de los Tribunales, en particular sobre la posibilidad de que una Sala de Gobierno de un tribunal aparte a un juez de los asuntos ya asignados.

El Tribunal Regional de Slupsk en Polonia plantea al Tribunal de Justicia sus dudas sobre la posibilidad de que un órgano gubernativo como la Sala de Gobierno apartase a una juez que estaba conociendo de dos asuntos y la trasladase a otra sección del mismo Tribunal, sin motivación alguna.

Aun cuando en los dos casos no se aplicaba el Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia consideró que «si bien corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su Administración de Justicia, no es menos cierto que, al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión, y que este puede ser el caso, en particular, por lo que respecta a las normas nacionales relativas a la adopción de las decisiones de nombramiento de los jueces y, en su caso, a las normas referidas al control judicial aplicable en el contexto de tales procedimientos de nombramiento».

El Tribunal de Justicia reitera su jurisprudencia sobre la independencia y la imparcialidad de los jueces y, en particular, subraya: «por lo que res-

pecta a los traslados de un juez a otro tribunal sin su consentimiento o al traslado de un juez de una sección a otra del mismo tribunal sin su consentimiento, el Tribunal de Justicia tiene declarado que tales traslados pueden constituir un medio para ejercer control sobre el contenido de las resoluciones judiciales, puesto que, además de que pueden afectar a la extensión de las atribuciones de los jueces de que se trate y a la tramitación de las causas de que conozcan, pueden también tener consecuencias considerables en su vida y en su carrera profesional y, de tal forma, producir efectos análogos a los de una sanción disciplinaria».

De este modo el Tribunal de Justicia concluye: «para evitar que se dé pie a la arbitrariedad que podría derivarse de un procedimiento no transparente, capaz de violar los principios de independencia e inamovilidad de los jueces, es preciso que las normas nacionales que regulan el procedimiento para apartar a los jueces de los asuntos establezcan criterios objetivos claramente formulados en orden a la adopción de tales decisiones, así como la obligación de motivar estas, en particular en caso de que el juez no preste su consentimiento a que se le aparte de los asuntos, a fin de garantizar que la independencia judicial no se vea comprometida por influencias externas indebidas».

Establecido este principio, el Tribunal de Justicia recuerda la primacía del Derecho de la Unión Europea de manera que «una formación jurisdiccional debe estar legitimada para dejar sin aplicar cualquier resolución adoptada sobre la base de esa normativa y, por tanto, para continuar, con la misma composición, el examen de los procedimientos principales sin que los órganos judiciales competentes en materia de determinación y de modificación de la composición de las formaciones jurisdiccionales del tribunal nacional puedan impedirlo».

De manera complementaria, la *sentencia Sinalov*, C-16/24, se refiere a la importancia del reparto de asuntos en un tribunal de justicia, en este caso en Bulgaria y subraya que las normas relativas al reparto de asuntos en el seno de un órgano jurisdiccional guardan relación con el concepto de «tutela judicial efectiva».

Aun cuando se prevén mecanismos de reparto en que se ejerzan poderes gubernativos, lo cierto es que el Tribunal de Justicia exige que en último término exista la posibilidad de un control jurisdiccional: «el Derecho de la Unión no se opone a que, cuando un juez al que el responsable administrativo del órgano jurisdiccional de que se trate ha atribuido un asunto albergue dudas en cuanto a la regularidad de dicha atribución a la luz de las normas del Derecho nacional aplicables, deba devolver ese asunto al referido responsable, en atención a sus prerrogativas legales, para que este verifique dicha regularidad, y, en su caso, deba aceptar examinar el asunto en cuestión si se confirma la atribución inicial. No obstante, la regularidad de una

atribución efectuada por el referido responsable debe poder ser objeto de un control jurisdiccional con arreglo a las normas del Derecho nacional» (apartado 56).

El tercer principio que ha tratado el Tribunal de Justicia se refiere a la imparcialidad de los tribunales.

En la *sentencia Vivacom Bulgaria*, C-369/23, pronunciada al final de 2024, el Tribunal de Justicia resuelve la cuestión de si puede un tribunal pronunciarse sobre si él mismo ha incurrido en responsabilidad por vulnerar el Derecho de la Unión.

Ya es un problema clásico preguntarse si un tribunal puede enjuiciar una cuestión que le afecta. En este caso, la cuestión era si el mismo tribunal búlgaro, el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, podía conocer de si había incurrido en responsabilidad Bulgaria como consecuencia de una eventual violación del Derecho de la Unión al interpretar la normativa europea en materia de IVA el mismo tribunal búlgaro.

O, de manera más sencilla, como se encarga de explicar el Tribunal de Justicia: qué pasa cuando el presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpone un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia contra una sentencia del Tribunal General en un asunto de personal del propio Tribunal de Justicia o cuando el Tribunal General tiene que pronunciarse sobre si él mismo ha incurrido en dilaciones indebidas.

La solución es fácil: lo relevante es la composición del tribunal que no puede ser la misma formación que juzgó o el presidente del Tribunal de Justicia no podría integrarse en la formación del Tribunal de Justicia que examine una sentencia del Tribunal General; o, en fin, la formación del Tribunal General que enjuicia las dilaciones indebidas no puede ser la misma que eventualmente pudo incurrir en tales retrasos.

La importancia de esta sentencia radica en la argumentación que utiliza en la medida que reitera el alcance de los principios de independencia y de imparcialidad de los tribunales.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia busca el apoyo para intervenir y lo encuentra en el sentido de que se trata de la regulación europea del IVA y por ello explica: «la exigencia de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho fundamental a un proceso equitativo, que revisten una importancia capital como garantías de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho».

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia se basa en un concepto esencial conforme al cual: «las garantías de independencia e imparcialidad

exigidas por el Derecho de la Unión postulan la existencia de normas que permitan excluir toda duda legítima en los justiciables en lo que respecta, en particular, a la neutralidad del órgano en cuestión ante los intereses en litigio».

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia se refiere a la resolución de los asuntos judiciales por responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la Unión en cuyo caso «no está prohibido, por principio, que un Estado miembro designe a un órgano jurisdiccional como competente para conocer en última instancia, en el marco de un recurso de casación, de la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión derivadas, en su caso, de una de las sentencias de dicho órgano jurisdiccional, siempre que se adopten las medidas necesarias para garantizar la independencia y la imparcialidad de este».

El Tribunal de Justicia lo explica acudiendo a su propia experiencia y comentando que, por ejemplo, «el derecho fundamental a un juez independiente e imparcial, consagrado en el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, no se vulnera cuando el Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional que conoce de un recurso de casación interpuesto por la Unión Europea, representada por la institución “Tribunal de Justicia de la Unión Europea”».

Esto significa, sin embargo, que, en un recurso de casación interpuesto ante el Tribunal de Justicia por su presidente, «el derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial de la otra parte en el procedimiento solo se considera garantizado cuando el Presidente del Tribunal de Justicia en cuanto órgano jurisdiccional no interviene en la tramitación judicial del asunto y es sustituido en sus funciones por el Vicepresidente».

A tal efecto el Tribunal de Justicia recuerda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforme al cual: «de las sentencias del TEDH de 29 de julio de 2004, *San Leonard Band Club c. Malta* (CE:ECHR:2004:0729JUD007756201), y de 7 de julio de 2020, *Scerri c. Malta* (CE:ECHR:2020:0707JUD003631818), se desprende, en cambio, que, en el supuesto de que esos mismos jueces tuvieran que pronunciarse, en una determinada instancia, sobre la cuestión de si han cometido errores de interpretación o de aplicación del Derecho en una resolución anterior, debería declararse la existencia de una infracción del artículo 6 del CEDH».

También el Tribunal de Justicia recuerda su propia jurisprudencia conforme a la cual «el derecho fundamental a un juez independiente e imparcial, tal como se enuncia en el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, se respeta cuando el Tribunal General, al conocer de una pretensión de indemnización dirigida a obtener la reparación del supuesto perjuicio resultante de la inobservancia del plazo razonable de enjuiciamiento, resuelve dicha pretensión en una formación diferente de la que conoció del litigio que dio lugar al procedimiento cuya duración se critica».

En suma, en este caso no parece haber problema alguno dado que «ninguno de los jueces que componen la formación que conoce del litigio principal formó parte de la que dictó la sentencia que dio lugar a dicho litigio».

En resumen, la clave para que un tribunal siga siendo independiente e imparcial es que, aun cuando tenga que enjuiciar actuaciones «institucionalmente» propias, la composición respectiva de las dos formaciones jurisdiccionales no suscite dudas legítimas en los justiciables en cuanto a la independencia o a la imparcialidad; se repite el axioma clásico «*nemo iudex in causa sua*», no se puede ser juez y parte.

En cuarto lugar, la integridad de los jueces resulta esencial y por eso el derecho disciplinario y la independencia judicial son un binomio de gran interés cuya relación resulta muy delicada porque por vía disciplinaria podría socavarse indebidamente la independencia judicial.

En la *sentencia Inspección del Consejo Superior del Poder Judicial (Inspektorat kam Visshia sadeben savet)*, C-313/23 y C-316/23, se plantea el alcance del control disciplinario sobre los jueces búlgaros, tanto en lo que se refiere al órgano constitucional de control, a su mandato y al alcance de sus funciones.

En primer lugar, la cuestión se refería a qué ocurre cuando el órgano de inspección de los jueces ya ha terminado su mandato. A tal efecto y con una puntualización que hubiese sido útil en España como consecuencia del bloqueo del nombramiento de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, durante más de cinco años, el Tribunal de Justicia argumenta: «el principio de independencia judicial se opone a la práctica de un Estado miembro conforme a la cual los miembros de un órgano judicial de ese Estado miembro, que son elegidos por el Parlamento para mandatos de duración determinada y que son competentes para controlar la actividad de los jueces y fiscales en el ejercicio de sus funciones, su integridad y la inexistencia de conflictos de intereses por parte de estos, así como para proponer a otro órgano judicial que les incoe un procedimiento disciplinario sancionador, siguen ejerciendo sus funciones tras concluir la duración legal de sus mandatos, fijada por la Constitución de dicho Estado miembro, hasta que el Parlamento elija nuevos miembros, sin que la prórroga de los mandatos caducados tenga, en el Derecho nacional, una base legal expresa con normas claras y precisas que regulen el ejercicio de esas funciones y sin que se garantice que tal prórroga esté, en la práctica, limitada en el tiempo» (apartado 97).

La segunda cuestión que se plantea es si el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) se aplica a la comunicación a un órgano judicial de datos personales que están protegidos por el secreto bancario y que se refieren a jueces, a fiscales y a los miembros de sus familias, para la comprobación de sus declaraciones de bienes.

Y la respuesta del Tribunal de Justicia es afirmativa en la medida en que las únicas excepciones admisibles a la aplicación del RGPD son las actividades cuya finalidad es preservar la seguridad nacional. Sin embargo y como bien dice el Tribunal de Justicia: «aunque garantizar la buena administración de la justicia en los Estados miembros y, especialmente, la promulgación de normas aplicables al estatuto de los fiscales y de los jueces, en particular de estos últimos, y al ejercicio de sus funciones es competencia de dichos Estados [...], un tratamiento de datos [...] que tiene como objetivo controlar la integridad de los jueces y fiscales y comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses por parte de estos no es una actividad dirigida a preservar la seguridad nacional ni una actividad que pueda incluirse en la misma categoría».

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia considera, a la vista del RGPD, que un órgano jurisdiccional competente para autorizar, a petición de otro órgano judicial, la comunicación, por un banco, a este último órgano de datos relativos a las cuentas bancarias de los jueces y fiscales y de los miembros de sus familias no puede calificarse de responsable del tratamiento ni tampoco es una autoridad de control.

Por último, el Tribunal de Justicia termina señalando que un órgano jurisdiccional competente para autorizar la comunicación de datos personales a otro órgano judicial no está obligado, en el caso de que no se haya interpuesto ante él recurso al amparo de esa disposición, a garantizar de oficio la protección de las personas de cuyos datos se trate en lo referente a la observancia de las disposiciones de ese Reglamento relativas a la seguridad de los datos personales, aun cuando sea notorio que tal órgano judicial ha infringido estas últimas disposiciones en el pasado.

2. La armonización de las legislaciones penales y la Carta

El desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito de las legislaciones penales es extraordinario y la invocación de la Carta, venga o no a cuento, se ha generalizado ante los tribunales penales.

Merece la pena citar tres sentencias: la primera se refiere a la asistencia letrada y a la justicia gratuita de las personas vulnerables por trastornos mentales; la segunda aborda la cuestión de la legalidad de las penas, en este caso como consecuencia de la agravación en el cumplimiento de las condenas penales; y la tercera se pronuncia sobre el principio *non bis in idem* en materia penal.

La *sentencia Barato*, C-530/23, responde quince cuestiones prejudiciales que formula un tribunal polaco en relación con los derechos de un detenido que padecía trastornos mentales, es decir, que estaba en una situación de vulnerabilidad.

El Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad y la Directiva (UE) 2016/1919 relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia delimita los ámbitos de aplicación de las Directivas 2013/48 y 2016/1919 y explica cómo se articulan entre sí en relación con una persona vulnerable.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia considera que, «para que sea eficaz, la propia asistencia jurídica gratuita debe producirse en la fase temprana del procedimiento».

Y en el caso de una persona vulnerable, los derechos a la asistencia de letrado y a la justicia gratuita los interpreta así: «debe concederse a una persona vulnerable, como quien padece trastornos mentales, la asistencia letrada comprendida en la asistencia jurídica gratuita sin demora injustificada y, a más tardar, antes del interrogatorio que efectúe la policía, otra autoridad policial o una autoridad judicial, o antes de que se lleven a cabo los actos de investigación o de obtención de pruebas en los que dicha persona deba o pueda participar».

Sobre las consecuencias del incumplimiento de tales medidas por un Estado miembro, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia sobre la interpretación conforme, la primacía y el efecto directo de las directivas.

Sobre este particular, indica, en primer lugar, el Tribunal de Justicia: «el principio de primacía obliga, en particular, a los órganos jurisdiccionales nacionales a interpretar su Derecho interno, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad del acto del Derecho de la Unión de que se trate, para alcanzar una solución conforme con el objetivo que este persigue». Obviamente, la interpretación conforme tiene siempre este límite: «no puede, en particular, servir de fundamento para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional».

En segundo lugar, las consecuencias del principio de primacía son estas: «[el juez nacional] debe dejar inaplicada, si fuera necesario y por su propia iniciativa, cualquier normativa o práctica nacional, aun posterior, contraria a una disposición del Derecho de la Unión con efecto directo, sin que deba solicitar o esperar a su previa eliminación por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional».

Y, en tercer lugar, el efecto directo de una directiva supone, a juicio del Tribunal de Justicia, que «al igual que el juez nacional, esas autoridades, entre las que figuran las policiales o judiciales, como la policía y el minis-

terio fiscal, tienen el deber, por una parte, de inaplicar cualquier disposición de Derecho nacional que no sea conforme con las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una directiva y, por otra parte, aplicar esas disposiciones en la medida en que sean de tal naturaleza que definan derechos que los particulares pueden invocar frente al Estado».

Me permito recordar que el efecto directo de las directivas se aplica a las administraciones y a los tribunales, y en el ámbito penal no hay duda: a las autoridades policiales, al ministerio fiscal y a los tribunales.

De esta primera interpretación el Tribunal de Justicia deduce que «los Estados miembros tienen la obligación, por una parte, de garantizar la detección y el reconocimiento de la vulnerabilidad de un acusado o sospechoso antes de que sea interrogado en un proceso penal o antes de que se lleven a cabo actuaciones concretas de investigación o de obtención de pruebas a él referidas y, por otra parte, de garantizarle la asistencia letrada comprendida en la asistencia jurídica gratuita a efectos de ese proceso sin demora injustificada y, a más tardar, antes del interrogatorio que efectúe la policía, otra autoridad policial o una autoridad judicial, o antes de que se lleven a cabo los actos de investigación o de obtención de pruebas en los que deba o pueda participar».

A continuación, el Tribunal de Justicia se refiere al alcance del derecho a la asistencia letrada y del derecho a la asistencia jurídica gratuita de una persona vulnerable.

Por un lado, las Directivas «obligan a que las decisiones relativas, por una parte, al examen de la posible vulnerabilidad de un sospechoso o acusado y, por otra parte, a la denegación de la asistencia jurídica gratuita a una persona vulnerable y a la opción por interrogarla en ausencia de letrado, estén motivadas y puedan ser objeto de una vía de recurso efectiva».

En cambio, las Directivas no impiden que el Derecho nacional obligue a admitir «pruebas inculpatórias basadas en declaraciones realizadas por una persona vulnerable durante un interrogatorio llevado a cabo por la policía, otra autoridad policial o una autoridad judicial vulnerando los derechos establecidos en las Directivas 2013/48 o 2016/1919, a condición, no obstante, de que en el marco del proceso penal, dicho órgano jurisdiccional pueda, por una parte, comprobar si se han respetado esos derechos, interpretados a la luz de los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta, y, por otra parte, extraer todas las consecuencias que se deriven de esa vulneración, en particular en lo atinente al valor probatorio de las pruebas obtenidas en esas condiciones».

No obstante, el Tribunal de Justicia inadmite dos preguntas del reenvío prejudicial del tribunal polaco que, por su trascendencia, resulta conveniente recordar.

La primera inadmisión se debe a que el tribunal no había explicado el contexto fáctico en el que se producía la cuestión jurídica sobre «si el interrogatorio de un sospechoso llevado a cabo en el hospital psiquiátrico en el que está ingresado, sin ser asistido por un letrado y sin tener en cuenta el estado de incertidumbre de dicho sospechoso, en condiciones de libertad de expresión especialmente limitada y de particular vulnerabilidad mental, constituye un trato inhumano en el sentido, específicamente, del artículo 4 de la Carta».

La inadmisión la funda el Tribunal de Justicia en que el tribunal polaco no había incluido ninguna información acerca de las condiciones en las que se había realizado el interrogatorio en el entorno hospitalario.

La segunda inadmisión se basa en el carácter hipotético de la pregunta sobre la posición del Ministerio Fiscal en este tipo de supuestos dado que la fase de instrucción ya había concluido.

