

ESTUDIOS

REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO EN LA UNIÓN EUROPEA: TUTELA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN.

Begoña Vidal Fernández

SMART CITIES: UNA APUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA MEJORAR LOS SERVICIOS PÚBLICOS URBANOS

Helena Villarejo Galende

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EUROPEO: ALTERNATIVAS A LA VÍA JUDICIAL

Félix Valbuena González

LOS CAMBIOS EN EL MODELO DE GOBERNANZA ECONÓMICA DE LA UNIÓN EUROPEA A PARTIR DE 2011: EL EFECTO EN SU LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

Marcin Roman Czubala. Mónica Puente Regidor. Carmen Mítxelena Camiruaga.

LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DESTINADA A MEJORAR EL EQUILIBRIO DE GÉNERO ENTRE LOS ADMINISTRADORES NO EJECUTIVOS DE LAS EMPRESAS COTIZADAS Y POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS AFINES, DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2012: ¿UN CAMINO A SEGUIR O UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?

Maoly Carrasquero Cepeda

RECENSIÓN

LOS MUROS DE EUROPA. “¿EL REENCUENTRO EUROPEO? A los veinticinco años de la caída del Muro de Berlín”. Salvador Fomer Muñoz (Ed.), Tirant Humanidades, Valencia, 2014.

OBITUARIO JUSTINO DUQUE

REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO EN LA UNIÓN EUROPEA: TUTELA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN¹

Begoña VIDAL FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid

Resumen: En la actualidad son numerosos los instrumentos normativos, europeos y nacionales, que regulan los derechos y la protección de los diferentes tipos de víctimas dentro del ámbito de la Unión Europea, garantizándolos más allá de las fronteras de un Estado miembro. El TJ ha definido el concepto de infracción penal y de autor de la infracción a efectos del derecho a la indemnización de las víctimas. Partiendo de la consideración de que la reparación y, concretamente la indemnización, es uno de los derechos más relevantes, las víctimas españolas cuentan con amplias posibilidades de tutela del mismo, tanto cuando deriva de delitos nacionales como de delitos cometidos en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea, y tanto por parte del infractor, como, y en defecto de éste, por el Estado. Las vías procesales para hacer efectivo este derecho a la indemnización son diversas, pudiendo seguir tanto la penal como la civil.

Palabras clave: tutela judicial, protección jurisdiccional, derecho a la indemnización, reparación, víctimas de delitos.

Summary: Nowadays there are a lot of legal tools, both national and European, which rule the rights and the protection of the different kinds of crime victims within the European Union field, guaranteeing them beyond the Member States' borders. The European Court of Justice has defined the concept of criminal offence and criminal offender for the purpose of crime victim's right to compensation. As far as redress, and specifically compensation, is one of the most outstanding crime victim's rights, Spanish victims have different possibilities for its protection, as well when it comes from national crimes as from another Member State territory of the European Union, and from the offender as from the State, in the absence of the first one. There are several different procedural ways to make effective this right to compensation, being able to follow the criminal one or the civil one.

Key words: judicial protection, right to compensation, redress, crime victims.

1. Introducción. Protección jurídica de las víctimas en la Unión Europea.

Todos podemos ser víctimas de un delito, y puede sucedernos en nuestro Estado de residencia o en el territorio de otro Estado miembro². Con independencia de

¹ Este trabajo se enmarca en los proyectos de investigación: Aproximación legislativa *versus* reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar, ref: der2012-35862; así como: el Estatuto de la víctima. propuestas para la incorporación de la normativa de la Unión Europea, Ref: DER2012-31549.

² Sobre este tema vid. más ampliamente, Vidal Fernández, B. (2014) "Protección de las víctimas en el proceso penal" (en Nuevas aportaciones al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Hacia un Derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal, Jimeno Bulnes, M. coord. Comares, Granada).

que se dé o no una situación transfronteriza, todos los ciudadanos de la Unión tenemos derecho a gozar de unos estándares de protección comunes. Estos estándares vienen establecidos en la Directiva 2012/29/UE³, que contiene un auténtico estatuto europeo común de derechos y protección de las víctimas de todo tipo de delitos, en el proceso penal y al margen de todo proceso penal. Junto a ella coexisten otras directivas que tienen objetos de protección específicos (trata de seres humanos, víctimas de abusos sexuales, de explotación sexual infantil, de pornografía infantil)⁴.

El tema de la indemnización de las víctimas de delitos como un derecho a la compensación por el daño padecido, aparece en el panorama del proceso de integración europeo con los primeros intentos de hacer realidad el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia establecido con el Tratado de Amsterdam en 1999. El Consejo Europeo de Tampere (1999) estableció como uno de los objetivos de la política europea de protección a las víctimas de delitos el garantizar la efectiva reparación del daño causado. El creciente ejercicio del derecho de la libre circulación y residencia han elevado el número de personas que se han convertido en víctimas que se encuentran involucradas en procesos penales en un Estado miembro en el que no residen habitualmente⁵, las cuales también tienen derecho a una adecuada protección así como a poder percibir una indemnización. La aprobación en 2001 de la Decisión Marco sobre el Estatuto de la Víctima en el proceso penal en la Unión Europea⁶ contribuyó a reconocer este derecho a las víctimas transfronterizas, es decir de aquellos casos en los que la fuente de la obligación (el delito) había tenido lugar en un Estado miembro distinto del de la residencia habitual de la víctima. Ante la falta de avances en la integración en el campo penal, que ha persistido hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea trataron de hacer realidad el derecho a la indemnización de estas víctimas mediante la táctica de acentuar la naturaleza civil de la prestación: el pago de una cantidad debida. En estas circunstancias el Consejo de la

3 Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 25 de octubre de 2010. DO L315, de 14.11.2012.

4 Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5.4.2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos. Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.12.2011 de lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Sobre ambos instrumentos vid. Hoyos Sancho, M. (2012), "La armonización del Estatuto de las víctimas en la Unión Europea", *Garantías Constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons pp. 409 a 423. Vid. asimismo Sánchez Domingo, B (2013), "La cooperación judicial penal y el Tratado de Lisboa. El ejemplo de la Directiva 2011/92/UE en materia de pornografía infantil", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 44, pp. 279 a 305.

5 Considerando (2) de la Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011 sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas en particular en los procesos penales, DO C187 de 28.6.2011.

6 Decisión Marco 2001/220/JAI, de 25 de octubre de 2010.

Unión Europea aprobó el 29 de abril de 2004 la Directiva 2004/80 sobre indemnización a las víctimas de los delitos⁷.

La protección y tutela de las víctimas de delitos se concreta de muy diversas maneras en los ordenamientos nacionales. En algunos Estados miembros ésta se articula a través de procedimientos penales, en otros mediante normas de otra naturaleza (civil⁸ o administrativa⁹). Las últimas normas comunitarias están tomando en consideración esta diferente naturaleza de las normas nacionales reguladoras de la protección y reparación de las víctimas de delitos. Por ello los instrumentos de protección a nivel comunitario son diversos¹⁰: en aquellos Estados en los que estas medidas son de derecho penal, mediante la Directiva 2011/99, sobre la Orden Europea de Protección¹¹. Y en aquellos Estados miembros en los que esta protección se otorgue por medio de decisiones administrativas o civiles, mediante el Reglamento 606/2013, que prevé el reconocimiento mutuo de estas resoluciones¹², excepto las adoptadas en materia de determinación de responsabilidad parental (custodia y régimen de visitas) y en materia de disolución del vínculo matrimonial, a las que se aplica el reglamento 2201/2003¹³.

7 C. Salinero Alonso (2005) realiza un estudio completo de esta directiva en "La indemnización de víctimas de delitos. Comentario a la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de los delitos", en iustel.com, RGDE, nº7.

8 Austria, Alemania, Suecia, Luxemburgo y Finlandia.

9 Holanda y Dinamarca.

10 Como pone de relieve Hoyos Sancho (2015) ("El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea: la Directiva 2011/99, el Reglamento 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán", Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 38) fue necesaria esta solución ante el calibre de la disparidad de las legislaciones nacionales que difieren tanto en los tipos de medidas a adoptar según los delitos, como en su naturaleza jurídica, en los órganos competentes para adoptarlas o en las consecuencias de su inobservancia. A lo largo de su estudio la autora pone de relieve las contradicciones que aparecen en la práctica por la coexistencia de ambas normas.

11 Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13.12.2011. Publicada en el DO L338, de 21.12.2011.

12 Reglamento UE 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12.6.2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. DO L181, de 29.6.2013. En un inicio la Comisión propuso la aplicación de los reglamentos sobre competencia, reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil (Reglamento 44/2001, llamado Bruselas I) y en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento 2201/2003, llamado Bruselas II bis), para el reconocimiento de las "órdenes civiles de protección". Sin embargo el Reglamento Bruselas I reconoce competencia a funcionarios que nunca podrán ejecutar determinadas medidas de protección de una víctima, y por su parte el Reglamento Bruselas II bis excluye precisamente estas medidas en cuanto accesorias a las decisiones de separación o de disolución del vínculo matrimonial. Ante la necesidad de reformarlos para dar cabida a estas medidas, la Comisión finalmente se decidió por un nuevo Reglamento sobre las llamadas "órdenes de protección civiles" transfronterizas (vid. Peyró Llopis, A. (2013) "La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección", Revista de Derecho Europeo (REDE), nº 46, espec. pp.21 a 23).

13 Reglamento del Consejo de 20.11.2003, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II bis). Para un completo conocimiento de este instrumento vid. por todos los estudios de Arangüena Fanego, C.; Hoyos Sancho, M. y Vidal Fernández, B. (2011) en *European Civil Procedure*, Thomson Reuters – Aranzadi, pp. 185 y ss. Vid. asimismo Vidal Fernández, B (2013) "The child as an specially vulnerable victim in cases of transfrontier parental abduction: procedural community instru-

Finalmente la Directiva 2012/29/UE sobre normas mínimas de derechos, apoyo y protección a las víctimas de delitos ha impulsado la existencia de un verdadero Estatuto Jurídico de las víctimas en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión, que en España se ha aprobado mediante la Ley 4/2015, en vigor desde el 28 de octubre de 2015.

En la actualidad son, pues numerosos los instrumentos normativos, europeos y nacionales, que regulan los derechos y la protección de los diferentes tipos de víctimas dentro del ámbito de la Unión Europea. Las normas básicas europeas son sin embargo pocas: La Directiva 2012/29/UE, la Directiva 2011/99/UE, el Reglamento (UE) 606/2013 y la Directiva 2004/80/CE. Con estos 4 instrumentos jurídicos quedan garantizados a nivel comunitario los derechos de las víctimas, los derechos en el proceso penal, la extensión de la protección personal de las víctimas más allá de las fronteras de un Estado miembro, y el derecho a una indemnización también en supuestos transfronterizos¹⁴.

2. Reparación, restitución, indemnización

Es el daño padecido como consecuencia de una vivencia traumática¹⁵, lo que individualiza a un sujeto como víctima. La Directiva 2012/29 no define el concepto de “daño indemnizable”. El art. 16.2 simplemente establece la obligación para los Estados de promover medidas para que el autor “indemnice adecuadamente” a la víctima¹⁶. La determinación del concepto de *daño* parece dejarse a la legislación nacional. Lo habitual es tomar en consideración el daño patrimonial y el moral. Sería interesante introducir el concepto de *daño al “proyecto de vida”* elaborado por la CIDH¹⁷, que no se corresponde solo con la afectación patrimonial o pérdida de ingresos y realización necesaria de gastos como consecuencia de los hechos

ments”, en *Guarantees and Rights of the specially vulnerable victim in the legal framework of the European Union*, Tirant lo Blanch, Valencia.

14 Salvo las víctimas de accidentes de tráfico ocurridos en un Estado miembro distinto del de su residencia que se enfrentan a un problema añadido, y es la diferencia de los plazos establecidos en los Estados para reclamar indemnizaciones, en general demasiado breves para poder hacer uso de este derecho. La importancia del problema ha llevado a la Comisión a encargar estudios sobre las prácticas nacionales de compensación de víctimas de accidentes de tráfico, con presentación de opciones para mejorar la posición de estas víctimas transfronterizas (Vid. el Informe ALBERT, presentado el 30.11.2008, “Compensation of victims of cross-border road traffic accidents in the EU: Comparison of national practices, analysis of problems and evaluation of cross-border victims”).

15 Resultado de un suceso que puede tener origen natural (terremotos, tsunamis, inundaciones), accidental (incendios, accidentes aéreos, marítimos o terrestres) o intencionado (y en consecuencia constitutivos de delitos). Vid. Del Corral Gargallo, P., “Tipos de victimización: perfiles característicos”, en *Asistencia a las víctimas de experiencias traumáticas*, Fundación Asmaoz. Formación on-line, Instituto Vasco de Criminología – Universidad del País Vasco.

16 Art. 16: “1. Los Estados miembros garantizarán que en el curso de un proceso penal, las víctimas tengan derecho a obtener una decisión sobre la indemnización por parte del infractor, en un plazo razonable, excepto cuando el derecho nacional estipule que dicha decisión de adopte en otro procedimiento judicial. 2. Los Estados miembros promoverán medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente”.

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

delictivos, ni tampoco con la pérdida de ingresos futuros (o lucro cesante) sino que se asocia a un proyecto de realización personal y al libre ejercicio de los derechos inherentes al ser humano. No se refiere al padecimiento físico o psicológico (daño moral) sino a la realización integral de la persona afectada¹⁸. Además la acción violenta produce en la víctima un menoscabo de su situación en la sociedad, las relaciones sociales de la víctima se ven alteradas en lo que se ha descrito como “daño político”¹⁹, frente al cual la única actuación válida es el reconocimiento social.

Entre las necesidades de las víctimas, la Comisión Europea identificó la de “obtener indemnización y reparación”²⁰. Cuando se trata de una vulneración que continúa, reparar significa poner fin a dicha situación. Pero en sentido amplio puede abarcar 3 formas: *restitutio in integrum*, *compensación* y *satisfacción*. La primera supone la reparación plena o íntegra de la situación anterior, la segunda tiene un contenido económico de los daños causados, la tercera incluye otros aspectos como la sanción del infractor, medidas preventivas, disculpas oficiales y reconocimientos expresos a la víctima, la declaración de la ilegalidad del comportamiento...²¹.

Según el Diccionario de la RAE “reparación” significa desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria. En inglés existe un término global: “redress”, que puede ser traducido como reparación, desagravio, indemnización, compensación, resarcimiento. Cada uno de estos significados tiene a su vez un contenido específico que lo diferencia del resto, sin perjuicio del elemento común que los une, que consideramos puede concretarse en el término genérico de “reparación”. En consecuencia, entendemos que el punto de partida para hablar del derecho de las víctimas a la reparación y a la indemnización tiene que ser la delimitación inicial de ambos conceptos²².

18 Olásolo Alonso, H. y Galain Palermo, P. (2013), “Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y el Sistema de aplicación del Derecho Penal Internacional del Estatuto de Roma”, en Revista Brasileira de Ciências Criminas, , pp.105 a 160, espec. p. 139.

19 Cruz, L.M. (2010) “El derecho de reparación a las víctimas en el Derecho internacional. Un estudio comparativo entre el Derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos”, Revista de Derecho Público UNED, nº77, p. 206.

20 Comunicación de la Comisión “Refuerzo de los derechos de las víctimas en la Unión Europea” (COM (2001) 274 final, de 18.05.2011), en la que consecuentemente propone una revisión de la Directiva sobre indemnización a las víctimas transfronterizas.

21 Vid. Giesen, I., y Kristen, F.G.H. (2014) “Liability, Responsibility, and Accountability: Crossing Borders”, Utrecht Law Review vol. 10, issue 3 (June).

22 Sobre los estrechos lazos de todos estos conceptos, su distinto alcance y trascendencia desde el punto de vista procesal, y la posibilidad de hacerlos valer judicialmente, puede consultarse el interesantísimo trabajo llevado a cabo por el grupo de investigación UCALL (Utrecht Center for Accountability and Liability Law) dirigido por el Prof. Dr. I. Giesen, que ha cristalizado en un número monográfico dedicado al tema de la responsabilidad en sus diversas vertientes en Derecho privado, penal y administrativo: Vol. 10, nº3 de 2014, de Utrecht Law Review . Destacan las siguientes aportaciones: Giesen, I., y Kristen, F.G.H., “Liability, Responsibility, and Accountability: Crossing Borders”, R.B.S. Kool “(Crime) Victims’ Compensation: the Emergence of Convergence”; M.H. Hebly, J.D.M. Van Dongen, S.D. Lindenbergh, “Crime Victims’ Experiences with seeking compensation: a qualitative Exploration”; R. Rijnhout, J.M. Emaus, “Damages in wrongful death cases in the light of European Human Rights Law: towards a Rights-based approach to the Law of Damages”.

Desde el punto de vista lingüístico el vocablo “reparación” significa restauración de la situación anterior al acaecimiento del suceso o incidente eliminando las consecuencias provocadas por el mismo y reponiendo lo perdido. Pero desde el punto de vista jurídico tiene un contenido más complejo, que depende de las circunstancias concretas que han provocado su necesidad. Instancias judiciales internacionales²³ han incluido dentro del concepto de reparación los siguientes elementos: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, e incluso se ha vinculado con un derecho a la verdad o a conocer la realidad sobre ciertos hechos²⁴.

El derecho a la reparación (entendido ampliamente, es decir a que “se le haga justicia” y se le compense) es tan relevante que puede considerarse que es el más importante para las víctimas, y consiste en recuperar el bien intacto (restitución), ser reparada económicamente, tanto en su persona (física o psíquicamente) como en sus bienes y derechos (económicos y morales), e indemnizada por los perjuicios sufridos²⁵.

3. Reconocimiento del derecho a la indemnización. Marco normativo.

Los ordenamientos de todos los Estados miembros reconocen el derecho de las víctimas a una indemnización. También la directiva sobre derechos mínimos (2012/29).

El derecho de las víctimas a una indemnización por parte del autor de la infracción o delito causante de su mal es la manifestación más concreta de su derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto les facilita su debida satisfacción²⁶. La indemnización hace referencia a una compensación económica a pagar, en primer lugar, por el actor de la infracción penal, en algunos casos como sustitución de otro tipo de

23 Últimamente la Sala de Primera Instancia II de la Corte Penal Internacional, por influencia directa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que a su vez hizo suyo el contenido de los Principios 19 a 23 del documento: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos fundamentales y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005 (Resolución 60/147), en la 64ª sesión plenaria. En dicho documento se proclama la exigencia de que los Estados den, a las víctimas de violaciones manifiestas, una reparación plena y efectiva en las siguientes formas: restitución (devolver a la víctima a la situación anterior a la violación siempre que sea posible), rehabilitación (atención médica, psicológica, jurídica y social), satisfacción (verificación de los hechos, revelación pública y completa de la verdad, declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima), garantías de no repetición, e indemnización.

Vid. extensamente: Olásolo Alonso, H. y Galain Palermo, P. (2013) “Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas...”, cit., p. 154.

24 Olásolo Alonso, H. Y Galain Palermo, P. (2013) “Diálogo...”, cit., p. 129. Destacan ambos autores 2 vertientes del derecho a la verdad: una individual (de la víctima directa) que se concreta en el derecho a obtener de los órganos estatales el esclarecimiento de los hechos y de los autores, y otra colectiva (de la sociedad). Es la vertiente individual la que tiene un efecto de reparación para las víctimas que el Estado tiene la obligación de satisfacer (p. 129).

25 Gómez Colomer, J.L. (2015) “Los aspectos esenciales del proyectado estatuto jurídico de la víctima”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 37, enero-marzo.

26 Gómez Colomer, J.L. (2015) “Los aspectos esenciales del proyectado... cit.

compensación. El problema suele aparecer cuando el autor de la infracción es insolvente o no puede ser identificado ni condenado. Cuando éste no hace frente a su responsabilidad corresponde al Estado responder en sustitución del infractor. Esta obligación de compensación que asume el Estado no es un supuesto de responsabilidad patrimonial por mal funcionamiento de sus servicios, que no han evitado el hecho delictivo, sino una manifestación de los principios de solidaridad social y de equidad que se derivan del art. 9.2 de la Constitución²⁷.

El problema se agrava en los casos transfronterizos, cuando el hecho generador de la responsabilidad tiene lugar en el territorio de otro Estado miembro, al incrementarse las dificultades para reclamarla. Para que este derecho de las víctimas no se vea burlado, el Consejo aprobó en 2004 la Directiva sobre indemnización a las víctimas de los delitos²⁸ aplicable a todos los Estados miembros, incluida Dinamarca²⁹. El art. 1 de la Directiva 2004/80 sobre indemnización de las víctimas consagra la responsabilidad subsidiaria de los Estados. La Directiva de 2004 establece el sistema de acceso a la indemnización por los Estados exclusivamente, únicamente de víctimas transfronterizas y solo por delitos violentos.

La Directiva de 2012, sobre medidas de apoyo y derechos de las víctimas en los procesos penales³⁰, que substituyó a la DM de 2001 sobre el Estatuto jurídico de las víctimas en los procesos penales en la UE³¹, pretende establecer un estatuto

27 Sobre la naturaleza jurídica de las indemnizaciones por el Estado a las víctimas vid. Pérez Rivas, N. (2013) "El nuevo régimen de ayudas e indemnización a las víctimas de terrorismo", Hacia un sistema penal orientado a las víctimas. El estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas de terrorismo en España, Tirant lo Blanch, pp.159 a 186.

28 Lleva a cabo un exhaustivo estudio de este instrumento García Rodríguez, M.J. (2005) "Marco jurídico y nuevos instrumentos para un sistema europeo de indemnización a las víctimas de delitos", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1980-81, pp.7 a 32.

29 Al no tratarse de un instrumento de cooperación judicial está fuera del campo de aplicación de la cláusula *opt-out* de que disfruta Dinamarca desde la firma del Tratado de Maastricht en 1992. La Directiva fue adoptada sobre la base jurídica del antiguo art. 308 TCE (actual art. 235 TFUE), que atribuye competencia a la Unión para alcanzar uno de los objetivos fijados en los tratados (en este caso el de suprimir entre los Estados miembros los obstáculos a la libre circulación de personas y de servicios).

30 Sobre este instrumento comunitario fundamental vid. por todos Hoyos Sancho, M. (2014) "Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento jurídico español", Revista General de Derecho Procesal, nº 34, Iustel.

31 Realizo un análisis minucioso de la DM en mi trabajo (2008): "El Estatuto de la víctima en el proceso penal", en El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales, M. de Hoyos Sancho coord., Lex Nova, Valladolid, pp. 307 a 331.

La Directiva amplía el campo de aplicación de la DM tanto en extensión como en intensidad porque refuerza derechos ya reconocidos en la Decisión Marco como el derecho de información, el derecho a traducción e interpretación, derecho a mediación penal (que en la Directiva se contempla de modo más amplio como derecho a cualquier medio de Justicia restaurativa), la obligación de formar adecuadamente a los profesionales y los funcionarios que habitualmente tratan con víctimas de delitos. También incorpora nuevos derechos y obligaciones. Son nuevos los derechos reconocidos a los familiares de las víctimas, el derecho de acceso a los servicios de apoyo de todo tipo, a la recuperación de los bienes que les fueron incautados durante las investigaciones penales, a una evaluación individualizada sobre su grado de vulnerabilidad, a impugnar una decisión de no facilitarle intérprete o traductor. En cuanto a los derechos procesales, se les reconoce el derecho a presentar la denuncia también ante las autoridades de su estado de residencia, a obtener una copia de la denuncia o de las declaraciones realiza-

común de las víctimas en los procesos penales en todo el territorio de la UE recogiendo el derecho a pronunciamiento sobre la indemnización de las víctimas, en el curso del proceso penal exclusivamente y únicamente contra el autor físico de la infracción penal. El Informe de la Comisión Europea de abril de 2009³² sobre el grado de cumplimiento de la Decisión Marco de 2001, puso de relieve que ningún Estado miembro había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima y destacó la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos del mencionado estatuto.

Respecto de España, este Informe destacó la existencia de un marco normativo garante de los derechos de la víctima, aunque gran parte de esos derechos son exclusivamente procesales o se centran en algunos tipos muy concretos de víctimas de acuerdo con su normativa particular, esto es, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo), la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo³³.

La regulación española, garante y avanzada, adolecía de dispersión y no configuraba un verdadero estatuto compacto de la víctima. Para cumplir plenamente con la normativa comunitaria contenida en la Directiva 2012/29/UE, España ha aprobado la *Ley del Estatuto de la Víctima*, en vigor el 28 de octubre de 2015, que recoge el derecho de las víctimas a ser informadas de los derechos a la restitución, reparación e indemnización que pueda corresponderles, y del procedimiento para reclamarlos³⁴. La Disposición Final Primera de la ley introduce las modificaciones necesarias en la LECRIM³⁵. En nuestro ordenamiento el derecho a una indemniza-

das ante la policía, a declarar inmediatamente y con garantías de respeto a su intimidad, a una revisión de una decisión de no continuar con el procesamiento.

En extensión en cuanto es una norma dirigida a todas las víctimas, a todas las personas tanto las directamente ofendidas como las perjudicadas por el delito. Así el art. 2 habla, al definir "víctima", del ofendido por el delito en el párrafo primero, y de los perjudicados por el delito en el párrafo segundo. Además atiende a todas las víctimas con independencia del tipo de delito y de las circunstancias o del lugar donde se haya cometido, pues establece normas mínimas comunes para todos los Estados miembros, excepto Dinamarca: Considerando n° n°71 (Dinamarca no participa). En cambio y de acuerdo con el Considerando n° 70, Reino Unido e Irlanda participan. Realizo un análisis más amplio de la Directiva 2012/29 en Vidal Fernández, B., (2014) "La protección de las víctimas en el proceso penal", en Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia..., cit.

32 Bruselas, 20.4.2009. COM (2009) 166 final. Informe de la Comisión de conformidad con el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) [SEC (2009) 476].

33 EM Ley Estatuto Víctima de abril de 2015.

34 Art. 5.1-e) Estatuto de la Víctima.

Art. 5. 2: "Esta información será actualizada en cada fase del procedimiento, para garantizar a la víctima la posibilidad de ejercer sus derechos".

35 Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

ción es un derecho reconocido a las víctimas tanto frente al delincuente como frente a su Estado. Frente al delincuente por medio del ejercicio de la responsabilidad civil derivada del delito consagrada en el art. 100 LECRIM³⁶, arts. 109 y 110 CP³⁷, y en el art. 11-a) de la Ley sobre el Estatuto de la Víctima³⁸, por el que se implementa la Directiva 2012/29³⁹, que reproduce el contenido de la DM de 2001⁴⁰, donde se consagra el derecho de las víctimas a obtener un pronunciamiento sobre la indemnización en el curso del proceso penal.

Los derechos que recoge la Ley son de aplicación a todas las víctimas de delitos ocurridos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de la nacionalidad de la víctima o de si disfrutan, o no, de residencia legal⁴¹.

4. Tutela por el TJUE del derecho a la indemnización.

4.1. Tutela del derecho a una indemnización por el infractor.

La Directiva 2012/29 establece el derecho a un pronunciamiento sobre la indemnización de la víctima por el autor de la infracción en el curso del proceso penal. Para satisfacer este derecho, también proclamado en el Estatuto de la víctima español, es preciso conocer la respuesta de tres cuestiones: 1) quienes están legitimados activa (concepto de víctima) y pasivamente (*concepto de autor de la infrac-*

36 “De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”.

37 En España está regulado en el art. 110, que se remite al art. 109, y en el art. 116.1 CP.

Art. 109 CP: “1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil”. Art. 110 CP: “La responsabilidad civil establecida en el artículo anterior comprende: 1º la restitución, 2º la reparación del daño, 3º la indemnización de perjuicios materiales y morales”. Art. 116.1 CP: “Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno. (...) 3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.”.

38 “Toda víctima tiene derecho: a) A ejercer la acción penal y la acción civil conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de las excepciones que puedan existir”.

39 Art. 16 Directiva 2012/29: “1. Los Estados miembros garantizarán que, en el curso del proceso penal, las víctimas tengan derecho a obtener una decisión sobre la indemnización por parte del infractor en un plazo razonable, excepto cuando el Derecho nacional estipule que dicha decisión se adopte en otro procedimiento judicial. 2. Los Estados miembros promoverán medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente”.

40 “Art. 9.1. Los Estados miembros garantizarán a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener en un plazo razonable y en el marco del proceso penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción, salvo cuando la legislación nacional disponga que para determinados casos la indemnización se efectúe por otra vía”.

41 Art. 1 Ley Estatuto Víctima 4/2015. Durante la tramitación parlamentaria de la norma el diputado de Amair (Jon Iñarritu García), dentro del grupo Mixto, formuló una pregunta escrita al gobierno sobre la conveniencia de introducir en el estatuto, cuando la víctima sea extranjera, medidas de protección (presentada el septiembre de 2014).

ción). 2) *Concepto de infracción penal*: Derecho a la indemnización frente al delincente; 3) *Concepto europeo de proceso penal*.

4.1.1. *Legitimados activa (concepto de víctima) y pasivamente (concepto de autor de la infracción)*.

Están *legitimadas activamente* las víctimas. Ello conduce a la necesidad de analizar qué se entiende por víctima.

Galain Palermo pone de manifiesto la trascendencia de la distinción entre un concepto amplio y un concepto estricto de víctima en este extremo, al tratar el tema de la reparación de la víctima desde una concepción penal, como una tercera vía punitiva: “A efectos de la responsabilidad civil *ex delicto* debe aceptarse un concepto amplio de víctima, incluyendo todo aquel que se haya visto directa o indirectamente perjudicado por el daño que el delito ha causado, esto es: como el perjudicado por el delito. A efectos de la reparación penal que pueda surgir del consenso y constituir un equivalente funcional de la pena, el concepto de víctima tiene que ser acotado. La víctima que puede participar de un acuerdo de reparación que permita llegar a una resolución del conflicto jurídico-penal (paz jurídica) y además, que podría llegar a una resolución del conflicto social (paz social), solo puede ser aquella que ha sido ofendida por el delito, quien ha sufrido directamente la conducta delictiva o que es la titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. (...). A los efectos de la reparación como un equivalente funcional de la pena que permita resolver el conflicto jurídico y el conflicto social, víctima solo puede ser aquella que ha sido ofendida por el delito, quien ha sufrido directamente la conducta delictiva o que es la titular de bien jurídico lesionado o puesto en peligro”⁴².

La regulación española no ha contemplado un concepto único de víctima hasta la aprobación de la Ley del Estatuto de la víctima que adopta un concepto tomado de la regulación comunitaria y que tiene en consideración otros compromisos internacionales de España⁴³.

La ley sobre el Estatuto de la Víctima acoge un concepto amplio que obliga a distinguir entre víctimas directas e indirectas⁴⁴:

a) Es *víctima directa* toda persona **física** que haya sufrido un daño o perjuicio, sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

b) Se considera como *víctima indirecta* en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se trate

42 Galain Palermo, P. (2010), La reparación del daño a la víctima del delito, Tirant Monografías 684, Valencia, p. 126 y p. 144.

43 EM Ley 4/2015: “...se considera oportuno, dado que uno de los efectos de la presente Ley es la de ofrecer un concepto unitario de víctima de delito, más allá de su consideración procesal, incluir en el concepto de víctima indirecta algunos supuestos que no vienen impuestos por la norma europea, pero sí por otras normas internacionales, como la Convención de Naciones Unidas de Desapariciones Forzadas”.

44 Art. 2 Ley 4/2015 del Estatuto Jurídico de la Víctima.

de los responsables de los hechos: 1º. A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda, personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar. 2º. En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

El concepto de “víctima indirecta” podría haber sido más generoso en los supuestos de aplicación si se hubiera adoptado el contemplado por las Salas de la Corte Penal Internacional, que no limita su presencia a los supuestos de muerte como consecuencia del delito. La Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional ha partido del “daño sufrido” para considerar víctimas a quienes no han padecido directamente los efectos del delito. Así ha afirmado en el caso seguido contra Thomas Lubanga que lo determinante es que el daño sufrido sea personal al individuo, no necesariamente directo: “El daño sufrido por una víctima como resultado de la comisión de un crimen comprendido en la competencia de la Corte puede dar lugar a un daño sufrido por otras víctimas”⁴⁵. De esta jurisprudencia resulta que son víctimas indirectas quienes han sufrido daños como resultado de los padecidos por las víctimas directas (por ser los parientes cercanos de las víctimas directas) y quienes han sufrido daños al intentar prevenir que las víctimas directas sufrieran daños. Y no lo son los que han sufrido daños como consecuencia de la conducta subsiguiente de las víctimas directas⁴⁶.

Preguntado el Tribunal de Justicia sobre el concepto de “víctima de infracción penal”, es decir sobre la legitimación activa para reclamar este pronunciamiento en el curso del proceso penal, el tribunal lo limitó a las personas físicas.

En su sentencia de 28 de junio de 2007, dictada en el asunto Dell’Orto⁴⁷, el TJ aclaró que el texto se refiere solo a las personas físicas. En este asunto el Tribunal de Milán formuló una cuestión prejudicial sobre la interpretación a dar al art. 9

45 The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, Judgement on the appeals of the Decision on Victim’s Participation de 18 de enero de 2008.

46 En el caso contra Thomas Lubanga se le imputó el delito de alistamiento, reclutamiento y uso de niños menores de 15 años para participar activamente en actos de guerra, para lo cual se les suministraba drogas, que les volvían obedientes y capaces de cometer actos que no perpetrarían en circunstancias normales. Las víctimas de estas actuaciones de los niños solicitaron ser consideradas víctimas en el caso ante la CPI. La jurisprudencia de la Corte ha interpretado que la persona herida por un niño reclutado de esta manera no puede ser considerada como víctima indirecta en el caso contra Lubanga. Esta cuestión se suscitó como consecuencia de que se recibiera en la Secretaría de la Corte alrededor de 200 solicitudes de ser consideradas como víctimas presentadas por personas que afirmaban haber sufrido daños por las acciones delictivas cometidas por los niños soldados (vid. Olásolo Alonso, H. (2011), “El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas”, en Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional, Tirant lo Blanch, pp. 269 a 307).

47 As. C-467/05.

de la DM de 2001 sobre el Estatuto jurídico de la Víctima⁴⁸, solicitando saber si dicha norma amparaba el derecho de la víctima a la restitución del dinero indebidamente apropiado y embargado a efectos de un proceso penal. Dicho tribunal había sustanciado un proceso penal contra el Sr. Dell'Orto y otros acusados por un delito de falsedad en documento contable ("falsa información sobre sociedades") necesario para poder cometer el delito de apropiación indebida agravada y de financiación ilegal de los partidos políticos. Los acusados habían evadido ingentes cantidades de dinero perteneciente a varias sociedades mediante el pago de asesoramientos ficticios por sociedades vinculadas orgánicamente a los coautores. Entre las personas afectadas se encontraba la sociedad Saipem, que se constituyó como parte civil en dicho proceso penal. Por este procedimiento el Sr. Dell'Orto se apropió de más de un millón de euros pertenecientes a Saipem. Esta suma fue embargada cautelarmente por las autoridades judiciales italianas durante el proceso penal. El proceso terminó en 1999 mediante sentencia que recogía un pacto entre las partes, que sin embargo no decidía nada sobre el destino de la cantidad embargada. Saipem solicitó del juez, que había embargado cautelarmente dicha cantidad y que dictó la sentencia que recogía el pacto⁴⁹, la restitución de dicha cantidad, lo que hizo mediante auto. Este auto fue anulado por la Corte Suprema di Cassazione por haber sido adoptado por órgano incompetente. Al no haber previsto nada el acuerdo, la vía para reclamar dicha restitución era el juez civil y no el marco del proceso penal. El juez italiano se planteaba si la previsión del art. 9.1 de la DM permitía al juez penal pronunciarse sobre este extremo cuando la víctima era una empresa. La sentencia del TJ no dejó lugar a dudas: incluir las personas jurídicas sería contrario a las disposiciones comunitarias⁵⁰.

Aunque se trata de jurisprudencia relativa a la Decisión Marco de 2001 y ésta ha sido sustituida por la Directiva 2012/29, no hay ninguna otra resolución posterior del TJ y los términos de la nueva norma no dicen lo contrario que la anterior, por lo que esa interpretación debe aplicarse también al mismo contenido recogido ahora en la Directiva de 2012. Además, atendiendo al *animus* del legislador comunitario, no se encuentra justificada otra interpretación distinta. La regulación de la Directiva se orienta a prestar especial atención a los derechos individuales de las víctimas y sus necesidades para superar el trauma y lograr su recuperación lo más rápido posible,

48 Art. 9: "1. Los Estados miembros garantizarán a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener en un plazo razonable y en el marco del proceso penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción, salvo cuando la legislación nacional disponga que, para determinados casos, la indemnización se efectúe por otra vía.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas pertinentes para propiciar que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente".

49 El órgano jurisdiccional remitente no informó de qué juzgado o tribunal condenó al Sr. Dell'Orto y decidió sobre la restitución del dinero embargado, aunque parece ser que fue él mismo (Conclusiones del AG Kokott, punto nº 16, del asunto).

50 Vid. más ampliamente Vidal Fernández, B. (2008) "El Estatuto de la víctima en el proceso penal", El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales, M. de Hoyos Sancho coord., Lex Nova Valladolid, pp. 307 a 331.

lo que indica que se está pensando en víctimas físicas antes que jurídicas⁵¹, sin embargo, como apunta Hoyos Sancho⁵², el tema de la indemnización es una cuestión que interesa en igual grado a la persona jurídica víctima, por lo que debe entenderse posible una variación de la línea jurisprudencial en este extremo⁵³.

La legitimación pasiva lleva a estudiar el **concepto de autor de la infracción** a efectos del derecho de las víctimas a obtener en el proceso penal un pronunciamiento sobre la indemnización.

En la sentencia emitida en el asunto *Giovanardi*⁵⁴, el TJ responde a la pregunta de si la víctima puede exigir la indemnización no solamente de las personas físicas autoras de la infracción penal sino también en su caso de una persona jurídica. La cuestión suscitada condujo a plantearse si el derecho comunitario obliga a los Estados miembros a reconocer que las personas jurídicas puedan ser responsables civiles en el proceso penal.

Se solicitaba la interpretación del concepto de “autor de la infracción” del art. 9.1 de la DM de 2001⁵⁵ (“infractor” en el art. 16.1 Directiva 2012/29⁵⁶), o lo que es lo mismo, la determinación del titular de la responsabilidad penal de la que deriva directamente la responsabilidad civil.

Los hechos del caso son los siguientes: como consecuencia de un trabajo mal realizado (constitutivo de negligencia criminal) tuvo lugar un accidente en un nudo ferroviario cercano a Florencia, el 2 de octubre de 2008. Los autores de dicha actuación (*Giovanardi* y otras cuatro personas) eran empleados de la empresa Rete Ferroviaria italiana encargada de las infraestructuras ferroviarias, a los que se encargó retirar algunos dispositivos de seguridad de las agujas del nudo ferroviario. El accidente provocó víctimas entre otros trabajadores de la empresa (muerte de uno de ellos y lesiones graves de otros dos). El Ministerio Público solicitó el procesamiento de los autores del trabajo negligente ante el Juez de instrucción del Tribunal de Florencia. En el procedimiento, las víctimas del accidente y los familiares del fallecido solicitaron personarse como actores civiles, para reclamar una indemnización, por los daños patrimoniales y morales sufridos, frente a las personas físicas imputadas y también frente a las empresas por cuya cuenta actuaban los imputados.

La legislación italiana no permite actuar directamente contra las personas jurídicas en el marco de un proceso penal⁵⁷. Dicha normativa permite a las víctimas

51 Hoyos Sancho, M. (2014), “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas...” cit.

52 Hoyos Sancho, M. (2014) “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE...”, cit.

53 De hecho el camino está abierto. Las Conclusiones de la AG Sharpston en el asunto *Giovanardi* proponen al TJ una interpretación teleológica de la DM/2001 para no privarla de su efecto útil. “La Decisión Marco atiende al fondo antes que a la forma” (Conclusión nº 45), su objetivo es proporcionar un elevado nivel de protección a las víctimas de delitos.

54 STJ de 12 de julio de 2012, as. C-79/11.

55 Vid. supra nota nº 48.

56 Vid. supra nota nº 39.

57 Realmente este asunto ha expuesto la existencia de dos tesis distintas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales de la UE. Así mientras que en derecho inglés o francés dicha responsabilidad deriva de que las personas físicas que han cometido la

personarse como actores civiles en el proceso penal que se esté siguiendo contra la persona **física** autora de la infracción.

El TJ acogió en este asunto el concepto italiano de “responsabilidad administrativa” para evitar hablar de responsabilidad civil⁵⁸, y dejó claramente establecido que es necesario que la persona a la que se pretende reclamar la indemnización sea la *que ha causado directamente el perjuicio*⁵⁹.

Lo realmente interesante de esta jurisprudencia está en el contenido de las Conclusiones de la Abogada General, la Sra. E. SHARPSTON. La AG comienza por reformular la cuestión planteada: lo que se quiere saber es, en esencia, si el art. 9.1 de la DM permite distinguir entre las personas físicas y las jurídicas que han cometido una infracción penal a efectos del derecho de las víctimas a exigir, en el proceso penal, de aquéllas una indemnización por los daños derivados de la infracción.

