

Pérez-Llorca

Revista Jurídica

dic/

/2022

© Pérez-Llorca Abogados, S.L.P.
Paseo de la Castellana, 50.
28046. Madrid
Depósito legal: M-7551-2019
ISSN: 2792-2871

Revista Jurídica Pérez-Llorca

NÚM. 8

DICIEMBRE
MADRID

2022

Revista Jurídica Pérez-Llorca

Consejo Editorial

Pedro Pérez-Llorca Zamora

Francisco José León Sanz

Encarna Cordero Lobato

Diego Marín-Barnuevo Fabo

Javier García Marrero

Javier Gutiérrez Gilsanz

Consejo de Redacción

Marisa Delgado Arrabal

Sara Bento San Román

Alba Díaz Suárez

Isabel Iglesias Feal

Mariana Muñoz Ceschini

Pérez-Llorca

Revista Jurídica

índice/

Artículo 20

100 años de *Paneuropa*

10

Estudios

Ley aplicable a la cláusula arbitral: un panorama internacional opuesto a la situación en España

16

La web3: una aproximación jurídica

36

La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento nacional: perspectiva práctica

60

Problemas y cuestiones

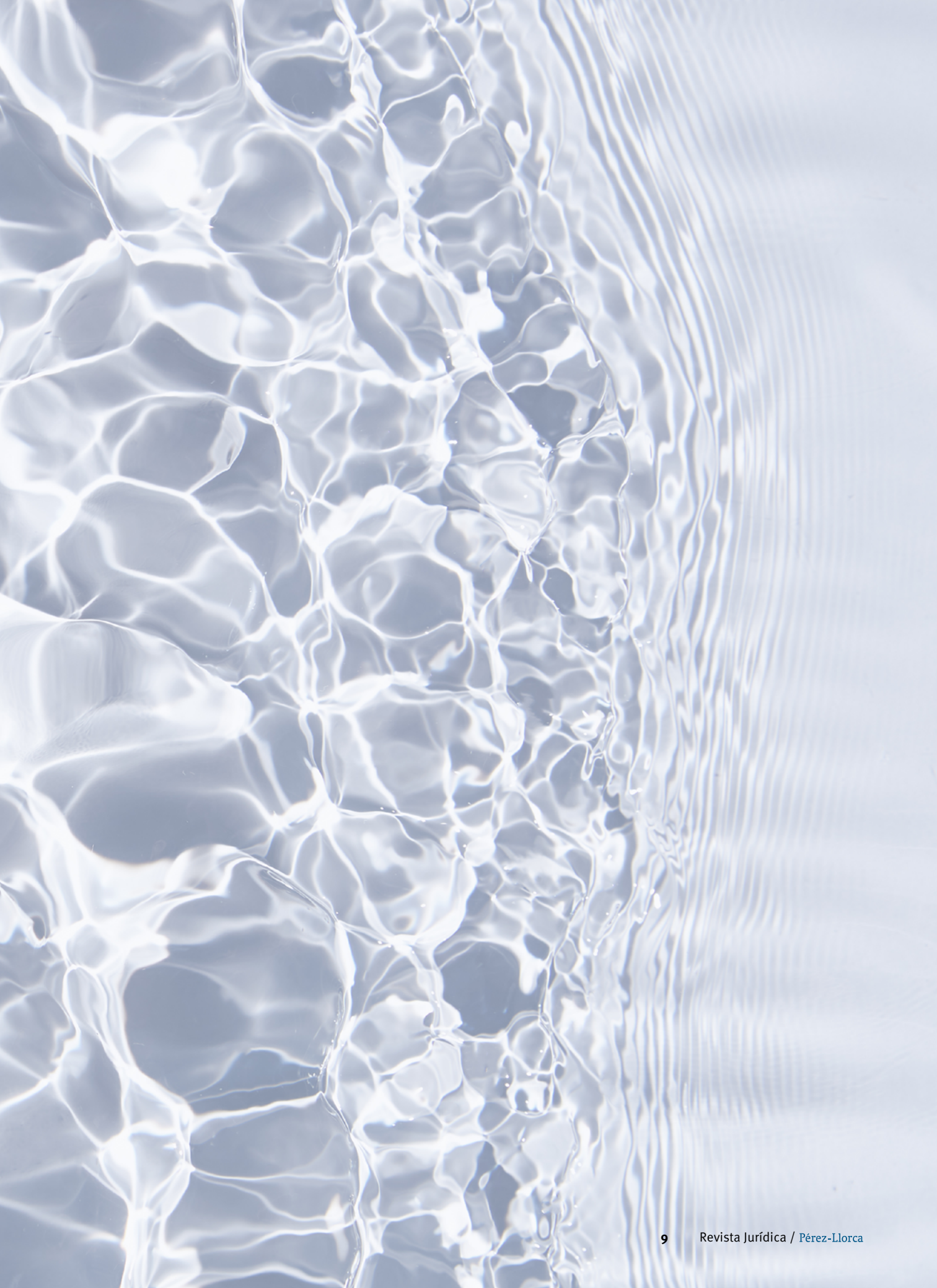
Lecciones americanas y europeas:
la interoperabilidad del software **78**

Las cargas urbanísticas: cuestiones prácticas y registrales **90**

La prueba de los gastos generales.
Planteamiento, posturas y situación actual **104**

Artículo 20

El artículo 20 de la Constitución Española de 1978 recoge y garantiza el derecho fundamental a la libertad de expresión. En esta sección de la Revista Jurídica Pérez-Llorca tienen cabida tribunas de figuras públicas de renombre abiertas a diferentes puntos de vista, con la premisa de ofrecer un espacio a opiniones diversas bajo este artículo 20.



100 años de *Paneuropa*

La *Unión Paneuropea Internacional*, también conocida como Movimiento Paneuropeo y *Paneuropa*, es el movimiento de unificación europeo más antiguo. El 17 noviembre 2022 ha celebrado 100 años de existencia en un Congreso Extraordinario en la ciudad de Viena. Su historia merece recuerdo, ya que es el origen del actual sistema de las instituciones europeas.

Su nacimiento data de la publicación en 1922 en el diario vienés *Neue Freie Presse* de la proclamación por el Conde Ricardo Nicolás Koudenhove-Kalergi, de origen checo, del riesgo de expansión en Europa del doctrinario comunismo soviético, y nuevas guerras en Europa tras la hecatombe de la 1ª Guerra Mundial, con colapso continental. Para evitarlo, Europa necesitaba unirse, para lo que Kalergi propuso un movimiento popular: *Paneuropa*. Su artículo se difundió rápidamente en capitales y cancillerías del continente, también en España, con apoyos de intelectuales como Ortega y Gasset o Salvador de Madariaga. En la propia Viena, en 1922 el Canciller austríaco, Ignaz Seipel, del Partido Social Cristiano, apoyó abiertamente al movimiento *Paneuropa*. En Alemania, el entonces alcalde de la destruida Colonia, Konrad Adenauer, se sumó al movimiento; y el entonces ministro francés de Asuntos Exteriores, Eduard Herriot, también se sumó. Intelectuales, políticos, empresarios, de naciones que lucharon entre sí en 1914-1918 respondieron a la llamada.

De ello surgió en 1926 el Primer Congreso de *Paneuropa*, en Viena, al que asistieron más de 2000 participantes de 24 países, que eligieron a Koudenhove-Kalergi como Presidente del movimiento. En 1929 el nuevo ministro francés de Asuntos Exteriores Arístides Briand propuso en la Sociedad de Naciones de Ginebra una federación de los países del continente europeo, que no obtuvo entonces el apoyo suficiente, e indirectamente fomentó *Paneuropa*.

En 1933, Hitler alcanzó el poder en Alemania, y –en consistencia con su ideal de raza superior descrito en su *Mein Kampf*– suprimió pronto la organización *Paneuropa* de Alemania. En marzo 1938, el *Anschluss* sustituyó el nombre de “Austria” por el de “*Ostmark*”, y suprimió *Paneuropa* de Austria. Koudenhove-Kalergi y otros dirigentes marcharon al exilio, en Suiza y en América. Desde allí, Koudenhove-Kalergi publica en 1940 “*Europe must unite*”, en vísperas de la catástrofe mundial, en el que amargamente lamenta que “En contra del orden de los Estados Unidos de América, en los 34 estados desunidos de Europa no hay sino anarquía: no hay ni Derecho, ni solidaridad, ni plan conjunto; sólo rige la fuerza”.

La Europa occidental se salvó por las ayudas del exterior, fundamentalmente los USA y el Imperio Británico. Pero la Europa oriental cayó bajo el yugo soviético. En Yalta, 1945, las tres potencias acordaron el desmembramiento de Europa. En ese año, se constituyeron las Naciones Unidas, con derechos de veto para dichas tres potencias (derecho que también recibieron, por concesión respectiva de aquéllas, la Francia liberada y China).

En 1948 tuvo lugar la Conferencia de La Haya, que presidió Winston Churchill y en la que –entre los ochocientos asistentes– participó Salvador de Madariaga; la Conferencia dio luz al *Movimiento Europeo*, inicialmente presidido por cuatro estadistas: Winston Churchill, Robert Schuman, Paul-Henri Spaak, y Alcide de Gasperi. En 1948, los USA dieron vitalidad a la destruida Europa con su *plan Marshall*, del que poco se benefició la España de esa época, que hizo de los USA la potencia más influyente en Europa, y que –poco después– apoyó las independencias de las colonias africanas de los europeos, cada una con su guerra y sus muertes.

En 1949 los países occidentales de Europa crearon el Consejo de Europa, con un Comité de Ministros y una Asamblea Consultiva. En ese foro nacieron nuevas iniciativas, en las que no entró España: en 1950 la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), y en 1952 la Comunidad Europea de Defensa, que no llegó a constituirse por rechazo de los USA, de Inglaterra y de Francia¹. En 1957 los europeos acordaron el Tratado de Roma, que añade a la CECA dos nuevas Comunidades: el Mercado Común (CEE) y el Euratom.

En 1972 ingresaron en la CEE el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. En ese año falleció en Suiza el fundador de Paneuropa, Conde Coudenhove-Kalergi. El Presidente francés, Georges Pompidou propuso a sus homólogos europeos la designación de Otto de Habsburgo-Lorena, hijo primogénito del Archiduque Carlos I de Austria y de la Emperatriz Zita de Borbón-Parma, como Presidente de Paneuropa². En 1974 sucedió a Koudenhove-Kalergi.

En 1976 la Asamblea Consultiva permutó a Parlamento Europeo. En los años siguientes, ingresaron en él Grecia, Portugal, y España. En 1979, Otto de Habsburgo fue elegido parlamentario europeo, manteniéndose como presidente de Paneuropa. En su labor parlamentaria destacó como promotor del acceso a la Unión Europea de los países prisioneros del Telón de Acero. El derribo del Muro de Berlín en 1989 abrió esa posibilidad, que permitió a la RDA, los países

1 El General De Gaulle se opuso.

2 Educado en Lequeitio, en España, entró luego en la Universidad de Lovaina en la que se doctoró, desde la que ingresó en Paneuropa en 1936; residió en Baviera: la URSS no permitió su regreso a Austria.

bálticos, Polonia³, Hungría, Chequia, Eslovaquia, Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Macedonia, su paulatino ingreso en la Europa comunitaria⁴.

En 1992 se aprobó el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, que regula el Parlamento, Consejo, Comisión, Tribunal de Justicia, y Tribunal de Cuentas europeos. En 1998, se sumó a ellas el Banco Central Europeo⁵.

En julio 2011 falleció Otto de Habsburgo en Baviera, tras 98 intensos años. Había renunciado a sus cargos en 2004; le sucedió Mr. Alain Terrenoire, Presidente Internacional, junto con su Vicepresidenta Ejecutiva, Condesa Walburga Douglas⁶.

La organización *Paneuropa* en España⁷ tiene una agenda anual con presentaciones, diálogos regulares con políticos y embajadores, y presencia en eventos europeos. Cabe v.gr.^a aludir a la crisis separatista de 2017 en Cataluña, a la que *Paneuropa* respondió con una conferencia de la catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona⁸ D^a Teresa Freixes Sanjuán.

En el mundo de la Europa Unida también hay que destacar el triste episodio del Brexit. Un referendo el 23 de junio de 2016 bajo el Premier inglés David Cameron inesperadamente y por pocos votos ganó la opción pro-Brexit, promovida por un "*Brexit Party*", liderado por Boris Johnson y Michael Farage⁹. El Tratado del Brexit se firmó el día de Nochebuena de 2020 por la Presidenta de la Comisión Ursula von der Layen y por el premier Boris Johnson. No fue una Feliz Navidad para Europa.

3 El Papa polaco San Juan Pablo II, antes y durante su papado, fue un apoyo importante a *Paneuropa*.

4 En 2004 ingresaron en la UE Polonia, Hungría, Chequia, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania y Eslovenia. Y en 2007 ingresaron en la UE Rumania y Bulgaria.

5 Tras un período de preparación de 4 años por el *Instituto Monetario Europeo*, que se convirtió en el BCE.

6 Nacida Walburga Habsburg-Lothringen, hija de Otto de Habsburgo.

7 www.paneuropaspain.es Presidida actualmente por el Prof. Dr. D. Florentino Portero Rodríguez, Catedrático de Historia Contemporánea en la Universidad Complutense de Madrid, CEU y UNED.

8 También titular de la *Cátedra Jean Monnet* adscrita a la Comisión Europea, especializada en Derecho europeo. Es Presidenta de la fundación Concordia Cívica que defiende en Cataluña la unidad nacional.

9 Historia exhaustivamente narrada en 2021 por el negociador de la Comisión Europea, Mr. Michel Barnier, en su detallado libro "*La grande illusion*". La negociación se llevó por parte de la Comisión por el comisario Michel Barnier, y por parte del Reino Unido por el embajador Tim Barrow. Varias fuentes confirman el apoyo inicial al Brexit por parte del entonces Presidente Trump y por Vladimir Putin, unidos ambos en evitar la unidad europea.

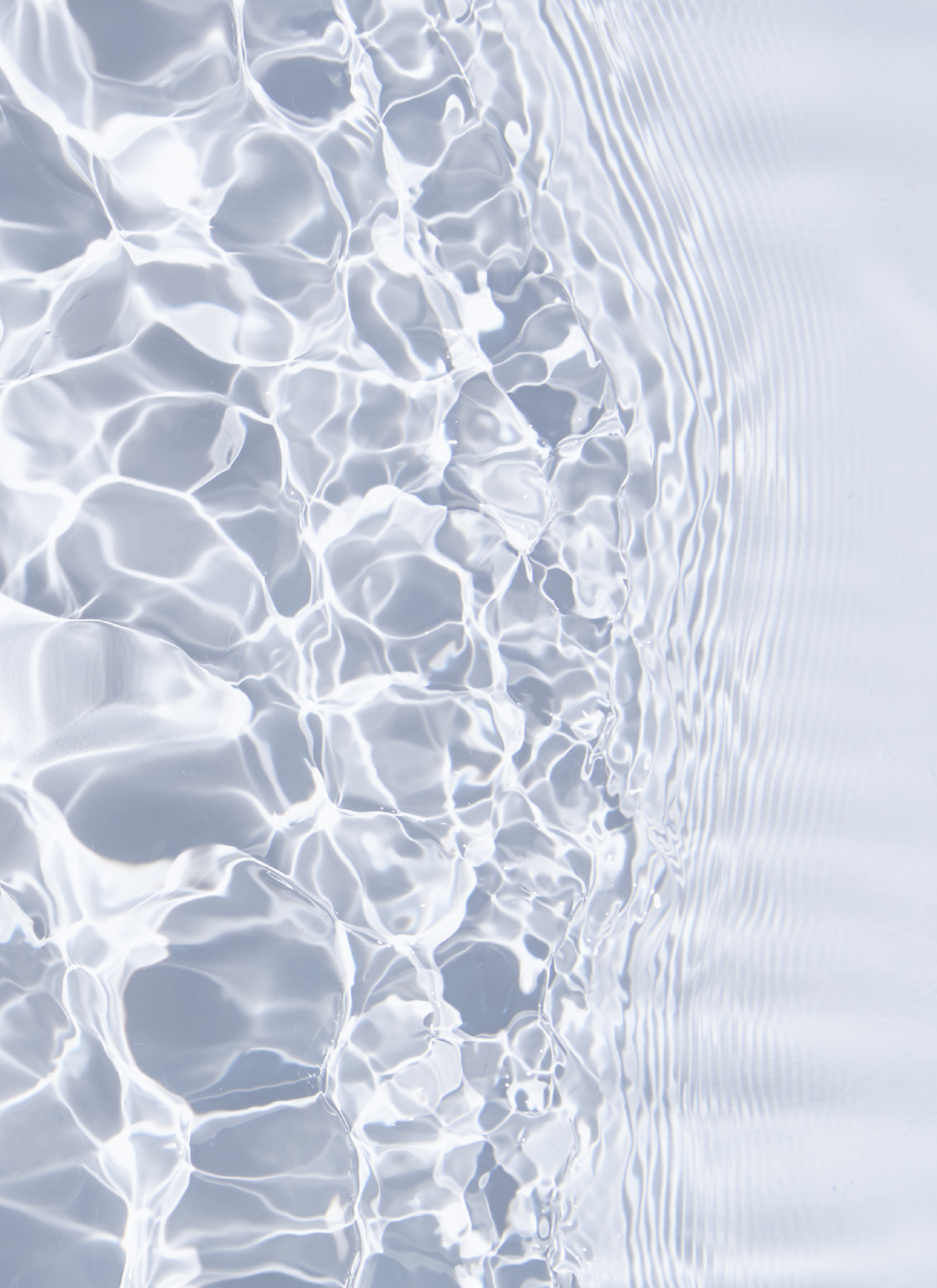
En este año del centenario de Paneuropa, queda aún pendiente una Defensa común europea. La OTAN es un apoyo fundamental para el “mundo libre” y, precisamente, para Ucrania; pero Europa depende del apoyo USA, esto es, de la política americana.

El Congreso de Viena ha celebrado los 100 años de Paneuropa el 17 noviembre 2022 con importantes conclusiones: acentuar la solidaridad intra-europea, más allá de la cooperación económica; cultivo de las raíces cristianas de Europa; fomentar el cambio de Rusia hacia parámetros de paz, democracia y estado de Derecho; y facilitar la incorporación a la UE de Ucrania, Moldavia, Georgia, Kosovo, Bosnia, Andorra, Albania, Macedonia, Montenegro, Serbia y Bielorrusia.

Antonio Sáinz de Vicuña y Barroso

Ex director del Servicio Jurídico del Banco Central Europeo (BCE)

Estudios



Ley aplicable a la cláusula arbitral: un panorama internacional opuesto a la situación en España

Javier García Urbano
Abogado de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

Ignacio Santabaya González
Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

I. Introducción	18
II. Cláusula arbitral y leyes aplicables en un arbitraje	18
1. El principio de separabilidad de la cláusula arbitral	19
2. Leyes aplicables en un arbitraje internacional	20
3. Importancia de la ley aplicable a la cláusula arbitral	21
III. Normas de conflicto de leyes aplicadas en el panorama internacional	22
1. Norma de conflicto a favor de la aplicación de la ley del contrato	22
2. Norma de conflicto a favor de la aplicación de la ley de la sede del arbitraje	25
3. Norma de conflicto a favor de la aplicación de la ley del Estado con un vínculo más estrecho y significativo a la cláusula arbitral	29
IV. Norma de conflicto en España: el artículo 9.6 LA	31
1. Aplicación y sentido del artículo 9.6 LA	32
2. Inclination de la jurisprudencia internacional hacia la solución española	34
V. Conclusión	35

Índice/

Fecha de recepción: 8 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2022



Resumen: De acuerdo con el principio de separabilidad, la cláusula o convenio arbitral contenida en un contrato puede verse sujeta a una ley distinta a la que aplica al contrato marco. Cuando las partes firmantes no designan expresamente qué ley va a aplicar a la cláusula arbitral, pueden surgir controversias.

El presente artículo examina las diferentes normas de conflicto de leyes empleadas a nivel internacional para determinar la ley aplicable al convenio arbitral en ausencia de elección expresa por las partes. Igualmente, se expondrá cuál es la norma de conflicto que impera bajo la jurisdicción española y cómo opera esta norma a tenor del artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje.

En definitiva, se podrá comprobar que el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje española ofrece una solución que contrasta con la imprevisibilidad que tiñe el panorama internacional.

Abstract: Under the principle of severability, arbitration clauses or agreements contained in contracts may be subject to a law other than the law that applies to the underlying contract. Where signatories to a contract do not expressly designate which law is to apply to the arbitration clause, disputes may arise.

This article examines the different conflict-of-law rules used at the international level to establish the law applicable to arbitration agreements in the absence of an express choice by the parties. Accordingly, it will explain which conflict rule prevails in Spanish law and how this rule operates in accordance with Article 9.6 of the Arbitration Act.

In short, Article 9.6 of the Spanish Arbitration Act offers a solution that contrasts with the unpredictability that characterises the international landscape.



Palabras clave: Arbitraje internacional; derecho internacional privado; cláusula arbitral; norma de conflicto de leyes; principio de separabilidad; *lex arbitri*; sede del arbitraje.

Keywords: International arbitration; private international law; arbitration clause; conflict-of-law rule; separability principle; *lex arbitri*; seat of arbitration.

Ley aplicable a la cláusula arbitral: un panorama internacional opuesto a la situación en España

I. Introducción

El procedimiento para determinar la ley aplicable a la cláusula arbitral en ausencia de elección expresa por las partes, es una de las materias que ha dado lugar a mayor inconsistencia e inseguridad jurídica en el ámbito del arbitraje comercial internacional. Desde hace años, tribunales arbitrales y juzgados nacionales han tomado diferentes aproximaciones a este problema, apoyados por una doctrina también inconsistente.

Esta falta de seguridad en la materia puede resultar dañina para el arbitraje, que trata de proveer un sistema de resolución de disputas eficiente, que trascienda las particularidades y complejidades de los sistemas domésticos¹.

El presente artículo analiza, en primer lugar, la situación jurisprudencial a nivel internacional. Conviene aclarar que la jurisprudencia internacional en la materia no se puede extrapolar, sin más, al ámbito español. Y es que, como veremos posteriormente, en España esta cuestión se encuentra –en principio– resuelta gracias al artículo 9.6 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (la “**LA**”), que también será objeto de estudio.

En todo caso, consideramos que el análisis desde la perspectiva internacional resulta muy pertinente, debido a que la ley aplicable a la cláusula arbitral es una materia confusa en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que no acostumbran a introducir normas de conflicto en relación con la ley aplicable a la cláusula arbitral en su legislación nacional². De hecho, tampoco los más importantes reglamentos de instituciones arbitrales regulan esta materia. Por tanto, analizamos en este artículo el estado actual de la cuestión, tanto a nivel internacional como nacional.

II. Cláusula arbitral y leyes aplicables en un arbitraje

El arbitraje comercial internacional, en tanto que medio de resolución de controversias privado y consensual, encuentra su fundamento en la intención de las partes de someter sus disputas a arbitraje³. Esta intención de las partes es la que otorga poder a un árbitro, o árbitros, para resolver determinadas controversias

1 En palabras de Gary Born: “[t]hese deficiencies and inconsistencies make it clear that substantial room for improvement remains on the issue of the law applicable to international commercial arbitration agreements”. En BORN, G. (2014). *The law governing international arbitration agreements: an international perspective* en *Singapore Academy of Law Journal*, nº 26, 814-848.

2 *Vid.* en este sentido GÓMEZ JENE, M. (2017). El Convenio Arbitral: Statu Quo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, 7-38.

3 En España, el carácter privado y consensual del arbitraje se ha puesto de manifiesto en importantes sentencias. Entre ellas, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 176/1996, de 11 de noviembre [RTC 1996, 176] y la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/2005, de 17 de enero [RTC 2005, 9].

conforme al procedimiento autónomamente establecido, y queda cristalizada a través de uno de los ejes fundamentales⁴ del arbitraje: la cláusula arbitral⁵.

1. El principio de separabilidad de la cláusula arbitral

La cláusula arbitral se configura como el acuerdo en que las partes consienten en someter a arbitraje ciertas disputas. A pesar de que este acuerdo suele aparecer contenido en un contrato, uno de los principios esenciales del arbitraje a nivel internacional es que la cláusula arbitral es separable, autónoma o independiente del contrato que la contiene o de la relación principal a la que se refiere. Se trata del principio de separabilidad, según el cual “[l]a decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”⁶.

Si no existiese este principio, no sería posible recurrir a arbitraje para declarar que el contrato que contiene la cláusula es, por ejemplo, nulo de pleno derecho. Además, de este modo, el tribunal arbitral puede decidir sobre la invalidez o nulidad del contrato principal sin despojarse de su propia competencia⁷. Es decir, el principio de separabilidad protege la cláusula arbitral de los defectos del contrato marco⁸ y eleva la intención de las partes de someter las disputas a arbitraje.

Este principio también cuenta con un amplio reconocimiento en España: “el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral”⁹. Así ha sido además reconocido por la doctrina¹⁰ y la jurisprudencia¹¹, de modo que la separabilidad de la cláusula arbitral es un principio indudablemente asentado tanto en España como en el resto del mundo¹².

4 BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, A. y HUNTER, M. (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration*, OUP Oxford, 6ª ed., párr. 2.01: “*The agreement to arbitrate is the foundation stone of international arbitration*”.

En España, *vid.* MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (2006). *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, p. 274: “*el convenio arbitral es la piedra angular de cualquier arbitraje*”.

5 También denominada, entre otras formas, “convenio arbitral” o “acuerdo arbitral”. Además, se suele diferenciar entre “cláusula arbitral” como el acuerdo por el que las partes consienten en someter a arbitraje las disputas que puedan surgir— y “acuerdo de sometimiento a arbitraje”, como aquel en que las partes refieren a arbitraje una disputa que ya ha surgido.

6 Artículo 16(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006 (la “**Ley Modelo (CNUDMI)**”).

7 VIRGÓS, M. El convenio arbitral en el arbitraje internacional, en *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, 14-2006, p. 14. Además, el tribunal decide sobre su propia jurisdicción bajo el principio *kompetenz-kompetenz*.

8 BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, A. y HUNTER, M., *op. cit.*, párr. [2.102].

9 Artículo 22.1 LA.

10 Entre otros, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, CIVITAS: Madrid, 1984, p. 132; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Bosch: 2004, p. 191.

11 Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 362/1994, de 28 de abril [RJ 1994, 2975] y la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 776/2007, de 9 de julio [RJ 2007, 4960].

12 MERINO MERCHÁN, J., CHILLÓN MEDINA, J.M (2006), *Tratado de Derecho Arbitral*, Aranzadi, 3ª ed, p. 1138.

Ahora bien, una de las consecuencias de que la cláusula arbitral sea un acuerdo autónomo es que puede estar regida por una ley distinta a la ley del contrato¹³. Conviene en este punto introducir las leyes que aplican en un arbitraje internacional.

2. Leyes aplicables en un arbitraje internacional

En un procedimiento arbitral internacional entran en juego diversas leyes o normas jurídicas. Por un lado, se encuentra la ley aplicable al fondo del asunto¹⁴, ley que va a emplear el órgano arbitral para dirimir sustantivamente la disputa. Por el otro, se encuentra la ley aplicable al arbitraje –que no *en* el arbitraje–, típicamente denominada *lex arbitri*¹⁵, que es la ley de la sede¹⁶ del arbitraje. El contenido de la *lex arbitri* depende de cada jurisdicción, pero suele regular aspectos procesales (por ejemplo, la composición del tribunal arbitral) y no procesales (como la intervención de juzgados nacionales, los motivos de anulación de laudo o la arbitrabilidad de la disputa). En tercer lugar, existe una categoría de normas jurídicas procesales que pueden desplazar a la *lex arbitri* (en aquello no imperativo) y que concretan el procedimiento arbitral. Estas pueden ser reglas institucionales (por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional¹⁷ (la “CCI”) o *ad hoc*. Se trata de disposiciones más detalladas que la *lex arbitri*, que la desplazan o complementan y otorgan a las partes mayor autonomía para diseñar el procedimiento¹⁸.