En suma, la *sentencia Baraťo* resulta de gran trascendencia y aborda una cuestión frecuente donde el Tribunal de Justicia proporciona las herramientas elementales en la aplicación de Directivas que están adquiriendo una gran trascendencia en el ámbito del Derecho penal.

La *sentencia Alchaster II*, C-743/24, distingue entre las penas y la ejecución de las penas con el fin de aplicar el artículo 49.1 de la Carta conforme al cual: «no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta».

En este supuesto se planteaba un reenvío prejudicial del Tribunal Supremo irlandés que conocía de una euroorden emitida por un tribunal británico respecto de delitos de terrorismo cuyo objeto era saber si existe un riesgo real de que el alcance mismo de la pena señalada el día en que se cometió el delito se modifique con el resultado de que se imponga una pena superior a la inicialmente señalada.

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia distingue entre pena y medida relativa a la «ejecución» o a la «aplicación» de la pena; de este modo, cuando la naturaleza y la finalidad de una medida se refieren a la redención de una pena o al cambio del régimen de libertad condicional, dicha medida no forma parte de la «pena» por lo que no se aplicaría el artículo 49.1 de la Carta.

Ahora bien, puntualiza el Tribunal de Justicia que no se infringe el artículo 49.1 de la Carta en tanto en cuanto las citadas modificaciones no estén suprimiendo en esencia la posibilidad de esa puesta en libertad ni conduciendo a la agravación de la naturaleza de la pena que estaba señalada el día en que se cometieron presuntamente los delitos controvertidos.

También en el ámbito penal es preciso referirse, en tercer lugar, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la aplicación del principio *non bis idem*.

La *sentencia Swiftair*, C-701/23, inadmite una cuestión prejudicial remitida por el Tribunal de Primera Instancia de París en un asunto que había sido instruido también en España por parte del Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional: un accidente ocurrido el 24 de julio de 2014 en una zona desértica del norte de Mali de un avión perteneciente a Swiftair y matriculado en España para un vuelo de Uagadugú (Burkina Faso) a Argel (Argelia) en el que fallecieron sus 116 ocupantes, 54 franceses, 6 españoles, que eran los miembros de la tripulación, y el resto de otras 12 nacionalidades.

La investigación del Juzgado español concluyó en 2016 con auto de sobreseimiento.

En cambio, en los tribunales franceses el juez de instrucción atribuyó a Swiftair la condición de investigada por homicidios imprudentes, al considerar que no había proporcionado a la tripulación «formación suficiente» y que, por ello, había causado involuntariamente la muerte de todas las personas que se encontraban a bordo, entre las que había víctimas francesas.

Swiftair recurrió infructuosamente su condición de investigada y alegó que debía beneficiarse del auto de sobreseimiento dictado en España, que era firme y debía ser eficaz en Francia en virtud del principio *non bis in idem* consagrado por el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS).

El Tribunal de París le preguntó al Tribunal de Justicia por la interpretación del CAAS que, no obstante, inadmite el reenvío prejudicial al considerar que «el proceso penal iniciado en Francia, objeto del litigio principal, se dirige exclusivamente contra una persona jurídica, a saber, Swiftair. Las personas físicas cuya responsabilidad penal fue investigada en España fallecieron en el accidente de que se trata en el litigio principal. Por consiguiente, puesto que es manifiesto que, en el litigio principal, no se discute la posibilidad de libre desplazamiento de personas físicas, el artículo 54 del CAAS no es aplicable a este».

A tal efecto, el Tribunal de Justicia explica el alcance del artículo 54 CAAS en el sentido de que «carece de pertinencia cuando no se cuestiona la posibilidad de desplazarse libremente en ese espacio [de libertad, seguridad y justicia] y, en particular, cuando solo afecta a personas jurídicas».

En realidad, el artículo 54 CAAS «tiene por objeto garantizar a una persona que ha sido condenada y ha cumplido su pena, o, en su caso, que ha sido absuelta definitivamente en un Estado miembro, que pueda desplazarse dentro del espacio Schengen sin temor a que se ejercite una acción penal en su contra, por los mismos hechos, en otro Estado miembro».

En fin, el Tribunal de Justicia no cierra la puerta a otro reenvío prejudicial en la medida en que «el órgano jurisdiccional remitente conserva la facultad de plantear una nueva petición de decisión prejudicial que contenga todos los elementos que permitan al Tribunal de Justicia pronunciarse».

3. *Los exámenes de los solicitantes de asilo y los delitos de los adultos acompañados por menores bajo su custodia*

La migración y el asilo siguen siendo una fuente inagotable de litigios donde se utiliza la cooperación prejudicial con el Tribunal de Justicia. Me voy a referir a dos cuestiones que tienen una innegable dimensión ética: los exámenes de integración cívica de los solicitantes de asilo y los menores extranjeros acompañados de sus padres o familiares.

La *sentencia Keren*, C-158/23, dictada por la Gran Sala, se pronuncia sobre el examen de integración cívica de solicitantes de asilo en los Países Bajos, donde sigue planteándose la compatibilidad de los exámenes de integración cívica a que las autoridades neerlandesas someten a los solicitantes de asilo.

En este caso, Keren, un eritreo, beneficiario de la protección internacional, que había llegado a Europa siendo menor de edad, cuando cumplió su mayoría fue obligado a examinarse en los Países Bajos de integración cívica para lo que disfrutó de un préstamo de 10.000 euros pero o no se presentaba al examen o no lo aprobaba. Finalmente, las autoridades neerlandesas le impusieron una multa de 500 euros y le obligaron a devolver el préstamo.

La primera cuestión planteada por el Consejo de Estado neerlandés que responde el Tribunal de Justicia aborda la procedencia de este tipo de exámenes. Y la respuesta del Tribunal de Justicia es que: «la adquisición de conocimientos tanto de la lengua como de la sociedad del Estado miembro de acogida facilita la integración de los beneficiarios de protección internacional en la sociedad de ese Estado miembro, garantizando la comunicación entre estas personas y los nacionales de dicho Estado y favoreciendo la interacción y el desarrollo de relaciones sociales entre unos y otros. Tampoco puede negarse que la adquisición del conocimiento de la lengua del Estado miembro de acogida facilita el ejercicio por parte de estas personas de los derechos y prestaciones que les confiere la Directiva 2011/95, en especial el acceso al mercado de trabajo y a la formación profesional».

Ahora bien, el Tribunal de Justicia se muestra en contra de que a los que suspendan el examen se les imponga sistemáticamente una multa y a que esa multa pueda ser de tal cuantía que suponga una carga económica excesiva para la persona interesada, teniendo en cuenta su situación personal y familiar.

La segunda cuestión se refiere a la conformidad del sistema de préstamos establecido en los Países Bajos con el Derecho de la Unión. Tales préstamos los describe así la sentencia: «los beneficiarios de protección internacional pueden solicitar un préstamo por un importe máximo de 10.000 euros para sufragar el coste del programa de integración cívica,

préstamo que no tiene que devolverse si aprueban todas las partes de los exámenes de dicho programa en el plazo previsto o si quedan exentos o dispensados, dentro de ese plazo, de la obligación de integración cívica. En cambio, si no cumplen tal obligación o la cumplen tardíamente, los citados beneficiarios deben devolver el préstamo, en principio, en su totalidad en un plazo máximo de diez años, si bien, en casos particulares, es posible una condonación de deuda, total o parcial, con determinados requisitos».

El Tribunal de Justicia considera que este sistema es contrario al artículo 34 de la Directiva 2011/95/UE por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida porque a su juicio: «la posibilidad de obtener un préstamo para sufragar el coste del programa de integración cívica se concibe de un modo que implica tener en cuenta en cierta medida la capacidad económica individual del beneficiario de protección internacional, [pero] dicho beneficiario sigue estando obligado, en principio, a sufragar el coste, potencialmente muy elevado, del citado programa, a menos que apruebe el examen de integración cívica dentro de plazo o que quede exento o dispensado de la obligación de devolver el préstamo obtenido. Además, tanto el importe total del préstamo que dicho beneficiario deberá devolver finalmente como la duración del período durante el cual seguirá endeudado frente a las autoridades, que puede ser muy largo, resultan necesariamente inciertos mientras le incumbe la obligación de aprobar el examen de integración cívica».

La *sentencia Kinsa*, C-460/23, resulta relevante por cuanto la Gran Sala interpreta la Carta y la legislación europea en materia de migración ilegal con menores de edad.

Los hechos se producen en el aeropuerto italiano de Bolonia, adonde, procedente de fuera de la Unión Europea, llega una mujer que acompaña a dos niñas de 8 y 13 años, con documentación falsa, una de las cuales, al menos, es su hija y la otra su sobrina, y sobre ambas ejerce la custodia efectiva y que, además, presentan una solicitud de asilo.

El tribunal italiano se plantea la aplicación de la Carta al procedimiento penal seguido contra la madre y tía de las niñas y en el que son aplicables tanto la Directiva 2002/90/CE destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares como la Decisión Marco 2002/946/JAI destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

El Tribunal de Justicia analiza si el comportamiento de una persona que, infringiendo las normas para el cruce de personas por las fronteras, introduce en el territorio de un Estado miembro a menores nacionales de terceros paí-

ses que la acompañan y sobre los que ejerce la custodia efectiva puede considerarse como una ayuda a la entrada irregular castigada penalmente.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia hace una lúcida interpretación conjunta de la Carta: del artículo 7, que consagra el derecho al respeto de la vida familiar, del artículo 18, relativo a la garantía del derecho de asilo, y del artículo 24, que consagra los derechos del niño.

La interpretación de estos tres derechos fundamentales de la Carta le lleva al Tribunal de Justicia a concluir que «el comportamiento de una persona que introduce ilegalmente en el territorio de un Estado miembro a menores nacionales de terceros países que la acompañan y sobre los que ejerce la custodia efectiva no puede estar comprendido en la infracción general de ayuda a la entrada irregular a la que se refiere esta última disposición, ni siquiera cuando esa persona haya entrado a su vez de forma irregular en ese territorio».

Añade el Tribunal de Justicia: «admitir que una persona pueda ser castigada simplemente por haber ayudado a menores sobre los que ejerce la custodia efectiva a entrar irregularmente en el territorio de un Estado miembro constituiría una vulneración de ese contenido esencial [de los derechos consagrados por el artículo 7 y 24 de la Carta]».

A continuación, el Tribunal de Justicia desarrolla la aplicación de tales derechos a los supuestos en que se solicita el derecho de asilo para llegar a esta conclusión: «en la medida en que OB presentó una solicitud de protección internacional, goza de los derechos derivados de la formulación de tal solicitud y, por tanto, no puede estar expuesta a sanciones penales ni por su propia entrada irregular en territorio italiano ni por el hecho de haber estado acompañada, en el momento de dicha entrada, de su hija y de su sobrina, sobre las que ejerce la custodia efectiva».

Para concluir, el Tribunal de Justicia reconoce el efecto directo de los 7 y 24 de la Carta de modo que «son suficientes por sí solos y no deben ser precisados por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional para conferir a los particulares derechos invocables como tales».

4. *Los límites tributarios a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y el programa Erasmus+*

La realización del programa *Erasmus* no puede ser objeto de disuasión por los poderes tributarios de los Estados miembros. Así lo dice el Tribunal de Justicia en la *sentencia Ministarstvo financija (Beca Erasmus+)*, C-277/23, en la que la madre croata de un estudiante que hizo el intercambio con una universidad finesa se vio privada del derecho a incrementar la deducción de base de carácter personal por un hijo a cargo al tener en cuenta las autoridades tributarias croatas el importe de la referida ayuda.

El Tribunal de Justicia recuerda su doctrina conforme a la cual «si bien, según reiterada jurisprudencia, la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros y si bien este Derecho no se opone, en principio, a que los Estados miembros graven rendimientos financiados con fondos de la Unión [...] tal imposición debe realizarse respetando el Derecho de la Unión, en particular las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros».

Y a partir de aquí el Tribunal de Justicia introduce el concepto de ciudadanía de la Unión y subraya: «las facilidades ofrecidas por el Tratado FUE en materia de circulación de los ciudadanos de la Unión no podrían producir plenos efectos si se pudiera disuadir a un nacional de un Estado miembro de hacer uso de aquellas a causa de los obstáculos a su residencia en el Estado miembro de acogida derivados de una normativa de su Estado de origen que le penaliza por el mero hecho de haber hecho uso de ellas».

Finalmente y en el caso concreto el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que «las consecuencias fiscales desfavorables para un progenitor contribuyente con un hijo a cargo que ha ejercido su libertad de circulación constituyen una restricción a la libre circulación en el sentido del artículo 21 TFUE, ya que resultan del ejercicio de la expresada libertad por ese hijo».

5. La acción por daños en el Derecho de la competencia

La descentralización en la aplicación del Derecho europeo de la competencia tiene en la reclamación de daños por infracciones de la libre competencia un instrumento muy poderoso.

La *sentencia ASG 2*, C-253/23, de la Gran Sala, es un magnífico ejemplo de los desarrollos del Derecho de la competencia y, en este caso, del alcance de la acción por daños.

El Tribunal regional alemán de Dortmund le había preguntado al Tribunal de Justicia sobre una acción impulsada por varios aserraderos por los daños y perjuicios ocasionados por un cártel que había fijado los precios en el mercado de la madera sin desbatar.

La primera cuestión fue inadmitida porque, en realidad, no había en el supuesto planteado una acción por daños consecutiva a una resolución firme de una autoridad de la competencia (acción «*follow-on*»). En efecto, la decisión sobre asunción de compromisos adoptada por el *Bundeskartellamt* (Autoridad Federal de Defensa de la Competencia en Alemania) no contenía ninguna declaración firme de infracción de los artículos 101 y 102 TFUE.

En cambio, las demás cuestiones recibieron una detallada atención en la medida en que se cuestionaba si la interpretación del Derecho alemán impedía a los aserraderos ceder sus derechos para obtener el resarcimiento a un prestador de servicios jurídicos para que los ejerciese conjuntamente en el marco de una acción por daños autónoma.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia corrobora el efecto directo del artículo 101 TFUE y tiene en cuenta la codificación de la Directiva 2014/104/UE relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, del derecho a resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia.

Asimismo, a juicio del Tribunal de Justicia, «el ejercicio de las acciones por daños por una infracción de ese Derecho [de la competencia] requiere, en principio, un análisis fáctico y económico complejo, [por lo que] la existencia, en Derecho nacional, de mecanismos que permitan agrupar pretensiones individuales puede facilitar el ejercicio del derecho a resarcimiento por parte de los perjudicados».

También recuerda el Tribunal de Justicia el efecto directo del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado por el artículo 47 de la Carta, en la medida en que «es suficiente por sí solo y no es preciso que sea desarrollado por otras normas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal».

Por tanto, bien por vía interpretativa bien aplicando el principio de primacía del Derecho de la Unión, los aserraderos pueden acudir en Alemania a la acción colectiva de cobro.

6. *Las ayudas de Estado: exenciones tributarias y recuperación de ayudas*

Me voy a referir a dos sentencias importantes relativas al régimen europeo de ayudas de Estado: la *sentencia Prezydent Miasta Mielca*, C-453/23, relativa a las ayudas en forma de exenciones fiscales; y la *sentencia Scai*, C-588/23, sobre la recuperación de las ayudas.

Por vía fiscal se pueden instrumentar ayudas de Estado por lo que este ámbito ha merecido una atención especial del Tribunal de Justicia que en la *sentencia Prezydent Miasta Mielca* aborda la cuestión de la denegación por un Ayuntamiento polaco de una exención del impuesto sobre bienes inmuebles de unos terrenos en los que se ubican infraestructuras ferroviarias que se utilizan efectivamente y que, a pesar de ser una ayuda de Estado, no había sido notificada previamente a la Comisión Europea.

La Abogada General Kokott propugna una interpretación de la ventaja fiscal como constitutiva de una ayuda de Estado que permita superar el inevitable régimen centralizado del régimen europeo, pero, al mismo tiempo, propone que la interpretación judicial nacional sea restrictiva: «este método evita la sobrecarga de la Comisión en el control de las ayudas de Estado. Si toda diferenciación legal incluida en una ley tributaria general fuese potencialmente constitutiva de una ayuda de Estado, necesariamente los Estados miembros tendrían que notificar a la Comisión cada diferenciación de este tipo (de las cuales hay abundantes muestras en todos los Estados miembros). Sería imposible que la Comisión examinase en un plazo razonable todas estas disposiciones. Además, ello daría lugar a que las leyes tributarias (en ámbitos que no son objeto de armonización) quedaran anormalmente condicionadas a la «aprobación» de la Comisión» (apartado 37).

En la *sentencia Prezydent Miasta Mielca* la Gran Sala inadmitió la primera pregunta del Tribunal Supremo administrativo polaco sobre la falta de notificación porque no se había concedido la exención, pero siguió examinando la otra pregunta. Sobre este particular, es preciso subrayar que no parece que el tribunal polaco pudiese conocer de la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior si no hubiese obligación de notificar tal ayuda a la Comisión Europea.

Sea como fuere, el Tribunal de Justicia lleva a cabo un exhaustivo examen de la exención controvertida, especialmente de la selectividad, aplicable al Derecho tributario que no ha sido objeto de armonización, como es el caso de la fiscalidad directa.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia ofrece un método de examen basado en tres fases: la primera identifica el marco de referencia, es decir, el régimen tributario ‘normal’ en Polonia; la segunda analiza si la medida fiscal supone una excepción al marco de referencia e introduce diferenciaciones entre operadores económicos; y la tercera determina si la diferenciación está justificada por la naturaleza o la estructura del sistema fiscal en cuestión (apartado 44).

La conclusión es que la exención del impuesto sobre bienes inmuebles los terrenos, los edificios y las construcciones que forman parte de la infraestructura ferroviaria, cuando esta infraestructura se ponga a disposición de los transportistas ferroviarios, no confiere una ventaja selectiva y, en consecuencia, no es una ayuda de Estado.

Desde otra perspectiva, la recuperación de las ayudas de Estado por las autoridades nacionales es un ámbito de extraordinaria importancia en el Derecho de la Unión, tal como lo ha puesto de manifiesto la *sentencia Scai*.