La respuesta a esta cuestión aparece tras un análisis minucioso del precepto, distinguiendo lo que el precepto contiene de lo que no tiene. Para empezar, lo que el art. 9.1 DM no contiene es la obligación de que los Estados miembros establezcan en sus ordenamientos jurídicos una responsabilidad que antes no existía, que modifiquen su derecho penal para introducir o ampliar el concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶⁰. Ahora bien, si un Estado miembro reconoce dicho

infracción lo han hecho actuado por cuenta, en beneficio o interés de la persona jurídica y por tanto la voluntad manifestada con su actuación es la de la persona jurídica (sistemas de “identificación”), en otros ordenamientos como el italiano la persona jurídica tiene su propia parte de responsabilidad, al margen del resultado de la actuación de la persona física, por no haberse organizado correctamente y con ello haber permitido la comisión de la infracción.

Tratándose de un fallo en la organización, es decir en relación con la parte de la responsabilidad que pueda atañer a la persona jurídica, en derecho italiano se trata de una responsabilidad administrativa. En los sistemas de “identificación” la existencia o no de protocolos de actuación no tiene ninguna influencia sobre la responsabilidad de la persona jurídica, mientras que en los de “organización” la existencia de dichos protocolos exonera a la persona jurídica de toda responsabilidad por los actos realizados por las personas físicas (vid. más ampliamente Mauro, C. (2012) “Protection des victimes d’infractions et droit européen (Cour de Justice de l’Union Européenne, 12 juillet 2012, Maurizio Giovanardi e. a., as. C-79/11) », RAE – LEA 2012/3, pp. 661 a 670).

58 “(...), de la resolución de la remisión se deduce que una “infracción administrativa” (derivada de una infracción penal) como la que ha dado lugar a las actuaciones... es una infracción distinta, que no guarda un nexo causal con los perjuicios ocasionados por la infracción penal cuyo autor es una persona física y cuya reparación se reclama. Según el órgano jurisdiccional remitente, en el régimen establecido por el Decreto legislativo (italiano) la responsabilidad de la persona jurídica se califica de “administrativa”, “indirecta” y “subsidiaria” y se distingue de la responsabilidad penal de la persona física, autora de la infracción penal que ha causado directamente los daños...” (apartado nº 47 STJ de 12 de julio de 2012, as. C-79/11 Giovanardi y otros).

59 “Por consiguiente las personas que hayan sufrido un perjuicio derivado de una infracción administrativa cometida por una persona jurídica (...) no pueden considerarse a efectos de la aplicación del art.9.1 de la Decisión marco, como víctimas de una infracción penal que tienen derecho a obtener en el marco del proceso penal, una resolución relativa a la indemnización por parte de dicha persona jurídica” (STJ as. C-79/11 Giovanardi y otros, apartado nº 48).

60 Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston en el as. C-79/11: nº 34 “Un Estado miembro cuyo ordenamiento jurídico disponga que solo pueden ser condenadas por infracciones penales las personas físicas no incumplirá las disposiciones de la DM si no establece ninguna norma para que también se considere penalmente responsables a las personas jurídicas a quienes pueda imputarse alguna

concepto en su ordenamiento jurídico no puede sustraerse a su obligación de ofrecer protección con arreglo al art. 9.1 por motivos esencialmente formales⁶¹.

Lo que sí que contiene el precepto es en primer lugar una regla general: la obligación de los Estados de garantizar un pronunciamiento en el proceso penal sobre la indemnización de las víctimas por el autor de la infracción; y junto a ella una excepción: que la legislación nacional disponga para determinados supuestos que se efectúe por otra vía⁶².

4.1.2. Concepto de infracción penal.

La obligación de los Estados antedicha aparece cuando se ha cometido una “infracción penal”. Ello significa que no genera esta obligación cualquier infracción productora de perjuicios para una persona sino solamente las que tengan naturaleza penal, y a estos efectos carece de pertinencia que la infracción se califique de “indirecta o subsidiaria”⁶³ o se pretenda evitar la obligación del art. 9.1 calificando una infracción esencialmente penal como “administrativa”⁶⁴.

Es el hecho tipificado penalmente el que origina el derecho a la indemnización, sin embargo, en la norma comunitaria es el sujeto infractor el que determina si la infracción puede ser calificada de penal y por tanto generadora del derecho de la víctima a reclamar una indemnización en el proceso penal. De acuerdo con la jurisprudencia del TJ solamente las personas físicas pueden ser autores de infracciones penales en el sentido comunitario.

Además es preciso que el derecho nacional permita actuar penalmente contra el autor de la infracción. Este segundo requisito obliga a definir el **concepto de autor de la infracción**, que la norma comunitaria no contempla. Ante este silencio cabe interpretar que donde el legislador no restringe no debe hacerlo el juez, y por tanto nada justifica excluir la posibilidad de que puedan serlo las personas jurídi-

responsabilidad en relación con tales infracciones, o para que pueda obtenerse una indemnización a cargo de esas personas jurídicas con arreglo al art. 9.1 La víctima que desee obtener reparación por un acto ilícito del que la persona jurídica en cuestión sea presuntamente responsable en ese Estado miembro deberá acudir a la vía civil, con todas las consecuencias que eso entrañe conforme a la legislación nacional”.

61 Conclusiones AG E. Sharpston, as. C-79/11, nº 47 in fine.

62 Apdo. nº 40 de las Conclusiones AG E. Sharpston en el as. C-79/11 cit.

63 Conclusiones AG E. Sharpston as. 79/11 cit., nº 46. “Por su propia naturaleza, la responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones penales no puede ser ni directa ni principal”.

64 Conclusiones AG E. Sharpston as. 79/11 cit., nº 47: “En cuanto a la calificación de infracción “administrativa” que el Derecho italiano aplica al acto ilícito cometido por una persona jurídica, a mí me parece se ha de aplicar el mismo principio. El considerando 4º de la Decisión marco deja claro que su objetivo es proporcionar un “elevado nivel de protección” a las víctimas de delitos. Con arreglo al artículo 9.1, uno de los medios por los que intenta alcanzar ese objetivo es permitir a las víctimas que obtengan una indemnización a través del proceso penal incoado respecto al acto ilícito que haya provocado los daños. No tengo inconveniente en admitir que la adopción de la Decisión marco no obligaba a los Estados miembros a introducir el concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas en sus Derechos nacionales si no formaba parte previamente de su sistema jurídico. Sin embargo, a mi juicio, un Estado miembro que reconoce dicho concepto en su ordenamiento jurídico no puede sustraerse a su obligación de ofrecer protección con arreglo al apartado 9.1, por motivos que son esencialmente formales”.

cas⁶⁵. Sin embargo para el TJ el derecho a un pronunciamiento sobre la indemnización en el curso del proceso penal solamente existe frente a personas físicas.

En nuestro ordenamiento está contemplada la responsabilidad de las personas jurídicas tanto criminal como la civil derivada del delito, en el art. 116.3 CP⁶⁶.

4.1.3. Concepto europeo de proceso penal.

Tiene que haber un proceso penal en marcha, pues la Directiva consagra el derecho a un pronunciamiento “en el curso de un proceso penal”. Esta tercera cuestión conduce a la determinación de un **concepto europeo de proceso penal**⁶⁷, dado que no existe un concepto armonizado. En ausencia de tal concepto armonizado la solución por ahora tiene que ser la facilitada por el art. 1-c) de la Decisión Marco/2001: dicho concepto debe interpretarse con arreglo a la legislación nacional aplicable⁶⁸.

Pero no hay tal obligación cuando la legislación nacional dispone que, para determinados casos, la reclamación de la indemnización se efectúe por otra vía⁶⁹.

Un correcto entendimiento de esta disposición lleva a considerar que tiene que ser la existencia de circunstancias objetivas lo que justifique acudir a otra vía, como que no puedan determinarse los daños causados por la infracción o al menos con una precisión suficiente para permitir formular una pretensión antes de que finalice el proceso penal⁷⁰. Planteada la cuestión de si las personas jurídicas pueden suponer esas circunstancias objetivas, la AG ha negado que esté justificado por la norma, afirmando que esta salvedad no puede considerarse aplicable a una categoría específica de autores de la infracción (como las personas jurídicas), pues ello supondría de facto hacer de la excepción la norma⁷¹.

El TJ siguió una interpretación diferente centrándose en el concepto de infracción penal para evitar pronunciarse sobre si la norma comunitaria incluye también a las personas jurídicas. El TJ resolvió en este caso que la norma comunitaria

65 Conclusiones AG E. Sharpston as. 79/11 cit., n° 49: “Aunque el art. 1-a) de la Decisión marco define el concepto de víctima, no hace lo propio con el de autor de la infracción. Por tanto entiendo que debe darse a dicha expresión su significado natural y común. (...), si el legislador hubiese querido emplear una formulación estricta, lo habría hecho. Por lo tanto no es difícil concluir que “autor de la infracción” debe interpretarse en el sentido de que incluye no solo las personas físicas, sino también las personas jurídicas a las que se impute la comisión de infracciones penales”.

66 “La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el art. 110 de este código, de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos”.

67 Sobre la construcción de un proceso penal europeo vid. Jimeno Bulnes, M. (2011) Un proceso europeo para el siglo XXI, Monografías Civitas.

68 Conclusiones AG E. Sharpston as. 79/11 cit., n° 55.

69 Conclusiones AG E. Sharpston as. 79/11 cit., n° 40.

70 Conclusiones AG E. Sharpston as. 79/11 cit., n° s 55 a 59.

71 Los Gobiernos alemán y neerlandés alegaron que la excepción era aplicable entendiendo que cuando las víctimas tienen la posibilidad de acudir a los tribunales civiles para hacer valer sus derechos contra las personas jurídicas presuntas autoras de las infracciones, el Estado miembro no tiene ninguna obligación de garantizar que también puedan formular esas pretensiones en el marco del proceso penal (vid. Conclusiones AG E. Sharpston as. 79/11 cit., n° 56)

únicamente obliga a los Estados a garantizar el derecho a la indemnización por el actor **directo** de la infracción, lo que libera a la persona jurídica como responsable directo puesto que siempre tienen que actuar a través de una persona física.

Por tanto, de la jurisprudencia del TJ se concluye que no es un derecho de la víctima el de obtener este pronunciamiento contra una persona jurídica en el curso de un proceso penal.

4.2. Derecho frente al Estado. Obligación de los Estados de prever un sistema estatal de indemnización.

España prevé un sistema de indemnizaciones a las víctimas a cargo del Estado cuando el autor de la infracción es insolvente, o cuando, por otras circunstancias, la víctima no recibe de él ninguna indemnización. No se trata de una responsabilidad subsidiaria del Estado sino de una subrogación. Tanto la ley 35/1995 de asistencia a las víctimas de delitos dolosos como la Ley de protección integral a las víctimas de terrorismo de 2011 contemplan el pago de las indemnizaciones a las víctimas por subrogación, sin que en ningún caso suponga la asunción de responsabilidad civil subsidiaria por parte del Estado⁷².

Las víctimas transfronterizas también tienen garantizado el acceso a esta indemnización subsidiaria a partir de la Directiva 2004/80, aunque su aplicación también ha planteado problemas. A partir de esta norma es posible solicitar la indemnización ante las autoridades del Estado donde la víctima reside, y corresponde al Estado en cuyo territorio se cometió el delito, la obligación de abonar la indemnización. En el año 2009 la Comisión elaboró el preceptivo informe de seguimiento de la aplicación de la Directiva⁷³, que refleja dos visiones contrapuestas sobre su eficacia: la de las autoridades llamadas a intervenir, que tienen una opinión bastante positiva sobre el funcionamiento del régimen de indemnización así instaurado, frente a la de los solicitantes de las indemnizaciones (las víctimas), que consideran que el procedimiento previsto es largo y complicado y que las barreras lingüísticas constituyen un obstáculo importante. Con esta información, la Comisión ha propuesto una revisión de la Directiva que haga más accesible el sistema de indemnización: facilitando a los ciudadanos más información sobre su existencia y sobre el modo de proceder, hacer cumplir lo establecido en cuanto a los idiomas, y más claridad y transparencia en los elementos claves de los sistemas de indemnización: qué delitos están incluidos en cada sistema nacional y qué lesiones están cubiertas.

Los sistemas estatales de indemnización de los Estados de la UE tienen que ser accesibles a todos los ciudadanos europeos con independencia de su nacionalidad. El punto de partida del derecho de acceso a una indemnización tiene que ser el *principio de no discriminación por razón de la nacionalidad*. El punto de inflexión lo supuso el caso del Sr. Cowan, un ciudadano británico que fue víctima de un asal-

72 Art. 20.7 de la Ley de protección integral a las víctimas de terrorismo (ley 29/2011). Vid. asimismo el art. 21 de esta ley y el art. 13 de la Ley 35/1995.

73 Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, relativo a la aplicación de la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 20.4.2009 (COM (2009) 170 final).

to violento cuando hacía turismo por Francia⁷⁴. No se logró identificar a los asaltantes. El Sr. Cowan se dirigió al Estado francés solicitando una indemnización, con arreglo a sistema nacional francés. Pero de acuerdo con el derecho francés, era requisito para admitir la solicitud que la víctima fuera ciudadano francés, de un Estado con reciprocidad, o bien titular de un permiso de residencia. La autoridad francesa responsable de tramitar la solicitud planteó una cuestión prejudicial a la TJ que respondió: “Cuando el Derecho comunitario garantiza a una persona física la libertad de ir a otro Estado miembro, es un corolario de esa libertad que la persona esté protegida contra el daño de igual modo que los ciudadanos o residentes en el Estado miembro en cuestión. El principio de no discriminación es aplicable a los prestatarios de servicios en el sentido del Tratado por lo que se refiere a la protección contra el riesgo de asalto y el derecho a obtener una indemnización económica prevista por el derecho nacional cuando ese riesgo se materialice”. En este asunto el vínculo entre el ciudadano y el Estado francés se desprendía del hecho de que el delito había sido cometido en territorio francés y el Sr. Cowan había sido víctima directa.

A partir de este asunto quedó consagrado el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y, en consecuencia, que debía concederse a todos los ciudadanos de la UE la posibilidad de indemnización en los mismos términos en los que se concede a los ciudadanos del Estado donde se ha cometido el delito, por tanto también a cualquier residente en el territorio de ese Estado miembro.

Este principio de no discriminación por razón de la nacionalidad se aplica asimismo al *derecho a la indemnización por el Estado del extranjero familiar de una víctima de un delito ocurrido en el territorio de otro Estado*. De manera que si un Estado reconoce este derecho a sus nacionales también tiene que reconocerlo a los nacionales de otro Estado miembro que trabajen o residan en su territorio. La sentencia Woods del TJ⁷⁵ resolvió la cuestión planteada por la eComisión de Indemnización de las víctimas de infracciones del Tribunal de Grande Instance de Nantes⁷⁶. El Sr. Woods, de nacionalidad británica y residente en Francia durante más de 20 años, tenía 3 hijos habidos con su pareja francesa. Una de las hijas murió en 2004 de un accidente de tráfico en Australia donde estaba realizando un periodo de prácticas de sus estudios en Londres. Sus padres solicitaron una indemnización, a la Comisión remitente de la cuestión prejudicial, que de acuerdo con la legislación francesa fue otorgada a los derechohabientes de la difunta excepto a su padre, por razón de su nacionalidad británica. El Sr. Woods, que reside, trabaja y paga sus impuestos en Francia, presentó una demanda ante el Tribunal remitente contra la

74 As. 186/87 Cowan c. Trésor Public.

75 STJ de 5 de junio de 2008, as. C-164/07, Woods c. Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions.

76 Sobre la legitimación de la Commission d'indemnisation para plantear una cuestión prejudicial, la AG del asunto, Sra. Kokott, recuerda la propia jurisprudencia del TJ sobre la de definición de órgano jurisdiccional a efectos del reenvío prejudicial expuesta en el asunto Cowan, en el que el AG Lenz argumentó abundantemente que “tal comisión es una institución dotada de independencia y llamada a pronunciarse sobre litigios relativos a las demandas de indemnización de las víctimas; está creada por una ley, es concebida como un órgano jurisdiccional de Derecho imperativo y dicta sus decisiones aplicando normas jurídicas” (Conclusiones AG. Kokott as. C-164/07, nº19).

Commission d'indemnisation por discriminación por razón de la nacionalidad. La Commission d'indemnisation des victimes d'infractions del Tribunal de Grande Instance de Nantes suspendió el procedimiento para preguntar al TJ si el Derecho Comunitario se opone a una normativa nacional que niega a los nacionales de los demás Estados miembros que residen y trabajan en su territorio la posibilidad de obtener una indemnización únicamente debido a su nacionalidad. El TJ respondió afirmativamente, y, destacando que la única diferencia entre el Sr. y la Sra. Woods era la nacionalidad británica del primero, reafirmó su reiterada jurisprudencia sobre el principio de no discriminación, que exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica⁷⁷.

Está clara la vigencia del principio de no discriminación en materia de indemnización por Estado, pero ¿qué ocurre si un Estado no tiene tal sistema establecido? La cuestión que se plantea por la legislación comunitaria es si la Directiva 2004/80 impone en su art. 12.2 la obligación de establecer un sistema estatal de indemnización exigible por los ciudadanos ante sus tribunales. El art. 12.2 de dicha norma exige a los Estados miembros un régimen de indemnizaciones para las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus respectivos territorios, que les asegure una indemnización justa y adecuada, de ello parece derivarse claramente la obligación de los Estados de establecer tal sistema si sus normas internas no lo contemplan.

En el asunto Paola C⁷⁸, el TJ fue llamado a pronunciarse sobre si dicho art. 12 de la Directiva simplemente autoriza o, por el contrario, obliga a los Estados miembros a adoptar un régimen de indemnización de estas víctimas. El origen de la cuestión estaba en una demanda presentada por la Sra. C contra la Presidenza del Consiglio dei Ministri solicitando una indemnización por no haber transpuesto la Directiva 2004/80. En su demanda alegaba que había sido víctima de agresiones sexuales por M, indigente y sin empleo ni vivienda. M había sido condenado a pagarle la cantidad de 20.000 € pero además de ser insolvente se encontraba encarcelado. La Sra. C alegaba que cuando saliera de prisión sería expulsado de Italia vetándole a ella toda posibilidad de obtener indemnización alguna. Italia no había adoptado las medidas establecidas en el art. 12 de la Directiva 2004/80 por lo que no había ninguna posibilidad de obtener del Estado una indemnización justa y adecuada.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri argumentó que la Directiva únicamente era aplicable a las víctimas transfronterizas mientras que la víctima en el caso era italiana, y solicitó la inadmisión de la demanda.

El órgano remitente sin embargo se preguntó si el art. 12.2 de la Directiva podría interpretarse en el sentido de que obliga a los Estados miembros a adoptar medidas que garanticen la indemnización de todas las víctimas de cualquier delito

⁷⁷ STJ as. C-164/07, Woods, nº13. De hecho el propio Gobierno francés admitió que en un supuesto como el que era objeto de debate no había motivos que justificaran tal diferencia de trato (ídem nº 15).

⁷⁸ ATJ de 30 de enero de 2014, as. C-122/13.

doloso y violento. Finalmente el TJ inadmitió el reenvío por considerarse manifiestamente incompetente por tratarse de una situación puramente interna, acogiendo la excepción opuesta por la Presidencia, pero el asunto tuvo la virtud de plantear esta cuestión: *¿el art. 12 de la directiva obliga a crear tal sistema cuando no exista tampoco para las víctimas nacionales?* Lo que se planteaba era si al obligar a los Estados a crear un sistema de indemnización estaba otorgando a los ciudadanos un derecho a ese sistema, es decir si había de reconocerse a esta Directiva efecto vertical. El TJ inadmitió la cuestión mediante auto motivado por no tratarse de un supuesto de interpretación o de apreciación de validez de una norma comunitaria. El Tribunal puso de manifiesto que en todo caso se trataría de un supuesto de incumplimiento del derecho comunitario. Sin embargo, indirectamente sí que contestó a la cuestión: la Directiva no obliga si no obliga el derecho nacional⁷⁹.

Ciertamente la Directiva de 2004 tiene un ámbito subjetivo muy bien delimitado: víctimas transfronterizas, es decir las que lo son en el territorio de otro Estado miembro distinto del suyo de residencia. El asunto Paola C puso de manifiesto la estrechez de esta regulación y las carencias de protección de las que adolecía, justificando una vez más su reforma.

El reconocimiento de una indemnización pública a favor de las víctimas en España tiene su origen en la normativa en materia de terrorismo. El D-Ley 10/1975 sobre prevención del terrorismo puede ser considerado como la primera vez en que el Estado se obligó legislativamente a atender a las víctimas de terrorismo. A este primer reconocimiento legislativo han seguido otras normas. Hoy en España disponemos de tal sistema para las víctimas de delitos violentos por la ley de 1995 desarrollada por su Reglamento de 1997, y la ley 29/2011⁸⁰ y su Reglamento sobre protección integral a las víctimas de terrorismo, de 2013⁸¹.

79 ATJ as. C-122/13: nº 15 “Es cierto que, según reiterada jurisprudencia, incluso en una situación de este tipo (puramente interna) el TJ puede proceder a la interpretación solicitada cuando el Derecho nacional obligue al órgano jurisdiccional remitente... a reconocer a los ciudadanos nacionales los mismo derechos que los que se derivarían para una nacional de otro Estado miembro del Derecho de la Unión en la misma situación. No obstante, no incumbe al Tribunal de Justicia tomar tal iniciativa si de la petición de decisión prejudicial no se desprende que el órgano jurisdiccional remitente tenga efectivamente tal obligación”. Nº 17: “Pues bien, en el caso de autos, basta señalar que, pese a que la Comisión Europea, en sus observaciones escritas, ha mantenido que tal obligación se deriva del Derecho constitucional italiano, de la propia resolución de remisión no resulta que el Derecho italiano obligue al órgano jurisdiccional remitente a reconocer a la Sra. C los mismos derechos que los que para un nacional de otro Estado miembro se derivarían del Derecho de la Unión en la misma situación”.

80 Vid. más ampliamente Pérez Rivas, N., “El nuevo régimen de ayudas...”, cit. La autora realiza un recorrido por toda la normativa dictada en esta materia, con especial atención a la Ley de protección integral de 2011.

81 Ambos reglamentos incorporan expresamente el contenido de la Directiva de 2004, en un nuevo título sobre acceso de las víctimas de delitos (violentos o contra la libertad sexual o de terrorismo) en situaciones transfronterizas, a las ayudas públicas.

5. Consideraciones finales

La regulación comunitaria ha tenido la virtud de dar un impulso definitivo a la tendencia de recuperación del papel de las víctimas en el proceso penal, que perdieron cuando los Estados asumieron el monopolio del *ius puniendi* enfocado a la persecución del delito y del delincuente, privándolas con ello de su derecho a una tutela judicial efectiva plena. Consecuencia de esta normativa es la actual situación de las víctimas cuya protección integral se articula en España a través del Estatuto Jurídico de la Víctima aprobado por Ley 4/2015. El Estatuto, entre otras mejoras respecto de la situación anterior, recoge expresamente la situación de las víctimas de delitos cometidos en otros Estados Miembros de la UE⁸², y singularmente es de destacar la especial sensibilidad del legislador al incorporar entre otras medidas las tendentes a reparar el daño político imponiendo a los poderes públicos la obligación de fomentar campañas de sensibilización social en favor de las víctimas así como el deber de los medios de comunicación de respetar la intimidad, la dignidad y los demás derechos de las víctimas⁸³.

Partiendo, entonces, de la consideración de que la reparación y, concretamente la indemnización, es uno de los derechos más relevantes, es de destacar el abanico que encuentran las víctimas españolas de posibilidades de tutela de su derecho a una reparación en sentido amplio, incluida una indemnización, tanto cuando se trata de delitos nacionales como cuando han acaecido en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea, y tanto por parte del infractor (consagrado en el art. 110 CP, y en la Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima en cuanto implementa el art 16.1 de la Directiva 2012/29), como, y en defecto de éste, por el Estado (como se asume en la Ley de 1995, y art. 1 de la Directiva 2004/80 sobre indemnización a las víctimas transfronterizas).

Las vías procesales para hacer efectivo este derecho a la indemnización son diversas, pudiendo seguir tanto la penal como la civil. Las leyes procesales españolas contemplan el derecho de las víctimas a obtener un pronunciamiento sobre la indemnización en el curso del proceso penal (arts. 109, 109 bis y ss. LECRIM) o bien por medio del proceso civil que corresponda por la cuantía, y en caso de víctimas transfronterizas es posible utilizar los cauces previstos por el Derecho de la Unión Europea: proceso monitorio europeo y cuando proceda por la cuantía el proceso europeo de escasa cuantía.

Obtenido el pronunciamiento judicial, la ejecución forzosa del mismo cuando no sea cumplido voluntariamente procederá por medio del proceso de ejecución o vía de apremio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en los supuestos transfronterizos por medio del Reglamento Bruselas I y, en su caso, a través del Título Ejecutivo Europeo.

82 Art. 17 Estatuto Víctima del delito, y contempla la coordinación y cooperación internacional en el art.

33. Además encomienda a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas la función de asesorar sobre el procedimiento para reclamar las indemnizaciones correspondientes (art. 28.1-d).

83 Vid. art. 34 Estatuto de la Víctima del delito.

Notas bibliográficas

- AA.VV. (2013), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea* (Dir. M. de Hoyos Sancho), Tirant lo Blanch, Valencia.
- Aliaga Casanova, A.C. (2008), “La ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas: la víctima y su derecho al cobro de la indemnización”, *Revista de Estudios Jurídicos*.
- Arangüena Fanego, C. (2013) “Eficacia transnacional de medidas de vigilancia y de protección”, *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea* (Dir. M. de Hoyos Sancho), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 327 a 352.
- Arangüena Fanego, C. (2011) “La protección transnacional de la víctima por medio de la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares no privativas de libertad aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea”, *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, nº 12 de la Colección contra la violencia de género. Documentos. Ministerio de Sanidad, política social e igualdad, Madrid, pp. 79 a 92.
- Arangüena Fanego, C. (2013) “Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *Derecho procesal en el espacio judicial europeo (Liber Amicorum Faustino Gutierrez-Alviz Conradi)*, Atelier, pp.43 a 66.
- Blázquez Peinado, D., (2013) “La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 46, pp. 897 a 934.
- Burgos Ladrón de Guevara, J. (2015) “La tabla de garantías de la víctima en el proyecto de reforma del proceso penal español”, *Diario La Ley* nº 8518, de 14 de abril.
- Chocrón Giraldez, A. M^a, (2013) “La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 12, pp. 37 a 58.
- Del Corral Gargallo, P., “Tipos de victimización: perfiles característicos”, en *Asistencia a las víctimas de experiencias traumáticas*, Fundación ASMAOZ . Formación on-line, Instituto Vasco de Criminología – Universidad del País Vasco.
- Cruz, L.M., (2010) “El derecho de reparación a las víctimas en el Derecho internacional. Un estudio comparativo entre el Derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos”, *Revista de Derecho Público UNED*, nº77 enero-abril, pp.185 a 209.
- Fonseca Morillo, F., (2010) “Algunas reflexiones sobre las perspectivas de la cooperación judicial penal en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”, *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGÜENA FANEGO, C., dir.), ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 19 a 27.
- Galain Palermo, P. (2010) *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Monografías 684, Valencia.
- García Rodríguez, M.J. (2005), “Marco jurídico y nuevos instrumentos para un sistema europeo de indemnización a las víctimas de delitos”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1980-81, pp.7 a 32.
- Giesen, I., y Kristen, F.G.H. (2014) “Liability, Responsibility, and Accountability: Crossing Borders”, *Utrecht Law Review* vol. 10, issue 3 (June).
- Gómez Colomer, J.L. (2014) “La participación de la víctima del crimen en el sistema adversarial norteamericano”, *Justicia 2014* nº 2, pp. 23 a 67.
- Gómez Colomer, J.L. (2015) “Los aspectos esenciales del proyectado Estatuto Jurídico de la Víctima”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 37, enero-marzo.
- Gómez Colomer, J.L. (2014), *Estatuto Jurídico de la Víctima*, ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona.
- Hebly, M., Van Dongen, J.D.M., Lindenbergh, S.D. (2014), “Crime Victims’ Experiences with seeking Compensation: a qualitative exploration”, *Utrecht Law Review* vol. 10, issue 3 (June).

- Hoyos Sancho, M. (2012), "La armonización del Estatuto de las víctimas en la Unión Europea", *Garantías Constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, pp. 409 a 423.
- Hoyos Sancho, M., (2015) "El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea: la Directiva 2011/99, el Reglamento 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 38, abril-junio.
- Hoyos Sancho, M. (2011) "La orden europea de protección: estudio de la iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección", *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada, p.251 a 268.
- Hoyos Sancho, M., (2014) "Reflexiones sobre la directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español", *Revista General del Derecho Procesal*, nº34.
- Jimeno Bulnes, M. (coord.) (2011), *Justicia versus Seguridad en el Espacio Judicial Europeo*, Tirant los Blanch, Valencia.
- Jimeno Bulnes, M., (2011) *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Monografías Civitas-Thomson Reuters, Pamplona.
- Kool, R.S.B. (2014), "(Crime) Victims' Compensation: The emergence of convergence", *Utrecht Law Review* vol. 10, issue 3 (June).
- Lupária, L., (2013) "Reflexiones sobre el Estatuto de la Víctima en el proceso penal italiano", *Constitución, Ley y Proceso*, ARA Editores, Perú, pp. 377 a 393.
- Mauro, C. (2011) "Protection des victimes d'infractions et droit européen (Cour de Justice de l'Union Européenne, 15 de septembre 2011, M. Gueye et Valentin Salmerón Sánchez, as. C-483/09 y 1/10) », *RAE – LEA* 2011/3, pp. 631 a 639.
- Mauro, C. (2012) "Protection des victimes d'infractions et droit européen (Cour de Justice de l'Union Européenne, 12 juillet 2012, Maurizio Giovanardi e a, as. C-79/11) », *RAE – LEA* 2012/3, p.661 a 670.
- Molina Mansilla, M^a C. (2012), "La protección de la víctima en el espacio europeo: la orden europea de protección", *La Ley Penal*, nº 92, abril.
- Ochoa Casteleiro, A. (2013) "La indemnización de la víctima en el proceso penal español y la nueva Directiva de la UE", *Good Practices for Protecting Victims. Inside and outside the criminal process*. Working Paper,. Puede obtenerse en la web: www.ptprotectingvictims.eu (última conexión el 16 de junio de 2014).
- Olásolo Alonso, H. y Galain Palermo, P. (2013) "Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y el Sistema de aplicación del Derecho Penal Internacional del Estatuto de Roma", en *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, pp.105 a 160.
- Olásolo Alonso, H. (2011) "El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la CPI en materia de participación de víctimas", *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*.
- Ottenhof, R., "Sulla tutela penale delle vittime", *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, Aprile-Giugno 2012, pp. 708 a 711.
- Peyró Llopis, A. (2013) "La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección", *Revista de Derecho Europeo (REDE)*, nº 46, pp.9 a 28.
- Reding, V. (2011), « Le droit des victimes », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, nº 2, editorial.
- Rijnhout, R., Emaus, J.M., (2014) "Damages in wrongful Death Cases in the light of European Human Rights Law: towards a Rights-Based Approach to the law of Damages", *Utrecht Law Review* vol. 10, issue 3 (June).
- Salinero Alonso, C. (2005) "La indemnización de las víctimas de delitos. Comentario a la directiva 2004/80/CE de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de los delitos", *Iustel.com RGDE*, nº 7, mayo.

- Sanchez Domingo, B. (2013), "La cooperación judicial penal y el Tratado de Lisboa. El ejemplo de la directiva 2001/92/UE en materia de pornografía infantil", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº44, pp. 297 a 305.
- Serrano Masip, M. (2009), "Análisis del Estatuto de la víctima en la normativa de la Unión Europea desde la perspectiva de la violencia de género", *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Dir. M. de Hoyos Sancho, Lex Nova, Valladolid, pp.719 a 770.
- Serrano Masip, M. (2013) "La víctima de violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal", *Revista General del Derecho Procesal*, nº 29.
- Serrano Masip, M. (2013), "Protección transnacional de las víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, en *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual* (coord. Villacampa Estiarte, C.), ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp.271 a 307.
- Vidal Fernández, B. (2008) "El Estatuto de la víctima en el proceso penal", *El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales*, Hoyos Sancho coord., Lex Nova, Valladolid, pp. 307 a 331.
- Vidal Fernández, B. (2014) "La protección de las víctimas en el proceso penal", en *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia. Hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Jimeno Bulnes, M. (coord.), edit. Comares, Granada.

SMART CITIES: UNA APUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA MEJORAR LOS SERVICIOS PÚBLICOS URBANOS¹

Helena VILLAREJO GALENDE
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

Resumen: La creciente urbanización genera enormes desafíos para las ciudades contemporáneas, principalmente, el de la eficiencia económica y la sostenibilidad medioambiental. Las iniciativas de *smart city* se orientan a dar solución a esos grandes retos mediante el recurso a las tecnologías y la innovación, y constituyen una oportunidad para que las ciudades se replanteen el modo en que prestan sus servicios a los ciudadanos. El presente artículo tiene como objetivo clarificar el todavía impreciso concepto de *smart city*, explicar la estrategia comunitaria para fomentar y desarrollar este tipo de iniciativas, así como analizar sus fuentes de financiación.

De acuerdo con el Parlamento Europeo (2014), las ciudades inteligentes pueden ser identificadas y clasificados de acuerdo con seis ejes o dimensiones principales: *smart governance*, *smart economy*, *smart mobility*, *smart environment*, *smart people*, y finalmente, *smart living*. Por lo tanto, una ciudad puede ser definida como "inteligente" cuando las inversiones en capital humano y social y en infraestructuras de transporte y TIC contribuyen al desarrollo económico sostenible y a mejorar la calidad de vida, con una gestión racional de los recursos naturales, a través de un gobierno participativo.

En 2012, la Comisión Europea puso en marcha una iniciativa específica para el desarrollo de las ciudades inteligentes denominada "Ciudades Inteligentes y Comunidades-Asociación Europea para la Innovación". Este programa ha aportado 365 millones de euros para ideas innovadoras y proyectos en el ámbito de la energía, el transporte y las TIC en las zonas urbanas. Estas iniciativas muestran el compromiso europeo con la sostenibilidad de nuestras ciudades.

Asimismo se analizan en el artículo algunos de los principales retos jurídicos que el modelo plantea, especialmente en el ámbito de la contratación pública, desde la perspectiva jurídica de cómo mejorar prestación de los servicios públicos urbanos.

Palabras clave: *Smart city*, servicios públicos urbanos, colaboración público-privada, contratación pública, compras públicas de innovación, contratación precomercial, empresas de servicios energéticos.

Summary Urban growth has created enormous challenges for contemporary cities, mainly the economic efficiency and environmental sustainability. *Smart city* initiatives are aimed at solving those big challenges through the use of technology and innovation, and provide an opportunity to rethink the way they provide services to citizens. This article aims to clarify the often still elusive concept of "*smart city*", explain the EU strategy to promote and develop such initiatives and to analyze its sources of funding.

¹ El presente artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación titulado «La colaboración público-privada en infraestructuras urbanas como herramienta para contribuir a la recuperación económica y reforzar la sostenibilidad» (Ref. DER2011-27584), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Plan Nacional de I+D+i 2008-2011), en el que participan el Instituto de Estudios Europeos y el Departamento de Derecho Público (Universidad de Valladolid), la School of Public Affairs (City University of New York) y el European Institute of Public Administration (EIPA), Maastricht (Holanda).

According to the European Parliament (2014), *smart cities* can be identified and ranked along six main axes or dimensions: smart governance, smart economy, smart mobility, smart environment, smart people, and finally, smart living. Therefore, a city can be defined as “smart” when investments in human and social capital and transport and ICT infrastructures generate sustainable economic development and a high quality of life, with a wise management of natural resources, through participatory governance.

In 2012, the European Commission launched a specific initiative for the development of *smart cities* called “*Smart cities and Communities-European Innovation Partnership*”. This program has provided €365 million for innovative ideas and demonstration projects within the energy, transport and ICT in urban areas. These policy initiatives are then witness to a European commitment to the sustainability of our cities.

Some of the main legal issues around the *smart cities* model are also discussed in the paper, especially in the field of public procurement, from a legal perspective on how to improve the urban public services provision.

Key words: *Smart city*, urban public services, public-private partnership, public procurement, public procurement of innovation, pre-commercial procurement, energy service companies.

"If the nineteenth century was the century of empires and the twentieth century the century of nation states, then the twenty-first century will be the century of cities".

Wellington E. Webb²

1. Introducción: La creciente urbanización y la revolución digital

El concepto de “*smart city*” o ciudad inteligente surge en el contexto de dos tendencias que caracterizan la sociedad contemporánea. Por una parte, la creciente urbanización a escala mundial y, por otra, la revolución digital (PwC-IEBS, 2015).

Ya desde el año 2007, más del 50% de la población mundial vive en ciudades. En apenas unos años, para el 2020, el 60% de la población será urbana y se calcula que la cifra siga incrementándose hasta alcanzar el 70% en el año 2050 (United Nations, 2015). Paralelamente, la mayor parte de la actividad económica de los países se concentra en las ciudades. Así, por ejemplo, Londres, París, Bruselas, Seúl, Dublín, Tokio, Oslo y Estocolmo, entre otras grandes urbes, representan entre un tercio y la mitad de sus respectivos PIB nacionales (Banco Mundial, 2016). Además, se prevé que el peso económico de las ciudades continuará creciendo, de tal manera que en el año 2025 las 600 mayores ciudades concentrarán más del 60% del PIB, mientras en 2007 representaban el 50% (McKinsey, 2011). Sin embargo, este constante proceso de crecimiento urbano y económico de las ciudades tiene correlativamente un indudable impacto ambiental. Las zonas urbanas ya consumen la mayor parte de la energía mundial y generan el grueso de nuestros residuos, incluidas las emisiones de gases de efecto invernadero. La OCDE estima que entre el

² “Si el siglo diecinueve fue el siglo de los imperios y el siglo veinte el siglo de los Estados naciones, entonces el siglo veintiuno será el siglo de las ciudades”. Wellington E. Webb, Former US Conference of Mayors’ President and Denver Mayor, First Transatlantic Summit of Mayors, Lyon, France, April 6, 2000.

60% y el 80% de la energía consumida y el 70% de las emisiones de gases de efecto invernadero provienen de las ciudades (OECD, 2010). Además de la elevada demanda energética y de la contaminación atmosférica, el rápido crecimiento demográfico de las ciudades implica otros importantes desafíos medioambientales vinculados con el intenso consumo de recursos naturales (suelo, agua...) y la excesiva generación de residuos. Las grandes aglomeraciones urbanas generan también muchos problemas vinculados a la vivienda, las infraestructuras y los sistemas de transporte, la pobreza y la inclusión social, así como el acceso a los servicios básicos.

En definitiva, la creciente urbanización presenta innumerables retos para los gobiernos locales que deben desarrollar sus políticas pro futuro teniendo en cuenta el número cada vez mayor de habitantes urbanos. Una urbanización sostenible precisa que las ciudades generen mejores oportunidades de ingresos y de empleo, ampliar la infraestructura necesaria para el agua y el saneamiento, la energía, el transporte, la información y las comunicaciones; garantizar la igualdad de acceso a los servicios; reducir el número de las personas que viven en los barrios pobres; y preservar los bienes naturales dentro de la ciudad y sus alrededores (United Nations, 2015: 3).

Junto con la elevada concentración urbana, otra de las tendencias de la sociedad contemporánea que se encuentra en la raíz de las *smart cities* es lo que podría denominarse la “revolución digital”. En los inicios del siglo XXI, el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones ha generado una realidad de *hiperconectividad* (Quan-Haase & Wellman, 2006), en la que los mediante dispositivos fijos y móviles se aumentan las posibilidades comunicativas de los individuos. La movilidad, las redes sociales, el *cloud computing* y el *big data* están generando un mundo hiperconectado -entre personas y entre máquinas- y una “sociedad colaborativa”, con nuevos modelos de relación y de creación de valor. El poder de la colaboración y la posibilidad de compartir a través de la tecnología están modificando la forma de concebir la propiedad y las relaciones comerciales (Botsman & Rogers, 2010)³. Merece la pena recordar que en el lapso de un minuto, los usuarios de *YouTube* suben 400 horas de vídeo nuevo, se registran 3,3 millones de posts en *Facebook*, se compran 25.000 productos en *Amazon*, se elaboran 422.340 tweets en *Twitter*, se realizan 90.000 llamadas a través de *Skype* y se envían 205,6 millones de emails. A lo largo de esos mismos 60 segundos, se registran 51.000 descargas de aplicaciones del *Apple Store*, los usuarios de *Instagram* suben 55.000 fotos, en

³ Las plataformas electrónicas de intercambio de productos y servicios se están expandiendo muy rápidamente y desafiando a las empresas tradicionales. Las polémicas Airbnb (que proporciona alojamiento entre particulares) o Uber (que conecta pasajeros y conductores), con millones de usuarios en todo el mundo, representan formatos de éxito que revelan nuevos modos de consumir, aunque representan un reto para el statu quo económico local. Al respecto, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (DOUE C 177, de 11.06.2014), recomienda regular la práctica de estas formas de consumo, a fin de establecer los derechos y las responsabilidades de todos los actores involucrados.

Google se hacen 3,1 millones de búsquedas, 120 personas se hacen usuarios de LinkedIn, o se envían 44,4 millones de mensajes a través de Whatsapp⁴.