También coexisten en un arbitraje otras leyes que, en ocasiones, pueden cobrar importancia. Es el supuesto de la ley que determina la capacidad de las partes para arbitrar, que para personas naturales suele ser la ley de su nacionalidad y, para personas jurídicas, la ley de su sede¹⁹. O, también, la ley de reconocimiento o ejecución del laudo arbitral, que en realidad no es única, sino que es la ley de cada Estado donde una parte pretenda el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral²⁰.

13 BORN, G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2ª ed, 2014, p. 351.

14 También denominada *lex causae*.

15 También denominada *lex loci arbitri* o *curial law*.

16 La sede es la localización jurídica del arbitraje. No tiene nada que ver con la localización física donde se producen actuaciones procesales, como las audiencias, sino que se trata de la localización jurídica del procedimiento arbitral. El concepto de sede o sitio del arbitraje surge porque, pese a que el arbitraje es un medio privado de resolución de disputas, el éxito del proceso depende del apoyo que reciba de un Estado. Así, cuando las partes seleccionan una sede o sitio, someten el arbitraje a las reglas de esa jurisdicción, en términos de apoyo y supervisión.

17 <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>

18 Esta idea se recoge, en España, bajo el artículo 25 LA.

19 Las normas de conflicto de leyes para determinar la ley aplicable a la capacidad para arbitrar varían de una jurisdicción a otra. Para una explicación más detallada: GAILLARD, E., y SAVAGE, J. (1999), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, párr. [453] - [470].

20 Esta ley también se conoce como *lex fori*.

Finalmente, se encuentra la ley aplicable a la cláusula arbitral. Como se ha mencionado, una de las consecuencias del principio de separabilidad es que la cláusula arbitral, en tanto que acuerdo autónomo para la resolución de disputas, no tiene por qué seguir la ley que aplica al resto del contrato. Así, para determinar esta ley es necesario realizar un análisis de conflicto de leyes propio y separado del contrato principal²¹. Es decir, de la autonomía sustancial de la cláusula se deriva una autonomía conflictual²², lo que en España queda claramente admitido por la propia redacción del artículo 9.6 LA.

3. Importancia de la ley aplicable a la cláusula arbitral

La ley aplicable a la cláusula arbitral es típicamente olvidada en la negociación de un contrato. Las partes no suelen incluir esta ley, probablemente por la consideración de la cláusula arbitral como una *midnight clause*²³. Pero, una vez se asume que la cláusula arbitral es el fundamento esencial del arbitraje, la trascendencia de esta ley se vuelve evidente.

En este sentido, la ley aplicable a la cláusula arbitral gobierna diversos aspectos en referencia a la misma, como la existencia, validez, efectividad, ámbito de aplicación, interpretación, renuncia, terminación o ejecución de la cláusula²⁴. Entre estos aspectos, destaca la validez de la cláusula. Defectos en la validez implican la ausencia de jurisdicción del tribunal arbitral y, en su caso, que el laudo pueda ser anulado o no ejecutado²⁵. Por tanto, la gran mayoría de disputas sobre la ley aplicable a la cláusula arbitral giran en torno a la validez, pero no se debe olvidar que esta ley también regula aspectos adicionales.

En definitiva, la aplicación de una ley u otra a la cláusula arbitral puede determinar la propia existencia del procedimiento arbitral o la futura validez del laudo emitido. Por ello, se trata de un asunto de máxima importancia. Dado que las partes no suelen indicar expresamente cuál es esta ley, tribunales y juzgados han recurrido a diversas normas de conflicto de leyes para determinarla, como veremos a continuación.

21 BLESSING, M. (1998). The Law Applicable to the Arbitration Clause, en *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, coord. por VAN DEN BERG, A., *ICCA Congress Series*, nº 9, p. 168.

22 ESCRIBÍ MONTOLIÚ, M.Á. (2015). El convenio arbitral en el Derecho Español. Universitat Jaume I (p. 520).

23 Así se denominan las cláusulas que no reciben mucha discusión en la negociación de un contrato.

24 BORN, G., *International Commercial... op. cit.*, p. 490.

25 Artículo V (1) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 10 de junio de 1958 en Nueva York (la "**Convención de Nueva York**").

III. Normas de conflicto de leyes aplicadas en el panorama internacional

Como mencionamos, una consecuencia del principio de separabilidad es que el convenio arbitral puede estar regido por una ley diferente a la ley del contrato. Las partes contratantes pueden indicar expresamente cuál debe ser esta ley; sin embargo, no es lo habitual. Por lo tanto, tribunales arbitrales y juzgados nacionales han tenido que recurrir a diversas normas de conflicto para determinar la ley aplicable a la cláusula arbitral. Dado que la Convención de Nueva York es ambigua en este sentido y que el Reglamento Roma I excluye el arbitraje²⁶, los tribunales a nivel internacional han tenido libertad para decidir qué norma de conflicto aplicar²⁷. Tanto es así que se han llegado a proponer hasta nueve normas de conflicto diferentes²⁸ –no es de extrañar que algunos autores se refieran a esta situación como una magnífica confusión–²⁹.

En este sentido, analizaremos las tres normas de conflicto que tradicionalmente más se han aplicado³⁰: (i) a favor de la ley del contrato; (ii) de la ley de la sede arbitral; y (iii) de la ley del Estado con el vínculo más estrecho.

1. Norma de conflicto a favor de la aplicación de la ley del contrato

Se trata de una solución que los tribunales han alcanzado de forma recurrente en las últimas décadas: sencillamente, extender la ley del contrato a la cláusula arbitral.

El principal argumento al que han recurrido los tribunales a nivel internacional para aplicar la ley del contrato a la cláusula arbitral consiste en entender que la selección de la ley realizada por las partes contratantes se debe extender al convenio arbitral, por ser una cláusula contenida en el contrato³¹. Es decir, si un contrato incluye una cláusula que expresa “Este contrato se regirá por las leyes de España”, numerosos tribunales han interpretado que esta selección de la ley aplicable al contrato se debe extender a la cláusula arbitral.

26 Artículo 1.2(e) del Reglamento (CE) No 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (el “Reglamento Roma I”).

27 Los artículos II y V de la Convención de Nueva York no establecen una norma de conflicto clara para determinar qué ley debe aplicar a la cláusula arbitral. Además, aunque el tribunal arbitral debe regir sus actuaciones por lo contenido en la *lex arbitri*, el tribunal no tiene *lex fori*. Esto significa que el órgano arbitral no tiene la obligación de seguir la norma de conflicto de leyes que exista en la sede del arbitraje, más allá de lo contenido en la *lex arbitri*. Son pocas las jurisdicciones que incluyen en la *lex arbitri* una norma de conflicto para determinar la ley aplicable a la cláusula arbitral. Para un análisis más detallado: BERGER, KP, *op. cit.*, p. 306.

28 BLESSING, M., *op. cit.*, p. 168.

29 *Ibid.*

30 Debemos recordar que esta heterogeneidad de normas de conflicto se ha aplicado en supuestos en que las partes no han indicado expresamente la ley del convenio arbitral. Si las partes lo indican expresamente, el tribunal tan solo debe reconocer la ley que hayan elegido como aplicable.

31 BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, A. y HUNTER, M., *op. cit.*, párr. [3.12].

Por ejemplo, en *Leibinger v Stryker Trauma*³², el contrato de compraventa contenía una cláusula de ley aplicable a favor de la ley alemana. El tribunal sostuvo que, una vez se asume que el convenio arbitral es parte integrante del contrato de compraventa, es evidente que la ley alemana también debe aplicar al convenio arbitral³³.

La idea de esta norma de conflicto –a favor de la ley del contrato– es simple: cuando el contrato marco contiene una elección expresa de ley aplicable, pero en el convenio arbitral no se designa la ley aplicable a éste, el convenio se regirá normalmente por la ley expresamente elegida para regir el contrato marco³⁴. Es decir, se establece la presunción de que, salvo clara intención en contrario, la ley aplicable será la ley del contrato.

Esta conclusión ha sido del mismo modo alcanzada por parte de la doctrina, que propone que la cláusula arbitral debe seguir la ley del contrato, en tanto que es parte del contrato subyacente³⁵.

Asimismo, numerosos tribunales³⁶ también han acudido a la ley del fondo para aplicarla al convenio. Buena muestra de ello es el caso CCI núm. 6752³⁷, donde se sostuvo que la cláusula de elección de ley del contrato aplica necesariamente a la cláusula arbitral³⁸. O, del mismo modo: “*it is reasonable and natural [...] to submit the arbitration clause to the same law as the underlying contract*”³⁹ [es razonable y natural someter la cláusula arbitral a la misma ley que el contrato subyacente].

En definitiva, tribunales, juzgados y doctrina extienden la elección de una ley para el fondo del asunto al convenio arbitral. O, dicho con mayor precisión, se establece la presunción de que, salvo que alguna circunstancia apunte muy claramente a otra ley, aplica la ley del contrato⁴⁰.

32 [2006] EWHC 690, (Comm).

33 *Ibid*, párr. [38]: “[i]f here is a proper law clause in the sale and purchase agreement and the Arbitration Agreement is an adjunct to it [...] once it is seen that the arbitration agreement is really part and parcel of the sale agreement, the inference of German law is overwhelming”.

34 Este razonamiento fue aplicado, por ejemplo, en *Sonatrach Petroleum Corp v Ferrell International Ltd* [2001] EWHC 481 (Comm), párr. [32]: “[w]here the substantive contract contains an express choice of law, but the agreement to arbitrate contains no separate express choice of law, the latter agreement will normally be governed by the body of law expressly chosen to govern the substantive contract”.

35 MUSTILL, M. y BOYD, C. (1989), *Commercial Arbitration*, Butterworths, 2ª ed., p. 63. También citado en *Sulamérica v Enesa (...)* [2013] 1 WLR 102, párr. [17].

36 Entre muchos otros, *Piallo GmbH v Yafiro International Pte Ltd* (2014) 1 SLR 1028; *Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza SpA v Rals International Pte Ltd* (2016) 1 SLR 79; *Recyclers of Australia Pty Ltd v Hettinga Equipment Inc* (2000) 175 ALR 725; *National Thermal Power Corp v Singer Co* (1992) INSC 146; o *BCY v BCZ* [2017] 3 SLR 357.

37 Laudo Final en Caso CCI núm. 6752. En *XVIII Y.B. Comm. Arb.*, 1993.

38 *Ibid*, pp. 54, 56: “[la cláusula de ley aplicable al contrato] necessarily applies to the arbitration agreement contained in the same article”.

39 Laudo Final en el caso CCI núm. 6840. En ARNALDEZ, J., DERAIS, y., HASCHER, D. (1997), *Collection of ICC Arbitral Awards 1991–1995*, Kluwer Law International, pp. 75, 467 y 469.

40 BORN, G., *International Commercial...*, op. cit., pp. 515-516.

Esta aproximación se fundamenta en el principio de autonomía de las partes (en detrimento del principio de separabilidad), suponiendo que la elección de una ley aplicable al fondo constituye una elección implícita de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje. En otras palabras, se presume que las partes han querido someter todos sus litigios a un mismo ordenamiento jurídico⁴¹. En el mismo sentido se manifestó el tribunal del caso *BCY v BCZ*⁴².

Un aspecto importante a tener en cuenta en relación con esta norma de conflicto es que la jurisprudencia internacional más reciente parece decantarse por la presunción de que la ley del contrato aplicará a la cláusula arbitral.

Así se indicó en el famoso caso *Sulamérica v Enesa*⁴³ ("**Sulamérica**"), decidido por la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales en 2012, que ha sido empleado como guía por numerosos tribunales durante los últimos años:

*"In the absence of any indication to the contrary, an express choice of law governing the substantive contract is a strong indication of the parties' intention [...]. A search for an implied choice of proper law to govern the arbitration agreement is therefore likely [...] to lead to the conclusion that the parties intended the arbitration agreement to be governed by the same system of law as the substantive contract, unless there are other factors present which point to a different conclusion."*⁴⁴ [En ausencia de cualquier indicación en contrario, una elección expresa de la ley que rige el contrato es una fuerte indicación de la intención de las partes [...]. Por lo tanto, la búsqueda de una elección implícita de la ley aplicable a la cláusula arbitral es probable [...] que lleve a la conclusión de que las partes quisieron que la cláusula arbitral se rigiera por la misma ley que el contrato, a menos que existan otros factores que apunten a una conclusión diferente].

Posteriormente, otros leading cases como *Enka v Chubb*⁴⁵ ("**Enka**") o *KFG v Kabab-Ji*⁴⁶ ("**KFG**") también han respaldado esta presunción a favor de la ley del contrato. De hecho, de acuerdo con algunos comentarios recientes, esta

41 FLANNERY, L. (2016). The law applicable to the arbitration agreement. Paper for International Arbitration Conference, Dublin, p. 11.

42 (2017) 3 SLR 357, párr. [59]: "it is reasonable to assume that the contracting parties intend their entire relationship to be governed by the same system of law".

43 SulAmérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA [2012] 1 Lloyd's Rep 275.

44 *Ibid*, párr. [26].

45 Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant) [2020] UKSC 38. En concreto: "[i]t is natural to interpret such a governing law clause, in the absence of good reason to the contrary, as applying to the arbitration clause for the simple reason that the arbitration clause is part of the contract which the parties have agreed is to be governed by the specified system of law".

46 Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait) [2021] UKSC 48.

KFG v Kabab-Ji es un caso que refleja muy bien la disparidad de criterios en el panorama internacional. La disputa generó dos procedimientos paralelos: uno en Inglaterra y otro en Francia, buscando el reconocimiento y ejecución del laudo. Mientras el Tribunal Supremo inglés ha abogado por la aplicación de la ley del contrato, la Corte de Casación francesa ha resuelto, en la reciente decisión de 28 de septiembre de 2022, que la ley del sitio aplica a la cláusula arbitral.

presunción a favor de la ley del contrato reforzaría la consistencia, previsibilidad y seguridad jurídica de las partes en el momento de decidir sobre la ley aplicable a la cláusula arbitral⁴⁷.

No obstante, se trata únicamente de presunciones, que pueden ser derrocadas en favor de la ley de la sede. Tanto es así que, por ejemplo, en Sulamérica, el juzgado acabó aplicando la ley del sitio.

2. Norma de conflicto a favor de la aplicación de la ley de la sede del arbitraje

Si bien numerosos tribunales y parte de la doctrina se han decantado a favor de la ley del contrato, muchos otros han encontrado deficiencias en esta norma de conflicto.

Así, un sector de la doctrina sostiene que la extensión de la ley del contrato al convenio arbitral no es del todo consistente con el principio de separabilidad⁴⁸. Del mismo modo que la invalidez de un contrato no conlleva la invalidez del convenio arbitral, la ley del contrato no tiene por qué imperativamente aplicar también al convenio. Así, numerosos tribunales sostienen que el principio de autonomía de las partes no sugiere la extensión de la ley del contrato al convenio arbitral.

Por ejemplo, en *FirstLink v GT Payment*⁴⁹ ("**FirstLink**") se expresó que lo natural es que las partes no quieran que su relación contractual, de la que surgen derechos y deberes comerciales, esté sujeta al mismo ordenamiento que aplicaría a su relación de resolución de disputas⁵⁰.

Puesto que la extensión de la ley de un contrato a otro no es algo inmediato, numerosas autoridades han criticado este principio apoyándose en que, en realidad, la ley del fondo no está tan conectada con la cláusula arbitral. En este sentido, sostiene parte de la doctrina que, en realidad, la ley más conectada a la cláusula arbitral es la ley del sitio o sede del arbitraje⁵¹, y que por lo tanto ésta debe ser la aplicable.

En relación con este punto, se ha indicado que la cláusula arbitral es un acuerdo de carácter principalmente procesal, en tanto que establece el medio de

47 Norton Rose Fulbright, "*Enka v Chubb - UK Supreme Court clarifies how to determine which law governs an arbitration agreement in absence of an express or implied term*". Noviembre, 2020. <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/667a9f4c/enka-v-chubb>

48 BORN, G., "The law governing international arbitration agreements...", *op. cit.*, párr. [45].

49 *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others* [(2014)] SGHCR 12.

50 *Ibid*, párr. [13]: "[t]here can therefore be no natural inference that commercial parties would want the same system of law to govern these two distinct relationships".

51 DERAIS, Y. y SCHWARTZ, E., *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, 2ª ed, 2005, pp. 111-114; LEW, J., MISTELIS, L. y KRÖLL, S., *op. cit.*, párr. [6-23].

resolución de disputas⁵². Por ello, se argumenta que sería inconsistente aplicar un ordenamiento jurídico a esta cláusula que desde un primer momento ha sido pensado por las partes para aplicar al fondo del asunto, es decir, a una relación puramente contractual.

En este sentido, parte de la jurisprudencia sostiene que:

*"If the parties' will is unclear we must presume, as it is the nature of arbitration agreements to provide for given procedures in a given place, that the parties intend that the law of the place where the arbitration proceedings are held will apply"*⁵³. [Si la voluntad de las partes no es clara, debemos presumir –ya que la naturaleza de los convenios arbitrales es establecer procedimientos determinados en un lugar determinado– que las partes tienen la intención de que se aplique la ley del lugar donde se celebra el procedimiento de arbitraje].

Además, se suele considerar que la sede del arbitraje es el centro de gravedad jurídico que da vida y efecto a un convenio arbitral⁵⁴.

A mayor abundamiento, la Convención de Nueva York establece una norma de conflicto a favor de la ley del sitio. Merece la pena detenerse en este punto y destacar el contenido del artículo V de la Convención de Nueva York:

"1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o [...]." [El subrayado es nuestro].

Este artículo V permite que se deniegue el reconocimiento o ejecución de un laudo si se prueba que la cláusula arbitral no es válida en virtud de: (i) la ley a la que las partes la han sometido; y (ii) ante la ausencia de indicación por las partes,

52 *Vid.* por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de Suiza de 7 de octubre de 1933, *Tobler v Justizkommission des Kantons Schwyz*, DFT 59 I, p. 177. De igual forma, la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de Suiza, de 28 de mayo de 1915, *Jörg v Jörg*, DFT 41 II, p. 534.

53 Sentencia del Tribunal Supremo de Tokio (Tokyo Koto Saibansho), de 4 de septiembre de 1997, *XX Y.B. Comm. Arb.*, p. 745. En igual sentido, *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de Suiza de 7 de octubre de 1933, *Tobler v Justizkommission des Kantons Schwyz*, DFT 59 I, p. 177.

54 *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others* [2014] SGHCR 12, párr. [14]: *"the arbitral seat is the juridical centre of gravity which gives life and effect to an arbitration agreement"*.

la ley del país en que se haya dictado la sentencia (esto es, la ley del sitio o sede del arbitraje).

Es decir, la norma de conflicto que establece la Convención de Nueva York favorece la aplicación de la ley del sitio ante ausencia de acuerdo. Esto implica evidentemente una dificultad a la hora de defender la aplicación de la ley del contrato a la cláusula arbitral.

Por supuesto, a los tribunales siempre les queda la posibilidad de argumentar que se aplica la ley del contrato porque las partes implícitamente la eligieron. Desde luego, este razonamiento ha sido expresamente invocado por numerosos tribunales⁵⁵. Sin embargo, es cuanto menos relevante que la Convención de Nueva York incluya una norma de conflicto favorable a la ley del sitio sobre la ley del contrato.

Todo lo mencionado ha llevado a parte de la jurisprudencia y doctrina a establecer la siguiente presunción: la ley de la sede del arbitraje aplica a la cláusula arbitral, salvo clara indicación en contrario. Esta presunción se ha visto apoyada, como decíamos, por el carácter procesal del convenio arbitral. Sin embargo, esta vertiente también tiene sus críticos.

En primer lugar, el convenio arbitral no es solo procesal. También tiene un carácter contractual o sustantivo⁵⁶. Al fin y al cabo, esta cláusula da lugar a derechos y obligaciones de carácter sustantivo o contractual, y no solo procesal⁵⁷. Muestra de ello es que, si una parte incumple el acuerdo de arbitraje, la otra puede solicitar remedios estándar por incumplimiento de contrato, incluso daños⁵⁸. En consecuencia, parte de la doctrina considera que la naturaleza de la cláusula arbitral es tanto procesal como sustantiva⁵⁹.

En segundo lugar, es importante recalcar que, cuando hablamos de ley aplicable a la cláusula arbitral, esta ley incluye normativa sustantiva o de fondo, y no solo la ley arbitral. De hecho, en gran parte de las ocasiones, aspectos como la validez de la cláusula arbitral vendrán determinados por leyes de carácter sustantivo y no por la ley de arbitraje que marca el procedimiento arbitral⁶⁰. Es posible argumentar

55 Entre otros, el Tribunal Supremo de Singapur en *BCY v BCZ* [2017] 3 SLR 357, párr. [64]. Y, más importante aún, ha sido la línea argumental principal desarrollada en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales en el caso *KFG*. En este caso, el tribunal argumentaba que la selección de una ley de aplicación al contrato marco era un suficiente indicador de las intenciones de las partes de que la cláusula arbitral también estuviera gobernada por la ley del contrato. De esta forma, el Tribunal Supremo inglés logra conciliar la presunción a favor de la ley del contrato con el artículo V.1, a) del Convenio de Nueva York. Se trata de una resolución de gran relevancia en el panorama internacional.

56 BANTEKAS, I. (2010). The Proper Law of the Arbitration Clause: A Challenge to the Prevailing Orthodoxy, *Journal of Int'l Arbitration*, vol. 27, pp. 1-8.

57 COLE, T. y ORTOLANI, P. (2019), *Understanding International Arbitration*, Routledge, 1ª ed, p. 53.

58 *Ibid.*, p. 85.

59 LEW, J. (2006). The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, en *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, coordinado por VAN DEN BERG, A., Kluwer Law International, pp. 114, 117.

60 GAILLARD, E. y SAVAGE, J., *op. cit.*, párr. [424].

que la cláusula arbitral tiene una gran conexión con la ley de arbitraje del sitio. Sin embargo, no es del todo clara la conexión que pueda tener la cláusula arbitral con, por ejemplo, el derecho contractual contenido en el ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje. Así, sugieren algunos autores⁶¹ que, mientras la ley de la sede aplica a aspectos del procedimiento arbitral como puede ser la relación entre el tribunal arbitral y los juzgados nacionales, la ley aplicable a la cláusula arbitral determinará aspectos como la validez o la interpretación de la cláusula, que en ocasiones no tienen nada que ver con el procedimiento arbitral y que son cuestiones de derecho contractual.

Por otro lado, el principio de separabilidad en sí mismo, que determina la independencia conflictual de la cláusula arbitral con respecto al contrato marco, también ha sido criticado por la doctrina. Y es que, según algunos autores, no basta con enunciar este principio para motivar la aplicación de la ley del sitio: la separabilidad de la cláusula no significa que, necesariamente, debe aplicarse una ley distinta a la ley del contrato⁶². Es decir, el principio de separabilidad tan solo *posibilita* que aplique otra ley, pero de ninguna manera lo impone.

Otros tribunales, en cambio, alegan que el convenio arbitral debe estar regido por la ley del sitio porque es la opción más respetuosa con las intenciones de las partes. En estos casos, se ha interpretado que las partes, al seleccionar la sede del arbitraje, implícitamente estaban acordando la aplicación de la ley de la sede a la cláusula arbitral⁶³.

Un argumento secundario que se ha utilizado para apoyar la norma de conflicto, a favor de la ley del sitio, es la neutralidad. Particularmente cuando las partes designan como sede del arbitraje un tercer Estado, se puede asumir que existe un deseo de neutralidad⁶⁴.

Con todo, el recorrido de este argumento también es controvertido. El Tribunal Supremo de Singapur otorgó un papel principal a la noción de neutralidad para demostrar la aplicación de la ley de la sede en *FirstLink*⁶⁵. Sin embargo, este razonamiento ha sido después rechazado en casos como *BCY v BCZ*⁶⁶, donde el juez decidió apartarse del análisis realizado en *FirstLink*.

61 BORN, G., *International Commercial...*, *op. cit.*, pp. 594–597.

62 BORN, G., *International Commercial...*, *op. cit.*, p. 476: "[t]he separability doctrine does not mean that the law applicable to the arbitration clause is necessarily different from that applicable to the underlying contract." También en el Laudo Parcial en el caso ICC nº 4131, *IX Y.B. Comm. Arb.* 131, 132 (1984).

63 *Hamlyn & Co. v Talisker Distillery* [1894], House of Lords, p. 208. Resulta de interés también la Sentencia del Tribunal del Distrito de Rotterdam de 28 de septiembre de 1995 (*Petrasol BV v Stolt Spur Inc.*), en *Yearbook XXII*, 1997, pp. 762-765: "in the arbitral clause, New York is chosen as the place of arbitration, which implies the choice for the law of New York as the law applicable to the arbitration, including the question whether a valid arbitration agreement has been concluded."

64 BORN, G., *International Commercial...*, *op. cit.*, p. 518.

65 [2014] SGHCR 12, párr. [13].

66 [2017] 3 SLR 357, párr. [63].

Tampoco debe olvidarse la dificultad de aplicar este análisis a favor de la ley de la sede bajo determinadas circunstancias. Por ejemplo, cuando las partes delegan la elección de la sede en el tribunal arbitral o en una institución, o cuando la sede cambia incluso después de que el tribunal haya determinado qué ley aplica a la cláusula arbitral.

En todo caso, es innegable que esta norma de conflicto encuentra mayor apoyo en la normativa nacional e internacional. Varios países han optado por introducir esta norma de conflicto en su ley de arbitraje, como Suecia: "Cuando las partes no hayan llegado a tal acuerdo [de elección de ley], el convenio arbitral se regirá por la ley del país en el que, en virtud del acuerdo, haya tenido o vaya a tener lugar el procedimiento"⁶⁷ [Traducción propia]. Además, instituciones como la *London Court of International Arbitration* la incluyen en sus reglas⁶⁸. Y, como hemos visto, la Convención de Nueva York favorece la ley de la sede como ley aplicable en defecto de acuerdo (expreso o tácito), lo cual fue, de hecho, un argumento de peso en *FirstLink*.

3. Norma de conflicto a favor de la aplicación de la ley del Estado con un vínculo más estrecho y significativo a la cláusula arbitral

Puesto que el empleo de las normas de conflicto a favor de la ley del contrato y la ley del sitio ha resultado insatisfactorio a nivel internacional, decisiones más recientes han invocado una norma que conjuga las dos anteriores. Se trata de aplicar la ley del Estado con una relación más estrecha y significativa con la cláusula arbitral.

Un típico ejemplo de esta norma de conflicto se encuentra en *C v D*⁶⁹: si las partes no han elegido expresamente una ley aplicable a la cláusula arbitral, debe ser aplicada aquella ley con que la cláusula guarda una conexión más cercana y real⁷⁰. Del mismo modo, este principio de los vínculos más estrechos se aplica en el importante caso *Sulamérica*, y en otros como *Abuja International Hotels Ltd v Meridien SAS*⁷¹ o *Shashoua & Ors v Sharma*⁷². También ha ganado relevancia en Estados Unidos⁷³.

67 Ley de Arbitraje de Suecia (SFS 1999:116), artículo 48: "*Where the parties have not reached such an agreement [de elección de ley], the arbitration agreement shall be governed by the law of the country in which, by virtue of the agreement, the proceedings have taken place or shall take place*".

68 Reglas de arbitraje de la London Court of International Arbitration, artículo 16.4.

69 [2007] EWCA Civ 1282, (English Ct. App.)

70 *Ibid*, párr. [22]: "*if there is no express law of the arbitration agreement, the law with which that agreement has its closest and most real connection shall be applied*".

71 [2012] 1 Lloyd's Rep 461, párr. [21]-[22].

72 [2009] 2 Lloyd's Rep 376, párr. [31].