Se trataba de un litigio entre la mercantil Scai y la Región italiana de Campania en relación con la obligación impuesta a Scai de reembolsar el importe correspondiente a una ayuda ilegal e incompatible con el mercado

interior de la que había disfrutado inicialmente otra sociedad mercantil, Buonotourist.

El problema que aquí se plantea es que inicialmente la empresa beneficiaria de la ayuda era Buonotourist, dedicada al transporte de viajeros en autobús, pero había arrendado su actividad a Scai. Buonotourist y todas sus empresas fueron declaradas en quiebra. Por tanto, la Región de Campania al no poder dirigirse contra Buonotourist reclamó la devolución de las ayudas a Scai, a lo que esta se opuso por considerar que se le había generado indefensión.

El Tribunal de Justicia recuerda, por un parte, la naturaleza del procedimiento de devolución de las ayudas ilegales e incompatibles: «el principal objetivo del reembolso de una ayuda de Estado abonada ilegalmente es eliminar la distorsión de la competencia causada por la ventaja competitiva procurada por la ayuda ilegal, tal ayuda debe recuperarse de la sociedad que continúa la actividad económica de la empresa que se benefició de esa ayuda si se acredita que dicha sociedad conserva el disfrute efectivo de la ventaja competitiva ligada a la obtención de la referida ayuda».

Por otra parte, la cuestión es si en el procedimiento de devolución que deriva de una decisión de la Comisión Europea dirigida a las autoridades nacionales pueden verse afectados los beneficiarios de las ayudas.

El Tribunal de Justicia es muy claro porque el procedimiento que se sigue lo es entre la Comisión y las autoridades nacionales sin que, ciertamente, se puedan menoscabar los derechos de terceros.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia subraya: «en el marco de su misión de recuperación de la ayuda y con el fin de garantizar la plena efectividad de una decisión de recuperación de la Comisión en la que se identifique con precisión al beneficiario de la ayuda y de eliminar efectivamente la distorsión de la competencia causada por la ventaja competitiva ligada a la obtención de la ayuda, las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a identificar a una empresa distinta de la identificada en dicha decisión de recuperación, en el supuesto de que la ventaja derivada de la ayuda en cuestión se haya transmitido efectivamente a esa otra empresa con posterioridad a la adopción de la referida decisión de recuperación».

De modo que, aun cuando las autoridades italianas pueden ordenar la recuperación de esa ayuda de otra empresa, en este caso Scai, debido a la existencia de continuidad económica entre esta última y la beneficiaria de la ayuda, es decir, Buonotourist, también las autoridades italianas deben garantizar el derecho de defensa de Scai.

La ayuda que se abonó en 2012 a Buonotourist, de más de un millón de euros, abarcaba los ejercicios de 1996 a 2002, fue declarada ilegal por la Comisión en 2015 y la intentó recuperar la Región de Campania en 2023 de Scai, porque Buonotourist estaba en quiebra (procedimiento de 2018 a 2020).

Scai entró en escena en 2019 al sustituir a Buonotourist en la prestación del servicio de transporte de viajeros en autobús en el ámbito local. Es decir, 13 años después de haberse abonado la ayuda por actividades muy anteriores. Debo añadir, según datos externos al litigio, parece que Scai también ha entrado en concurso de acreedores.

7. *La contratación pública: las especificaciones técnicas y la adjudicación directa*

La apertura de la contratación pública ha sido objeto de algunas sentencias importantes del Tribunal de Justicia relacionadas con la libre circulación de mercancías y las excepciones al procedimiento de adjudicación directa, a las operaciones internas (contratos *in house*) o «encargos a medios propios» en la terminología de la legislación española.

La legislación europea sobre contratación pública procura facilitar la realización de las libertades económicas fundamentales del mercado interior y por eso exige tratar a los operadores económicos en pie de igualdad y prohíbe que se limite artificialmente la competencia.

Así lo reitera el Tribunal de Justicia en la *sentencia DYKA Plastics*, C-424/23, que tiene su origen en un litigio ante el Tribunal de Empresas de Gante, en Bélgica, que conocía de un litigio entre DYKA Plastics y la empresa pública flamenca Fluvius, encargada del alcantarillado y que exigía en sus licitaciones de contratos públicos que se utilizasen tubos de gres para los sistemas de evacuación de aguas residuales y tubos de hormigón para los sistemas de evacuación de aguas pluviales. DYKA Plastics pretendía presentar ofertas con tubos de plástico.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia subraya que la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública prohíbe «la inclusión, en las especificaciones técnicas, de una referencia “a una fabricación o [a] una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado”, o “a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos”».

No obstante y de manera excepcional, interpreta el Tribunal de Justicia, un poder adjudicador puede, en los pliegos del contrato que contienen las especificaciones técnicas, incluir una referencia siempre que los rendimientos o exigencias funcionales o las especificaciones, o una combinación de ambas, no permitan, por sí mismas, proporcionar una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato. En tal caso, el poder adjudicador debe acompañar dicha referencia de la mención «o equivalente».

En segundo lugar, también admite el Tribunal de Justicia que el requisito relativo al uso de un material determinado para un contrato público puede, en particular, derivarse inevitablemente del objeto del contrato cuando se basa en la estética buscada por el poder adjudicador o en la necesidad de obtener la adecuación de una obra a su entorno o cuando, habida cuenta de un rendimiento o de una exigencia funcional, es inevitable utilizar productos constituidos por ese material. En tales situaciones, no cabe concebir ninguna alternativa basada en una solución técnica diferente.

En suma, la obligación que debe cumplir un poder adjudicador queda resumida muy bien en la propia sentencia al señalar: «Salvo en los casos en que la utilización de un material resulta inevitablemente del objeto del contrato, el poder adjudicador no puede exigir la utilización de un material determinado sin añadir la mención «o equivalente»».

La *sentencia Česká republika – Generální finanční ředitelství (Dirección General Tributaria de Chequia)*, C-578/23, se refiere a los procedimientos de adjudicación directa y a la suspicacia que genera en el Tribunal de Justicia esta vía que solo excepcionalmente puede ser utilizada por los poderes adjudicadores.

En este caso la Dirección General Tributaria de Chequia pretendía justificar, como consecuencia de un recurso de la Oficina de Defensa de la Competencia de Chequia, la adjudicación directa a IBM de un nuevo contrato de mantenimiento del sistema informático de la Administración tributaria.

El Tribunal de Justicia recuerda la normativa europea conforme a la cual: «los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos públicos por procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, cuando, por razones técnicas o artísticas o por cualquier otra razón relacionada con la protección de derechos de exclusividad, el contrato solo pueda encomendarse a un operador económico determinado».

En su interpretación estricta de esta excepción, el Tribunal de Justicia considera que la referida legislación europea exige la concurrencia de «dos requisitos acumulativos, a saber, por una parte, la existencia de razones técnicas o artísticas o cualquier otra razón relacionada con la protección de los derechos de exclusividad vinculadas al objeto del contrato y, por otra parte, el hecho de que tales razones hagan absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a un operador económico determinado».

Ahora bien, en este supuesto el Tribunal de Justicia recuerda que, por una parte, el recurso al procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación no puede justificarse invocando la especificidad técnica de un *software* utilizado en la Administración nacional, que constituya el objeto del contrato de suministro, a falta de elementos que demuestren que se han llevado a cabo investigaciones rigurosas con vistas a

identificar a operadores, distintos del proveedor al que se ha adjudicado el contrato, que puedan presentar un *software* adaptado.

Y, por otra parte, también subraya que el tribunal nacional debe comprobar si la situación de exclusividad invocada por la Dirección General de Tributos era imputable a esta, en particular en la medida en que disponía de medios reales y razonables desde el punto de vista económico para poner fin a esa situación de exclusividad durante dicho período antes de decidir recurrir al procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación

En la *sentencia Latvijas Sabiedriskais Autobuss SIA*, C-684/23, se resuelve una cuestión relativa a un procedimiento de licitación de un contrato de transporte público en autobús y la posibilidad de encargarlo a medios propios.

A tal efecto, el Derecho de la Unión Europea cuenta con el Reglamento (CE) n.º 1370/2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera donde se prevé la liberalización de este sector y, en particular, donde se establecen medidas con el fin de que las autoridades competentes puedan intervenir en el sector del transporte público de viajeros para garantizar la prestación de servicios de interés general que sean más frecuentes, más seguros, de mayor calidad y más baratos que los que el simple juego del mercado hubiera permitido prestar.

En la regulación europea se prevé, salvo que lo prohíba el Derecho nacional, que cualquier autoridad local competente pueda optar por prestar ella misma servicios públicos de transporte de viajeros o por adjudicar directamente contratos de servicio público a una entidad jurídicamente independiente sobre la cual la autoridad local competente ejerza un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

En este caso ATD, la empresa pública encargada de la organización de los servicios de transporte público en Letonia, convocó un procedimiento abierto de licitación relativo a la adjudicación del derecho a prestar servicios de transporte público en autobús en la red de líneas de interés regional en relación con la ciudad de Ventspils; por una parte, desestimó la oferta de la empresa Latvijas Sabiedriskais Autobuss y, por otra, le adjudicó el contrato a una sociedad cuyo capital pertenecía íntegramente al Ayuntamiento de Ventspils y que, no obstante, había sido adjudicataria directa de una concesión del transporte hasta ese mismo momento.

La empresa Latvijas Sabiedriskais Autobuss ponía en tela de juicio la validez de la participación en el procedimiento de licitación de la empresa municipal de transportes.

Con carácter previo, el Tribunal de Justicia recuerda su propia jurisprudencia conforme a la cual la adjudicación de un contrato de servicio público relativo al transporte de viajeros en autobús o tranvía se rige, cuando dicho

contrato no adopte la forma de contrato de concesión de servicios, no por las normas especiales previstas en el artículo 5, apartados 2 a 6, del Reglamento n.º 1370/2007, sino por las normas generales de adjudicación de contratos públicos establecidas por las Directivas 2014/24 y 2014/25 de contratación pública.

El Tribunal de Justicia subraya que cuando los poderes adjudicadores tienen la intención de adjudicar un contrato de servicio público de transporte de viajeros comprendido en el ámbito de aplicación de Reglamento n.º 1370/2007 están obligados a recurrir bien al procedimiento de adjudicación directa, bien al procedimiento de adjudicación mediante licitación, y, por otra parte, cuando esas autoridades optan por este último procedimiento, deben abrirlo a todos los operadores, incluidos los operadores internos dependientes de otras autoridades competentes que hayan disfrutado de una adjudicación directa por parte de estas.

El Tribunal de Justicia comprueba que, efectivamente, conforme al Reglamento n.º 1370/2007, un operador interno puede participar en procedimientos de adjudicación mediante licitación siempre que reúna tres requisitos, a saber, que dicha participación tenga lugar durante los dos años anteriores a la conclusión de su contrato de servicio público adjudicado directamente; que se haya adoptado una decisión definitiva de licitar equitativamente los servicios de transporte de viajeros que abarque dicho contrato, y que el operador interno no haya celebrado ningún otro contrato de servicio público adjudicado directamente.

En este caso, el Tribunal de Justicia confiere un efecto extraordinario a los principios de apertura, equidad y transparencia de la contratación; sin embargo, puntualiza, por una parte, que el Reglamento establece los requisitos de validez para los procedimientos de adjudicación directa exclusivamente, de modo que la participación de un operador interno que haya disfrutado de tal adjudicación directa, en un procedimiento de adjudicación mediante licitación, incumpléndose alguno de los requisitos del Reglamento, únicamente puede afectar a la validez de esa adjudicación directa, pero en ningún caso a la de su participación en el procedimiento de adjudicación mediante licitación.

Y, por otra parte, incumbe, a las autoridades competentes adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el respeto de esos requisitos de conformidad con el principio de proporcionalidad, permitiendo así a todo operador interno que haya disfrutado de una adjudicación directa demostrar el carácter equitativo, transparente y no discriminatorio de su oferta.

En suma, el Tribunal de Justicia concluye que cuando un operador interno, al que, con anterioridad, una autoridad local competente le hubiese adjudicado directamente un contrato de servicio público, participa en un procedimiento de adjudicación mediante licitación, el poder adjudicador

no debe comprobar que dicho operador interno reúne los requisitos establecidos en el Reglamento para determinar si tiene derecho a participar en tal procedimiento.

La *sentencia Fastned Deutschland*, C-452/23, dictada por la Gran Sala, recoge las particularidades de las operaciones *in house*, es decir, como se diría en Derecho español, cuando una autoridad pública realiza las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios.

El litigio surgió como consecuencia de los 360 contratos de concesión para la construcción, mantenimiento y explotación de una infraestructura operativa de recarga eléctrica de alta potencia en las áreas de servicio que hacía la empresa privada que gestionaba la red de autopistas, propiedad del Gobierno alemán y sin haber recurrido a la licitación pública, en favor de la empresa concesionaria de las áreas de servicio, también propiedad del Gobierno alemán.

En este supuesto la cuestión que había que resolver era si podía modificarse una concesión sin que fuese necesario iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación, aun cuando esa concesión hubiese sido adjudicada sin licitación a una entidad *in house* y su modificación se hubiese efectuado en una fecha en la que el concesionario ya no tenía la condición de entidad *in house*.

Con carácter previo el Tribunal de Justicia distingue entre contrato público y concesión para lo cual esto es lo que caracteriza la concesión: «el hecho de que la retribución del contratista de una entidad adjudicadora no proceda de la autoridad pública de que se trata, sino de las cantidades abonadas por terceros por el uso de la obra o de los servicios en cuestión, [lo que] implica que el prestador asume el riesgo operacional correspondiente».

La respuesta a la primera cuestión es que una concesión puede modificarse sin que sea necesario iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación, aun cuando dicha concesión hubiera sido inicialmente adjudicada sin licitación a una entidad *in house* y la modificación del objeto de tal concesión se efectúe en una fecha en la que el concesionario ya no tenga la condición de entidad *in house*, siempre que se cumpla lo previsto en el artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Aun cuando en este supuesto era pertinente controlar la regularidad de la adjudicación inicial de una concesión con ocasión de un recurso por el que se solicita la anulación de su modificación, lo cierto es que, a juicio del Tribunal de Justicia, «el principio de seguridad jurídica, que se impone, en virtud del Derecho de la Unión, a toda autoridad nacional encargada de aplicar ese Derecho, se opone a que tal procedimiento pueda incoarse tras

la expiración de los plazos establecidos por el Derecho nacional aplicable en la fecha de los actos cuya ilegalidad se alega».

La modificación de las concesiones no requiere iniciar un nuevo procedimiento de concesión si la necesidad de modificación se deriva de circunstancias que un poder adjudicador diligente no podía prever. Esto exige que estemos ante el acaecimiento de circunstancias que una entidad adjudicadora diligente no podía prever, que la modificación no altere el carácter global de la concesión y, en fin, que el aumento del valor de tal contrato no supere el 50% del valor del contrato de concesión inicial.

Subsidiariamente, cabe la modificación de la concesión si las obras o servicios afectados no podían, desde un punto de vista económico y técnico, y sin ocasionar inconvenientes significativos o un aumento de costes para el poder adjudicador, ser objeto de una concesión autónoma adjudicada mediante un procedimiento de licitación.

8. *La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: la cultura del pago sin demora*

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reforzado con su interpretación la «cultura del pago sin demora» (*culture of prompt payment/culture de paiement rapide*), tal como pretende la Directiva 2011/7/UE de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

La sentencia *Przedsiębiorstwo A.*, C-677/22, examina si es conforme con la Directiva que el deudor establezca unilateralmente un plazo de pago de 120 días, superior al de plazo ordinario de 60 días naturales entre empresas.

El Tribunal de Justicia confirma la necesidad de «instaurar una cultura del pago sin demora» e interpreta un supuesto en el que una empresa que opera en el ámbito de la extracción y venta de carbón, había celebrado con otra empresa, que produce equipos mineros, varios contratos de suministro de piezas de maquinaria destinada a la extracción minera y había fijado unilateralmente un plazo de pago de 120 días que comenzaban a correr en la fecha de entrega de la factura.

En la reclamación judicial ante el Tribunal de Distrito de Katowice en Polonia, antes de zanjar el asunto le preguntó al Tribunal de Justicia por la interpretación de la Directiva 2011/7/UE en relación con este plazo unilateral que sobrepasaba los límites establecidos por la Directiva.

El Tribunal de Justicia interpreta que la Directiva permite superar ese límite de los 60 días siempre que se cumplan dos condiciones.

La primera condición es que haya un «acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato» para lo que puntualiza: «Esa exigencia puede cumplirse no solo cuando tal cláusula haya sido negociada individualmente por

las partes, sino también, en particular en el marco de un contrato de adhesión, cuando la cláusula de que se trate haya sido destacada por una de las partes en los documentos contractuales de manera que se distinga claramente de las demás cláusulas del contrato, poniendo con ello de manifiesto su carácter excepcional y permitiendo así a la otra parte adherirse a ella con pleno conocimiento de causa».

La segunda condición exige que el acuerdo no sea «manifiestamente abusivo para el acreedor»; lo que, a juicio del Tribunal de Justicia, significa lo siguiente: «para determinar si una cláusula contractual es manifiestamente abusiva para el acreedor, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidas cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y a la actuación leal, la naturaleza del bien o del servicio y, en particular, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago estipulado [máximo de 60 días]».

En definitiva, termina el Tribunal de Justicia indicando: «la Directiva 2011/7 debe interpretarse en el sentido de que la expresión «acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato» se opone a que una cláusula contractual que establece un plazo de pago superior a 60 días naturales sea determinada unilateralmente por el deudor, salvo que pueda acreditarse, habida cuenta de todos los documentos contractuales y de las cláusulas contenidas en dicho contrato, que las partes del referido contrato han manifestado su voluntad concordante de quedar vinculadas precisamente por la cláusula de que se trate».

9. La protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas

La protección de los consumidores también se extiende al ámbito deportivo y, además, tiene una relevancia especial cuando están implicados menores de edad como ocurre en la *sentencia Arce*, C-365/23, con la que el Tribunal de Justicia responde una interesantísima cuestión planteada por el Tribunal Supremo de Letonia.

