



**Financiado por el Programa de Justicia de la Unión Europea (2014-2020).**  
El contenido de esta publicación representa únicamente la opinión del autor y es su única responsabilidad. La Comisión Europea no acepta ninguna responsabilidad por el uso que pueda hacerse de la información que contiene.

## **Caso práctico**

### **Litigación en Derecho de la Unión Europea**

#### **FORMACIÓN AVANZADA PARA ABOGADOS EN LA PRÁCTICA PRIVADA**

Por  
Daniel Sarmiento

Banka Universia (“BU”) es una importante entidad de crédito sujeta a la supervisión tutelar del Banco Central Europeo (“BCE”). BU está establecida en Coreliana, un Estado miembro de la UE. El director ejecutivo de BU es J. Guppa, un reconocido economista con más de treinta años de experiencia en el sector bancario.

En el contexto de sus actividades de supervisión, el BCE informó a BU en diciembre de 2020, en una carta dirigida al Sr. Guppa, de la Decisión de la junta de supervisión de someterse a una inspección *in situ* para revisar la aplicación y el cumplimiento de las medidas de ciberseguridad en la BU. Como es sabido, la BU se considera una infraestructura esencial de conformidad con el anexo II de la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas para un alto nivel común de seguridad de las redes y los sistemas de información en toda la Unión. Además, entre las prioridades de supervisión del BCE para 2021, los riesgos de ciberseguridad son uno de los principales objetivos de supervisión del BCE, con el fin de garantizar que las entidades de crédito estén bien protegidas de posibles ataques.

El 5 de febrero de 2021, un equipo de personal del BCE, encabezado por el director de la inspección *in situ*, Sr. Collfu, llegó a Coreliana y se reunió con el personal de la BU en una reunión inicial que tuvo lugar en las instalaciones de la BU. Entre otras cuestiones de organización, el Sr. Collfu informó verbalmente al Sr. Guppa de las preocupaciones del BCE sobre los riesgos de ciberseguridad, pero también, en términos más generales, sobre el cumplimiento de los sistemas informáticos, la gestión de datos y la protección de datos. El Sr. Guppa y el director general de Informática expresaron su sorpresa al Sr. Collfu por el amplio alcance de la inspección, refiriéndose al hecho de que la carta inicial del BCE en la que informaba de la inspección sólo se refería a los riesgos de ciberseguridad. El Sr. Collfu respondió que la noción de ciberseguridad debe interpretarse en un sentido amplio y, por lo tanto, debe incluir cualquier riesgo derivado

de la gestión de las tecnologías de la información y los posibles incumplimientos normativos derivados. En el curso de la reunión inicial, BU aceptó el plazo propuesto por el BCE, que incluía el trabajo *in situ* del personal del BCE durante los próximos dos meses. El personal del BCE tenía que tener acceso a toda la información relevante que solicitara.

Esa misma tarde, BU recibió, a través de su cuenta de correo electrónico oficial, una Decisión, firmada por el Sr. Collfu, en la que se informaba a BU del inicio de la inspección *in situ* sobre los riesgos de ciberseguridad. La Decisión también especificaba el calendario, el alcance de las investigaciones y añadía que el BCE “adoptará todas las medidas apropiadas para garantizar el pleno cumplimiento de las normas reglamentarias y las mejores prácticas por parte de la BU”.

En el transcurso de la inspección *in situ*, el personal del BCE accedió a los sistemas informáticos de BU y realizó un intenso análisis de las prácticas aplicadas en el pasado y de la gestión de los sistemas. Al revisar el funcionamiento de la seguridad del correo electrónico, el personal del BCE tuvo acceso a varios correos electrónicos en los que se destacó la expresión “supervisión del BCE – altamente confidencial – seguridad”. Cuando el personal del BCE revisó el contenido de estos correos electrónicos, encontraron ocho mensajes en los que el jefe del servicio jurídico y el secretario general del consejo de administración de BU intercambiaron opiniones con el director de riesgos sobre el nuevo nombramiento del Sr. Guppa como director general del banco. El tema de la correspondencia era la condena del Sr. Guppa por fraude fiscal y blanqueo de capitales en febrero de 2019 en un tribunal penal de Fraudalia, un país vecino que no es miembro de la UE. Los correos electrónicos confirman la preocupación del banco sobre la capacidad del Sr. Guppa para recibir la autorización del BCE para su reelección en 2020. Como resultado de los intercambios, ambos miembros del personal decidieron que el mejor curso de acción era no revelar esta información al solicitar la autorización de la reelección del Sr. Guppa. En uno de los últimos correos electrónicos del intercambio, el director del servicio jurídico añade:

*“Nosotros lo mantenemos en secreto, no decimos ni una palabra a los burócratas de Frankfurt y el jefe permanece en su puesto. Y nosotros también, amigo mío. Si perdemos, usted sabe que ambos seremos los siguientes en salir por la puerta”.*

El 20 de mayo de 2021, el BCE remitió a la BU un borrador de informe de inspección. En su contenido, el informe detallaba las principales incidencias de la inspección, enumerando una lista exhaustiva de áreas de mejora en materia de ciberseguridad y sistemas informáticos. En sus conclusiones, el informe añade que, en el transcurso de las investigaciones, el equipo de inspección *in situ* recopiló otra información relevante de interés a la luz de las obligaciones de supervisión de BU.

El 28 de mayo de 2021 tuvo lugar una reunión de clausura, esta vez en la sede del BCE en Frankfurt. Una vez que el Sr. Collfu terminó de enumerar los problemas de ciberseguridad y escuchó las observaciones del personal de BU al respecto, se refirió a la correspondencia electrónica relativa al Sr. Guppa en Fraudalia. Considerando la gravedad de los hallazgos, el Sr. Collfu informó a la BU de que los correos electrónicos habían sido remitidos al Departamento de Supervisión Común encargado de la BU, con

el fin de que actuara y, en su caso, informara de los hechos a la unidad de sanciones del BCE.

El Sr. Guppa, visiblemente afligido, informó a los empleados del BCE de que la condena había sido anulada en apelación a finales de 2020, que era inocente de cualquier delito y que las investigaciones abiertas en Fraudalia tenían una motivación política por parte de un fiscal que ahora estaba destituido, tras las elecciones celebradas en ese país a mediados de 2019. El Sr. Collfu añadió que se sentía aliviado al saberlo, pero que, sin embargo, la información no había sido comunicada en el momento oportuno, en el curso de la reelección del Sr. Guppa. El Sr. Collfu también destacó el correo electrónico en el que el personal de BU decidió eludir toda referencia a estos hechos ante el BCE, mostrando una conducta corporativa inapropiada y una clara y evidente voluntad de eludir las tareas prudenciales del supervisor.

Poco después de la reunión, BU fue informada por carta de 15 de junio de 2021 de la decisión del Departamento de Supervisión Común de remitir la información pertinente, incluida la correspondencia electrónica sobre la condena del Sr. Guppa, a la unidad de sanciones del BCE.

El 1 de septiembre de 2021, la unidad de sanciones del BCE remitió un pliego de cargos a la BU, informando de su Sentencia de abrir un procedimiento de sanciones a la luz de los hechos de supervisión pertinentes, revelados en el curso de la inspección *in situ* de 2021. Según la Unidad de Sanciones del BCE, los hechos revelados constituían una infracción del artículo 94 del Reglamento General<sup>1</sup>, con varias circunstancias agravantes, incluida la intención consciente de los altos cargos de la UB de ocultar información relevante a las autoridades de supervisión, así como la gravedad de los delitos por los que el Sr. Guppa fue juzgado y condenado. En el pliego de cargos no se hace referencia a la eventual absolución del Sr. Guppa en 2020.

El 5 de septiembre de 2021, el BCE envió a la UB la versión final del informe de inspección, tras la reunión de cierre que tuvo lugar el 28 de mayo de 2021 y las observaciones escritas presentadas por la UB. En su sección final, el informe de inspección insiste en la pertinencia de la correspondencia revelada y en la gravedad de los delitos que podría entrañar esa correspondencia. Una vez más, no se hace referencia a la absolución del Sr. Guppa en 2020, a pesar de que, en las observaciones escritas de BU, el banco había proporcionado al BCE todos los documentos pertinentes que confirmaban la absolución de todas las acusaciones del Sr. Guppa en los tribunales de Fraudalia.