73 Destacan decisiones como las contenidas en los siguientes casos: *Harrington v Atl. Sounding Co*, decidido por el Tribunal del Distrito Este de Nueva York, WL 2693529, 2007, p. 3; o *Jureczki v Banc One Texas*, decidido por el Tribunal del Distrito Sur de Texas, 252 F. Supp. 2d (2003), pp. 368, 371.

La gran ventaja de este análisis es que permitiría una aproximación más flexible y completa a la determinación de la ley aplicable⁷⁴, teniendo en cuenta mayores matices. Además, esta norma se encuentra en consonancia con criterios de conflicto más actuales, como los incluidos en el Convenio de Roma de 1980⁷⁵ y el Reglamento Roma I⁷⁶.

Sin embargo, esta norma de conflicto de leyes también ha sido objeto de críticas. En su aplicación, tribunales y juzgados realizan un *balancing test*, donde comparan diferentes factores o motivos para aplicar una ley u otra. El principal problema es evidente: ni la doctrina ni la jurisprudencia se ponen de acuerdo en qué factores son decisivos a la hora de dar preferencia a la ley del contrato o la ley del sitio; no se sabe qué factores tienen una vinculación más significativa con un Estado ni por qué⁷⁷.

Este problema se refleja también en la desafortunada argumentación empleada por algunos tribunales. Buen ejemplo de ello es el caso *Abuja International Hotels Ltd v Meridien SAS*⁷⁸, donde la sede del arbitraje era Londres. En este caso, sin mayor razonamiento, el tribunal asume que la cláusula arbitral estará más vinculada con la ley inglesa que con la ley del contrato, por el mero hecho de que las partes han determinado como sede del arbitraje Londres y olvidándose de la relación que la cláusula pueda tener con el contrato al que está ligada⁷⁹. Es difícil encontrar un *balancing test* en tan somera argumentación, y definitivamente resulta poco convincente.

De hecho, el problema de este *balancing test* ya se puso de manifiesto en la aplicación del Convenio de Roma de 1980, donde el principio de los vínculos más estrechos podía dar lugar a gran incertidumbre e imprevisibilidad⁸⁰. El Reglamento Roma I se aleja por ello de este principio e impone puntos de conexión más axiomáticos, dejando el análisis de los vínculos más estrechos para los casos más complejos⁸¹. Esta evolución en la normativa europea internacional pone de

74 BORN, G., "The law governing international arbitration agreements...", *op. cit.*, párr. [41].

75 Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE) (el "**Convenio de Roma de 1980**").

76 Aunque con muy diferente importancia, el Convenio de Roma de 1980 y el Reglamento Roma I establecen el principio de los vínculos más estrechos para determinar –dependiendo de las circunstancias– la ley aplicable al contrato. *Vid.* Artículo 4(1) y (5) del Convenio de Roma y Artículo 4(3) y (4) del Reglamento Roma I. Para un análisis más detallado: LORENTE MARTÍNEZ, I., "Convenio de Roma 1980 y Reglamento Roma I. Ley aplicable a las obligaciones contractuales. El contrato de transporte de mercancías y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 1, 2015, pp. 269-276.

77 GAILLARD, E., y SAVAGE, J., *op. cit.*, párr. [426].

78 [2012] 1 Lloyd's Rep 461.

79 *Ibid.*, párr. [21]: "the arbitration agreement provides for arbitration in London and is implicitly governed by English law. It has its closest and most real connection with England because the seat of arbitration is here".

80 LORENTE MARTÍNEZ, I., *op. cit.*, párr. [5]-[7].

81 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex (págs. 102-104).

manifiesto las dificultades que el análisis de la vinculación de la cláusula arbitral con un Estado u otro conlleva.

Es necesario, por último, destacar que esta norma de conflicto ha sido aplicada en muchas ocasiones siguiendo el esquema establecido en el caso Sulamérica. En dicha sentencia de la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales, Lord Justice Moore-Bick expuso un procedimiento basado en tres etapas. Es el famoso “*three-stage enquiry*”:

*“The proper law is to be determined by undertaking a three-stage enquiry into (i) express choice, (ii) implied choice and (iii) closest and most real connection.”*⁸² [La ley aplicable a la cláusula arbitral se determinará a través de un análisis en tres etapas: (i) elección expresa, (ii) elección implícita y (iii) conexión más cercana y real].

Esto ha llevado a los tribunales a aplicar la norma de conflicto en favor de la ley del Estado más vinculada a la cláusula arbitral cuando (i) no se encuentra elección expresa y (ii) no se encuentra conexión implícita.

Si bien este mecanismo de tres etapas ha recibido buena acogida por la jurisprudencia internacional, no parece resolver por completo el problema. Los juzgados siempre tienen la posibilidad –y así lo hacen, de hecho– de argumentar que las partes, implícitamente, optaron en primer lugar por la ley del contrato o de la sede. Así se puede ver en las ya mencionadas sentencias en Enka o KFG.

Luego el problema permanece: ¿cuáles son las señales que indican que las partes han optado implícitamente por una ley u otra? Y, más importante, ¿se debe partir de la presunción de la aplicación de la ley del contrato, o de la presunción a favor de la ley de la sede?

A pesar de los esfuerzos por la jurisprudencia y doctrina internacionales, parece que la cuestión no termina de aclararse. Se trata de un panorama realmente contrapuesto al que se encuentra en España, donde el régimen establecido por el artículo 9.6 LA aporta una mayor seguridad y previsibilidad a las partes contratantes.

IV. Norma de conflicto en España: el artículo 9.6 LA

Como decimos, si bien el procedimiento para determinar la ley aplicable a la cláusula arbitral en el contexto internacional continúa lejos de estar resuelto, en España sí se ha alcanzado una solución –en principio– satisfactoria.

82 Sulamérica CIA Nacional..., *op. cit.*, párr. [25].

Como avanzábamos, el artículo 9.6 LA pretende dar una solución eficaz frente a la mirada de decisiones contradictorias que encontramos en el panorama internacional. Es importante destacar que este artículo aplica, no solo a aquellos arbitrajes con sede en España, sino también a arbitrajes extranjeros, ex artículo 1.2 LA⁸³.

1. Aplicación y sentido del artículo 9.6 LA

El artículo 9.6 LA expone:

“Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”.

De esta forma, la incluye una norma de conflicto con tres puntos de conexión de aplicación alternativa⁸⁴, cuyo objetivo es sostener la validez del convenio arbitral bajo cualquiera de las leyes que puedan ser de aplicación. El artículo 9.6 LA encuentra su origen en el artículo 178.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, que inspiró al legislador español⁸⁵.

De acuerdo con este artículo, la cláusula arbitral no se rige por la ley del contrato, por el mero hecho de serlo; ni por la ley del sitio, por el mero hecho de serlo. Al contrario, la cláusula arbitral se verá sujeta a aquella ley que la haga válida.

Según la doctrina española, esta disposición refleja claramente el objetivo del legislador de dar validez a las intenciones de las partes, a través de la efectividad de la cláusula arbitral⁸⁶. De hecho, dada la flexibilidad con que la ley española regula

83 *Vid.* artículo 1.2 LA: “Las normas contenidas en los apartados 3, 4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España.” [El subrayado es nuestro].

84 GÓMEZ JENE, M., *op. cit.*, párr. [30]. *Vid.* también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 5/2012, de 13 de marzo [JUR 2012, 149509].

85 FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. (2005), “El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 258, págs. 1493 y 1494: “Este artículo [el 9.6] no tiene equivalente en la Ley Modelo, que no establece expresamente cuál debe ser el ordenamiento jurídico por el que se rija el convenio español. Su origen es el artículo 178 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, cuya dicción es prácticamente igual a la del artículo 9.6 de la Ley española”.

Vid. artículo 178.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado: “En cuanto al fondo, el acuerdo arbitral es válido si cumple lo establecido por la ley elegida por las partes, o por la ley aplicable al fondo de la disputa -en particular, la ley aplicable al contrato principal, o por la ley suiza.” [Traducción propia].

También Argelia ha adoptado este principio. *Vid.* artículo 1040.3 del Código de Procedimiento Civil y Administrativo de 2009: “En cuanto al fondo, [el convenio] es válido si cumple con las condiciones establecidas, ya sea la ley elegida por las partes, o la ley que rige el tema de la disputa, o la ley que el árbitro considere apropiada.” [Traducción propia].

86 MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S., *op. cit.*, pág. 302. Es lo que el profesor BERNARDO M. CREMADES denomina principio *in favorem validatis*.

los requisitos para la validez del convenio arbitral, es realmente improbable que, bajo el artículo 9.6 LA, el convenio arbitral quede sujeto a una ley que lo invalide⁸⁷.

Resulta muy interesante, en este sentido, que la Exposición de Motivos de la plan-tee el artículo 9.6 como expresión directa del principio de conservación:

“En lo que respecta a la ley aplicable al convenio arbitral, se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. De este modo, basta que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en el apartado 6 del artículo 9⁸⁸.

En efecto, el objetivo que persigue el artículo 9.6 LA concuerda perfectamente con el principio de conservación, clásicamente denominado *favor negotii*.

Este principio de conservación se encuentra reconocido en los principales ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. En España, en concreto, en el artículo 1284 del Código Civil: “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto⁸⁹.”

El artículo 9.6 LA, por tanto, responde a lo que podemos considerar “la función preservativa del logro de la intención común de las partes”⁹⁰. En otras palabras, la idea es que si una cláusula se incluye en un contrato es para que surta efecto. El mismo razonamiento ha sido llevado a la cláusula arbitral: si las partes han incluido un convenio arbitral en su relación contractual, es para que éste surta efecto, con independencia de la ley que pueda eventualmente ser de aplicación.

De esta forma, el artículo 9.6 LA armoniza (i) el respeto por las intenciones de las partes al introducir una cláusula arbitral en su contrato (con el evidente objetivo de que ésta sea válida y efectiva) y (ii) el principio de separabilidad (admitiendo la posibilidad de que la cláusula se rija por una ley distinta a la ley del contrato).

Por tanto, bajo jurisdicción española, cuando surjan discrepancias en torno a qué ley aplica a una cláusula arbitral, es tan sencillo como comprobar si la cláusula cumple con los requisitos establecidos en alguna de las tres leyes alternativas contenidas en el artículo 9.6 LA. De esta manera, en la gran mayoría de los casos se asegurará la validez y efectividad de la cláusula arbitral. Ello salvo que la cláusula incumpla requisitos esenciales bajo las tres leyes que pueden ser de aplicación –lo que sería un defecto muy grosero en la cláusula y por tanto sí sería sancionado con la invalidez de esta–.

87 *Ibid*, pág. 303.

88 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Exposición de Motivos nº III.

89 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

90 MESTRE RODRÍGUEZ, M.L (2003). La interpretación testamentaria: notas a la regulación del código civil, Universidad de Murcia, p. 106.

En definitiva, como vemos, esta cuestión se encuentra relativamente resuelta en España. Lo cual no quita, por supuesto, que puedan surgir discrepancias en algunos supuestos complejos.

Hay casos en los que no se discute la validez de la cláusula arbitral, sino cuestiones más limítrofes, donde el principio *favor negotii* se ve más atenuado. Por ejemplo, en casos como KFG, donde lo que se discute no es la validez de la cláusula arbitral, sino la sujeción de una parte no firmante a la cláusula arbitral. En estos supuestos, el objetivo de dar efectividad a la cláusula choca frontalmente con otra regla esencial del arbitraje, como es el consentimiento. En estas situaciones, la aplicación del artículo 9.6 LA puede no ser tan sencilla.

Sea como fuere, el artículo 9.6 LA parece ofrecer una solución satisfactoria a esta problemática. Y es que, curiosamente, la jurisprudencia internacional se está aproximando a la solución propuesta por el legislador español.

2. Inclinación de la jurisprudencia internacional hacia la solución española

En efecto, la jurisprudencia internacional parece acercarse a una solución similar a la propuesta por las leyes de arbitraje suiza o española.

El artículo 9.6 LA recoge lo que un sector doctrinal ha denominado en el ámbito internacional como *pro-validation principle*. Según esta regla, la ley que aplica a la cláusula arbitral es aquella que hace válida la cláusula⁹¹. Es decir, si las partes no han establecido expresamente qué ley aplica a la cláusula arbitral y diversas leyes podrían potencialmente aplicar, la ley aplicable a la cláusula arbitral es aquella que valida la cláusula. Se trata de una noción muy similar a la contenida en la española.

La doctrina internacional destaca algunas resoluciones, como la sentencia en Sulamérica⁹², el Laudo en el caso CCI núm. 11869⁹³, o la Sentencia del Tribunal Supremo Austriaco de 26 de agosto de 2008⁹⁴, donde se habría aplicado de forma implícita un principio de *pro-validation*. En estos casos, los tribunales emplearon diversas lógicas para alcanzar un objetivo común: que el convenio arbitral quedara sujeto a la ley que lo hiciera válido o efectivo. Es un razonamiento que cuadra totalmente con el objetivo del artículo 9.6 LA.

91 BORN, G., "The law governing international arbitration agreements...", *op. cit.*, párr. [51].

92 Resulta de especial interés el análisis que realiza SABRINA PEARSON sobre la regla de *pro-validation* que esconde la sentencia del caso Sulamérica. *Vid.* PEARSON, S., "Sulamerica v Enesa: The Hidden Pro-Validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement", en *Arbitration International*, vol. 29, nº 1, 2013.

93 Laudo en el caso CCI núm. 11869, de 2011, en 36 *Yearbook Comm Arbitration* 47, p. 57.

94 Sentencia del Tribunal Supremo Austriaco, 26 de agosto de 2008, en *Y.B. Comm. Arb.*, pp. 404 y 405. Podemos destacar, en concreto: "If the wording of the declaration of intent allows for two equally plausible interpretations, the interpretation which favors the validity of the arbitration agreement and its applicability to a certain dispute is to be preferred".

En otros casos, como en Enka, los juzgados han sido mucho más directos en la aplicación de este principio⁹⁵. En este concreto caso, el Tribunal Supremo inglés consideró que era un motivo de gran relevancia el hecho de que la cláusula arbitral fuera efectiva bajo ley inglesa, y terminó aplicando esta ley.

Es decir, parece que los tribunales a nivel internacional tienden a aplicar aquella ley que hace válido el convenio arbitral y que permite a las partes, por tanto, resolver la disputas conforme al procedimiento que han acordado. Se trata, en definitiva, de la misma lógica que inspira el artículo 9.6 LA.

V. Conclusión

A día de hoy, el panorama internacional sigue siendo incierto en cuanto al procedimiento para determinar la ley aplicable a la cláusula arbitral en ausencia de elección expresa por las partes. No existe una regla clara ni una tendencia uniforme, y las resoluciones internacionales son, en muchas ocasiones, contradictorias.

En España, contamos con la norma de conflicto contenida en el artículo 9.6 LA, cuyo objetivo es sostener la validez del convenio arbitral bajo cualquiera de las leyes que puedan ser de aplicación. Esta norma recoge la tradición jurídica del principio *favor negotii* y es plenamente compatible tanto con las intenciones de las partes contratantes, como con la separabilidad de la cláusula arbitral. Se trata de una solución satisfactoria, ante un panorama internacional mucho más confuso.

De hecho, parece que la jurisprudencia internacional tiende a aplicar un principio *pro-validation* muy similar al artículo 9.6 LA. Casos como Sulamérica o Enka son buenos ejemplos de ello. Quizá en los años venideros veamos una expansión de esta norma en la jurisprudencia internacional, o incluso una cristalización de este principio en las leyes de arbitraje, siguiendo el ejemplo de España.

No debe olvidarse, por último, que gran parte de esta problemática se resolvería si las partes firmantes de un contrato indicaran expresamente qué ley será de aplicación a la cláusula o convenio arbitral. Por tanto, a pesar de su clásica consideración como *midnight clause*, siempre se debe prestar la máxima atención en la redacción de la cláusula arbitral.

95 Enka es uno de los primeros casos a nivel mundial que enuncian y aplican de manera expresa el *pro-validation principle*. Para más información, vid. MARAVELA, M. (2020). Enka v Chubb Revisited: The Choice of Governing Law of the Contract and the Law of the Arbitration Agreement. Kluwer Arbitration Blog.

La web3: una aproximación jurídica

Andy Ramos Gil de la Haza¹
(Coordinador)

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE PROPIEDAD
INTELECTUAL, INDUSTRIAL Y TECNOLOGÍA

I. Introducción	
II. Criptodivisas	39
III. NFTs	42
1. NFT como objeto susceptible de propiedad	42
2. Derechos de Propiedad Intelectual	45
IV. DAOs y la web3	50
V. Datos y ciberseguridad de la web3	51
VI. Blanqueo de capitales en la web3	53
VII. Aspectos fiscales en la web3	54
VIII. Impacto de la web3 en el sector asegurador	56
1. Ventajas y retos	56
2. Aseguramiento de nuevos riesgos inherentes a la web3	59

Índice /

Fecha de recepción: 8 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 29 de noviembre de 2022



Resumen: Tras una primera versión de la *World Wide Web* estática y una web 2.0 donde los usuarios se convirtieron en creadores de contenidos, algunos expertos anticipan que estamos en los albores de la web3, una nueva versión de la red donde parte de sus elementos serán propiedad de los desarrolladores y usuarios, gestionado por tokens. Este documento es un análisis transversal del impacto que tendrá la web3 en las empresas a través de fenómenos como las criptomonedas, los NFTs o las DAOs.

Abstract: Following the first version of the static World Wide Web and the Web 2.0 where users became content creators, some experts anticipate that we are at the dawn of the Web3, a new version of the web where part of its elements will be owned by developers and users, managed by tokens. This document is a cross-disciplinary analysis of the impact that Web3 will have on companies through phenomena such as cryptocurrencies, NFTs and DAOs.



Palabras clave: Web3, *blockchain*, criptomonedas, NFT, DAO, Reglamento MiCA, smart contracts, datos, tokenización, póliza de seguro inteligente, insurtech, blanqueo de capitales, ciberseguridad.

Keywords: Web3, *blockchain*, cryptocurrencies, NFTs, DAOs, MiCA Regulation, smart contracts, data, tokenisation, smart insurance policy, insurtech, money laundering, cybersecurity.

¹ Este artículo ha sido elaborado por el siguiente grupo de profesionales de Pérez-Llorca: Iván Bejarano, Diego de la Vega, María de Arcos, Pedro Fernández, Rafael Fernández, Enrique Hernández, Josefina García Pedroviejo, Isabel Iglesias Feal, Fernando Luján, Alicia Maddio, Álvaro Martínez Crespo, Guillermo Meilán, Inés Molina, Raquel Pérez Gargallo, Andy Ramos Gil de la Haza, Marta Rodríguez Castillo y José Suárez.

I. Introducción

En el sector tecnológico, cada periodo de gran expansión económica se ha ocasionado gracias a la comercialización de alguna tecnología que provocaba la apertura de un nuevo mercado. En los años 70 y 80 del siglo pasado, la tecnología *mainframe*, por la cual las computadoras entraron por vez primera en las compañías, hizo que se desarrollase una nueva industria tanto de hardware como de software alrededor de estos sistemas. En los 90, fue la informática doméstica y la popularización de los ordenadores personales los que provocaron la apertura de nuevas empresas que ofrecían productos y servicios a los consumidores. En la primera década del presente siglo, la popularización de internet y de la *world wide web* desembocó en el nacimiento de una nueva economía digital, donde empresas ofrecían servicios en un entorno basado en la abundancia. En la década de 2010 ha sido la tecnología móvil la que trajo una nueva revolución económica y, en un momento de estabilización en la venta de dispositivos y servicios móviles, el sector se encuentra ávido de encontrar la siguiente tecnología que traiga el nacimiento de nuevos productos y servicios.

Entre estas tecnologías se encuentra el metaverso, ese universo virtual, inmersivo y descentralizado que, según la mayor parte de los expertos, será una realidad plena en cinco o diez años. Sin embargo, en la actualidad ya se encuentra otra tecnología, la *blockchain* o cadena de bloques, que está permitiendo el nacimiento de nuevos servicios, como las criptomonedas, las DAOs (del inglés *Decentralized Autonomous Organizations*) y los NFTs (por sus siglas en inglés, *Non-Fungible Tokens*), o la tokenización de activos de índole muy diversa (desde comunidades, hasta propiedades inmobiliarias). La *blockchain* es una tecnología relativamente madura, aunque compleja, conceptualizada en 2008 por una persona o grupo de personas que operaban bajo el nombre de Satoshi Nakamoto, que permite la formación de una estructura de datos, descentralizada, con información agrupada en bloques, con metadatos relativos al bloque anterior para hacer una trazabilidad de la información de manera segura, a través de cálculos criptográficos.

Parecía que la tecnología *blockchain* revolucionaría, a muy corto plazo, el mundo empresarial, de las finanzas y de los pagos descentralizados. Con la perspectiva que nos ofrece el tiempo, comprobamos que su implementación no ha sido tan amplia como se vislumbraba hace una década, principalmente debido a su complejidad (y, en ocasiones, consumo energético), aunque paulatinamente van surgiendo casos de éxito y proyectos en los que su uso ha dejado de ser meramente experimental.

Consecuencia de tales iniciativas empresariales, en los últimos años, más que de *blockchain*, se apela al concepto de web3, como evolución de la web 1.0 (la internet estática, donde los usuarios eran meros lectores) y de la web 2.0 (la internet

omnicanal, en la cual los internautas eran, además, productores de contenidos, principalmente a través de plataformas sociales). La web3 pretende, gracias a la tecnología *blockchain*, diseminar aún más la información en internet, de forma que no esté alojada y sea dependiente de determinados operadores (alojadores, *marketplaces*, redes sociales, etc.), sino que el propio usuario disponga de tales datos en todo momento, quien tendrá cierta percepción de propiedad sobre los mismos. El modelo de web3 promete abundar en la descentralización de internet, en el que tanto la información como las aplicaciones (dApps, del inglés, *decentralized apps*) estarán distribuidas en miles de nodos, en lugar de concentradas en determinadas plataformas, las cuales, basadas en código abierto, emitirán tokens de acceso para realizar un tipo de función sobre una red *peer-to-peer*.

De esta forma, la web3 aprovecha la arquitectura de internet para aumentar sus facultades descentralizadoras con la promesa de que el usuario tendrá más capacidad de control sobre sus datos y activos digitales. No obstante, la web3 no prescinde del todo de los intermediarios, los cuales siguen estando presentes, si bien con diferentes roles, principalmente a través de *marketplaces* de activos digitales o gestionando y custodiando *wallets* donde los usuarios conservan, por ejemplo, sus NFTs.

Como en anteriores etapas de la presente revolución tecnológica, ante cada nueva tecnología o planteamiento tecnológico surgen voces que exigen un cambio de regulación o se lamentan de la inadecuación del ordenamiento jurídico a dicha nueva realidad, cuando, más bien al contrario, ese nuevo planteamiento debe desarrollarse respetando la normativa existente, si bien con ciertos ajustes, tras un sosegado análisis.

En el presente documento haremos una exposición de determinados aspectos jurídicos relativos a la web3 según los servicios que están surgiendo o los cambios legislativos que ya se están produciendo.

II. Criptodivisas

Dentro de este expansionismo tecnológico, en los últimos años están surgiendo con fuerza los denominados criptoactivos. Estos son activos virtuales no tangibles, pero que tienen un valor otorgado por el mercado. Dentro de ellos se engloban las criptomonedas, siendo la moneda virtual de referencia el *Bitcoin* desde su nacimiento en 2009. Sin embargo, criptomonedas, como el *Bitcoin* o el *Ether*, no son el único tipo de criptoactivo existente, ya que en los últimos años se han desarrollado otros, como los tokens inmobiliarios² o los NFT, ya mencionados en el apartado anterior.

Estos activos digitales intangibles son únicos y basados en la criptografía. No obstante, los criptoactivos pueden diferenciarse en dos grandes categorías, por un lado, las criptomonedas y por otro los tokens, que pueden ser fungibles o no fungibles.

2 En 2021, Reental.co, fintech española dedicada a la tokenización de inmuebles, consiguió vender una vivienda en Sevilla con tokens gracias a 57 inversores de 4 nacionalidades diferentes. El coste total de compra de la vivienda fue de 69.194 € y la rentabilidad que Reental.co consiguió fue del 10 %.

Dentro del universo de las criptomonedas juegan un papel fundamental los *wallet* o monederos virtuales donde los usuarios almacenan sus criptoactivos, herramienta necesaria para disponer de los mismos dada la naturaleza descentralizada del Bitcoin y el resto de las monedas digitales. Desde un punto de vista funcional, los *wallets* permiten realizar una consulta de saldo, almacenar criptomonedas, operar con ellas o ver las operaciones ejecutadas. A pesar de su nomenclatura (e inevitable comparación con las billeteras comunes), los *wallets* realmente almacenan claves criptográficas, públicas y privadas, sobre las que se basa la *blockchain* para generar y operar los criptoactivos.

Todos estos avances tecnológicos han traído consigo un esfuerzo regulatorio por parte de las instituciones europeas y reguladores nacionales. En este punto, la norma de mayor relevancia es la conocida como Reglamento MiCA³ que ya ha sido aprobado por el Consejo Europeo y está pendiente de la aprobación final por el pleno del Parlamento Europeo.

Este Reglamento persigue varios objetivos, entre los cuales podemos destacar los siguientes:

- Garantizar un acceso seguro a los criptoactivos para los inversores.
- Contribuir al acceso a la inversión innovadora.
- Controlar el fraude y evitar el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.
- Establecer una normativa uniforme que reemplace a la legislación nacional existente en cada país de la Unión Europea.

Además, uno de los puntos más importantes es que esta norma supondrá que los proveedores de servicios de criptoactivos⁴ deban cumplir con requisitos de transparencia en relación con la información que aportan, su funcionamiento y gobierno interno, así como requisitos sobre reserva de activos (para las llamadas *stablecoins*)⁵, protección de los consumidores y normas para evitar el abuso de mercado.

El Reglamento MiCA entrará en vigor a los 20 días de su aprobación, pero no será de aplicación hasta pasados 18 meses por lo que deberemos esperar, al menos, hasta 2024 para ver sus verdaderas implicaciones en el mercado de criptoactivos europeos. Por lo tanto, en la actualidad existe una carencia de regulación en el mercado europeo, lo cual preocupa a las autoridades y reguladores europeos por la fuerte presencia de estos activos entre inversores minoristas.

No obstante, la Unión Europea ya dio un pequeño paso en la regulación de los proveedores de servicios de criptoactivos. Con la aprobación de la conocida como V Directiva de Blanqueo de Capitales⁶, los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias y los proveedores de servicios de

3 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

4 El Reglamento MiCA los define como "la persona cuya actividad o negocio consiste en la prestación profesional de uno o varios servicios de criptoactivos a terceros".

5 Las *stablecoins* o criptomonedas estables son tokens asociados al valor de una moneda *fiat* (como el euro), a bienes materiales (como el oro), a otra criptomoneda (como el bitcoin) o que tratan de evitar la volatilidad propia de estos criptoactivos a través de algoritmos.

6 Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE.

custodia de monederos electrónicos pasaron a ser sujetos obligados en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

En 2021, España transpuso la V Directiva de Blanqueo de Capitales y, desde entonces, las actividades de estos proveedores en territorio nacional se encuentran sometidas a la regulación española en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, como mencionamos más adelante.

En cuanto a la normativa nacional en materia de criptoactivos, la única norma aprobada hasta el momento es la Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ("**CNMV**") en materia de publicidad⁷. En síntesis, esta Circular viene a regular lo siguiente:

- Las principales normas, principios y criterios de aplicación a la publicidad sobre criptoactivos, cuando estos se presenten como objeto de inversión.
- Las facultades supervisoras de la CNMV en este ámbito, que incluyen, entre otras, la posibilidad de instar el cese o rectificación de mensajes publicitarios sobre criptoactivos y la de sancionar posibles infracciones.
- La obligación de que los sujetos obligados mantengan un registro con información y documentación relativa a campañas publicitarias en curso o realizadas en los dos últimos años.
- La necesidad de comunicar a la CNMV, con carácter previo, las campañas publicitarias que tengan carácter masivo, es decir, aquellas dirigidas a más de 100.000 personas.
- La exigencia de que la publicidad sobre criptoactivos informe de manera suficientemente clara sobre los riesgos asociados a esta clase de productos de inversión.