Se trataba de un contrato de prestación de servicios de una duración de 15 años de apoyo al desarrollo deportivo que habían firmado los padres de un joven deportista de baloncesto de 17 años y que tenía una cláusula por la que el deportista se obligaba a retribuir a la empresa con el 10% de los ingresos netos que percibiese, a condición de que el importe de esos ingresos alcanzara al menos 1.500 euros al mes.

La primera cuestión quería saber si se aplicaba la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El Tribunal de Justicia responde afirmativamente porque, por una parte, «se trata de una directiva general de protección de los consumidores que se aplica en

todos los sectores de actividad económica»; y, por otra parte, porque «un menor que, el día de celebración de un contrato de prestación de servicios de apoyo al desarrollo deportivo y a la carrera, no practicaba, con carácter profesional, la actividad deportiva de que se trata no pierde la condición de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, por haberse convertido en deportista profesional durante la ejecución del contrato».

La segunda cuestión planteaba si era abusiva la cláusula que obligaba a retribuir con el 10% de los ingresos netos que percibiese el deportista y durante los 15 años de duración del contrato.

El Tribunal de Justicia admite que la Directiva únicamente exige que la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible para que no sea considerada abusiva; no obstante, puntualiza que el Derecho nacional podría permitir un control más intenso.

El Tribunal de Justicia considera que el juez nacional debe comprobar si, cuando se celebró el contrato, el interesado disponía, por lo que respecta tanto a la naturaleza de los servicios que debía prestar el profesional como a la base de cálculo del importe de la retribución que había de abonar por dichos servicios, de toda la información necesaria para permitirle evaluar las consecuencias económicas de su compromiso.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia aborda el requisito para que se incurra en abuso en la contratación: cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, cause en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Para comprobar tal requisito del desequilibrio importante del consumidor, el Tribunal de Justicia remite expresamente a otros elementos como las prácticas de mercado justas y equitativas en vigor cuando se celebra el contrato de retribución deportiva o las obligaciones que un consumidor razonablemente informado podía prever que se le impusieran con arreglo a esas prácticas.

En cuarto lugar, el Tribunal de Justicia resuelve la cuestión de si cabe una adaptación de la cláusula abusiva por parte del juez nacional reduciendo sus efectos. Sin embargo, niega esta posibilidad dado que, como señala la Directiva, las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Por lo que la *sentencia Arce* considera que la Directiva tiene la misma naturaleza que las normas de orden público por lo que se debe suponer que la cláusula abusiva nunca ha existido.

Por último, el Tribunal de Justicia aplica el artículo 24 de la Carta en cuanto se refiere a los derechos del niño y el interés superior del menor y considera que es pertinente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula.

sula el hecho de que el consumidor fuese menor de edad en el momento de la celebración del contrato y de que dicho contrato fuera celebrado por sus padres.

10. *La gestión compartida de los fondos europeos*

Dos sentencias ilustran algunos aspectos relevantes de la gestión compartida de los fondos europeos en la que intervienen la Comisión Europea y las autoridades nacionales.

La *sentencia Obshtina Veliko Tarnovo*, C-471/23 y C-477/23, remite a los ordenamientos nacionales para regular las correcciones financieras aplicables a los beneficiarios últimos: «a falta de disposiciones de la Unión, los litigios relativos a la recuperación de importes pagados indebidamente según el Derecho de la Unión deben ser zanjados por los órganos jurisdiccionales nacionales, con arreglo a su Derecho nacional, sin perjuicio de los límites impuestos por el Derecho de la Unión» (apartado 62).

No obstante, también en esta sentencia el Tribunal de Justicia establece límites: por una parte, el de seguridad jurídica que exige «que una normativa permita a los interesados conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone y que estos puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia» (apartado 65) y «que se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras» (apartado 66); y, por otra parte, los principios generales del Derecho de la Unión de buena administración y de respeto del derecho de defensa y el artículo 47 de la Carta que se oponen a que el operador económico que cometió la irregularidad que es financieramente responsable de la ejecución del proyecto «no pueda defender su punto de vista en el procedimiento de determinación de [la] corrección financiera ni tener acceso a la justicia para impugnarla» (apartado 80).

El Tribunal del Justicia, en la *sentencia NOV ZHIVOT 1919*, C-620/23, se refiere a la naturaleza no sancionadora de los procedimientos de revocación de subvenciones.

Por una parte, el Tribunal de Justicia puntualiza: «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 de la ventaja resultante de la normativa de la Unión, lo que convierte la ventaja percibida en indebida» (apartado 30).

Y, por otra parte, el Tribunal de Justicia añade: «la devolución de una ventaja indebidamente percibida como consecuencia de una irregularidad

[...] no tiene por qué reclamarse necesariamente al organismo que haya cometido tal irregularidad» (apartado 31).

11. *El espacio ferroviario europeo*

La *sentencia ÖBB-Infrastruktur*, C-538/23, interpreta la Directiva 2012/34/UE por la que se establece un espacio ferroviario europeo único y, más en particular, el procedimiento de aprobación de los cánones y sus recargos por la utilización de la infraestructura ferroviaria.

La cuestión prejudicial proviene del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo de Austria y se refiere a la autorización de los recargos de los cánones de infraestructura ferroviaria en la que existe una delimitación de las funciones del organismo regulador, del administrador de infraestructuras y de las empresas ferroviarias.

ÖBB-Infrastruktur es el administrador principal de infraestructuras ferroviarias en Austria, es decir, quien determina y cobra los cánones por la utilización de esas infraestructuras y publica la información correspondiente en la declaración sobre la red. La Comisión de Control de la Red Ferroviaria (SCK) es el organismo regulador austriaco. WESTbahn es una empresa ferroviaria que, junto con ÖBB-Infrastruktur, impugnaba los recargos sobre los cánones aprobados por la Comisión de Control de la Red Ferroviaria.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que la Directiva 2012/34 establece un reparto de competencias entre los Estados miembros y el administrador de infraestructuras en cuanto a los sistemas de tarificación. Incumbe a los Estados miembros establecer un marco de tarificación, mientras que la determinación del canon y su cobro corresponden al administrador de infraestructuras.

El sistema establecido por la Directiva 2012/34 pretende garantizar que el administrador de infraestructuras disfrute de independencia en su gestión. Para garantizar dicha independencia, es preciso que goce, en el marco de tarificación que hayan definido los Estados miembros, de cierto margen de actuación para la determinación del importe de los cánones, de forma que pueda utilizarlo como instrumento de gestión.

En fin, debe existir un organismo regulador a cuyo control deben estar sometidas las decisiones del administrador de infraestructuras ferroviarias relativas al sistema de cánones y a la cuantía o estructura de los cánones.

El Tribunal de Justicia insiste en que las decisiones del organismo regulador vinculan a todas las partes interesadas, no están sujetas al control de ninguna otra instancia administrativa, que no sea la de organismo regulador, y pueden ser objeto de recurso judicial.

En segundo lugar, la Directiva establece la obligación de publicar una declaración sobre la red ferroviaria. Esto significa que la información referida a los recargos de los cánones no debe publicarse forzosamente en la declaración sobre la red antes de que el organismo regulador los autorice; la declaración debe especificar, para cada segmento del mercado, la información referida a los recargos que se añaden a los cánones relativos a los costes directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario; y la mera modificación del importe de esos recargos no constituye una modificación de un elemento esencial del sistema de cánones.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia subraya que el organismo regulador no está facultado para obligar al administrador de infraestructuras ferroviarias a someterse a su apreciación de oportunidad, ya que, si así fuera, estaría menoscabando el margen de actuación del que debe disponer ese administrador.

Por último, el Tribunal de Justicia interpreta que la Directiva 2012/34 se opone a que, para determinar los recargos, se deban tener en cuenta los ingresos totales que haya de obtener el operador de infraestructuras ferroviarias de conformidad con lo prescrito por el Estado miembro. En cambio, para determinar el coste total asumido por ese administrador, habrá que tener en cuenta, en su caso, las subvenciones estatales que reciba para cubrir los costes relacionados con la puesta a disposición de dichas infraestructuras. Esta interpretación deriva de que la Directiva exige que el administrador de infraestructuras disfrute de independencia en su gestión por lo que debe disponer de cierto margen de actuación para la determinación del importe de los cánones.

III. Segunda parte. La jurisprudencia europea provocada desde España y sus efectos

El Tribunal de Justicia ha endurecido las condiciones para responder las cuestiones prejudiciales que le remitan los tribunales nacionales. De hecho, habitualmente, publica algún auto que inadmite la cuestión prejudicial. Y así se lo ha recordado a los tribunales españoles.

El *auto Cajasur Banco*, C-443/24, inadmite un reenvío prejudicial de la Audiencia Provincial de Málaga referido a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por no haber identificado las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación se solicitaba y por no indicar los elementos necesarios para comprender el conjunto de la normativa española pertinente que pudiera aplicarse al litigio principal.

A la vista de lo cual, el referido *auto Cajasur Banco* de inadmisión llega a esta conclusión: «el Tribunal de Justicia no puede apreciar en qué

medida es necesaria una respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas para que el órgano jurisdiccional remitente pueda dictar su resolución ni, por tanto, asegurarse de que dicha respuesta no equivaldría, en realidad, a formular opiniones consultivas sobre cuestiones meramente hipotéticas».

A continuación analizo las respuestas del Tribunal de Justicia a cuestiones prejudiciales procedentes de los tribunales españoles y que agrupo en torno al procedimiento judicial en que interviene la Fiscalía Europea y la armonización de legislaciones penales, la discriminación en el cálculo de la pensión de incapacidad y el complemento por brecha de género, la exoneración de deudas de personas físicas y la protección de los consumidores.

1. *La Fiscalía Europea y la armonización de legislaciones penales en España*

El Tribunal de Justicia ha interpretado, a requerimiento de la Audiencia Nacional, dos cuestiones que proceden de la jurisdicción penal: la estructura de la Fiscalía Europea y los procedimientos aplicables en cada Estado miembro y los límites que el Estado miembro de ejecución puede aplicar a las euro-órdenes emitidas desde España.

La *sentencia I.R.O. y F.J.L.R. (control judicial de actos procesales de la Fiscalía Europea)*, C-292/23, dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia contesta un reenvío prejudicial del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional que actuaba como juez de garantías en un procedimiento incoado contra dos directores de una empresa domiciliada en Madrid que había recibido fondos de la Unión Europea.

En 2021 la Fiscalía de Área de Getafe-Leganés había presentado ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Getafe una querrela por fraude de subvenciones, se incoaron diligencias previas contra uno de ellos, que fue interrogado por el Juzgado; y del otro se recibió su declaración como testigo.

No obstante, en 2022 los Fiscales europeos delegados en España ejercieron su facultad de avocación e incoaron su propia investigación, en la que el Juzgado de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional actúa como juez de garantías.

Y es en este procedimiento en el que los Fiscales delegados adoptaron en 2023 un decreto para que los dos directores prestaran declaración ante ellos en calidad de testigos; este decreto fue impugnado ante el Juzgado de garantías por considerar que esa diligencia de investigación no era necesaria, ni pertinente, ni útil, puesto que ya habían prestado declaración en calidad de testigos ante el Juzgado de Instrucción de Getafe.

El Juez de garantías español se pregunta, como subraya el Tribunal de Justicia, sobre «el reparto coherente de competencias entre los órganos ju-

jurisdiccionales nacionales y los tribunales de la Unión a efectos de ejercer el control jurisdiccional de la actividad de la Fiscalía Europea».

Es preciso indicar que estamos ante un procedimiento judicial regulado por el Derecho de la Unión Europea, aun cuando, efectivamente, se lleve a cabo mediante órganos judiciales españoles. En efecto, el Tribunal de Justicia debe interpretar la regulación contenida en el Reglamento (UE) 2017/1939 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

El Tribunal de Justicia proclama el principio de autonomía procesal aplicable a la regulación de cada Estado miembro en esta materia: «corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación procesal de las vías de recurso necesarias para garantizar a los justiciables, en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, el respeto de su derecho a la tutela judicial efectiva, a condición, sin embargo, de que dicha regulación no sea menos favorable en las situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión que en situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)».

Esto significa, por lo que se refiere al principio de equivalencia, que «las vías de recurso contra los actos procesales de los fiscales europeos delegados destinados en España deben compararse con las existentes, en Derecho interno, contra actos análogos realizados por un juez de instrucción, que es el equivalente, a nivel nacional, a un fiscal europeo delegado».

Y en cuanto al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia lo equipara a la tutela judicial efectiva, tal como se garantiza en el artículo 47.1 de la Carta en relación con el artículo 19.1.2 TUE.

Se trata, por tanto, de una sentencia que será clave para entender el funcionamiento de la Fiscalía Europea, el alcance de sus actos y su control jurisdiccional, que en España se reserva al ‘juez de garantías’, en este caso, el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional.

La otra cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional fue contestada por la *sentencia Sangas*, C-481/23, donde, en realidad, el tribunal español cuestionaba la denegación del Tribunal Superior rumano de Alba Iulia de una euroorden remitida desde España.

En España se había procesado y condenado a un español por tres delitos fiscales y de blanqueo de capitales y, mientras se sustanciaba el recurso de casación, huyó a Rumanía. La Audiencia Nacional emitió la orden europea de detención y entrega que, sin embargo, fue rechazada por el Tribunal Superior de Alba Iulia porque no se había dictado la sentencia penal firme y porque se trataba de delitos que, conforme al Derecho rumano, estarían prescritos.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia precisa, por una parte, que la denegación del tribunal rumano no tenía fundamento porque la euroorden se había dictado en Madrid con el fin de cumplir las medidas preventivas que se le habían impuesto al acusado en el marco del proceso penal y no, como sostenía el tribunal rumano, a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad.

Y, por otra parte, el Tribunal de Justicia también reprocha la actuación del tribunal rumano en la medida en que no tiene en cuenta que para denegar facultativamente la ejecución de la euroorden tienen que cumplirse acumulativamente dos hechos: que haya prescrito el delito con arreglo a la legislación del Estado miembro de ejecución y que los hechos sean competencia de dicho Estado miembro según su propio Derecho penal; esta segunda condición, sin embargo y como resulta patente, no se cumple al no aplicarse a los hechos el Derecho penal rumano.

2. Las discriminaciones en materia de seguridad social

En el ámbito social, los tribunales españoles siguen profundizando en las consecuencias del principio de igualdad de sexos: en la *sentencia Alcampo*, C-584/23, el Tribunal de Justicia no aprecia discriminación de las trabajadoras al calcular la pensión derivada de accidente de trabajo, mientras que en la *sentencia Melbán y Sergamo*, C-623/23 y C-626/23, vuelve el Tribunal de Justicia a apreciar discriminación de los padres varones en la aplicación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

La *sentencia Alcampo* responde una cuestión prejudicial remitida por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona y se refiere a la eventual desigualdad en el cálculo de la pensión de incapacidad permanente total abonada a una trabajadora de una empresa de supermercados a raíz de un accidente de trabajo que había ocurrido mientras disfrutaba de una reducción de jornada para cuidar a un hijo menor. La Seguridad Social le había calculado la pensión sobre la base de su salario efectivo en la fecha del accidente, es decir, el 50% del correspondiente a su trabajo a tiempo completo.

Aunque el juez barcelonés se refirió en su auto de planteamiento de la cuestión prejudicial (ECLI:ES:JSO:2023:8A) tanto a la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social como al Tratado de Funcionamiento de la UE, a la Carta y a la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, el Tribunal de

Justicia consideró pertinente interpretar únicamente la Directiva 79/7/CEE que está vinculada al riesgo de accidente laboral y al riesgo de invalidez.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia no aprecia discriminación alguna prohibida por el Derecho de la Unión porque, en primer lugar, los Estados miembros son competentes para organizar sus sistemas de seguridad social y, a falta de una armonización a escala de la Unión, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos para la concesión de prestaciones en materia de seguridad social.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia comprueba que la normativa española que fija la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo teniendo en cuenta el salario efectivamente percibido por el trabajador en la fecha del accidente no supone una discriminación basada directamente en el sexo, dado que se aplica de manera indistinta a los trabajadores varones y a las trabajadoras.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia examina si esta legislación española puede dar lugar a una discriminación indirecta por razón del sexo del trabajador y llega a la conclusión de que «los datos estadísticos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente no permiten acreditar que un grupo de trabajadores especialmente perjudicados por la normativa [española] esté mayoritariamente compuesto por mujeres que se han acogido a una reducción de jornada para ocuparse de un menor».

Esto no impide que el juez barcelonés tenga en cuenta el razonamiento del Tribunal de Justicia y cuente con otros datos estadísticos de los que se deduzca que la legislación española perjudica especialmente a las trabajadoras, debiendo, seguidamente, aplicar el test de la proporcionalidad, es decir, si tal normativa persigue un objetivo legítimo y si es necesaria y proporcionada a dicho objetivo.

La *sentencia Melbán y Sergamo* responde con la misma sentencia los reenvíos prejudiciales del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona y de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en relación con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género introducido por la Ley General de la Seguridad Social en 2021. Ambos tribunales sociales preguntaban si la legislación española discriminaba a los padres varones en cuanto que a las mujeres que perciben una pensión de jubilación y que han tenido uno o más hijos se les reconoce de forma automática el derecho al complemento de pensión, mientras que los varones deben cumplir requisitos adicionales relativos, en particular, a la interrupción efectiva de sus carreras y a sus cotizaciones al sistema de la Seguridad Social.

La legislación española ha sido particularmente defectuosa en cuanto al principio de no discriminación: tanto la introducida en 2015 del complemento por maternidad aplicable únicamente a las madres y que el Tribunal de Justicia tachó como discriminatoria en la sentencia de 2019; y la ahora

enjuiciada consistente en un complemento por brecha de género que vuelve a tachar como contraria a la Directiva 79/7/CEE porque hace más difícil su consecución por los varones que por las mujeres.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia recuerda que se invoca tanto la Carta como la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; sin embargo, considera que basta con interpretar la Directiva.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia comprueba que se produce una discriminación directa de los varones en la medida en que no puede excluirse que los trabajadores y las trabajadoras que han asumido el cuidado de sus hijos se encuentren en una situación comparable, en la medida en que unos y otras pueden sufrir, debido a su implicación en el cuidado de sus hijos, las mismas desventajas en sus carreras, apreciación que no queda desvirtuada por la circunstancia, subrayada por el INSS y el Gobierno español, de que, en la práctica, las tareas vinculadas al cuidado de los hijos sean asumidas mayoritariamente por las mujeres, y para ello remite a su anterior sentencia de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres), C-450/18, EU:C:2019:1075, que declaraba discriminatorio el complemento que se aplicaba desde el principio únicamente a las mujeres.