Es la “sociedad red”, en la que la “tecnología es mucho más que una tecnología. Es un medio de comunicación, de interacción y de organización social” (Castells, 2000). Internet se ha consolidado como un hábito cotidiano para una mayoría creciente de la población española. Según el informe *La Sociedad de la Información en España 2014* (Fundación Telefónica, 2015), 26,25 millones de españoles acceden regularmente a Internet, de los que 20,6 millones se conectan diariamente, es decir, el 78% viven conectados, casi el doble de los que se conectaban hace diez años. España es un país conectado, que supera a Europa en varios indicadores claves para el desarrollo tecnológico. Es muy significativa la penetración del uso de smartphones: el 81% de los teléfonos móviles son inteligentes, siendo la proporción más alta entre los cinco mayores países de Europa. En el uso de las redes sociales los españoles son también particularmente activos: un 66% de la población son usuarios activos frente al 40% de la media europea (We are social, 2014).

La telefonía móvil alcanzó en 2015 una penetración mundial de 95,5 líneas por cada 100 habitantes, con lo que el número total de líneas de telefonía móvil en el mundo supera los 7.000 millones, cuando en el año 2000 no alcanzaba el millón. El porcentaje de hogares con acceso a internet creció desde el 18% en 2005 al 46% en 2015. En Europa, la cifra se eleva hasta el 82,1% y un 75% de las personas es usuaria de internet (ITU, 2015).

En el ámbito de la Unión Europea, los objetivos de la Agenda Digital Europea (Comisión Europea, 2015a) se están alcanzando en los plazos previstos. En concreto, en materia de sociedad de la información, uno de los objetivos para el 2015 planteaba que el 50% de los ciudadanos hiciera uso de la Administración electrónica (*e-Government*). Nuestro país está a punto de alcanzarlo con un 50%, siendo la media de la Unión Europea un 41,5% (Comisión Europea, 2015b).

Las redes sociales, el uso de dispositivos móviles y *apps*, el *cloud computing* y el *big data* representan algunas de las tendencias más importantes de la economía digital en la actualidad y constituyen los principales motores del llamado cambio digital. Fenómenos como las redes sociales obligan a compartir de forma transparente, a opinar de forma pública y a asegurar la prevalencia de la experiencia común. Las ciudades inteligentes no pueden ser comprendidas en todo su alcance sin tener en cuenta esta realidad colaborativa y participativa que las redes sociales han incorporado a la sociedad actual. Todos los potenciales avances propiciados por las nuevas tecnologías facilitan el proceso de empoderamiento de empresas, de consumidores y de la propia sociedad en su conjunto. Surge, por tanto, “una nueva ciudadanía, más demandante y participativa y una forma distinta de vivir la ciudad” (PwC-IEBS, 2015: 15)⁵.

4 Véase “What happens online in 60 seconds?”, en: <http://www.smartinsights.com/internet-marketing-statistics/happens-online-60-seconds/> [visitada 28.02.2016].

5 En el marco de esa idea-fuerza que Pierre Rosanvallon (2015: 305ss) ha denominado como “democracia de confianza”, es evidente que la ciudadanía es cada vez con más intensidad cuál es la conducta

En definitiva, la creciente urbanización supone enormes desafíos para las ciudades, principalmente, el de la eficiencia económica y la sostenibilidad medioambiental. Las iniciativas de *smart city* se orientan a dar solución a esos grandes retos mediante el recurso a las tecnologías y la innovación, y constituye una oportunidad para que las ciudades se replanteen el modo en que prestan sus servicios a los ciudadanos.

El presente artículo tiene como objetivo clarificar el concepto de *smart city*, explicar la estrategia comunitaria para fomentar y desarrollar este tipo de iniciativas, analizar sus fuentes de financiación y plantear algunos de los retos jurídicos que el modelo plantea, especialmente en el ámbito de la contratación pública, desde la perspectiva jurídica de la mejora en la prestación de los servicios públicos urbanos.

y el comportamiento de sus responsables públicos y que las exigencias de integridad hacia los responsables públicos son cada vez mayores (Jiménez Asensio, 2016).

2. Concepto y ámbitos de actuación de las *smart cities*

2.1. Hacia un concepto holístico

Desde la aparición del concepto y con la popularidad que ha despertado en los medios de comunicación, se han creado elevadas expectativas tanto en el mundo empresarial como político, e incluso académico, alentadas sin duda por el impulso recibido desde la Comisión Europea. Para algunos, estas expectativas están bien fundadas y las *smart cities* pueden convertirse en una fuerza impulsora para la economía europea, sin embargo, “para otros resultan ser desmesuradas y pueden desinflarse como cualquier burbuja especulativa” (Fernández Güell, 2015: 17). Como señala el autor precitado, pudiera plantearse que con las *smart cities* se produce una mitificación de las nuevas tecnologías como respuesta a todos los retos de las ciudades contemporáneas.

En términos generales, todas las definiciones de *smart city* tienen como elemento común, el uso de la tecnología para la mejora de la sostenibilidad y eficiencia de los servicios públicos. Sin embargo, el concepto ha ido evolucionado desde un momento inicial en el que predominaba casi exclusivamente la dimensión tecnológica y el uso eficiente de los recursos municipales hacia un concepto más amplio de gestión urbana con una visión holística de la ciudad, como un sistema funcional complejo y multidimensional, que toma en consideración el papel de los ciudadanos en la toma de decisiones con los agentes políticos y económicos (AENOR, 2014: 15; Fernández Güell, 2015: 22). Pues, si bien las herramientas digitales y las tecnologías constituyen un componente esencial del proceso, “una ciudad inteligente no puede crearse únicamente desplegando sensores, redes y análisis de datos para mejorar la eficacia de sus servicios. El modelo de la ciudad inteligente implica una nueva forma de vivir, gestionar, conectar, consumir y disfrutar el espacio urbano” (PwC-IEBS, 2015: 25).

La literatura sobre el particular viene demandando una concepción amplia y más inclusiva de las *smart cities* que ponga el acento, no tanto en el uso de las TIC, sino en la participación ciudadana y la colaboración público-privada: “*We believe a city to be smart when investments in human and social capital and traditional (transport) and modern (ICT) communication infrastructure fuel sustainable economic growth and a high quality of life, with a wise management of natural resources, through participatory governance*” (Caragliu et al., 2009: 50).

Una *smart city* es una ciudad que emplea las nuevas tecnologías para lograr que sus infraestructuras, así como sus servicios públicos, sean más interactivos y eficientes. Se recurre a la tecnología “para prestar de forma más eficiente los servicios urbanos, mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y transformar la relación entre entidades locales, empresas y ciudadanos facilitando una nueva forma de vivir la ciudad” (PwC-IEBS, 2015: 24).

De acuerdo con la Comisión Europea (2016): “*in Smart cities, digital technologies translate into better public services for citizens, better use of resources and*

less impact on the environment”. Una ciudad inteligente es un lugar donde las redes y los servicios tradicionales se hacen más eficientes con el uso de las tecnologías digitales y de telecomunicaciones, en beneficio de sus habitantes y las empresas. Con esta perspectiva, la Unión Europea está invirtiendo en investigación de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, en innovación y en desarrollo de políticas para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y lograr que las ciudades sean más sostenibles para cumplir con los objetivos 20/20/20 de Europa⁶. En todo caso, el concepto de ciudad inteligente –según la Comisión– va más allá del uso de las TIC para un mejor uso de los recursos y para reducir las emisiones. Significa redes más inteligentes de transporte urbano, sistemas de abastecimiento de agua y tratamiento de residuos mejorados y formas más eficientes de iluminación y calefacción de los edificios. E implica, además, una administración de la ciudad más interactiva y responsable, espacios públicos más seguros y satisfacer las necesidades de una población que envejece⁷.

Para Cases Pallarés (2014), las ciudades inteligentes suponen “un nuevo enfoque en la gestión del espacio público y en la prestación de los servicios públicos. Esencialmente, consisten en interrelacionar las distintas prestaciones y actividades que se desarrollan en el espacio público con un componente TIC elevado. Con ello se pretende conseguir una mejora en la calidad de prestación del servicio en interés de los ciudadanos, una eficiencia medioambiental y una eficiencia económica traducida en un menor coste para las arcas públicas”.

En diciembre de 2012, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) impulsó la creación del Comité Técnico de Normalización AEN/CTN 178 “Ciudades Inteligentes” en el seno de la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR). Este Comité, en el que participan más de 300 expertos de todas las partes interesadas, tiene como objetivo elaborar normas técnicas que servirán de guía para el desarrollo de las ciudades inteligentes. Conforme a AENOR (2014: 15): «Una ciudad inteligente es la visión holística de una ciudad que aplica las TIC para la mejora de la calidad de vida y la accesibilidad de sus habitantes y asegura un desarrollo sostenible económico, social y ambiental en mejora permanente. Una ciudad inteligente permite a los ciudadanos interactuar con ella de forma multidisciplinar y se adapta en tiempo real a sus necesidades, de forma eficiente en calidad y costes, ofreciendo datos abiertos, soluciones y servicios orientados a los ciudadanos como personas, para resolver los efectos del crecimiento de las ciudades, en ámbitos públicos y privados, a través de la integración innovadora de infraestructuras con sistemas de gestión inteligente”.

La ciudad inteligente puede convertirse en un detonador del cambio de los modelos de relaciones actualmente existentes: en términos económicos, propicia la economía colaborativa; desde una perspectiva económica, posibilita nuevas formas

6 Como es sabido, el “objetivo 20/20/20”, aprobado en el Consejo Europeo de marzo de 2007, pretende conseguir en el año 2020: una mejora del 20% en la eficiencia energética, que el 20% de la energía proceda de fuentes renovables y una reducción del 20% en la emisión de gases de efecto invernadero.

7 Así figura en la web “Digital Single Market”: <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/smart-cities>

de participación ciudadana, y en el ámbito de la gestión municipal, facilita la adopción de políticas urbanas con mayor agilidad y transparencia (PwC-IEBS, 2015: 25).

2.2. Las *Smart cities* según el Parlamento europeo

De acuerdo con el Parlamento Europeo (2014: 19), las ciudades inteligentes pueden desempeñar un importante papel para ayudar a cumplir los objetivos establecidos en la Estrategia Europa 2020, mediante la adopción de soluciones que se aprovechan de la tecnología TIC para aumentar la eficacia, reducir costes y mejorar calidad de vida.

En el informe “*Mapping Smart cities in the EU*”, elaborado por la Dirección General para políticas internas del Parlamento Europeo en enero de 2014, a la hora de conceptualizar las ciudades inteligentes, el Parlamento Europeo pone el acento en la colaboración a nivel local entre las múltiples partes interesadas, definiendo *smart city* como “*a city seeking to address public issues via ICT-based solutions on the basis of a multistakeholder, municipally based partnership*” (Parlamento Europeo, 2014: 24)⁸. En su cartografía de las ciudades inteligentes europeas, el Parlamento utiliza una metodología de análisis conforme a la cual, considera que una ciudad es “inteligente” si tiene al menos una iniciativa que aborde una o más de las siguientes características: *Smart Economy, Smart People, Smart Mobility, Smart Environment, Smart Governance* y *Smart Living* (Parlamento Europeo, 2014: 18). En el año 2011, partiendo de esta definición, 240 de las 468 ciudades de la Unión Europea con más de 100.000 habitantes (51% del total) fueron clasificadas como ciudades inteligentes. España se encuentra entre los países con mayor número absoluto de *smart cities*, junto al Reino Unido e Italia. Aunque los países con los porcentajes más altos respecto al número de ciudades totales del país son: Italia, Austria, Dinamarca, Noruega, Suecia, Estonia y Eslovenia. La mayor parte de las iniciativas de *smart city* analizadas por el Parlamento se encontraban todavía en fases tempranas de desarrollo, aunque las grandes ciudades suelen presentar una mayor madurez en sus iniciativas.

Smart governance es un amplio aspecto que engloba todas aquellas medidas que tengan que ver con la consecución de un Gobierno y una Administración abiertos y accesibles a la ciudadanía: Administración electrónica (servicios online que facilitan la relación de los ciudadanos con la Administración: acceso información básica, realizar trámites, pagar tasas e impuestos), modernización administrativa, integración e interoperabilidad de servicios digitales, participación ciudadana. Implica, especialmente, una mayor transparencia y la puesta a disposición de los ciudadanos de información y datos en tiempo real⁹.

8 El documento completo puede visitarse en: <http://www.smartcities.at/assets/Publikationen/Weitere-Publikationen-zum-Thema/mappingsmartcities.pdf> [visitado 09.02.2016].

9 Podrían citarse numerosos ejemplos: portales multiacceso (web, TV, internet móvil, canal telefónico, etc.); “smart cards” o tarjetas inteligentes para el acceso a algunos servicios de la ciudad; servicios de atención telefónica o presencial; puntos municipales inalámbricos de conexión WIFI; sensores distribuidos por la ciudad que recopilan y tratan la información (aparcamiento, alumbrado, tráfico, control ambiental, residuos y papeleras); información en tiempo real del tráfico, el transporte público, etc.

En el ámbito *smart economy* se toman en consideración aquellas actuaciones llevadas a cabo por las ciudades dirigidas a atraer inversiones, habitantes y turistas que incrementen su PIB. Se pretende innovar mediante las TIC, creando nuevos productos y nuevos servicios, que generen nuevos modelos de negocio. Algunos ejemplos de la economía inteligente de las ciudades incluyen: espacios digitales (vallas y marquesinas) que ofrecen información de interés al ciudadano y al visitante y ofertas comerciales de proximidad en tiempo real; servicios de apoyo a emprendedores y empresas locales para mejorar sus ventas por internet; aplicaciones que permiten hacer ofertas comerciales personalizadas y online mediante el teléfono móvil; información sobre la afluencia y tráfico de ciudadanos dentro de la ciudad; servicios de información turística, reservas online, recomendaciones, gestión de incidencias, sugerencias, quejas, reclamaciones, etc. (PwC-IEBS, 2015: 27).

En el eje de actuaciones de *smart mobility*, el Parlamento Europeo incluye aquellas en las que la tecnología se pone al servicio de un sistema logístico y de transporte integrado, eficaz y de bajo impacto medioambiental. Así se consideran: los planes de movilidad urbana sostenible que fomenten el uso del transporte público, promuevan la implantación de formas de desplazamiento más sostenibles dentro de una ciudad y que prioricen opciones limpias y no motorizadas (desplazamientos a pie y en bicicleta) o la incorporación progresiva de vehículos ecológicos. Asimismo, apoyo en las TICs para proporcionar información útil y en tiempo real a los ciudadanos para que puedan ahorrar tiempo, hacer los transbordos más rápidamente y reducir su huella de carbono; para monitorizar y controlar los diversos aspectos relacionados con el tráfico (aparcamiento, zonas de movilidad conflictiva, etc.); para instalar sensores que detecten plazas libres de parking público¹⁰.

En el ámbito *smart environment* se contemplan medidas orientadas a reducir la contaminación y mejorar la sostenibilidad ambiental, que busquen crear un entorno más verde, limpio y eficiente. Entre otras, el impulso de las energías renovables, los sistemas de medición inteligente de consumos de energía y agua (*smart metering*), las redes inteligentes de gestión del suministro de utilities (*smart grids*), la monitorización y el control de la polución, la renovación de edificios y equipamientos urbanos, la edificación y planeamiento urbano sostenible, y la eficiencia, reutilización y reciclaje de recursos. Se incluye igualmente la prestación inteligente de los servicios de alumbrado público, la gestión de residuos sólidos urbanos y la gestión integral del ciclo del agua.

El documento del Parlamento Europeo (2014), considera también actuaciones en lo que denomina *smart people* y que tiene que ver, fundamentalmente con la educación. En la medida en que las ciudades, en cooperación con otras Administraciones territoriales, participan en la educación de los ciudadanos, pueden contribuir a su formación en habilidades digitales o en materias claves para el desarrollo de la creatividad e innovación urbana.

¹⁰ Otras iniciativas que se contemplan: iniciativas de “car sharing” que disminuyan el consumo de vehículo privado o creación de “supermanzanas” en entornos urbanos (el tránsito del vehículo privado se asigna a las vías urbanas del exterior de estas supermanzanas y se restringe su circulación por el interior de ellas).

Y, por último, también se examinan dentro de los ámbitos de actuaciones de las ciudades inteligentes, las que se engloban bajo la etiqueta *smart living*, que incorpora servicios en materia de seguridad (videovigilancia inteligente, ciberseguridad frente a ataques a servicios públicos esenciales, seguridad en el transporte, centros de mando y control para la gestión de emergencias, alertas públicas de desaparecidos, sistemas de localización mediante tecnología GPS y soluciones de videovigilancia inteligente aplicadas a la protección del patrimonio y las infraestructuras); o servicios de naturaleza sanitaria (campañas de prevención y de gestionar emergencias sanitarias, gestión inteligente de la demanda asistencial, teleasistencia a ancianos y enfermos crónicos, y a otros colectivos vulnerables). *Smart Living* también está vinculada a altos niveles de cohesión social y capital social (Parlamento Europeo, 2014: 28).

3. Financiación: El impulso de la Unión Europea a las iniciativas “smart”

3.1 Las limitaciones presupuestarias de las entidades locales y las dificultades para emprender proyectos de *smart city*

En nuestro país, a pesar de la incipiente recuperación económica, el contexto económico actual representa un fuerte condicionante para el impulso definitivo de las iniciativas *smart* en nuestras ciudades (EOI, 2015: 98). El sector privado encuentra restricciones económicas y financieras para abordar proyectos de inversión en I+D+i. Por su parte, el sector público está sometido a limitaciones presupuestarias, especialmente las entidades locales, que deben ser las principales impulsoras del modelo *smart*. En este sentido, los objetivos de estabilidad presupuestaria para el conjunto de las entidades locales para el trienio 2016-2018 fijados por el Gobierno, conforme a lo establecido por el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, establecen que las entidades Locales, siguiendo con la política de consolidación fiscal, tendrán equilibrio presupuestario en 2018, con un objetivo de déficit cero en los tres años consecutivos. En cuanto a los objetivos de deuda pública para el periodo 2016-2018, se reducirá progresivamente, fijándose unos límites del 3,4% del PIB para 2016; del 3,2% para 2017 y del 3,1% para 2018¹¹.

Con el descenso de la recaudación de impuestos que ha provocado la crisis económica de los últimos años los presupuestos municipales se han reducido drásticamente, lo que, unido al incremento de los costes de financiación, ha dificultado la posibilidad de emprender proyectos transformacionales en las ciudades. Estas dificultades presupuestarias están obligando a las ciudades a buscar nuevas fórmulas para transformarse y prestar los servicios urbanos de manera más eficiente (Machado, 2013).

11 Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se fijan los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para el conjunto de Administraciones públicas y de cada uno de sus subsectores para el periodo 2016-2018 y el límite de gasto no financiero del presupuesto del Estado para 2016, adoptado en reunión del Consejo de Ministros celebrada el día 10 de julio de 2015.

Y muchas ciudades han recibido el apoyo económico de la Unión Europea para desarrollar sus iniciativas “smart”.

3.2. La Estrategia Europea 2020 y el Programa Horizonte 2020

Dados los desafíos asociados con la creciente urbanización Europea, así como el programa más amplio para hacer frente a la recuperación económica, el desempleo y los daños medioambientales, la Estrategia Europa 2020 incorpora un compromiso (Comisión Europea, 2010)¹² para promover el desarrollo de las ciudades inteligentes en toda Europa y para invertir en las TIC necesarias infraestructura y el desarrollo del capital humano y social.

La Unión Europea considera que las ciudades, gracias a las tecnologías digitales, pueden convertirse en «laboratorios para una economía más dinámica y digital» en las que experimentar medidas innovadoras capaces de generar crecimiento y empleo, que se traduzcan en beneficios económicos y sociales para los ciudadanos, y que contribuyan al «renacimiento» industrial y socioeconómico de la Unión Europea (CESE, 2015).

Mediante la Estrategia Europa 2020, la Unión Europea ha impulsado una fuerte apuesta financiera para el desarrollo de iniciativas que permitan un “crecimiento inteligente” de los territorios. La Estrategia Europa 2020 promueve las ciudades inteligentes en toda Europa invirtiendo en infraestructuras TIC, en el convencimiento de que pueden contribuir a satisfacer los objetivos que se derivan de las tres áreas prioritarias propuestas en la Estrategia: crecimiento inteligente, mediante el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; crecimiento sostenible, basado en una economía más verde, más eficaz en la gestión de los recursos y más competitiva; y crecimiento integrador, orientado a reforzar el empleo, la cohesión social y territorial (Comisión Europea, 2010).

Si bien la apuesta por el desarrollo de las *smart cities* fue impulsada de forma definitiva a través de la Estrategia Europa 2020, no es un aspecto nuevo en el ámbito de la Unión Europea, que se haya incorporado en el presente Marco de Financiación Comunitaria (2014-2020), sino que se trata de un proceso que ya se inició con el VII Programa Marco (2007-2013), aprobado por acuerdo del Consejo Europeo el 10 de junio de 2010¹³. La inclusión de herramientas de financiación para las *smart cities* está orientada a la consecución de unos objetivos claros: contribuir a la sostenibilidad de los entornos urbanos, mejorar la eficiencia de los servicios urbanos, reducir la huella de carbono de las ciudades y estimular la creación de un entorno innovador para el desarrollo de empresas de base tecnológica.

12 El texto completo puede ser consultado en: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100303_1_es.pdf [visitado: 9.02.2016].

13 Recuérdese que el Título XIX del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea considera que la investigación y el desarrollo tecnológico son factores esenciales para la mejora de la competitividad y del bienestar social y, por ende, atribuye a las instituciones europeas la tarea de estimularlos y apoyarlos.

Para ello, el respaldo económico de la Unión Europea a las ciudades inteligentes se ha incrementado de manera notable en el presente Marco Financiero Pluri-anual (2014-2020) con respecto al período anterior. Basta señalar que en el VII Programa Marco (2007-2013) se contemplaba una inversión de aproximadamente 1.900 millones de euros para el desarrollo de iniciativas Smart, mientras que para el período 2014-2020, el programa Horizonte 2020 prevé una cuantía de 16.000 millones de euros, lo que implica multiplicar por ocho la financiación prevista para el período anterior (EOI, 2015: 97). Sin embargo, puesto que los resultados proyectos financiados a través del VII Programa marco no fueron completamente satisfactorios, ahora se plantean nuevos requerimientos previos más exigentes para el acceso a esta tipología de fondos, y así, por ejemplo, la ciudad debe tener definido con carácter previo un plan estratégico en el que se detallen los objetivos a cumplir en el proyecto; tales objetivos deben estar definidos sobre la base de unos indicadores que permitan hacer seguimiento de la progresión del proyecto; o se establecen áreas de actuación muy definidas¹⁴.

Entre las fuentes de financiación de la Unión Europea, el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) resulta también apropiado para la promoción de las ciudades inteligentes. En este sentido, en nuestro país, debe destacarse el Programa Operativo de Crecimiento Inteligente 2014-2020¹⁵, que es el documento en el que se concreta la estrategia y los objetivos de intervención de la Administración General del Estado (AGE) cofinanciadas con el fondo FEDER con el objetivo de contribuir a la mejora y recuperación de la competitividad de la economía española, a través del impulso de un modelo de crecimiento más inteligente, apoyado en la investigación, la innovación y las TIC, con especial atención a las necesidades y el potencial de las PYME. En ejecución de este Programa, en línea con la Agenda Digital para España, se han convocado ayudas con el objeto de potenciar el empleo de las TIC en el desarrollo de las ciudades y territorios, a fin de aumentar las oportunidades de desarrollo económico y mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos y el nivel de los servicios públicos que estos reciben¹⁶.

14 Recientemente la Comisión Europea ha publicado un documento informativo sobre los primeros resultados del Programa Europeo de Ayudas Horizonte 2020, en el que se efectúa una primera valoración del programa, tomando como muestra las 100 primeras convocatorias del mismo. La popularidad de este programa de ayuda a proyectos de investigación e innovación de diversas áreas temáticas se pone de manifiesto por el hecho de que haya recibido hasta ahora un total de 36.700 propuestas. España es uno de los países más activos, situándose en el cuarto puesto del ranking de países que más solicitudes ha presentado, con cerca de 12.000, por detrás de Italia, Dinamarca y Reino Unido. Todos los detalles pueden consultarse en:

https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/horizon_2020_first_results.pdf

15 Puede consultarse en:

http://www.dgfc.sepg.minhap.gob.es/sitios/dgfc/es-ES/ipr/fcp1420/c/oacag/Documents/Programa_Operativo_Crecimiento_Inteligente_accesible.pdf [visitado 29.02.2016].

16 Puede verse la Resolución de 31 de julio de 2015, de la Entidad Pública Empresarial Red.es, por la que se convocan ayudas para el desarrollo del programa de ciudades inteligentes de la Agenda Digital para España (C059/15-AE) y se establecen las bases reguladoras de dicha convocatoria (BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2015).

3.3. El Plan Nacional de Ciudades Inteligentes (2015)

La apuesta europea por las ciudades inteligentes ha recibido un fuerte respaldo a nivel nacional, que se ha plasmado en el denominado *Plan Nacional de Ciudades Inteligentes*, aprobado en marzo de 2015, por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Energía y Turismo¹⁷. El Plan cuenta con un presupuesto inicial 153 millones de euros para el bienio 2015-2016, cofinanciados con Fondos FEDER.

La finalidad del Plan Nacional de Ciudades Inteligentes es contribuir al desarrollo económico, para, como establece la Agenda Digital para España, “maximizar el impacto de las políticas públicas en TIC para mejorar la productividad y la competitividad; y transformar y modernizar la economía y sociedad española mediante un uso eficaz e intensivo de las TIC por la ciudadanía, empresas y Administraciones”; y, con ello, tratar de conseguir que el peso del sector industrial en el PIB español sea del 20%, de acuerdo con las previsiones del Programa Nacional de Reformas del 2014 y en la Agenda para el Fortalecimiento del Sector Industrial en España.

Para ello el Plan Nacional de Ciudades Inteligentes contempla la consecución de los siguientes objetivos: aumentar la aportación de las TIC al PIB del sector industrial, mejorar la eficacia y eficiencia de las Entidades Locales en la prestación de los servicios públicos a través del uso de las TIC, avanzar en la gobernanza del sistema de ciudades inteligentes e impulsar la estandarización, regulación y normativa de las ciudades inteligentes. Con el fin de conseguir los objetivos descritos, el Plan se estructura en cinco ejes:

Eje I: *Facilitar a las ciudades el proceso de transformación hacia una ciudad inteligente*. Este eje tiene como objetivo impulsar la demanda, mediante ayudas que faciliten a los municipios el proceso de transformación en ciudades inteligentes. Se promoverá la estandarización, la interoperabilidad, la reutilización y el seguimiento de las iniciativas más relevantes. Asimismo, se prevé elaborar un libro blanco que permita avanzar en la métrica y la gobernanza de ciudades y destinos turísticos inteligentes.

Eje II: *Facilitar el desarrollo de proyectos que demuestren la eficiencia de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (TIC) en la reducción de costes, mejoras en la satisfacción ciudadana y creación de nuevos modelos de negocio*, mediante ayudas financieras, medidas de apoyo y financiación a iniciativas de cooperación público-privada y la promoción de la compra pública innovadora.

Eje III: *Desarrollo y crecimiento de la industria TIC*, con actuaciones que impulsen nuevas soluciones tecnológicas que contribuyan al avance de las ciudades inteligentes y fomenten su internacionalización.

17 Disponible en: <http://www.agendadigital.gob.es/planes-actuaciones/Paginas/plan-nacional-ciudades-inteligentes.aspx> [consultado: 29/02/2016].

Eje IV: *Comunicación y difusión del Plan Nacional de Ciudades Inteligentes*, para asegurar su comprensión, orientar el desarrollo de las ciudades inteligentes mediante procesos participativos y comunicar la oportunidad de orientar el proceso de construcción de las nuevas ciudades desde soluciones abiertas, interoperables y reutilizables.

EJE V: *Seguimiento del Plan, actuación transversal*, para asegurar el logro de los objetivos del Plan y su ejecución eficaz.

4. Implicaciones legales del modelo *smart city*

Dada la amplitud de los ámbitos de actuación de las *smart cities* y la transversalidad del modelo, son innumerables sus implicaciones jurídicas. A continuación, si siquiera sea muy brevemente, se apuntan algunas de ellas.

4.1. Buen gobierno, transparencia y Administración electrónica

Como se ha expuesto en la introducción de este artículo, la revolución digital multiplica las posibilidades de difusión de la información y de acceso a la misma, y genera una demanda de mayor transparencia y de mayor participación ciudadana, que son algunos de los objetivos que plantea la filosofía de las *smart cities*. Indudablemente, en materia de buen gobierno y transparencia, ha de tenerse presente el notable impacto que supone la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que obliga a las Administraciones públicas –y más en concreto, a las entidades locales– a difundir datos sobre información institucional, organizativa y de planificación (art. 6), de relevancia jurídica (art.7) y de naturaleza económica, presupuestaria y estadística (art. 8), al tiempo que paralelamente se proclama el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. Es evidente que una norma sobre transparencia no es la panacea que logre por arte de magia depurar el funcionamiento de las instituciones públicas y que para ello, es necesario, además, una mejora en la ética pública (Guichot, 2014). Ahora bien, la obligación de transparencia representa un reto para nuestras Administraciones, que si se implementa de manera adecuada, puede reportar ventajas a los municipios, que hagan realidad las expectativas generadas por la Ley y, así, contribuir a relegitimar la acción pública, prevenir la corrupción, incrementar la participación ciudadana y traducirse en una mejora de la eficiencia de la gestión de nuestras Administraciones locales (Villoria, 2014). Muchos municipios españoles, en especial los menos poblados, tienen dificultades objetivas para cumplir solwentemente con una agenda de transparencia exigente pero ayuda a lograr una mejor gestión, una mayor participación y, por ende, un menor grado de corrupción. Hasta el momento, más de 1.300 administraciones locales han solicitado formar parte del servicio en la nube que ofrece el Portal de Transparencia, servicio creado por la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (DTIC) del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, puesto en marcha con el objetivo

de facilitarles la creación de sus propios portales, en las condiciones de seguridad, interoperabilidad y accesibilidad requeridas por la Ley 19/2013 de Transparencia¹⁸.

Las políticas públicas de apertura “tecnológica” de datos, conocidas como “open data”, plantean interesantes cuestiones desde un punto de vista jurídico, que aquí no pueden ser abordadas, relacionadas con las garantías brindadas a los usuarios, incluyendo la problemática vinculada al derecho a la intimidad y la protección de datos personales¹⁹.

Igualmente, en materia de Administración electrónica, debe destacarse la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que contemplan que los medios electrónicos han de constituir el medio habitual en las relaciones de las Administraciones con los ciudadanos y de aquellas entre sí, para servir mejor a los principios de eficacia, eficiencia, al ahorro de costes, a las obligaciones de transparencia y a las garantías de los ciudadanos.

18 Información facilitada por: <https://www.esmartcity.es/noticias/mas-de-1300-ayuntamientos-se-adhieren-al-portal-de-transparencia>

19 Se recomienda la lectura del artículo “Open Data y servicio público. Los datos públicos abiertos son un servicio público” de Gilles J. Guglielmi (2016), en el que el autor trata de mostrar que el sistema francés de apertura de datos públicos (open data) ha entrado en la categoría jurídica de servicio público en el Derecho público francés.

4.2. Competencias municipales, servicios públicos locales y coste efectivo de los servicios

La reforma de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), se dicta por la crisis económica y se concreta en la necesidad de seguir las pautas marcadas por la Unión Europea, con un sesgo muy claro: racionalización, sostenibilidad financiera, austeridad (Morillo-Velarde, 2014: 74). En ella se conjuga el principio de estabilidad presupuestario (art. 135 CE) con el de garantía de la suficiencia financiera de ingresos (art. 142 CE) como presupuesto indispensable para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada que implica, que los entes locales, cuenten con fondos suficientes para cumplir con las funciones que legalmente les han sido encomendadas. A tal fin, el objetivo básico de la reforma es clarificar las competencias locales (Exposición de Motivos, LRSAL). Paradójicamente, tras la entrada en vigor de la norma no se ha producido la clarificación pretendida, sino una confusión sobre cuáles son las competencias locales, alimentada por la reacción autonómica de las Comunidades Autónomas frente a la reforma, a modo de “cortafuegos” al objeto mantener el statu quo (Bello, 2015) y el planteamiento de nueve recursos frente al Tribunal Constitucional, que han sumido en la inseguridad jurídica a las entidades locales.

El régimen de las competencias propias y las delegadas es sustancialmente el mismo del primitivo texto de la ley de bases de 1985. Las competencias propias se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad de la entidad local (sin perjuicio de la debida coordinación con las demás Administraciones públicas, art. 7.2). En las competencias delegadas, por el contrario, la Administración delegante se reserva la dirección y los controles de oportunidad y eficiencia (art. 7.3). La mayor novedad reside en las competencias “distintas” (art. 7.4). El carácter abierto del marco competencial y de actividades de la Ley 7/1985 propició la generación de las llamadas “competencias impropias” o no sustentadas en un título legal específico²⁰. La nueva ley no ha suprimido la posibilidad de ejercicio de las antes llamadas competencias impropias, aunque la ha dificultado notoriamente²¹.

20 El gasto por competencias “impropias” de las Entidades Locales ascendió en 2010 al 25% del total de sus gastos, y al parecer la reforma de la LRBRL podría suponer un ahorro de 9.000 millones euros, y en concreto la reforma de las competencias locales, de 4.000 millones de euros. Estos datos figuran en la Memoria Económica del Anteproyecto y son destacados por el Consejo de Estado en su Dictamen Dictamen 567/2013, de 26 de junio de 2013.

21 El art. 7.4 LRBRL permite a todas las Entidades Locales ejercer competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación, es decir, en principio, competencias que correspondan a otras Administraciones Públicas (las que hasta la fecha se venían llamando competencias impropias apoyadas en el derogado art. 28), pero sólo cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda local y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio con otra Administración Pública. Para remacharlo, la Ley (art. 7.4) exige dos informes (previos y vinculantes): un informe de “sostenibilidad financiera”, de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias; y un informe de “no duplicidad”, de la Adminis-

En cuanto a las competencias propias, el legislador básico mediante la reforma del art. 25 LRBRL, ha llevado a cabo una reducción de los contornos materiales mínimos garantizados a los municipios, suprimiendo del listado del art. 25.2 LRBRL ciertas materias “de interés local” (como la defensa de los consumidores y usuarios, la atención primaria a la salud o los servicios sociales). Aunque existen divergencias en la interpretación de la nueva normativa básica, son muchos los que opinan que la reforma no establece un listado de materias tasadas y que, al no existir un *numerus clausus*, eventualmente el legislador autonómico y sectorial podrá mantener o, en su caso, ampliar en la futura legislación sectorial que apruebe en su día²². Ahora bien, la nueva redacción del art. 25.2 LRBRL propicia que se produzca un “retranqueo” de las competencias municipales (Velasco, 2014) y que se operado una limitación o reducción de la autonomía municipal garantizada, cuyas consecuencias finales se advertirán en la medida en que el legislador sectorial siga expresamente sus pautas reductoras o, por el contrario, se incline por reconocer más poder político a los municipios, aunque en este caso deberá venir acompañado de la financiación suficiente (art. 25.4 LRBRL) (Jiménez, 2012).

En todo caso, a los efectos del presente artículo, interesa poner de relieve que esa limitación de las competencias propias de los municipios puede afectar a la posibilidad que estos tengan de desarrollar iniciativas “smart” en ámbitos que ya no son de su competencia. De la misma manera, la LRSAL, desoyendo las reclamaciones del municipalismo, sigue sin reconocer a los municipios competencias propias en materia de promoción económica y empleo, lo que restringe las posibilidades de los municipios de desarrollar programas y actividades para apoyar el desarrollo empresarial, un entorno favorable al emprendimiento, la competitividad y la creación de empleo (Merino, 2014: 36). Y, por el contrario, resulta llamativo que, a pesar de ese contexto general de estreñimiento de las competencias propias de los municipios, la modificación ha añadido una competencia nueva en la letra *n*) del art. 25.2 LRBRL: *Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones*. El reconocimiento de esta nueva competencia reforzará la labor que los municipios vienen realizando para reducir la “brecha digital” y puede fomentar el desarrollo de las políticas de ciudades innovadoras hacia la nueva economía del conocimiento (Merino, 2014: 26-27).

La LRBRL recoge en su art. 26 el listado de servicios que, en función de su población, los municipios habrán de prestar de manera obligatoria²³. Muchos Ayun-

tración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades. Para Díaz Lema (2014:110), en estos informes reside el núcleo de la reforma de las competencias de la LRSAL.

22 Debe recordarse que para ello, las leyes de atribución de competencias deben someterse a una serie de condicionamientos formales para cumplir con los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia (art. 25.4 LRBRL) y evitar duplicidades (art. 25.5 LRBRL).

23 De acuerdo con el tenor literal del art. 26 LRBRL, “Los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas. b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos. c) En los Municipios

tamientos, por tanto, no están obligados a ofrecer determinados servicios por imperativo legal. Además, en muchos casos los costes de los servicios son difícilmente asumibles por aquellos municipios con presupuestos más reducidos; por lo tanto, si optan por ofrecerlos, deberían recurrir a la compartición de servicios con otros Ayuntamientos (Enerlis et al., 2012: 25). En el marco de las ciudades inteligentes esto se hace especialmente acuciante. De ahí la necesidad de prestar lo que podríamos denominar “servicios smart mancomunados”, en ámbitos como la movilidad intermunicipal o la sostenibilidad, o la gestión eficiente de los servicios básicos.

En los municipios de menos de 20.000 habitantes, el art. 26.2 LRBRL se encomienda a la Diputación provincial la coordinación de determinados servicios²⁴, que, de conformidad con los municipios afectados, propondrá al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. En este sentido, debe traerse a colación el art. 44 LRBRL, en el que se reconoce el derecho de los municipios a asociarse con otros en mancomunidades “*para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia*”. Ahora bien, la LRSAL ha venido a limitar el ámbito de actuación de dichas mancomunidades al preceptuar en su Disposición transitoria 11ª LRSAL que “aquellas mancomunidades cuyo objeto no sea una competencia propia del art. 25.2 o un servicio del art. 26 LRBRL, deberán disolverse, o ajustar su objeto social a sus competencias o servicios propios”.

Una de las principales novedades de la LRSAL, establecida en el nuevo artículo 116 ter, es la obligación que se impone a todas las entidades locales de calcular antes del 1 de noviembre de cada año el coste efectivo de los servicios que prestan, que se comunicarán al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su publicación, en un ejercicio lógico de transparencia. Esta exigencia enlaza con la visión del movimiento de las *smart cities*, entre cuyos resultados se alude siempre a ofrecer mejores servicios a un coste más bajo. De la misma manera y en este mismo sentido, conviene recordar que el art. 85.2 LRBRL establece que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse “*de la forma más sostenible y eficiente*”. El mismo precepto señala cuáles son las posibles formas de gestión de los servicios públicos: gestión directa (por la propia Entidad Local, organismo autónomo local, entidad pública empresarial local o sociedad mercantil local)²⁵; o bien, gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos

con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público. d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano”.

24 Se trata de la recogida y tratamiento de residuos, el abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales, la limpieza viaria, el acceso a los núcleos de población, la pavimentación de vías urbanas y el alumbrado público.

25 Para la elección de las dos últimas formas en el mismo precepto se establecen una serie de exigencias vinculadas a la sostenibilidad financiera y la eficiencia.

del Sector Público (TRLCSF). A las singularidades de la contratación pública en el contexto de las ciudades inteligentes se dedica el siguiente apartado.

4.3. Contratación pública “smart”: nuevos enfoques en la prestación de los servicios

El reto para las Administraciones y las empresas que llevan a cabo la prestación de los servicios urbanos es ofrecer una solución eficaz y eficiente que consiga ofrecer los servicios a los ciudadanos con una mejor calidad. Para que esto sea posible, actualmente se están proponiendo nuevos planteamientos en el proceso de contratación de estos servicios.

4.3.1. Colaboración público-privada, compras públicas innovadoras, diálogos competitivos

La puesta en marcha de iniciativas de *smart city* exige de una mayor participación y colaboración entre las Administraciones, las empresas y la ciudadanía.

La emergencia de los denominados “public private partnerships” (PPPs) – colaboración público privada o “partenariados público privados” en su traducción más literal del inglés–, anuncia una nueva era de colaboración entre los actores públicos y privados en diferentes niveles de gobierno (local, regional, nacional o supranacional) y en diferentes campos que incluyen, entre otros, las infraestructuras de transporte, la prestación de los servicios públicos locales, la vivienda, la sanidad, o la innovación. Existe una amplísima literatura sobre los PPPs que adolece de una cierta imprecisión conceptual (Brinkerhoff & Brinkerhoff, 2011), pues el término “partenariado” es abordado desde muy diferentes perspectivas que incluyen desde fórmulas contractuales (Johnston & Romzek, 2005), acuerdos entre la Administración y organizaciones no gubernamentales (Brinkerhoff, 2002) o, más genéricamente, la cooperación entre el gobierno local y una comunidad (Krishna, 2003; Banco Mundial, 2005). No resulta sencillo, pues, encontrar una definición que abarque los diferentes enfoques. Con todo, los PPPs podrían ser comúnmente considerados como: «una forma de cooperación entre actores públicos y privados, de carácter duradero, en la que ambos actores desarrollan conjuntamente productos y/o servicios, y donde se comparten riesgos, costes y beneficios» (Kickert *et al.*, 2000).