Esta norma, así como la modificación de la normativa española en materia de blanqueo de capitales, son los únicos mecanismos legales existentes que intentan regular el mercado de criptoactivos español. El sometimiento a la normativa de blanqueo de capitales y la supervisión por la CNMV de la publicidad sobre criptoactivos forman la primera piedra sobre la que edificar el futuro régimen regulatorio de este mercado con presencia, y cada vez mayor, sobre los inversores minoristas. Asimismo, tanto la CNMV como el Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (en línea con las autoridades europeas) vienen lanzando en los últimos años advertencias a los inversores en las que insisten de los riesgos que suponen esta clase de activos para los consumidores, recalando que no resultan adecuados como inversión ni como medio de pago o intercambio para la mayoría de los inversores minoristas.

⁷ Circular 1/2022, de 10 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión.

Finalmente, conviene hacer una breve mención al conocido como Proyecto del Euro Digital. El surgimiento de las criptomonedas unido a una disminución paulatina del uso del dinero efectivo en favor de medios de pago como las tarjetas y la aparición de nuevas soluciones tecnológicas han llamado la atención de los principales bancos centrales del mundo. En este contexto, el Banco Central Europeo (“BCE”), tras una fase preliminar de análisis y estudio de los requisitos y riesgos, decidió en 2020 comenzar con la fase de investigación sobre la implantación de un euro digital, complementario al dinero efectivo actual, pero de una forma más segura, digital, y garantizada por el BCE⁸. Aunque el proyecto se encuentra en una fase inicial, según el BCE la aparición de un euro digital permitiría el uso de una alternativa al dinero físico, sin comisiones y tecnológicamente fuerte. Además, el euro digital añadiría confianza respecto a las soluciones de pago no reguladas, fomentaría un mayor grado de digitalización y prevendría del uso de monedas digitales extranjeras (como el yuan o el dólar digital, ambos en desarrollo actualmente).

Asimismo, un futuro euro digital reduciría los niveles de fraude y permitiría una reducción de los costes que conlleva la emisión y circulación del dinero efectivo para el BCE (coste de emisión, riesgo de falsificación de billetes, etc.). No obstante, esta fase de investigación durará hasta octubre de 2023, tras la cual el BCE evaluará la conveniencia de su implementación. Por lo tanto, una potencial implantación no sucederá en el corto plazo.

8 Banco Central Europeo (2020), *Report on a digital euro*.

9 A pesar de la diversidad de los NFTs (p. ej. NFTs vinculados a derechos o servicios) en este análisis nos centraremos en los NFTs de contenido (*i.e.* arte digital, avatares, elementos de videojuegos, coleccionables, etc.).

10 Entendido como aquel que tiene el derecho a gozar y dispone de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (artículo 348 del Código Civil).

11 A pesar de su denominación, un *smart contract* no es un contrato inteligente, sino un programa de ordenador desplegado en una *blockchain*, generalmente Ethereum.

12 OpenSea proporciona un servicio peer-to-peer que permite a sus usuarios descubrir e interactuar directamente entre sí y con las NFT disponibles en las redes *blockchain* públicas.

III. NFTs

1. NFT como objeto susceptible de propiedad

El principal elemento diferenciador de los NFT⁹ frente a los archivos digitales tradicionales (p.ej. .jpg, mp4, etc.) es su potencial unicidad, con base en un registro de transacciones. Es decir, los NFTs otorgan a su propietario¹⁰ la certeza de que el objeto representado tiene unas cualidades únicas, irrepetibles e indivisibles. Por ello, la propia naturaleza de los NFTs (activo híbrido que aúna la representación de un objeto físico o virtual con una serie de datos almacenados en una red *blockchain* que pueden ser objeto de comercio gracias a las órdenes suministradas por *smart contracts*¹¹) ha generado que, a diferencia de los elementos digitales preexistentes a la web3, su valor, así como el interés por su posesión y propiedad sea cada vez mayor. De este modo, ha surgido una nueva economía gracias a las plataformas en línea dedicadas al comercio de NFTs, como OpenSea¹², y a la posibilidad de identificar un activo digital con un titular. Con ello, los problemas y las dudas de los usuarios sobre qué están adquiriendo exactamente y respecto de qué son propietarios, son cada vez más frecuentes.

Al adquirir un NFT, la percepción del usuario es que este es de su propiedad y que lo puede almacenar en un monedero de software (o digital) como MetaMask, en

sistemas de alojamiento centralizados o descentralizados y en monederos de hardware o *wallets*. Sin embargo, como desgranaremos a continuación, lo que realmente se guarda de alguna de las formas mencionadas es la dirección del *smart contract* que señala la ubicación del NFT. Así, dicho concepto de propiedad pivota sobre los metadatos almacenados en la *blockchain*, de forma similar a los títulos-valor de una sociedad, recogidos en un libro registro, si bien sobre el activo digital subyacente.

Como adelantábamos, un NFT lo conforman dos elementos distinguibles entre sí, pero que funcionan como un todo en el mercado. Por un lado, un NFT tiene un activo digital subyacente (un archivo JPG, MP3, GIF, etc.) coincidente, como explicaremos más adelante, con el *corpus mechanicum* (incorpóreo, en este caso) de la obra o prestación representada (una imagen, grabación audiovisual, obra 3D, etc.). Por otro, el NFT tiene el *hash* y demás metadatos que identifican a dicho activo digital subyacente y le otorgan, gracias a la tecnología, su carácter único.

Es decir, cuando se adquiere un NFT, se crea un registro mediante un *smart contract* que señala la ubicación del NFT en la *blockchain* y lo identifica con un monedero digital titularidad del adquirente del NFT. No obstante, salvo en casos particulares como el de la colección *Autoglyphs*¹³, cuyos metadatos y su activo digital subyacente se encuentran almacenados en la misma red *blockchain*, lo habitual es que, debido al tamaño de los activos digitales subyacentes y al coste de dicho almacenamiento, estos no se encuentren almacenados en la propia *blockchain* junto con sus metadatos. En efecto, lo más habitual es que en la *blockchain* solo se registre la dirección web (de la ubicación en la que se almacena la información completa del NFT y del activo digital subyacente), lo que supone que los NFT, al menos en lo que se refiere al archivo digital subyacente, no sean tan descentralizados, ni tan indestructibles¹⁴.

Es común que el archivo digital subyacente se encuentre alojado en InterPlanetary File System¹⁵ ("IPFS"), como sucede en el caso de OpenSea, y que el NFT se encuentre almacenado en numerosos dispositivos. Así, al contrario de lo que comúnmente se piensa, la totalidad del NFT no se encuentra en una *blockchain* y, por tanto, como anticipamos, podría ser manipulado o eliminado. Si el activo digital subyacente se aloja en un sistema de alojamiento centralizado se podrá cortar el acceso al mismo, reemplazar la imagen o simplemente encontrarnos con un enlace sin funcionamiento. En cambio, si se utiliza un sistema de almacenamiento descentralizado como IPFS tendremos una mayor seguridad, aunque no una certeza absoluta de que algún servidor dispondrá del archivo digital subyacente garantizando su disponibilidad y su propiedad. Lo anterior deberá conocerlo el adquirente del NFT, pues la propiedad del mismo podría verse frustrada por dichas limitaciones técnicas.

Es más, incluso en este supuesto, el contenido del archivo digital subyacente puede variar o desaparecer como sucedió con la colección "Raccoon Secret Society"¹⁶ alojada en IPFS, proyecto cuyo *smart contract* establecía "the function

13 Los Autoglyphs son el primer arte generativo "on-chain" en la *blockchain* de Ethereum. Son un mecanismo completamente autónomo para la creación y propiedad de una obra de arte.

14 Por ejemplo, si consultamos el contrato del NFT "Sneaky Vampire #4903"¹³ alojado en Etherscan, podemos observar en el apartado "tokenURL" que, a diferencia de los metadatos del NFT localizados en la *blockchain*, la localización real del activo digital subyacente (de la imagen) se encuentra en la dirección web https://ipfs.io/ipfs/fybeibu3edpaeds5w2a23m6c-nwlaakvqlvz3ywx4pl2m3i4iigyn-qdvuy/4903_no_bg.png, dirección web que podría no estar disponible o no tener copias a disposición en ninguno de los servidores repartidos por el mundo y a los que esta red peer-to-peer hace llamadas, frustrando cualquier ejercicio de la propiedad sobre dicho activo.

15 Una red peer-to-peer para la custodia de datos de archivos en dispositivos informáticos.

16 DICKENS, S. (2021). *NFT collection Raccoon Secret Society kills entire project to prove a point*. Yahoo Finance.

serBaseUri allows the owner to remove all the metadata, arts, etc. at any time” o, en otras palabras, la facultad del creador y propietario de los NFTs de modificar totalmente los archivos digitales subyacentes a su antojo. Es decir, la propiedad final sobre un NFT vendrá condicionada no solo por las características técnicas de los NFT, sino por los términos que establezca su *smart contract*, pudiendo encontrarnos ante una propiedad tradicional o ante una licencia de uso y disfrute del activo digital subyacente.

A pesar de la anterior realidad, en la actualidad la jurisprudencia y resoluciones relativas a la posibilidad de considerar los NFTs como una cosa susceptible de propiedad son escasas y, como veremos, no entra a valorar la naturaleza de los NFTs o lo hace, desde nuestro punto de vista, con poca precisión. Así, el High Court of England and Wales ya se ha pronunciado¹⁷ sobre el reconocimiento de los NFTs (sin entrar a desgranar su composición) como activos susceptibles de propiedad. Por su parte, la Dirección General de Tributos española, dando respuesta a la consulta V0486-22, ha considerado que la transmisión de los NFTs no supone necesariamente la transmisión del propio archivo digital (que contiene una imagen o vídeo), sino del certificado digital de autenticidad que representa el NFT. Lo anterior supone desvincular totalmente el contenido al hash (función criptográfica que hace los efectos de “referencia catastral” del activo digital que se pretende convertir en único, para transmitir su propiedad mediante un *smart contract*, a través de una red *blockchain*) y demás metadatos que lo identifican, todos los cuales se encuentran indisolublemente aparejados a él.

Así, la Dirección General de Tributos considera que existen dos activos digitales con entidad propia, esto es, por un lado, el archivo digital subyacente (vídeo, imagen, gráfico, etc.) y, por otro, el “token no fungible” o NFT que representaría la propiedad digital del archivo digital subyacente, siendo objeto de transmisión el propio NFT y no el vídeo o imagen, como expondremos en el epígrafe relativo a derechos de propiedad intelectual. Dicho de otro modo, la Dirección General de Tributos entiende que en el comercio de NFTs, lo que se transfiere fundamentalmente son los metadatos, que sirven para identificar y certificar su autenticidad, y no el contenido visual o sonoro vinculado a los mismos. Lo anterior, sería análogo a argumentar que en la transmisión de un bien inmueble lo que realmente se transfiere es la referencia catastral cuya anotación registral figurará a nombre del nuevo titular, pero no el bien inmueble en sí o, en términos contables, que lo que se transfiere es la propiedad sobre la anotación contable y no sobre el propio bien objeto de la transacción económica. En cualquier caso, los NFTs deben ser tratados como activos híbridos y complejos, cuya naturaleza impide separar la representación del archivo digital del hash y resto de metadatos que lo identifican de manera funcional. Así, lo que realmente se transfiere y es objeto de propiedad es el archivo digital subyacente, siendo el resto de elementos que lo acompañan meramente funcionales o “registrales” y, por lo tanto, no susceptibles de ser poseídos por sí mismos con independencia del activo al que identifican y representan, tal y como pretende establecer la Dirección General de Tributos.

17 Más información en The Fashion Law (2022), “NFTs characterized as property, Judge says in Landmark boss beauties lawsuit”. Mayo 2022.

Con todo ello, podemos concluir que los NFTs en España son activos susceptibles de ser poseídos y que se encuentran en el comercio de los hombres como activo objeto de propiedad, recayendo dicha apropiabilidad sobre el objeto físico o virtual representado por el NFT y cuyos demás elementos funcionales e inseparables garantizarán que es único, irrepetible, indivisible y que, en conjunción con una red *blockchain* y por medio de *smart contracts*, corresponde a un propietario específico. Si bien, los propietarios de NFT deben conocer que dicha propiedad no les autoriza a la reproducción, distribución, comunicación al público o transformación de su NFT cuando este lo conformen obras o prestaciones protegidas, salvo que el titular de derechos sobre las mismas les haya autorizado o, en su caso, cedido los derechos para ello. Así como, que atendiendo a los *smart contracts* específicos de cada NFT, los propietarios que han adquirido un token no fungible pueden encontrar que el goce y disfrute del mismo se vea alterado o, incluso, que estos no sean más que meros licenciatarios de su explotación, de forma más o menos amplia.

2. Derechos de Propiedad Intelectual

Como hemos expuesto, la tecnología *blockchain* sobre la que se sustenta un NFT permite asociar a la clave criptográfica un elemento gráfico, sonoro o audiovisual que, por su unicidad, puede alcanzar un precio en el mercado significativo. Aunque en este inicial estadio, el comportamiento de los operadores del mercado de los NFTs no siempre sigue un patrón concreto, generalmente el valor de los mismos viene determinado, como en el mercado tradicional del arte, por la obra o prestación incluida en ese NFT (la cual, en la mayoría de los casos, será susceptible de protección por derechos de propiedad intelectual), por su autor y por el número de ejemplares publicados, todo ello sobre la base de la naturaleza no fungible de dicho *token*.

La acreditada resiliencia de las legislaciones clásicas de propiedad intelectual demuestra que tampoco la web3 escapa a las leyes en vigor en cuanto a la regulación de todo tipo de obras y prestaciones en el contexto de los NFTs. Debe entenderse, por tanto, que en España es de plena aplicación a la web3 el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (“**TRLPI**”), según el ámbito de aplicación previsto en su Libro Cuarto, así como cualquier norma material relacionada¹⁸ y, por extensión, todo el derecho europeo sobre propiedad intelectual.

La aplicación de tecnología basada en *blockchain* facilita el registro de todo tipo de transacciones de obras y prestaciones, especialmente cuando se utilizan NFT como representación no fungible (es decir, única) de cualquier modalidad de obras o prestaciones. Conviene resaltar que un NFT no es la obra o prestación en sí misma, sino una manera de representarla digitalmente¹⁹, lo que en cierto modo

18 En particular el Libro Cuarto del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. Este Real Decreto-Ley transpone la Directiva (UE) 2019/789 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE, y la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. No obstante, el legislador ha optado por no incluir todo el contenido de la reforma en el TRLPI.

19 Vid. GUADAMUZ, A. (2021). The treachery of images: non-fungible tokens and copyright. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 00.

abunda en la dualidad clásica entre *corpus mysthicum* y *corpus mechanicum*, como diferencia entre obra intelectual y soporte físico, y que ahora este sería más bien un archivo digital contenedor de la obra o prestación protegida, asociada a un *tokenID* y a la dirección del *smart contract* (es decir, el registro en *blockchain*), ambos potenciales objetos de negocios jurídicos en forma de NFT.

Es decir, exactamente de la misma forma que, por ejemplo, en el mercado del arte debemos diferenciar la propiedad sobre el objeto físico (lienzo, pieza de mármol, etc.) donde se plasma una obra intelectual (una obra pictórica, escultura, etc.), con los NFTs debemos distinguir, por un lado, la clave criptográfica que un usuario tiene en su *wallet* y que refiere a un *smart contract* desplegado en una *blockchain* que garantiza la integridad de las transacciones de la misma y, por otro, del elemento gráfico o audiovisual incorporado a él. Como establece el artículo 56 del TRLPI, la propiedad del objeto físico o archivo digital y su transmisión a un tercero no implicarán una cesión de los derechos de propiedad intelectual inherentes en él, que seguirá manteniendo el autor o titular y que, en principio²⁰, únicamente se transmitirá al nuevo poseedor del *tokenID* si hubiese un pacto por escrito (artículo 45 TRLPI).

El hecho de que los derechos de propiedad intelectual inherentes en un NFT no se cedan al nuevo poseedor de este determina que sobre una misma obra o prestación se puedan generar varios NFTs. De ahí que sería erróneo concluir, como algunas personas han presupuesto²¹, que la adquisición de un NFT suponía, automáticamente, la tenencia de una licencia o cesión de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra o prestación contenida en él, la cual deberá articularse por otros cauces, o bien incluirse de forma inequívoca en los metadatos del NFT.

Ello, sin embargo, es independiente del derecho de participación o *droit de suite*, que está directamente ligado a la reventa de obras en el mercado secundario, regulado en España en el artículo 24 TRLPI. La posible generación del derecho de participación ligado a la venta de un NFT, considerado como un bien no corpóreo, estará condicionado por la concurrencia de un ejemplar de obras de arte sujetas a este derecho, como son, entre otros, los cuadros, grabados o esculturas, siempre que se encuentren plasmados en algún tipo de soporte. En este sentido, la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original indica que “el objeto del derecho de participación es la obra material, a saber, el soporte al que se ha incorporado la obra protegida”²².

Anteriormente exponíamos que, en términos civiles, puede existir un derecho de propiedad sobre un NFT gracias al amplio concepto de cosa del Código Civil; sin embargo, no existen pronunciamientos sobre si el concepto de ejemplar asociado al derecho de participación puede ser igualmente interpretado en términos extensivos, aunque la mención al soporte nos puede hacer concluir, a priori, en sentido negativo. Por tanto, si existe una identificación entre el NFT como cosa objeto de una transacción, entonces se podrá entender que surge el derecho de participación en idénticas condiciones a como lo hace en una transacción de una obra en

20 Decimos en principio porque los tribunales españoles han contemplado algunos supuestos en los que, en ausencia de pacto escrito, se había producido una cesión implícita de los derechos de propiedad intelectual.

21 Spice DAO confundió los derechos sobre la obra con los derechos sobre el soporte que la incorpora al comprar por tres millones de dólares un ejemplar de *Jodorowsky's Dune* para convertirlo en NFT, publicarlo y producir una serie inspirada en el libro. Equivocadamente, adquirieron el libro como objeto físico, pero no la obra. *Vid.* <https://www.esquire.com/entertainment/books/a38815538/dune-crypto-nft-sale-mistake-explained/> (última revisión el 11 de julio de 2022).

22 Considerando (2) de la Directiva 2001/84/CE.

soporte físico. Por el contrario, cuando el NFT sea una mera representación de una obra, se puede entender que no habría derecho de participación al no concurrir el requisito de soporte que inequívocamente exige la normativa.

En cualquier caso, la realidad del mercado es que, gracias al enorme potencial de la tecnología *blockchain*, los emisores de NFTs (presumiblemente autores de la obra plástica ahí fijada) suelen articular dicho derechos remuneratorio sobre futuras transmisiones de este gracias al *smart contract* donde se articula el NFT, cobrando automáticamente un porcentaje o cantidad a tanto alzado por cada reventa o cualquier otro negocio jurídico sobre la clave criptográfica asociada a la obra o prestación tokenizada. Las características y funcionalidades propias de un *smart contract* permiten, por tanto, establecer vía contractual una suerte de para-derecho de participación, mediante la programación de dicho derecho remuneratorio en el software que permitirá la transmisión del NFT en cuestión.

Marcas y diseños industriales

El auge del uso de *blockchain* y, en particular de los NFTs, del mismo modo nos hace reflexionar sobre el comportamiento y alcance de la protección de los derechos de propiedad industrial ante estos (esencialmente, marcas y diseños industriales).

Aun sin precedentes legislativos ni jurisprudenciales específicos que planteen esta cuestión en España, actualmente no existe una limitación en la Ley de Marcas²³ o la Ley de Diseño Industrial que impida dotar de la misma protección a una marca o diseño cuando el uso infractor tiene lugar en un entorno virtual a través de un NFT. En este sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ("**OMPI**") ha publicado recientemente una nueva edición de la Clasificación de Niza, donde incorpora por vez primera los NFT como parte de la clase 9. Con esta nueva clasificación, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023, los titulares podrán registrar su marca expresamente para el producto "archivos digitales descargables autenticados por tokens no fungibles [NFT]"²⁵, por lo que su protección va a tratarse de la misma manera que para cualquier otro producto o servicio.

Es bien sabido que el registro de una marca confiere a su titular un derecho exclusivo sobre la misma y un derecho excluyente, que le permite impedir a cualquier tercero el uso de un signo idéntico o similar en el tráfico económico para identificar productos o servicios idénticos o similares para los que la marca está registrada. Sin embargo, este derecho exclusivo que ostenta el titular no es absoluto, y encuentra uno de sus límites en el artículo 37 de la Ley de Marcas. La doctrina y jurisprudencia ha venido aceptando determinados usos de una marca registrada sin el consentimiento del titular cuando este uso se realice sin una finalidad distintiva respecto de los productos y servicios en los que se incorpora y de acuerdo con las prácticas leales en materia industrial o comercial, siempre que no genere en el consumidor un riesgo de confusión y/o asociación con la marca registrada.

23 Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

24 Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

25 En su redacción original: *090918 downloadable digital files authenticated by non-fungible tokens [NFTs]*.

Si atendemos a la interpretación de los tribunales en numerosos pronunciamientos en relación con el uso infractor de marcas en entornos digitales clásicos, a priori, no cabe duda de que el titular ostenta los mismos derechos y dispone de los mismos mecanismos de protección tanto para el producto en su formato físico como en su formato virtual. Nada parece entrever que esta postura vaya a modificarse cuando el uso infractor se realice por medio de un NFT.

De hecho, ya hay países donde los tribunales están tratando esta cuestión, y están valorando la existencia de infracción con base a los criterios convencionales. En EE. UU. la conocida marca de moda Hermès International presentó demanda de infracción de sus derechos de marca contra el artista Mason Rothschild por estar comercializando NFT inspirados en los icónicos bolsos Birkins. Recientemente el juez ha rechazado la moción presentada por el demandado -que se basaba en el conocido caso *Rogers*-, entendiendo que resulta igualmente necesario valorar si el uso de la marca genera confusión en el consumidor en relación con el origen empresarial del producto que se representa por medio de un NFT²⁶.

Por otro lado, en relación con el diseño industrial, el titular ostenta un derecho exclusivo a utilizarlo y a prohibir su utilización por terceros sin consentimiento, entendiendo por utilización entre otros actos, la comercialización o el uso de un producto que incorpore el diseño. La problemática en este caso radica en determinar si el concepto de “utilización” se extiende al producto NFT, o si la representación virtual de un diseño registrado no implica per se una infracción de los derechos del titular.

De nuevo, sin perjuicio de no contar actualmente con precedentes específicos que delimiten el alcance del derecho sobre un diseño industrial cuando la utilización infractora se realiza por medio de un NFT, los numerosos pronunciamientos en esta materia en relación con otras plataformas digitales nos permiten responder a esta cuestión. En este sentido, destaca el caso *Activision Blizzard* en el que, si bien finalmente fue desestimada la demanda de infracción, el juez realizó el análisis de infracción del diseño industrial a través de un videojuego, de manera que implícitamente puede entenderse que la infracción puede producirse tanto por su utilización en un producto físico como virtual, dado que lo que se protege es el propio diseño²⁷.

Por tanto, los retos jurídicos que debemos plantearnos no se encuentran tanto en la determinación del alcance de la protección de las marcas y diseños industriales cuando su uso se realice por medio de un NFT -que no parece que vaya a implicar una mayor problemática-, sino en la manera en que operan estos mecanismos de protección que prevé la normativa cuando el producto infractor sea un NFT.

En primer lugar, surgen dudas en cuanto a la materialización de una acción de cesación y destrucción frente a un NFT infractor. Como sabemos, la tecnología *blockchain* permite realizar transferencias de manera distribuida e inmutable, lo que impide, por su propia naturaleza, que se cese en su uso o se destruya -dado

26 *Hermès International and Hermes of Paris, Inc., v Mason Rothschild*, United States District Court, S.D. New York. El demandando presentó moción de desestimación de la demanda sobre la base del conocido *Rogers Test*, según el cual, el uso de una marca registrada sin consentimiento del titular no constituye infracción cuando sea relevante desde el punto de vista artístico y no engañe explícitamente al consumidor. En este sentido, el demandado alegaba que el uso de la marca registrada se está realizando a través de una obra artística que representa virtualmente el producto original; sin embargo, el juez ha entendido que, aunque el NFT se considerara artísticamente relevante, es necesario valorar si genera confusión en el consumidor en relación con el origen empresarial del producto. Por este motivo, ha fallado rechazando la moción y el caso continúa.

27 *United States District Court, E.D. Arkansas, Western Division*. Feb 21, 2014, 140 F. Supp. 3d 795 (E.D. Ark. 2014) *P.S. Products Inc. v Activision Blizzard Inc.*

que resulta imposible hacerlo desaparecer-. Esta cuestión se está planteando actualmente en EE. UU., donde Nike está solicitando la destrucción de un NFT infractor contra una plataforma de venta minorista online, por comercializar esta última unas conocidas zapatillas virtuales a través de un NFT²⁸. Frente a este reto jurídico -y tecnológico- los expertos están planteando la posibilidad de enviar los NFT a un *burned wallet* con el fin de impedir que puedan ser objeto de más transferencias.

Esta misma cuestión se plantea en relación con la posibilidad de solicitar y ejecutar una medida cautelar dirigida a impedir la continuación -o el inicio- de la infracción mientras dure el procedimiento. Una de las medidas por excelencia que se solicita en este tipo de procedimientos es la del embargo preventivo de los productos infractores, medida que resulta materialmente imposible llevarla a cabo en relación con un NFT por la propia naturaleza de este. En este sentido, recientemente el *United Kingdom High Court* ha otorgado una medida cautelar por la que ha ordenado la “congelación” de los NFT infractores para que no puedan ser transferidos mientras dure el procedimiento principal, lo que sin duda podría ser una solución.

Precisamente en nuestro país se ha publicado recientemente el primer precedente judicial en esta materia (Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, 468/2022, de 21 de octubre, ECLI:ES:JMB:2022:1900A), que estima unas medidas cautelares solicitadas por la explotación de obras en el metaverso y *marketplaces* de NFTs sin el consentimiento del autor. En particular, el Juzgado ha ordenado a la plataforma Opensea donde se encontraban los NFTs -y no al demandado, por la imposibilidad de llevarlo a cabo-, a transferir a una *wallet* física los NFTs presuntamente infractores mientras dure el procedimiento principal. Sin duda, y aún pendientes de una resolución que se pronuncie sobre el fondo del asunto, parece que los juzgados españoles están siguiendo la misma línea que los juzgados internacionales.

Por último, precisamente por la propia naturaleza y características de la tecnología *blockchain* estamos también ante una dificultad para la determinación de la legitimación pasiva -esto es, ante quién se debe dirigir la acción de infracción o la medida cautelar cuando se desconoce quién es el titular del NFT-. Recientemente, la *Supreme Court of the State of New York*, ante la imposibilidad para identificar a las personas físicas o jurídicas involucradas en un asunto de fraude, ha aprobado la notificación de una medida cautelar a través de un “token de servicio” (*Ethereum-based token*) enviado a la dirección del usuario anónimo que se encontraba detrás del NFT, que puede dar respuesta al problema de la identificación del infractor²⁹.

Sin duda, si bien podemos empezar a responder a gran parte de las cuestiones jurídicas que plantea la defensa de los derechos de propiedad industrial frente a su uso infractor a través de un NFT, habrá que esperar a que nuestros tribunales desarrollen precedentes sólidos en esta materia.