En tercer lugar, a juicio del Tribunal de Justicia no sería contrario a la Directiva que este complemento de brecha de género solo se reconozca a un progenitor, a saber, a aquel que tenga la pensión de menor cuantía, incluso cuando ese progenitor sea la madre. No obstante, también subraya: «el Derecho de la Unión no exige privar de un complemento de pensión como el controvertido en los litigios principales a la categoría de personas que ya lo tienen reconocido».

3. Los límites a la exoneración de deudas de personas físicas

El mecanismo de segunda oportunidad tiene por objetivo, tal como lo explica la Ley española 25/2015: «que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer».

En la Unión Europea esta situación se regula en la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas

La *sentencia Amilla*, C-723/23, contesta una cuestión prejudicial remitida por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Oviedo, con sede en Gijón, que pregunta sobre la exoneración de deudas cuando se ha actuado de forma deshonesto o de mala fe y cuando se ha declarado judicialmente persona afectada de la insolvencia culpable, que exige la interpretación de la Directiva (UE) 2019/1023.

Dos sociedades mercantiles fueron declaradas en concurso de acreedores calificado como culpable y sus dos administradores fueron considerados personas afectadas, inhabilitados para administrar bienes ajenos y condenados al pago de las deudas de las sociedades mercantiles.

Seguidamente, uno de los socios consiguió que el Juzgado de lo Mercantil lo declarase en concurso personal que fue considerado judicialmente fortuito por lo que solicitó la exoneración del pasivo a lo que se opuso la Agencia Tributaria por considerar que la Ley concursal española lo impide: «Cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, haya sido declarado persona afectada en la sentencia de calificación del concurso de un tercero calificado como culpable, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad» (art. 487.1.4.º Texto Refundido de la Ley Concursal).

El primer examen que hace el Tribunal de Justicia para interpretar la Directiva (UE) 2019/1023 lo lleva a cabo comparando sus distintas versiones lingüísticas y de lo cual deduce que una persona que ha sido reconocida como responsable de la insolvencia culpable de una sociedad mercantil no puede, mediante el inicio de un procedimiento de insolvencia personal y la solicitud, en el contexto de dicho procedimiento, de la plena exoneración de sus deudas, eludir la responsabilidad solidaria que, en virtud del Derecho nacional, tiene para con los acreedores de la referida sociedad.

En efecto, según el Tribunal de Justicia, «el legislador de la Unión quiso imponer una excepción al acceso a la exoneración de deudas «en los casos en que el deudor sea deshonesto o haya actuado de mala fe»».

Y el segundo análisis del Tribunal de Justicia le lleva a concluir que la regulación mercantil española es conforme con la Directiva en la medida en que «excluye el acceso a la exoneración de deudas en determinadas circunstancias bien definidas, como la situación de un deudor contra el cual, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, se haya dictado un acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que, en la fecha de presentación de esa solicitud, dicho deudor hubiera satisfecho íntegramente sus deudas tributarias y sociales, siempre que se deduzca del Derecho nacional que esa exclusión está justificada por un interés público legítimo, extremo que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente».

En este ámbito de la exoneración de deudas, el *auto Ayuntamiento de Humanes de Madrid*, C-46/24, contesta una cuestión prejudicial planteada

por el Juzgado de lo Mercantil núm. 19 de Madrid sobre si la exoneración del pasivo puede excluir, como hace la legislación española, las deudas con la Hacienda pública.

El Tribunal de Justicia considera que ya había resuelto esta duda en sus sentencias de 11 de abril de 2024, *Agencia Estatal de Administración Tributaria (Exclusión de los créditos públicos de la exoneración de deudas)* (C-687/22, EU:C:2024:287), y de 7 de noviembre de 2024, *Corván y Baci-gán* (C-289/23 y C-305/23, EU:C:2024:934).

Y le contesta al Juzgado madrileño, simplemente por auto, indicando que la Directiva (UE) 2019/1023 no se opone a «una exclusión general de la exoneración de deudas por créditos de Derecho público, basándose en que la satisfacción de estos créditos tiene una especial relevancia para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho, salvo en circunstancias y límites cuantitativos muy restringidos, siempre que esta exclusión esté «debidamente justificada»».

4. La protección de los consumidores a la luz del Derecho de la Unión

En el ámbito de la protección de los consumidores, el Tribunal de Justicia ha dictado varias sentencias en respuesta a cuestiones procedentes de tribunales españoles: una se refiere a la legitimación de las asociaciones de consumidores y las demás a las cláusulas abusivas en contratos bancarios.

A requerimiento de la Sala Civil del Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia se pronuncia en la sentencia *Banco de Santander / Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales-Auge*, C-346/23, sobre la interpretación de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros sobre si puede limitarse tanto la legitimación activa de representación de los consumidores como el derecho a la justicia gratuita en función de la capacidad económica de sus miembros, el valor económico y el tipo de productos financieros en los que hayan invertido o la complejidad de esos productos.

El litigio se refería a la compra por dos personas físicas de productos financieros del Banco Banif por importe de 900.000 euros.

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal de Justicia considera que no puede haber limitaciones a la legitimación de las organizaciones de consumidores de todo tipo de inversores dado que «la Directiva 2004/39 establece un derecho de recurso en interés de todos los consumidores/inversores, sin distinguir, en particular, en función de su capacidad económica y de los instrumentos financieros en los que hayan invertido, siempre que esos instrumentos estén comprendidos en el ámbito de aplicación de la citada Directiva».

Esto supone que es contraria a la Directiva la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo conforme a la cual las asociaciones de consumidores carecen de legitimación activa para defender los intereses individuales de los consumidores de alta capacidad económica que contratan productos financieros especulativos de alto valor económico, que no pueden considerarse de uso común, ordinario y generalizado.

En cambio, el Tribunal de Justicia considera que respecto del derecho a la justicia gratuita, no hay normativa europea sobre la concesión de la asistencia jurídica gratuita a las asociaciones de consumidores cuando litigan en interés de los consumidores en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/39 por lo que «corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales normas, en virtud del principio de autonomía procesal, con la condición, no obstante, de que estas normas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión (principio de efectividad)».

No obstante, el Tribunal de Justicia matiza los límites del principio de efectividad de tal modo que, puntualiza, que los depósitos judiciales que una asociación deba abonar si no disfruta de asistencia jurídica gratuita no pueden constituir costes insuperables que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de recurso.

En cuanto a las distintas vicisitudes de las cláusulas abusivas frente a los consumidores, la *sentencia MF / Banco Santander*, C-230/24, se pronuncia sobre si el plazo de prescripción de cinco años de la acción reparatoria de lo indebidamente pagado por cláusulas abusivas establecido por el Derecho español respeta el Derecho europeo, es decir, el principio de equivalencia.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña le pidió al Tribunal de Justicia mediante un auto de 12 de marzo de 2024 que interpretase la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El Tribunal de Justicia considera, por una parte, que «la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes».

Ahora bien, por otra parte, el Tribunal de Justicia admite que «la protección del consumidor no es absoluta y que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión».

Por tanto, en principio, el plazo de cinco años de prescripción aplicable en el Derecho español es conforme con la Directiva sobre las cláusulas abu-

sivas sin que, por lo demás, se vulnere el referido principio de equivalencia, es decir, dado que el referido plazo de cinco años no es menos favorable que el aplicable a recursos similares del Derecho español.

El Tribunal de Justicia resuelve en la *sentencia Abanca Corporación Bancaria*, C-6/24 y C-231/24, las cuestiones procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña en relación con la Directiva 93/13/CEE a la cláusula de vencimiento anticipado.

Se trataba de dos préstamos personales de 10.600 euros y de 6.000 euros reembolsables en cinco y ocho años, respectivamente, en los que se preveía una cláusula conforme a la cual en caso de falta de pago, la entidad bancaria podía declarar el vencimiento anticipado del préstamo haciendo inmediatamente exigibles las cantidades adeudadas.

La primera cuestión plantea que si bien la normativa española no regula las causas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo personal, a diferencia de lo que sucede con los contratos de préstamo hipotecario, la cláusula controvertida incluida en los contratos de préstamo prevé un medio para que el consumidor evite el vencimiento anticipado del préstamo o ponga remedio a los efectos del mismo abonando las cantidades debidas en concepto del préstamo dentro del plazo de un mes a partir del requerimiento notificado por la entidad bancaria, en línea con lo previsto por esa normativa relativa a los contratos de préstamo hipotecario.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Estos criterios no son acumulativos ni alternativos sino que forman parte del conjunto de circunstancias que concurren en la celebración del contrato y que el juez nacional debe examinar para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual.

La segunda cuestión se refiere a si es razonable el plazo de un mes fijado por la cláusula de vencimiento anticipado.

El Tribunal de Justicia considera que la cláusula de vencimiento anticipado sería abusiva dependiendo de que el consumidor incumpla una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual, si el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia y si el Derecho nacional o una cláusula contractual ofrecen al consumidor medios adecuados y eficaces que le permitan evitar la aplicación de una cláusula de vencimiento anticipado o poner remedio a sus efectos.

Para estos dos supuestos, el Tribunal de Justicia constata que el incumplimiento del pago de las cuotas de amortización del préstamo reviste un carácter esencial en el marco de la relación contractual y un carácter suficientemente grave habida cuenta de la duración y del importe del préstamo.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia le dice al juez gallego que puede útilmente tomar en consideración, en particular, la circunstancia de que el plazo de regularización sea materialmente suficiente para permitir al consumidor realizar la operación de pago requerida.

Las sentencias *FG / Caja Rural de Navarra*, C-699/23, y *Justa / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, C-39/24, dictadas el mismo día por el Tribunal de Justicia, responden las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Donostia — San Sebastián y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Ceuta, respectivamente.

En ambos casos se ponía en tela de juicio la interpretación dada por el Tribunal Supremo a las cláusulas abusivas en la comisión de apertura de un préstamo hipotecario (TS, Sala 1^a, sentencia de 29 de mayo de 2023, ECLI:ES:TS:2023:2131) conforme a la cual la cláusula que establece una comisión de apertura, que retribuye los gastos de estudio, de concesión o de tramitación de un préstamo o crédito hipotecario, no es en sí misma abusiva.

La cuestión procedente de San Sebastián planteaba diez preguntas de las cuales dos fueron inadmitidas por no guardar relación con el litigio. En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal de Justicia no pone objeción a que por la apertura se cobren 588,70 euros, que corresponden al 0,35% del importe del préstamo concedido, a saber, la cantidad de 168.200 euros, reembolsable durante un período de treinta años.

El reenvío procedente de Ceuta formula solo dos preguntas de las que el Tribunal de Justicia inadmite una por no tener relación con el litigio y enjuicia la cuestión de si es abusiva la cláusula que impone al prestatario una comisión de apertura de 435 euros, que corresponde al 0,25% del importe del préstamo concedido.

La respuesta es que, en principio, la cláusula no es abusiva porque «satisface la exigencia de transparencia una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional, estipula el pago por el consumidor de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación de un préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, que no contiene la descripción detallada de la naturaleza de esos servicios ni la indicación del tiempo dedicado a prestarlos, siempre que el consumidor esté en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se deriven para él, de comprender la

naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos por la referida cláusula y de comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos por el contrato o entre los servicios que dichos gastos retribuyen».

IV. Relación de las sentencias comentadas

1. TJUE, sentencia de 19 de diciembre de 2024, Vivacom Bulgaria, C-369/23, ECLI:EU:C:2024:1043 (composición de la formación judicial que conoce de la responsabilidad del mismo tribunal por violación del Derecho de la UE).
2. TJUE, sentencia de 9 de enero de 2025, Dirección General Tributaria de Chequia (Česká republika – Generální finanční ředitelství), C-578/23, ECLI:EU:C:2025:4 (procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación).
3. TJUE, sentencia de 16 de enero de 2025, Banco de Santander / Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales-Auge (representación de los consumidores individuales), C-346/23, ECLI:EU:C:2025:13.
4. TJUE, sentencia de 16 de enero de 2025, DYKA Plastics NV, C-424/23, ECLI:EU:C:2025:15 (contratos públicos y especificaciones técnicas).
5. TJUE, sentencia de 16 de enero de 2025, Ministarstvo financija (Beca Erasmus+), C-277/23, ECLI:EU:C:2025:18 (tributación de una madre como consecuencia de la beca Erasmus del hijo).
6. TJUE, sentencia de 16 de enero de 2025, Scai Srl / Regione Campania, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23 (recuperación de ayudas de Estado de terceras empresas).
7. TJUE (Gran Sala), sentencia de 28 de enero de 2025, ASG 2 / Land Nordrhein-Westfalen, C-253/23, ECLI:EU:C:2025:40 (acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia).
8. TJUE (Gran Sala), sentencia de 4 de febrero de 2025, Keren, C-158/23, ECLI:EU:C:2025:52 (examen de integración cívica de solicitantes de asilo).
9. TJUE, sentencia de 6 de febrero de 2025, Przedsiębiorstwo A. (plazo de pago de 120 días fijado unilateralmente por el deudor), C-677/22, ECLI:EU:C:2025:58.
10. TJUE, sentencia de 13 de febrero de 2025, Latvijas Sabiedriskais Autobuss SIA, C-684/23, ECLI:EU:C:2025:90 (procedimiento abierto de licitación de un contrato de transporte público en autobús y operadores internos).
11. TJUE (Gran Sala), sentencia de 25 de febrero de 2025, Sąd Rejonowy w Białymstoku Adoreiké C-146/23 y C-374/23, ECLI:EU:C:2025:109 (independencia económica de los jueces en Polonia y Lituania).
12. TJUE, sentencia de 27 de febrero de 2025, Sinalov, C-16/24, ECLI:EU:C:2025:116 (tutela judicial efectiva y reparto de asuntos).
13. TJUE, sentencia de 6 de marzo de 2025, D.K., C-647/21 y C-648/21, ECLI:EU:C:2025:143 (posibilidad de la Sala de Gobierno de un tribunal de apartar a un juez de los asuntos asignados).

14. TJUE, sentencia de 6 de marzo de 2025, Obshtina Veliko Tarnovo, C-471/23, ECLI:EU:C:2025:155 (corrección financiera por infracción de una normativa búlgara sobre contratos públicos).
15. TJUE, sentencia de 6 de marzo de 2025, NOV ZHIVOT 1919 NCh, C-620/23, ECLI:EU:C:2025:160 (devolución por el beneficiario de los importes abonados como consecuencia de una irregularidad).
16. TJUE, sentencia de 13 de marzo de 2025, MF / Banco Santander, C-230/24, ECLI:EU:C:2025:177 (prescripción de la acción restitutoria de las cantidades indebidamente pagadas por cláusulas abusivas).
17. TJUE, sentencia de 20 de marzo de 2025, Arce, C-365/23, ECLI:EU:C:2025:192 (contratos de jóvenes promesas del deporte y cláusulas abusivas).
18. TJUE, auto de 24 de marzo de 2025, Blanca / Cajasur Banco, C-443/24, ECLI:EU:C:2025:253 (inadmisibilidad de cuestión prejudicial por no exponer el contexto fáctico y normativo del litigio principal).
19. TJUE, sentencia de 27 de marzo de 2025, Comisión / Italia, C-515/23, ECLI:EU:C:2025:209 (multas por incumplir la Directiva sobre tratamiento de aguas residuales urbanas).
20. TJUE (Gran Sala), sentencia de 3 de abril de 2025, Alchaster II, C-743/24, ECLI:EU:C:2025:230 (legalidad de las penas y ejecución de las penas).
21. TJUE, sentencia de 3 de abril de 2025, Swiftair, C-701/23, ECLI:EU:C:2025:237 (inadmisibilidad por no acreditar que se aplique el Derecho UE).
22. TJUE (Gran Sala), sentencia de 8 de abril de 2025, I.R.O. y F.J.L.R. (control judicial de actos procesales de la Fiscalía Europea), C-292/23, ECLI:EU:C:2025:255.
23. TJUE, sentencia de 10 de abril de 2025, Sangas, C-481/23, ECLI:EU:C:2025:259 (orden de detención europea remitida por la Audiencia Nacional a los tribunales rumanos).
24. TJUE, sentencia de 10 de abril de 2025, Alcampo, C-584/23, ECLI:EU:C:2025:261 (cálculo de la pensión de incapacidad por accidente durante la reducción de jornada).
25. TJUE, sentencia de 10 de abril de 2025, Amilla, C-723/23, ECLI:EU:C:2025:262 (exoneración de deudas de personas físicas insolventes).
26. TJUE, auto de 28 de abril de 2025, Ayuntamiento de Humanes de Madrid, C-46/24, ECLI:EU:C:2025:289 (exclusión de los créditos públicos de la exoneración de deudas).
27. TJUE (Gran Sala), sentencia de 29 de abril de 2025, Comisión / Malta (ciudadanía de la Unión para inversores) C-181/23, ECLI:EU:C:2025:283.
28. TJUE (Gran Sala), sentencia de 29 de abril de 2025, Fastned Deutschland / Die Autobahn GmbH des Bundes, C-452/23, ECLI:EU:C:2025:284 (concesiones adjudicadas a una entidad *in house*).
29. TJUE (Gran Sala), sentencia de 29 de abril de 2025, Prezydent Miasta Mielca, C-453/23, ECLI:EU:C:2025:285 (ventaja selectiva a través de una exención fiscal del impuesto de bienes inmuebles).
30. TJUE, sentencia de 30 de abril de 2025, FG / Caja Rural de Navarra, C-699/23, ECLI:EU:C:2025:297 (cláusula abusiva en la comisión de apertura de un préstamo hipotecario).