En el ámbito de las *smart cities*, entre las formas de cooperación entre el sector público y el sector privado, que nada tienen que ver con modalidades contractuales, merecen ser destacadas algunas iniciativas. La Comisión Europea ha creado la *European Innovation Partnership on Smart cities and Communities* (SCC), un espacio de encuentro entre las ciudades, las empresas y los ciudadanos para mejorar la vida en la ciudad a través de soluciones sostenibles. Su objetivo fundamental es establecer asociaciones estratégicas entre las ciudades y las empresas para desarrollar los sistemas e infraestructuras de las ciudades del futuro y contribuir a definir las próximas actuaciones en materia de ciudades inteligentes. La *European Innovation Partnership for Smart cities and Communities* combina las TIC con la gestión de la energía y de los transportes para tratar de alcanzar soluciones innovadoras a los principales problemas ambientales y sociales a los que se enfrentan las ciudades

europeas en la actualidad y contribuir al cumplimiento de los objetivos del Plan Energético Europeo 2020 (Plan 20/20/20) (Comisión Europea, 2012)²⁶. En España, organizaciones como la Red Española de Ciudades Inteligentes (RECI) constituyen un ejemplo de colaboración entre el sector público y el privado. La RECI, en la que en la actualidad están integradas 65 ciudades, tiene como objetivo que ciudades y empresas trabajen conjuntamente e intercambien experiencias para promover la gestión sostenible y eficiente de las infraestructuras y los servicios urbanos, así como la reducción del gasto público y la mejora de la calidad de los servicios, a fin de conseguir atraer la actividad económica y generar progreso²⁷. Entre los numerosos proyectos desarrollados en nuestro país, la iniciativa *Smart city Valladolid y Palencia*, se distingue por tratarse de una plataforma de colaboración público-privada, con actores institucionales de dos ciudades y veintidós empresas asociadas, que promueve la unión de Valladolid y Palencia para desplegar proyectos innovadores aplicados tanto a escenarios urbanos como a escenarios interurbanos²⁸.

Por otra parte, para la contratación de empresas por parte del sector público en el marco de los proyectos de las ciudades inteligentes se han desarrollado en los últimos años nuevas formas de colaboración público-privada para la prestación de servicios públicos pueden mencionarse: las compras públicas innovadoras, los contratos ESE (empresas de servicios energéticos) o los diálogos competitivos.

De acuerdo con la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, la contratación pública es fundamental para impulsar la innovación²⁹. En su Considerando 39, la norma comunitaria conmina a los poderes públicos a hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación, al considerarla, en línea con la Estrategia Europa 2020, uno de los motores de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

La compra pública innovadora (CPI) es una actuación administrativa de fomento de la innovación, orientada a mejorar los servicios públicos y potenciar la innovación empresarial, a través del instrumento de la contratación pública, mediante la adquisición de bienes, obras o servicios que no existen en el momento de la licitación y que se eventualmente se desarrollarán gracias al encargo del licitador público³⁰. La CPI presenta dos modalidades. La primera es la llamada “compra pública de tecnología innovadora” (CPTI), que se incluye en la modalidad de las

26 Puede consultarse la página web: <http://ec.europa.eu/eip/smartcities/>

27 Puede obtenerse más información al respecto en la página web de RECI: <http://www.redciudadesinteligentes.es/>

28 Su página web da cuenta detallada de los proyectos desarrollados hasta el momento: <http://www.smartcity-vyp.com/>

29 Ya en su Comunicación sobre «una estrategia amplia de innovación para la UE» [COM (2006) 502 final], la Comisión Europea destacaba la importancia de la contratación pública para reforzar la capacidad innovadora de la Unión, al tiempo que se mejora la calidad y la eficiencia de los servicios públicos.

30 Procurement of Innovation Platform con la coordinación de Local Governments for Sustainability y el apoyo de la Comisión Europea, ha publicado en castellano la “Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación” (2015). Véase: <https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-ES-final-lowres.pdf>

compras comerciales y consiste en la compra pública de bienes o servicios que no existen en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un período de tiempo razonable. Se requiere, por tanto, el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para poder cumplir con los requisitos demandados por el comprador. La segunda modalidad es la “compra pública pre-comercial” (CPP), que consiste en una contratación de servicios de investigación y desarrollo (I+D), para desarrollar soluciones innovadoras a los problemas propuestos por el licitador público, que superen las que hay disponibles en el mercado. El comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su propio uso en exclusiva, sino que comparte con las empresas los riesgos y beneficios resultantes de la investigación³¹ (Villarejo, 2013; Bernal & Gimeno, 2015: 8).

Además, la Directiva 2014/24/UE crea un nuevo procedimiento específico de contratación –la asociación para la innovación (*innovation partnership*)- que faculta a los poderes adjudicadores para establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la adquisición ulterior de productos, servicios u obras innovadores cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad (art. 31). A la espera del proceso de trasposición, este procedimiento permitirá integrar en el marco de un mismo contrato, tanto las actividades o servicios de investigación y desarrollo como la compra ulterior de los productos resultantes (Bernal & Gimeno, 2015: 40ss).

Finalmente, es necesario destacar el papel que la nueva Directiva 2014/24/UE (Considerando 42 y 43) otorga al diálogo competitivo para los supuestos de contratación de proyectos o soluciones innovadoras. En este sentido señala que “el recurso al diálogo competitivo resulta ser útil en aquellos casos en que las entidades contratantes no están en condiciones de definir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado. Esta situación puede presentarse, en particular, en los proyectos innovadores”. Y así, en proyectos especialmente grandes y complejos, como los que pueden plantearse dentro de las iniciativas smart, en los que el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir anticipadamente, con arreglo a las letras b), c) o d) del apartado 3 del art. 117 TRLCSP, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto, resulta adecuado el recurso al diálogo competitivo (Bernal & Gimeno, 2015: 40; PWC-IEBS, 2015: 88).

4.3.2. *Cambios y adaptación en la contratación pública*

Nuestro ordenamiento jurídico dispone en la actualidad de las figuras jurídicas que permiten el desarrollo de las iniciativas de *smart city*. Naturalmente, cumplir los requisitos que cada una de ellas impone, tanto desde la perspectiva material como procedimental, es obligado, ahora bien, existe un margen importante para

31 La Comisión Europea (2007) llama la atención sobre “las oportunidades que ofrece la infrautilizada contratación precomercial para contribuir a aumentar la I+D y la innovación en la UE, con la consiguiente aportación de beneficios tangibles para la sociedad y la economía”. Para más detalles sobre el régimen jurídico de la contratación precomercial, véase Villarejo (2013) y Bernal & Gimeno (2015: 30ss).

poder configurar jurídicamente este tipo de proyectos. Es evidente que nos alejamos de un clásico contrato de obra, suministro, gestión exclusiva de un único servicio público, o prestación de determinado servicio; pero no hay ningún obstáculo en el ordenamiento jurídico que impida la interrelación en una misma operación jurídica de distintas tareas a desarrollar por el operador privado (Cases, 2014).

Las nuevas Directivas comunitarias de contratación³², cuyo plazo para su transposición vence el 18 de abril de 2016, pretenden no sólo dotar a los Estados de herramientas jurídicas simplificar la tramitación y mejorar la transparencia de la contratación pública, sino que, además, promueven la denominada contratación estratégica, es decir, el uso de la contratación pública para fomentar la innovación, la actividad de las pymes y las políticas sociales y ambientales de la Unión Europea. La transposición de estas normas a nuestro ordenamiento jurídico representa una oportunidad para introducir algunas modificaciones en el modelo de relación entre la Administración y las empresas privadas en el ámbito de las ciudades inteligentes.

El actual marco legal contratación de servicios urbanos adolece de una serie de debilidades de cara a la puesta en marcha de iniciativas smart. No existe una gestión integral de los servicios, coexistiendo numerosos contratos que multiplican, en consecuencia, las relaciones con proveedores o contratistas distintos. A la atomización de los contratos, se añade la existencia de plazos rígidos, con escaso incentivo a la eficiencia del contratista, que imposibilitan la recuperación de las inversiones (Machado, 2013). Por eso, las empresas que operan en el sector de la prestación de servicios urbanos demandan, por una parte, la unificación de contratos y, por otra, la extensión de su duración.

En primer lugar, la integración de los servicios a realizar por un mismo proveedor pretende, no sólo la generación de economías de escala, sino también la visión integral que permita la generación de sinergias operativas entre los servicios³³. De hecho, en los servicios urbanos existen sinergias que facilitarían determinadas integraciones con sus correspondientes beneficios, sin embargo, el marco legal actual no es claro en su implementación (Fernández, 2015: 105). En este sentido, algunas empresas proponen avanzar hacia contratos con servicios unificados e integrados, para aprovechar las sinergias potenciales en la prestación, la inversión y eficiencia de las empresas concesionarias (PwC-IEBS, 2015: 89). De acuerdo con el art. 25.2 TRLCSP, podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto, *“cuando esas prestaciones se encuentren directa-*

32 Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Publicadas todas ellas en el DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014.

33 Por ejemplo, en el caso de la gestión de residuos urbanos, debe existir una integración total entre los sistemas de recogida y tratamiento de los mismos. Como apunta Fernández (2015:108): “No parece lo más óptimo tener una recogida inteligente si el sistema de tratamiento posterior no dispone de una tecnología adecuada a ese nivel y viceversa”.

mente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad”. Ahora bien, no siempre resulta sencillo determinar que existe tal complementariedad entre los servicios.

Un ejemplo de integración de contratos es el que se está produciendo mediante los denominados contratos con “empresas de servicios energéticos” (ESE), que desarrollan de manera conjunta todas las actividades relativas, por ejemplo, al alumbrado público o la iluminación y calefacción de edificaciones públicas (auditoría energética, diseño del proyecto, instalación, gestión, mantenimiento, control y suministro de la energía). Las ESE son empresas que ofrecen ahorros de energía a través de la implantación de medidas de mejora de la eficiencia energética, ahorro de consumos o utilización de fuentes de energía renovables. Las ESE condicionan el pago de los servicios prestados a la obtención real de ahorros de energía y pueden asumir total o parcialmente el riesgo técnico y económico del proyecto³⁴.

En segundo término, una ampliación de los períodos de ejecución de los contratos facilitaría la explotación de economías de escala y el fomento de fuertes inversiones. Si para mejorar la prestación del servicio se hace imprescindible aumentar las inversiones en tecnología, “parece razonable que los periodos de ejecución de los contratos se deberán ampliar para su correcta amortización. Esto es, a mayores inversiones, mayores periodos de amortización” (Fernández, 2015: 106).

Otra de las exigencias es que se produzca un cambio en el modelo de desempeño para que los contratos de prestación de los servicios se basen menos en medios y más en resultados, introduciendo *indicadores de calidad*, objetivos y medibles, que se conviertan en incentivos para innovar y mejorar la calidad en un contexto de flexibilidad de medios y métodos que fomente la innovación en pos de ahorro en costes y eficacia (Machado, 2013). De esta manera, las empresas contratistas no estarían ligadas a la exigencia de unos medios mínimos (camiones, máquinas, personal, etc.) estipulados en el contrato, “sino a la consecución de unos niveles de calidad exigidos en el pliego, lo que redundaría en una mejora del servicio y en un aumento de la satisfacción ciudadana” (PwC-IEBS, 2015: 89).

En definitiva, la contratación pública puede servir como herramienta para impulsar cambios que favorezcan el desarrollo de las *smart city*. La transposición de las Directivas sobre contratación que habrá de efectuarse en los próximos meses representa una oportunidad para hacerlo, en la medida en que, como es sabido, aquellas promueven la contratación eficiente y estratégica (“smart procurement”),

34 “Empresa de servicios energéticos” (ESE) se definen en el art. 3.i de la Directiva 2006/32/CE, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos como: “persona física o jurídica que proporciona servicios energéticos o de mejora de la eficiencia energética en las instalaciones o locales de un usuario y afronta cierto grado de riesgo económico al hacerlo. El pago de los servicios prestados se basará (en parte o totalmente) en la obtención de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos”. El precepto se ha incorporado a nuestro ordenamiento mediante el art. 19 RDL 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo. Puede consultarse la “Guía sobre Empresas de Servicios Energéticos editada por la Fundación de la Energía de la Comunidad de Madrid (FENERCOM, 2010). Disponible en: <http://www.fenercom.com/pdf/publicaciones/Guia-sobre-Empresas-de-Servicios-Energeticos-fenercom-2010.pdf>

considerando que la contratación pública es uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Ya se vienen efectuando iniciativas en esta línea que podrían verse incrementadas en un futuro cercano. En este sentido, el Ayuntamiento de Valladolid está poniendo en marcha un proyecto de “smart procurement”, a través de una la Instrucción 1/2015, para impulsar la eficiencia y sostenibilidad en la contratación pública del Ayuntamiento e implementar a través de ella las políticas municipales en materia social, medioambiental, de innovación y de participación de las pymes³⁵. La iniciativa Green ProcA de la Comisión Europea galardona a las autoridades locales que apliquen criterios sostenibles en sus adquisiciones de bienes o servicios³⁶.

5. Reflexiones finales

Ciudades de todo el mundo han comenzado a usar las TIC para promocionarse a sí mismas bajo la etiqueta “smart”. Las denominadas “ciudades inteligentes” incorporan innovación y tecnología a las infraestructuras básicas (transporte, energía, agua, gestión de residuos, telecomunicaciones, etc.) para desarrollar una ciudad más eficiente, flexible y menos costosa.

Ahora bien, las *smart cities* no están exentas de polémicas. Detrás del movimiento hay una cierta “e-topia” en la que medida en que se pretende la consecución de la ciudad ideal a través de la revolución digital. Por otra parte, hay quienes sugieren que el modelo tiene más que ver con la satisfacción de las necesidades de las empresas y campañas de marketing que con las necesidades de los ciudadanos (Hollands, 2008). Otros temores tienen que ver con el modo en que se están financiando las *smart cities* desde la Unión Europea. Si antes los fondos comunitarios se destinaban a la mejora de las infraestructuras de los países, como autovías o redes ferroviarias, actualmente el objetivo está en la I+D+i y ayudas como las del Programa Horizonte 2020 o el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) se dirigen a que las ciudades sean más “tecnológicas” y eficientes. Con cierto escepticismo podría plantearse la duda de si detrás del boom de las *smart cities* no habrá otra burbuja con la creación de empresas y consorcios que se constituyan con el fin de acaparar estas subvenciones comunitarias, pero que realmente no se traducen en proyectos y actuaciones que tengan beneficios claros para la ciudadanía.

Las *smart cities* no pueden ser simplemente consideradas como una moda pasajera, un eslogan atractivo o una estrategia de financiación oportunista. Sin lugar a dudas, representan una oportunidad de negocio para las empresas innovadoras y de servicios³⁷, pero también son una oportunidad para desarrollar económicamente

35 La Instrucción, de 17 de abril de 2015, puede encontrarse en:

<http://www.valladolid.es/es/ayuntamiento/normativa/instruccion-1-2015-secretaria-general-impulsar-eficiencia-s>

36 La convocatoria puede consultarse en: <http://gpp-proca.eu/eu-gpp-award/>

37 Hay varias estimaciones del volumen de negocio que se puede generar, pero en todos los casos coincide en que se trata de un mercado en explosión. Según un estudio realizado por Markets & Markets

las ciudades y para mejorar la calidad de vida de sus habitantes. Ellos, los ciudadanos, deben constituir el epicentro del modelo. Si las ciudades realmente quieren ser inteligentes, deberán abordar una transición, centrándose en los ciudadanos y las comunidades en que estos se integran, y aprovechar las potencialidades de las nuevas tecnologías para contribuir efectivamente a un mayor desarrollo social, medioambiental y cultural. Las tecnologías no son un fin en sí mismo, sino una herramienta, que gracias a la innovación y el talento, sirva para gestionar la ciudad de forma diferente y más eficiente. Igualmente, el marco regulador no puede convertirse en un obstáculo de este proceso, sino en una herramienta más que potencie la transparencia en la gestión municipal, los instrumentos de colaboración público-privada y de contratación pública relacionados con la innovación, y que asegure el cumplimiento de los parámetros de legalidad exigibles en cada caso, con el objetivo de mejorar la gestión de los servicios públicos y dar respuesta a los desafíos medioambientales y sociales que encaran las ciudades del siglo XXI.

Notas bibliográficas

- AENOR (2014). "El papel de las normas en las ciudades inteligentes", *Informes de Normalización*. Madrid: Comité AEN/CTN 178.
- Banco Mundial (2005). *Exploring partnerships between communities and local governments in community driven development: a framework*. Report No. 32709-GLB, World Bank, Environmentally and Socially Sustainable Development Network, Washington, DC, June 29.
- Banco Mundial (2016). *World Bank Database*. Disponible en: <http://data.worldbank.org/>
- Bello Paredes, S.A. (2015). "Las competencias locales: balance de situación", *REALA nueva época*, nº extraordinario.
- Bernal Blay, M.A. & Gimeno Feliú, J.M. (coord.) (2015). *Guía 2.0 para la compra pública de innovación* Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad - Observatorio de Contratación Pública. http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf
- Botsman, R.; Rogers, R. (2010). *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, Harper Collins Publishers, New York.
- Brinkerhoff, J.M. (2002). "Government-NGO partnership: a defining framework". *Public Administration and Development*, 22(1): 19-30.
- Brinkerhoff, Derick W. & Brinkerhoff, J.M. (2011). "Public-private partnerships: Perspectives on purposes, publicness, and good governance", *Public Administration and Development*, Volume 31, Issue 1, February: 2-14.
- Caragliu, A., Del Bo, C. & Nijkamp, P. (2009). "Smart cities in Europe". Paper presented at the *Conference III Central European Conference in Regional Science (CERS)*, 7th-9th October. Košice, Slovak Republic.
- Cases Pallarés, L. (2014). "La colaboración público privada en los proyectos *Smart city*", *Garrigues*. Disponible en: http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/la-colaboracion-publico-privada-en-los-proyectos-smart-city

(2012), se espera que el mercado global de las *smart cities* sobrepase el trillón de dólares en 2016 (Enerlis et al., 2012).

- Castells, M. (2000). "Internet y la sociedad red", Conferencia de Presentación del Programa de Doctorado sobre la Sociedad de la Información y el Conocimiento. Universitat Oberta de Catalunya. 7.10.2000. Disponible en: <http://www.uoc.edu/web/cat/articles/castells/castellsmain2.html>
- Comisión Europea (2006). *Poner en práctica el conocimiento: una estrategia amplia de innovación para la UE*, COM(2006) 502 final, Bruselas, 13.9.2006. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:52006DC0502>
- Comisión Europea (2010). *Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM(2010) 2020 final, Bruselas, 3.3.2010. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52010DC2020>
- Comisión Europea (2011). *The Urban and Regional Dimension of Europe 2020: Seventh Progress Report on Economic, Social and Territorial Cohesion*, Informe de la Comisión. Disponible en: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/interim7/interim7_en.pdf
- Comisión Europea (2012). *Smart cities and Communities – European Innovation Partnership*. C(2012) 4701 final, Brussels, 10.07.2012. Disponible en: http://ec.europa.eu/eip/smartcities/files/ec_communication_scc.pdf
- Comisión Europea (2015a). *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, COM(2015) 192 final, Bruselas, 6.5.2015. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/digital-single-market-strategy-europe-com2015-192-final>
- Comisión Europea (2015b). *Digital Agenda Targets Progress report*, Digital Agenda Scoreboard 2015. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/download-scoreboard-reports>
- Comité Económico y Social Europeo (2014). Dictamen sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI». DOUE C 177, de 11.06.2014.
- Comité Económico y Social Europeo (2015). Dictamen sobre «Las ciudades inteligentes como motor de una nueva política industrial europea». DOUE C 383, de 17.11.2015.
- Deakin, M. (ed.) (2014). *Smart cities: Governing, Modelling and Analysing the Transition*, Routledge, New York.
- Díaz Lema, J.M. (coord.) (2014). *Sostenibilidad financiera y administración local*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Enerlis, Ernst & Young, Ferrovial y Madrid Network (2012). *Libro Blanco Smart cities*. Madrid. Disponible en: http://www.innopro.es/pdfs/libro_blanco_smart_cities.pdf
- EOI (Escuela de Organización Industrial) (2015). *El ecosistema SMART en Andalucía. Retos y oportunidades para la colaboración público-privada*. Madrid. Disponible en: <http://a.eoi.es/andalsmart>
- Fernández, E. (2015). "Claves para la gestión inteligente de los servicios en entornos urbanos", *Economía Industrial*, núm. 395, pp.103-110.
- Fernández Güell, J.M. (2015). "Ciudades inteligentes: la mitificación de las nuevas tecnologías como respuesta a los retos de las ciudades contemporáneas", *Economía Industrial*, núm. 395, pp. 17-28.
- Fundación Telefónica (2015). *La Sociedad de la Información en España 2014*, Ariel, Madrid. Disponible en: http://www.fundaciontelefonica.com/arte_cultura/publicaciones-listado/pagina-item-publicaciones/?itempubli=323
- Guichot Reina, E. (coord.) (2014). *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid.
- Guglielmi, G.J. (2016). "Open Data y servicio público. Los datos públicos abiertos son un servicio público", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41, Iustel.
- Hollands, R. (2008). "Will the real smart city stand up?", *City*, 12:3, pp. 302-320.
- ITU (International Telecommunication Union) (2015). *ICT Facts and Figures - The world in 2015*, Ginebra. Disponible en: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/facts/default.aspx>
- Jiménez Asensio, R. (2012). "Estudio introductorio: reforma de la planta local y competencias municipales. Primeras reflexiones de urgencia sobre una propuesta", *Documento Técnico. Elementos para*

un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid-Barcelona.

- Jiménez Asensio (2016). “La integridad institucional como presupuesto de la buena gobernanza”, *La Administración al día*, 05/02/2016, INAP, Madrid.
- Johnston, J.M. & Romzek, B.S. (2005). “Traditional contracts as partnerships: effective accountability in social service contracts in the American states”. In: *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*, GreveC, HodgeG (eds). Edward Elgar Publishing: Northampton, MA: 117-143.
- Kickert, W.J.M., Erik-Hans Klijn, E.H. & Y Koppenjan, J.F.M (2000). *Managing complex networks: strategies for the public sector*, London: Sage Publications.
- Krishna, A. (2003). “Partnerships between local governments and community-based organizations: exploring the scope for synergy”. *Public Administration and Development*, 23(4): 361-371.
- Merino Estrada, V. (2014). “Reordenación de las competencias y cambios en los servicios públicos locales”, *Jornada sobre la Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, junio, Palma de Mallorca.
- Mckinsey GLOBAL INSTITUTE (2011). *Mapping the economic power of cities*. Disponible en: <http://www.mckinsey.com/global-themes/urbanization/urban-world-mapping-the-economic-power-of-cities>
- OECD (2010). *Cities and Climate Change*, OECD Publishing, París. Disponible en: <http://www.oecd.org/gov/citiesandclimatechange.htm>
- Machado Alonso, M. (2013). “*Smart cities: modelos reales y económicamente sostenibles*”, *Deloitte*, Santander, 3 de Septiembre de 2013.
- Morillo-Velarde Pérez, J.I (2014). “Las competencias de las entidades locales”, en *La reforma del régimen local: Comentario a la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, A.B. Casares Marcos (coord.) y T. Quintana López (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 73-112.
- PwC-IEBS (2015). *Smart cities: La transformación digital de las ciudades*, Centro de Innovación del Sector Público de PwC, IE Business School, Telefónica, Madrid. Disponible en: <https://m2m.telefonica.com/libroblanco-smart-cities/media/libro-blanco-smart-cities-esp-2015.pdf>
- Quan-Haase, A.; Wellman, B. (2006). “Hyperconnected Net Work: Computer-Mediated Community in a High-Tech Organization”, en *The Firm as a Collaborative Community: Reconstructing Trust in the Knowledge Economy*, edited by Charles Heckscher and Paul Adler. New York: Oxford University Press, pp. 281-333. Disponible en: http://archive.kmdi.utoronto.ca/publications/documents/KMDI_WP_2005_2.pdf
- Rosanvallon, P. (2015). *Le bon gouvernement*, Seuil, París.
- United Nations (2015). *World Urbanization Prospects: The 2014 Revision*, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, New York. Disponible en: <http://esa.un.org/unpd/wup/Publications/Files/WUP2014-Report.pdf>
- Velasco Caballero, F. (2014). “El nuevo régimen local general y su aplicación diferenciada en las distintas comunidades autónomas”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 48.
- Villarejo Galende, H. (2013). “Colaboración público-privada y contratación precomercial para el impulso de la I+D+i y la transferencia del conocimiento”, en *Ciencia, tecnología e innovación: nuevo régimen jurídico*, Calonge Velázquez (dir.), Comares, Granada, pp. 133-145.
- Villoria Mendieta, M. (2014). “La transparencia como política pública en el nivel local”, *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 26/27, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid-Barcelona.
- We Are Social (2014). “Europe Digital Landscape 2014”. *Social, Digital & Mobile in Europe*. Disponible en: <http://wearesocial.sg/blog/2014/02/social-digital-mobile-europe-2014/>

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EUROPEO: ALTERNATIVAS A LA VÍA JUDICIAL¹

Félix VALBUENA GONZÁLEZ
Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Burgos

Resumen: El presente trabajo examina la evolución seguida hasta el presente en la trayectoria de fomento en la Unión Europea de los medios alternativos a la vía judicial para la solución de los conflictos derivados del consumo, a través del análisis de los principales instrumentos sobre la materia, que comienza con la publicación -hace más de veinte años- del Libro Verde sobre acceso a la justicia y solución de litigios en el mercado interior y culmina -hasta la fecha- con las recientes Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo y el Reglamento sobre resolución de litigios en línea.

Palabras clave: Unión Europea; consumidor; resolución alternativa de litigios; comercio electrónico.

Abstract: This paper focuses on the path followed by alternative dispute resolution from the beginning of the European Policy of Consumer Protection until nowadays, through the analysis of main policy instruments on the matter. The path begins -over twenty years ago- with the Green Paper on access to justice and dispute settlement in the internal market, and culminates to date with ADR Directive and ODR Regulation.

Key words: European Union; consumer; ADR; e-commerce

1. Introducción

La política europea de protección de los consumidores ha cumplido sus primeras dos décadas de existencia, desde su aparición en 1992 con el Tratado de Maastricht, que introduce dos menciones expresas en el entonces Tratado de la Comunidad Europea.

En efecto, de una parte, el art. 3 del Tratado de la Unión Europea establece que “*la acción de la Comunidad implicará una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores*” y, de otro lado, el art. 129 A del mismo Tratado indica que tal objetivo debe perseguirse “*a través de medidas y acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados Miembros*”.

No obstante, con anterioridad, el Acta Única Europea² de 1986 ya contiene una primera alusión a esta política sectorial, cuando su art. 100.A.3 indica cómo “*la*

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación titulado “Un paso adelante en la consolidación del Espacio Judicial Europeo y su aplicación práctica: visión desde el proceso civil y penal” (DER2015-71418-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad para el trienio 2016-2018, cuya investigadora principal es la profesora Mar Jimeno Bulnes.

Comisión, en sus propuestas previstas en el art. 1 referente a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección adecuado”.

Desde entonces, la Política europea de los consumidores se ha desarrollado mediante la aprobación de sucesivos Planes trienales de actuación, con distintas finalidades. En materia de resolución de los conflictos que pueden aparecer entre consumidores o usuarios frente a comerciantes y empresarios, se aprecia una marcada tendencia hacia el empleo de los medios alternativos a la vía judicial.

Esa tendencia, que se inicia en 1993 con la presentación del “Libro Verde sobre acceso a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior”, ha culminado -hasta la fecha- con la aprobación 20 años después, de sendos actos jurídicos de carácter vinculante para los Estados Miembros.

A saber, de un lado, la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013 sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo y, por otro lado, el coetáneo Reglamento (UE) n° 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

Entre el Libro Verde y la reciente Directiva, debe reconocerse asimismo la trascendencia de las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE, de fecha 30 de marzo de 1998 y 4 de abril de 2001, sobre los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, de carácter heterocompositivo y autocompositivo respectivamente.

El propósito del presente trabajo se centra en examinar la evolución seguida hasta el presente en la trayectoria de fomento en la Unión Europea de los medios alternativos a la vía judicial para la solución de los conflictos derivados del consumo, a través del análisis de los principales instrumentos sobre la materia, con atención a las implicaciones que llevan aparejadas para todos los agentes involucrados: Instituciones europeas, Estados Miembros, consumidores y empresarios.

2. El Libro Verde sobre acceso a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior (1993)

Coincidiendo en el tiempo con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht³, la Comisión presenta el Libro Verde sobre acceso a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior⁴, que puede ser considerado el primer hito de este largo recorrido.

Como documento previo a la presentación de propuestas formales, el Libro Verde examina la situación en los diferentes Estados miembros -entre otros asuntos-

² El Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros y el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia, supone la primera modificación de gran alcance del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE). Publicada en el Diario Oficial n° L 169 de 29 de junio de 1987, entra en vigor el 1 de julio siguiente.

³ Publicado en el Diario Oficial n° C 191 de 29 de julio de 1992, entra en vigor el 1 de noviembre de 1993.

⁴ Documento COM (93) 576 final, de 16 de noviembre de 1993.

en materia de procedimientos extrajudiciales para la solución de litigios en materia de consumo, esbozando una serie de orientaciones e iniciativas.

Así, se constata, de partida, que junto a los procedimientos judiciales, se han creado a nivel nacional una diversidad de procedimientos extrajudiciales específicos, de muy diversa índole, atendiendo a su naturaleza, objeto, tipología, modalidad de designación del órgano y resultado obtenido.

En cuanto a su naturaleza, aparecen sistemas de carácter arbitral⁵, frente a modelos basados en la mediación o conciliación⁶, sin descartar otros de carácter mixto, esto es, aquellos en los que las partes pueden someter la controversia a arbitraje una vez agotado el intento de conciliación previo⁷.

Por lo que respecta a las cuestiones que pueden ser objeto de dichos procedimientos, en buena parte de los casos se limitan a un sector económico determinado (bancos, seguros, telecomunicaciones, etc...)⁸, aunque en ocasiones presentan un ámbito universal, resultando de aplicación a todos los litigios derivados del consumo.

En ocasiones, la iniciativa presenta naturaleza pública⁹, aunque en muchos casos, por el contrario, parte de la iniciativa privada o resulta del acuerdo entre los sectores implicados: Administración, organizaciones de empresas y asociaciones de consumidores¹⁰.

Finalmente, en cuanto al resultado obtenido desde el punto de vista jurídico, las diferencias abarcan desde la simple recomendación¹¹ hasta la decisión vinculante para ambas partes¹², atravesando por una solución intermedia que consiste en una resolución obligatoria para el profesional, pero no para el consumidor¹³.

La propia existencia de esta pluralidad de iniciativas demuestra la ineficacia de los procedimientos judiciales para resolver la problemática derivada de las relaciones de consumo. En efecto, el acceso de los consumidores a la justicia ha encontrado tradicionalmente dificultades derivadas de la duración y coste del procedimiento, frente al limitado valor económico -en muchas ocasiones- de la reclamación efectuada, motivo por el cual numerosos particulares renuncian a hacer valer sus derechos en vía judicial.

En el ámbito de las relaciones de consumo se producen mayoritariamente reclamaciones de pequeña cuantía, cuya resolución puede conseguirse a través de

⁵ *Geschillen commissie*, en Bélgica.

⁶ Conciliadores municipales de consumo, en Francia.

⁷ Centros de Arbitraje de Consumo, en Portugal.

⁸ Arbitraje en el sector de las telecomunicaciones en Italia.

⁹ Consejo de Reclamaciones de los Consumidores, en Dinamarca.

¹⁰ Sistema creado por las Cámaras de Comercio, en Alemania.

¹¹ *Ombudsmen*, en los Países Bajos.

¹² Sistema arbitral de consumo, en España.

¹³ Defensor del Pueblo, en Irlanda.

procedimientos ágiles, desprovistos de formalidades y gratuitos, para facilitar su acceso por los particulares afectados¹⁴.

En definitiva, el Libro Verde -resultado de una amplia consulta- evidenció la necesidad, a partir del análisis de la situación preexistente, de una acción comunitaria a favor de procedimientos extrajudiciales rápidos, eficaces y de bajo coste, que garantizaran una adecuada tutela de los ciudadanos europeos¹⁵.

En este sentido, debe ser considerado el punto de partida de las iniciativas posteriores: primero, las Recomendaciones de 1998 y 2001; y más recientemente, la Directiva ADR y el Reglamento ODR de 2013. La recomendación sobre los principios aplicables a los órganos arbitrales (1998)

La preocupación de la Unión Europea por este asunto se pone de manifiesto, inicialmente, mediante la Comunicación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, acompañada de la Recomendación 98/257/CE, de la misma fecha, sobre los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo¹⁶.

Esta primera iniciativa se encuentra referida a los procedimientos de carácter heterocompositivo, esto es, cuando un tercero soluciona el conflicto (arbitraje). Posteriormente, para los métodos autocompositivos de resolución de controversias (conciliación, mediación) se adopta en 2001 una nueva Comunicación, acompañada también de Recomendación, que examinaremos inmediatamente después¹⁷.

Conforme al texto de la Comunicación¹⁸, para atenuar las dificultades de acceso de los consumidores a la justicia aparecen tres vías, que presentan carácter complementario, a saber: la primera viene referida a la propia simplificación y mejora de los procedimientos judiciales; la segunda se encuentra dirigida a la mejora de la comunicación entre los consumidores y los profesionales con el fin de ayudar al consumidor a encontrar una solución de mutuo acuerdo en el litigio que le enfrenta al profesional; la tercera y última, en fin, persigue la instauración de procedimientos extrajudiciales como la mediación, la conciliación o el arbitraje.

Conviene destacar la existencia de una diferencia fundamental entre ellas, puesto que mientras la primera se sitúa en el marco tradicional de la solución judi-

¹⁴ Véase, en este sentido, nuestro anterior trabajo: Valbuena González, F., "Aproximación al sistema arbitral de consumo", *Jurisoft-Revista jurisprudencial de los Ilustres Colegios de Abogados de Ávila, Burgos y Cantabria*, época II, nº 6, mayo 1998, pp. 7-10, esp. p. 10.

¹⁵ Más ampliamente, Badenas Carpio, J. M. (1994): "Los litigios fronterizos: notas al Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución del litigios de consumo en el mercado único europeo", *Estudios sobre Consumo* nº 29, pp. 39-53; Jimeno Bulnes, M. (1995): "La protección judicial de los consumidores en el ámbito comunitario: el <libro verde> de acceso a la justicia", *Revista de Estudios Europeos* nº 9, enero-abril, pp. 13-38; Martín Bernal, J. M. (1998): "El arbitraje como defensa de los consumidores y usuarios en España y en el Derecho Comunitario", *Estudios sobre Consumo* nº 45, pp. 67-86, esp. pp. 70-82

¹⁶ Documento COM (1998), 198 final (DOCE L 115, de 17 de abril de 1998)

¹⁷ Vid. infra aptdo. IV

¹⁸ Documento COM (1998), 198 final (no publicado en el Diario Oficial)

cial de los litigios y tiene por objeto mejorar los sistemas existentes, las otras dos extraen, en la medida de lo posible, los litigios de su conocimiento por parte de juzgados y tribunales.

De partida, la Comisión apuesta por la segunda vía, mostrándose partidaria de alcanzar una solución amistosa del conflicto y, por este motivo, propone en la Comunicación, un “*formulario europeo de reclamación para el consumidor*”. Sin embargo, consciente de las dificultades presentes en ocasiones para alcanzar un acuerdo, no renuncia a establecer en la Recomendación una serie de principios aplicables a los órganos arbitrales de consumo, utilizando así la citada tercera vía.

Por lo que respecta al formulario europeo de reclamación, el mismo se encuentra disponible vía Internet en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea¹⁹. Cuenta con la particularidad de que admite la “personalización” por las organizaciones (empresas, asociaciones de empresas, organizaciones de consumidores, centros de información de los consumidores, etc.) que propongan su uso al consumidor, mediante la introducción de su logotipo sobre la esquina superior derecha del mismo.

Desde el punto de vista formal, dicho formulario²⁰ combina una serie de respuestas múltiples para ayudar al consumidor a delimitar mejor su reclamación, con un espacio suficiente para que los usuarios puedan añadir precisiones complementarias o describir aspectos particulares no cubiertos por las listas del mismo. La combinación de un sistema de opciones múltiples y de texto libre facilita considerablemente la cuestión de las traducciones en los asuntos de litigios transfronterizos²¹ en que las partes se expresan en lenguas diferentes.

En efecto, el formulario se encuentra especialmente indicado para los litigios que se producen entre consumidor y empresario, cuando éstos se encuentran en Estados distintos dentro de la Unión Europea -una posibilidad cada vez más frecuente en la práctica, gracias al auge del comercio electrónico-, aunque puede utilizarse también para los denominados litigios domésticos. Tampoco presenta restricciones de uso en cuanto al importe económico en discusión ni por razón de la materia, lógicamente siempre que nos encontremos en un conflicto derivado de una relación de consumo

De partida, el formulario está concebido para orientar al consumidor en la formulación de su reclamación y alcanzar un acuerdo con el profesional, pero puede utilizarse -una vez fracasado el intento de solución amistosa- para iniciar un procedimiento extrajudicial.

En cuanto a este procedimiento, todo órgano existente o que pueda crearse en un futuro, competente para la solución extrajudicial de litigios en materia de consu-

¹⁹ La versión traducida al castellano se puede obtener en la dirección electrónica del Centro Europeo del Consumidor en España: http://www.cec.consumo-inc.es/secciones.php?id_sec=5&id_subsec=16 (fecha de visita: 3 de noviembre de 2015).

²⁰ “*Consumer complaint form*”, traducido al inglés.

²¹ Una amplia perspectiva de la problemática que generan los litigios transfronterizos se aborda en el estudio de Ramos Méndez, F., *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Barcelona, 2005.

mo, debe respetar -según la Recomendación- siete principios mínimos, a saber: independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación; que examinamos seguidamente²². Se pretende, con ello, que tales órganos arbitrales puedan ofrecer garantías similares a los judiciales, en particular, en cuanto a la imparcialidad de los sujetos llamados a decidir las controversias.

Así, el principio de independencia se considera garantizado cuando el colegio arbitral se integra por una representación paritaria de los consumidores y los profesionales. Tratándose de un árbitro único, se exigen: en primer lugar, determinadas cualidades (capacidad, experiencia y competencia, en particular en materia jurídica); en segundo término, cierta inamovilidad (duración del mandato suficiente, no cabiendo la remoción sin motivo justificado); y, finalmente, indicios de imparcialidad (no haber tenido relación laboral con la asociación profesional, empresa o socio durante los tres años anteriores).

En nuestro país, hasta la nueva regulación del arbitraje de consumo por Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero²³ -que introdujo la posibilidad del árbitro único (art. 19.1)-, se contemplaba exclusivamente la composición tripartita de los colegios arbitrales, integrados por tres árbitros: un presidente -designado entre personal al servicio de las administraciones públicas- y dos vocales -representantes, respectivamente, de los empresarios y consumidores-. Con ello, se pretendía no sólo asegurar la imparcialidad de los colegios arbitrales sino también implicar y hacer colaborar activamente a los tres sectores inmersos en las relaciones de consumo - Administración, sector empresarial y consumidores- en el funcionamiento y desarrollo de esta forma de resolución de conflictos alternativa a la vía judicial. La novedosa posibilidad de los órganos arbitrales unipersonales se encuentra claramente orientada a un abaratamiento de los costes del arbitraje, al reducir la partida destinada a remunerar a los árbitros²⁴.

En segundo término, la transparencia en la actividad de los órganos arbitrales se persigue, de un lado, mediante la publicación de un informe anual relativo a las decisiones acordadas y, de otro lado, poniendo a disposición del público en general información relativa a determinados aspectos, tales como: cuestiones susceptibles de arbitraje (competencia territorial, posibles limitaciones a la competencia objetiva por razón de la cuantía), normas de procedimiento (escritura frente a oralidad, comparecencia personal obligatoria o voluntaria, lengua utilizada), costes para las par-

²² También puede verse, a este respecto, Revilla González, J. A., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo. Las relaciones transfronterizas”, *Estudios sobre Consumo*, nº extraordinario, diciembre 2006, pp. 59-74, esp. pp. 67 y ss.

²³ Publicado en el BOE de 25 de febrero de 2008.

²⁴ Más ampliamente, vid. nuestro anterior trabajo, Valbuena González, F., “Incidencia de la Ley 60/2003, de arbitraje, en el sistema arbitral de consumo”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. XVII, nº 2, 2005, pp. 395-408, esp. pp. 399 y ss. Sobre la nueva regulación del arbitraje de consumo, puede verse, entre otros, Marín López, M. J. (2008): “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero”, *Diario La Ley* nº 6905, 17 de marzo de 2008, pp. 1-8; Bonachera Villegas, R., “El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo”, *Diario La Ley* nº 7045, pp. 1-10; Lorca Navarrete, A. M. (2008) *La nueva regulación del arbitraje de consumo*, San Sebastián.

tes, tipo de arbitraje (de derecho, en equidad, códigos de conducta), valor jurídico de la decisión arbitral.

El principio de contradicción se entiende respetado con el ofrecimiento a todas las partes de la posibilidad de dar a conocer su punto de vista al órgano arbitral, así como tener conocimiento de los hechos expuestos y las posturas mantenidas por el resto y también, en su caso, de las declaraciones de los expertos.

Por su parte, la eficacia del procedimiento arbitral se asegura a través de cuatro medidas: en primer lugar, la potestativa representación del consumidor, que puede comparecer por sí mismo, sin necesidad de valerse de otra persona; en segundo término, la gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados; en tercer lugar, la fijación de un plazo corto de duración para la emisión del laudo y, en último término, la atribución de un papel activo al órgano arbitral, que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio.