28 Nike, Inc., v StockX, LLC., United States District Court, S.D. New York.

29 LCX A.G., v John Doe nos. 1-25, Supreme Court of the State of New York

IV. DAOs y la web3

Una DAO (*Decentralized Autonomous Organization*) es una entidad virtual que se encuentra regida por *smart contracts*, entendidos como una secuencia de instrucciones escrita en un lenguaje de programación³⁰, que son los que se encargan de establecer las reglas de organización³¹, con capacidad para ejecutar de forma autónoma las directrices o decisiones que los partícipes (titulares de *tokens*) han decidido que la organización ejecute, y donde la toma de decisiones tiene lugar de manera descentralizada y se registra en la cadena de bloques (*blockchain*).

Estas organizaciones, que nacen al margen de cualquier derecho societario, (i) se gestionan por sus miembros, quienes forman parte de estas a través de tokens de gobernanza y ejercen la autoridad de forma democrática; (ii) proporcionan descentralización; y (iii) se caracterizan por su transparencia³².

En sentido amplio, se trata de una estructura de gobierno (como las sociedades anónimas o las cooperativas) en las que un grupo de personas puede tomar decisiones que se coordinan, aplican y quedan registradas en el *blockchain*³³. Mientras que las sociedades tradicionales requieren una serie de intermediarios o ejecutores, en las DAO nos encontramos ante una nueva forma de organización que pretende ser más libre y autónoma. En último término, el objetivo de una DAO es funcionar sin una gestión jerárquica humana.

Existen numerosos ejemplos de DAOs constituidas en relación con acciones en la web3, realidad virtual o metaverso³⁴, así como NFTs. Por ejemplo, un DAO en el que los titulares de los tokens votan o emiten su opinión en relación con la creación de un NFT, que es ejecutado automáticamente por un algoritmo de creación.

Sentadas estas ideas, se trata de una entidad que viene a dinamitar y dinamizar el Derecho societario y nace al margen de cualquier ordenamiento jurídico, lo cual plantea una serie de cuestiones prácticas.

En primer lugar, por el momento no existe ninguna norma que le otorgue personalidad jurídica, con las dificultades que ello conlleva³⁵, sin perjuicio de que pueda entenderse que tiene capacidad de obrar, en la medida en que asume obligaciones en el tráfico jurídico. Desde una perspectiva de Derecho Civil español, se ha planteado la posibilidad de incluir este tipo de organizaciones en el ámbito de la sociedad civil del artículo 1665 del Código Civil ("**CC**"), sobre la base de que existe *affectio societatis*, o en el ámbito de las comunidades de bienes. En este caso, la responsabilidad, según la doctrina mayoritaria, sería subsidiaria respecto de la sociedad o la comunidad, pero no limitada.

Las cuestiones que se plantean en torno a la responsabilidad de sus partícipes y si esta puede aparecer limitada como ocurriría con una sociedad de capital, entroncan con su personalidad jurídica o ausencia de la misma, así como con su

30 ERCILLA, J. (2019). Aproximación Jurídica a las Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAOs) en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 51/2019, [BIB 2020/9477].

31 CALLEJO, G. (2021). *Constitución DAO: el ejemplo de cómo las DAO transformarán las industrias de la web3*. Observatorio Blockchain.

32 MONTOYA GAGO, B. (S.F.) (2022). *Organizaciones descentralizadas: ¿qué es una DAO y cuál es su papel dentro de la web3?*. Blog ThinkBig.

33 GUO, C (2021). *DAOs and web3 Governance: The Promise, Implications and Challenges Ahead*. ANTLER.

34 ROOSE, K (S.F.) (2022) *¿Qué es la web3?* The New York Times (La guía cripto para despistados).

35 OULEGO ERROZ, J.R (2021). *DAO: Naturaleza e implicaciones jurídicas*. A Definitivas.

capacidad de obrar. Tomando en consideración lo mencionado, a día de hoy no podemos hablar de la existencia de una responsabilidad limitada.

Como cuestión adicional, si pasáramos a considerar las DAO como entidades cibernéticas³⁶ con capacidad para obrar con relativa autonomía respecto de los agentes humanos implicados, debemos tomar en consideración lo dispuesto en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. Ello sería especialmente relevante en materia de responsabilidad, donde podríamos hablar de la llamada culpa del robot, aislando así las esferas de imputación de responsabilidad, en cuyo caso no existiría culpa para los titulares de los *tokens*. Sin embargo, también existe base para sostener la existencia de una suerte de *culpa in educando*.

Finalmente, el carácter internacional del fenómeno de las DAO no casa adecuadamente con las legislaciones nacionales y su delimitación territorial, planteándose igualmente problemas de ley aplicable y jurisdicción. Por ello, en el ámbito societario se aboga por una suerte de ley (o estándar) internacional de carácter específico, una *lex mercatoria*. Finalmente, una alternativa que puede solventar en cierta forma las cuestiones de derecho internacional privado pasaría por someter estas cuestiones a arbitraje, existiendo en la actualidad instituciones específicas como la *Blockchain Arbitration Society*.

V. Datos y ciberseguridad de la web3

Desde la perspectiva de protección de datos, la web3 presenta ciertas ventajas respecto a las redes de internet tradicionales como consecuencia de su carácter distribuido y descentralizado. No obstante, dicha naturaleza descentralizada y compartida también trae consigo retos o problemáticas de gran relevancia a la hora de analizar las implicaciones jurídicas en materia de privacidad y seguridad de esta novedosa red.

Frente a la tradicional web 2.0, basada en el almacenamiento en bases de datos centralizadas, titularidad de diferentes prestadores de servicios y controladas por múltiples agentes que actúan como responsables del tratamiento independientes, la web3 puede proporcionar una mayor privacidad y garantía de seguridad a los interesados desde una doble vertiente: (i) en relación con el control de los datos; y (ii) en relación con el acceso o visualización de los mismos.

En cuanto al control de los datos, los usuarios podrán, a priori, operar con unas únicas credenciales que les permitirán navegar y comunicarse con terceros sin necesidad de hacer uso de servicios centralizados, controlados por intermediarios profesionalizados. Es decir, para navegar por la web3, los usuarios no estarán obligados a crear múltiples cuentas de usuario o a proporcionar datos personales de naturaleza dispar a los distintos prestadores de servicios que formen parte

36 ZAPATA SEVILLA, J. (2019). *Inteligencia artificial y responsabilidad civil: el caso de las organizaciones descentralizadas autónomas*. Universidad de Málaga.

de ella como requisito *sine qua non* para navegar por la misma. De este modo, los interesados podrán evitar la difusión de sus datos personales y tendrán más control acerca de su destino. En lo que al acceso respecta, el hecho de que los datos personales se almacenen de manera jerárquica supone una limitación de su tratamiento por parte de terceros, los cuales no podrán acceder de manera indiscriminada a los registros anteriores en los que se almacene la información personal de los usuarios.

Adicionalmente, la naturaleza distribuida y descentralizada de la web3 también implica una mejora de la ciberseguridad de esta red. La lógica de las redes *peer-to-peer* conlleva, inevitablemente, la distribución del riesgo ante un eventual hackeo, en tanto que un posible atacante tendría que dirigirse a todos los nodos que forman parte de la propia red descentralizada. Cuestión que parece improbable en un ecosistema abierto y de uso masivo como es el entorno de la web3. Como consecuencia de lo anterior, resulta evidente que la web3 también podrá ayudar a garantizar la integridad y disponibilidad³⁷ de los datos e información personal, reduciéndose, en consecuencia, el volumen de brechas de seguridad a las que podrán verse expuestas los datos personales de los interesados.

Sin embargo, a pesar de las anteriores ventajas para la privacidad de los usuarios, la inmutabilidad de las redes *blockchain*, que impide la modificación o eliminación de la información almacenada en las cadenas de bloques, choca frontalmente con determinados derechos reconocidos por la normativa de protección de datos en favor de los interesados. En particular, la imposibilidad de alterar las cadenas de bloques impide el ejercicio de los derechos de rectificación o supresión, basados, precisamente, en la modificación o eliminación de los datos personales tratados. Esta cuestión se encuentra indisolublemente ligada a los principios de exactitud y limitación del plazo de conservación, los cuales establecen la obligación de adoptar todas las medidas razonables para que se puedan actualizar, suprimir o rectificar los datos personales.

Finalmente, en la medida en que los servidores se encuentren distribuidos y sin un intermediario de referencia que determine los fines y medios del tratamiento de los datos, el funcionamiento de la web3 conlleva un reto adicional, basado en la identificación del responsable del tratamiento de los datos y, en consecuencia, del encargado –en el caso de que pueda o deba haberlo–. Así pues, en aquellos supuestos en los que una transacción efectuada en el contexto de la web3 conlleve una comunicación de datos personales, el modelo tradicional de responsable y encargado del tratamiento será de difícil implementación al resultar más compleja la identificación de los usuarios o las actividades del tratamiento a realizar por cuenta de terceros.

37 A este respecto, la Agencia Española de Protección de Datos ha puesto de manifiesto que las técnicas de almacenamiento de información distribuida, como el *blockchain*, se pueden emplear para garantizar la disponibilidad de los datos. Vid. AEPD (2020): *Blockchain (II): Conceptos básicos desde la protección de datos*.

VI. Blanqueo de capitales en la web3

La web3, como nueva concepción del uso de la red, entraña muchas incógnitas acerca de cómo articular este nuevo entorno, que permite que sus usuarios realicen actividades de manera descentralizada y sin intermediarios gracias al empleo de la tecnología *blockchain*. Estas características –que conllevan una mayor facilidad de los usuarios para mantenerse en el anonimato y mayores dificultades para trazar las operaciones– son precisamente las que entendemos van a centrar el interés del legislador para tratar de fiscalizar este tipo de actividades en los próximos años.

Ello nos conduce irremediablemente a pensar en la posibilidad de que se pueda emplear la web3 como un medio idóneo para blanquear capitales o financiar actividades ilícitas si no se cuenta con medidas de control que lo eviten, estableciendo una adecuada trazabilidad de las transacciones e identificando a los intervinientes que participen en las mismas. Todo ello con el fin de proteger adecuadamente los intereses que están en juego: por un lado, los de los consumidores y usuarios y, por otro, los del propio sistema financiero en su conjunto.

Así sucede ya con algunos precedentes que emplean tecnología *blockchain* para permitir la realización de transacciones –como es el caso de los criptoactivos, que ya han propiciado una reciente reforma de nuestra Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales para incluir dentro de la lista de sujetos obligados a los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos³⁸–. Y similar estela parecen seguir los tan de moda NFTs –aunque sin contar todavía con regulación específica–, que ya han sido objeto de alerta por parte del *US Department of Treasury*³⁹ por su facilidad para servir de plataforma para lavar dinero.

Partiendo de las premisas anteriores, la dificultad que, a nuestro juicio, van a enfrentar las autoridades en relación con la web3 radica en la ausencia de organismos centralizados que gestionen de alguna manera las transacciones que se produzcan en su seno. Es decir, ¿a quién se le pueden imponer las obligaciones que se prevén en la normativa de prevención del blanqueo para evitar precisamente que se puedan cometer ilícitos? Parece lógico pensar que, siguiendo el modelo cripto, dichas obligaciones descansen sobre aquellos proveedores de servicios virtuales que hagan posible dicho intercambio.

Si, tal y como parece, los criptos son la moneda de cambio que permita intercambiar bienes y servicios en la web3, el problema podría estar ya cubierto a través de las obligaciones ya impuestas en la materia a los prestadores de servicios virtuales antes referidos. Si, por el contrario, se emplean otro tipo de mecanismos que permitan materializar las referidas transacciones, parece que la solución legal pasará por identificar a nuevos posibles intervinientes que puedan asumir las obligaciones previstas en la normativa de prevención del blanqueo de capitales para evitar estos riesgos.

38 Vid. artículo 2.1 z) Ley 10/2010, de 28 de abril.

39 Vid. US Department of the Treasury (2022), *Study of the Facilitation of Money Laundering and Terror Finance Through the Trade in Works of Art*, págs. 26-27. Disponible en: <<https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0588>>.

VII. Aspectos fiscales en la web3

Las discusiones en torno a la tributación de los diferentes componentes de la web3 comenzaron en el 2013, con la incipiente popularización del *Bitcoin*. En ese entonces, el análisis realizado por los países giraba, en general, en determinar si las criptomonedas debían calificarse como una moneda extranjera, o bien como un activo no monetario. Inicialmente, países como Suiza, Italia y Malta se pronunciaron en el sentido de tratar a las criptomonedas como una moneda extranjera, bajo el argumento de que su función principal era la de servir como un medio de pago. Sin embargo, la postura general de los países fue inclinándose gradualmente a tratar a las criptomonedas como un activo⁴⁰.

En el caso particular de España, existen respecto a las criptomonedas cada vez más pronunciamientos de la Dirección General de Tributos, órgano encargado de interpretar la normativa fiscal vía emisión de resoluciones y contestación a las consultas de los contribuyentes, aunque referidos a las cuestiones que específicamente plantean estos en cada caso y en relación con cada impuesto de forma estanca. A grandes rasgos, de esas contestaciones puede concluirse que las criptomonedas son consideradas divisas (medios de pago) a efectos de tributación indirecta (Impuesto sobre el Valor Añadido o Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), y como bienes inmateriales susceptibles de producir rendimientos o ganancias sometidos a gravamen a efectos de tributación directa (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o Impuesto sobre Sociedades).

En relación con los NFTs, la Dirección General de Tributos se pronunció por primera vez el pasado 10 de marzo de 2022 (la ya citada contestación vinculante a consulta V0486-22), analizando su naturaleza a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido. En particular, reseñando igualmente la inexistencia de interpretaciones del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, consideró que los NFTs no participan de la naturaleza de las criptomonedas al no configurarse como divisas ni tratarse de bienes fungibles. Tampoco parece que proceda calificar la venta de los NFT como “entregas de bienes”, dado que, en el caso de esa consulta, el bien subyacente a la venta de los NFT no es un bien corporal existente, sino que igualmente tiene carácter digital (se vende el propio certificado digital de autenticidad que representa el NFT, sin que tenga lugar ninguna entrega física ni del propio archivo digital asociado). Así, concluye esa Dirección que los servicios de arte digital que se concretan en la venta del NFT del caso analizado se califican como servicios prestados por vía electrónica a efectos de tributación indirecta.

Respecto a los ingresos generados por el bloqueo de criptomonedas durante un tiempo a través de un contrato inteligente para fines de *staking*, la Dirección General de Tributos estableció que deberán clasificarse como rendimientos íntegros del capital mobiliario obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios satisfechos en especie (contestación vinculante a consulta V1766-22, de 26 de julio de 2022).

40 En 2014 el Servicio de Rentas Internas (IRS) de los Estados Unidos determinó que las criptomonedas deben clasificarse como un activo personal para efectos tributarios, que en términos generales genera ganancias tributables cuando se intercambian por monedas tradicionales (*fiat*), bienes, servicios u otras criptomonedas, así como cuando se reciben nuevas criptomonedas, como en el caso de *hard forks*, *play-to-win*, *airdrops* y a través de la minería. En términos generales, esta ha sido la postura adoptada por las Administraciones tributarias de las principales economías.

Fuera de la aparente claridad en cuanto a la tributación de las criptomonedas, no existen regulaciones claras respecto al resto de los otros componentes que integran la web3. Notablemente, existen dudas generales relativas al tratamiento fiscal aplicable a los derechos inherentes a los *smart contracts*. Por ejemplo, en países donde el ingreso se sujeta a una tributación específica dependiendo si deriva del intercambio de “valores bursátiles”, no es claro si la oferta pública de inversión realizada a través de un *smart contract* no regulado debe considerarse como una inversión financiera o bien como una actividad privada.

Sin embargo, la cuestión más relevante en torno a la tributación de la web3 no es la clasificación del ingreso, sino los medios que tienen las autoridades fiscales para obtener información relativa a las operaciones de los contribuyentes, y comprobar y en su caso regularizar las deudas tributarias. Pensemos en la Web 2.0, en donde grandes intermediarios (por ejemplo, Amazon y Uber), debidamente registrados ante las autoridades fiscales correspondientes, tienen obligaciones importantes de *know-your-customer*, de registro y entrega de información periódica de las operaciones realizadas entre sus usuarios de sus plataformas, e incluso de retención de impuestos. Esto será mucho más difícil tratándose de la web3, en donde la descentralización y automatización de las operaciones, realizadas en el *blockchain* a través de *smart contracts*, implica que ya no exista ese intermediario, establecido y fiscalizable, al cual imponer estas obligaciones fiscales (tanto materiales -de pago-, como formales -de suministro de información-).

Aún más importante, la web3 presenta grandes oportunidades para que sus participantes no requieran utilizar el sistema financiero tradicional para realizar sus operaciones. Las billeteras (*wallets*) digitales en la web3 descentralizada, a diferencia de las cuentas bancarias tradicionales, no están vinculadas a una persona en particular. De tal forma, las operaciones *peer-to-peer* realizadas a través de plataformas descentralizadas, tal y como operaciones financieras en plataformas DeFi o de capital en plataformas DAO, son prácticamente anónimas, volviéndose complicado fiscalizar el uso de recursos en la compra de activos o derechos virtuales a través de las mismas.

En España, la administración tributaria lleva al menos tres años destinando importantes esfuerzos al control de la tenencia y la operativa de criptomonedas, incluyendo estas cuestiones dentro de sus Planes Anuales de Control Tributario y Aduanero y dirigiendo masivamente requerimientos de información a entidades financieras o gestoras y a los propios contribuyentes. También la Dirección General de Tributos ha reiterado la obligación de incluir este tipo de activos dentro de declaraciones como la informativa de bienes y derechos situados en el extranjero (modelo 720 -o quizás nuevo modelo 721-) o la del Impuesto sobre el Patrimonio. De hecho, la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, ha introducido dos nuevas obligaciones informativas dirigidas a operadores que gestionen criptomonedas y a *exchanges* en determinadas circunstancias.

A la vez, distintos organismos internacionales se encuentran trabajando en una solución multilateral. Notablemente, en agosto de 2022 la OCDE emitió una propuesta de marco global para la transparencia en el reporte e intercambio de información respecto a criptoactivos (*Crypto-Asset Reporting Framework*, o CARF), así como cambios a las reglas actuales para el intercambio automático de información fiscal entre los países (*Common Reporting Standard*, o CRS) que, de aprobarse, obligarían a las entidades e individuos que presten servicios de intercambio o de intermediación en operaciones con criptoactivos a reportar información fiscal de sus usuarios a las autoridades de su país de residencia. Actualmente la OCDE continúa trabajando en un paquete de implementación para estas reglas, que incluiría cambios en las normas domésticas de cada país, así como nuevos acuerdos internacionales.

En todo caso una cuestión parece clara: paulatinamente irán apareciendo nuevas funcionalidades y nuevos servicios que en el ámbito fiscal deberán ser objeto de calificación e integración en unas normas que no siempre han sido diseñadas con estos avances tecnológicos in mente.

VIII. Impacto de la web3 en el sector asegurador

1. Ventajas y retos

Como punto de partida, debemos hacer referencia a la complejidad y amplitud que envuelve al sector asegurador para entender el impacto de la web3. Y es que la industria del sector asegurador no consiste únicamente en entidades aseguradoras, sino también en entidades dedicadas a explotar el canal de mediación de seguros donde nos encontramos con los distribuidores de seguros (agentes, corredores u operadores de bancaseguros, cuya regulación puede encontrarse en los artículos 134 y ss. del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero⁴¹); distintas personas o empresas que apoyan a los mediadores en la tarea de distribución (colaboradores externos, teleoperadores, comparadores, etc.); así como empresas de asistencia o gestión que ayudan en la tramitación de siniestros. Al mismo tiempo, existen distintos canales de distribución por los que las referidas personas y entidades pueden comercializar pólizas de seguro, entre los que naturalmente juega un papel primordial la contratación electrónica a través de internet.

41 Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Por ello, las partes intervinientes en el proceso de distribución de seguros están, actualmente, adaptándose a las ventajas que ofrece la web3 para optimizar y facilitar sus respectivas tareas gracias a las herramientas que esta tecnología pone a su disposición, permitiéndoles obtener una ventaja competitiva respecto de sus competidores al ofrecer un asesoramiento automatizado mediante algoritmos estructurados a través de cadenas de bloques.

Dos de los puntos más relevantes que cabe destacar de la web3 en el sector asegurador son los siguientes:

- (a) La celebración de contratos de seguro a través de la web3 se apoya fundamentalmente en la recopilación de datos de carácter personal de los tomadores, los asegurados, los beneficiarios y los terceros perjudicados. Esto se debe a que la automatización de estos datos es lo que permite crear un proceso eficiente y adecuado a los intereses tanto de los aseguradores como de los tomadores. Sin embargo, la intensidad con la que se pueden tratar estos datos exige prestar una especial atención a los requisitos que el artículo 99 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (“**LOSSEAR**”) impone a las entidades del sector asegurador en este sentido.
- (b) La objetivación de los datos recopilados permite una mayor efectividad en la lucha contra el fraude en seguros. Esto se debe a que las entidades aseguradoras y distribuidoras disponen de un conocimiento más certero de la realidad que envuelve a los riesgos asegurados. Por ello, la proliferación de los contratos celebrados a través de la web3 es una oportunidad para prevenir, impedir, identificar, informar y remediar conductas fraudulentas relativas a los seguros de una manera más eficiente, de acuerdo con el tenor literal del artículo 100 LOSSEAR.

Otro factor esencial para comprender el impacto de la web3 sobre el sector asegurador es el fenómeno de digitalización, que está afectando cada vez con mayor intensidad a los mercados financieros. Todas las compañías que intervienen en la industria de los seguros están invirtiendo recursos y esfuerzos en abandonar el formato papel para suscribir, comercializar y tramitar toda la documentación relativa a la contratación de una póliza de seguro de manera electrónica.

En este sentido, entre las herramientas que la web3 concede a las entidades aseguradoras destaca la posibilidad de prestar un asesoramiento completamente robotizado a los tomadores, sin intervención relevante de seres humanos. Así sucede con las pólizas de seguro inteligentes, que forman parte de los *smart contracts*, ya que su uso permite crear pólizas de seguro utilizando valores paramétricos que sirven para abonar al sujeto asegurado una indemnización de forma inmediata si se considera que el riesgo garantizado se ha producido, a través del análisis de valores objetivos automatizados. Sirva de ejemplo una póliza de seguro inteligente que incluye coberturas frente a la producción de ciertos fenómenos atmosféricos y que, al identificar a través del *big data* que los mismos se han producido, abona la indemnización pactada al asegurado. Esto permite la elaboración de contratos transparentes y accesibles para los tomadores, a la par que eficientes y eficaces para los aseguradores y los distribuidores.

Sin embargo, debemos recordar que esta forma de asesoramiento automatizado y descentralizado no escapa a la regulación aplicable a los contratos de seguro

en general. A este respecto, interesa destacar las siguientes cuestiones desde un ámbito regulatorio:

- (i) Las pólizas de seguro inteligente son negocios jurídicos de naturaleza mercantil que sirven como fuente de derechos y obligaciones para las partes contratantes. Por ello, deben cumplir con los requisitos esenciales para la validez de los contratos de comercio (artículos 1261 y ss. del Código Civil y artículos 50 y ss. del Código de Comercio). Por ejemplo, para considerar que una póliza de seguro inteligente ha sido válidamente celebrada, continuará siendo igualmente necesario que nos encontremos con el consentimiento válido por parte del tomador y aseguradora; el riesgo que se pretende asegurar como causa del contrato⁴²; y, como objeto, un interés del tomador en protegerse ante la eventual producción del riesgo sobre el elemento asegurado, con el cual guarda un vínculo económico⁴³.
- (ii) Las pólizas de seguro inteligentes deben observar igualmente los requisitos que la legislación española impone específicamente a los contratos de seguros. Esto abarca, por ejemplo, que las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados sean destacadas de modo especial y específicamente aceptadas por escrito por el tomador⁴⁴ (artículo 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, “LCS”); que la póliza sea entregada al tomador o, al menos, el documento de cobertura provisional (artículo 5 LCS); o que la póliza haga referencia a ciertos elementos de forma imperativa, como la naturaleza del riesgo cubierto o la cuantía de la prima (artículo 8 LCS). También es necesario que la póliza, a pesar de ser eminentemente digital y de configurarse a través de cadenas de bloques descentralizados, sea conservada en un soporte duradero que permita conservar y acceder fácilmente su contenido, sin realizar cambios o modificaciones en el mismo, tal y como establece la Disposición Adicional Primera de la LCS.
- (iii) Por su partícúlo, el artículo 96 LOSSEAR consagra el deber general de información al tomador del seguro. Este precepto dispone que, antes de celebrar una póliza de seguro, el asegurador debe informar por escrito al tomador acerca de diversas cuestiones, como el Estado miembro y la autoridad a los que corresponde el control de la actividad de dicha entidad aseguradora.
- (iv) De igual forma, los artículos 122 a 127 del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, desarrollan el artículo 96 LOSSEAR. Estos preceptos especifican ciertas obligaciones que los aseguradores deberán observar en determinadas situaciones, como en la celebración de seguros

42 La doctrina define el riesgo como un evento o suceso capaz de generar un daño o necesidad, frente al cual el tomador pretende protegerse a través de la celebración de un contrato de seguro. Sobre este punto, v BATALLER GRAU, J., LATORRE CHINER, N., OLAVARRÍA IGLESIA, J. (2007), *Derecho de los seguros privados*, Madrid: Marcial Pons, p. 174.

43 GARRIGUES, J. El interés en el derecho en *Temas de derecho vivo*, (pp. 233 a 235) En este texto el autor se refiere exclusivamente a los seguros contra daños. No obstante, el razonamiento es extensible a todas las modalidades y ramos de seguro, ya que en todos ellos se manifiestan riesgo e interés como causa y objeto respectivamente, de acuerdo con el artículo 1261 CC.

44 Sobre este punto, el Tribunal Supremo ha dictaminado que, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 3 LCS, las cláusulas limitativas deberán observar ciertos requisitos. Algunos de estos requisitos son estar redactadas en letra “negrita” o respetar la exigencia de la doble firma del tomador en el contrato de seguro en general y, de forma acumulativa, en las condiciones particulares que las configuren (Sentencias del Tribunal Supremo núm. 402/2015, de 14 de julio [RJ 2015\4129] y núm. 76/2017, de 9 de febrero [RJ 2017\424]).

de vida, de decesos, de enfermedad, o en seguros ofrecidos en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios.

2. Aseguramiento de nuevos riesgos inherentes a la web3

En un segundo plano, nos seguimos encontrando con que la industria del sector asegurador se adapta mediante el diseño y oferta productos aseguradores para cubrir cualquier nuevo riesgo que pueda surgir como consecuencia de los distintos avances tecnológicos.

Así, con el auge de la web3 se espera un aumento en la celebración de operaciones completamente automatizadas y descentralizadas unido a un aumento de la compra y venta de activos digitales configurados a través de tecnología *blockchain*, como NFTs o criptomonedas. Pues bien, estos elementos, que no dejan de ser activos de naturaleza intangible, se encuentran sometidos a riesgos muy particulares desde un punto de vista financiero (por ejemplo, el riesgo relativo a la oscilación agresiva e impredecible del valor de las criptomonedas); técnico (fallos de conexión, errores en la transmisión de fondos y datos de una cadena de bloques hacia otra que afectan a la celebración de un *smart contract*, etc.); u operacional (como podría ser un fallo humano en la programación o contratación digital), entre otros muchos.

El mercado asegurador tradicional ofrece actualmente respuestas a algunos de los riesgos anteriormente citados. Por ejemplo, una póliza de seguro de daños puede incluir una cobertura especial frente al robo que incluyese como riesgo la sustracción ilegítima de activos digitales, en virtud de los artículos 50 y 53 LCS. Igualmente, existe jurisprudencia menor que aplica otras modalidades de seguro distintas a supuestos análogos de menoscabo de archivos virtuales, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª) núm. 360/2019, de 25 de octubre [JUR 2020\34631]. En esa resolución, la Audiencia conoció de una póliza que incluía una garantía que cubría los daños ocasionados por “actos de vandalismo o malintencionados”, y resolvió que dicha cobertura era aplicable a un supuesto de ciberataque que afectó a diversos datos y archivos informáticos, considerando que esta garantía no se acotaba únicamente a los actos de naturaleza física.