31. TJUE, sentencia de 30 de abril de 2025, y Justa / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-39/24, ECLI:EU:C:2025:298 (cláusula abusiva en la comisión de apertura de un préstamo hipotecario).
32. TJUE, sentencia de 30 de abril de 2025, Inspección del Consejo Superior del Poder Judicial (Inspektorat kam Visshia sadeben savet), C-313/23 y C-316/23, ECLI:EU:C:2025:303 (derecho disciplinario e independencia judicial).
33. TJUE, sentencia de 8 de mayo de 2025, Baraño, C-530/23, ECLI:EU:C:2025:322 (derecho a la asistencia letrada y del derecho a la asistencia jurídica gratuita de una persona vulnerable con trastornos mentales).
34. TJUE, sentencia de 8 de mayo de 2025, Abanca Corporación Bancaria / WE y VX, C-6/24 y C-231/24, ECLI:EU:C:2025:333 (cláusula de vencimiento anticipado).
35. TJUE, sentencia de 15 de mayo de 2025, C-623/23, Melbán y Sergamo, C-623/23 y C-626/23, ECLI:EU:C:2025:358 (complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género).
36. TJUE, sentencia de 22 de mayo de 2025, ÖBB-Infrastruktur y WESTbahn Management / Schienen-Control Kommission, C-538/23, ECLI:EU:C:2025:367 (recargos de los cánones por utilización de la infraestructura ferroviaria).
37. TJUE (Gran Sala), sentencia de 3 de junio de 2025, Kinsa, C-460/23, ECLI:EU:C:2025:392 (persona que introduce ilegalmente en la UE a menores nacionales de terceros países y sobre los que ejerce la custodia efectiva).
38. TJUE, sentencia de 5 de junio de 2025, Curtea de Apel București (supresión de una indemnización por jubilación a los jueces y fiscales), C-762/23, ECLI:EU:C:2025:400.

Sobre el autor

David Ordóñez Solís es magistrado y presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, doctor en Derecho, licenciado especial en Derecho europeo por la Universidad Libre de Bruselas y miembro de la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial desde 2006. De 2014 a 2025 formó parte de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial de la que fue su secretario ejecutivo de 2018 a 2025. De sus publicaciones destacan estos libros: *La ejecución del Derecho comunitario en España* (1993); *La contratación pública en la Unión Europea* (2002); *Jueces, derecho y política* (2004); *Intervención pública, libre competencia y control jurisdiccional en el mercado único europeo* (2004); *Administraciones, ayudas de Estado y fondos europeos* (2006); *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global* (2006), *El estatuto administrativo de los extranjeros en España en clave judicial* (2008), *La prueba en el procedimiento contencioso-administrativo* (2011), *Privacidad y protección judicial de los datos personales* (2011), *La protección judicial de los derechos en Internet en la jurisprudencia europea* (2014); e *Introducción a la Ética judicial* (2022).

About the author

David Ordóñez Solís is a judge and president of the Administrative Section of the High Court of Justice of Asturias, PhD in Law, special degree in European Law from the Free University of Brussels and member of the Network of Specialists in European Union Law of the Spanish Council for the Judiciary. He has been member of the Ibero-American Commission on Judicial Ethics (2014-2025), acting as its Executive Secretary from 2018 to 2025. These books stand out from his publications: *The Implementation of Community law in Spain* (1993); *Public procurement in the European Union* (2002); *Judges, Law and Politics* (2004); *Public intervention, free competition and judicial review in the European single market* (2004); *Administrations, State aid and European funds* (2006); *Judicial cosmopolitanism in a global society* (2006), *The administrative status of foreigners in Spain and judicial review* (2008), *Evidences and judicial review* (2011), *Privacy and judicial protection of personal data* (2011), *Judicial protection of rights on the Internet in European case-law* (2014); and *Introduction to Judicial Ethics* (2022).

Crónica

Actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea (julio de 2025)

Pablo Rodríguez Talavera

Profesor de Deusto Business School, Universidad de Deusto (España)

doi: <https://doi.org/10.18543/ced.3355>

Publicado en línea: octubre de 2025

Sumario: I. El Estado de la Integración. 1. Presidencia rotatoria del Consejo de la Unión Europea: Polonia. 2. Proceso de adhesión de Ucrania y Moldavia. 3. Aplicación del Pacto de Migración y Asilo. 4. Estado de la Unión y prioridades estratégicas. 5. Cooperación estructurada permanente (PESCO) y defensa europea.—II. Cuestiones generales de la actualidad económica. 1. Política monetaria y bajada de tipos del BCE. 2. Reforma del Pacto de Estabilidad y Gobernanza Económica. 3. Reforma del mercado eléctrico europeo. 4. Estrategia industrial y competitividad europea. 5. Ejecución del Plan de Recuperación y Resiliencia. 6. Mercado laboral y productividad. 7. Autonomía digital y regulación tecnológica. 8. Transición energética y climática. 9. Fiscalidad verde y sostenibilidad presupuestaria. 10. Integración financiera y Unión de Mercados de Capitales.

Resumen: Durante el primer semestre de 2025, la Unión Europea ha atravesado un periodo de transición clave: la presidencia rotatoria polaca ha puesto el acento en seguridad y competitividad, el Banco Central Europeo ha continuado el ciclo de bajadas de tipos, y la reforma del mercado eléctrico ha consolidado un nuevo marco de protección al consumidor. Para España, estos seis meses han significado aprovechar la apertura fiscal europea para sostener la inversión verde, reforzar su papel en la ampliación oriental y afianzar su liderazgo en energías renovables.

Al mismo tiempo, la agenda comunitaria ha exigido una coordinación sin precedentes entre instituciones, empresas y regiones: planes fiscales-estructurales a medida, despliegue del Pacto de Migración y Asilo, impulso de la Unión de Mercados de Capitales y primeros pasos prácticos del euro digital. Este informe examina cómo esas decisiones han impactado en la economía española y qué oportunidades y riesgos se vislumbran para el segundo semestre del año.

Palabras clave: Política económica europea, Presidencia polaca, Reforma eléctrica, BCE, Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), Transición energética.

Abstract: Throughout the first half of 2025, the European Union has entered a pivotal transition: Poland's rotating Presidency has prioritised security and competitiveness, the European Central Bank has continued the rate-cutting cycle, and the electricity-market reform has established stronger consumer protection. For

Spain, these six months have meant using the new fiscal framework to uphold green investment, strengthening its role in the eastern enlargement process and consolidating its leadership in renewables.

At the same time, the EU agenda has required unprecedented coordination among institutions, businesses and regions: tailor-made fiscal-structural plans, roll-out of the Migration and Asylum Pact, a fresh push for the Capital Markets Union and the first practical steps towards a digital euro. This report analyses how those decisions have affected the Spanish economy and what opportunities and risks lie ahead for the second half of the year.

Keywords: *EU economic policy, Polish Presidency, Electricity reform, ECB, Stability and Growth Pact (SGP), Energy transition.*

I. El estado de la integración

1. *Presidencia rotatoria del Consejo de la Unión Europea: Polonia*

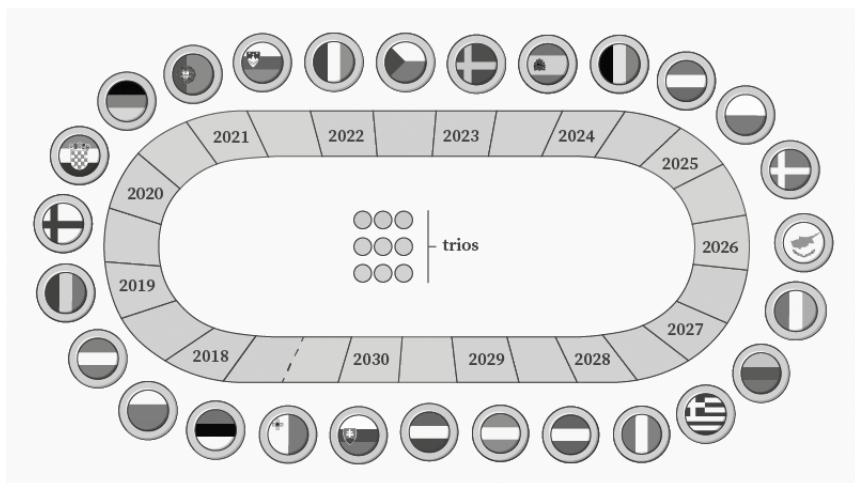
La presidencia polaca ha inaugurado 2025 con el lema «*Seguridad, Competitividad, Cohesión*», reflejando tanto su realidad geopolítica como sus ambiciones económicas. Desde enero, Varsovia ha impulsado un calendario intenso de Consejos formales e informales, priorizando la industria de defensa, la política de cohesión y la simplificación regulatoria para pymes. El programa semestral, publicado en la web del Consejo, ha señalado que la autonomía estratégica europea debe apoyarse en cadenas de valor resilientes y en una coordinación presupuestaria que no socave la convergencia. (Ver más en: <https://polish-presidency.consilium.europa.eu/en/programme/programme-of-the-presidency/>)

España ha acogido positivamente el enfoque porque coincide con sus propias prioridades de reindustrialización y cohesión territorial. El Ministerio de Industria español ha participado de forma activa en las reuniones del Consejo Competitividad, subrayando que la reducción de plazos para licencias industriales beneficiará especialmente a regiones en transición energética. Paralelamente, la Secretaría de Estado para la UE ha coordinado reuniones preparatorias con comunidades autónomas para alinear posiciones antes de cada encuentro ministerial.

En materia de seguridad y defensa, la presidencia convocó en abril un Consejo informal en Varsovia centrado en movilidad militar y logística dual. España ha aportado su experiencia portuaria y ha propuesto usar puertos de la fachada atlántica en ejercicios de despliegue rápido, lo que ha reforzado la visibilidad del país como hub logístico. El Ministerio de Defensa polaco, en su comunicado final, ha destacado la interoperabilidad con socios mediterráneos como elemento clave para la cohesión transatlántica.

La competitividad industrial ha ocupado también la agenda económica. En la conferencia «EU Industrial Days» de junio, la presidencia ha presentado una propuesta piloto de ventanilla única para grandes proyectos Net-Zero con un compromiso de respuesta administrativa en 12 meses. El vicepresidente de la Comisión responsable de Industria ha respaldado la iniciativa y ha invitado a los Estados a adoptar estándares comunes. España ha anunciado que replicará el modelo en sus propias «oficinas de aceleración» autonómicas.

Polonia ha defendido la continuidad de la política de cohesión en el próximo Marco Financiero Plurianual (MFP 2028-2034) y ha pedido un fondo pre-cohesión para los países candidatos. España ha coincidido, señalando que la ampliación no debería restar recursos a las regiones más vulnerables de la península. El debate se ha cristalizado en un documento de trabajo que la Comisión presentará oficialmente en otoño.



Fuente: <https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/presidency-council-eu/>

Por último, la relación con el Parlamento Europeo ha resultado fluida: la ministra polaca de Asuntos Europeos ha comparecido dos veces ante la Comisión AFCO para explicar logros y retos. En junio, Varsovia ha entregado un balance intermedio que recoge 32 acuerdos parciales generales y destaca el progreso en los dosieres de energía, mercado interior y gobernanza económica. Madrid ha elogiado la eficacia negociadora de la presidencia, subrayando que la coordinación con el trío Polonia-Dinamarca-Chipre «ha sentado bases sólidas» para el segundo semestre.

2. Proceso de adhesión de Ucrania y Moldavia

En el primer semestre de 2025 la Comisión ha completado el «screening» horizontal y técnico de diez capítulos del acervo para Ucrania y Moldavia. Los equipos negociadores han celebrado en Bruselas y Luxemburgo más de 40 reuniones temáticas, centradas sobre todo en estadística, ciencia e investigación, medio ambiente y mercado interior. A mediados de marzo, el Consejo de Asuntos Generales ha tomado nota del progreso y ha encargado hojas de ruta detalladas por capítulo. (Ver más en: <https://newunionpost.eu/2025/05/20/ukraine-first-cluster-eu-accession/>)

España ha reforzado su presencia institucional abriendo un «desk» específico en su Representación Permanente ante la UE para seguimiento de la ampliación oriental. Además, ICEX ha organizado dos misiones empresariales a Kiev enfocadas en rehabilitación de infraestructuras ferroviarias y energías limpias. Desde la AECID se ha firmado un memorando de entendimiento con el Ministerio ucraniano de Infraestructura para cooperar en gestión de residuos bélicos y reconstrucción urbana resiliente.

El componente presupuestario ha suscitado debate. En abril, la Dirección General de Presupuesto ha presentado un estudio preliminar que estima un impacto neto de 0,1% del PIB europeo anual si Ucrania ingresa antes de 2030. España ha advertido que la cifra podría variar según la evolución de la guerra y ha defendido un «instrumento de pre-cohesión rural» para modernizar el sector agrario ucraniano sin detraer recursos de la PAC actual. Alemania y Francia han expresado interés en explorar la idea.

Políticamente, la presidencia polaca ha mantenido la cohesión frente a la amenaza rusa. El Consejo Europeo de marzo ha aprobado una prolongación del paquete macrofinanciero para Kiev y ha instado a Moldavia a agilizar reformas judiciales antes de otoño. España ha apoyado ambas decisiones y ha ofrecido expertos del Consejo General del Poder Judicial para talleres de independencia judicial. (Ver más en: <https://newunionpost.eu/2025/05/20/ukraine-first-cluster-eu-accession/>)

La sociedad civil también ha jugado su papel. ONGs españolas han puesto en marcha proyectos de atención psicosocial para desplazados ucranianos reubicados en la UE, y varias universidades han ampliado plazas Erasmus + para estudiantes de ambos países. Dichas iniciativas han contribuido a consolidar la dimensión humana de la ampliación.

Cerrando junio, la Comisión ha confirmado que los primeros capítulos de negociación formales (estadística y ciencia) podrían abrirse en septiembre si se completan ciertos indicadores de Estado de Derecho. España ha reiterado su disposición a facilitar asistencia técnica y a impulsar una conferencia de donantes para infraestructura crítica en Odesa.

3. *Aplicación del Pacto de Migración y Asilo*

El nuevo Pacto de Migración y Asilo ha iniciado su despliegue operativo en febrero. Los veintisiete Estados han remitido sus Planes Nacionales de Solidaridad: 19 combinan acogida de solicitantes y contribución financiera, y ocho optan casi exclusivamente por la vía económica. España ha

presentado un modelo mixto —reubicación y fondos— subrayando la importancia de compartir responsabilidades.

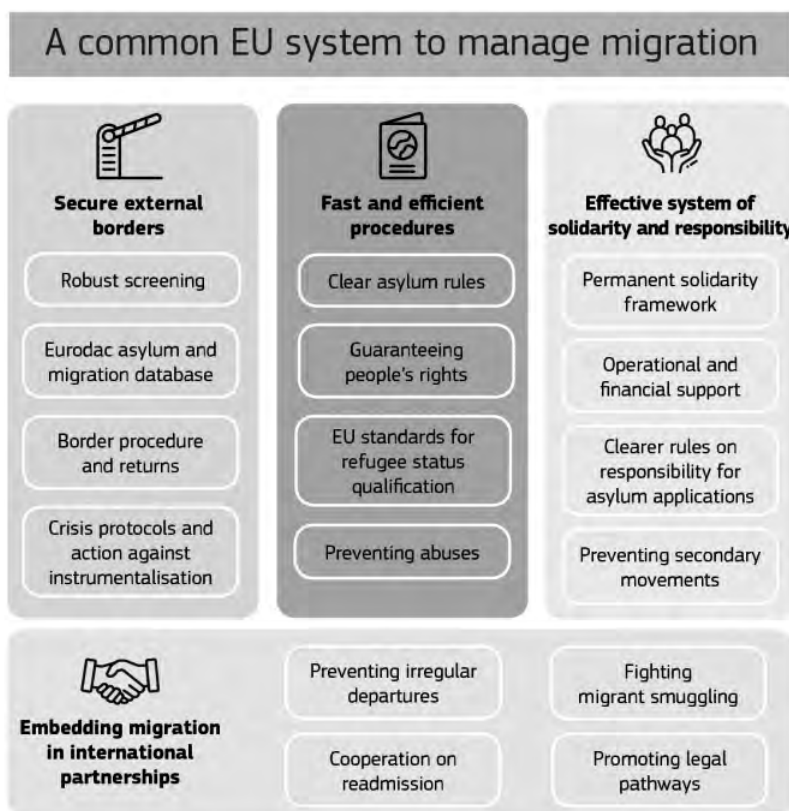
La Agencia Europea de Asilo (EUAA) ha desplegado equipos en Canarias y en la isla italiana de Lampedusa para implementar los procedimientos en frontera reforzados. Interior ha digitalizado los expedientes de asilo y ha enlazado su sistema con la nueva plataforma Eurodac 2, reduciendo los tiempos de registro a menos de 48 horas. Las autoridades locales han destacado la mejora, aunque ONGs piden reforzar la asistencia jurídica.

El mecanismo de «contribución sustitutoria» ha centrado el debate ministerial. España ha defendido ajustar la cuantía al PIB per cápita, argumentando que una cifra fija puede ser regresiva. Polonia y Hungría han preferido mantener un importe estándar. La presidencia polaca ha encargado a la Comisión un informe de impacto que se discutirá en octubre.

En marzo, el Fondo para la Gestión Integrada de Fronteras ha liberado recursos adicionales para infraestructuras de control en el Estrecho. El Gobierno español ha destinado parte de la financiación a modernizar el Centro de Coordinación SIVE en Cádiz e instalar nuevos sensores en la costa granadina. Frontex ha elogiado la actualización tecnológica como ejemplo de buenas prácticas. (Ver más en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2025/767218/EPRS_BRI%282025%29767218_EN.pdf)

Paralelamente, se ha reforzado la dimensión externa. Bruselas ha ampliado el acuerdo de movilidad legal con Egipto, incluyendo plazas para migración circular en agricultura y turismo. España ha anunciado 1 500 visados anuales en ese marco, condicionados a formación previa en el país de origen.

La Comisión ha prometido publicar antes de verano orientaciones para garantizar derechos fundamentales en los nuevos procedimientos de frontera. El Defensor del Pueblo español ha valorado la intención y ha solicitado participar en la fase de consulta pública.