La gratuidad ha sido una característica propia del sistema arbitral de consumo en nuestro país, desde sus orígenes legales, que se remontan al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo²⁵. Esto implica que el sometimiento de una controversia al arbitraje de consumo no genera coste alguno para los intervinientes, al menos hasta la declaración del derecho, puesto que no es preceptiva una representación técnica del interesado, pudiendo éste comparecer por sí mismo; la actividad de los miembros de los colegios arbitrales viene sufragada por la propia Administración y el laudo está exento de protocolización²⁶.

En quinto lugar, conforme al principio de legalidad, los órganos arbitrales se encuentran obligados a la motivación de sus resoluciones²⁷, que deben comunicar a las partes por escrito, no pudiendo tomar una decisión que tenga como resultado privar al consumidor de la protección que le brindan disposiciones imperativas estatales.

²⁵ Publicado en el BOE de 21 de mayo de 1993, fue derogado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero.

²⁶ Como única excepción al principio de gratuidad se prevé que los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte sean sufragadas por quienes las propongan y las comunes por mitad. Sin embargo, si la gratuidad es predicable del procedimiento de declaración del derecho, no lo es de las dos posibles incidencias concurrentes tras la emisión del laudo; me refiero a su posible anulación y a la ejecución del mismo. En ambos casos, al encontrarnos ya en sede jurisdiccional, será preceptiva la representación por procurador y la defensa de abogado, con el consiguiente abono de honorarios de parte, decayendo, pues, la gratuidad. Más ampliamente, vid. nuestro anterior trabajo, Valbuena González, F. (2004): "Análisis de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo", en García-Moreno Rodríguez, F. (coord.), *Estudios jurídicos sobre la Ley 11/1998, de 5 de diciembre, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León*, Burgos, pp. 523-534, esp. pp. 525 y ss.

²⁷ En relación con este asunto, cabe destacar la importancia constitucional en España de la motivación – en este caso- de las resoluciones jurisdiccionales: de un lado, como contenido del derecho fundamental al debido proceso (art. 24.2 CE) y, de otro, como exigencia formal de las sentencias (art.120.3 CE). Ello ha originado que el derecho a la motivación de las sentencias se considere consustancial al Estado de Derecho. Véase, en este sentido, Pedraz Penalva, E. (2000): *Derecho Procesal Penal. Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid, esp. pp. 343 y ss.

El principio de libertad implica que la adhesión del consumidor al arbitraje no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de la controversia, cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del litigio. Asimismo, la decisión del órgano sólo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente²⁸.

Finalmente, en virtud del principio de representación, no se puede privar a las partes del derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento arbitral.

3. La recomendación sobre los principios aplicables a los órganos consensuales (2001)

Esta segunda Recomendación²⁹ tiene su origen en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos judiciales responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo (Red EJE), donde se subraya que en los Estados Miembros existen muchos órganos extrajudiciales que no entran dentro del ámbito de la primera Recomendación, pero que también son útiles para el consumidor.

Por esta razón, el Consejo pide a la Comisión que elabore unos criterios comunes de evaluación de estos órganos consensuales, entre cuyas cualidades deben figurar la calidad, la equidad y la eficacia, para poder integrarlos en la red EJE.

En efecto, la Comunicación³⁰ que acompaña a esta segunda Recomendación pone de manifiesto que la primera Recomendación de 1998 no incluye la categoría de procedimientos de solución alternativa de litigios en los que un tercero intenta acercar a las partes en conflicto y les ayuda a encontrar una solución de común acuerdo, limitando su ámbito de aplicación a procedimientos en los que el tercero impone o propone una solución.

Sin embargo, resulta conveniente contemplar todas las alternativas (conciliación, mediación, etc...) para que los consumidores tengan más opciones y se beneficien de una mayor flexibilidad, especialmente ante el desarrollo del comercio electrónico y de las tecnologías de las comunicaciones, teniendo en cuenta que la vía judicial es demasiado cara y lenta y, en consecuencia, las vías extrajudiciales de

²⁸ Este principio se encuentra en íntima conexión con el carácter voluntario del arbitraje para las partes en conflicto, del que se derivan dos importantes consecuencias: en primer lugar, aquello que sea objeto de un arbitraje puede ser susceptible de resolución a través de un proceso y, en segundo término, los poderes públicos no pueden imponer el establecimiento del arbitraje obligatoriamente. A este respecto, recordemos la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/95, de 23 de noviembre, que anuló el párrafo primero del art. 38.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, precepto que exigía pacto expreso en contrario para excluir la competencia de las Juntas Arbitrales de Transporte en reclamaciones de cuantía inferior a 500.000 pesetas.

²⁹ Publicada en el DOCE de 19 de abril de 2001, n° L 109

³⁰ Documento COM (2001) 161, no publicado en el DOCE.

solución de conflictos están llamadas a desempeñar un papel clave en el acceso de los consumidores a la justicia a nivel individual.

Además, la mera existencia de estos mecanismos tiene, de partida, un efecto preventivo que ayuda a evitar litigios pues incita a las partes a buscar un acuerdo antes de formalizar sus problemas con un tercero y, además, genera confianza en el mercado interior³¹.

La denominada red EJE -red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de litigio³²- sólo funcionó, en realidad, de forma autónoma entre 2001 y 2004, pues terminó integrándose en enero de 2005 en la Red de Centros Europeos de los Consumidores (Red CEC), tras su fusión con la llamada Red de Euroventanillas, surgida a principios de los noventa para informar también a los consumidores sobre sus derechos y las posibilidades del mercado interior.

La Red CEC se estructura través de puntos de contacto nacionales, disponiendo todos los Estados miembros al menos de un centro de intercambio de información³³, que ofrece asesoramiento a consumidores y usuarios, de especial utilidad en conflictos surgidos con proveedores de otros países de la Unión Europea (litigios transfronterizos).

Sus objetivos, enmarcados en la política de protección de los consumidores, se centran no sólo en facilitar información a fin de que los consumidores puedan adquirir bienes y disfrutar de servicios con pleno conocimiento de sus derechos y deberes, sino también en prestar apoyo con motivo de un conflicto, facilitando a los consumidores el acceso a una vía de compensación³⁴.

Para el cumplimiento de sus fines, la Red CEC colabora con otras dos redes europeas de similares características que datan ambas del año 2001, como la Red judicial europea en materia civil y mercantil o la Red FIN-NET, de solución extrajudicial de conflictos limitada al sector de los servicios financieros³⁵.

Los órganos consensuales -existentes o futuros- que pretendieran integrarse en la red EJE (después Red CEC) debían cumplir los cuatro principios contenidos

³¹ La importancia de la confianza, tanto para los consumidores como para la industria, fue destacada en el Foro sobre el mercado interior organizado conjuntamente por la Comisión, la Presidencia francesa y el Parlamento Europeo los días 28 y 29 de noviembre de 2000. Desde el punto de vista de los consumidores, para que éstos tengan la suficiente confianza en adquirir productos y servicios en un Estado miembro distinto del suyo y puedan beneficiarse -por tanto- de las ventajas del mercado interior, deben contar con la garantía de poder obtener una indemnización si no están satisfechos.

³² Creada por Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 (DOUE n° C 155, de 6 de junio de 2000).

³³ La Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN) -dependiente del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad- es el punto de contacto central en España de la Red. (e-mail: cec@consumo-inc.es)

³⁴ Más ampliamente, Montesinos García, A. (2007): "Los retos del arbitraje ante las nuevas tecnologías", en Barona Vilar, S., *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, Pamplona, pp. 237-268, esp. pp. 264 y ss.

³⁵ Más información en la página web:

eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l32048 (fecha de consulta: 11 de noviembre de 2015)

en la Recomendación, a saber: imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad³⁶; con el fin de asegurar que todos ellos acreditan un nivel común de calidad.

En primer lugar, el principio de imparcialidad se considera garantizado cuando las personas responsables del procedimiento son nombradas por un periodo de tiempo determinado y no pueden ser sustituidas sin causa justificada, no tienen ningún conflicto de interés aparente o real con ninguna de las partes y, por último, facilitan a ambas información sobre su imparcialidad y competencia antes de que comience el procedimiento.

En segundo término, la transparencia del procedimiento consensual se persigue de cara al público en general³⁷ y especialmente frente a las partes, quienes deben tener acceso a información clara y sencilla, que recoja los datos de las personas de contacto, así como el funcionamiento y disponibilidad del procedimiento³⁸, para que puedan consultarla y tenerla presente antes de plantear una reclamación. En particular, cualquier solución del litigio acordada por las partes debe registrarse en un soporte duradero, a disposición de las partes, donde se precisará con claridad sus términos, así como los argumentos en los que se asienta.

Como tercer principio del procedimiento aparece la eficacia, que se asegura -de inicio- facilitando el acceso al mismo y -ulteriormente- intentando superar los tradicionales problemas de coste, duración, complejidad y representación. Así se prevén medidas tales como: la utilización de medios electrónicos, que permita su accesibilidad por parte de los consumidores, independientemente del lugar donde se encuentren³⁹; gratuidad del procedimiento o, al menos, fijación de costes moderados, proporcionales a la cantidad reclamada; representación legal potestativa para las partes; y tramitación en el plazo más breve posible.

³⁶ Sobre el particular, también Revilla González, J. A., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo. Las relaciones transfronterizas”, op. cit., esp. pp. 69 y ss.

³⁷ A disposición de éste deberá ponerse información general relativa a: número y naturaleza de las reclamaciones recibidas y su resultado; tiempo empleado en resolver los litigios; cualquier problema sistemático que planteen las reclamaciones; y el cumplimiento, si se conoce, de las soluciones acordadas.

³⁸ Particularmente, se facilitarán los siguientes datos: forma de desarrollo, tipo de litigios para los que puede utilizarse y restricciones en su aplicación; requisitos previos de acceso, si existieran, y lengua de procedimiento; costes soportados por las partes; calendario aplicable al procedimiento en función del tipo de litigio; normativa aplicable (disposiciones legales, buenas prácticas empresariales, equidad, códigos de conducta); y, finalmente, valor de la solución acordada.

³⁹ En esta línea, aparecen los métodos de resolución de conflictos en línea, conocidos por la expresión anglosajona *Online Dispute Resolution* (ODR), que se originan de la interacción entre la tecnología y los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR) para dirimir las disputas originadas en Internet. Sobre el particular, puede verse Cortés, P., “Un modelo para la acreditación de los sistemas ODR en la Unión Europea”, en *Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal* [monográfico en línea]. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, 2010, n.º 10, disponible en la dirección: <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n10-cortes/n10-cortes>. Vid., también, Ruggeri, L. (2010): “ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres”, en *Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal* [monográfico en línea]. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, n.º 10, disponible en la dirección: <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n10-ruggeri/n10-ruggeri> (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2015).

El cuarto principio aplicable es, finalmente la equidad del procedimiento, que se garantiza con medidas durante su tramitación y, fundamentalmente, al final del mismo, cuando se propone una solución para resolver el litigio.

Pendiente el procedimiento, las partes estarán informadas de su derecho de no aceptar o abandonar el procedimiento en cualquier momento, y recurrir al sistema judicial o a cualquier otro mecanismo extrajudicial, si no están satisfechas con el resultado o desarrollo del mismo. Se garantiza, asimismo, la contradicción porque ambas pueden presentar libremente argumentos, información o las pruebas pertinentes así como efectuar comentarios ante los que presente la parte contraria.

Cuando se proponga una solución al litigio y antes de aceptarla, el consumidor dispondrá de un tiempo razonable para estudiarla, debiendo ser informado en un lenguaje comprensible de su valor, con las posibilidades de que dispone: aceptarla o rechazarla, consultar a un asesor independiente, someter el litigio a otro mecanismo extrajudicial no consensual (arbitraje) o acudir a la vía judicial, porque nada evita que la solución propuesta pueda ser menos beneficiosa que la que imponga un órgano judicial en aplicación de normas legales.

4. La Directiva sobre resolución alternativa de litigios (2013)

El limitado éxito alcanzado por las anteriores Recomendaciones origina que el Consejo y el Parlamento Europeo adopten posteriormente la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁴⁰, dirigida a los Estados Miembros. Estos se encuentran obligados a transponerla en sus respectivos ordenamientos jurídicos mediante las correspondientes disposiciones (legales, reglamentarias y administrativas), como máximo antes del 9 de julio de 2015.

A pesar de que el plazo de transposición se ha agotado, en el caso de España tan sólo contamos con un Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo⁴¹, pendiente aún del trámite parlamentario antes de su aprobación definitiva. En otros Estados Miembros, sin embargo, se encuentra ya en vigor la correspondiente normativa interna de transposición⁴².

⁴⁰ Publicada en el DOUE de 18 de junio de 2013, nº L 165, entró en vigor el 8 de julio de 2013, esto es, a los veinte días de su publicación.

⁴¹ En adelante, Anteproyecto Ley RACC. El texto sometido a fase de consulta aparece publicado, con fecha 16 de abril de 2015, en el portal de la transparencia del Gobierno de España - transparencia.gob.es - (fecha de visita: 30 de noviembre de 2015). Sobre el mismo, más ampliamente, puede verse García Montoro, L. (2015): “<Nuevo> modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo a la luz del anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo. Especial referencia a las posibilidades de supervivencia de la mediación y otros mecanismos tradicionales”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 14, págs. 11-27. Reviste gran interés también el Informe al Proyecto adoptado por el Consejo General del Poder Judicial con fecha 11 de junio de 2015, disponible en www.poderjudicial.es. (fecha de visita: 30 de septiembre de 2015).

⁴² Así, por ejemplo, en Bélgica la “*Loi du 4 avril 2014 portant insertion du Livre XVI, <Règlement extrajudiciaire des litiges de consommation> dans le Code de droit économique*” (*Moniteur Belge*, de 12 de mayo de 2014); en Francia, la “*Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation*” (*JORF*, de 21 de agosto de 2015); o en Reino Unido, “The

A tenor de los considerandos 5, 6 y 7 de la propia Directiva, el relativo fracaso de las precedentes Recomendaciones deriva de las disparidades constatadas en términos de conocimiento, calidad y cobertura en la resolución alternativa de litigios en los distintos Estados. En efecto, muchos consumidores y comerciantes siguen sin conocer las vías de solución extrajudicial, los niveles de calidad ofrecidos varían de unos órganos a otros y, con frecuencia, éstos no tramitan de forma eficaz los litigios transfronterizos⁴³.

El objetivo de la Directiva consiste en garantizar que los consumidores puedan presentar reclamaciones ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios con unos niveles de calidad armonizados. A tal efecto, somete a las entidades de resolución de conflictos a una serie de requisitos de obligado cumplimiento, que serán objeto de evaluación antes de resultar incluidas en la lista de entidades acreditadas.

Su ámbito de aplicación se extiende genéricamente a los procedimientos de resolución extrajudicial, sin distinción entre aquellos que finalizan con una solución impuesta o amistosa, procediéndose así a la unificación de su régimen normativo, que aparecía disociado entre órganos que presentan una u otra naturaleza en el texto de las precedentes Recomendaciones.

Por razón de la materia, se aplica a los litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios, excepto los servicios de atención sanitaria y de enseñanza pública complementaria o superior (arts. 2.2 h, i). Mediante este tipo de contratos, el consumidor adquiere a cambio de un precio la propiedad de ciertos bienes o el disfrute de servicios, transferidos o prestados respectivamente por un comerciante.

Formalmente, se extiende no sólo a los litigios transfronterizos sino también a los nacionales, superando así las previsiones -sobre las que prevalece- de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, acerca de ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que resulta aplicable exclusivamente a los litigios transfronterizos⁴⁴.

Desde un punto de vista subjetivo, el ámbito de aplicación de la Directiva presenta finalmente también carácter unidireccional, puesto que exige la iniciación del procedimiento a instancia de un consumidor residente en la Unión Europea

alternative dispute resolution for consumer disputes (amendment) regulations 2015” (HMSO, de 18 de junio de 2015), entre otras. Un listado actualizado de las medidas nacionales de adaptación de la Directiva que van siendo comunicadas a la Comisión desde su entrada en vigor puede consultarse en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/NIM/?uri=CELEX:32013L0011 (consultado por última vez el 30 de noviembre de 2015).

⁴³ Tales circunstancias dificultan el buen funcionamiento del mercado interior europeo, concebido como un espacio sin fronteras en el que está garantizada la libre circulación de mercancías y servicios. Se considera necesario, por tanto, reforzar la confianza de los ciudadanos en ese mercado, garantizándoles el acceso a vías sencillas, eficaces, rápidas y asequibles de resolución de litigios (considerando 8).

⁴⁴ Sobre el particular, puede verse nuestro anterior trabajo: Valbuena González, F., “Instrumentos procesales civiles. Mediación”, en Jimeno Bulnes, M. (coord.) (2014): *Nuevas aportaciones al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Granada, pp. 123-151, esp. pp. 133 y ss.

frente a un comerciante establecido en la misma, resultando expresamente excluidos aquéllos entablados por un comerciante contra un consumidor (art. 2.2 g).

La definición legal de «entidad de resolución alternativa» comprende cualquier entidad, independientemente de cómo se denomine o mencione, establecida de manera duradera, que ofrece la resolución de litigios mediante un procedimiento de resolución alternativa, y se encuentra incluida en la lista de entidades acreditadas, puesto que cumple las condiciones fijadas por la Directiva (art. 4.1 h).

Asistimos, pues, a un cambio en la terminología utilizada en las precedentes Recomendaciones, donde se optaba por la denominación de “órganos responsables de la solución extrajudicial” u “órganos extrajudiciales de resolución consensual”, para referirse, respectivamente, a los arbitrales y a los de mediación o conciliación. Se prefiere, ahora, un término omnicompreensivo, desprovisto además de cualquier connotación judicial, con una explícita orientación a los sistemas de ADR.

Conviene advertir también que las entidades de resolución alternativa pueden presentar no sólo naturaleza pública, sino también privada⁴⁵. De hecho se alientan las fórmulas de financiación privada o mixta (público-privada) a fin de contar con suficientes recursos, sin descartarse que los mismos provengan inclusive de las propias organizaciones profesionales y asociaciones empresariales.

Las condiciones fijadas para su inclusión en la lista de entidades acreditadas vienen referidas no sólo a la propia entidad de resolución alternativa, sino a las personas físicas concretamente encargadas de la solución del litigio y, también, al procedimiento utilizado⁴⁶. En muchas ocasiones se convierten en vinculantes -especificando en mayor medida su contenido- buena parte de los principios sugeridos en las Recomendaciones precedentes para los órganos de consumo, arbitrales o consensuales.

A las entidades de resolución alternativa se les exige, fundamentalmente, transparencia y accesibilidad; a las personas encargadas de la solución del litigio, por su parte, conocimientos especializados e imparcialidad; finalmente, los procedimientos empleados deben ajustarse a los principios de eficacia, equidad y libertad.

Las medidas a través de las cuales se pretende dotar de transparencia a las entidades de resolución alternativa estaban ya presentes en las Recomendaciones precedentes, aunque ahora se desciende a un mayor detalle. Básicamente se persigue poner a disposición del público -en su página web, preferiblemente- información clara, fácilmente comprensible y lo más exhaustiva posible sobre la organización y funcionamiento de la misma, así como publicar un informe anual de actividad (art. 7).

Por su parte, ante el fundado temor de desconocimiento de las vías extrajudiciales de solución de conflictos de consumo por parte de los interesados -consumidores y comerciantes-, se pone un especial énfasis en garantizar el acceso a

⁴⁵ Cabe, incluso, que estén integradas por una sola persona física (art. 6.2 in fine).

⁴⁶ Más ampliamente, véase nuestro trabajo: Valbuena González, F. (2014), “La directiva europea sobre resolución alternativa de litigios (ADR) en materia de consumo”, *Justicia* nº 2, pp. 409-443, esp. pp. 435 y ss.

las entidades de resolución alternativa, mediante sendas obligaciones, a saber: mantenimiento de un sitio de Internet actualizado⁴⁷ e inadmisión de un litigio sólo por causas tasadas y mediante resolución motivada⁴⁸.

En cuanto a las personas físicas encargadas de la solución del litigio, se les exige -en primer lugar- conocimientos y competencias en el ámbito de la resolución alternativa o judicial de litigios con consumidores, sin la obligación de ser profesionales cualificados del Derecho⁴⁹ y -en segundo lugar- garantía de imparcialidad⁵⁰, que tratándose de un colegio arbitral se asegura mediante la representación paritaria de los intereses de consumidores y comerciantes (art. 6.5).

Por último, respecto del procedimiento, el primer principio rector es la eficacia, a través de medidas como: accesibilidad en línea, potestativa asistencia técnica de las partes, gratuidad o coste simbólico del servicio y celeridad en la tramitación, fijándose un plazo máximo de noventa días naturales para obtener el resultado (art. 8).

La equidad del procedimiento implica, en segundo lugar, respeto de los principios de audiencia y motivación del resultado (art. 9.1). Cuando la entidad se limita a proponer una solución al litigio, las partes disponen de los mismos derechos ya recogidos en la Recomendación de 2001 para los consumidores, que ahora se extienden a ambos interesados, esto es: posibilidad de retirarse en cualquier momento del procedimiento y acudir a la vía judicial⁵¹; posibilidad de aceptar o rechazar la propuesta, tras un plazo de reflexión razonable y después de recibir información sobre el efecto jurídico de ambas opciones (art. 9.2).

Finalmente, en tercer lugar, el principio de libertad -previsto también con anterioridad en la Recomendación de 1998- aparece íntimamente relacionado con la

⁴⁷ El sitio de Internet, al margen de ofrecer la oportuna información, debe permitir la tramitación del procedimiento en línea -esto es, presentación de la reclamación e intercambio de información entre las partes por vía electrónica-, que resulta especialmente indicado para los litigios transfronterizos (art. 5.2).

⁴⁸ Las causas de inadmisión de un litigio se encuentran limitadas a supuestos relacionados con: a) falta de negociación previa; b) litigio frívolo o vejatorio; c) litispendencia o cosa juzgada; d) cuantía por debajo de un umbral monetario preestablecido; e) prescripción de la acción por transcurso de un plazo mínimo de un año; y, como cláusula residual: f) el hecho de que la tramitación del litigio pudiera comprometer gravemente por otros motivos el funcionamiento de la entidad de resolución alternativa. Por su parte, la resolución de inadmisión deberá incluir una exposición razonada de los motivos por los que no se ha tramitado el litigio y dictarse en plazo no superior a tres semanas, desde la recepción del expediente (art. 5.4).

⁴⁹ Aunque sí deben contar con el bagaje técnico suficiente para comprender las implicaciones jurídicas del asunto (art. 6.1 a). A tal efecto, se alienta su formación a través de programas desarrollados por las entidades, que serán objeto de seguimiento por las autoridades competentes de los distintos Estados miembros.

⁵⁰ Dotándoles de cierta inamovilidad (duración suficiente del cargo y remoción sólo por causa justificada), deber de abstención (revelación de circunstancias que puedan dar lugar a un conflicto de intereses con cualquiera de las partes) y posibilidad de recusación (presentación de objeciones a instancia de parte).

⁵¹ La posibilidad de entablar acciones judiciales en relación con un litigio no puede verse impedida por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de resolución alternativa cuyo resultado no sea vinculante (art. 12), en la misma línea del art. 8 de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

garantía del derecho a la tutela judicial efectiva. En su virtud, el acuerdo de sometimiento a una entidad con carácter previo al surgimiento de la controversia no resulta vinculante para el consumidor, pudiendo éste acudir -no obstante- a los órganos jurisdiccionales para la solución del conflicto (art. 10.1)⁵². Asimismo, la decisión impuesta por una entidad sólo presenta carácter vinculante para las partes cuando hayan sido informadas previamente y prestado su consentimiento expreso (art. 10.2).

Como hemos tenido ocasión de examinar, las condiciones exigidas a las entidades de resolución alternativa no varían sustancialmente de las sugeridas en las Recomendaciones precedentes para los órganos arbitrales y consensuales de consumo, salvo por su carácter obligatorio, derivado de la naturaleza vinculante propia del instrumento normativo utilizado ahora.

La novedad radica, por tanto, en el sometimiento de las entidades de resolución alternativa de litigios en materia de consumo a un verdadero procedimiento de evaluación, con intervención de los Estados miembros y la Comisión, a fin de comprobar que cumplen de forma constante con las condiciones requeridas, posibilitando su inclusión y permanencia en la lista de entidades acreditadas.

Así, antes del 9 de julio de 2015, cada Estado Miembro debe comunicar a la Comisión, al menos, una autoridad competente con funciones de evaluación. Si designare varias, indicará cuál de ellas es el punto de contacto único para la Comisión⁵³. Esta elaborará una lista de las autoridades competentes incluyendo, en su caso, el punto de contacto único estatal, objeto de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 18).

A partir de ese momento, las entidades de resolución de litigios -existentes o de nueva creación- que aspiren a ser incluidas en el marco de la presente Directiva pueden notificar a la autoridad competente nacional correspondiente, toda la información acreditativa de cumplir los requisitos y condiciones de calidad para ser acreditada (art. 19).

Cada autoridad competente evaluará las solicitudes de acreditación recibidas para comprobar que las entidades de resolución alternativa cumplen no sólo con las condiciones exigidas en esta Directiva, sino también con los requisitos previstos en las disposiciones nacionales de transposición (art. 20).

Antes del 9 de enero de 2016, los Estados miembros comunicarán a la Comisión una primera lista de entidades acreditadas por sus propias autoridades competentes. Finalmente, la Comisión -recopilando la información recibida- procederá a la publicación de una lista única en su sitio web y en un soporte duradero, que mantendrá debidamente actualizada (art. 20.4).

⁵² Esta medida ya ha sido incorporada al Derecho español en el art. 57.4 LGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que extiende al Sistema Arbitral de Consumo la no validez del compromiso arbitral del consumidor, previo a la disputa, que hasta entonces se consideraba válido y vinculante.

⁵³ En el caso de España, se proyecta como punto de contacto único, la Presidencia de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (art. 27.4 Anteproyecto Ley RACC), que también aparece como autoridad competente para la acreditación de entidades de resolución alternativa (art. 27.1 Anteproyecto Ley RACC).

Las entidades de resolución alternativa estarán sometidas a un control bianual de verificación por parte de las autoridades competentes, acerca del mantenimiento de las condiciones de acreditación. Si dejaren de cumplir con las condiciones exigidas, cuentan con un plazo de subsanación de tres meses, antes de ser eliminadas de la lista.

Con la finalidad de que los consumidores identifiquen rápidamente la entidad de resolución alternativa a la que pueden dirigir sus reclamaciones, se persigue dar la máxima publicidad a la lista de entidades acreditadas. En esta tarea de información se involucra no sólo a la Comisión, sino a la Red de Centros Europeos del Consumidor, organismos estatales de asistencia para los litigios derivados de litigios transfronterizos, organizaciones de consumidores, asociaciones de empresarios e, inclusive, el propio comerciante reclamado.

En este último caso, si los comerciantes se comprometen o estén obligados a recurrir a dichas entidades de resolución para resolver litigios con los consumidores, debe informarse de manera clara, comprensible y fácilmente accesible en su propio sitio web, si lo hubiere, y en las condiciones generales aplicables a los contratos de compraventa o de servicios (art. 13.2)⁵⁴.

El resto de instituciones implicadas cumplen con esa labor de información facilitando la lista de entidades acreditadas mediante su publicación en sus respectivos sitios web, enlace a la página de la Comisión, soporte duradero en sus propios locales o por cualquier otro medio que consideren adecuado (art. 15.1).

5. El Reglamento sobre resolución de litigios en línea (2013)

En estrecha relación con la Directiva que acaba de examinarse, se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea de la misma fecha⁵⁵, el Reglamento (UE) 524/2013, cuyo objetivo es proporcionar a las entidades acreditadas una plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo⁵⁶, disponible a partir del 9 de enero de 2016, previo ensayo de funcionamiento con un año de antelación.

La Comisión aparece como responsable, en primer lugar, del desarrollo y establecimiento de la citada plataforma y, posteriormente, de su funcionamiento, incluidos los aspectos relativos a traducción, mantenimiento, financiación y seguridad de los datos (art. 5.1).

⁵⁴ En el caso de España, el incumplimiento por los empresarios de dicha obligación tendrá la consideración de infracción grave en materia de defensa de los consumidores y usuarios, según lo previsto en los arts. 35 y 36 del Anteproyecto Ley RACC, que deja sin efecto la vigente regulación contenida en el art. 21.3 y 4 LGDCU.

⁵⁵ DOUE de 18 de junio de 2013, nº L 165. Sobre este instrumento normativo, uno de los primeros trabajos publicados se debe a: Marcos Francisco, D. (2013): "Las Online Dispute Resolution en materia de consumo en la Unión Europea", en Vázquez Castro, E. (dir.) y Fernández Canales, C. (coord.), *Estudios sobre justicia online*, Granada, pp. 23-42

⁵⁶ Sobre el particular, más ampliamente, véase nuestro trabajo: Valbuena González, F. (2015): "La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 52, (en prensa).

Desde un punto de vista técnico, la futura plataforma viene configurada como un sitio de Internet interactivo, accesible de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión, particularmente a través del portal “Tu Europa”⁵⁷.

Funcionalmente, la plataforma aparece concebida, de un lado, como ventanilla única⁵⁸ para los consumidores y comerciantes que deseen resolver extrajudicialmente los litigios (art. 5.2) y, por otro lado, como instrumento al servicio de las entidades de resolución de litigios, previo registro electrónico en la misma (art. 5.6).

El ámbito de aplicación del Reglamento se limita, no obstante, a los litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea (art. 2.1) entre un consumidor residente y un comerciante establecido en la Unión⁵⁹. Quedan, pues, excluidos de la utilización de la plataforma los litigios derivados de relaciones de consumo ofrecidas por el comerciante y encargadas por el consumidor fuera de Internet o sin utilizar otros medios electrónicos⁶⁰.

Se admite, sin embargo, una posible bidireccionalidad del litigio (art. 2.2), esto es, que sea planteado no sólo por el consumidor frente al comerciante sino también por éste contra aquél⁶¹, condicionado a que la legislación del Estado miembro de residencia habitual del consumidor admita que tales litigios se resuelvan con la intervención de una entidad de resolución alternativa.

El diseño de la plataforma cumplirá no sólo con el cometido de posibilitar la resolución *on line* del litigio, sino que también tendrá una función informativa (art. 4 h). En este sentido, pondrá a disposición pública información general sobre la resolución extrajudicial de litigios, las entidades acreditadas, un manual de presen-

⁵⁷ europa.eu/youreurope/citizens/index_es.htm. Este portal contiene información sobre derechos y consejos prácticos dirigidos a los ciudadanos de la Unión Europea para vivir en cualquier lugar de la misma, con un apartado específico dedicado a los “consumidores”.

⁵⁸ La consideración de ventanilla única para los consumidores resulta un gran acierto, a juicio de Richard González, para quien la citada plataforma podría equipararse a un juzgado en el sentido más físico y material del término, como lugar -en este caso virtual- donde se desarrollan los actos propios de la resolución del conflicto. Véase, Manuel Richard González, “Los procedimientos electrónicos de resolución alternativa de conflictos (on-line dispute resolution)”, Diario La Ley nº 8360, 23 de julio de 2014, pp. 1-14, esp. p. 7.

⁵⁹ Con independencia de que se trate de un litigio nacional o transfronterizo, es decir, que el Estado de residencia del consumidor y de establecimiento del comerciante, sean el mismo o diferentes.

⁶⁰ La exclusión del comercio tradicional resulta, a nuestro juicio, injustificada puesto que la plataforma puede ser un instrumento útil para resolver litigios derivados de relaciones de consumo concertadas *offline*, toda vez que consumidor y comerciante pueden residir en diferentes lugares, disponiéndose de la tecnología necesaria para tramitar el procedimiento a distancia. En este sentido, también, Barral Viñals, I. (2014): “Reclamaciones de consumo y ODR: procesos automáticos, *small claims* y plataformas interactivas”, Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías nº 34, enero-abril, pp. 43-65; Vilalta Nicuesa, A. E. (2014): “La paradoja de la mediación en línea. Recientes iniciativas de la Unión Europea y de la CNUDMI”, Revista General de Derecho Europeo nº 33, pp. 1-35, esp. p. 32

⁶¹ Esta circunstancia distingue el ámbito de aplicación del Reglamento y de la Directiva, pues ésta última no se aplica a los procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor (vid. supra aptdo. V)

tación de reclamaciones, los puntos de contacto nacionales y datos estadísticos acerca de los resultados obtenidos de su utilización.

Cada Estado miembro designará un punto de contacto que prestará funciones de apoyo a la resolución de litigios a través de la plataforma, pudiendo conferir esta responsabilidad a los centros de la Red de Centros Europeos del Consumidor⁶², pero también a las asociaciones de consumidores o a cualquier otro organismo, siempre con la condición de que cada punto de contacto incorpore al menos dos asesores en resolución de litigios en línea (art. 7.1).

Al estilo de la Red CEC o la Red FIN-NET, los puntos de contacto nacionales se agruparán en la correspondiente Red de puntos de contacto de resolución de litigios en línea (art. 7.5), permitiendo el intercambio de buenas prácticas y el debate sobre problemas recurrentes detectados en la utilización de la plataforma, a través de fórmulas de cooperación, entre las cuales se encuentra expresamente prevista la convocatoria de sendas reuniones anuales⁶³.

Al margen de su función informativa, la plataforma ofrecerá gratuitamente un sistema electrónico que permita a las partes y a la entidad acreditada la tramitación en línea del procedimiento⁶⁴ en tres fases, a saber: presentación de la reclamación, determinación de la entidad de resolución alternativa competente y resolución del litigio.

La reclamación se presenta mediante un formulario electrónico de fácil utilización, al que podrán acompañarse los documentos pertinentes, como archivos adjuntos. El contenido del formulario se detalla en el Anexo al Reglamento, debiendo el reclamante -consumidor o, inclusive, comerciante⁶⁵- indicar desde este primer momento la entidad de resolución alternativa que considera competente (art. 8.2).

Recibido un formulario completo, la plataforma da traslado del mismo a la parte reclamada en la lengua oficial de la Unión Europea elegida por ésta (art.9.3), lo que implicará -en su caso- una traducción del mismo. La reclamación incompleta se considera un defecto subsanable, que impide su tramitación si -requerido el reclamante- el formulario no se cumplimenta en su totalidad (art. 9.2).

El traslado a la parte reclamada del formulario se acompaña de información orientada a la determinación de la entidad de resolución competente, presidida por el principio de acuerdo entre partes, de modo que la falta de acuerdo transcurridos

⁶² Vid. supra aptdo. IV

⁶³ En este ámbito, la Comisión ha adoptado recientemente (DOUE n° L 171, de 2 de julio de 2015, pp. 1-4) el Reglamento de ejecución (UE) 2015/1051, de 1 de julio, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de litigios en línea, sobre las modalidades de impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento ODR, cuya entrada en vigor está prevista a los veinte días de su publicación oficial.

⁶⁴ Una iniciativa de esta naturaleza estaba siendo reclamada desde hace tiempo por la doctrina científica. Véase, por todos, Cortés, P. (2011): *Online dispute resolution for consumers in the European Union*, Oxon, esp. pp. 181-207, con la correspondiente propuesta *de lege ferenda*.

⁶⁵ Admitida la posible bidireccionalidad del litigio (art. 2.2 Reglamento ODR), la legitimación activa puede corresponder no sólo a los consumidores -que será el supuesto más frecuente en la práctica, al ostentar éstos la posición más débil en las relaciones de consumo-, sino también a los comerciantes.

30 días naturales desde que la reclamación fue presentada, impide su tramitación (art. 9.3 a).

Recordemos, a este respecto, que el art. 13.1 de la Directiva 2013/11/UE impone a los Estados miembros la obligación de velar por que los comerciantes establecidos en sus territorios informen a los consumidores acerca de la entidad o entidades de resolución alternativa -incluyendo su dirección web- que ofrezcan cobertura a dichos comerciantes, cuando éstos se comprometan o estén obligados a recurrir a las mismas para resolver litigios con los consumidores.

Constando el acuerdo entre partes, la plataforma transmite la reclamación a la entidad de resolución alternativa a la que se han sometido (art. 9.6), pudiendo ésta inadmitir el litigio por alguna de las causas previstas en el art. 5.4 de la Directiva 2013/11/UE. En caso de aceptación del litigio, se comunica a las partes junto a las normas de procedimiento y -en su caso- sobre las costas.

La entidad que acepta tramitar una reclamación adquiere sendos compromisos: uno principal, de concluir el procedimiento en el plazo de noventa días naturales y, otro accesorio, de transmitir seguidamente y sin demora a la plataforma información relativa a los siguientes aspectos: fechas de recepción del expediente y conclusión del procedimiento, objeto del litigio y resultado⁶⁶.

Curiosamente, la entidad no está sujeta a tramitar el procedimiento a través de la plataforma de resolución de litigios en línea (art. 10 d), si bien para mantener su carácter *on line* no puede exigir la comparecencia de las partes o de sus representantes (art. 10 b), a no ser que las normas de procedimiento contemplen esa posibilidad y las partes lo consientan.

Esta aparente contradicción conduce a concluir que, una vez aceptada la reclamación, la entidad puede utilizar su propio sitio de Internet -necesariamente provisto de esta funcionalidad según la Directiva⁶⁷- para tramitar y concluir el procedimiento.

Sin embargo, a priori, nos parece preferible la utilización íntegra de la plataforma de resolución de litigios en línea, que ofrece gratuitamente (art. 5.4 d) un sistema electrónico de tramitación de asuntos, sin necesidad de escindir el procedimiento en dos partes en distintos sistemas: alegaciones de los interesados y aceptación de la entidad, en la plataforma general; resto del trámite y decisión, en la página web de la entidad.

⁶⁶ La plataforma ha sido, en este sentido, comparada con el sistema "multipuertas" ("*the multi-door court house*", en terminología inglesa) puesto que recibe las reclamaciones y las deriva a una entidad de resolución alternativa, como evolución de la operativa de un centro de resolución de disputas, donde el conflicto ingresa y tras ser analizado por un operador, éste sugiere a las partes acudir a una de las varias posibilidades para abordarlo. Véase, a este respecto, Conforti, O. D. F, "Mediación electrónica (e-Mediación)", Diario La Ley nº 8519, 15 de abril de 2015, pp. 1-15, esp. p. 5.

⁶⁷ Vid. supra aptdo. V

6. Reflexión final

El fomento de medios alternativos a la vía judicial para la solución de los conflictos frente a los comerciantes ha sido una constante en la Política sectorial europea de protección de los consumidores, ya desde sus propios orígenes que se remontan a 1992.

Esta corriente parte de la demostrada ineficacia de la justicia tradicional para resolver la problemática derivada de las relaciones de consumo, debido a la duración y coste de los procedimientos judiciales frente al limitado valor económico de las reclamaciones.

El Libro Verde sobre acceso a la justicia en materia de consumo y solución de litigios en el mercado interior, publicado en 1993, constató la existencia previa en la mayoría de los Estados Miembros de mecanismos extrajudiciales de distinta naturaleza (pública-privada), alcance (general-sectorial) y resultado (decisorio-consensual).

Las iniciativas comunitarias posteriores se han orientado hacia la armonización de tales prácticas, inicialmente mediante actos sin efecto vinculante (Recomendaciones) y, recientemente, a través de instrumentos de alcance general sin efecto directo (Directiva) o directamente aplicables (Reglamento), pero en ambos casos de obligado cumplimiento.

Así, las Recomendaciones de 1998 y 2001 sirvieron para identificar, desde un primer momento, los principios a los que deben ajustarse los procedimientos de resolución de conflictos derivados de consumo, de carácter heterocompositivo (arbitraje) y autocompositivo (mediación, conciliación) respectivamente; entre los que destacan la transparencia, imparcialidad y eficacia.

Los principios sugeridos en tales Recomendaciones se conservan y consolidan en buena medida en las recientes disposiciones, asistiéndose ahora tan sólo a una labor de ordenación y mejora de aspectos concretos.

La Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo procede a la unificación del régimen aplicable a todos los procedimientos extrajudiciales, tanto los que finalizan con una solución impuesta como aquellos que terminan con una solución acordada, que aparecía dissociado en las anteriores Recomendaciones.

Aunque el plazo previsto para la transposición de la Directiva a los ordenamientos jurídicos estatales -mediante las oportunas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas- se agotó el 9 de julio de 2015, en nuestro país sólo contamos con un Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, pendiente aún de su aprobación definitiva.

A partir de ahora, la consideración de “entidad de resolución alternativa” -nueva categoría legal creada por la Directiva- se reserva para aquellas que consigan acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en la misma, atinentes a la propia entidad, los sujetos encargados de solucionar el litigio y los procedimientos utilizados.

Se establece, por tanto, un verdadero sistema de evaluación y control a cargo de las autoridades estatales competentes para verificar, en primer lugar, la accesibilidad y transparencia de las entidades; en segundo lugar, la imparcialidad y preparación de las personas implicadas y, por último, que los procedimientos empleados se ajustan a los principios de eficacia, libertad y equidad.

Únicamente bajo estas premisas, las entidades de resolución alternativa pueden incluirse en una lista única a nivel europeo, acreditativa del cumplimiento de tales condiciones homogéneas, cuya primera versión debe estar disponible el 9 de enero de 2016, coincidiendo con la entrada en funcionamiento de la plataforma electrónica de resolución de litigios en línea.