El 20 de septiembre de 2021, la BU recibió una Decisión del BCE, promulgada por el Consejo de Supervisión y fechada el 18 de septiembre de 2021, en la que se enumeraban las medidas de supervisión que la BU debía introducir tras la inspección *in situ* sobre los riesgos de ciberseguridad. El mismo día, el Comité de Supervisión del BCE emitió una

---

<sup>1</sup> 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)

Recomendación en la que pedía a la BU que tomara todas las medidas necesarias para evitar las malas prácticas de gestión empresarial, incluida la introducción de sólidos sistemas de información sobre las investigaciones penales de los directivos. En el punto 23 de la Recomendación, el BCE afirma:

*“Se pide a UB que tome todas las medidas necesarias con respecto a los acontecimientos de febrero de 2019 en Fraudalia y la gestión de la situación por parte de UB. En particular, la UB debería aplicar todas las medidas necesarias, incluida la terminación de contratos con la dirección, para garantizar que en el futuro no se produzcan precedentes de graves incumplimientos en materia de supervisión”.*

El 27 de septiembre de 2021, el Banco Central de Coreliana, encargado de las tareas de supervisión bancaria, dictó una orden a la BU en la que ordenaba a su Junta de Administración que adoptara todas las medidas necesarias para revocar su decisión de renombrar al Sr. Guppa en 2020. Según el Banco Central, a la luz de la información que le ha remitido el BCE tras una inspección *in situ*, existen pruebas irrefutables que demuestran que BU cometió graves actos ilícitos con el fin de eludir las obligaciones de información en el curso de la reelección del Sr. Guppa como director general. La orden tiene su base legal en la Ley de Ordenación Bancaria de Coreliana de 2016 y es efectiva a partir del 1 de enero de 2022, fecha en la que BU deberá haber tomado todas las medidas corporativas necesarias para acometer el cese del Sr. Guppa.

#### **Preguntas:**

1. ¿Cuál es el acto impugnabile en caso de que BU quiera interponer un recurso contra las medidas impuestas derivadas de la inspección *in situ*?
2. ¿Podría impugnarse alguna de las medidas del BCE ante los tribunales nacionales? En caso afirmativo, ¿en qué condiciones?
3. En el caso de las medidas dirigidas a rescindir el contrato de personal, ¿tiene la BU legitimación para interponer dicho recurso, o se limita únicamente a los empleados?
4. ¿Puede la BU solicitar medidas cautelares?
5. En el caso de la Decisión y Recomendación del BCE, ¿qué motivos de anulación podría alegar la BU en su favor?
6. ¿Puede el BCE hacer uso de una inspección *in situ* con un objeto específico para investigar infracciones reglamentarias de un ámbito diferente? ¿Cómo afecta esta cuestión a los recursos de la BU ante los tribunales?

## Respuestas

1. ¿Cuál es el acto impugnabile en caso de que BU quiera interponer un recurso contra las medidas impuestas derivadas de la inspección *in situ*?

La cuestión de las inspecciones *in situ* del BCE es un ámbito novedoso en la práctica, pero se refiere a la noción tradicional de “actos preliminares”, que, en principio, no pueden ser cuestionados en una acción directa. Una inspección *in situ* es una medida de investigación que puede dar lugar a decisiones vinculantes en una fase posterior. Por lo tanto, las impugnaciones deben presentarse directamente contra las medidas de carácter definitivo impuestas a la empresa. Los únicos casos en los que el Tribunal de Justicia ha admitido excepciones a este planteamiento, es cuando la medida preliminar plantea una cuestión esencial de procedimiento que no puede ser subsanada al impugnar el acto final.<sup>2</sup>

Corresponderá a los demandantes argumentar si la inspección *in situ*, tanto en la fase preliminar cuando se notifica a la BU, como cuando se emite el informe de inspección, es un acto preliminar que plantea una cuestión esencial de procedimiento. Esta cuestión está actualmente abierta a debate porque el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre los efectos jurídicos de las inspecciones *in situ* del BCE.

Será difícil argumentar que la carta en la que se informa a la BU de la inspección *in situ*, o el informe final de la inspección, es un acto impugnabile. Esto se desprende claramente del hecho de que, como resultado de la inspección *in situ*, se introdujeron varios actos del BCE y nacionales. Por lo tanto, los recursos deben interponerse contra estos actos finales y no contra los actos en las que se basó la inspección *in situ*.