Fuente: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/pact-migration-and-asylum_en

4. Estado de la Unión y prioridades estratégicas

Entre enero y junio la Comisión ha organizado cinco talleres temáticos y un retiro ministerial en Varsovia para perfilar el discurso que Ursula von der Leyen pronunciará en septiembre. Las grandes líneas —competitividad, seguridad, autonomía energética y gobernanza de la IA— han sido validadas por los Estados miembros.

España ha propuesto incluir un apartado específico de cohesión social y ha presentado un non-paper respaldado por Portugal, Grecia y Croacia. Fuentes de la Secretaría General de la Comisión han confirmado que la idea «ha ganado» tracción y que el borrador preliminar ya incorpora referencias al Pilar Europeo de Derechos Sociales.

En abril, la Dirección General de Presupuesto ha encargado un estudio sobre el impacto de la ampliación en el MFP 2028-2034. El análisis preliminar ha indicado la necesidad de nuevos recursos propios, entre ellos la posible extensión del mecanismo de ajuste de carbono en frontera. Hacienda española ha visto con buenos ojos la propuesta, siempre que se garantice que la industria nacional no sufra desventajas competitivas.

Von der Leyen ha sostenido dos reuniones bilaterales con la presidencia polaca; en ambas ha reconocido la prioridad que Varsovia otorga a la autonomía energética. Madrid ha coincidido y ha recordado que los corredores de hidrógeno peninsulares pueden jugar un papel clave.

El Parlamento Europeo ha adoptado en mayo una resolución exhortando a la Comisión a intensificar la lucha contra la desinformación de cara a las elecciones de 2026. Eurodiputados españoles han impulsado enmiendas para financiar un observatorio europeo de algoritmos. La Comisión ha prometido evaluar la propuesta.

A finales de junio, la Secretaría General ha confirmado que el borrador final se presentará al Colegio de Comisarios el 28 de agosto. Von der Leyen ha indicado que el discurso tendrá un enfoque «audaz, pero anclado en la responsabilidad fiscal», cumpliendo la línea que la Comisión ha mantenido en todo el semestre. (Ver más en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/et/speech_25_404)

5. Cooperación estructurada permanente (PESCO) y defensa europea

El Consejo de Asuntos Exteriores (Defensa) del 20 de mayo ha revisado la lista de proyectos PESCO y ha declarado nueve de ellos «de alta prioridad». Entre ellos figura el Sistema Europeo de Vigilancia Marítima, donde España ha aportado patrulleros y experiencia en sensores costeros.

La Agencia Europea de Defensa ha lanzado en abril un programa de compras conjuntas de munición inteligente. España ha mostrado interés, siempre que la inversión se considere estratégica y pueda beneficiarse de un tratamiento fiscal favorable. Algunos Estados «frugales» han solicitado un techo de gasto; la discusión se retomará en otoño.

En materia de sostenibilidad, Bruselas ha abierto consulta sobre clasificar ciertos proyectos militares como «verdes» si reducen huella de carbono. Madrid ha apoyado la idea y ha ofrecido datos de su programa de fragatas F-110, que incorpora sistemas de propulsión híbrida.

El BEI presentó en junio su primera línea piloto de crédito para industria dual de bajas emisiones. Fabricantes aeronáuticos españoles han mostrado interés en financiar prototipos de drones de observación con celdas de combustible.

Durante la primera mitad del año la OTAN ha ejecutado el ejercicio «Steadfast Defender 25»; contingentes españoles han participado en maniobras logísticas en Polonia, demostrando interoperabilidad. La ministra de Defensa española ha subrayado que la cooperación UE-OTAN «ha alcanzado» un nivel de coordinación sin precedentes.

Cerrando el semestre, la presidencia polaca ha anunciado una conferencia de alto nivel sobre clima y defensa para septiembre, invitando a España a co-presidir un panel sobre combustibles sintéticos. Madrid ha aceptado y ha adelantado que presentará proyectos de biocombustibles navales desarrollados en Cartagena. (Ver más en: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2025/05/27/eu-defence-readiness-council-launches-6th-wave-of-new-pesco-projects/>)

II. Cuestiones generales de la actualidad económica

1. *Política monetaria y bajada de tipos del BCE*

El Banco Central Europeo ha culminado en junio su giro acomodaticio al fijar la facilidad de depósito en el 2%, tras dos recortes consecutivos desde marzo. Christine Lagarde ha insistido en que se trata de una «normalización ordenada» apoyada en la caída de la inflación subyacente al entorno del 2%. Según el Monetary Policy Statement de 5-VI-2025, la institución ha señalado que el mercado laboral sigue tensionado, pero los riesgos de segunda ronda se han moderado gracias a la contención de expectativas salariales. (Ver más en: <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2025/html/ecb.mp250306~d4340800b3.en.html>)

Para España, la bajada ha supuesto un alivio financiero tangible. El Tesoro ha colocado letras a doce meses por debajo del 2,4% frente al 3% de enero, reduciendo la factura de intereses y facilitando el calendario de emisiones ligado al Plan de Recuperación. Las familias con hipotecas variables han empezado a notar descensos de 35-40 € mensuales, mientras las pymes exportadoras han renegociado líneas de circulante con spreads 50 puntos básicos menores. No obstante, el Banco de España ha advertido de que el crédito al consumo crece por encima del 9% interanual y exige seguimiento.

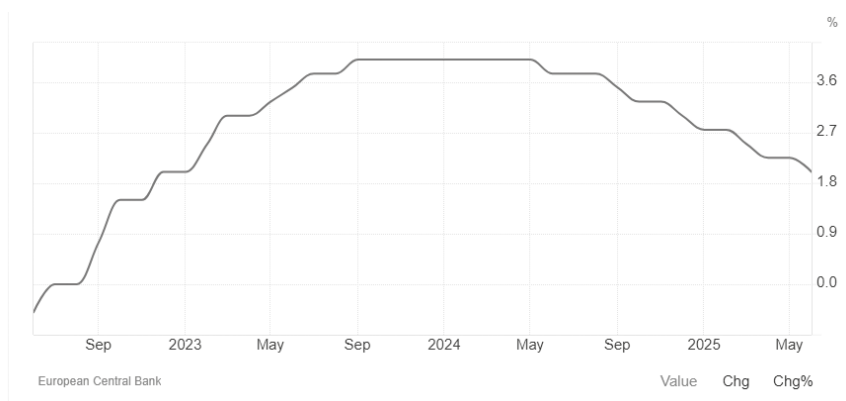
En el plano bancario, la mayor liquidez ha permitido a las entidades lanzar hipotecas mixtas «3+27» con tipos de arranque inferiores al 2,5%; la competencia se ha trasladado a préstamos verdes, donde Santander y Caixa-Bank han inaugurado productos que bonifican viviendas con certificado energético A. El Mecanismo Único de Supervisión ha alentado la tendencia, recordando que los activos alineados con la transición reciben mejores ponderaciones de riesgo.

Los gobiernos periféricos, incluida España, han aprovechado la ventana de tipos bajos para alargar la duración media de la deuda. El Tesoro ha emitido un bono verde a 20 años con demanda de cuatro veces la oferta, lo que ha confirmado el apetito inversor por papel soberano alineado con la Agenda 2030. Economistas recuerdan que cada décima de Euríbor ahorrada equivale a unos 1 100 millones al año en intereses estatales —margen que el ministerio de Hacienda pretende destinar a amortizar deuda.

Aun así, el debate sobre la «pausa» de julio ha dividido al consejo: los gobernadores de Países Bajos y Austria han defendido esperar nuevos datos de salarios, mientras España y Francia han apoyado una tercera bajada si el IPCA se consolida. El BCE ha reiterado que su hoja de ruta dependerá de la energía y de la guerra de Ucrania; un repunte del crudo por tensiones en Oriente Medio obligaría a recalibrar.

Los sindicatos españoles, al renegociar convenios, han aceptado cláusulas de revisión salarial supeditadas a la inflación efectiva —no esperada—, señal de que la desindexación gana terreno. Por su parte, la CEOE ha puesto deberes: si los tipos siguen bajando quiere acelerar deducciones fiscales a I+D para sostener competitividad sin recurrir sólo al coste financiero.

En conclusión, la política monetaria europea ha entrado en fase de ajuste fino: suficiente flexibilidad para apuntalar el crecimiento, pero con el ojo puesto en desequilibrios sectoriales. España ha ganado margen presupuestario, pero el Gobierno sabe que la laxitud del BCE no exime de mantener la senda de consolidación pactada con Bruselas.



Fuente: <https://tradingeconomics.com/euro-area/deposit-interest-rate>

2. *Reforma del Pacto de Estabilidad y Gobernanza Económica*

El Reglamento de Gobernanza Económica ha entrado plenamente en vigor el 1-I-2025, sustituyendo al viejo Pacto de Estabilidad por planes fiscales-estructurales a medida. España ha remitido su documento el 17-V tras un proceso de consulta con comunidades autónomas y agentes sociales; el plan proyecta llevar el déficit al 3% en 2027 sin recortar inversión verde ni digital. Bruselas ha valorado el equilibrio entre ajuste y crecimiento, pero ha reclamado hitos claros en la reforma de pensiones y mercado laboral sénior.

La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) ha aplaudido la flexibilidad, pero ha pedido anclar las previsiones con cuadros de mando trimestrales públicos. En respuesta, Hacienda ha prometido publicar un «dashboard» ciudadano que muestre deuda, déficit e inversión estratégica en tiempo real, inspirándose en el Recovery and Resilience Scoreboard de la Comisión.

En el plano político interno, el Congreso convocó una sesión monográfica donde Gobierno y oposición coincidieron en preservar el gasto productivo, aunque discrepaban sobre los plazos de consolidación. Las autonomías reclamaron incentivos claros para proyectos cofinanciados y certezas sobre la regla de gasto subnacional, que ahora deberá alinearse con el techo agregado de la Administración Central.

El Eurogrupo ha debatido cómo etiquetar inversión estratégica. España, Francia e Italia han defendido incluir I+D, educación y defensa dual; Países Bajos y Suecia prefieren acotar a clima y digital. El compromiso provisional apunta a un catálogo amplio supervisado ex-post por la Comisión, con sanciones reputacionales si se incumpliera. Para Madrid, la clave será garantizar que la etiqueta no derive en «greenwashing fiscal». (Ver más en: https://economy-finance.ec.europa.eu/economic-and-fiscal-governance/stability-and-growth-pact/preventive-arm/national-medium-term-fiscal-structural-plans_en)

La Comisión ha iniciado paralelamente conversaciones sobre nuevos recursos propios: la ampliación oriental y la política industrial exigen una partida estable. España ha sugerido ampliar la tasa de carbono en frontera e introducir un gravamen armonizado al plástico virgen. Alemania no lo descarta, pero exige seguridad jurídica para la industria.

Agencias de rating han acogido con cautela el nuevo marco: valoran la orientación al riesgo y la coherencia con la política monetaria, pero advierten de que la credibilidad dependerá de la ejecución. Por ello, Moncloa ha reiterado que su senda fiscal será refrendada por Presupuestos de ajuste gradual y revisiones semestrales en diálogo con la AIReF.

Cerrando el semestre, la Comisión ha anunciado que en octubre publicará la evaluación preliminar de todos los planes; de su dictamen dependerá el tono de los mercados para el último trimestre. España ha expresado confianza en superar el examen al haber ligado sus promesas a hitos del Plan de Recuperación y a la reforma del sistema de pensiones aprobada en marzo de 2023.

3. *Reforma del mercado eléctrico europeo*

El trío alcanzado el 21 de mayo de 2024 cerró la reforma del mercado eléctrico, centrada en blindar al consumidor frente a choques de precio y facilitar la inversión en renovables. Los contratos por diferencia (CfD) y los Power Purchase Agreements han ganado protagonismo; la norma obliga a los Estados a diseñar esquemas a largo plazo predecibles que establezcan ingresos de nuevas plantas eólicas, solares y nucleares.

Para España, el acuerdo ha supuesto la normalización de la llamada «cláusula ibérica», convertida ahora en salvaguarda excepcional para todo el bloque. El Ministerio de Transición Ecológica ha destacado que la península seguirá usando su singularidad mientras no logre interconexiones suficientes. De hecho, la Comisión ha incluido el proyecto Inelfe II —interconexión submarina cantábrica— en la lista PCI prioritaria, desbloqueando financiación del Mecanismo Conectar Europa.

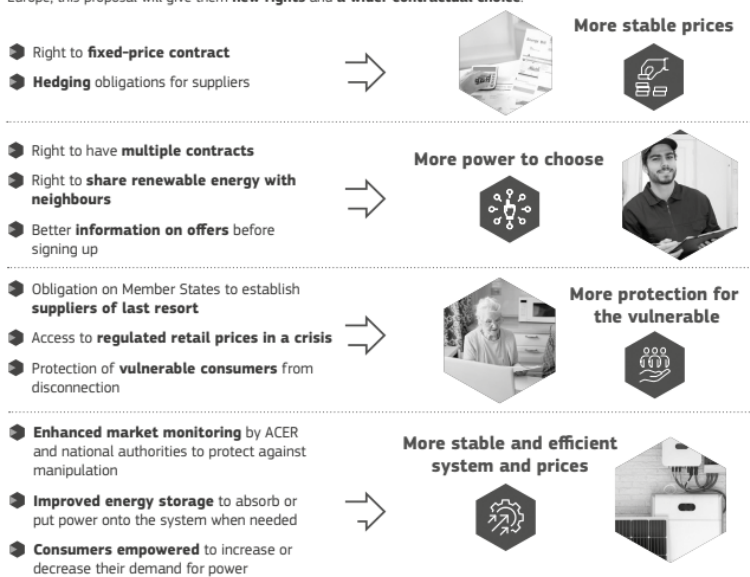
Las eléctricas españolas han reaccionado rápido: Iberdrola ha lanzado la primera subasta corporativa a 15 años para 600 MW fotovoltaicos, mientras Endesa ha anunciado CfD corporativos vinculados a nuevas plantas solares en Extremadura. Estas operaciones dan visibilidad a la cadena de suministro local y reducen la volatilidad de caja, argumento bien recibido por los analistas bursátiles.

El autoconsumo colectivo ha vivido un boom: con la reforma, las comunidades de vecinos pueden compartir excedentes sin peajes hasta 500 m de distancia, y los plazos de conexión se han recortado a menos de cuatro meses. La Asociación Nacional de Autoconsumidores estima que las instalaciones residenciales han duplicado la potencia registrada en el mismo semestre de 2024.

En paralelo, los reguladores han reforzado la protección al consumidor. Las comercializadoras deberán ofrecer al menos un contrato a precio fijo de un año y otro dinámico indexado por franjas horarias. La CNMC ha abierto un registro público en abril donde se comparan tarifas; la transparencia ha provocado la entrada de nuevas empresas «100% renovable» con ofertas competitivas.

CONSUMERS AT THE HEART OF THE REFORM: MORE PROTECTION AND EMPOWERMENT

To better protect consumers from high and volatile prices, such as those exacerbated by Russia's energy war against Europe, this proposal will give them **new rights** and **a wider contractual choice**:



Fuente: https://energy.ec.europa.eu/topics/markets-and-consumers/electricity-market-design_en

Bruselas ha advertido que la intervención de precios sólo se autorizará en caso de choque extremo. El objetivo es evitar distorsiones permanentes que desincentiven la inversión. España, más interesada que nadie en atraer capital a renovables, ha apoyado mantener el mercado marginalista como señal de precio, siempre que los hogares vulnerables queden protegidos. (Ver más en: https://energy.ec.europa.eu/topics/markets-and-consumers/electricity-market-design_en)

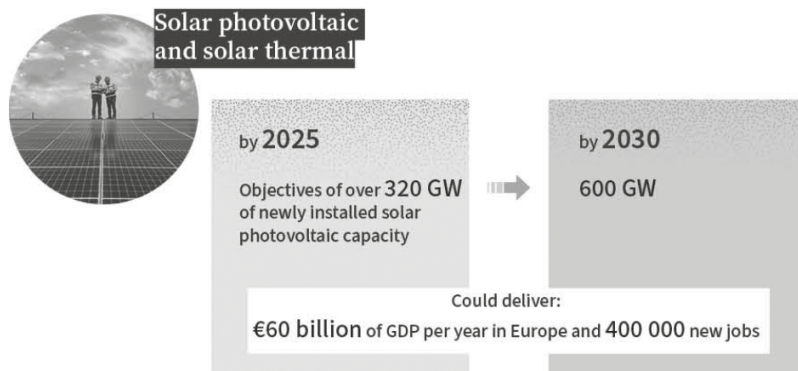
Por último, la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER) ha ganado poderes para investigar la manipulación transfronteriza. Una unidad hispano-francesa investiga desde abril discrepancias de precios a uno u otro lado de la frontera vasca; los resultados se harán públicos antes de octubre.

4. Estrategia industrial y competitividad europea

La Comunicación «*Un Pacto para la Competitividad Europea*», publicada el 6-II, ha sentado las bases de la nueva política industrial comunitaria.

Establece diez indicadores («brújula») que miden desde el tiempo medio de permisos a la cuota de patentes deep-tech europeas. España ha recibido con agrado el foco en agilidad administrativa y ha anunciado un sistema de licencias exprés para proyectos estratégicos alineados con los PERTE. (Ver más en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/green-deal-industrial-plan/net-zero-industry-act_en)

Examples of strategic net-zero technologies



Fuente: <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/net-zero-industry-act/>

El Reglamento Net-Zero Industry Act, aprobado en marzo, ha fijado fabricar en la UE al menos el 40% de tecnologías limpias críticas en 2030. España ha aprovechado para reforzar su PERTE de Microelectrónica II: el consorcio liderado por Bosch y el CSIC ha confirmado que ubicará un centro de diseño de chips de potencia en Zaragoza. Paralelamente, el PERTE Biotech Industrial ha formalizado la construcción de una biorrefinería de PLA en Galicia, con 700 empleos previstos en fase de ejecución.

Las comunidades autónomas compiten por atraer mega fábricas de baterías. Aragón ha ofrecido incentivos fiscales e infraestructuras logísticas para un proyecto de cátodos LFP, mientras la Comunidad Valenciana ha reforzado su candidatura con infraestructuras portuarias y renovables baratas. El Gobierno central ha creado un «Fast Track» interministerial que promete autorización en menos de diez meses.