En efecto, una vez alcanzado el objetivo de contar con entidades de resolución de litigios con unos niveles de calidad armonizados en toda la Unión Europea, se habilita un sistema ODR (*Online Dispute Resolution*), a través de un instrumento de alcance general y efecto directo, como es el Reglamento (UE) 524/2013, de 23 de mayo.

Desde un punto de vista técnico, la plataforma aparece como un sitio de internet de carácter interactivo, con acceso gratuito por cualquier persona en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión, velándose por el respeto a la intimidad de sus usuarios.

Funcionalmente, al margen de su carácter informativo, se concibe -de un lado- como ventanilla única para la presentación de reclamaciones derivadas de relaciones de consumo, concertadas exclusivamente a través del comercio electrónico. De otro lado, como instrumento al servicio de las entidades de resolución de litigios previamente registradas, para la tramitación *on line* del litigio.

A tal efecto, dispone de un formulario electrónico de reclamación, informa de la misma a la parte reclamada, da traslado a la entidad de resolución alternativa y, en definitiva, ofrece un sistema electrónico integral de tramitación de asuntos con traducción incorporada cuando resulte necesaria.

En conclusión, las medidas contenidas en las denominadas Directiva ADR y Reglamento ODR suponen un salto cualitativo en el fomento de alternativas a la vía judicial para la protección de los consumidores, sin despreciar tampoco su otro objetivo de asegurar el buen funcionamiento del mercado interior europeo, concebido como un espacio sin fronteras, en el que está garantizada la libre circulación de bienes y servicios.

De haberse cumplido el plazo previsto, el 9 de enero de 2016, deberíamos haber dispuesto -por un lado- de una primera lista de entidades de resolución alternativa, acreditadas conforme a unos parámetros homogéneos en toda la Unión Europea y -de otro lado- de una plataforma operativa para la tramitación *on line* de

litigios derivados del comercio electrónico⁶⁸, que se encuentra últimamente en constante crecimiento.

Notas bibliográficas

- Badenas Carpio, J. M. (1994): “Los litigios fronterizos: notas al Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución del litigios de consumo en el mercado único europeo”, Estudios sobre Consumo nº 29.
- Barral Viñals, I. (2014): “Reclamaciones de consumo y ODR: procesos automáticos, *small claims* y plataformas interactivas”, Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías nº 34, enero-abril, pp. 43-65.
- Bonachera Villegas, R. (2008): “El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo”, Diario La Ley nº 7045, pp. 1-10.
- Conforti, O. D. F. (2015): “Mediación electrónica (e-Mediación)”, Diario La Ley nº 8519, 15 de abril de 2015, pp. 1-15.
- Cortés, P. (2010): “Un modelo para la acreditación de los sistemas ODR en la Unión Europea”, en *Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal* [monográfico en línea]. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, nº 10, disponible en la dirección: <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n10-cortes/n10-cortes>
- Cortés, P. (2011): *Online dispute resolution for consumers in the European Union*, Oxon.
- García Montoro, L. (2015): “<Nuevo> modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo a la luz del anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo. Especial referencia a las posibilidades de supervivencia de la mediación y otros mecanismos tradicionales”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 14, págs. 11-27.
- Jimeno Bulnes, M. (1995): “La protección judicial de los consumidores en el ámbito comunitario: el <libro verde> de acceso a la justicia”, Revista de Estudios Europeos nº 9, enero-abril, pp. 13-38.
- Lorca Navarrete, A. M. (2008): *La nueva regulación del arbitraje de consumo*, San Sebastián.
- Marcos Francisco, D. (2013), “Las Online Dispute Resolution en materia de consumo en la Unión Europea”, en Vázquez Castro, E. (dir.) y Fernández Canales, C. (coord.), *Estudios sobre justicia online*, Granada, pp. 23-42.
- Marín López, M. J. (2008): “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero”, Diario La Ley nº 6905, 17 de marzo, pp. 1-8.
- Martín Bernal, J. M. (1998): “El arbitraje como defensa de los consumidores y usuarios en España y en el Derecho Comunitario”, Estudios sobre Consumo nº 45, pp. 67-86.
- Montesinos García, A. (2007): “Los retos del arbitraje ante las nuevas tecnologías”, en BARONA VI-LAR, S., *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, Pamplona, pp. 237-268
- Pedraz Penalva, E. (2000): *Derecho Procesal Penal. Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid.

⁶⁸ Las noticias que tenemos, aún con cierto retraso, resultan esperanzadoras, con 117 organismos nacionales interesados en acreditarse como entidades de resolución alternativa y la apertura de la plataforma al registro de empresas y consumidores dispuestos a utilizarla en sus compras *on line*. Véase, a este respecto, Diario del Derecho, Iustel, de 16 de febrero de 2016, disponible en: http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1150234&utm_source=DD&utm_medium=email&nl=1&utm_campaign=16/2/2016

- Ramos Méndez, F. (2005): *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Barcelona.
- Revilla González, J. A. (2006), “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo. Las relaciones transfronterizas”, *Estudios sobre Consumo*, n° extraordinario, diciembre, pp. 59-74.
- Ruggeri, L. (2010): “ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres”, en *Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal* [monográfico en línea]. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, n.º 10, disponible en la dirección: <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n10-ruggeri/n10-ruggeri>
- Valbuena González, F. (1998): “Aproximación al sistema arbitral de consumo”, *Jurissoft-Revista jurisprudencial de los Ilustres Colegios de Abogados de Avila, Burgos y Cantabria*, época II, n° 6, mayo, pp. 7-10.
- Valbuena González, F. (2004): “Análisis de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo”, en GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F. (coord.), *Estudios jurídicos sobre la Ley 11/1998, de 5 de diciembre, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León*, Burgos pp. 523-534.
- Valbuena González, F. (2005): “Incidencia de la Ley 60/2003, de arbitraje, en el sistema arbitral de consumo”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. XVII, n° 2, pp. 395-408
- Valbuena González, F. (2014): “Instrumentos procesales civiles. Mediación”, en JIMENO BULNES, M. (coord.), *Nuevas aportaciones al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Granada, pp. 123-151.
- Valbuena González, F. (2014): “La directiva europea sobre resolución alternativa de litigios (ADR) en materia de consumo”, *Justicia* n° 2, pp. 409-443.
- Valbuena González, F. (2015): “La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 52, (en prensa).
- Vilalta Nicuesa, A. E. (2014) “La paradoja de la mediación en línea. Recientes iniciativas de la Unión Europea y de la CNUDMI”, *Revista General de Derecho Europeo* n° 33, pp. 1-35.

LOS CAMBIOS EN EL MODELO DE GOBERNANZA ECONÓMICA DE LA UNIÓN EUROPEA A PARTIR DE 2011: EL EFECTO EN SU LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

Marcin Roman CZUBALA
Mónica PUENTE REGIDOR
Carmen MITXELENA CAMIRUAGA
Profesores de Economía Aplicada
Universidad Complutense de Madrid

Resumen: La crisis económica y financiera internacional a partir de 2008 ha puesto de manifiesto las enormes debilidades que presentaba el modelo institucional y de gobernanza de la Unión Europea (UE) para enfrentarse a los nuevos retos. El objetivo de este artículo es analizar el efecto que el nuevo modelo de gobernanza económica de la Unión Europea a partir de 2011 ha tenido tanto sobre su legitimidad institucional como sobre la crisis de representatividad que, por un lado, manifiestan algunos Estados sobre las instituciones decisorias y, por otro, los propios ciudadanos sobre los gobiernos de los Estados. Para ello, se analizarán los tres pilares básicos de la gobernanza económica de la UE: las nuevas directrices en materia fiscal, el Mecanismo Europeo de Estabilidad y la reforma del sistema financiero europeo.

Palabras clave: Unión Europea, gobernanza económica, legitimidad, déficit democrático

Abstract: The current international, economic and financial crisis has highlighted the enormous weaknesses of the institutional and governance model of the European Union (EU) to face the new challenges. The aim of this paper is to analyze the effect of that new economic governance model on the EU's institutional legitimacy and crisis of representation, expressed not only by some states on decision-making institutions, but also by citizens about state governments.

To accomplish the mentioned goal the new guidelines on fiscal matters, the European Stability Mechanism and the reform of the European financial system will be discussed.

Keywords: European Union, economic governance, legitimacy, democratic deficit

1. Introducción

“Democracy is the worst form of government, except for all those other forms that have been tried from time to time.” (Churchill, Discurso en la Cámara de los Comunes, 11 de Noviembre de 1947)

Los cambios que han surgido en el panorama internacional motivados, fundamentalmente, por las consecuencias de la crisis económica y financiera desde 2008, han puesto de manifiesto dos problemas que acechan a la Unión Europea

(UE). En primer lugar, destaca la urgencia de un nuevo modelo de gobernanza económica, un sistema institucional y de procedimientos acorde con la realidad política de la UE, que permita lograr los objetivos económicos establecidos en el marco de los Tratados, así como avanzar en el proceso de integración política. En segundo lugar, se necesitan soluciones de consenso para resolver las interdependencias económicas entre los Estados, para paliar el evidente “déficit democrático” de una gran parte de los ciudadanos europeos, que no se sienten representados por los actores públicos que toman decisiones sobre políticas económicas que les afectan directamente en su día a día. Un déficit democrático que se manifiesta, tanto en la falta de participación de los ciudadanos, como en los procedimientos utilizados por las instituciones europeas para “imponer” las nuevas reglas del juego político y económico.

Desde el 2011 la Unión Europea ha implementado un conjunto de medidas políticas, económicas y financieras con el objetivo de establecer una mayor coordinación y supervisión de las políticas macroeconómicas, presupuestarias y de gestión del sistema financiero. La actualización de las disposiciones ya existentes y la aprobación de otras nuevas se han mostrado hasta el momento claramente insuficientes e ineficaces, tanto para hacer frente a los problemas derivados de la Crisis de la deuda, como para sentar las bases de un crecimiento sostenible y duradero para el conjunto de la UE. Además, esta reforma del modelo de gobernanza económica ha tenido un efecto sobre la legitimidad institucional de la UE que algunos autores consideran que aleja aún más a los ciudadanos de la toma de decisiones de la UE y que tiende a dificultar el diálogo entre las instituciones comunitarias y la sociedad civil. En definitiva, provoca un creciente distanciamiento entre los ciudadanos europeos y la realidad política a la pertenecen que induce a pensar en un problema de déficit democrático.

En el plano académico, el debate sobre la legitimidad democrática de la UE se plantea desde sus inicios. En los últimos años esta discusión se manifiesta en dos posiciones enfrentadas, la de aquellos que consideran que no existe déficit democrático o, al menos, que éste es un coste mínimo de gestión para una entidad política de las dimensiones de la UE, y por otra parte, aquellos que plantean que en la UE hay un déficit democrático en aumento que provoca una ruptura entre las instituciones comunitarias y el destino de la UE y los ciudadanos europeos.

El Tratado de Lisboa firmado en 2007 intenta crear una Europa más democrática y transparente, pero no introduce grandes cambios en la gobernanza económica de la UE. Sin embargo, es ante el reto de la Crisis de deuda, en 2011, cuando se reforma el, hasta entonces, modelo de gobernanza económica. El objetivo de este trabajo es analizar los cambios producido en la gobernanza económica a partir de 2011 y su influencia sobre la legitimidad y déficit democrático, es decir, la responsabilidad y el control político en los tres pilares de modelo mencionado: las nuevas directrices de política fiscal, el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) y la reforma del sistema financiero europeo donde la Unión Bancaria tiene un papel fundamental.

2. Estado de la cuestión

Tomando como referencia y siguiendo en el marco de este apartado el trabajo previo de Czubala (2015), vemos que los procesos de regionalización y globalización, a partir de la segunda mitad del S.XX, introducen cambios en los sistemas de gobernanza hasta entonces determinados por la tradición liberal desde el S.XIX que tienen por objeto el Estado-nación. El cuestionamiento de la legitimidad de la gobernanza global, es decir, de la responsabilidad y control político de los nuevos actores a partir de los procesos de burocratización que se desarrollan a través de la delegación de funciones de agentes independientes se encuentran en la base de lo que se ha denominado crisis de la democracia. Ingovernabilidad, privatización de lo público, poder invisible y crisis del Estado de derecho son cuatro aspectos que autores como Held (1995) destaca cuando reflexiona sobre los cambios que se introducen en el sistema de democracia.

Ante estos retos, se erigen distintas percepciones que apuestan por replantear la democracia, así como la actividad de agentes transnacionales como fuente de legitimidad para la gobernanza global. A estas posiciones se contraponen otras más pesimistas como la de Dahl (1999) que acentúa la dificultad de la participación ciudadana, la rendición de cuentas, atención a los Estados de bienestar y protección de la libertades individuales ante la difuminación de las fronteras nacionales.

Esta reflexión sobre la crisis de la democracia se traduce en una crisis de legitimidad democrática, es decir, el cuestionamiento del consentimiento como forma de legitimación de las acciones de los gobernantes elegidos. La crisis de legitimidad se determina por la incapacidad del Estado a ejercer su soberanía. La teoría de la crisis de legitimidad a la que se refiere Habermas (1975) como producto de la propia historia económica predica un distanciamiento de la sociedad con los aspectos procedimentales de la democracia.

La UE es un ejemplo de gobernanza global que tiene la necesidad de responder a los retos de un modelo de democracia en profundo cambio. La legitimidad de la UE siguiendo la denominación clásica de Weber (1921) establecida en *Economía y sociedad* es una legitimidad legal, basada en la firma de Tratados por los gobiernos que adquieren compromisos políticos. Además, desde la concepción weberiana la legitimidad evoluciona progresivamente a través de los diferentes trabajos de Lipset (1963), Habermas (1975), Rogowski (1974) Beetham (1991) y/u O'Kane (1993). Uno de los últimos representantes de la teoría de la legitimidad es Scharpf (2000) que centra el problema de la legitimidad democrática de la UE en un cuestionamiento de la legitimidad de origen (input) basada en la voluntad popular, es decir, sustentada en la legitimidad de elecciones políticas a partir de las preferencias de los miembros de la comunidad y la creencia de una identidad colectiva. Siguiendo este razonamiento, la crisis de la democracia genera un problema de deslegitimación. Es decir, como explica Castells (1999), a la crisis de legitimidad se suma la crisis de la credibilidad.

Frente a las posiciones de Scharpf, se encuentran las críticas de Moravcski (2002), centradas en la relevancia de la legitimidad de resultado (out) basada en la

eficacia de las decisiones tomadas, la resolución de los problemas planteados con el objetivo de generar bienestar común de los ciudadanos. Siguiendo este argumento, Moravcski (2004) predica que el aislamiento y la autonomía de los órganos políticos es legítimo y que incluso este proceso de delegación de algunas políticas a los órganos sin responsabilidad democrática puede aumentar la legitimidad fundamentalmente derivada de dos aspectos fundamentales: en primer lugar, la delegación en organismos supranacionales hace que las políticas sean menos vulnerables a las presiones nacionales, previene la “tiranía de la mayoría” y los intereses especiales y por tanto, genera que el gobierno se comprometa con políticas coherentes dinámicamente. Y en segundo lugar, mejora las competencias de los gestores políticos ya que justifica la necesidad de conocimientos especializados y la ignorancia racional de los votantes. Es decir, ayuda al ahorro de costes en la adopción de decisiones. De esta forma, con el objetivo de paliar estos costes, la “tecnocracia” y “el gobierno de expertos” aparecen como una solución.

Sin embargo, es la delegación de funciones de los Estados miembros a instituciones supranacionales lo que lleva a autores como Scharpf (2005), Follsdal y Hix (2006), o Lord (2008) a formar parte de la corriente ideológica opuesta y argumentar que la gobernanza de la UE tiene un déficit democrático donde la responsabilidad, el control político y la participación ciudadana son estándares de esta crítica.

Por otra parte, hay autores que argumentan una tesis intermedia. Barón (2009) o Dehousse (2012) consideran que a pesar de haberse aplicado una serie de controles y equilibrios presentes en el marco de la UE (un sistema de codecisión, de votación basado en consenso, un Parlamento elegido de forma directa, una Corte Europea de Justicia fuerte y/o el control nacional de la actuación de los gobiernos en el Consejo de la UE) con el fin de nivelar dicho déficit democrático, éste sigue existiendo. Aun así, es la necesidad de pericia y eficacia la que lleva a los gobiernos a realizar una delegación de poderes hacia instituciones políticamente independientes, es decir, dirigidas por funcionarios no elegidos. De hecho, buena parte de la crítica del déficit democrático se acoge precisamente al desarrollo de una “tecnocracia” en Bruselas y Fráncfort donde el gobierno del pueblo se sustituye por la administración supranacional. Dicha delegación en instituciones no mayoritarias tiene que ver además con la legitimidad formal, es decir, con la cuestión de la responsabilidad y rendición de cuentas.

En comparación, Moravcski (2008) defiende la falta de existencia de dicho déficit en el contexto de la UE apostando por la democracia indirecta como la única y correcta forma de control de las instituciones comunitarias. Este autor defiende que la posible implementación de medidas para dotar de más legitimidad pública al sistema podría tener efectos opuestos sobre la popularidad del proyecto y la rendición de cuentas. Otros, como Maduro (2012), vinculan incluso el déficit democrático de la UE con una excesiva confianza en la política nacional y sus soluciones. Por otro lado, Majone (2003) establece que las instituciones sobre las que se delega se aíslan del control político y democrático para darles mayor eficiencia y credibilidad a los compromisos políticos a largo plazo. La hipótesis es que los ciclos de alternan-

cia democrática están limitados temporalmente y condicionan la toma de decisiones a corto plazo.

La teoría de la delegación en instituciones no mayoritarias, cuyo exponente son los trabajos de Majone (1996), Pollack (1997, 2003) y/o Tallbert (2000, 2002) está dominada por la aproximación del “Principal-Agent”, los “principals”, los políticos que deciden delegar funciones en agentes sólo si los beneficios esperados de la delegación exceden los costes. Thatcher y Stone Sweet (2002) identifican tres categorías de beneficios. En primer lugar, la credibilidad de las promesas realizadas a los ciudadanos (compromiso). En segundo lugar, la necesidad de política de expertos que resuelvan las asimetrías de información en áreas técnicas de la gobernanza, y, en último lugar, que las políticas de los agentes maximicen los objetivos políticos a través de políticas impopulares para ciertos sectores de la sociedad.

En el caso de la UE, la aplicación de este análisis es aún más complejo porque a la delegación a nivel comunitario, dentro de las instituciones comunitarias, se añade el problema de la delegación a nivel externo (transferencia de poder de decisión a instituciones independientes). Para resolver este problema de déficit democrático del que se acusa a la UE se han intentado llevar a cabo varias acciones. Una de las más importantes son los cambios que se introdujeron en el Tratado de Lisboa. El tratado que entra en vigor el 1 de diciembre de 2009, implementa varios cambios para intentar paliar este problema. Podemos resumir estos cambios, básicamente, en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, una participación más directa de los parlamentos nacionales y en segundo lugar, un mayor protagonismo del Parlamento Europeo. Siguiendo estas consideraciones, el Tratado de Lisboa sería en sí mismo un ejemplo de déficit democrático. Es decir, es el resultado de la incapacidad de articular un referéndum por parte de los Estados miembros que valide canales de transmisión de responsabilidad más directos.

La siguiente parte del estudio analizará cómo han afectado los cambios introducidos en la gobernanza económica de la UE a partir del 2011 en la responsabilidad y control político de las medidas adoptadas.

3. Gobernanza económica de la Unión Europea y legitimidad democrática

La crisis de 2007-2008 puso de manifiesto rápidamente los puntos débiles de la estructura de la Unión Europea diseñada en el Tratado de Maastricht; en efecto, los primeros países que sufren las consecuencias son Grecia, Portugal, Irlanda y Chipre. Por otro lado, la crisis financiera y económica se tradujo rápidamente en una crisis institucional, mostrándose la UE incapaz para solventar los problemas que se presentaban. La impresión es que se estaban tomando decisiones que no eran suficientes, además de forma tardía frente a la urgencia que reclamaba la situación y de forma dividida sin acuerdo por parte de todos los países. La reforma de la gobernanza económica, y por tanto de los Tratados de Maastricht y Lisboa de forma indirecta por la vía de los hechos, sin cambiar los textos, han sido un hecho que ha abierto un gran debate sobre la legitimidad y transparencia en la toma de decisiones. Cuestio-

nado todo ello además, por la falta de resultados y eficacia que se esperaba como consecuencia de la puesta en marcha de las políticas de austeridad.

Se va a analizar cuáles han sido los principales cambios y pilares de esta nueva gobernanza que han afectado finalmente a la legitimidad democrática y que consecuentemente se ha manifestado en las crisis sociales y políticas, de resultados aún impredecibles, que se están viviendo en algunos países. El más significativo y reciente es el caso de Grecia tras las últimas elecciones generales y su posición aún sin definir frente a la Eurozona.

En primer lugar, la modificación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento mediante la aprobación de Six-Pack. Es decir, un conjunto de cinco reglamentos y una directiva, que entraron en vigencia a mediados de diciembre de 2011, a través del cual se buscó introducir las reformas más estrictas sobre la deuda y el déficit, así como establecer una serie de sanciones para los Estados miembros en el caso de la falta de adopción de las medidas necesarias para controlar sus principales macrovariables. Asimismo, el Paquete de Gobernanza Económica Europea mencionado reforzó la supervisión macroeconómica, obligando a los países a llevar a cabo medidas restrictivas y poniendo en cuestión tanto la legitimidad de las disposiciones mencionadas como los procedimientos por los cuales se les ha obligado a adoptarlas. Además, fomentó el control de la Comisión Europea (reduciendo a la vez la capacidad y autonomía de los países) sobre la política presupuestaria de los Estados miembros, dándole la posibilidad de imponer sanciones ante la situación de los posibles incumplimientos.

En el segundo lugar, la aprobación del Pacto por el Euro Plus (marzo de 2011) por el que los Estados miembros se comprometen con los objetivos de competitividad marcados por la Estrategia 2020.

En tercer lugar, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza que tomó la forma de un acuerdo gubernamental. En vigor desde enero de 2013, el Fiscal Compact (aprobado por todos los Estados miembros salvo Reino Unido y República Checa) introduce la "regla de oro", establece un mecanismo automático de corrección de los desvíos, así como obliga a los países a sustentar su déficit de acuerdo con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento europeo fomentando la disciplina fiscal de la euro área (Czubala et al, 2014). Asimismo, en caso de una "severa contracción económica" permite a los países miembros en cuestión incumplir los objetivos marcados, sea a medio plazo o del ajuste.

Por otro lado, fija el límite máximo del déficit estructural anual en 0,5% del PIB bruto para los Estados cuya deuda se mantenga por debajo del 60% del PIB. En cuanto a los países con una deuda por encima de este máximo, se les obliga a nivelarlo en el plazo de una veintava parte del año. El déficit público excesivo (por encima del 3%) conllevará también implicaciones instantáneas relativas a los depósitos y las multas de carácter financiero (a excepción de que haya una mayoría calificada de los países de la Eurozona que se contrapongan a esta decisión). Otra de las medidas es la persecución de un calendario de la Comisión con el objetivo de facilitar un equilibrio presupuestario, además de informar de forma anticipada acerca de sus planes de emisión de deuda.

La transposición de la “regla de oro” en los marcos legales nacionales de los EEMM es obligatoria (en las Constituciones o normas de rango semejante), por lo que se convierte en el objeto de la comprobación por parte del Ejecutivo comunitario. La publicación de los informes nacionales es un ejemplo claro de la persistencia de la Comisión Europea en perseguir este objetivo, cuyo incumplimiento puede llevar al país miembro en cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sea a petición de la CE o del resto de los Estados miembros. Asimismo, los recursos recaudados mediante las multas (hasta el 0,1% del PIB del país sancionado) se incorporan al presupuesto del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) o al presupuesto general de la UE. Otro de los incentivos para su correcta aprobación, desde 1 de marzo de 2013, es la condicionalidad para la posible otorgación de rescates. Por último, se aspira que hasta el 2018 el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza sea incorporado en el marco de los tratados de la UE, dejando de ser un mero acuerdo de carácter intergubernamental.

En cuarto lugar, la aprobación del Two Pack mediante el Reglamento 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades y el Reglamento 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona euro. Gracias a la aprobación de los dos reglamentos se establece un conjunto de medidas nuevas con el objetivo de reforzar la supervisión presupuestaria de los EEMM, así como se somete sus planes presupuestarios y de ajuste del déficit a la Comisión.

La firma del acuerdo suscrito por los dirigentes de Francia y Alemania, Nicolas Sarkozy y Angela Merkel, en Deauville el 18 de octubre de 2010 abrió un largo debate acerca de la necesidad de establecimiento y la configuración del segundo pilar de la gobernanza económica de la UE a partir del 2011, el Mecanismo Europeo de Estabilidad (Czubala et al, 2014). Más adelante, en la reunión del 16 y 17 de diciembre de 2010, el Consejo Europeo no solamente pidió al Eurogrupo y a la Comisión Europea que preparasen un acuerdo intergubernamental antes del marzo de 2011, sino que acordó también que el futuro mecanismo iba a sustituir, a partir de 1 de julio de 2013, a los instrumentos de carácter temporal como la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera¹ y el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (MEEF), convirtiéndose en un ente único a la hora de facilitar los futuros rescates, lo que implicaría además los cambios en el texto del Tratado de Lisboa.

Tras la reunión de los ministros de finanzas del 22 de marzo de 2011, el Consejo Europeo aprobó la Decisión nº 2011/199/UE afirmando la mayoría de las reglas de funcionamiento del Mecanismo Europeo de Estabilidad acordadas ante-

¹ Este mecanismo se crea a partir del Presupuesto de la UE y está dotado con 60.000 millones de euros para prestar líneas de crédito a aquellos países con dificultades (Irlanda: 22.500 millones; Portugal: 26.000 millones). Por otro lado, el Eurogrupo acuerda además realizar préstamos complementarios a través de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera.

riormente, además de llegar a un consenso político acerca de la modificación del artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ampliándolo con un apartado nuevo. Asimismo, el Tratado Constitutivo del MEDE fue firmado el 11 de julio de 2011. Aun así, y debido a la necesidad de introducir ciertas modificaciones en el texto aprobado, incluyendo las decisiones tomadas en la segunda mitad del 2011 sobre la mejora de la eficacia del Mecanismo Europeo de Estabilidad y la aceleración de la realización de sus acciones, el día 2 de febrero de 2012 se procedió a la firma de su segunda y definitiva versión. Por último, su inauguración se dio el día 8 de octubre de ese mismo año.

A día de hoy el MEDE es un organismo de carácter intergubernamental de derecho internacional público, con sede en Luxemburgo. Su función principal consiste en facilitar la ayuda financiera, bajo unas condiciones estrictas, proporcionando de este modo el apoyo a la estabilidad de la zona euro en su conjunto y de sus países miembros. El Consejo de Gobernadores, el principal órgano que controla y supervisa el Mecanismo Europeo de Estabilidad, está compuesto por los ministros de Economía y Finanzas de los Estados miembros de la Eurozona, siendo estos miembros poseen derecho a voto. En el caso de ausencia de alguno de ellos el respectivo puesto se cubre con el gobernador suplente designado con anterioridad por su país miembro. Igualmente, los mencionados nombramientos son revocables en todo momento.

La proporción de la asistencia financiera, el establecimiento de las condiciones de la mencionada asistencia, la capacidad crediticia del Mecanismo Europeo de Estabilidad, así como los cambios en la gama de actividades de los instrumentos son las funciones principales del Consejo de Gobernadores (Boletín mensual del Banco Central Europeo, 2011, 80). Las decisiones en el contexto de estas cuatro materias tienen que ser adoptadas mediante la unanimidad, teniendo en cuenta que las posibles abstenciones no impiden de ningún modo que se adopte la decisión. Mientras tanto, el resto de las decisiones requieren una mayoría cualificada (el 80% de los votos ponderados proporcionales a la contribución de cada Estado miembro de la eurozona al MEDE), salvo que se establezca otra cosa.

Otro de los órganos principales del Mecanismo Europeo de Estabilidad es el Consejo de Administración compuesto por los administradores y sus suplentes, ambos nombrados por cada uno de los Estados miembros del Eurogrupo, que serán revocables en todo momento. La toma de decisiones en el marco de esta institución requiere una mayoría cualificada (la misma que del anterior órgano), salvo que se disponga otra cosa desempeñando de este modo los cometidos delegados por el Consejo de Gobernadores. El Consejo de Administración nombra también al Director ejecutivo del MEDE que tiene la obligación de presidir dicho órgano, además de participar en las reuniones del Consejo de Gobernadores y llevar a cabo la gestión corriente del conjunto del Mecanismo Europeo de Estabilidad (Czubala et al, 2014).

En cuanto a su actuación, ésta puede tomar la forma de préstamos a los Estados que se encuentren en una situación de graves problemas de financiación o corran alto riesgo de los mismos, compra de los bonos de un país miembro de la Eurozona en los mercados primarios y secundarios de deuda, línea de crédito o recapita-

lización financiera de las instituciones financieras a base de préstamos concebidos a través de los Estados (Preguntas frecuentes sobre el MEDE, 2012). Igualmente, la ayuda otorgada se vincula a un riguroso plan de ajuste macroeconómico y su posterior implementación, mientras que debido a la complejidad de los cambios que surgen a diario en el escenario internacional se permitió además que el Consejo de Gobernadores, bajo mutuo acuerdo, pueda ampliar el abanico de los instrumentos del Mecanismo Europeo de Estabilidad teniendo como principal objetivo el aumento de su eficacia y reducción de los efectos negativos de la crisis.

Para la activación del mecanismo analizado es necesaria una petición proveniente de un país perteneciente a la zona euro transferida al Director Gerente del Fondo Monetario Internacional, el Presidente del Consejo Económico y Financiero y el del Eurogrupo. Tras dar este paso inicial, son la Comisión Europea junto con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Central Europeo quienes estudian detalladamente la situación en la que se encuentra dicho Estado miembro y si existe algún tipo de riesgo para la estabilidad financiera para la Eurozona. Hay que subrayar que tanto el BCE como el FMI desempeñan un papel al nivel técnico en el proceso de la concesión de la ayuda financiera, pero solamente el último de ellos actúa también al nivel financiero dentro del proceso descrito. En el caso de que la sostenibilidad de la deuda pública del país en cuestión cree una situación de riesgo, se analizan las necesidades de financiación del Estado solicitante, procediendo posteriormente a las negociaciones de un programa de ajuste que forma parte del Convenio de Cooperación final. La función de establecer las condiciones y conceder los fondos está en manos del Consejo de Gobernadores, mientras que es el Consejo de la Unión Europea el que refrenda la anterior propuesta de la Comisión.

El proceso de supervisión, llevado a cabo por parte de *troika*, consistirá en examinar la correcta aplicación del programa de ajuste mencionado, así como informar al Consejo de Administración y al Consejo ECOFIN de los resultados obtenidos. Es el Consejo quien en base a estos informes decide desembolsar o no los siguientes tramos de ayuda, disponiendo de la posibilidad de posponerlos o incluso suspenderlos en el caso de que no se cumplan las condiciones del programa. Igualmente, el seguimiento descrito puede prolongarse incluso a la fase posterior de la aplicación del programa, haciendo que éste se mantenga hasta el momento de reintegración de la cantidad de ayuda financiera suficiente (Boletín mensual del Banco Central Europeo, 2011, 82).

Finalmente, no hay que olvidar que la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera mantendrá su actuación debido a la existencia y la necesidad de finalización de los programas que comenzaron antes de la firma del Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad. Sin embargo, los Estados miembros acordaron que hasta julio de 2013 la FEEF también formaría parte de los distintos programas nuevos, asegurando de este modo la plena capacidad prestataria del MEDE. Además, pasada esta fecha se prolongará su actuación hasta que todos los préstamos y bonos concebidos hayan sido pagados.

Hablando de legitimidad democrática y el control político del Mecanismo Europeo de Estabilidad es necesario subrayar una serie de características, siendo

éstas el resultado del carácter intergubernamental y el estatus legal que presenta. En primer lugar, la legitimidad in o procedimental del mecanismo analizado se plasma en su tratado de fundación a través del cual los Estados miembros buscaron establecer las normas de su funcionamiento y supervisión. No obstante, el sistema de ponderación de votos y de aplicación de las medidas macroeconómicas sobre los beneficiarios de la ayuda crean una situación de desigualdad, ya que algunos de los países guardan claramente más poder de decisión que otros, siendo capaces de decidir acerca del destino económico de los demás. En el caso de una votación en la que se requiera una mayoría cualificada es posible que una coalición decida por el resto de los Estados, mientras que únicamente dos de ellos (Alemania y Francia) disponen de derecho de veto, lo que crea una situación de déficit democrático significativo. Otro de los aspectos a destacar en este contexto es la participación de *Troika*, un órgano compuesto por las entidades no elegidas democráticamente por los ciudadanos, en el proceso de examinación de la correcta aplicación del programa de ajuste del cual depende el desembolso de los siguientes tramos de ayuda.

En segundo lugar, es importante subrayar la información periódica al Parlamento Europeo del establecimiento y las operaciones procedidas, así como la publicación de un informe anual de su actividad expuesto no solamente a la disposición de los Parlamentos nacionales y los órganos supremos de auditoría de los países miembros del Eurogrupo, sino también del Tribunal de Cuentas Europeo. Esta medida, aunque dota de transparencia al MEDE, no conlleva en ningún caso la posibilidad de influir de forma directa sobre las decisiones tomadas en su contexto, provocando una situación de su completa inmunidad frente a los poderes estatales de los países miembros, debilitando las democracias nacionales y el control político por parte de los ciudadanos, además de nivelar su legitimidad democrática (Czubala et al, 2014). Sin embargo, no se debe olvidar que la falta de dicha calidad democrática, común a todas las organizaciones internacionales, obedece a un conocido principio de derecho internacional que tiene por objetivo garantizar el ejercicio de sus funciones.

En cuanto al diálogo entre la Unión Europea y la sociedad, hay que destacar la enorme carencia de un verdadero debate en el espacio público europeo acerca de la existencia y la configuración del Mecanismo Europeo de Estabilidad, aparte de la ya nombrada falta de la participación ciudadana en el proceso de control y de toma de decisiones en su marco. También, la incomprensibilidad de la información y/o la inexistencia de una vía fácil para su obtención limitan significativamente la posibilidad de su influencia, sea de forma directa o a través de las instituciones democráticas de carácter nacional.

Finalmente, los beneficios del establecimiento del MEDE y el sistema de delegación en su marco no parecen ser suficientes, limitando el grado de su legitimidad out o de resultado, debido no solamente a la situación de insuficiencia mediática, su lejanía y/o falta de control ciudadano, sino también los descontentos sociales presentes en los Estados miembros bajo su actuación (ó de los mecanismos que sustituyó).

El tercer pilar de la gobernanza económica de la UE a partir de 2011 es la renovación del sistema financiero. Esta reestructuración del sistema financiero de la UE se enmarca dentro de la estrategia generada por el G20 en 2009, con la creación del Financial Stability Board (FSB), como explican en su página oficial un grupo de trabajo que intenta establecer la coordinación de los Estados con el objetivo de desarrollar y promover la implementación de una efectiva supervisión y regulación así como otras políticas del sector financiero para conseguir la estabilidad financiera (<http://www.financialstabilityboard.org/about/history/>). El sistema supervisor y regulador de la UE se articuló para cumplir con los siguientes objetivos fundamentales marcados por el FSB: en primer lugar, dotar de transparencia al sistema, en segundo lugar, controlar la solvencia de las entidades financieras y en último lugar, proteger al pequeño inversor. Los principios básicos que apoyan estos objetivos son dos básicamente, la consideración de que los riesgos a los que nos enfrentamos son sistémicos y por tanto, es un requisito imprescindible la mejora de la coordinación de la supervisión y regulación a nivel internacional y europeo, en el marco de la UE. Y en segundo lugar, la relevancia de la responsabilidad del gobierno corporativo y las consideraciones éticas de los gestores empresariales como elemento clave del buen funcionamiento del sistema financiero, como explica Puente (2013):4.

“El primer bloque de la reforma del sistema financiero europeo, teniendo en cuenta estos dos principios, es la creación de instituciones de supervisión globales. Así, con objetivos similares al FSB a nivel global, se crea en la UE un supervisor macroprudencial, la Junta Europea de Riesgo Sistémicos (JERS), que según su reglamento de origen, tiene el objetivo de prevenir y atenuar los riesgos sistémicos que podrían comprometer la estabilidad financiera de la Unión Europea. Para lograr este objetivo, la JERS debe en primer lugar, definir y reunir la información necesarias para identificar los riesgos, en segundo lugar, emitir alertas y hacerlas públicas en caso necesario y en tercer lugar, establecer las medidas necesarias para gestionar los riesgos. Por otra parte, se crean tres organismos supervisores microprudenciales correspondientes a los tres pilares del sistema financieros: entidades de crédito, mercados y servicios de inversión y seguros que son, la Autoridad Europea Bancaria (ABE), la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (EIOPA) y la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA). Estas tres instituciones están reforzadas por el Comité Mixto de Autoridades Europeas de Supervisión y las Autoridades de Supervisión de los Estados miembros de la Unión Europea” (Puente, 2013:5)

En este primer bloque tiene especial relevancia la creación de una unión bancaria a finales de 2014 y la emergencia de un supervisor único en la figura del Banco Central Europeo (BCE). La creación de la Unión Bancaria es un paso clave en la integración económica y monetaria de los Estados miembros de la Unión Europea y fundamentalmente, de la zona Euro “...sustentado en un marco normativo único, integral y detallado para los servicios financieros del mercado interior” (Reglamento

1024/2013 del Consejo: 5)². Según el mismo Reglamento, se establece que la unión bancaria será obligatoria para los Estados Miembros y voluntaria para el resto de los Estados miembros de la UE.

El MUS venía a solucionar el problema de fragmentación financiera en la Unión Europea que aumentado por las diferencias institucionales de los Estados Miembros y la incapacidad de las instituciones comunitarias para dar respuesta a los problemas había aumentado el riesgo y los efectos de la crisis, esta grave deficiencia del modelo no había podido dar respuesta a una zona Euro asimétrica, con sus propios problemas nacionales (Sicilia J., Fernández S., y Rubio A., 2013).

La Unión Europea y concretamente, la UEME no constituye una unión financiera completa a pesar de los esfuerzos realizados desde la creación del Mercado Único en 1986 y los intentos posteriores por armonizar las legislaciones y procedimientos financieros (Puente, 2011). Previamente a esta reforma de la gobernanza económica de la UE, la supervisión de las entidades financieras de la UE recaía en los Bancos centrales nacionales. Por tanto, no existía ninguna institución comunitaria que velara por el conjunto del sistema financiero europeo y que tuviera la visión sistémica que permitiera analizar los riesgos de la globalidad. Se establecía un sistema, donde la política monetaria recaía en una institución supranacional, el BCE pero que adolecía de problemas de información asimétrica entre los Bancos centrales nacionales y el BCE, a pesar de que juntos conformaban el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC). Pero no existía una articulación de procedimientos comunes que armonizaran esa información en una institución comunitaria que velara por la supervisión financiera de la UE.

En este sentido, los tres objetivos del MUS, según el Reglamento 1024/2013 del Consejo, se concretan en primer lugar, en garantizar la seguridad y solidez del sistema bancario europeo, en segundo lugar, en reforzar la integración y la estabilidad financieras y en tercer lugar, en lograr una supervisión homogénea.

El MUS entra oficialmente en funcionamiento en noviembre de 2014 y el BCE, en virtud del Reglamento, es el responsable "...del funcionamiento eficaz y coherente del MUS y supervisa el funcionamiento del sistema, con arreglo a la distribución de competencias del BCE y las ANC (Autoridades nacionales competentes)"

(<http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ssmguidebankingsupervision201409es.pdf>, 2). Es decir, BCE y los bancos centrales nacionales trabajarán de forma conjunta pero bajo el mandato del BCE, su marco de actuación se desarrolló en el Reglamento (UE) n° 468/2014 del Banco Central Europeo³. El BCE bajo el principio de separación de las funciones que ya tenía encomendadas en virtud del Tratado en política

² Reglamento 1024/2013 del Consejo de la UE que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito que viene a desarrollar el artículo 127 apartado 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³ Reglamento (UE) n° 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (Reglamento Marco del MUS) (BCE/2014/17) (DO L 141 de 14.5.2014)

monetaria y las que se les encomienda en materia de supervisión, se encarga de la autorizaciones, adquisiciones de participaciones cualificadas y revocación de autorizaciones; la supervisión de las entidades de crédito significativas; la supervisión de las entidades de crédito menos significativas y el control general de la calidad y de la planificación. De facto, el BCE estructura la supervisión en tres categorías, en primer lugar, las treinta entidades de mayor tamaño, en el grupo de supervisión directa. Un segundo grupo, compuesto por 90 bancos europeos, de menor riesgo en virtud del tamaño y por último, unas 3500 entidades europeas de menor tamaño que permanecerán bajo la supervisión de los bancos centrales nacionales.