Sin embargo, los demandantes podrían argumentar que la cuestión del alcance de la inspección *in situ* es una cuestión sustantiva esencial que debe tratarse antes de la inspección. Aunque el Reglamento 468/2014<sup>3</sup> no especifica que las inspecciones *in situ* deban tener un alcance predefinido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de competencia ha planteado la importancia de un ámbito claro para asegurar las garantías procesales de la empresa. Por tanto, podría argumentarse que a los efectos concretos de impugnar el alcance de la inspección *in situ*, y así evitar errores de derecho ulteriores en las decisiones finales que pudieran derivarse de la inspección *in situ*, estos actos preparatorios podrían ser directamente impugnables en un recurso de anulación.

Por último, en el caso de la Recomendación, el Tribunal de Justicia ha declarado que no basta con que una institución adopte una recomendación que supuestamente desconozca determinados principios o normas de procedimiento para que dicha

---

<sup>2</sup> Sentencia en los casos agrupados 23/63, 24/63 y 52/63 Usines Emile Henricot y otros contra Alta Autoridad ([1963] Rec. 217).

<sup>3</sup> 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).

recomendación sea susceptible de un recurso de anulación, aunque no produzca efectos jurídicos vinculantes.

“Sin embargo, con carácter excepcional, la imposibilidad de interponer recurso de anulación contra una recomendación pierde validez si el acto impugnado, por su contenido, no constituye una auténtica recomendación.

A este respecto, al examinar el contenido del acto impugnado para determinar si éste produce efectos jurídicos obligatorios, debe tenerse en cuenta que, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, las recomendaciones quedan excluidas, conforme al artículo 263 TFUE, del ámbito de aplicación de dicha disposición y que, en virtud del artículo 288 TFUE, párrafo quinto, no tienen fuerza vinculante.”<sup>4</sup>

En otras palabras, la Recomendación tiene que ser un acto vinculante encubierto, una cuestión que debe analizarse a la luz de la redacción y el contexto del acto. En este caso particular, el lenguaje es imperativo y no deja ninguna duda sobre los objetivos de la medida: “se solicita”, “UB debe implementar”, una redacción que no deja margen de discreción a UB, sobre todo cuando la instrucción viene de su supervisor prudencial. Por lo tanto, los demandantes pueden argumentar que la Recomendación, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal, es de hecho un acto vinculante y, por lo tanto, impugnabile en virtud del artículo 263 del TFUE.

## 2. ¿Podría impugnarse alguna de las medidas del BCE ante los tribunales nacionales? En caso afirmativo, ¿en qué condiciones?

En principio, cualquier ley de la UE puede ser impugnada ante los tribunales nacionales mediante una cuestión prejudicial de validez. Sin embargo, es necesario que estas leyes de la UE se apliquen en el Estado miembro, por lo que siempre se tratará de una impugnación indirecta de la validez, canalizada a través de un recurso contra una ley nacional de implementación. Además, el demandante debe demostrar que no estaba legitimado para interponer un recurso directo contra el acto de la UE en los procedimientos ante los tribunales de la Unión. Este es el resultado de la jurisprudencia del TWD,<sup>5</sup> que exige que el demandante haga uso de la cuestión prejudicial de validez sólo para impugnar indirectamente actos de la UE que no estaba legitimado para impugnar dentro del plazo prescrito.

El Tribunal de Justicia ha confirmado recientemente esta jurisprudencia en el ámbito de la Unión Bancaria en el caso Iccrea Banca,<sup>6</sup> en el que declaró que los actos de la UE que puedan ser impugnados directamente ante los tribunales de la Unión por los solicitantes con capacidad para interponer dicho recurso están excluidos de solicitar el recurso mediante una cuestión prejudicial de validez.

---

<sup>4</sup> Sentencia de 20 de febrero de 2018, Bélgica/Comisión (C-16/16 P, EU:C:2018:79, párrafos 29 y 30).

<sup>5</sup> Sentencia de 9 de marzo de 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90).

<sup>6</sup> Sentencia de 3 de diciembre de 2019 (Iccrea Banca, C-414/18, EU:C:2019:1036).