Sin embargo, no cabe duda de que la web3 nos adentra en un escenario con distintas oportunidades de aseguramiento y de aprovechamiento de la nueva tecnología en el sector asegurador, por lo que cabe esperar que distintas entidades aseguradoras tradicionales e *insurtechs* continúen diseñando nuevos productos concretos destinados a sus riesgos y se desarrollen nuevos modelos de negocio que permitan optimizar el aprovechamiento de la web3.

La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento nacional: perspectiva práctica

Sonsoles Centeno Huerta

Socia de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIÓN EUROPEA

Irene González Campos

Abogada de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIÓN EUROPEA

I.	Introducción: La Unión Europea es una Unión de Derecho	62
II.	La Unión Europea y su <i>vis expansiva</i>. Prácticamente ningún ámbito del Derecho nacional es ajeno al Derecho de la Unión	63
	1. Derecho Constitucional	64
	2. Derecho Administrativo	64
	3. Derecho Civil y Mercantil	65
	4. Derecho laboral	66
	5. Derecho fiscal	67
	6. Derecho penal	68
III.	Nociones clave para garantizar una adecuada interrelación entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional	69
	1. Principio de primacía	69
	2. El efecto directo de las normas de la Unión	70
	3. El principio de interpretación conforme	71
	4. El principio de equivalencia y de efectividad	71
	5. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea	72
	6. Las libertades de circulación	73
IV.	Conclusión: Invocar el Derecho de la Unión eficazmente	74

Índice /

Fecha de recepción: 25 de octubre de 2022

Fecha de aceptación: 22 de noviembre de 2022



Resumen: El Derecho de la Unión Europea es una realidad que no se puede ignorar. Es un ordenamiento autónomo, complejo y que se extiende en muy diversas áreas, pero que al mismo tiempo se integra en los ordenamientos nacionales. Esto genera dificultades a la hora de su aplicación, pues sus normas son de obligado cumplimiento no solo para los Estados miembros sino también para los ciudadanos, lo que en ocasiones provoca ciertas tensiones a la hora de determinar el alcance de sus derechos y obligaciones.

El objetivo del presente artículo es mostrar cómo ningún ámbito de nuestro Derecho nacional es ajeno al Derecho de la Unión a través de ejemplos concretos y proporcionar algunas nociones clave que son imprescindibles para resolver las tensiones que habitualmente surgen en la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional. Por último, se concluye con cinco consideraciones prácticas para invocar eficazmente el Derecho de la Unión Europea ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Abstract: European Union law is a reality that cannot be ignored. It is an autonomous, complex system that covers a wide range of areas, but, at the same time, is embedded in national systems. This creates difficulties in its implementation, as its rules are binding not only on the Member States but also on citizens. This sometimes causes certain tensions when it comes to determining the scope of their rights and obligations.

This article seeks to show, through concrete examples, how no area of our national law is unaffected by EU law and will provide some key concepts that are essential to resolving the tensions that usually arise in the relationship between EU law and national law. Finally, it concludes with five practical considerations for the effective invocation of EU law before national courts.



Palabras clave: Unión de Derecho, influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico nacional, Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interrelación del Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional, principio de primacía, efecto directo, principio de interpretación conforme, principios de equivalencia y efectividad, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, libertades de circulación.

Keywords: Union of Law, influence of EU law on the national legal system, case law of the Court of Justice of the European Union, relationship between EU law and national law, principle of primacy, direct effect, principle of interpretation in conformity, principles of equivalence and effectiveness, Charter of Fundamental Rights of the European Union, freedom of movement.

La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento nacional: perspectiva práctica

I. Introducción: La Unión Europea es una Unión de Derecho

La Unión Europea como organización supranacional trasciende las típicas organizaciones internacionales formadas por Estados, cuyos acuerdos son únicamente políticos y cuyas consecuencias no son jurídicamente vinculantes para sus ciudadanos.

El éxito de la Unión Europea es haber logrado una integración que va más allá de los propios Estados miembros, gracias a la creación de un ordenamiento jurídico propio plenamente integrado en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros y cuyas normas son de obligado cumplimiento. La Unión Europea se puede calificar como una verdadera Unión de Derecho, como reconoce el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”). Es una organización dotada de un sistema completo de vías de recursos y de procedimientos destinados a encomendar al TJUE el control de la legalidad de los actos de la Unión¹. La razón de ser de esta Unión de Derecho son los valores compartidos de los Estados miembros y la existencia de un principio de confianza mutua.

Los rasgos fundamentales que definen esta Unión de Derecho son: (i) que es una organización no sólo de Estados, sino de ciudadanos²; y (ii) que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos de la Unión de acuerdo con el artículo 19 TUE y el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la “**Carta**”)³, que obliga a los Estados miembros a crear las vías judiciales necesarias para que los ciudadanos puedan invocar de manera efectiva el Derecho de la Unión⁴ y vean de este modo protegidos sus derechos en los tribunales. Así, el derecho a la tutela judicial efectiva en la Unión Europea se garantiza gracias a la creación de un sistema jurisdiccional propio integrado por los jueces y tribunales de los Estados miembros. En la cúspide de este sistema jurisdiccional se sitúa el TJUE como intérprete último del ordenamiento jurídico de la Unión y cuyas sentencias son jurídicamente vinculantes para todos: Estados miembros y ciudadanos.

Existe, pues, una simbiosis entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea, que hace que, en ocasiones, sea difícil saber si el Derecho de la Unión Europea puede actuar como límite de una determinada actuación de un Estado miembro o si, al contrario, el Estado miembro puede actuar con plena libertad. Esto unido a la existencia de un sistema jurisdiccional integrado con el TJUE en su cúspide, con el mecanismo de la cuestión prejudicial como instrumento de “interrelación” entre los jueces, que genera cierta complejidad a la hora de abordar cualquier litigio.

1 En este sentido, la sentencia del TJUE de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento*, C-294/83, EU:C:1986:166, apartado 23; la sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021, *Hungría/Parlamento*, C-650/18, EU:C:2021:426, apartado 34, entre muchas otras.

2 Dictamen 1/09 del TJUE de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123, apartado 65 y Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1; Sentencia del TJUE de 15 de julio de 1964, *Costa*, C-6/64, EU:C:1964:66, p. 1158; y Sentencia del TJUE 22 de febrero de 2022, RS (*Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle*), C-430/21, EU:C:2022:99, apartado 47.

3 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea (“**DOUE**”) C 326, 26.10.2012, p. 391–407.

4 Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2020, *Miasto Lowicz y Prokurator Generalny*, C-558/18 y C-563/18, EU:C:2020:234, apartado 32 o la sentencia del TJUE de 7 de julio de 2022, *Hoffman-La Roche*, C-261/21, EU:C:2022:534, apartado 43, entre muchas otras.

Tampoco podemos olvidar que la mayor parte de la legislación española deriva de una forma u otra de la legislación aprobada en la Unión Europea. Así, en el año 2021, el 51% de las leyes adoptadas derivaron de decisiones de la Unión. De éstas, el 39% responden al mandato de transposición al ordenamiento jurídico interno de directivas y el resto derivan de recomendaciones, orientaciones, programas o iniciativas emanadas de las instituciones⁵.

No obstante, no todo debe reconducirse a la Unión Europea. El Derecho de la Unión y el Derecho nacional tienen sus propios ámbitos de actuación aun cuando en múltiples ocasiones converjan. Por tanto, tan dañina es la aplicación del Derecho de la Unión cuando no corresponde, como su no aplicación cuando es imprescindible para el enfoque de un determinado asunto o para encontrar la vía adecuada de solución.

El objetivo del presente artículo es: (i) poner de manifiesto como ningún ámbito del Derecho nacional es ajeno al Derecho de la Unión; (ii) proporcionar algunas nociones clave que permitan resolver las tensiones que habitualmente surgen en la interrelación entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional; y (iii) por último, a modo de conclusión, proporcionar algunas consideraciones prácticas para invocar eficazmente el Derecho de la Unión ante los jueces nacionales.

II. La Unión Europea y su *vis expansiva*. Prácticamente ningún ámbito del Derecho nacional es ajeno al Derecho de la Unión

Si nos atenemos estrictamente a una lectura de los tratados para establecer lo que son competencias nacionales y competencias de la Unión Europea, se podría considerar que las competencias de esta última son limitadas. En efecto, podríamos considerar que, de acuerdo con el principio de atribución⁶, la Unión Europea no tiene competencias más allá de las que han sido establecidas en los artículos 3 y 4 del TUE y que ha sido mediante estas competencias como, a través del procedimiento legislativo de la Unión, se ha ido creando un corpus de normas que resultan de aplicación en los Estados miembros.

Sin embargo, la realidad es otra. El Derecho de la Unión y su influencia sobre el Derecho nacional no se infiere únicamente de los tratados. El TJUE en su papel no solo de “Tribunal Supremo” de la “Unión de Derecho”, sino también de “Tribunal Constitucional” ha ido creando el Derecho de la Unión y construyendo su relación con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, a través de nociones tan importantes como el principio de primacía, el efecto directo o las diversas interpretaciones en lo que respecta a las libertades de circulación o los principios de efectividad y equivalencia.

Por ello, con independencia del problema jurídico que se suscite, probablemente sea necesario analizarlo desde la perspectiva del Derecho de la Unión, pues resulta prácticamente imposible encontrar una rama del Derecho nacional que no se vea afectada por éste, ya sea por la existencia de una norma de la Unión aprobada

5 Parlamento Europeo. (2021). *El 51% de las leyes aprobadas en España en 2021 deriva de directrices y decisiones europeas*.

6 Artículo 5 del TUE.

7 Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107.

8 2002/584/JAI: Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros - Declaraciones realizadas por algunos Estados miembros con ocasión de la adopción de la Decisión marco, DOUE L 190 de 18/07/2002 p. 0001 – 0020 (la “**Decisión Marco**”).

9 *Ibid.*, apartado 59.

10 Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2021, *Bono social*, C-683/19, EU:C:2021:847.

11 Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, DOUE L 211 de 14.8.2009 p. 55 a 93.

12 Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022, *Comisión/España (Violación del Derecho de la Unión por parte del legislador)*, C-278/20, EU:C:2022:503.

13 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE núm. 236, de 02/10/2015 (la “**Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**”).

en virtud de sus competencias que resulte de aplicación o algún pronunciamiento del TJUE influyente en la materia. A continuación, incluimos algunos casos recientes que demuestran la incidencia del Derecho de la Unión en todas las ramas de nuestro ordenamiento nacional.

1. Derecho Constitucional

El Tribunal Constitucional español solo ha planteado una cuestión prejudicial. Se trata del asunto Melloni⁷, que dio lugar a una sentencia de Gran Sala, esencial para la interpretación de la Carta y que ha sido objeto de numerosos comentarios doctrinales. La cuestión se planteó en el contexto de un recurso de amparo contra el auto de la Audiencia Nacional que acordaba la entrega a las autoridades italianas del Sr. Melloni para la ejecución de la condena que le había sido impuesta en Italia “sin haberle oído” a pesar de los numerosos intentos de notificación. En este caso, el Tribunal Constitucional planteó al TJUE una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea⁸ y sobre el efecto de la armonización a nivel de la Unión, desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales. Se planteó hasta qué punto se podía imponer un estándar de protección de derechos cuando en España existía “una protección mayor de los derechos del procesado” que impedía la entrega en supuestos como los del Sr. Melloni.

El TJUE fue tajante: la invocación por un Estado miembro de las disposiciones de Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado⁹, por lo que se debe aplicar el estándar de protección de los Derechos Fundamentales de la Unión. En este caso, el TJUE dejó claro que el principio de primacía del Derecho de la Unión se aplica incluso cuando hablamos de normas o jurisprudencia constitucional si nos encontramos ante un ámbito armonizado.

2. Derecho Administrativo

En el ámbito del Derecho Administrativo tenemos múltiples ejemplos de sentencias del TJUE relevantes, siendo una de ellas la sentencia en el asunto *Bono social*¹⁰. En este caso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo planteó al TJUE si el régimen de financiación de un bono social era compatible con la Directiva de la Unión que establece que las obligaciones de servicio público deben ser, entre otras cosas, no discriminatorias¹¹. El TJUE resolvió que, efectivamente, el modo en que se había fijado la financiación del bono social por el legislador español era discriminatorio. El resultado de la citada cuestión prejudicial, además de la anulación de la orden ministerial impugnada, fue la modificación de la ley por la que se establecía la financiación del bono social.

También es importante destacar la sentencia del TJUE en la que se declara el incumplimiento de España en materia del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por contener unos requisitos contrarios al principio de efectividad¹². Esta sentencia exigió a España modificar la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹³ y la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público¹⁴ para acomodarse a los pronunciamientos del TJUE.

En este ámbito, debe hacerse mención especial a toda la jurisprudencia de contratación pública, pues, aun cuando los jueces españoles no han sido particularmente activos en este ámbito, la jurisprudencia del TJUE resulta esencial. Destaca la reciente sentencia del asunto *ASADE*¹⁵ en la que el TJUE declaró, en el marco de un litigio sobre la adjudicación de un contrato público de servicios sociales, que la norma nacional según la cual la localidad donde van a prestarse los servicios constituye un criterio de selección de los operadores económicos previo al examen de las ofertas es contraria al Derecho de la Unión, por limitar la libertad de establecimiento. También se puede destacar el asunto *Conacee*¹⁶. En dicho asunto, el TJUE determinó que la normativa española que impone requisitos para la adjudicación de contratos públicos, por la que se reserva el derecho a participar en procedimientos de estos contratos a centros especiales de empleo de iniciativa social y se excluye a los de iniciativa empresarial, es compatible con la Directiva de contratación pública¹⁷.

14 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE núm. 236, de 02/10/2015 (la "**Ley de Régimen Jurídico del Sector Público**").

15 Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, *ASADE*, C-436/20, EU:C:2022:559.

16 Sentencia del TJUE de 5 de noviembre de 2021, *Conacee*, C-598/19, EU:C:2021:810.

17 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, DOUE L 94, 28.3.2014, p. 65-242.

18 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, DOUE L 95 de 21.4.1993, p. 29 a 34 (la "**Directiva 93/13 de Cláusulas Abusivas**").

19 Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164.

20 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000, p. 575 a 728 (la "**LEC**").

21 Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980.

3. Derecho Civil y Mercantil

En el ámbito del Derecho Civil, el Derecho de los consumidores en España se ha ido transformando a partir de las cuestiones prejudiciales que los jueces nacionales han planteado sobre la interpretación de la Directiva 93/13 de Cláusulas Abusivas¹⁸.

Un ejemplo claro se encuentra en la sentencia dictada en el asunto *Aziz*¹⁹ donde el TJUE declaró la incompatibilidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁰ ("**LEC**") con el Derecho de la Unión al no prever en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria la posibilidad de formular un motivo de oposición basado en el carácter abusivo las cláusulas contractuales. Fruto de dicha sentencia, se modificó la LEC introduciendo la posibilidad de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato.

En este mismo ámbito, se puede destacar la sentencia *Gutiérrez Naranjo*²¹ por la que el TJUE modificó el criterio del Tribunal Supremo sobre la retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de abusividad en un contrato entre un consumidor y una entidad bancaria. En esta sentencia el TJUE declaró que no se pueden limitar estos efectos.

En el ámbito del Derecho de daños, el TJUE ha dictado sentencias en cuestiones relevantes sobre reclamaciones por infracciones de competencia (aplicación privada del Derecho de la Competencia). Así, el TJUE en su sentencia en el caso

22 Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2021, *Sumal*, C-82/19, EU:C:2021:800.

23 Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022, *Volvo y Daf Trucks NV*, C-267/20, EU:C:2022:494.

24 Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE L 349, 5.12.2014, p. 1–19.

25 Sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022, *Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular)*, C-410/20, EU:C:2022:351.

26 Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, DOUE L 175, 10.7.1999, p. 43–48 (**"Directiva sobre el Trabajo de Duración Determinada"**).

27 Sentencia del TJUE de 30 de junio de 2022, *Comunidad de Castilla y León*, C-192/21, EU:C:2022:513.

28 Sentencia del TJUE de 30 de junio de 2021, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*, C-726/19, EU:C:2021:439, apartado 88.

*Sumal*²² ha abierto la posibilidad de reclamar los daños causados por una infracción anticompetitiva a la filial no destinataria de la decisión de la autoridad de competencia en lugar de a la empresa matriz sancionada. También ha precisado en la sentencia *Volvo*²³ el plazo de prescripción de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia y que la disposición de la Directiva de Daños²⁴ sobre la facultad de estimación del daño tiene carácter procesal. La manera de interpretar el modo en que se calcula el plazo de prescripción afecta a la viabilidad de múltiples demandas ante los Juzgados de lo Mercantil.

Finalmente, no se puede terminar este apartado, sin hacer referencia a determinados asuntos relevantes en el ámbito bancario. Así en el asunto *Banco Santander*²⁵, el TJUE dejó claro la imposibilidad del ejercicio de una acción de responsabilidad o de nulidad por el contenido del folleto con posterioridad a la resolución de la entidad bancaria. La citada sentencia ha sido esencial para que muchos demandantes desistieran de sus recursos interpuestos ante muy diversos juzgados españoles, protegiendo, adicionalmente, el sistema de resolución bancaria de la Unión.

4. Derecho laboral

La influencia del TJUE sobre el ordenamiento laboral español ha sido notable debido al importante número de cuestiones prejudiciales planteadas por jueces y tribunales españoles sobre la adecuación de la normativa española al ordenamiento de la Unión; en particular, en lo que se refiere al concepto de trabajo temporal en relación con la Directiva sobre el Trabajo de Duración Determinada. Por ejemplo, el TJUE ha declarado que la normativa española que impide que un trabajador consolide el grado obtenido por los servicios prestados cuando adquiere la condición de funcionario de carrera es contraria al Derecho de la Unión²⁷ y ha declarado incompatible con el Derecho de la Unión Europea la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada en el sector público en España²⁸.

Otro hito importante ha sido la reciente sentencia del TJUE en el asunto *CJ c. Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*²⁹ a partir de la cual los empleados de hogar dados de alta en la Seguridad Social española tendrán derecho a cobrar el subsidio por desempleo en España. En este caso, el TJUE consideró que la normativa española que excluye la prestación por desempleo de las prestaciones de Seguridad Social concedidas a los empleados de hogar los sitúa en desventaja con respecto a otros trabajadores por cuenta ajena, y, dado que las mujeres representan más del 95% de ese colectivo, esta normativa supone una discriminación indirecta por razón de sexo no justificada³⁰. A raíz de esta sentencia, se ha

29 Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022, *CJ c. Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, C-389/20, EU:C:2022:120.

aprobado un real decreto-ley que reconoce el subsidio por desempleo para los empleados de hogar³¹.

30 *Ibid.*, apartado 48.

5. Derecho fiscal

En lo que concierne al Derecho fiscal, el TJUE ha dictado importantes sentencias que han tenido un gran impacto en España. En relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido (“IVA”), el impuesto armonizado por excelencia, en el asunto *Ferimet*³², el TJUE reconoció la posibilidad de denegar a los sujetos pasivos del impuesto el derecho a la deducción del IVA si en la factura aparece un proveedor ficticio, es decir, si faltan datos en la misma para comprobar que el verdadero proveedor tenía la condición de sujeto pasivo o si se acredita que se ha cometido un fraude o una simulación. Por otra parte, destaca la sentencia del asunto *GE Auto Service Leasing*³³ que ha reconocido el derecho de las Administraciones tributarias a denegar la devolución del IVA cuando el sujeto pasivo del impuesto no haya presentado en plazo la documentación e información necesaria para acreditar su derecho a la devolución del impuesto. En dicho caso, la Audiencia Nacional planteó la cuestión prejudicial por discrepar del criterio del Tribunal Supremo.

31 Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. BOE núm. 216, de 8 de septiembre de 2022, páginas 124464 a 124492 (29 págs.).

Dejando a un lado la jurisprudencia del TJUE sobre el IVA, también podemos destacar la sentencia del TJUE del asunto *Promociones Oliva Park*³⁴ relativa al Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica (IVPEE), en la que se declaró que este impuesto es compatible con el Derecho de la Unión tras comprobar que ni la Directiva de Impuestos Especiales³⁵ ni la relativa al fomento de uso de energía procedente de fuentes renovables, ni las normas comunes para el mercado interior de la electricidad se oponen a la existencia de un impuesto de esta naturaleza.

32 Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2021, *Ferimet*, C-281/20, EU:C:2021:910.

Cabe destacar dentro del contencioso de “ayudas de Estado”, que el TJUE calificó como ayuda de Estado incompatible el régimen fiscal de cuatro clubes de fútbol profesional españoles y determinó que España debería recuperar los importes de las ayudas fiscales ilegales que habrían disfrutado estos clubes³⁶. Este asunto se refiere al régimen fiscal español en vigor desde el año 1990 que estableció que todos los clubes profesionales españoles debían reconvertirse en sociedades anónimas deportivas excepto aquellos que hubieran obtenido resultados económicos positivos en los ejercicios anteriores a la aprobación de dicho régimen. Cuatro clubes españoles continuaron funcionando como entidades sin ánimo de lucro con derecho a un tipo de gravamen específico sobre sus rendimientos, que hasta 2016 fue inferior al tipo de gravamen aplicable a las sociedades anónimas deportivas.

33 Sentencia del TJUE de 9 de septiembre de 2021, *GE Auto Service Leasing*, C-294/20, EU:C:2021:723.

Finalmente, destaca también, la saga referida a la amortización del fondo de comercio, aún sub iudice en lo que se refiere a la “tercera decisión”. El TJUE consideró que el régimen español que permitía deducciones del impuesto de sociedades por el fondo de comercio de sociedades extranjeras constituye una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior³⁷.

34 Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2021, *Promociones Oliva Park*, C-220/19, EU:C:2021:163.

35 Directiva 2008/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales, DOUE L 9, 14.1.2009, p. 12–30 (la “**Directiva de Impuestos Especiales**”).

36 Sentencia del TJUE de 4 de marzo de 2021, *Comisión/ Fútbol Club Barcelona*, C-362/19 P, EU:C:2021:169, por la que se anula la Sentencia del Tribunal General de 26 de febrero de 2019, *Fútbol Club Barcelona/Comisión*, T-865/16, EU:T:2019:113 y Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019, *Athletic Club/Comisión*, T-678/16, EU:T:2019:112.

37 Sentencias del TJUE de 6 de octubre de 2021, *Sigma Alimentos Exterior/Comisión*, C-50/19, EU:C:2021:792; *World Duty Free Group y España/Comisión*, C-51/19 P y C-64/19 P, EU:C:2021:793; *Banco Santander/Comisión*, C-52/19 P, EU:C:2021:794; *Banco Santander y Santusa/Comisión*, C-53/19 P, EU:C:2021:795; *Axa Mediterranean/Comisión*, C-54/19 P, EU:C:2021:796; *Prosegur Compañía de Seguridad/Comisión*, C-55/19 P, EU:C:2021:797 y la Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2020, *Banco Santander*, C-274/14, EU:C:2020:17.

38 En las estadísticas sobre la actividad judicial del TJUE se puede comprobar que la materia sobre la que más asuntos tiene conocimiento es la relativa al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia ya desde el año 2017 según el Informe Anual 2021 sobre Actividad Judicial. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2021). *Informe Anual 2021. Actividad Judicial*. https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-08/ra_jur_2021_es.pdf

39 Sentencias del TJUE de 22 de marzo de 2022, *Bpost*, C-117/20, EU:C:2022:202 y C-151/20, *Nordzucker y otros*, EU:C:2022:203.

40 Por ejemplo, Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2021, X, C-665/20 PPU, EU:C:2021:339 y de 26 de octubre de 2021, *Openbaar Ministerie (Derecho a ser oído por la autoridad judicial de ejecución)*, C-428/21 PPU, EU:C:2021:876.

41 Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, X (*Orden de detención europea – Doble tipificación*), C-717/18, EU:C:2020:142.

6. Derecho penal

La jurisprudencia del TJUE en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia, y en particular en la cooperación judicial penal ha ido incrementándose en los últimos años³⁸. El TJUE ha dictado varias sentencias en procedimientos prejudiciales, interpretando el alcance del principio *ne bis in idem* reconocido por el artículo 50 de la Carta y la posibilidad de coexistencia de procedimientos y sanciones en relación con los mismos hechos o infracciones y los requisitos para que ello sea compatible con dicho principio³⁹. También destacan las sentencias sobre la orden de detención y entrega europea, en las que se cuestiona en muchas ocasiones el principio de confianza mutua⁴⁰.

En este ámbito, se puede destacar sentencia del asunto X (*Orden de detención europea – Doble tipificación*)⁴¹ que dio respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Gante en el contexto de la ejecución de una orden de detención de la Audiencia Nacional de un acusado por terrorismo en España que había huido a Bélgica. La Decisión Marco⁴² establece que se podrá dictar una orden de detención europea cuando se trate de condenas cuya duración no sea inferior a cuatro meses. Pues bien, en la sentencia del asunto X, el TJUE explicó, entre otras cosas, que ese umbral mínimo solo puede referirse a la pena concretamente impuesta en la resolución condenatoria de conformidad con el Derecho del Estado miembro emisor aplicable a los hechos que dieron lugar a esa resolución, y no a la pena que podría haberse impuesto en virtud del Derecho de ese Estado miembro aplicable en la fecha de emisión de esa orden de detención.

También podemos citar la sentencia del asunto VW⁴³ en la que el TJUE, a la luz del artículo 47 de la Carta, consideró que el Derecho de la Unión Europea se opone a la existencia de una normativa nacional según la cual el derecho a la asistencia letrada durante la fase de instrucción puede demorarse hasta la ejecución de la orden de detención nacional dictada contra el interesado, por razón de la incomparecencia del sospecho o acusado cuando ha sido citado para comparecer ante el juzgado de instrucción. Así mismo, resulta interesante mencionar la sentencia del asunto *Ministerio Fiscal*⁴⁴, en la que el TJUE consideró que, en el marco de las investigaciones penales, el acceso de las autoridades públicas a los datos personales que permiten identificar a los titulares de las tarjetas activadas con un teléfono móvil sustraído no constituye una injerencia en los Derechos Fundamentales grave para los fines que se persiguen.

42 Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI), publicada en DOUE núm. 190, de 18 de julio de 2002, páginas 1 a 20.

43 Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2020, VW (*Derecho a la asistencia de letrado cuando el sospechoso no comparece tras ser citado*), C-659/18, EU:C:2020:201.

44 Sentencia del TJUE de 2 de octubre de 2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16, EU:C:2018:788.

En definitiva, los ejemplos expuestos demuestran que no hay área del Derecho que escape al Derecho de la Unión, lo que hace más complejo cualquier análisis jurídico.

III. Nociones clave para garantizar una adecuada interrelación entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional

Demostrada la importancia del Derecho de la Unión en cualquier rama del Derecho, en esta segunda parte, abordaremos las nociones claves para una adecuada interrelación entre ambos ordenamientos.

Una de las grandes dificultades del Derecho de la Unión Europea es conocer con exactitud cuándo se aplica el Derecho de la Unión y cuándo debe prevalecer frente al Derecho nacional. Existen casos obvios, como cuando nos encontramos ante una ley que es transposición de una directiva, en los que, si la ley nacional transpone un precepto de la ley de forma contraria o incompleta, el principio de primacía exigirá al juez dejar de aplicar la norma nacional y aplicar la norma de la Unión siempre que tenga efecto directo. Sin embargo, en otros casos, puede ocurrir que, aunque no exista una contradicción expresa con la norma nacional, su transposición puede hacer perder el efecto útil de la directiva. Las cuestiones a resolver en estos casos son (i) cuándo debe el juez inaplicar una norma nacional; y (ii) cuándo una norma de la Unión pierde su efecto útil.