El segundo bloque de esta renovación del sistema financiero se basa en la ampliación de la normativa comunitaria que los Estados miembros tienen que asumir internamente. Las medidas más destacables en este aspecto están lideradas por la normativa Basilea III a nivel internacional cuya transición comenzó el 1 de enero de 2013. El objetivo es crear un conjunto de medidas de capital y de liquidez, para fortalecer la solvencia del sistema bancario. Este objetivo general se articula en un conjunto de medidas para exigir más capital directamente, a través de mayores requerimientos respecto a riesgo y exposiciones e, indirectamente, a través de una ratio de apalancamiento y de unos colchones de capital para usar en situaciones de crisis. Por otra parte, se exigirá capital de mayor calidad a través de una definición más restrictiva del capital ordinario y reservas. Por otra parte, con el objetivo de aumentar la transparencia, se encuentra, en el plano de mercados y servicios de inversión, la Directiva MiFID II. MiFID tiene el objetivo de incrementar la competencia entre sistemas de negociación permitiendo la entrada de nuevos competidores de exigencias menores al de los mercados regulados. Sin embargo, la Comisión Europea ha entendido, y en este sentido se explica MiFID II, que estos desarrollos necesitan de nuevos impulsos para atender a la complejidad de los nuevos desarrollos tecnológicos sobre la contratación y dar más ventajas a los inversores minoristas como potenciales beneficiarios de estas nuevas plataformas de negociación. En el sector asegurador con el objetivo de aumentar la transparencia y reforzar el control de riesgos se desarrollan las medidas de Nivel II de la denominada Directiva de Solvencia II, en el sector de seguros. Así mismo, la coordinación como punto clave de la renovación del sistema financiero implica una mejora paulatina de la integración de infraestructuras de los mercados europeos. Un ejemplo son los proyectos EMIR y Target 2 Securities que se harán realidad en 2015 y que tienen el objetivo de afirmar el proceso de integración de las estructuras de pos-contratación para homogeneizar y automatizar los procedimientos. En este sentido encontramos el proyecto de integración MAD II, para integrar los reguladores europeos a partir de la mejora de prevención del abuso del mercado (Puente, 2013)

Y en último lugar, el tercer bloque del modelo de supervisión y regulación es la importancia del buen gobierno corporativo (incrementar la responsabilidad de los agentes), controlando las remuneraciones de directivos también a los llamados, proxy advisors. Siguiendo esta preocupación por el buen gobierno corporativo, la Comisión Europea elaboró en abril de 2011 el Libro Verde (*Green Paper*). El Libro Verde constituye la normativa de gobierno corporativo de la Unión Europea. En el

marco de la UE esta normativa se aplica a las empresas que cotizan en bolsa y es una combinación de legislación y normas de carácter no vinculante (*soft law*) que incluye recomendaciones y códigos de gobierno corporativo (Puente, 2013).

Estas medidas implementadas en el sistema financiero europeo se mueven en dos frentes, por una parte, la intención de los tres bloques de reforzar a nivel global la transparencia y la información a los ciudadanos. Sin embargo, se refuerzan tres problemas de legitimidad democrática (control político, responsabilidad y participación ciudadana) relacionados con las instituciones encargadas de la supervisión financiera. En primer lugar, se subraya un problema de participación ciudadana de las instituciones creadas para la supervisión del sistema financiero europeo. Los gobiernos de los Estados miembros crean estas instituciones a través de una cesión de competencias nacionales con la motivación de que es necesario un organismo compuesto por técnicos y no políticos que cuenten con un conocimiento especializado del tema. Se pasa como argumenta Siedentop L. (2000) del gobierno del pueblo a la administración de las cosas.

Por tanto, la participación ciudadana se excluye por la necesidad de que estas instituciones sean neutrales, no políticas, compuestas por profesionales con conocimientos técnicos suficientes. Sin embargo, una vez que los gobiernos de los Estados miembros ceden estas competencias a las instituciones supervisoras, se convierten en entidades supranacionales por encima del poder de los Estados. Es decir, nos enfrentamos al problema del control político. Esta falta de legitimidad democrática de estas instituciones se ha intentado superar de la siguiente manera. Si analizamos la legitimidad in o procedimental, esta delegación de competencias se produce en virtud de un tratado y unos estatutos, con lo cual se intenta limitar su capacidad de actuar a través de una regulación específica.

En segundo lugar, se intenta dotar a estas instituciones de legitimidad out o de resultado, a través de que sean los ciudadanos los que evalúen si las acciones que ejecutan estas instituciones, realmente resuelven los problemas para los que habían sido creados. De tal forma, si los ciudadanos y en su conjunto el sistema financiero consideran que no resuelve sus problemas, no le darían a estas instituciones autoridad para llevar a cabo las funciones por las que han sido creadas.

Esta segunda cuestión, la pérdida de control político con la cesión de competencias está muy relacionada con un tercer problema, la responsabilidad y rendición de cuentas. Las instituciones que se van a encargar de asumir estos objetivos de supervisión son de carácter independiente políticamente y por tanto sin ningún control político por parte de aquellos que han delegado sus funciones. Parece obvio que las instituciones supervisoras deben ser neutrales y por tanto, independientes pero entonces, a quién tienen que rendir cuentas, Cualquier injerencia en este sentido se puede entender como una amenaza para su independencia. En el caso del BCE, con el nuevo rol de supervisor bancario único que se le encomendó, esas dudas han aumentado. Se delegan nuevas competencias al BCE pero no se articula un sistema de rendición de cuentas eficaz que controle políticamente la institución para evitar conflictos que amenacen su independencia política. Con el objetivo de compatibilizar la independencia y neutralidad del BCE y estas críticas a la rendición de cuentas,

se han implementado varias medidas. Para ello, en primer lugar, se diferencian las funciones del BCE en materia de política monetaria y en su rol como supervisor bancario único y se aprueba el Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo y el Banco Central Europeo relativo a las normas prácticas de ejecución de la rendición de cuentas democrática y de la supervisión del ejercicio de las tareas encomendadas al Banco Central Europeo en el marco del mecanismo único de supervisión (2013/694/UE). Sin embargo, si revisamos esta norma observaremos que, a excepción, del artículo 5 y 6 de dicho acuerdo en donde se establece una cooperación efectiva con el Parlamento Europeo, no se establece ningún procedimiento de control y rendición de cuentas del BCE. La lógica de esta independencia, en última instancia, parece obvia. No generaría confianza un supervisor bancario que no fuera imparcial. Es decir, los procedimientos de control sobre el supervisor pueden entenderse como una forma de poner en cuestión la imparcialidad de la institución.

Por tanto, la creación de instituciones supranacionales en el ámbito de la supervisión bancaria, opta por entidades globales por encima del poder de los estados pero no articula medidas para reforzar canales que potencien la democracia.

Así, el nuevo modelo tiende a alejarse de la sociedad civil, los objetivos de la reestructuración financiera se articulan para dar respuesta a las incertidumbres y problemas de los ciudadanos pero su plasmación en la realidad lo alejan de la representación, control político y participación ciudadana fomentando la globalización del sistema financiero.

4. Conclusiones

Las principales conclusiones a las que se llegan en este trabajo son las siguientes:

En primer lugar, la UE a partir de 2011 está llevando a cabo un proceso de remodelación de su sistema de gobernanza económica con el objetivo de ajustarse a las directrices del G20 y conseguir un protocolo de actuación ante situaciones de crisis que necesiten más que una estrecha coordinación entre los Estados miembros.

En segundo lugar, estas medidas han retomado el debate académico acerca del impacto del desarrollo del proyecto de integración comunitaria sobre la legitimidad democrática de la UE. Las críticas sobre las deficiencias en este sentido han estado presentes desde los inicios de la Unión Europea. Sin embargo, como se ha observado en esta investigación, las nuevas medidas que se están implementando aumentan las dudas sobre el control político, la representación y la presencia de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones en el marco de la UE. La lejanía con la que los ciudadanos observan cómo se desarrolla la construcción europea sin ser apenas consultados, la falta de rendición de cuentas que algunas instituciones comunitarias tienen reconocidas en los Tratados, como en el caso del BCE y su nuevo rol como supervisor bancario único y el escaso control político que parecen tener los ciudadanos sobre estos nuevos mecanismos, como en el caso del MEDE, les genera una sensación de que el proyecto europeo se construye a sus espaldas.

En tercer lugar, a través de los pilares de la gobernanza económica de la UE a partir de 2011: nuevas directrices fiscales, el Mecanismo Europeo de Estabilidad y la reforma del sistema financiero, se intenta dotar de más eficacia al proyecto comunitario pero se dejan de lado aspectos relativos a la transparencia y los canales de participación ciudadana. Por una parte, las medidas fiscales aplicadas para reforzar la supervisión macroeconómica implicaron de forma indirecta el cambio de los tratados evitando los debates públicos a escala nacional y sin información sobre las posibles repercusiones que estos cambios podrían tener sobre las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos. Por otra parte, el Mecanismo Europeo de Estabilidad presenta una serie de deficiencias relativas al proceso de toma de decisiones en su contexto así como falta de control político por parte de los ciudadanos, sea de forma directa (parlamento europeo y nacionales) o indirecta (a través de los gobiernos que forman parte del MEDE). De esa forma, su inmunidad frente a los poderes estatales de los países miembros crea una situación de déficit democrático y de falta de vías de participación ciudadana. En el caso de la reforma del sistema financiero, la falta de legitimidad democrática viene derivada de la creación de instituciones supranacionales que supervisen el sistema europeo para localizar los riesgos globales pero alejadas de los ciudadanos (dirigidas por técnicos), poco transparentes (escasa rendición de cuentas) y sin control político para blindar su independencia política.

Por ello, y en resumen, este déficit democrático en la gobernanza económica de la UE puede fomentar en el futuro el euroescepticismo y las críticas desde el punto de vista nacional frente al proyecto comunitario. Sería recomendable establecer procesos de consulta, fomentar la transparencia y aumentar el acceso a la información a los ciudadanos. Así, los retos que plantea este nuevo modelo deberían ir dirigidos a prestar más atención a la población que siente cada vez más lejos un proyecto europeo que parece no tenerles en cuenta.

Referencias bibliográficas

- Abascal, María; Alonso, Tatiana; Fernandez, Santiago y Golecki, Wojciech (2010): [Una Unión Bancaria para Europa: haciendo de la necesidad virtud](#) BBVA Research DT 14/32.
- Banco Central Europeo (2011): [Boletín mensual](#). Julio 2011.
- Banco Central Europeo. (2014): [Guía de Supervisión Bancaria](#). Septiembre 2014 .
- Barón Goiriena de Gandarias, Alejandro (2009): El problema del déficit democrático y su resolución parlamentaria en el seno de la Unión Europea *Revista Española de Relaciones Internacionales* nº 1/2009: 175-195.
- Beetham, David (1991): The legitimation of power *Humanities Press International*.
- Castells, Manuel (1999): *La era de la información: Economía, sociedad y cultura Vol. II. El poder de la identidad*. Madrid: Alianza Editorial Dahl, Robert A. 1999. Can international organizations be democratic? A sceptic's view. En *Democracy's edges*, eds. Ian Shapiro y Casiano Hacker-Cordón: 19-36. Cambridge: Cambridge University Press.
- Czubala, Marcin Roman (2015): El Mecanismo Europeo de Estabilidad: uno de los pilares del modelo de gobernanza económica de la UE y su déficit de legitimidad *Oasis* nº 21: 136-137.

- Czubala et al. (2014): El nuevo modelo de gobernanza económica europeo: un análisis sobre su viabilidad y perspectivas *EIC Estudios Internacionales de la Complutense* vol. 18: 11-28.
- Dehousse, Renaud (2012): Is the 'Community Method' still relevant. In: European Parliament, ed., *Challenges of multi-tier governance in the European Union: Effectiveness, efficiency and legitimacy. Compendium of Notes*: 85-94.
- Follesdal, Aandreas y Hix, Simon (2006): Why there is a democratic deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik *Journal of Common Market Studies* 44(3): 533-562.
- FSB. s.f. Our history.
- Habermas, Jurgen (1975): *Legitimation crisis*. Boston: Beacon Press (Trabajo original publicado en 1973).
- Held, David (1995): *Democracy and the global order: From the modern State to cosmopolitan governance*. Cambridge: Polity Press.
- Lipset, Seymour, Martin (1963): *Political man: The social bases of politics*. New York: Doubleday.
- Lord, Christopher (2008): Still in Democratic Deficit *Intereconomics* (November): 316-324.
- Madraro Poiaras, Miguel (2012): A new governance for the European Union and the euro: democracy and justice. In: European Parliament, ed., *Challenges of multi-tier governance in the European Union: Effectiveness, efficiency and legitimacy. Compendium of Notes*: 27-50.
- Majone, Giandomenico (1996): *Regulating Europe*. New York-London: Routledge.
- Majone, Giandomenico (1998): Europe's "democratic deficit: The question of Standards *European Law Journal* 4(1): 5-28.
- Majone, Giandomenico (2003): The politics of regulation and European regulatory institutions. En *Governing Europe*, eds. Jack Hayward y Anand Menon: 297-312. Oxford: Oxford University Press.
- Martínez, José Antonio y Calvo, José Luis. (2012): [La importancia de la estabilidad financiera en Europa en Banca y Mercados Financieros](#), ed. Tirant lo Blanch.
- Mecanismo Europeo de Estabilidad (2012): [Preguntas frecuentes sobre el MEDE](#).
- Micossi, Stefano, Carmassi, Jacopo y Pierce, Fabrizia (2011): On the Tasks of the European Stability Mechanism *CEPS Policy Brief. Thinking ahead for Europe* nº 235 Disponible en: http://aei.pitt.edu/30039/1/PB_No_235_Micossi_et_al_on_the_ESM-2.pdf
- Moravcsik, Andrew (2002): In Defence of the 'Democratic Deficit: Reassessing Legitimacy in the European Union *Journal of Common Market Studies* 40(4): 603-624.
- Moravcsik, Andrew (2004): Is there a 'Democratic Deficit' in world politics? A framework for analysis *Government and Opposition* 39(2): 336-363.
- Moravcsik, Andrew (2008): The Myth of Europe's Democratic Deficit *Intereconomics* (November): 331-340.
- O'Kane, Rosemary H. T. (1993): Against legitimacy *Political Studies* 41(3): 471-487.
- Pollack, Mark (1997): Delegation, agency and agenda-setting in the European Community *International Organization* nº 51(1): 99-134.
- Pollack, Mark (2003): *The engines of integration? Delegation, agency and agenda setting in the European Union*. Oxford: Oxford University Press.
- Puente Regidor, Mónica (2013): El marco institucional del nuevo modelo de regulación financiera en la Unión Europea *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* 39(3).
- Puente, M 2013. [The institutional framework of the new financial regulation model in the European Union. Nomads. Mediterranean perspective](#). 39 (3) .
- Rogowski, Ronald (1974): *Rational legitimacy: A theory of political support*. Princeton: Princeton University Press.
- Scharpf, Fritz W. (2000): *Gobernar en Europa: ¿Eficaz y democráticamente?* Madrid: Alianza (Trabajo original publicado en 1999).

- Scharpf, Fritz W. (2005): Conceptos de legitimación más allá del Estado-nación *Revista Española de Ciencia Política* n° 13: 13-50.
- Sicilia, Jorge, Fernández, Santiago, y Rubio, Ana (2013): [Unión Bancaria. Elementos integrantes y medidas complementarias](#) BBVA research DT 13/26.
- Siedentop, Larry (2001): *La democracia en Europa*. Madrid: Siglo Veintiuno. (Trabajo original publicado en 2000).
- Tallberg, Jonas (2000): The anatomy of autonomy: An institutional account of variation in supranational influence *Journal of Common Market Studies* 38(5): 843-864.
- Tallberg, Jonas (2002): Delegation to supranational institutions: Why, how, and with what consequences? *West European Politics* n° 25(1): 23-46.
- Thatcher, Mark y Stone Sweet, Alec (2002): Theory and practice of Delegation to non-majoritarian institutions *West European Politics* n° 25(1): 1-22.
- Unión Europea. Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. *Diario Oficial n° C 306*, de 17 diciembre 2007
- Unión Europea. [Decisión n° 199/2011/UE](#) del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la UE en relación con el mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro. *Diario Oficial de la Unión Europea L 91*, 6 de abril de 2011: 1-2.
- Unión Europea. [Reglamento \(UE\) no 1024/2013](#) del Consejo de la UE, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito. *Diario Oficial de la Unión Europea L 287*, 29 de octubre de 2013: 63-89.
- Unión Europea. [Reglamento \(UE\) no 468/2014](#) del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas. *Diario Oficial de la Unión Europea L 141*, 14 de mayo de 2014: 63-89.
- Unión Europea. Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, Disponible en: <http://boe.es/boe/dias/2012/10/04/pdfs/BOE-A-2012-12378.pdf>
- Weber, Max (1964): *Economía y sociedad (2ª ed.)*. México: Fondo de Cultura Económica. (Trabajo original publicado en 1921).

**LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO
DESTINADA A MEJORAR EL EQUILIBRIO DE GÉNERO ENTRE LOS
ADMINISTRADORES NO EJECUTIVOS DE LAS EMPRESAS COTIZADAS Y POR LA QUE
SE ESTABLECEN MEDIDAS AFINES, DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2012: ¿UN CAMINO A
SEGUIR O UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?¹**

Maoly CARRASQUERO CEPEDA
*Becaria de investigación del Instituto de Estudios Europeos
Universidad de Valladolid*

Resumen: El presente trabajo examina, desde un punto de vista jurídico, el problema de la infrarrepresentación femenina en los consejos de administración de las grandes empresas de la Unión Europea. A tal efecto, se analizan las diferentes iniciativas adoptadas por la Unión, haciendo especial énfasis en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, de 14 de noviembre de 2012, teniendo en cuenta algunos de los problemas que su adopción ha suscitado.

Palabras claves: cuotas, consejos de administración, igualdad, representación femenina

Title: The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures: a pathway or a missed opportunity?

Summary: This work studies, from a legal point of view, the problem about the scarce feminine representation in corporate boards of big companies in the European Union. Thus, different initiatives adopted by the Union are analyzed, putting a special focus in the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures, of 14 November 2012, taking into account some of the problems that its implementation has created.

Keywords: quotas, corporate boards, equality, female representation.

1. Estado de la cuestión

La representación femenina en los consejos de administración y los puestos directivos de las mayores empresas de los Estados miembros de la Unión Europea es realmente preocupante. Según los últimos datos en la materia las mujeres apenas alcanzan el 21,2% de participación².

Esta tradicional invisibilidad se debe a diferentes factores, entre los que destacan: i) la incertidumbre de los directores sobre la capacidad de las mujeres para desempeñar su trabajo a nivel ejecutivo debido a su falta de experiencia, ii) la existencia del mito de que las mujeres con menor frecuencia utilizan estrategias proactivas o no buscan promocionarse en su carrera profesional, iii) la permanencia de estereotipos de género que tergiversan los verdaderos talentos de las mujeres líderes y que pueden potencialmente minar sus contribuciones a las organizaciones, así como sus propias

¹ Este trabajo se enmarca en el desarrollo de una beca doctoral de Formación de Profesorado Universitario, otorgada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

² Datos ofrecidos por la Comisión en su informe de octubre de 2015: Gender balance on corporate boards. Europe is cracking the glass ceiling, p. 1. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/factsheet_women_on_boards_web_2015-10_en.pdf.

opciones de ascenso y iv) la existencia de procesos de promoción a la alta dirección de las compañías con carácter no formales.

Precisamente, es sobre estos factores que ha venido actuando la Unión Europea durante los últimos años, por una parte fomentando a la autorregulación y, por otra, adoptando una serie de disposiciones normativas de incentivo para poner remedio a la escasa representación de las mujeres en la toma de decisiones económicas al más alto nivel.

No obstante, estas iniciativas no han aportado ningún avance significativo. Los datos muestran que existe una gran distancia entre la proporción de mujeres que trabajan y las que están a nivel directivo en todos los Estados miembros. Las mujeres ocupan poco más de un cuarto de los escaños en los consejos de las grandes empresas que cotizan en Francia, Letonia, Finlandia, Suecia, Reino Unido, Dinamarca, Italia y Alemania. Hay menos de una de cada diez en República Checa y Estonia, y menos de una de cada treinta en Malta⁴.

La desigual representación femenina en los consejos de administración resulta de que las medidas adoptadas por los Estados miembros no son homogéneas, sino que, por el contrario, se sitúan dentro de un espectro que va desde las cuotas jurídicamente vinculantes acompañadas de sanciones hasta la autorregulación en sectores concretos.

En efecto, sólo cuatro Estados miembros (Francia, Italia, Bélgica y Alemania⁶) cuentan en sus legislaciones con un sistema de cuotas jurídicamente vinculante que incluye sanciones, siguiendo el ejemplo de Noruega, país pionero en el ámbito de la adopción de cuotas de representación de las mujeres⁷. Países Bajos y España también han adoptado medidas legislativas que prevén cuotas en favor del género menos representado, si bien no se sanciona su incumplimiento. En otros Estados, se han implementado acciones de carácter voluntario que promueven la representación de las mujeres en los puestos superiores de gestión (por ejemplo: Dinamarca, Luxemburgo, Polonia, Suecia y Reino Unido). Y, finalmente, en un cuarto grupo, no se ha tomado ninguna acción en la materia (entre otros: Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Lituania, Malta y Eslovaquia⁸).

Estas disconformidades en los ordenamientos jurídicos nacionales han generado, además de un desequilibrio de género en la toma de decisiones económicas según los Estados miembros, un obstáculo al mercado interior al imponer a las empresas cotizadas en la Unión unos requisitos divergentes en relación con su gobernanza empresarial.

Por este motivo, el pasado mes de diciembre de 2012, la Comisión Europea presentó una Propuesta de Directiva destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas, en la que se establece una cuota obligatoria del 40% de mujeres a lograrse en el año 2020.

3 Para un análisis detallado de cada uno de estos motivos, véase: Burke, R. (1997): "Women directors: selection, acceptance and benefits of board membership", *Corporate Governance*, 3, pp. 118-125; Carter, N. y Silva, C. (2011): "The Myth of the Ideal Worker: Does Doing All the Right Things Really Get Women Ahead?", *Catalyst Report*; Oalkley, J. (2000): "Gender-based Barriers to Senior Management Positions: Understanding the Scarcity of Female CEOs", *Journal of Business Ethics*, 27, pp. 321-334; Alimo-Metcalfe, B. (1995): "An investigation of female and male constructs of leadership and empowerment", *Women in Management Review*, 2, pp. 3-8.

4 Comisión Europea (2015), *Gender balance on corporate boards. Europe is cracking the glass...*, op. cit. p. 1.

5 En Francia, se ha aprobado la Loi 2011-103 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, de 27 de enero de 2011, por la que se establece una cuota del 20%, a cumplir en el año 2014 y otra del 40%, para el año 2017. El primero de estos objetivos ya ha sido cumplido y se considera que se logrará el segundo incluso antes del lapso otorgado por la Ley. Para un mayor análisis de este tema, véase: Rodríguez González, A. (2011): "Ley núm. 2011-103 de 27 de enero, relativa a la representación equilibrada de mujeres y hombres en el seno de los consejos de administración y vigilancia de la igualdad profesional", *Revista de Derecho de Sociedades*, 36, pp. 539-542.

6 El pasado mes de diciembre de 2014, el gobierno alemán aprobó una cuota femenina del 30% en los consejos de administración de las empresas cotizadas, que será implementada a partir del 2016.

7 El caso noruego es el más emblemático a nivel europeo, ya que gracias a la aprobación de una cuota legislativa del 40% de representación de ambos sexos en los consejos de administración de las empresas, la participación femenina aumentó de forma considerable de 15,9% en 2004 a 37% en 2007, y finalmente llegó a la meta del 40% en 2008. Actualmente, Noruega es el país europeo con mayor presencia de mujeres en los consejos de las empresas cotizadas. Al respecto, véase: HOEL, M. (2008): "The quota story: five years of change in Norway". En S. Vinnicombe, V. Singh, R. J. Burke, D. Bilimoria y M. Huse (Eds.) *Women on Corporate Boards of Directors: International Research and Practice*, Edward Elgar, Cheltenham, p. 84 y ss.

8 Comisión Europea (2015), *Gender balance on corporate boards. Europe is cracking the glass...*, op. cit. pp. 6 y 7.

En este artículo se analizan las diferentes iniciativas adoptadas por la Unión Europea durante los últimos años para visibilizar a la mujer en los procesos de toma de decisión económica, otorgando especial énfasis al estudio de la reciente Propuesta de Directiva y a todos los inconvenientes que se han suscitado para efectiva su incorporación al ordenamiento jurídico comunitario.

2. El compromiso de la UE para lograr la igualdad de género en los consejos de administración.

La igualdad de género es considerada uno de los principios fundamentales de la Unión Europea y, como tal, ha sido incluida en el TFUE en los siguientes términos: “en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad” (artículo 3).

El artículo 19, asimismo, establece que “sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, y añade que “no obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1”, lo que constituye un gran progreso porque, por primera vez, la Unión podrá apoyar, mediante el procedimiento legislativo ordinario las acciones de los Estados tendentes a eliminar toda forma de discriminación por razón de sexo.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también protege la igualdad de género. Se indica así en el artículo 21 que “se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo”. Más importante aún, en el artículo 23 reconoce expresamente que “el principio de igualdad no impide el mantenimiento de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

Pues bien, es en este contexto que las instituciones comunitarias, a lo largo de los años, han adoptado una serie de medidas legislativas en las que, reiteradamente, se exhorta a los Estados miembros a que promuevan programas de acción positiva con el fin de mejorar el equilibrio de la participación de mujeres y hombres en la toma de decisiones políticas, económicas y sociales⁹.

Sin embargo, y a pesar del progreso alcanzado hasta ahora, el camino hacia la igualdad efectiva en el ámbito económico sigue siendo largo y lleno de obstáculos.

Por este motivo, la Comisión Europea en la Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres (2010-2015)¹⁰ reconoce que, a pesar de constituir casi la mitad de la mano de obra y más de la mitad de los nuevos licenciados universitarios de la Unión, las mujeres, en la mayoría de los Estados, siguen estando infrarrepresentadas en los procesos y puestos de decisión, en especial en los niveles más altos. Se fija así como una acción clave el estudio de iniciativas específicas para mejorar el equilibrio de los sexos en la toma de decisiones económicas, toda vez que “las investigaciones evidencian que la

⁹ Algunas de estas disposiciones: Resolución A 2-169/88 sobre la mujer y los centros de decisión (DOCE C 262, de 10 de octubre de 1988); I y II Programa de acción sobre igualdad de oportunidades para las mujeres (1982-985 y 1986-1990); III Programa de acción para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (1991-1995); Resolución del Consejo, de 27 de marzo de 1995, sobre la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisiones (DO C 168, de 4 de julio de 1995); Recomendación 96/694/CE, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión (DO L 319, de 10 de diciembre de 1996); Informe sobre la aplicación de la Recomendación 96/694/CE del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión [COM (2000) 120 –no publicado en Diario Oficial-]; Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2001, sobre el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Recomendación 96/694 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión (DO C 262/248, de 18 de septiembre de 2001); V Programa de acción comunitaria para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (2001-2005); Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-2010); Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015.

¹⁰ COM (2010) 491 final –No publicada en el Diario Oficial-, de 21 de septiembre de 2010.

diversidad es rentable, y que hay una correlación directa entre la presencia de mujeres en posiciones directivas y el rendimiento de las empresas”.

El Compromiso europeo: Más mujeres en los Órganos Directivos, propuesto en marzo de 2011, es otro instrumento a través del cual se busca romper con el denominado “techo de cristal” que sigue impidiendo a las mujeres acceder a los puestos de dirección de las mayores empresas de Europa. A tal efecto, se insta a las empresas cotizadas para que se comprometan voluntariamente a aumentar la proporción de mujeres en sus consejos de administración hasta el 40% para el año 2020.

Por su parte, la Resolución del Parlamento Europeo sobre las mujeres y la dirección de empresas¹¹ señala que las medidas proactivas adoptadas por el sector privado con el objetivo de lograr una mayor representación femenina, han resultado ser insuficientes para transformar su situación en las empresas, ya que siguen estando infrarrepresentadas en los órganos de dirección de éstas. Por lo que se invita a las empresas a alcanzar el porcentaje crítico de un 30% de mujeres entre los miembros de los órganos de dirección para 2015 y de un 40% para 2020.

Un año más tarde, en la Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la UE¹², el Parlamento vuelve a solicitar a la Comisión que, ante los pocos avances que se han alcanzado a través de la autorregulación, se adopten propuestas legislativas concretas que incluyan la introducción de cuotas a fin de aumentar la representación femenina en los consejos de administración hasta el 30% en 2015 y el 40% en 2020, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, las responsabilidades de los Estados y sus peculiaridades económicas, jurídicas, estructurales y regionales.

A partir de la adopción de estas disposiciones y reconociendo los muchos beneficios asociados con tener un equilibrio de género en los consejos de administración, varios Estados miembros han fomentado el cambio a través de medidas voluntarias o, en algunos casos, a través de acciones legislativas. Sin embargo, la tasa de cambio en la mayoría de los países ha sido lenta.

Por dicha razón, en un último intento por mejorar, de manera general en toda la Unión, la situación de la mujer en el ámbito económico, la Comisión adopta una Propuesta de Directiva relativa a la mejora del equilibrio de género entre los consejeros no ejecutivos de las empresas cotizadas.

3. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, de 14 de noviembre de 2012.

Con este texto normativo se pretende avanzar hacia la consecución del equilibrio de género en los consejos de administración de las mayores empresas de los Estados de la Unión, por considerar que la no utilización de las competencias de las mujeres altamente capacitadas constituye una pérdida de recursos humanos y, por ende, de potencial crecimiento económico¹³.

A tal efecto, en el artículo 4, se propone la adopción de una medida de discriminación inversa (cuota) cuyo objetivo mínimo es alcanzar una presencia del 40% del género menos representado entre los administradores no ejecutivos en los consejos de administración de las empresas cotizadas¹⁴, para el año 2020 (o en 2018 si se trata de una empresa pública)¹⁵.

11 Texto aprobado 2010/2115 (INI).

12 Texto aprobado (2011/2244(INI)), 13 de marzo de 2012.

13 Esta idea de aprovechamiento de recursos humanos se ha venido reiterando recientemente por parte de las instituciones comunitarias. En este sentido, tanto el Consejo como el Comité Económico y Social Europeo han afirmado que las políticas de igualdad de género son vitales para el crecimiento económico, la prosperidad y la competitividad, por lo cual, es necesario emprender acciones para fomentar la igual participación de las mujeres y los hombres en la toma de decisiones a todos los niveles y en todos los ámbitos, con el fin de aprovechar plenamente todos los talentos. Véase: Pacto Europeo por la Igualdad entre hombres y mujeres para el 2011-2020, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “La dimensión de género en la Estrategia Europa 2020” 2013/C 76/02.

14 La Propuesta es poco ambiciosa en lo que se refiere a las empresas a las que se dirige. No atiende a todas las sociedades de capital en la Unión Europea sino que su campo de acción es mucho más limitado: sólo abarca a las grandes sociedades cotizadas. En efecto, se deja fuera del ámbito de aplicación de la norma a la mayoría de las empresas que operan en la Unión, que seguirán manteniéndose en la variabilidad del sistema jurídico que las acoja. Por este motivo, el Parlamento en su Resolución sobre los efectos de la crisis económica en la igualdad de hombres y mujeres y en los derechos de la mujer (2012/2301 (INI)), insta a la Comisión y a los Estados miembros a que se extienda la aplicación de estas medidas que fomentan el equilibrio entre hombres y mujeres en las pequeñas y medianas empresas. En el mismo sentido, véase: Huerta Viesca, M. (2013): “En torno a la Propuesta de

De esta forma, se obliga a las empresas que se encuentren por debajo de este umbral a realizar nombramientos para los mencionados puestos ejecutivos, a través de un procedimiento de selección basado en un análisis comparativo de las cualificaciones de cada candidato/a, aplicando unos criterios preestablecidos, claros, formulados de forma neutra y carentes de ambigüedades¹⁶.

Para cumplir dichos objetivos se establece que, en primer lugar, las cuotas deben ser vinculantes y, en segundo lugar, deben ir acompañadas de un sistema de sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias en caso de incumplimiento, que podrían incluir, entre otras, la imposición de multas administrativas o la declaración de nulidad o anulación del nombramiento o la elección de los administradores no ejecutivos que incumplan las disposiciones nacionales (artículo 6).

En la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva se amplía este catálogo de sanciones y se incluyen: i) la exclusión de licitaciones públicas; ii) la exclusión parcial de la concesión de financiación con cargo a los Fondos Estructurales de la Unión¹⁷; y, iii) la disolución obligatoria de la empresa implicada, dispuesta por un órgano judicial competente, en caso de infracción grave y reiterada¹⁸.

La regulación de este tipo de medidas sancionadoras se justifica, toda vez que la práctica de los Estados revela que el éxito de las cuotas se ha producido, fundamentalmente, en aquellos países que no han propiciado un modelo de *comply or explain*, típico de las reglas de buen gobierno corporativo, que deja a la discrecionalidad de la empresa la observancia o no de la cuota, sino que por el contrario, han preferido establecer un catálogo de sanciones en caso de incumplimiento. Así, mientras que en Noruega la participación alcanza el 40%, en España, a pesar de haberse adoptado una cuota legislativa, sólo ha habido un incremento del 10% en los últimos 8 años (del 6,61%, en el año 2007, al 16,8%, en la actualidad)¹⁹.

Por último, se incluye en la Propuesta una obligación a los Estados miembros de exigir a las empresas cotizadas que faciliten anualmente información a las autoridades nacionales competentes (dos años después de adoptada la cuota) sobre la representación de géneros en sus consejos, distinguiendo entre administradores ejecutivos y no ejecutivos. Cuando la empresa no haya alcanzado el objetivo, esta información deberá incluir los motivos por los que no se hayan alcanzado los objetivos o compromisos y una descripción de las medidas que la empresa ha tomado o tiene intención de tomar en el futuro para cumplir con dichos (artículo 5).

La Propuesta normativa in comento ha reavivado el debate de la posible inconstitucionalidad de las cuotas femeninas por considerar que atentan contra el derecho de igualdad, de propiedad y de libertad de empresa.

Directiva comunitaria sobre equilibrio de género e igualdad en los consejos de administración de las sociedades cotizadas de la Unión Europea, COM (2012) 614 final, 2012/0299 (COD)", *Revista de Derecho de Sociedades*, 41, pp. 217-248.

15 Los Estados miembros podrán exceptuar del cumplimiento de esta obligación a las empresas cotizadas que puedan mostrar que los miembros del género menos representado ocupan al menos un tercio de todos los puestos de administrador, independientemente que sean ejecutivos o no (artículo 4.7).

16 Dentro de estos criterios, generalmente, suele otorgársele un valor especial a la antigüedad que el candidato tenga en el sector empresarial. Situación que, a nuestro entender, debe ser superada porque afecta en mayor medida a las mujeres que nunca conseguirán cumplir con este requisito hasta tanto no existan políticas de conciliación adecuadas que les permitan desarrollar su carrera profesional en igualdad de condiciones que los hombres. Véase: Rodríguez González, A. (2011): *Mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles*, Valladolid, p. 23.

17 Recientemente, Portugal ha adoptado medidas de este tipo. Dentro del Programa Portugal 2020, cuando dos o más candidaturas a los nuevos fondos europeos estuviesen empatadas y fuese necesario escoger un proyecto, el criterio de desempate para acceder a los fondos será el mayor número de mujeres en los órganos de administración de las empresas candidatas. El otro criterio a tener en cuenta será la mayor igualdad salarial entre hombres y mujeres que realizan funciones idénticas en la misma empresa. Al respecto: <http://www.publico.pt/economia/noticia/numero-de-mulheres-na-gestao-das-empresas-e-criterio-de-desempate-para-fundos-europeus-1681565>

18 Véase: Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2013, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines (enmiendas 39, 60 y 61). A juicio de la Comisión, esta modificación propuesta por el Parlamento es desproporcionada y, por tanto, no debe ser incluida en el texto final de la Directiva. Vid: Posición de la Comisión sobre las enmiendas del Parlamento Europeo, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2012/0299%28COD%29&l=EN#tab-0>

19 Véase: Informa, *Las mujeres en los consejos de administración de las empresas españolas. Estudio comparativo 2008/2009*, p. 9, disponible en: http://www.objetivo15.net/doc/2009_Informa_MujeresEnConsejos.pdf; Comisión Europea (2015), *Gender balance on corporate boards. Europe is cracking the glass...*, op. cit. p. 1.

Generalmente, suele afirmarse que las medidas de discriminación inversa (cuotas) son verdaderas discriminaciones directas porque producen un trato diferente y dañino a los individuos que, en razón de determinadas circunstancias, no pertenezcan al grupo históricamente excluido²⁰.

El efecto negativo que imprime la discriminación positiva sobre los individuos no pertenecientes al grupo injustamente discriminado es precisamente la mayor dificultad que plantea su adopción. Quienes se muestran contrarios a estas medidas consideran que se trata a un individuo peor que a otro no en razón de alguna circunstancia que esté bajo su control, sino por su pertenencia –no voluntaria- a un determinado grupo²¹.

Sobre este asunto es necesario dejar claro que, a nuestro juicio, la cuota, en modo alguno, atenta contra el derecho de igualdad ni produce una segunda discriminación injustificada porque no se vulnera el criterio más relevante en la selección de puestos de trabajo, esto es, el mérito. En la Propuesta se consagra expresamente que, habiendo candidatos de ambos géneros con la misma cualificación se dará prioridad al candidato del sexo menos representado a menos que una evaluación objetiva, que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona, incline la balanza a favor del candidato del otro género (artículo 4.3)²².

Asimismo, se exige la introducción de criterios claros, neutros y carentes de ambigüedades en los procedimientos de selección de los cargos de dirección de las empresas, por considerar que, en el ámbito empresarial, a menudo, la escogencia de candidatos se limita a un grupo de personas muy restringido y los administradores no ejecutivos, con frecuencia, se contratan a través de un “círculo de viejos amigos” entre los contactos personales y empresariales de los miembros del consejo. Precisamente, son estas prácticas inadecuadas de contratación para puestos en los consejos las que contribuyen a perpetuar la selección de miembros con características similares.

El sistema de cuotas pone así el peso de la contratación no sobre la mujer en particular, que evidentemente cuenta con todas las capacidades para ocupar un cargo de esta naturaleza, sino en aquellos que controlan el proceso de selección/contratación²³.

En otro orden de ideas, en lo que al derecho de propiedad y libertad de empresa se refiere, los detractores de la Propuesta defienden que la introducción de un sistema de cuotas en los consejos de administración supone una intromisión desproporcionada en el funcionamiento de las empresas. Sobre este particular, reconoce la Propuesta en su exposición de motivos que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, se justifica afectación al derecho a la propiedad y a la libertad de empresa, toda vez que se centra en los administradores no ejecutivos, los cuales, aun siendo elementos importantes, especialmente por lo que respecta a la gobernanza de las empresas, no intervienen en la gestión cotidiana de estas.

A juicio de la Comisión, una mayor presencia del género menos representado entre los administradores no ejecutivos tendrá un “efecto dominó” positivo para la diversidad de género en toda la escala profesional.

20 Ruiz Miguel, A. (1994): “Discriminación inversa e igualdad”. En Valcárcel, A. (Coomp.), El concepto de igualdad, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, p. 80.

21 Atienza, M. (1996), “Un comentario al caso Kalanke”, Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho, 19, p. 119. En el mismo sentido se pronuncia Sastre Ibarreche, al considerar que el problema radica en que, generalmente, los beneficios otorgados a los destinatarios de la discriminación inversa generan perjuicios concretos a otros ciudadanos, cuyos derechos se ven limitados, lo cual, es una importante diferencia con otras medidas de acción positiva, cuyos costes aparecen socialmente difuminados. Vid: Sastre Ibarreche, R. (2004): “La acción positiva para las mujeres en el Derecho comunitario”, Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 6.

22 La cuota es así perfectamente compatible con la jurisprudencia del TJUE en materia de acción positiva, que expresa que en algunos casos se puede conceder prioridad al género menos representado en la selección para el acceso al empleo o a la promoción, siempre que el candidato del género menos representado tenga la misma cualificación que su competidor del otro género en términos de adecuación, competencia y rendimiento profesional, que la prioridad no sea automática e incondicional sino que pueda ignorarse si existen motivos específicos que inclinen la balanza en favor del otro candidato individual del otro género, y que la candidatura de cada uno de los aspirantes haya sido objeto de una valoración objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos. Asuntos: C-450/93 Kalanke (1995), C-409/95 Marschall (1997), C-158/97 Badeck (2000), C-407/98 Abrahamsson (2000).

23 Dahlerup, D. (2006): About quotas, disponible en: <http://www.quotaproject.org/aboutQuotas.cfm>

En este punto creemos que la norma es deficiente. Al afectar únicamente a los administradores no ejecutivos la cuota pierde eficacia porque no se aumenta la representación femenina en los verdaderos núcleos de poder de la empresa (donde apenas existe un 14% de mujeres en toda la UE)²⁴.

Originalmente la Comisión recomendó que la cuota abarcara tanto a los administradores ejecutivos como no ejecutivos, por considerar que sería la forma más conveniente a fin de aumentar la participación de la mujer en los consejos, así como para generar beneficios económicos y sociales (evidentemente la incidencia en el derecho de libertad de empresa sería mayor, que no desproporcionada). Sin embargo, y luego de las reticencias que generó esta disposición, la afectación a los administradores ejecutivos se redujo a una mera recomendación²⁵.

Resulta cuanto menos curioso, el hecho de que se critiquen las cuotas de género como injerencia a la libertad de empresa, pero se dejen de lado otras cuestiones tanto o más relevantes en este sentido, como son los diferentes instrumentos jurídicos europeos que dan paso a la posibilidad de que los trabajadores tengan derecho no sólo a participar en los consejos de administración, sino a tomar decisiones en las mismas condiciones que el resto de los miembros²⁶.

Con todo, es importante resaltar que las cuotas femeninas no obligan a elegir personas determinadas, sino a que quien resulte elegido cumpla con ciertos requisitos que garanticen los diversos intereses y derechos en liza (derecho de información de socios, derecho de las minorías a ser oídas o, incluso, representadas, etc.)²⁷.