3. En el caso de las medidas dirigidas a rescindir el contrato de personal, ¿tiene la BU legitimación para interponer dicho recurso, o se limita únicamente a los empleados

En el caso de la Recomendación que ordena la terminación de los contratos de personal, la cuestión de la legitimación sólo es pertinente si el Tribunal de Justicia decide que la Recomendación es una medida vinculante y, por tanto, un acto impugnabile. Una vez resuelto este punto, la cuestión de la legitimación activa debe ser examinada a la luz del párrafo cuatro del artículo 263 del TFUE.

En el caso de actos individuales con un destinatario, está claro en la jurisprudencia que el destinatario está legitimado para interponer una acción, siempre que tenga un interés en interponerlo (su posición jurídica mejorará en caso de que el recurso tenga éxito). Por lo tanto, BU estará legitimada para interponer un recurso contra la Recomendación. Cuestión distinta es si los empleados afectados están legitimados en este caso, ya que no están individualizados en la Recomendación, aunque es obvio que el acto se refiere al jefe del servicio jurídico y al director de riesgos. En este caso, los demandantes deben basarse en la jurisprudencia que se refiere a la legitimación frente a los recursos directos interpuestos por los demandantes con un interés individual y directo. El segundo criterio (de interés directo) es fundamental en este caso, ya que la jurisprudencia ha establecido que un demandante carece de interés directo si la medida impugnada requiere otros actos de ejecución y discrecionales. Aunque la Recomendación se refiere a la "terminación de contratos", también menciona "todas las medidas necesarias" de manera vaga, lo que permite una amplia variedad de medidas que pueden ser promulgadas por la BU. Por lo tanto, los demandados argumentarán con éxito que en el caso del personal tendrán que interponer esas medidas en los tribunales nacionales, probablemente en los tribunales laborales nacionales, un foro en el que podrán solicitar al tribunal que envíe una cuestión prejudicial de validez al Tribunal de Justicia para cuestionar la legalidad de la Recomendación.

En lo que respecta a la rescisión del contrato del Sr. Guppa, se trata de una medida que corresponde al Banco Central nacional y, por tanto, la cuestión de la legitimación corresponderá a la legislación nacional. Sin embargo, aunque se trate de una cuestión de legislación nacional, todas las normas procesales nacionales deben respetar los principios de eficacia y equivalencia de la UE, de modo que el demandante disponga de todas las vías de acción necesarias.

4. ¿Puede la BU solicitar medidas cautelares?

BU puede solicitar medidas cautelares a los tribunales de la Unión al interponer un recurso de anulación. Esta demanda debe presentarse al mismo tiempo que la demanda principal, y debe cumplir varios criterios sustantivos: riesgo de daño irreparable, apariencia de ilegalidad y ponderación de intereses.

BU puede solicitar medidas cautelares suspensivas para que los efectos de la Decisión y de la Recomendación del BCE se suspendan durante el tiempo en que el recurso se tramita ante el Tribunal General.

No obstante, en el caso de los tribunales nacionales, éstos adoptarán medidas cautelares de conformidad con la legislación nacional. Sin embargo, en casos excepcionales, el tribunal nacional tendrá la facultad de suspender los actos de la UE, siempre que se cumplan los requisitos mencionados anteriormente, y el tribunal nacional remita la cuestión de legalidad al Tribunal de Justicia mediante una cuestión prejudicial de validez.<sup>7</sup>

5. En el caso de la Decisión y Recomendación del BCE, ¿qué motivos de anulación podría alegar la BU en su favor?

El artículo 263 del TFUE contiene una lista preestablecida de motivos de revisión que el demandante debe alegar: falta de competencia, infracción de un requisito procesal esencial, infracción de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su aplicación, o desviación de poder.

En este caso, la BU puede alegar “requisitos procesales esenciales” sosteniendo que la inspección *in situ* tenía defectos esenciales desde su inicio, cuando se autorizó al equipo de inspección a observar cualquier otra infracción reglamentaria relevante, no sólo las relacionadas con los riesgos de ciberseguridad.

---

<sup>7</sup> Sentencias de 21 de febrero de 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest (C-143/88 y C-92/89, EU:C:1991:65, párrafo 16), y de 9 de noviembre de 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otros (C-465/93, EU:C:1995:369, párrafo 20).