En este apartado describiremos brevemente algunas disposiciones y principios que se han ido desarrollando para garantizar la adecuada interrelación entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional, teniendo en cuenta que sus sujetos obligados son los mismos y que la Unión persigue la coherencia y la complementariedad entre ambos sistemas.

1. Principio de primacía

En virtud de este principio de creación jurisprudencial, los Estados miembros están obligados a cumplir con el Derecho de la Unión y, en caso de que existan normas nacionales incompatibles con las de la Unión Europea, las autoridades nacionales deberán aplicar la norma de la Unión en detrimento de la norma nacional⁴⁵. Este principio deriva del carácter autónomo del Derecho de la Unión Europea.

De este modo, ante un conflicto entre normas, éste no se resolverá atendiendo al Derecho nacional sino al principio de primacía previsto en el Derecho de la Unión. El juez nacional debe excluir la aplicación de la norma interna y aplicar directamente la norma de la Unión sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional⁴⁶.

45 Sentencia del TJUE de 15 de julio de 1964, *Costa/Enel*, C-6/64, EU:C:1964:66.

46 *Ibid.*, apartado 24.

47 Sentencia del TJUE de 22 de junio de 1989, *Fratelli Constanza*, C-103/88, EU:C:1989:256, apartado 31 o la sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, C-684/16, EU:C:2018:874, apartados 64 y 65.

48 Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, apartado 59.

49 Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 2013, *Van Gend & Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1.

50 Como es el caso de los artículos 18 del TFUE, 34 del TFUE, 36 del TFUE, 45 del TFUE y el artículo 81 del TFUE en las sentencias del TJUE de 29 de octubre de 1980, *Boussac Saint-Frères*, C-22/80, EU:C:1980:251; de 22 de marzo de 1977, *Iannelli&Volpi*, C-74/76, EU:C:1977:51; de 8 de junio de 1971, *Deutsche Grammophon*, C-78/70 EU:C:1971:59; de 4 de diciembre de 1974, *van Duyn*, C-41/74, EU:C:1974:133; y de 12 de diciembre de 2019, *Otis Gesellschaft* y otros, C-435/18, EU:C:2019:1069, respectivamente.

51 Sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 1987, *Demirel*, C-12/86, EU:C:1987:400, apartado 14; o la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2018, *Klohn*, C-167/17, EU:C:2018:833, apartado 33.

52 Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 1974, *van Duyn*, C-41/74, EU:C:1974:133.

Esta obligación de excluir la aplicación de una norma interna incompatible concierne no sólo a los jueces sino a todos los poderes públicos de los Estados miembros⁴⁷ y se predica de toda norma interna, no sólo respecto de la ley sino también de las normas constitucionales⁴⁸.

2. El efecto directo de las normas de la Unión

El principio de aplicabilidad o eficacia directa de las normas de la Unión Europea viene a determinar que éstas despliegan por sí mismas plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez. Ello implica que los ciudadanos pueden invocar los derechos concedidos por el ordenamiento jurídico de la Unión directamente ante los órganos jurisdiccionales de sus Estados miembros, siempre que tengan determinados requisitos: (i) que la norma de la Unión sea clara y precisa, o al menos suficientemente precisa y (ii) que la norma sea incondicional en el sentido de que no deje margen de apreciación en su aplicación⁴⁹.

Aunque parezca sencillo, el concepto del principio de efecto directo ha alcanzado una gran complejidad en su evolución jurisprudencial, por lo que no es siempre fácil distinguir cuando una norma tiene efecto directo, más allá del caso de los reglamentos. Se ha reconocido el efecto directo en ciertas disposiciones de los tratados⁵⁰ o los acuerdos internacionales en los que la Unión es parte⁵¹ siempre bajo el requisito de que la disposición sea suficientemente precisa e incondicional.

Bastante polémica es la cuestión en lo que se refiere a las directivas. La regla general es la ausencia de efecto directo de las directivas, en la medida que su obligatoriedad se refiere únicamente en cuanto a su resultado y los destinatarios son los Estados miembros. Por tanto, el efecto directo de las directivas se invoca en las denominadas “relaciones verticales” (litigios frente a Administraciones Públicas, entendido en el sentido más amplio posible). Su invocación ha sido perfilada por el TJUE⁵², que ha permitido el efecto directo de algún precepto de la directiva para garantizar el efecto útil de la norma, siempre que se cumplan varias circunstancias: (i) que haya expirado el plazo de transposición concedido a los Estados miembros para su adaptación interna; (ii) que exista una ausencia, insuficiencia o deficiencias en la adaptación; y (iii) que la disposición sea precisa e incondicional⁵³.

53 Sentencia del TJUE de 5 de abril de 1979, *Ratti*, C-148/78, EU:C:1979:110, apartados 21 a 23 y Sentencia del TJUE de 19 de enero de 1982, *Becker*, C-8/81, EU:C:1982:7, apartado 25.

54 Sentencia del TJUE de 19 de mayo de 2022, *Spetsializirana prokuratura (procès d'un accusé en fuite)*, C-569/20, EU:C:2022:401.

55 Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. DOUE L 65, 11.3.2016, p. 1–11.

Recientemente, en la sentencia del asunto *Spetsializirana prokuratura (procès d'un accusé en fuite)*⁵⁴, el TJUE reconoció el efecto directo de algunos artículos de la Directiva por la que se refuerzan determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio⁵⁵ tras considerar que ambas disposiciones establecían de manera incondicional y suficientemente precisa el ámbito de aplicación y el alcance del derecho a un nuevo juicio. Destaca también la sentencia del asunto *Marina del Mediterráneo* y otros⁵⁶, en la que el TJUE reconoció el efecto directo de algunos artículos de la Directiva relativa a la coordinación de las disposiciones legales y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras⁵⁷.

56 Sentencia del TJUE de 5 de abril de 2017, *Marina del Mediterráneo y otros*, C-391/15, EU:C:2017:268.

57 Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989 relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (89/665/CEE). DOUE L 395 de 30.12.1989, p. 33.

3. El principio de interpretación conforme

El principio de interpretación conforme es otro principio de creación jurisprudencial que garantiza la correcta aplicación del Derecho de la Unión por los jueces y tribunales de los Estados miembros y trata de evitar los conflictos normativos entre el ordenamiento jurídico de la Unión y el nacional.

En virtud de este principio, los jueces nacionales están obligados a aplicar el Derecho nacional interpretándolo de acuerdo con las normas del Derecho de la Unión. De este modo, en caso de falta de transposición o de transposición incorrecta de una Directiva por los poderes públicos competentes, se traslada a los jueces la obligación de adoptar las medidas necesarias para alcanzar el resultado querido por la directiva, incluso modificando una jurisprudencia ya consolidada, si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva⁵⁸.

58 Sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2019, *CCOQ*, C-55/18, EU:C:2019:402, apartado 70.

59 Sentencia del TJUE de 24 de junio de 2019, *Poplawski*, C-573/17, EU:C:2019:530, apartados 76 y 77.

No obstante, este principio tiene un límite y es el de la interpretación *contra legem* del Derecho nacional⁵⁹. Tampoco se puede utilizar cuando no existen normas de Derecho nacional en una materia competencia de la Unión⁶⁰.

60 Sentencia del TJUE 12 de marzo de 2002, *Simone Leitner / TUI Deutschland GmbH*, C-168/00, EU:C:2002:163.

4. El principio de equivalencia y de efectividad

Los principios de efectividad y equivalencia son límites al principio de autonomía procesal de los Estados miembros cuando se trata de garantizar derechos protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. El principio de equivalencia exige a los Estados miembros que las normas procesales que rigen los procesos judiciales nacionales se apliquen indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del Derecho interno⁶¹. Por su parte, el principio de efectividad exige a los Estados miembros que sus normas procesales no deben estar articuladas de tal manera que hagan excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos concedidos por el ordenamiento jurídico de la Unión⁶².

61 Sentencia del TJUE 21 de diciembre de 2021, *Randstad Italia*, C-497/20, EU:C:2021:1037, apartados 58 a 61.

62 Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2020, *Quadrature du Net, asuntos acumulados* C-511/18, C-512/18 y C-520/18, EU:C:2020:791, apartados 223 a 228.

63 Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022, *Comisión/España (Violación del Derecho de la Unión por parte del legislador)*, C-278/20, EU:C:2022:503.

64 Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164.

65 Sentencia del TJUE de 7 de abril de 2022, *Caixabank*, C-385/20, EU:C:2022:278, apartados 47 y 48.

66 Sentencia del TJUE de 22 de septiembre de 2022, *Vicente (Action en paiement d'honoraires d'avocat)*, C-335/21, EU:C:2022:720.

67 Artículo 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

68 Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013, *Akerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, apartados 19 a 22.

69 Entre otras, la Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2021, *INSS (pensión de viudedad)*, C-244/20 EU:C:2021:854, apartados 59 a 61 y 68.

70 Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2014, *Julián Hernández y otros*, C-198/13, EU:C:2014:2055, apartado 32.

Por ejemplo, el TJUE ha considerado que la norma española que establece ciertos requisitos del régimen de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Estado legislador vulnera el principio de efectividad, pues estos requisitos dificultan de manera injustificada el ejercicio de la acción⁶³. Por otro lado, el principio de efectividad ha sido la base para cuestionar ante el TJUE la regulación procesal española en lo que respecta a la protección del consumidor, desde el asunto *Aziz*⁶⁴, hasta asuntos recientes como *Caixabank*⁶⁵ en lo que se refiere a la normativa procesal de costas española con el principio de efectividad o el asunto *Vicente (Action en paiement d'honoraires d'avocat)*⁶⁶ en cuanto al procedimiento de jura de cuentas.

5. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta es un acto desvinculado formalmente de los tratados constitutivos, pero que tiene el mismo valor jurídico que estos y es jurídicamente vinculante. Las disposiciones de la Carta serán aplicables por las instituciones, órganos, organismos de la Unión y Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión⁶⁷. De este modo, cuando una situación se encuadre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, la Carta es aplicable y puede ser invocada ante las autoridades nacionales; y, al contrario, cuando una situación jurídica no esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el TJUE no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta no son invocables⁶⁸. La invocación de la Carta puede hacer cambiar el estándar de protección, por lo que es preciso conocer de antemano si resulta aplicable.

El TJUE ha ido delimitando los criterios para determinar cuándo una medida nacional debe entenderse incluida dentro de la aplicación del Derecho de la Unión y con ello, dentro del ámbito de aplicación de la Carta. El TJUE ha señalado que para aplicar la Carta el vínculo con el Derecho de la Unión debe ser directo, sin que se admita un vínculo difuso o lejano o de mera proximidad de las materias consideradas o de las incidencias indirectas de una de las materias en la otra⁶⁹. Así, el TJUE ha establecido que los Derechos Fundamentales que vienen recogidos en la Carta son inaplicables en los supuestos en los que el Derecho de la Unión no imponga ninguna obligación específica a los Estados miembros⁷⁰. El TJUE aplica esta doctrina en su sentencia *Baldonado Martín*⁷¹, en la que el TJUE consideró que, dado que uno de los artículos de nuestro Estatuto de los Trabajadores y la Directiva sobre el Trabajo de Duración Determinada no perseguían el mismo objetivo, no existía un vínculo de conexión entre el Derecho de la Unión y la medida nacional, y por ello no se aplican las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales al caso concreto.

Desde el punto de vista sustantivo, son muchas las sentencias que interpretan el artículo 47 de la Carta. Podemos citar como ejemplo la sentencia del asunto *YS (Pensiones de empleo del personal directivo)*⁷², en la que el TJUE estableció que este artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado

miembro no establezca en su ordenamiento jurídico una vía de recurso autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, examinar la conformidad con el Derecho de la Unión de disposiciones nacionales que apliquen ese Derecho, siempre que exista la posibilidad de tal examen con carácter incidental.

También podemos hacer mención a la sentencia del asunto *Bank Melli Iran*⁷³, en la que entre otras cuestiones, el TJUE interpreta la extensión de la libertad de empresa reconocida en el artículo 16 de la Carta, considerando que no es una prerrogativa absoluta y que por tanto, puede ser limitada por las autoridades públicas en aras del interés general.

71 Sentencia del TJUE de 22 de enero de 2020, *Baldonado Martín*, C-177/18, EU:C:2020:26, apartados 56 a 64.

72 Sentencia del TJUE de 24 de septiembre de 2020, *YS (Pensiones de empleo del personal directivo)*, C-223/19, EU:C:2020:753.

73 Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2021, *Bank Melli Iran*, C-124/20, EU:C:2021:1035.

74 Artículos 30 y 34 a 36 del TFUE.

75 Artículo 45 del TFUE.

76 Artículos 49 y 52 del TFUE.

77 Artículo 63 del TFUE.

78 Sentencia del TJUE de 1 de junio de 2010, *Blanco Pérez y Chao Gómez*, C-570/07 y C-571/07, EU:C:2010:300.

79 Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2012, *Ascafor y Asidac*, C-484/10, EU:C:2012:113.

6. Las libertades de circulación

Los tratados recogen la existencia de cuatro libertades fundamentales: (i) la libre circulación de mercancías⁷⁴; (ii) la libre circulación de trabajadores⁷⁵; (iii) la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios⁷⁶; y (iv) la libre circulación de capitales⁷⁷. La protección de estas libertades es la piedra angular del mercado interior. Están recogidas en los tratados y han sido objeto de interpretación por el TJUE en numerosas sentencias.

Además de haber tenido una indudable importancia en el proceso de integración europea, siguen teniendo un valor actual esencial para evitar que los Estados miembros en el ejercicio de sus competencias perjudiquen el mercado interior. En efecto, en caso de vulneración de cualquiera de estas libertades, incluso en un ámbito de competencia nacional exclusiva -véase el ámbito de la fiscalidad directa- el TJUE podrá declarar una práctica o una norma nacional contraria a alguna de las libertades fundamentales.

En relación con la libertad de establecimiento, podemos citar la sentencia del asunto *Blanco Pérez y Chao Gómez*⁷⁸, en la que el TJUE estableció que la libertad de establecimiento no se opone, en principio, a la existencia de normas nacionales que impongan límites a la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias, siempre y cuando dichos límites no impidan la creación de farmacias suficientes en una determinada zona geográfica para asegurar una atención farmacéutica adecuada en zonas con características demográficas particulares.

En lo que respecta a la libre circulación de mercancías, cabe destacar la sentencia del asunto *Ascafor y Asidac*⁷⁹, en la que el TJUE consideró que la normativa española que establecía las exigencias necesarias para permitir el reconocimiento oficial de los certificados acreditativos del nivel de calidad del acero para armar hormigón expedidos en otros Estados miembros distintos a España constituía un obstáculo a la libre circulación de mercancías.

Por último, sobre la libre circulación de trabajadores, podemos hacer referencia a la sentencia del asunto *Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León*⁸⁰, en la que el TJUE manifestó que el Derecho de la Unión Europea impide la existencia de normas nacionales que no permiten tomar en cuenta la experiencia profesional adquirida en otro Estado miembro en relación a dichos servicios a efectos de computar la antigüedad en los servicios de salud de un Estado miembro, a menos que dichas normas estén debidamente justificadas.

IV. Conclusión: Invocar el Derecho de la Unión eficazmente

Finalmente, restaría por saber cómo y dónde invocar el Derecho de la Unión Europea. La respuesta no es unívoca, pues dependerá de cada caso concreto. En todo caso, el TJUE ha declarado reiteradamente que el juez de “Derecho común” ante el que debe invocarse el Derecho de la Unión Europea es el juez nacional. En efecto, el juez nacional es el que en primer término tiene la competencia para resolver los litigios en los que se pueden invocar los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico de la Unión, y en caso de que se les suscite una duda de Derecho de la Unión Europea, elevar la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE.

La Comisión Europea (“CE”) en su reciente Comunicación sobre la aplicación del Derecho de la Unión Europea⁸¹ vuelve a indicar la importancia de los jueces nacionales en la debida aplicación del Derecho de la Unión Europea. De ahí que la correcta invocación del Derecho de la Unión Europea deba hacerse ante los juzgados y tribunales nacionales en primer término.

Cuestión distinta es si, además de defender o invocar el derecho correspondiente en el juzgado o tribunal nacional o ante la autoridad administrativa competente, es preciso utilizar otras vías propias de la Unión Europea. En efecto, la actuación de la CE puede llegar a ser crucial cuando las autoridades nacionales no transponen en plazo una directiva, o aprueban disposiciones, o existen prácticas, que pudieran ser contrarias a una determinada directiva, o a un determinado principio de Derecho de la Unión.

El gran problema es que en ocasiones no se identifica -porque no se conoce suficientemente- el Derecho de la Unión ni, fundamentalmente, los mecanismos de interrelación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional. Por ello, un buen jurista no puede prescindir de los “rudimentos” del Derecho de la Unión Europea, que en líneas generales hemos aquí expuesto.

La realidad cambiante en la que vivimos, la regulación cada vez más amplia y compleja elaborada por la Unión Europea, los nuevos instrumentos de control y la propia jurisprudencia del TJUE que se actualiza semanalmente, exigen ser particularmente riguroso a la hora de examinar cualquier asunto que pudiera tener un ángulo de Derecho de la Unión Europea.


80 Sentencia del TJUE de 28 de abril de 2022, *Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León*, C-86/21, EU:C:2022:310.

81 European Commission (2022) *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Enforcing EU law for Europe that delivers* https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/com_2022_518_1_en.pdf

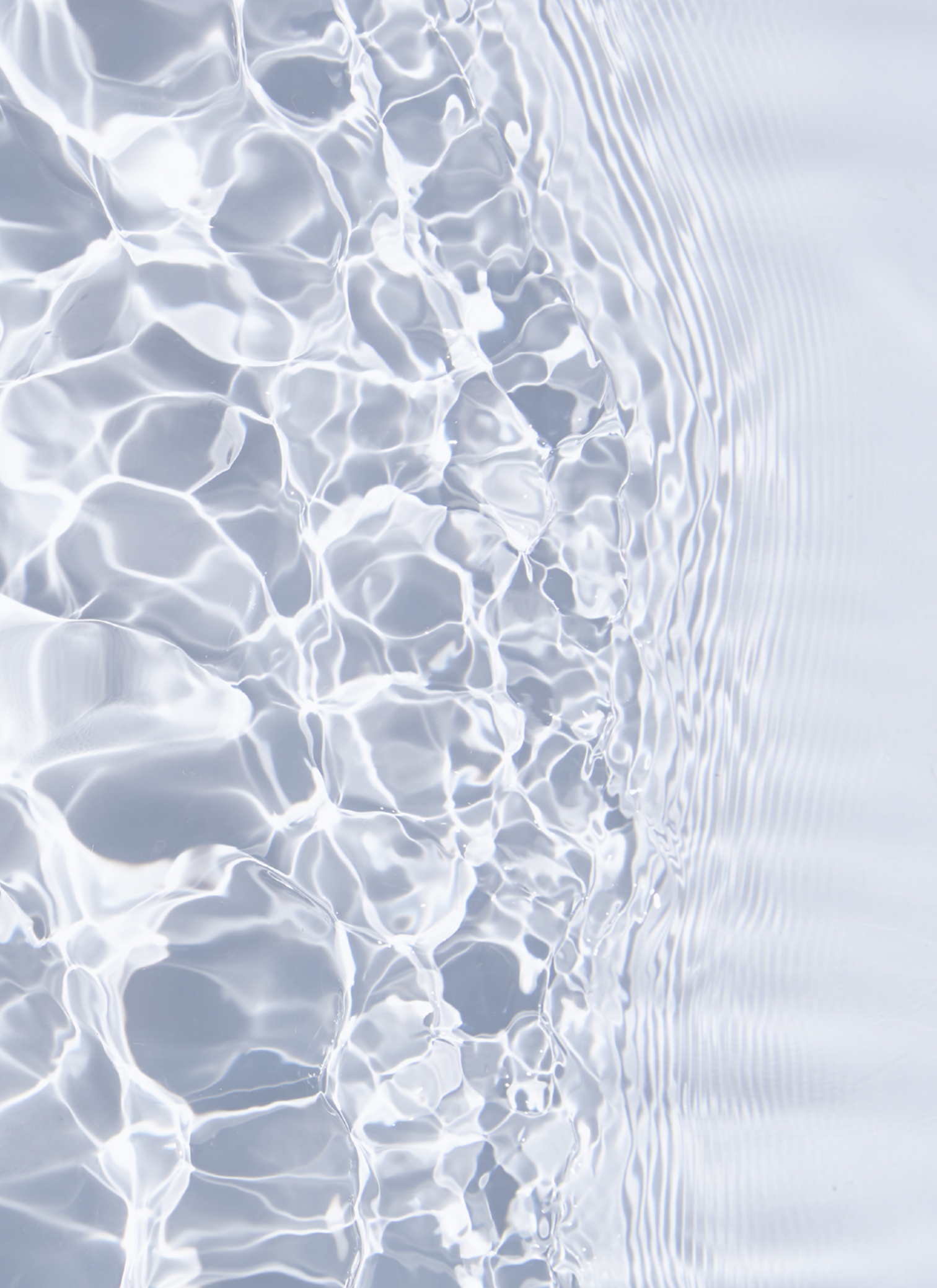
Para el menos familiarizado, y para el que lo utiliza a diario, concluimos con cinco consideraciones prácticas para invocar eficazmente el Derecho de la Unión Europea ante el juez nacional:

- Debe examinarse siempre si existen argumentos de Derecho de la Unión Europea. Su invocación puede hacer cambiar el sentido del pleito. En caso de normas que transponen directivas, es preciso examinar la directiva, y analizar si la norma nacional contradice o se ha extralimitado respecto de lo previsto en la directiva.
- Si el Derecho de la Unión Europea es relevante debe invocarse desde el inicio del litigio.
- La cuestión prejudicial no es un derecho del justiciable, pues solo corresponde al juez la decisión sobre su elevación. No obstante, es obligación del abogado suscitarla como parte de su argumentación.
- Se puede contestar la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del Derecho de la Unión Europea ante el juez inferior, que deberá, en su caso, plantear una cuestión prejudicial si nos encontramos ante una verdadera cuestión de Derecho de la Unión Europea.
- El Derecho de la Unión Europea tiene una importante vis expansiva, pero en ocasiones no se aplica. Distinguir esos supuestos es fundamental: puede impedir la utilización de determinados argumentos e instrumentos procesales o, al contrario, puede exigir la invocación de una línea de argumentación que cambie el sentido del fallo.

En definitiva, el Derecho de la Unión Europea es un Derecho que algunos pueden considerar poco riguroso, otros hasta "político", y muchos incomprensible, pero lo cierto es que hoy es un Derecho que no se puede ignorar. En todo caso, será la CE y en último término, el TJUE, quienes velarán porque ese Derecho siga siendo eficaz y cumpla su finalidad.

The background of the page is a light blue-grey color with a subtle, abstract pattern of water ripples and light reflections, primarily concentrated on the right side. The text is positioned in the lower-left quadrant.

Problemas y cuestiones



Lecciones americanas y europeas: la interoperabilidad del software

Diego de la Vega

Abogado de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE PROPIEDAD INTELECTUAL,
INDUSTRIAL Y TECNOLOGÍA

I.	Contexto y antecedentes. Tocqueville y el <i>copyright</i> en la sentencia Google vs. Oracle	80
II.	Un litigio singular: las pretensiones de Oracle contra Google	82
III.	El fondo de la cuestión: el papel del <i>fair use</i> en la interoperabilidad del software	84
IV.	¿Cabe esperar un fallo similar en Europa?	86
V.	A modo de epílogo	88

Índice/

Fecha de recepción: 27 de octubre de 2022

Fecha de aceptación: 21 de noviembre de 2022



Resumen: La sentencia de 5 de abril de 2021 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el caso que enfrentaba a Google frente a Oracle por la copia de la primera de unas líneas de código desarrolladas por la segunda constituye una de las sentencias más relevantes de las últimas décadas en el sector tecnológico, al analizar el papel de la propiedad intelectual y el *fair use* en la interoperabilidad del software. El pasado 14 de septiembre de 2022, el Tribunal General de la Unión Europea hacía pública la sentencia de un caso similar también con la interoperabilidad de fondo. El artículo analiza hasta qué punto la sentencia americana tendría cabida en Europa, en la medida en que la legislación europea es ajena (aunque cada vez menos) a un sistema dinámico como el del *fair use*.

Abstract: : The US Supreme Court judgment of 5 April 2021 in the case between Google and Oracle over Google's copying of lines of code developed by Oracle is one of the most important judgments in the technology sector in recent decades, as it analyses the role of intellectual property and *fair use* in software interoperability. On 14 September 2022, the General Court of the European Union published its judgment in a similar case, also involving interoperability. The article analyses the extent to which the US judgment would have a place in Europe, insofar as European legislation is unfamiliar (although less and less so) with a dynamic system such as that of *fair use*.



Palabras clave: Programas de ordenador, interoperabilidad, uso justo, código, interfaces preexistentes.

Keywords: Software, interoperability, *fair use*, code, preexisting interfaces.

Lecciones americanas y europeas: la interoperabilidad del software

I. Contexto y antecedentes. Tocqueville y el *copyright* en la sentencia *Google vs. Oracle*

Cuando Alexis de Tocqueville volvió de su gira americana y escribió la que pasa por ser una de las miradas más valiosas al sistema legal y político de Estados Unidos, destacó cómo el pragmatismo impregna el desarrollo técnico en aquel país:

“En América, se cultiva de forma admirable la parte puramente práctica de las ciencias y se ocupan con cuidado de la parte teórica inmediatamente necesaria para su aplicación. En este sentido, los americanos dejan ver un espíritu siempre claro, libre, original y fecundo. En los Estados Unidos, sin embargo, no hay prácticamente nadie que se dedique a la parte esencialmente teórica y abstracta de los conocimientos humanos. Los americanos muestran al respecto el exceso de una tendencia que a mi modo de ver se volverá a encontrar, bien que en un grado menor, en todos los pueblos democráticos”¹.

Su obra, que no pretendía ser más que un análisis del sistema penitenciario de aquel país, resultó ser un análisis muy preciso de contraste entre dos mundos, el europeo y el estadounidense, con una relación compleja, cercana en algunos valores y distante en otros, y sin duda divergente en cuanto a la forma de desarrollar ciertos aspectos de sus sistemas legales y económicos.

La sentencia de 5 de abril de 2021² (la “**Sentencia**”) sobre el caso que enfrentaba a Google frente a Oracle por la copia de la primera de unas líneas de código desarrolladas por la segunda, aparte de resolver la controversia entre las empresas, tiene dos grandes virtudes. Por una parte, deja unas enseñanzas cruciales sobre el papel de la propiedad intelectual y el *fair use* en la interoperabilidad del software, aspecto básico en la industria del software y, por otra, rescita a Tocqueville, que se preguntaría sin duda si dicha sentencia puede tener un correlato en el Viejo Continente, donde el *fair use* no existe. Esta incógnita no ha sido resuelta mediante la sentencia del caso T-604/18, que esta vez enfrentaba a Google con la Comisión Europea ante el Tribunal General de la Unión Europea³, por una cuestión de derecho de la competencia, pero desde luego supone un duro varapalo a las intenciones de ciertas empresas de generar islas de software inaccesibles a terceras empresas, y apunta cuál podría ser el criterio del Tribunal General en un caso similar.