Otro de los argumentos que se han esgrimido en contra de la Propuesta de Directiva es el relativo al principio de subsidiariedad. Un grupo de nueve Estados miembros, liderados por Reino Unido, en septiembre de 2012, enviaron una carta a la Comisión expresando su oposición al sistema de cuotas. Lo que alegaban en aquel entonces era que el texto infringía el principio de subsidiariedad, porque son los Estados quienes tienen la responsabilidad de aumentar la diversidad de género en sus consejos de administración de la manera en que crean conveniente²⁸.

Sobre este particular, en el propio texto de la Propuesta se afirma que “los objetivos de la acción prevista no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros por sí solos y pueden lograrse mejor mediante una acción coordinada a escala de la UE que a través de iniciativas nacionales de distinto alcance, ambición y eficacia”.

En efecto, los datos muestran que de 2003 a 2010, la proporción de mujeres en los consejos de administración aumentó de 8,5% a 11,9%, un aumento de 3,4 puntos porcentuales o un promedio de 0,5 puntos porcentuales por año. Sin embargo, desde octubre de 2010, cuando la Unión comienza a adoptar una serie de instrumentos jurídicos de incentivo dirigidos a los Estados miembros para que pusieran remedio a la infrarrepresentación femenina en la toma de decisiones económicas, el porcentaje ha aumentado 8,3 puntos porcentuales en cuatro años, un promedio de 2,1 puntos porcentuales por año, cuatro veces la tasa anterior del cambio²⁹.

24 Datos de abril de 2015. Fuente: Comisión Europea, disponibles en: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/business-finance/executives-non-executives/index_en.htm. En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, considerando que la Propuesta debe afectar tanto a los administradores no ejecutivos como ejecutivos, toda vez que es aquí donde existe menos participación femenina. Véase: Opinión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales para la Comisión de Asuntos Jurídicos y la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, de 17 de marzo de 2013.

25 Aunque la Propuesta de Directiva no impone un objetivo para los administradores ejecutivos, las empresas afectadas deben asumir compromisos individuales a fin de lograr el equilibrio de género entre dichos, cumpliendo los mismos plazos previstos para los administradores no ejecutivos. Así, el artículo 5 establece: “Los Estados velarán porque las empresas cotizadas contraigan compromisos individuales en relación con la representación equilibrada de ambos géneros entre los administradores ejecutivos, que deberán alcanzarse a más tardar el 1 de enero de 2020, o antes del 1 de enero de 2018 cuando las empresas cotizadas sean empresas públicas”.

26 Senent Vidal, M. (2007): “Equidad de género en la responsabilidad social empresarial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 67, pp. 203-211; Mercader Uguina, J. (2005): “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”, *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, 2005, 57, pp. 281-302.

27 Véase: Senent Vidal, M. (2011): “El principio de presencia equilibrada en el ámbito del Derecho privado”. En M. García Rubio y M. Valpuesta Fernández (Dir.) *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Valencia, p. 546.

28 Los nueve países que firmaron la carta en contra de la Propuesta de Directiva fueron: Reino Unido, Países Bajos, República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Bulgaria, Malta y Hungría.

29 Comisión Europea (2015), *Gender balance on corporate boards. Europe is cracking the glass...*, op. cit. p. 2.

Aunque bien es cierto que los avances significativos sólo se han evidenciado en un grupo de Estados miembros, de los cuales, en la mayoría se ha adoptado un sistema de cuotas vinculante (por ejemplo: Francia, Italia, Bélgica, Alemania y Eslovenia). De hecho, excluyendo estos países, el cambio entre octubre 2010 y abril 2013 sería sólo la mitad que lo observado para la Unión en su conjunto. En otras palabras, en gran parte de los países en los que no ha habido ninguna acción en particular para impulsar el cambio, el progreso ha sido limitado. Tal es el caso de Suecia, Malta, Estonia y Grecia en los que el nivel de representación femenina apenas ha cambiado desde 2010 y ha disminuido en República Checa, Hungría, Eslovaquia y Rumanía³⁰.

Por estos motivos, consideramos que solo una medida a escala de la Unión puede contribuir eficazmente a garantizar unas condiciones de igualdad en todos los Estados, y así evitar complicaciones prácticas para la vida empresarial, mediante una armonización mínima de legislaciones.

Como se comentó en líneas anteriores, la divergencia o falta de regulación en los Estados miembros muestra un patchwork de legislaciones desiguales, carente de un método común de implementación y de armonía en lo que al equilibrio de género en la toma de decisiones económicas se refiere. Situación que ha conducido no sólo a que los avances significativos se hayan dado en unos pocos Estados, sino a que se planteen obstáculos al mercado interior al imponer a las empresas cotizadas en la Unión unos requisitos distintos en relación con su gobernanza empresarial.

En particular, estas diferencias de los requisitos legales y de la autorregulación en lo que respecta a la composición de los consejos de administración puede dar lugar a complicaciones prácticas para las empresas cotizadas que operan a escala transfronteriza, sobre todo a la hora de crear filiales o realizar fusiones y adquisiciones.

Con la adopción de la Propuesta de Directiva se busca homogeneizar los ordenamientos jurídicos nacionales, a fin de eliminar las barreras del mercado interior, ofrecer mayor seguridad jurídica a aquellas empresas cotizadas que operan a escala transfronteriza y lograr un mínimo común de equilibrio de género en los consejos de administración de las mayores empresas de la Unión Europea.

Por otra parte, en defensa de la Propuesta también suele afirmarse que la diversidad de género en los consejos de administración conduce a beneficios económicos, tales como un aumento del valor de la empresa, la mejora en la gestión empresarial, el aumento de la rentabilidad del capital y un mayor retorno sobre el capital invertido.

Tradicionalmente, la diversidad ha sido promovida por razones sociales, sin embargo, en los últimos años, los defensores de la equidad de género han reducido su argumento a un business case rationale. Los partidarios de la Propuesta de Directiva continuamente alegan que numerosos estudios muestran que hay una relación positiva entre la diversidad de género al más alto nivel directivo y el desempeño financiero de las empresas³¹.

Empero, y aunque este argumento de la rentabilidad económica ha sido muy popular, no puede establecerse una relación de causalidad directa entre la diversidad de género en los consejos de administración y el éxito financiero de la empresa, toda vez que es muy difícil aislar este único elemento en el funcionamiento global de una empresa³².

En nuestra opinión que debe repensarse este argumento. El hecho de fundamentar la necesidad de aumentar la participación femenina en los consejos de administración de las empresas, en razones puramente económicas nos parece sexista. Basta con preguntarnos si ¿alguna vez hemos cuestionado la labor masculina en los consejos en términos económicos?, la respuesta es evidente: nunca.

Tal y como afirma HUERTA VIESCA “con este argumento, según el cual las mujeres en los consejos aportan más rentabilidad, parece que las mujeres consejeras tienen que aportar algo a la

³⁰ *Ibidem*, p. 3.

³¹ Más recientemente: Catalyst (2013): *Why Diversity Matters*, disponible en: <http://www.catalyst.org/knowledge/why-diversity-matters>; Crédit Suisse Research Institute (2012): *Gender diversity and corporate performance*, disponible en: <https://www.credit-suisse.com/es/en/about-us/responsibility/news-stories/articles/news-and-expertise/2012/07/en/does-gender-diversity-improve-performance.html>

³² Gabaldón, P. (2013): *Mujeres en los Consejos de Administración y en la Alta Dirección en España*, Centro de Gobierno Corporativo, p. 6

rentabilidad de la empresa 'como género', pues de otro modo su acceso a los puestos directivos no tendrá mucha explicación"³³.

Así pues, con esta exigencia se estaría produciendo una discriminación de género, enmascarada en el beneficio económico empresarial. Por esta razón, este argumento no puede ser el fundamento que justifique el hecho de que las mujeres ocupen cargos directivos en las empresas. Creemos, por el contrario, que las mujeres deben ingresar en los puestos de decisiones económicas porque tal y como afirma un estudio canadiense "Not just the right thing... but the 'bright' thing"³⁴.

En la Unión Europea las mujeres representan más del 60% de los licenciados. Lo que es más relevante aún, la iniciativa de las facultades de empresariales europeas "Mujeres en el consejo" logró identificar más de 8000 mujeres, altamente cualificadas (cumplen con todos los rigurosos criterios de Gobierno Corporativo según lo definido por las empresas que cotizan en bolsa), con experiencia profesional y dispuestas a asumir una plaza en un consejo de administración³⁵.

En pocas palabras, podría afirmarse que el potencial del talento femenino debe aprovecharse más y mejor. Discriminar a las mujeres no solo viola derechos fundamentales, sino que es ineficiente ya que se infrutiliza el talento de la mitad de la población y casi la mitad de la fuerza laboral.

Las mujeres deben participar en todos los procesos de toma de decisiones porque lo contrario no solo lesiona su derecho de participación y de no sufrir discriminación por razón de género, sino también porque no es inteligente. En este contexto, las cuotas de género en el ámbito económico, que inicialmente se contemplaron con sospecha en Europa en el espacio político, deben observarse ahora como una medida inteligente (smart) de progreso.

4. La difícil adopción de la Propuesta de Directiva: algunas reflexiones.

El sistema de cuotas en el ámbito empresarial propuesto por la Comisión Europea ha recibido un amplio apoyo por parte de la mayoría de las instituciones europeas. Tanto el Comité de las Regiones³⁶, el Comité Económico y Social Europeo³⁷ y el Parlamento³⁸ han adoptado resoluciones en este sentido. No obstante, no ha ocurrido lo mismo en el Consejo.

Las negociaciones entre los Estados miembros que integran el Consejo revelan que, si bien es cierto que existe un consenso sobre la necesidad de lograr el equilibrio de género en los consejos de administración de las empresas, no lo es menos que, hay discrepancias respecto de los medios apropiados para conseguir un cambio (mientras algunos son favorables a mantener la autorregulación, otros abogan por un enfoque más ambicioso en forma de objetivos vinculantes).

Buscando una solución a estas cuestiones y con el propósito de que efectivamente pudieran aprobarse las medidas de discriminación inversa, el pasado mes de diciembre de 2014, la presidencia italiana presentó unas sugerencias de redacción a la Propuesta, incluyendo dos elementos clave:

Cláusula de flexibilidad (artículo 4b), que permite a los Estados miembros, conseguir los objetivos de la Propuesta a través de sus propios métodos, siempre y cuando las medidas que hayan tomado sean igualmente efectivas o hayan alcanzado progresos cercanos al objetivo exigido del 40% de participación del sexo menos representado.

Implementación supervisada y adopción de informes (artículos 5, 8 y 9), se extienden los plazos de transposición de la Directiva y de presentación de informes de dos a tres años, cuestión que le daría a

33 Huerta Viesca, M.: "En torno a la Propuesta de Directiva comunitaria sobre el equilibrio de género e igualdad en los consejos de administración de las sociedades cotizadas de la Unión Europea"... op. cit., p. 224

34 Brown, D. A. H.; Brown, D. L. Y Anastasopoulos, V. (2002): *Women on Boards: Not Just the Right Thing ... But the 'Bright' Thing*, Ottawa.

35 Disponible en: <http://www.edhec.com/html/Communication/womenonboard.html#KLINK>

36 Dictamen del Comité de las Regiones sobre la Propuesta de Directiva destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, de 30 de mayo de 2013.

37 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines [COM(2012) 614 final – 2012/0299 (COD)]. DO C 113 de 9 de mayo de 2013.

38 Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2013, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines (COM(2012)0614 – C7-0382/2012 – 2012/0299(COD)).

los Estados miembros y a las empresas más tiempo para adoptar sus propias medidas y avanzar en la consecución del equilibrio de género.

Este cambio en la redacción de la Propuesta fue apoyado por muchas delegaciones (Bélgica, Francia, Italia, Lituania, Letonia, Malta, Portugal, Rumania, Finlandia, Luxemburgo, Polonia, Irlanda, Grecia, Chipre y Eslovenia). Sin embargo, otros Estados miembros, liderados por Reino Unido, entre los que destacan: Dinamarca, Estonia, Croacia, Hungría, Eslovaquia y Países Bajos, respaldaron la finalidad de la norma pero consideraron que el mejor modo de lograrla no eran medidas vinculantes a escala de la Unión.

España, por su parte, también avaló los principales objetivos de la Propuesta, aunque prefirió resaltar la importancia de los progresos realizados por los Estados miembros a nivel nacional a través de la implementación de instrumentos flexibles y no de objetivos cuantitativos. Por este motivo, tampoco apoyó el texto.

Del mismo modo, Alemania mantuvo una reserva sobre la Propuesta por considerar que, en primer lugar, debería evaluarse la mejoría de la representación femenina en los consejos de administración a través de normas nacionales, que su caso específico, estaban en preparación y próxima adopción³⁹.

El debate sobre la posible adopción de la Propuesta se retomó recientemente durante presidencia luxemburguesa. En este caso, se presentó una nueva redacción del texto en la que se reconoce la cláusula de flexibilidad introducida por la presidencia italiana y se establece un nuevo calendario de aplicación de cumplimiento de la Directiva, para el año 2022⁴⁰.

Una vez más, algunos Estados miembros mantuvieron reservas en torno al planteamiento de la Comisión (entre otros, Reino Unido, Hungría, Croacia, Estonia, Dinamarca, Eslovaquia y Países Bajos) y el texto no fue aprobado.

Esta falta de consenso entre los Estados para apoyar la modificación sugerida por la presidencia italiana y luxemburguesa que, en nuestra opinión, deja prácticamente sin eficacia alguna a la cuota establecida en la Propuesta de Directiva, revela una ausencia de voluntad política para mejorar la situación de la mujer en la toma de decisiones económicas.

Lamentablemente, la experiencia de algunos Estados miembros demuestra que las cuotas obligatorias son necesarias para lograr un avance en la incorporación de la mujer al ámbito económico, puesto que, está claro que sin la existencia de dichas las mujeres no llegarían a ciertos puestos de poder, incluso estando mejor cualificadas que sus compañeros varones. El problema no radica en la falta de cualificación femenina, sino en las mentalidades derivadas de una sociedad patriarcal que concibe a la mujer como incapaz de dirigir una empresa por sí misma⁴¹. Precisamente, a través de la adopción de cuotas vinculantes se busca impulsar un cambio en esa mentalidad⁴².

Ahora bien, no se puede negar que la Propuesta presenta ciertas deficiencias que será necesario corregir de cara a su futura aprobación e implementación por parte de los Estados miembros. A nuestro juicio, el texto puede ser más ambicioso (en cuanto a su aplicación a las pequeñas y medianas empresas y a los administradores ejecutivos, que son los que representan el verdadero núcleo de poder dentro de las empresas) y debe ser revisado en lo que al plazo de transposición se refiere si se quiere lograr un cambio significativo.

Junto con estas medidas es preciso instaurar un conjunto de acciones específicas dirigidas tanto a la modificación de la cultura organizacional como a desarrollar políticas de conciliación de la vida profesional y la vida familiar⁴³. Si únicamente se adoptan las cuotas para promover la contratación o

³⁹ Para mayor énfasis, véase el informe realizado por la presidencia italiana, disponible en: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2016300%202014%20INIT>

⁴⁰ Al respecto, véase: Informe de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, de 30 de noviembre de 2015.

⁴¹ Tal y como expresó la presidenta de la Confederación de empresas de Francia (MEDEF), Laurence Parisot, en un discurso pronunciado ante la Asamblea del Comité Económico y Social Europeo en 2012: "Las cuotas no deberían ser necesarias, pero son la única forma de superar los prejuicios de los hombres hacia las incompetencias de las mujeres".

⁴² Rodríguez González, A. (2011): *Mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles...*, op. cit., p. 7.

⁴³ Las políticas de conciliación son importantes porque mientras que las mujeres sigan condicionadas por su papel de madres, y unido a dicha condición su rol de cuidadoras, difícilmente van a poder ser tomadas en cuenta para incorporarse a los centros de la

promoción de mujeres en el ámbito empresarial y, al mismo tiempo, no se inician acciones en otros sectores, principalmente la educación y formación profesional, en los que, en la mayoría de los casos, nacen las prácticas y comportamientos discriminatorios, la medida puede convertirse en un remedio insuficiente.

Con la introducción de las cuotas de género en el espacio económico se quiere eliminar de raíz una jerarquía de género “artificialmente creada” y, por lo mismo, “artificialmente modificable”. Las cuotas, tal y como se conciben en la Propuesta –respetuosas del principio de mérito y únicamente en casos donde exista una infrarrepresentación del sexo- no atentan contra el derecho de igualdad ni contra la libertad de empresa.

Este tipo de acciones deben ir forzosamente dirigidas a alcanzar un verdadero cambio en las mentalidades, actitudes y conductas que incitan la situación de desigualdad, a fin de situar a todos los miembros de la sociedad (tanto hombres como mujeres) en las mismas condiciones de participación de aquellos bienes que se consideran escasos. En la medida en que se quiebren los antiguos modelos de segregación y jerarquía y se abran oportunidades para todos los grupos y minorías, tendremos una sociedad más justa y equitativa, en la que las cuotas serán un mecanismo totalmente innecesario, pero hasta entonces su adopción, a pesar de suscitar gran controversia, ha demostrado ser precisa y eficaz.

Notas bibliográficas

- Alimo-Metcalfe, B. (1995): “An investigation of female and male constructs of leadership and empowerment”, *Women in Management Review*, 2, pp. 3-8
- Atienza, M. (1996), “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho*, 19, pp. 111-122
- Brown, D. A. H.; Brown, D. L. y Anastasopoulos, V. (2002): *Women on Boards: Not Just the Right Thing ... But the Bright' Thing*, Ottawa.
- Burke, R. (1997): “Women directors: selection, acceptance and benefits of board membership”, *Corporate Governance*, 3, pp. 118-125
- Carter, N. y Silva, C. (2011): “The Myth of the Ideal Worker: Does Doing All the Right Things Really Get Women Ahead?” *Catalyst Report*
- Catalyst (2013): *Why Diversity Matters*, disponible en: <http://www.catalyst.org/knowledge/why-diversity-matters>
- Comisión Europea (2015), *Gender balance on corporate boards. Europe is cracking the glass ceiling*.
- Crédit Suisse Research Institute (2012): *Gender diversity and corporate performance*, disponible en: <https://www.credit-suisse.com/es/en/about-us/responsibility/news-stories/articles/news-and-expertise/2012/07/en/does-gender-diversity-improve-performance.html>
- Dahlerup, D. (2006): *About quotas*, disponible en: <http://www.quotaproject.org/aboutQuotas.cfm>
- Gabalón, P. (2013): *Mujeres en los Consejos de Administración y en la Alta Dirección en España*, Centro de Gobierno Corporativo. Disponible en: <http://centrogobiernocorporativo.ie.edu/wp-content/uploads/sites/87/2013/11/Inv.-Pub.CGC2013-I.pdf>
- Hoel, M. (2008): “The quota story: five years of change in Norway”. En, S. Vinnicombe, V. Singh, R. J. Burke, D. Bilimoria y M. Huse (Eds.) *Women on Corporate Boards of Directors: International Research and Practice*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 79-87
- Huerta Viesca, M. (2013): “En torno a la Propuesta de Directiva comunitaria sobre equilibrio de género e igualdad en los consejos de administración de las sociedades cotizadas de la Unión Europea, COM (2012) 614 final, 2012/0299 (COD)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 41, pp. 217-248.
- Informa, *Las mujeres en los consejos de administración de las empresas españolas. Estudio comparativo 2008/2009*. Disponible en: http://www.objetivo15.net/doc/2009_Informa_MujeresEnConsejos.pdf
- Mercader Uguina, J. (2005): “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”, *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, 2005, 57, pp. 281-302.

toma de decisiones (económicas, sociales, políticas, etc.) en igualdad de condiciones que el varón. Ahora bien, dichas medidas deben estructurarse con miras a incluir a la mujer al espacio público pero también al hombre verdaderamente en el ámbito privado, puesto que, en caso contrario, estarían reafirmando el estereotipo de que el cuidado de los hijos corresponde en exclusiva a las madres. Al respecto: Salazar Benítez, O. (2010): Cartografías de la igualdad: ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 122.

- Oakley, J. (2000): "Gender-based Barriers to Senior Management Positions: Understanding the Scarcity of Female CEOs", *Journal of Business Ethics*, 27, pp. 321-334.
- Rodríguez González, A. (2011): "Ley núm. 2011-103 de 27 de enero, relativa a la representación equilibrada de mujeres y hombres en el seno de los consejos de administración y vigilancia de la igualdad profesional", *Revista de Derecho de Sociedades*, 36, pp. 539-542.
- Rodríguez González, A. (2011): *Mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles*, Valladolid.
- Ruiz Miguel, A. (1994): "Discriminación inversa e igualdad". En Valcárcel, A. (Comp.), *El concepto de igualdad*, Fundación Pablo Iglesias, Madrid.
- Salazar Benítez, O. (2010): *Cartografías de la igualdad: ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Sastre Ibarreche, R. (2004): "La acción positiva para las mujeres en el Derecho comunitario", *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 6.
- Senent Vidal, M. (2007): "Equidad de género en la responsabilidad social empresarial", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 67, pp. 203-211
- Senent Vidal, M. (2011): "El principio de presencia equilibrada en el ámbito del Derecho privado". En M. García Rubio y M. Valpuesta Fernández (Dir.) *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Valencia, pp. 1281-1312.

RECENSIÓN

LOS MUROS DE EUROPA

“¿EL REENCUENTRO EUROPEO? A los veinticinco años de la caída del Muro de Berlín”. Salvador Forner Muñoz (Ed.), Tirant Humanidades, Valencia, 2014.

I. Una publicación útil y pertinente que recoge y conmemora un acontecimiento clave de la Europa de posguerra: la caída del Muro de Berlín.

Si tuviéramos que hacer un balance y señalar uno de los hitos históricos más trascendentales para el cambio surgido en la Europa de posguerra, sin duda ese sería la caída del Muro de Berlín. La obra “*¿El reencuentro europeo? A los veinticinco años de la caída del Muro de Berlín*” recientemente escrita por un conjunto de ilustres profesores e investigadores recoge con claridad y rigor las consecuencias fundamentales que dicho acontecimiento supuso en la historia de la Europa comunitaria. El libro aborda desde una perspectiva multidisciplinar las consecuencias más importantes que se desencadenaron a raíz de ese inolvidable 9 de noviembre de 1989.

Curiosidades o azares de la historia, el 9 de noviembre ha sido una fecha clave, recordada también por otros sucesos destacables ocurridos a lo largo del siglo XX. Así, fue un 9 de noviembre cuando en 1918 se produjo la abdicación del Kaiser Guillermo II tras la derrota germana de la I Guerra Mundial dando comienzo a la República de Weimar, también un 9 de noviembre de 1923 fracasó en Alemania el *Putsch* de Múnich, fue también el día en el que en el año 1938 tuvo lugar la trágica *Kristallnacht* y, en otro orden de cosas, fue también la fecha en la que en 1888 nació en Cognac, el estadista y financiero francés Jean Monnet quién pasaría a ser considerado como uno de los “Padres de Europa”.

Con motivo del vigésimo quinto aniversario de la caída del Muro de Berlín surge el presente estudio riguroso y serio invitándonos a reflexionar y hacer un balance sobre el pasado reciente de Europa, sus encuentros y desencuentros, y sobre los retos presentes como futuros a los que se ha de enfrentar. Los autores consiguen adentrarnos en un tema tan extenso y complejo exponiendo interesantes y originales reflexiones, así como unas esclarecedoras conclusiones a lo largo de la obra.

II. Una obra de gran alcance por su variada temática y por su estudio de los hitos históricos más recientes acaecidos en nuestro continente, sin los cuales no podríamos entender la Europa actual.

La presente publicación de gran completud abarca una serie de temas que no podían faltar en una obra de estas características y que tienen especial trascendencia hoy día, con una Unión Europea situada en el eje de todas las decisiones políticas y económicas relevantes en la región.

Centrándonos en los inicios de un tema tan considerable, cabe destacar las valiosas aportaciones de los profesores Guillermo Á. Pérez Sánchez y de José Girón Garrote, en los capítulos I y II respectivamente, donde se analizan con detenimiento los sucesos previos que provocaron la descomposición del bloque soviético. Así, el profesor Pérez Sánchez realiza un preciso recorrido por los principales acontecimientos, desde la celebración del XX Congreso del Partido Comunista de la Unión Soviética en 1956, pasando por la puesta en marcha de una nueva política y reformas -la *perestroika* y el *glasnost*- por Mijaíl Gorbachov entre los años 1985 y 1987 lo que terminó por poner de manifiesto el “problema nacional”. En una Unión Soviética en declive económico, lo único que hacía funcionar al sistema soviético y que, en consecuencia, podía transformarlo, era su estructura de mando Partido-Estado heredada de la era estalinista. De modo que el cambio vino necesariamente “desde arriba” con las políticas reformadoras de la *perestroika* y el *glasnost*, que inevitablemente chocaron con esa estructura autoritaria de poder. Ello desembocó finalmente en la conspiración fallida de golpe de Estado de agosto de 1991 que terminó con la extinción de la URSS el 25 de diciembre de ese mismo año.

Consecuencia fundamental de la caída del Muro y de la desintegración de la URSS fue el “retorno a Europa” de los países del antiguo bloque soviético. En este sentido, resulta muy esclarecedora la aportación que el profesor Girón Garrote hace en el libro al elaborar un análisis de lo sucedido en los distintos Estados que recobraron sus libertades. La presión de los Estados satélite del bloque soviético fue decisiva para la definitiva caída del Este. La opinión pública de estos Estados, contraria al socialismo, se había mantenido resignada durante los años setenta por las intervenciones militares de la URSS en Hungría en 1956 y en la primavera de Praga de 1968. Sucesos que para gran parte de los intelectuales afines al comunismo, como el polaco Lezek Kolakowski, supuso la total pérdida de legitimidad de Moscú. Fue precisamente en Polonia, Estado de fuerte nacionalismo polaco, antiruso y católico, donde el sindicato obrero “Solidaridad”, fundado por Lech Walesa y luego transformado en partido político, forzó al gobierno de W. Jaruzelski a negociar en lo que se conocería con el nombre de los “Acuerdos de la Mesa Redonda” y a celebrar las primeras elecciones generales libres desde la II Guerra Mundial, que dieron lugar al primer gobierno no comunista desde 1948 con Tadeusz Mazowiecki como Primer Ministro. La puerta se había abierto y solo había que esperar. Ello sin olvidar que fue Checoslovaquia el primer Estado que abrió libremente sus fronteras el 4 noviembre - cinco días antes de la apertura “oficial” del Muro-, lo propició que más de 30.000 personas abandonaran el país a través de ellas. Muchas de ellas para llegar a Alemania Occidental y, por ende, a Berlín Oeste.

Interesa destacar el interés que se muestra en el libro por tratar la influencia que tuvieron los intelectuales en el desarrollo de los acontecimientos. Al respecto, el profesor José María Marco hace una interesante aportación en la obra sobre la rela-

ción que tuvo “*la intelligentsia*” y la caída del Muro de Berlín. En este capítulo se habla de importantes e influyentes pensadores del momento como el mencionado L. Kolakowski, Raymond Aron o Anthony Giddens entre otros.

Sin duda los partidos políticos sucesores, herederos de los partidos comunistas, jugaron un papel esencial en la transición a la democracia en Europa del Este. El profesor Ricardo Martín de la Guardia nos muestra cuidadosamente en el libro cómo estas formaciones de corte postcomunista, algunas reconvertidas en organizaciones socialdemócratas, otras apostando por mantener una postura neocomunista, fueron capaces de adaptarse al nuevo escenario, de influir y conseguir respaldo, con sus diferencias, tras la caída del Muro.

Por supuesto, tampoco podemos pasar por alto el delicado proceso de reunificación alemana y el alto coste que supuso no solo para la nueva Alemania sino también para sus socios de la UE. Las consecuencias económicas de esta “fusión-absorción” son tratadas con claridad en la obra por los profesores Sara González y Juan Mascareñas quienes con seriedad y rigor académico presentan datos y contenidos relevantes para comprender el alcance que este proceso tuvo y del cual, como algunos autores señalan, aún somos herederos.

Recordando las palabras de Adam Michnik, “lo peor del comunismo es lo que viene después”. Con certeza se puede afirmar que una de las consecuencias más desastrosas que supuso el derrumbamiento del bloque soviético fue el problema balcánico con las sucesivas guerras a partir de 1991. Seguramente, como bien afirma el profesor Roque Moreno en un capítulo dedicado a esta cuestión, no hay una sola causa ni un solo responsable. Nos encontramos con causas internas, estructurales, fruto de una región considerada como un hervidero de antiguos odios y resentimientos culturales. A lo anterior, se añaden también causas externas, producto de la política de intervención internacional y de las políticas exteriores de las potencias occidentales. Es posible, siguiendo a Tony Judt, que ambas interpretaciones “irresponsabilizan” a los propios yugoslavos de su historia, si bien las dos concepciones son ciertas pues ambas no son absolutas ni exclusivas.

Tras el derrumbamiento de la URSS se puso fin al bilateralismo mundial y cambió por completo el escenario internacional. Las consecuencias estratégicas de este tránsito son expuestas con acierto en el libro por el profesor Rafael L. Bardají. Su análisis se complementa con unas valiosas reflexiones que el autor hace en torno a los trabajos de Francis Fukuyama sobre “El fin de la Historia” (1992) y “El choque de civilizaciones” (1996) de Samuel P. Huntington, para reflexionar sobre las fricciones y amenazas que se producen entre el mundo Occidental y sus fronteras, fundamentalmente tras el 11-S.

En otro orden de cosas, tampoco podía faltar el análisis jurídico de esta temática desde una perspectiva constitucionalista. Desde este punto de vista, la profesora Yolanda Gómez ahonda en la cuestión referida al denominado “constitucionalismo multinivel” que se da en el seno de la Unión Europea. La autora realiza interesantes aportaciones sobre cómo las ampliaciones de 2004 y 2013 han servido de cauce para que los países del Centro y Este de Europa transformen sus sistemas constitucionales adaptándolos al sistema constitucional multinivel europeo.

Como es lógico, especial preocupación anida en la obra la cuestión sobre el proceso de ampliación de la Unión Europea al Este, sin duda uno de los retos más importantes y complicados para el proyecto de construcción europea. “Necesidad política” u “obligación moral” como algunos lo han considerado, la adhesión a la Unión de diez nuevos países en 2004 ya ha cumplido más de diez años. A cargo del profesor Donato Fernández se detalla en la obra el desarrollo de tan arduo proceso, aún sin concluir. La ampliación de la Unión al Este originó también un importante fenómeno migratorio, un desplazamiento de ciudadanos movidos en gran parte de los casos por un factor vital como es la fuerza laboral. Con la sugerente pregunta *¿El final de la “frontera”?* la profesora Silvia Marcu aborda los principales factores que condicionan los flujos migratorios en Europa, prestando además una atención particular al caso español. Reflexiones que nos llevan a interrogarnos una y otra vez sobre la controvertida cuestión de “los límites de Europa”.

III. Una publicación sumamente oportuna y actual que nos lleva a reflexionar sobre muros no visibles que se levantan hoy ante nuevos retos que se plantean a Europa.

La obra recensionada guarda mucho interés para comprender la situación actual en la que los europeos nos encontramos. La situación de crisis económica unida a un profundo malestar social está llevando, en algunos Estados miembros, a unos cambios en el espacio político producidos por una irrupción de una serie de nuevas y distintas formaciones políticas. Este fenómeno se refleja también en el panorama político a nivel europeo. Las últimas elecciones europeas de 2014 han sido reveladoras en ese sentido al emerger por un lado, opciones populistas de derecha o extrema derecha y por el otro, formaciones alternativas situadas en la extrema izquierda y fuertemente críticas con los partidos tradicionales de izquierda. Los profesores Forner Muñoz y Senante Berendes realizan un análisis especialmente útil de la situación en la que se encuentra la izquierda en Europa occidental. Partiendo de un éxito que resultaría efímero del comunismo occidental en los años setenta, los autores abordan la trayectoria seguida por los antiguos partidos comunistas occidentales hasta la configuración de nuevas fuerzas políticas anticapitalistas. Como ciertamente afirman en su Epílogo, el papel que ocupen a partir de ahora estas formaciones, de acrecentarse, tendrá un efecto directo tanto en las políticas nacionales como en el propio diseño de la Unión Europea.

Otra cuestión de plena actualidad son “los otros muros” a los que hace referencia el profesor Amando de Miguel en el último capítulo, que tienen que ver con los obstáculos no visibles que ralentizan la construcción de la UE. Mediante un estilo ameno y una gran brillantez expositiva, el autor reflexiona sobre el objetivo de una Europa federal frenado por una serie de factores en todo punto interesantes como son el resurgimiento de los nacionalismos en Europa, la corriente euroescéptica con los británicos a la cabeza, la larga situación de crisis económica, el exceso de gasto público en la UE y los altos costes de la política europea, la crisis Estado de bienestar, o las difíciles relaciones con Rusia.

Finalmente, mención especial merece la introducción de la obra colectiva recensionada, a cargo del Prof. Dr. Salvador Forner, investigador de larga trayectoria

en cuestiones relativas a la construcción de Europa y su proceso integrador, que contribuye a ubicar con precisión al lector concretando el alcance de la obra y planteando el tema esencial de la misma que no es otro que el “reencuentro” o “unificación” simbólica de Europa. Es evidente que las circunstancias en las que Europa se encontraba en 1989 son hoy en día totalmente distintas. Las circunstancias económicas han variado y los cambios y avances tecnológicos que se han sucedido en estos últimos años son tan sorprendentes que algunos han llegado a denominar este fenómeno como una “revolución de las comunicaciones”. Esta “revolución” sin retorno está favoreciendo que los pueblos y naciones del continente estén experimentado un acercamiento hasta entonces imposible, siendo también un factor decisivo para un reencuentro de unos Estados que estaban separados y para la consolidación de la propia Unión Europea. Puede afirmarse también que un gran éxito de la Unión Europea ha sido el lograr aunar esfuerzos para estrechar lazos y compartir unos intereses y valores comunes, a pesar de encontrarse en la actualidad en sus horas más bajas.

Dice Tony Judt que “para poder comenzar a olvidar, una nación debe primero haber recordado. (...) La nueva Europa, unida por signos y símbolos de su terrible pasado, constituye un éxito notable; pero seguirá estando siempre hipotecada a ese pasado. Para que los europeos conserven ese vínculo vital...habrá que enseñárselo de nuevo a cada generación. Puede que la ‘Unión Europea’ sea una respuesta a la historia, pero nunca podrá sustituirla”¹. El presente libro colectivo contribuye precisamente a lo anterior, a recordar el pasado para entender el presente y reflexionar sobre el futuro. Se trata en definitiva, de una obra sumamente oportuna, útil y bien documentada, que tras un cuarto de siglo desde la caída del Muro que cambió la historia, viene a tratar temas de vital importancia para el devenir inmediato de la Unión Europea y su proceso integrador.

Graciela LÓPEZ DE LA FUENTE
Universidad de Valladolid.

¹ JUDT, Tony, *Posguerra. Una historia de Europa desde 1945*, Taurus, Madrid, 2011, pp. 1182 y 1183.

EN LA MUERTE DE DON JUSTINO, EL MAESTRO DUQUE EN LA MEMORIA

Justino Duque Domínguez, Don Justino para nosotros, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid, ex-rector de la misma, Decano honorario perpetuo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, falleció en Valladolid el pasado 31 de agosto, a los 88 años. Hasta comienzos del verano había seguido acercándose a la Facultad de Derecho, al despacho que aún conservaba en el Departamento de Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo y Derecho Internacional Privado. Todos esperábamos que superara el ingreso en el hospital que nos anunciaron. Pero esta vez no fue así. Él fue el verdadero artífice del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Valladolid, como antesala del actual Instituto de Estudios Europeos en el que se inserta la presente publicación. La Revista de Estudios Europeos no podía dejar de rendir tributo a quien fue el creador del entramado institucional europeo en nuestra universidad.

Don Justino Duque estudió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, con un brillante expediente, y aquí realizó lo fundamental de su carrera académica, bajo la dirección de su maestro, el profesor José Girón Tena, con el que entró como ayudante en 1951. Su doctorado lo finalizaría en 1957, con la tesis doctoral sobre La tutela de la minoría en la sociedad anónima, que abordó una cuestión en esos momentos de gran relevancia en Europa, materia que hoy vuelve a estar de plena actualidad a través de las tendencias del Buen Gobierno Corporativo. Obtuvo la cátedra en 1964, desplazándose a tomar posesión de la misma a la Universidad de La Laguna, para trasladarse con posterioridad a Salamanca y en 1970 a Valladolid, ante la marcha del profesor Girón Tena a la Universidad de Madrid.

Desde nuestra inevitable perspectiva subjetiva, hay varios hitos en la vida del profesor Justino Duque que resulta de interés destacar. Como discípulo del profesor Girón Tena, colaboró en la asesoría del famoso y espinoso caso de la sociedad canadiense Barcelona Traction Light and Power Company planteado ante el Tribunal Internacional de Justicia por demanda del Bélgica contra España (sentencia de 5 de febrero de 1970), a causa de la apertura de la quiebra por un juzgado de Reus en 1948 hasta llegar a la venta en pública subasta de la sociedad al financiero español Juan March. Una operación que levantaba internacionalmente la sospecha sobre nuestro Derecho concursal y sobre las instituciones españolas, por los vínculos del adquirente con el régimen franquista (pues sufragó el vuelo del Dragón Rapide que trasladó a Franco a la península). Toda la doctrina española se movilizó en el caso, tanto la doctrina del Derecho Mercantil como la del Derecho Internacional (público y privado), bajo el mando del profesor y diplomático Juan Manuel Castro-Rial Canosa, entre otras razones porque en el litigio no sólo estaban en juego los intereses españoles, sino también los de los Estados en desarrollo, receptores de capital, por

el tratamiento de la inversión extranjera. Al parecer, del análisis de este asunto le vendría al profesor Duque el interés en el estudio por los grupos de empresa y los holding empresariales, pues el caso planteaba numerosos problemas entre sociedades vinculadas, que internamente se resolvió a través de una treta jurídica, al considerar la “posesión civilísima” de las acciones de las sociedades del grupo, cuyos títulos originarios estaban en posesión de los órganos la Barcelona Traction y situados en el Canadá, y emitió nuevas acciones que subastó como bienes patrimoniales del procedimiento concursal (entendiendo su transmisión ipso iure a la masa del concurso). La ingente documentación del caso que examinó Don Justino se conserva como un legado en el Departamento bajo nuestra custodia.

Don Justino fue además rector de la Universidad de Valladolid entre 1982 y 1984. Fue el primer rector de la etapa democrática, elegido por sufragio electoral ponderado entre sectores, ganó las elecciones contra viento y marea gracias al voto masivo de los alumnos que determinaron el resultado. Su gestión fue breve (dos años) a causa de la aprobación de la Ley de Reforma Universitaria (la Ley Orgánica, 11/1983, de 25 de agosto. B.O.E. de 1 de septiembre), lo que obligó a iniciar los procesos de elección rectoral inmediatamente después de su entrada en vigor. El período del Claustro Universitario de la LRU durante su mandato, con la elección rectoral en la que resultó derrotado, sería seguramente uno de los períodos más duros, a causa del trato al que fue sometido por un grupo de notables claustrales del sector que salió victorioso. La desafección posterior de algunos de los suyos no dejó de llamarle la atención, aunque aludía a ellos con cierta socarronería.

Tras el paso por el Rectorado, fue cuando puso en marcha el Centro de Documentación Europea en la Universidad de Valladolid y ejerció de Director del nuevo Departamento de Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo y Derecho Internacional Privado, bajo la nueva regulación de la LRU. En esta etapa ya puede decirse que tenía consolidada su escuela de Derecho Mercantil, con catedráticos como Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, Marcos Sacristán Represa, Jesús Quijano González o Luis Velasco San Pedro y las nuevas generaciones que se fueron sumando paulatinamente.

Tuvo la mala suerte de que le tocó una ocurrencia del legislador que, de un modo que resultaría temporal, rebajó la edad de jubilación de los profesores universitarios y le jubilaron prematuramente a los 65 años, ampliando su vínculo con la Universidad con dos años más como profesor emérito, que en la práctica se alargarían indefinidamente, al mantener un despacho en el Departamento, donde podía continuar desarrollando su actividad intelectual y social. Su compromiso social con Justicia y Paz, por ejemplo, había sido durante años una actividad permanente. De esta última etapa, no podemos dejar de referir las múltiples conversaciones de las más diversas materias que desde su vasta cultura y su conocimiento de Valladolid pudimos sostener, desde Miguel Delibes, en su posición de profesor de la Escuela de Comercio, o sobre los literatos de nuestra ciudad y el papel del El Norte de Castilla en ella, hasta la muy reciente persecución inquisitorial (“españolísima” diría) al libro sobre Jesús del teólogo vasco José Antonio Pagola, por el que ambos nos habíamos interesado.

El remate final a su trayectoria fue sin duda la concesión del Premio Castilla y León de Ciencias Sociales y Humanidades de 2010 por parte de la Junta de Castilla y León “por su trayectoria humanista al servicio del Derecho y de la docencia; su aportación a la Ciencia Jurídica, su magisterio en el área del Derecho Mercantil vinculado a las Universidades de Castilla y León y el haber creado una destacada escuela”. Quienes estuvimos cerca de él, le debemos muchas cosas. Como el dicho clásico, que la tierra le sea leve.

Dámaso Javier Vicente Blanco