La Alianza Europea de Materias Primas Críticas ha firmado en abril un memorándum con España para acelerar el proyecto de litio en Cáceres y la planta de reciclaje de imanes permanentes en Euskadi. El acuerdo incluye un fondo de compensación social para garantizar empleo local y restauración ambiental, punto que ha aplacado parte de la oposición vecinal.

Los sindicatos han reclamado planes de formación y salarios dignos. El Ministerio de Trabajo ha lanzado un programa de bonos de capacitación dual, cofinanciado por el RRF, que integra módulos de IA industrial y mantenimiento de electrolizadores. Las patronales del metal ha aplaudido la iniciativa, pero piden que la formación se sincronice con la puesta en marcha de las plantas para no perder competitividad temporal.

Financieramente, el BEI ha anunciado en junio una línea de 3 000 millones para industria dual verde. Empresas aeroespaciales españolas, impulsadas por el hub de Getafe, ha empezado a preparar expedientes para drones de observación de emisiones. El Ministerio de Defensa respalda los proyectos como ejemplo de convergencia clima-defensa.

Queda por cerrarse el Fondo de Soberanía Europeo. España y Francia han defendido emitir deuda conjunta; Alemania prefiere redes nacionales cofinanciadas. La presidencia polaca ha propuesto una fórmula intermedia: garantías europeas sobre emisiones nacionales. El semestre termina sin acuerdo, pero Bruselas promete una propuesta legislativa antes de diciembre.

5. Ejecución del Plan de Recuperación y Resiliencia

A 30 de junio, España ha certificado el 57% de sus fondos RRF y ha desembolsado el 41%, cifras que la sitúan en el grupo medio-alto de ejecución europea. La Comisión, en su informe de primavera, ha reconocido avances en rehabilitación de vivienda y digitalización educativa, pero ha señalado retrasos en los PERTE Naval y Agroalimentario.

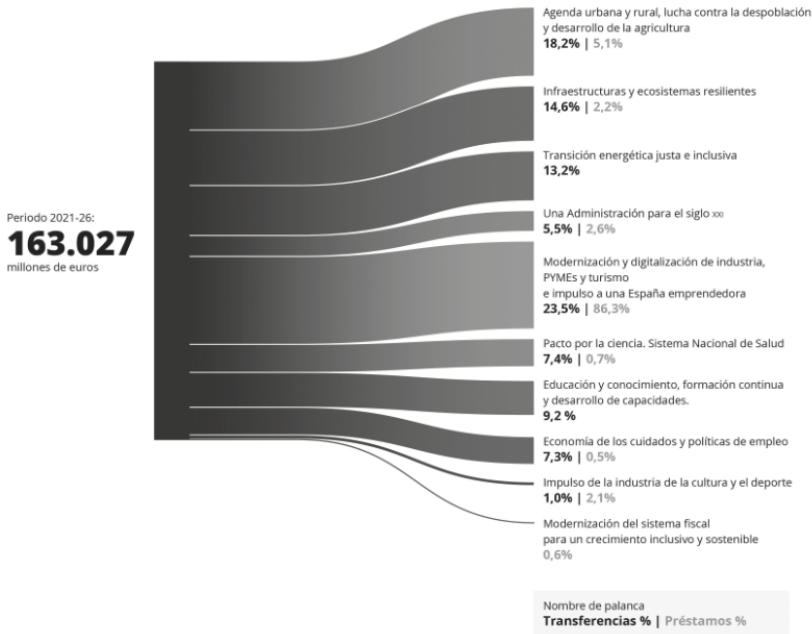
En respuesta, el Gobierno ha reforzado las unidades administrativas autonómicas con más de 1 600 técnicos y ha simplificado la justificación de gasto a través de la plataforma COFFEE, que ahora extrae automáticamente los metadatos de facturas electrónicas. CEOE y Cepyme ha valorado la mejora, aunque siguen pidiendo plazos de licitación más amplios para pymes.

España ha solicitado 17 000 millones adicionales en préstamos RRF destinados a hidrógeno, ciberseguridad y refuerzo de la industria de defensa dual. Bruselas ha concedido luz verde provisional, condicionada a hitos como la licitación de la red troncal de hidrógeno y la aprobación de una estrategia nacional de ciber resiliencia para infraestructuras críticas.

Para escalar start-ups deep-tech, el Ejecutivo ha creado un Fondo de Coinversión de 4 000 millones donde el Estado aporta la mitad y el capi-

tal privado la otra mitad. En junio, dos gestoras españolas y un fondo soberano árabe ha firmado cartas de intención por un total de 900 millones. El objetivo es acompañar rondas de serie B y C de compañías que desarrollen chips de potencia, baterías sólidas y bioplásticos avanzados.

La AIREF ha publicado su informe de seguimiento: celebra la mayor velocidad de pagos, pero exige métricas de productividad ligadas a cada PERTE. El Ministerio de Economía ha respondido que presentará indicadores de valor añadido bruto y empleo a final de año.



Fuente: <https://planderecuperacion.gob.es/>

En el plano regional, Andalucía y Galicia han replicado mecanismos de ventanilla única RRF y ha lanzado convocatorias para pymes turísticas y agroalimentarias. Algunas cámaras de comercio critican la dispersión, pero la Comisión valora la descentralización «ordenada».

Para el segundo semestre quedan hitos clave: demostradores de hidrógeno renovable, la primera subasta eólica marina y la licitación de corredores verdes. La Comisión ha advertido que el cuarto desembolso español dependerá de cumplirlos antes de diciembre. (Ver más en: <https://www.>

consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2025/05/13/recovery-and-resilience-fund-council-gives-green-light-to-amended-plans-of-the-netherlands-portugal-slovakia-and-spain/)

6. Mercado laboral y productividad

La EPA 2T-2025 ha situado el paro en el 12,1% (dato sin desestacionalizar), la temporalidad en mínimos históricos (14%) y el empleo femenino en récord de serie. Sin embargo, la productividad por hora trabajada apenas ha avanzado un 0,4%, lo que reabre el debate sobre capital humano y digitalización. (Ver más en: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-euro-indicators/w/3-02072025-ap>)

La Estrategia de Competencias 2030 ha ampliado 200 000 plazas de FP Dual, sumando grados de mecatrónica, análisis de datos y mantenimiento eólico. Grandes empresas como Gestamp, Indra y Navantia han firmado convenios para acoger aprendices, mientras que las pymes reclaman ayudas para tutores internos.

Trabajo ha lanzado el piloto de semana laboral de cuatro días en 76 pymes industriales, cofinanciado con 8 millones de Next Gen. Los primeros datos, publicados en junio, muestran reducción del absentismo y mejora del bienestar sin merma de producción. El ministerio evaluará la extensión en noviembre, bien visto por los sindicatos y con cautela por la patronal.

La reforma de la Ley de Extranjería ha simplificado la contratación en origen de profesionales latinoamericanos en sanidad y cuidados de larga duración. Durante el semestre se han tramitado 4.500 permisos exprés, un alivio para comunidades con déficit de enfermería. Colegios médicos piden agilizar homologación de títulos para consolidar la medida.

Los salarios pactados en convenio han crecido de media un 3,2%, superando ligeramente la inflación anual. UGT y CCOO lo justifican como recuperación de poder adquisitivo; la CEOE alerta de posibles efectos en la competitividad exportadora si la productividad no acompaña.

Para remontar la productividad, los clusters de automoción y agroalimentario han lanzado plataformas 5G en vivo que monitorizan procesos y reducen mermas; la pyme tradicional es invitada a subirse al carro. El reto será escalar buenas prácticas sin perder capilaridad regional.

7. Autonomía digital y regulación tecnológica

Enero-junio ha sido el semestre de la aplicación plena del Reglamento de Servicios Digitales (DSA) y del Reglamento de Mercados Digitales (DMA).

La Comisión ha abierto expedientes de investigación a tres grandes plataformas por presunta falta de transparencia algorítmica. España, a través de la CNMC y la AEPD, ha colaborado aportando informes y datos de usuarios. (Ver más en: <https://www.reuters.com/sustainability/boards-policy-regulation/eu-tech-rules-not-included-us-trade-talks-eu-commission-says-2025-06-30/>)

El Gobierno ha iniciado en Baleares el piloto de la Identidad Digital Europea: la app permitirá almacenar documentos oficiales en el móvil de forma segura. La prueba, prevista hasta octubre, evaluará la usabilidad antes de expandirse al resto del país.

INCIBE ha reforzado la línea de asistencia 017 y ha inaugurado en León un centro de respuesta rápida para municipios, tras dos ataques ransomware que paralizaron ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes en marzo. La cooperación público-privada ha mejorado notablemente, según los propios alcaldes.

En financiación, ENISA ha lanzado préstamos participativos ligados a métricas de impacto para startups deep-tech. Dos fondos de capital riesgo han obtenido garantías del Fondo Europeo de Inversiones, multiplicando su capacidad de coinversión. El sector valora que, sin ser «manna» americana, el ecosistema español gana densidad.

Los operadores de telecom, incentivados por fondos europeos, han acelerado el 5G rural. Para cumplir el umbral del 75% de cobertura en zonas despobladas en 2026, las autonomías compiten en adjudicar parcelas de espectro y despliegue de antenas antes de Navidad. Aragón y Castilla-La Mancha van en cabeza.

Mientras, el Consejo ha aprobado en mayo el Reglamento de Ciber Resiliencia, que exigirá requisitos de seguridad a todo producto conectado. España ha anunciado que creará un sello nacional de «ciber producto confiable», alineado con la norma europea.

8. *Transición energética y climática*

El Ministerio para la Transición Ecológica ha remitido en febrero la actualización del PNIEC, elevando la meta de renovables al 49% en consumo final bruto para 2030. Bruselas ha acogido con agrado la ambición y ha pedido cronograma de interconexiones para acompañarla. (Ver más en: <https://www.lamoncloa.gob.es/lang/en/gobierno/news/Paginas/2025/20250221-aids-renewable-hydrogen-clusters.aspx>)

La primera subasta de eólica marina, celebrada el 11-VI en Cádiz y Gran Canaria, ha recibido ofertas de consorcios europeos y estadounidenses. Las adjudicaciones incluyen cláusulas de fabricación local y planes de transición justa para la pesca artesanal.

El corredor H2Med ha avanzado con la adjudicación de ingeniería básica en abril. La Comisión ha destacado el proyecto como pieza de la estrategia de 10 Mt de hidrógeno renovable en 2030. Portugal y España han acordado un calendario de inversión que movilizará 2 600 millones hasta 2027.

El Fondo Social para el Clima ha lanzado un piloto de rehabilitación energética en Andalucía y Extremadura: 5 000 hogares vulnerables recibirán ayudas para aislar viviendas y sustituir calderas de gasoil por bombas de calor. Las facturas energéticas han bajado ya un 25% de media.

Las eléctricas han desplegado tarifas dinámicas «horas-sol»: el precio cae hasta un 60% entre 12:00 y 16:00 h. La CNMC ha introducido un semáforo informativo para evitar confusión en los consumidores.

Por último, la Comisión ha pedido agilizar la repotenciación de parques eólicos antiguos. España, con 3 GW a punto de alcanzar fin de vida útil, ha simplificado permisos: los plazos se recortan de 24 a 9 meses si no se altera la huella ambiental. (Ver más en: <https://www.ree.es/en/press-office/press-release/news/press-release/2025/02/red-electrica-expands-information-electricity-system-to-adapt-it-ecological-transition>)

9. *Fiscalidad verde y sostenibilidad presupuestaria*

El Libro Verde sobre Fiscalidad Energética, publicado el 15-II, ha abierto una consulta amplia. España ha enviado sus observaciones: propone un calendario gradual para hidrocarburos, tasas de uso intensivo de recursos naturales y la reforma del impuesto de matriculación con criterios de CO₂ real. Fabricantes y ONG discrepan en los umbrales, pero coinciden en la necesidad de modernizar tributos. (Ver más en: https://taxation-customs.ec.europa.eu/archives/other-tax/e-green-taxation_en)

Hacienda ha creado un grupo de expertos que entregará recomendaciones antes de septiembre. Entre las ideas: bonificación extra para híbridos enchufables con autonomía eléctrica real superior a 80 km y recargo para vehículos de gran cilindrada sin etiqueta ecológica.

La Comisión, por su parte, ha iniciado un debate sobre excluir ciertas inversiones verdes del déficit. España ha defendido un sistema de verificación independiente para prevenir «green-washing contable». Suecia y Dinamarca temen sesgo moral; la discusión seguirá en el Ecofin informal de octubre.

En paralelo, el diseño del sistema ETS2, que gravará emisiones de transporte y edificación en 2027, ha avanzado. España reclama indexar el Fondo Social al poder adquisitivo regional, para no castigar la España vaciada donde el coche es imprescindible. Bruselas promete una fórmula mixta entre renta y densidad de población.

Finalmente, la presidencia polaca ha planteado una hoja de ruta sobre impuestos plásticos y combustibles sintéticos, asunto que encaja con la estrategia de autonomía industrial: incentivar materiales circulares para reducir la dependencia exterior.

10. *Integración financiera y Unión de Mercados de Capitales*

La Comisión ha presentado el 12-III el paquete CMU-2025. El punto de acceso único (ESAP) permitirá buscar información financiera de cualquier pyme europea desde 2026, reduciendo costes de due diligence. España ha valorado la herramienta como oportunidad para que las empresas familiares de tamaño medio diversifiquen su financiación.

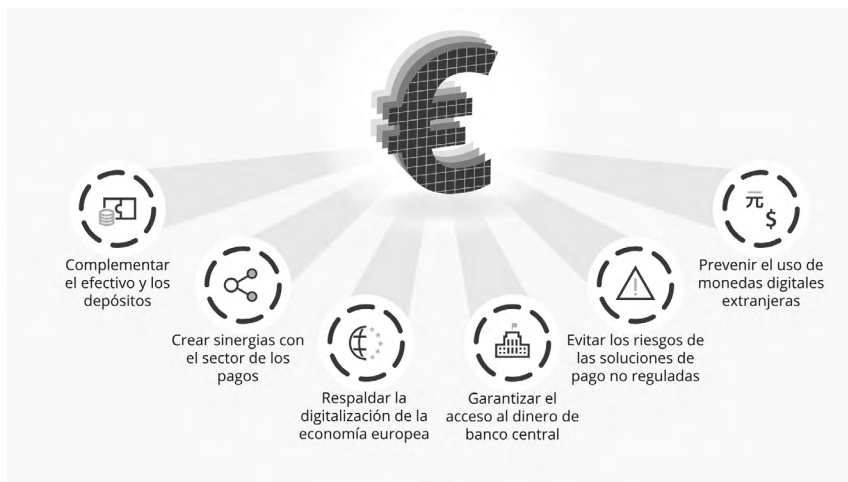
El BCE, por su parte, ha iniciado la fase de preparación del euro digital. El Banco de España ha testado liquidaciones de valores tokenizados en un sandbox europeo, logrando reducir el «time-to-settle» a segundos. Las fintech nacionales confían en que la moneda digital amplíe el mercado de pagos instantáneos.

Sigue pendiente el Fondo de Soberanía Europeo. España y Francia han defendido una emisión conjunta de eurobonos; Alemania prefiere redes nacionales con garantías europeas. La presidencia polaca ha propuesto un híbrido: deuda nacional con aval parcial de la UE. El debate se retomará en el Ecofin de septiembre.

La Autoridad Bancaria Europea ha pedido reforzar la supervisión macroprudencial. El Parlamento propone dotarla de poderes ejecutivos para intervenir bancos sistémicos; los ministros discutirán la propuesta reglamentaria a final de año.

Mientras tanto, la Comisión ha lanzado su iniciativa sobre tokenización de activos: certificados inmobiliarios, participaciones en fondos y bonos verdes podrán emitirse en cadena de bloques bajo un régimen piloto de cinco años. España ha anunciado que usará la plataforma Alastria para proyectos piloto con pymes. (Ver más en: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/capital-markets-union-explained/timeline-capital-markets-union-explained/>)

El semestre cierra con la sensación de que la Unión de Mercados de Capitales avanza, pero a un ritmo que las start-ups deep-tech juzgan todavía lento. Quizá la llegada del euro digital y la tokenización masiva aceleren de forma decisiva la integración financiera.



Fuente: https://www.ecb.europa.eu/euro/digital_euro/report/html/index.es.html

Sobre el autor

Pablo Rodríguez Talavera es un académico español especializado en finanzas y economía, actualmente desempeñándose como profesor en la Deusto Business School de la Universidad de Deusto y en la Cámara Bilbao University Business School. Obtuvo una doble titulación en Administración y Dirección de Empresas e Ingeniería en Tecnologías Industriales por la Universidad de Deusto en 2017. Posteriormente, completó un Máster en Competitividad e Innovación en la misma institución además de un grado en Ciencia Política y de la Administración por la UNED.

En su rol docente, imparte asignaturas relacionadas con finanzas, economía y el panorama internacional en diversos programas académicos, incluyendo el Grado en Administración y Dirección de Empresas (ADE), el Doble Grado en ADE y Derecho, y el Doble Grado en Relaciones Internacionales y Derecho.

Además de su labor docente, realiza actualmente sus estudios de doctorado sobre los estados del bienestar a nivel regional, y colabora en la revista Cuadernos Europeos de Deusto, donde analiza los desarrollos más recientes en la integración europea y las cuestiones económicas pertinentes para España dentro del contexto comunitario.

About the author

Pablo Rodríguez Talavera is a Spanish academic specializing in finance and economics, currently serving as a lecturer at Deusto Business School at the University of Deusto and Cámarabilbao University Business School. He earned a double degree in Business Administration and Industrial Technologies Engineering from the University of Deusto in 2017. He later completed a Master's in Competitiveness and Innovation at the same institution, as well as a degree in Political Science and Public Administration from UNED.

In his teaching role, he delivers courses related to finance, economics, and the international landscape across various academic programs, including the Bachelor's Degree in Business Administration (ADE), the Double Degree in Business Administration and Law, and the Double Degree in International Relations and Law.

Beyond his teaching duties, he is currently pursuing a PhD on welfare states at the regional level and collaborates with the journal *Cuadernos Europeos de Deusto*, where he analyzes the latest developments in European integration and economic issues relevant to Spain within the EU framework.

Cuadernos Europeos de Deusto

Deusto Journal of European Studies