En todo caso, como tiene enseñado Orlando Figes en su colosal obra “Los Europeos”⁴, el desarrollo del sistema de *copyright* a lo largo del siglo XIX impulsó con fuerza una determinada forma de producir cultura, tanto en América como en

1 DE TOCQUEVILLE, A. (2007). *La democracia en América*. Akal, pág. 566.

2 *Opinion of the Court. Google LLC, Petitioner v Oracle America, Inc. On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit. April 5, 2021.*

3 Sentencia de 14 de septiembre de 2022 del asunto T-604/18 del Tribunal General de la Unión Europea.

4 FIGES, O. (2020) *The Europeans: Three Lives and the Making of a Cosmopolitan Culture*. Penguin.

Europa, basada en el retorno económico al autor, que se erige en una figura que empieza a consagrarse a partir de ese momento en las legislaciones sobre propiedad intelectual. No en vano, el nacimiento del concepto de plagio tiene mucho que ver con el hecho de que muchos autores quedaran desprotegidos cuando sus obras empezaban a ser explotadas en países sin un marco legal adecuado, o con un desarrollo pobre, en el que agentes, editores y toda suerte de personas interpuestas manipulaban las obras a su antojo, incluso negando al autor la paternidad de su obra. Esta cuestión se convirtió en grave gracias a la aparición de las incipientes leyes de derecho de autor, puesto que el plagio antes de la era de la propiedad intelectual se encontraba hasta cierto punto normalizado⁵. Así, el plagio emergió como el conflicto por excelencia en el contexto del derecho de autor, y posteriormente se contagió a todas las áreas de la creación literaria, artística y científica. También al software, protegido tanto en Europa⁶ como en Estados Unidos mediante la legislación del derecho de autor de forma preferente sobre otras opciones como las patentes. En Estados Unidos la preocupación por la protección de los programas de ordenador se incrementó radicalmente en la década de 1980, coincidiendo con el inicio de la popularización de la informática, que superaba la época de los ordenadores con funciones únicas y al alcance solo de instituciones gubernamentales o de grandes empresas.

Para la Comisión Europea, el primer pronunciamiento expreso sobre la forma más adecuada de proteger el software es el informe preparativo de 1989 de la futura directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador⁷, que asumía las reflexiones ya plasmadas el año anterior en su Libro verde de la comunidad sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico⁸, en el que se seguía la idea de que la protección por la vía de los derechos de autor era la adecuada. Entre otras razones, porque presenta pocas rigideces y se adapta con facilidad a supuestos muy variados⁹, lo que en ese momento se antojaba ya como una necesidad ante la cada vez más acelerada evolución de la informática. A cambio, daba la puntilla definitivamente a la protección del software por medio del derecho de patentes por ausencia, en la mayoría de los casos, de actividad inventiva en el desarrollo de programas informáticos, ya que esta residiría en los algoritmos del programa, que no son protegibles¹⁰, lo que excluiría de protección a porciones muy relevantes del software comercializado en Europa. También descartó, a los efectos de la protección, la aplicación del derecho de obligaciones¹¹, puesto que la vía contractual no podría evitar el uso y la reproducción de programas de ordenador por parte de terceros. En cualquier caso, no podía ser de otra forma a la luz del Convenio sobre

5 De plagio se ha acusado incluso a grandes autores como Shakespeare, incluso el arte como imitación de la naturaleza es un tema recurrente en el mundo clásico.

6 Artículo 1 Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador: "De conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva, los Estados miembros protegerán mediante derechos de autor los programas de ordenador como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas".

7 Propuesta de Directiva del Consejo sobre protección jurídica de programas informáticos COM(88) 816 final — SYN 183 (Presentada por la Comisión el 5 de enero de 1989).

8 Apartado 5.3.4. del Libro Verde de la Comunidad sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico: "These limitations of patent law have emphasized the potential role of copyright in the broad sense, that is, authors' rights and neighbouring rights as the primary means for protecting computer programs both at the Level of Community Member States and at the international level. The scepticism expressed by some in the sixties and seventies in respect of the extension of copyright protection to this new kind of work, gradually and in parallel with an increasing understanding of the similarity between a computer program and a literary and artistic work, has been replaced both at national and international level by a general acknowledgment of the advantages for creators, right holders, users and society as a whole of a copyright solution to the problem of ensuring adequate protection of programs against unauthorized reproduction".

9 Apartado 3.6 de la propuesta de Directiva: "Así, los derechos de autor constituirían la mejor solución para garantizar una protección adecuada contra la apropiación indebida y, en concreto, contra la reproducción no autorizada. Este método ya reveló en el pasado su capacidad para adaptarse a las nuevas tecnologías, como la cinematográfica y la radiotelevisiva. Los derechos de autor no ofrecen un monopolio que obstaculice toda manifestación de independencia, sino que protegen sólo la expresión de una obra pero no las ideas que la inspiran. Por consiguiente, esta protección no bloquea el progreso técnico ni impide a las personas que hayan creado de forma independiente un programa informático disfrutar de los resultados de su trabajo e inversión".

10 *Ídem. vid.* Apartado 3.2.

11 *Ídem. vid.* Apartado 3.4.

12 Artículo 52 del Convenio sobre Concesión de Patentes Europeas, hecho en Munich el 5 de octubre de 1973: "(2) *The following in particular shall not be regarded as inventions within the meaning of paragraph 1: [...] (c) schemes, rules and methods for performing mental acts, playing games or doing business, and programs for computers*".

13 Sixty-Eighth Annual Report of the Register of Copyrights for the Fiscal Year ending June 30, 1965. El documento ilustra bien los tímidos inicios de la protección del software. P. 4: "*When the Office announced the registrability of computer programs in April 1964, neither the volume of applications nor the most common type of deposit could be predicted. As in other new areas of copyright protection, experience indicates that it takes some time for an industry to become aware of the possibilities of protection and to adopt routine procedures for taking advantage of it. Only 16 claims covering computer programs were registered during fiscal 1965, and 12 of them were made in the last 3 months of the year. In 13 of the registrations the deposit copies consisted of print-outs only, indicating that this was the form of first publication. In two cases punched cards (including a printout at the top) constituted the form of first publication*".

14 National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU), Final Report on the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, 3 Computer L.J. 53 (1981). *Vid.* especialmente *Chapter 1*.

15 *Ibid.*, "Foundation for the Recommendations".

concesión de Patentes Europeas, cuyo artículo 52 ya excluía la patentabilidad de los programas de ordenador¹².

En Estados Unidos, tras unos inicios vacilantes, el camino dirigió rápidamente, como en Europa, a la protección por la vía del *copyright*. Ya en 1964, la Copyright Office empezó a aceptar inscripciones de programas de ordenador¹³ y, en 1981, la comisión creada al efecto¹⁴ recomendó la reforma de la *Copyright Act* de 1976 para incluir expresamente el software como objeto de protección, siempre que fuera una creación original, y regular ciertos usos derivados. La Comisión reconocía que los programas de ordenador suponían una forma de expresión totalmente desconocida solo dos décadas antes. En un momento en el que la informática de consumo se abarataba a pasos agigantados, con prestaciones cada vez mejores, ya profetizaba que el hecho que los programas empezaran a ser desarrollados por personas que no necesariamente desarrollaban el hardware sobre el que se apoyaban iba a suponer un nuevo mercado, ligado al hecho de que "escribir" software requería inversiones económicas mucho menores¹⁵.

En este contexto, las controversias sobre software entre empresas deben leerse bajo la óptica del derecho de autor, lo que no quita que las patentes estén ganando una cierta importancia complementaria¹⁶ y, por supuesto, con una clara línea divisoria entre el sistema europeo continental y el estadounidense. O lo que es lo mismo, desde una visión más teórica o una más pragmática. Estados Unidos sigue claramente esta última y Tocqueville no hubiera sido ajeno a ello.

II. Un litigio singular: las pretensiones de Oracle contra Google

Aunque la sentencia de la Corte Suprema resuelve el caso definitivamente, honrando el dicho de "venceréis, pero no convenceréis", existen importantes discrepancias sobre la conclusión: la Corte Suprema determinó que la copia de determinadas líneas de código por parte de Google se encuadra en el *fair use* establecido por el *Copyright Act* de Estados Unidos. Sin embargo, el duro alegato de Justice Thomas¹⁷, en su voto particular que sigue a la sentencia, supone una dura enmienda a la decisión tomada por la mayoría y cataliza con toda crudeza las opiniones contrarias al fallo. Cabe precisar que tanto la sentencia como el voto particular de Thomas aportan una visión jurídica y económica de los razonamientos seguidos, no solo en línea con los vaticinios de Tocqueville, sino porque el concepto de *fair use* propicia un análisis con mayor componente económico gracias que supone un sistema menos rígido que el europeo.

16 MURPHY, H. (18 de enero, 2022). Facebook patents reveal how it intends to cash in on metaverse. *The New York Ledger*. Disponible en <https://www.ft.com/content/76d40aac-034e-4e0b-95eb-c5d34146f647> (última consulta: 25 de octubre de 2022).

17 Clarence Thomas (*Associate Justice*).

Lo que admite poca discusión es el supuesto de hecho, a partir del cual se desató una cruenta batalla en los tribunales, en los que se discutió no solo si la conducta de Google era acorde al *Copyright Act*, sino si suponía también una infracción de patentes de Oracle. O, dicho de otro modo, cuál es el encaje jurídico de las denominadas API y el papel de la propiedad intelectual e industrial en su regulación.

Qué es una API y por qué es relevante en este litigio

La discusión jurídica bascula sobre un concepto avanzado de programa de ordenador, entendido también como concepto propio del derecho de autor. No se trata de un mero software, sino de una *Application Programming Interface*, programas que permiten la interoperabilidad de sistemas a través del reconocimiento de instrucciones y de la comunicación con el usuario¹⁸. De hecho, la propia sentencia dedica un largo pasaje a explicar que una API permite a los programadores utilizar un código preexistente para crear nuevas funciones en sus propios programas en lugar de tener que crearlo nuevo¹⁹. Ahora bien, dentro de estas funciones hay dos grandes grupos, al menos desde el punto de vista del objeto del litigio. Por una parte, y en esencia, se encuentra el *implementing code*, que indica cómo se debe hacer una determinada operación o función en un ordenador, y por otra, el *declaring code*, que otorga un nombre concreto a cada operación, de forma que cada pieza de *implementing code* pueda ser utilizada de forma efectiva. Por eso el *declaring code* cumple una función de carácter organizativo, que en este caso concreto servía para sistematizar todas las funciones diseñadas por Oracle, pero siempre ligado a su correspondiente *implementing code*. El uno más el otro es lo que hace que la API funcione, como se verá más adelante.

Qué hizo Google en relación con el código preexistente de Oracle

En el año 2005 Google se encontraba en pleno desarrollo de sus sistemas para teléfonos móviles, un mercado en el que aún no se encontraba presente de forma relevante y en el que gobernaban sistemas como Windows Mobile (de Microsoft) o Symbian (auspiciado por varias empresas tecnológicas para hacer frente a los anteriores) y posteriormente iOS (de Apple). Para potenciar su crecimiento, Google decidió comprar la sociedad Android Inc., que acababa de empezar a desarrollar un sistema operativo para smartphones tras dejar atrás un proyecto anterior para un sistema operativo de cámaras digitales²⁰, entonces en plena expansión comercial. Su proyecto se basaba en una plataforma gratuita y abierta que los desarrolladores pudieran utilizar con la mayor libertad, para potenciar la expansión del sistema y generar, se entiende, una mayor penetración en el mercado y dependencia tecnológica de su propio sistema. Para esta suerte de proyecto coral era necesario contar con muchos desarrolladores, y para ello era necesario contar antes con una plataforma de uso simplificado.

18 Vid. MUÑOZ PÉREZ, A. (2021) Algunas consideraciones sobre el derecho de autor del software de las Application Programming Interface APIs. contenido y límite del derecho. La sentencia Oracle Inc. vs. Google Inc. *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, págs. 25-58.

19 Sentencia, pág. 3.

20 Britannica, The Editors of Encyclopedia Britannica. Android. *Encyclopedia Britannica*, Recuperado el 25 de octubre, 2022, de: <https://www.britannica.com/technology/Android-operating-system>.

21 Vid. PREGER, R. (2012) *The Oracle Story*, Part 1: 1977-1986. *IEEE Annals of the History of Computing*, Vol. 34. P. 51.

22 A todos los efectos procesales el litigio es entre Google LLC y Oracle America, Inc.

23 Vid. MUÑOZ FERRANDIS, C. (2021) *Google v Oracle: copyright, APIs e interoperabilidad*. Recuperado el 25 de octubre, 2022 en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3861156, pág. 5.

24 *Brief in opposition*. pág. 3.

25 Aunque el fondo de esta aseveración es dudoso, lo cierto es que cita al fundador de Android declarando que se dirigía al mismo público: "... *targeting the same industry with similar products*".

26 Texto original de la sentencia: *"That new definition eviscerates copyright. A movie studio that converts a book into a film without permission not only creates a new product (the film) but enables others to "create products"—film reviews, merchandise, YouTube highlight reels, late night television interviews, and the like. Nearly every computer program, once copied, can be used to create new products. Surely the majority would not say that an author can pirate the next version of Microsoft Word simply because he can use it to create new manuscripts."*

Por su parte, Oracle, un gigante tecnológico presente en el mercado desde 1977, gracias especialmente a sus sistemas de bases de datos²¹, adquirió la empresa Sun Microsystems²² en el año 2010 y, con ella, la plataforma Java SE²³, a la que la propia Oracle se refiere en su contestación como "una de las más populares y revolucionarias obras de software"²⁴, cuya ventaja se encontraría en la posibilidad de que los desarrolladores pudieran escribir en distintos sistemas sin tener que escribir un código nuevo partiendo de la nada. "*Write once, run anywhere*". Así se publicitaba Java, describiendo una filosofía que ha hecho fortuna en la industria informática.

No es un detalle menor que poco después de adquirir Android, Google comenzara negociaciones con Oracle (entonces Sun Microsystems) para obtener acceso y poder facilitar el conjunto de la plataforma Java que, sin embargo, incluía ciertas restricciones que chocaban con la política aperturista que Google había elegido para Android y que fueron el argumento último de la ruptura entre las dos empresas. Por eso Google decidió emprender el desarrollo de su propia plataforma adaptada a los incipientes *smartphones*, no sin antes copiar 11.500 líneas de código (*declaring code*) relativo a 37 paquetes de programación que eran parte de una API propiedad de Oracle (Java SE). Esta última, además, consideraba que Google había copiado la estructura de la API (o "**SSO**", *Single Sign-on* en la jerga). Este es el origen de un conflicto que, trasladado al ámbito del derecho de autor, se ha convertido en una discusión acerca de si esa copia fuera lícita bajo el paraguas del *fair use*.

El escrito de contestación de Oracle ante la Corte Suprema hace un relato algo más duro. Reconoce que existieron negociaciones entre las compañías, pero acusaba a Google de negarse a que Android fuera compatible e interoperable con el entorno Java, por lo que Google habría optado por la vía siempre rápida de copiar las mencionadas líneas de código, además de haber diseñado Android de forma definitivamente incompatible con Java, de forma que las *apps* de Android solo serían compatibles con terminales compatibles, mientras que las *apps* basadas en Java nunca funcionarían en entornos Android. Oracle destaca en su escrito cómo el fundador de Android testificó que Oracle se había convertido, efectivamente, en un competidor²⁵.

III. El fondo de la cuestión: el papel del *fair use* en la interoperabilidad del software

"Esta nueva definición destruye los derechos de autor. Un estudio cinematográfico que convierte un libro en una película sin permiso no sólo crea un nuevo producto (la película), sino que permite a otros "crear productos": críticas de películas, productos, vídeos de YouTube, entrevistas televisivas nocturnas, etc. Casi todos los programas informáticos, una vez copiados, pueden utilizarse para crear nuevos productos. Seguramente la mayoría no diría que un autor puede piratear la siguiente versión de

Microsoft Word simplemente porque puede utilizarlo para crear nuevos manuscritos²⁶.”

La sentencia da la razón a Google. En definitiva, la Corte Suprema decidió que la copia por parte de Google era conforme a la doctrina del *fair use* y su tradicional desarrollo jurisprudencial. La anterior cita parte de la dura respuesta del disidente Justice Thomas contra la decisión de la mayoría, y describe con ironía y precisión las contradicciones que ciertos sectores han querido encontrar en la adaptación del *fair use* al caso concreto y no del caso concreto al *fair use*.

Justice Thomas advierte, además, de que los efectos de la copia por parte de Google tuvieron unos efectos dramáticos sobre terceros que en modo alguno eran parte del procedimiento. Por ejemplo, cita una pérdida correlativa del 97,5% del valor del acuerdo que Oracle mantenía con Amazon²⁷ y asegura que la copia sirvió a la compañía para afianzarse como una de las grandes empresas tecnológicas del mundo.

En todo caso, la sentencia se centra realmente en analizar si efectivamente la copia de esas líneas de código, toda vez que se suponen protegidas por la vía del *copyright*, es conforme a dicha teoría del *fair use*, y para ello analiza cada uno de los cuatro requisitos que, de forma cumulativa, se han de producir para que se entienda que el uso de la obra por parte de un tercero queda amparado por el *fair use*.

Se trata de un terreno resbaladizo. Hay voces que alertan de que la inconcreción del *fair use* genera más confusión de la que disipa y de que carece de una regulación legal a la altura de los supuestos sobre los que se aplica²⁸. Su virtud puede ser su mayor desventaja, ya que la flexibilidad permite unos márgenes interpretativos peligrosamente amplios. Los factores que se toman en consideración en el análisis del *fair use* son cuatro, si bien la apreciación de cada uno de ellos, y su importancia en el caso concreto, queda a discreción del juez o del tribunal. Estos cuatro factores son: (i) el propósito y carácter del uso (si es de naturaleza comercial o si responde a fines educativos sin ánimo de lucro); (ii) la naturaleza de la obra protegida por derechos de autor; (iii) la cantidad y naturaleza de la parte utilizada en relación con el total de la obra protegida por derechos de autor; y (iv) el efecto del uso en el valor o en el mercado potencial de la obra protegida por derechos de autor.

La sentencia analiza dichos factores de forma individualizada, aunque en orden alterado. De hecho, esta cuestión fue también criticada por Justice Thomas, que llama la atención sobre este particular proceder por considerar que desvirtúa gravemente las conclusiones obtenidas junto con el hecho de haber concluido, prácticamente sin análisis, que el *declaring code* copiado es protegible por medio del *copyright*. Así pues, la Sentencia empieza un minucioso análisis que, eso sí, acaba siendo favorable a Google en prácticamente todos los aspectos.

27 El voto particular explica que Amazon venía pagando una licencia para sus productos Kindle, pero que la libre disponibilidad de Android le permitió un generoso descuento por parte de Oracle, que se quedó sin argumentos para poder sostener su relación jurídica en los términos en los que lo venía haciendo hasta ese momento.

28 A este respecto, como señala la Harvard Law Review, “the application of fair use under the Copyright Act of 1976 — a four-factor statutory defense to copyright infringement claims - has been left largely to the speculation of scholars. This has been particularly troublesome in software, where developers have long been forced to rely on a confusing thicket of interpretations and assumptions lacking concrete legal assurances”. Vid. VV.AA. Google LLC v Oracle America, Inc. Harvard Law Review, 2021. - 1 : Vol. 135.

29 Pág. 26 de la sentencia.

En primer lugar, la sentencia analiza la naturaleza de la obra protegida por *copyright*²⁹, es decir, las líneas de código de Oracle. Llega a la conclusión de que la naturaleza es netamente funcional y asociada a ideas no protegibles por *copyright* (lo que no quiere decir que el código en sí mismo no lo sea) y de que su valor reside no solo en su valor intrínseco, sino también en que quienes no son licenciarios lo pueden aprender de forma fácil para trabajar con él y acceder a nuevas creaciones, lo que sin duda levantaría todas las suspicacias de un Tocqueville acostumbrado a un sistema continental mucho menos generoso en este sentido.

En cuanto al propósito y carácter del uso, segundo de los requisitos analizados, el razonamiento de la Corte Suprema es que Google copió partes de la API de Sun Microsystems precisamente haciendo uso de la propia naturaleza del código, es decir, permitir a otros desarrolladores utilizar métodos comunes para arrancar ciertas tareas, ahora bien, de forma limitada únicamente a las funcionalidades necesarias para el sistema operativo integrado en los *smartphones*. Alega además que Sun Microsystems también había utilizado en el desarrollo de esas líneas de código interfaces preexistentes.

En cuanto al tercero de los factores, la cantidad y sustancialidad de la parte copiada, resalta que se trata únicamente del 0,4% del total del sistema Sun Java API, por mucho que la cifra en bruto (11.500 líneas) pudiera parecer injustificada en sí misma. De nuevo utiliza un argumento que parece más subjetivo que basado en parámetros objetivos como es que ese *declaring code* copiado era el necesario para desatar las “energías creativas” de otros programadores.

Por último, en cuanto a los efectos en el mercado³⁰, la Corte Suprema llega al convencimiento de que Oracle no estaba bien posicionada en el emergente mercado de los *smartphones* y que, en consecuencia, las posiciones de Google y Oracle no guardaban ningún tipo de relación de proporcionalidad. En este sentido advierte, asumiendo la postura de Google, de que Android no era un sustituto de Java³¹.

La desestimación de la postura de Oracle en cada uno de estos puntos supuso la desestimación final de sus pretensiones y la estimación de las tesis mantenidas por Google a lo largo de todo el litigio en todas sus instancias.

30 *Ibid.* P. 31-32.

31 “The uncertain nature of Sun’s ability to compete in Android’s market place, the sources of its lost revenue, and the risk of creativity-related harms to the public, when taken together, convince that this fourth factor—market effects—also weighs in favor of fair use”. pág. 35.

IV. ¿Cabe esperar un fallo similar en Europa?

El Tocqueville de 2021, año de la sentencia, sin duda alguna se hubiera formulado esta pregunta. Europa aún contiene el aliento ante un pronunciamiento similar, pero la sentencia del Tribunal General antes citada, de 14 de septiembre de 2022, da algunas pistas aunque resuelva un caso de derecho de la competencia y no uno de propiedad intelectual.

Se comparta o no el razonamiento de la Corte Suprema, en el caso de la sentencia, el análisis está hecho conforme una teoría propia del derecho estadounidense

que carece de correlato en Europa, con la excepción de Reino Unido. La rigidez del sistema de límites, cada vez más oscuros debido al sistemático parcheo de cada reforma legal, parece que impediría hacer un análisis en términos similares, con independencia de cuál fuera el resultado.

Con todo, parece existir en Europa una cierta tendencia a justificar un “uso justo” en determinados supuestos y un debate sobre la compatibilidad del sistema de límites al derecho de autor con una normativa sobre tales usos³². De hecho, la cuestión lleva varios años en el aire en ciertos ambientes académicos e institucionales europeos conscientes de que el sistema de límites empieza a presentar francas insuficiencias para adaptarse a un mundo muy cambiante a causa de los desarrollos tecnológicos³³. La reciente sentencia del Tribunal General tiene cierto valor para este análisis, en el sentido de que se puede interpretar como un aviso a navegantes de que el derecho europeo exige (siempre lo ha hecho) que el mercado solo funciona cuando las empresas que mantienen posiciones dominantes facilitan el desarrollo de competidores, lo que tiene mala conciliación con la incompatibilidad, por ejemplo, entre sistemas operativos. Así, Google habría conseguido una posición dominante en el mercado de los servicios generales de búsqueda mientras evitaba o frenaba la existencia de ofertas alternativas al condicionar los servicios de Google que los desarrolladores independientes podían incorporar en sus productos desarrollados a partir de Android, el sistema operativo de Google. De nuevo, la interoperabilidad en la picota.

En términos estrictos, por tanto, bajo derecho europeo, el *fair use* sencillamente no existe y nos debemos remitir a los límites clásicos reconocidos al derecho de autor. En el ámbito de los programas de ordenador es clásica la excepción para permitir la interoperabilidad de sistemas en el marco de las actividades de descompilación³⁴, si bien se antoja como una regulación claramente insuficiente para dilucidar el supuesto de hecho analizado en la sentencia. El resto de los límites, por su falta de especificidad en relación con el software o, al menos, a un caso tan singular, dificultarían hipotéticamente su aplicación. Tampoco la “regla de los tres pasos” del Convenio de Berna³⁵ parece suficiente para ofrecer una solución.

Como referente cercano se puede tomar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de mayo de 2012³⁶, que concluyó que “ni la funcionalidad de un programa de ordenador ni el lenguaje de programación o el formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones constituyen una forma de expresión de ese programa y, por ello,

32 *Op. cit.* MUÑOZ PÉREZ, A. (2021) Revista de Privacidad y Derecho Digital, pág. 42.

33 *Vid.* HUGENHOLTZ, P. B., & SENFTLEBEN, M. R. F. (2011). *Fair Use in Europe*. In *Search of Flexibilities*. Institute for Information Law/VU Centre for Law and Governance, pág. 4

34 Este derecho, reconocido por medio del artículo 6 de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador, establece que “no se exigirá la autorización del titular del derecho cuando la reproducción del código y la traducción de su forma a efectos del artículo 4, apartado 1, letras a) y b), sea indispensable para obtener la información necesaria para la interoperabilidad de un programa de ordenador creado de forma independiente con otros programas, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) que tales actos sean realizados por el licenciatario o por cualquier otra persona facultada para utilizar una copia del programa, o en su nombre por parte de una persona debidamente autorizada;

b) que la información necesaria para conseguir la interoperabilidad no haya sido puesta previamente, y de manera fácil y rápida, a disposición de las personas a las que se hace referencia en la letra a), y

c) que dichos actos se limiten estrictamente a aquellas partes del programa original que resulten necesarias para conseguir la interoperabilidad”.

35 Artículo 9.2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas: “se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

36 *Vid.* SAS Institute Inc. vs. World Programming Ltd. [Caso judicial]. - Luxemburgo: TJUE, 2012.

carecen de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de esa Directiva". Se podrían formular hipótesis sobre la protegibilidad del *declaring code*, por una parte, y del *implementing code* por otra, pero lo cierto es que los parámetros nunca podrían ser equivalentes a los empleados por la Corte Suprema. Quizás el debate en Europa tendría más peso en la fase de considerar qué es protegible y qué no lo es, o, dicho de otro modo, qué se considera funcional y qué creativo, conjugando toda suerte de criterios, ya que como sostuvo el Abogado General en el mismo caso, "admitir la posibilidad de proteger una funcionalidad de un programa como tal llevaría a admitir la posibilidad de monopolizar ideas en perjuicio del progreso técnico y del desarrollo industrial"³⁷.

El entusiasmo en la aplicación del *fair use* es más fácil de encajar en casos como el del software, en los que el valor creativo innegablemente convive con un factor meramente funcional y que evoluciona a una gran velocidad. De hecho, en el *amicus curiae* presentado por Microsoft en el marco del litigio ante la Corte Suprema, enfatizaba que el *fair use* destaca por ser flexible y adaptable, y que ha sido muy útil para los tribunales en aquellos casos en los que el carácter funcional sugería su aplicación para asegurar la interoperabilidad de sistemas³⁸.

Esto sin duda conduce a subrayar un concepto mucho más líquido de lo que es la protección por *copyright* o por derecho de autor. Mientras que en el caso del derecho de autor los contornos aparecen bien definidos, en el caso del *copyright*, como se ha visto en la sentencia, el concepto se amolda a cada caso cuando es necesario, destacando que el carácter funcional permite a los tribunales desplegar un catálogo de argumentos mucho mayor de lo que, sin duda, sucedería en Europa. Por tanto, aunque es una cuestión difícil de responder, lo que sí es una realidad es que el camino recorrido en Europa sería necesariamente distinto, puesto que los elementos de juicio a disposición de la Corte Suprema de Estados Unidos son distintos a los mecanismos previstos en la legislación europea.

V. A modo de epílogo

Si Tocqueville hubiera viajado a Estados Unidos en el año 2022, sin duda hubiera observado la notable diferencia que existe con Europa en la protección de los programas de ordenador y hubiera dedicado un capítulo generoso a estudiar el *fair use*. Aunque nadie tiene la respuesta a lo que podría pasar en Europa en un caso similar, sí es fácilmente imaginable que el litigio se hubiera desarrollado bajo unos parámetros muy distintos, en la medida en que la legislación europea es ajena (aunque cada vez menos) a un sistema dinámico como el del *fair use*. Así, los límites tradicionales al derecho de autor parecen condicionar en gran medida el análisis de la parte funcional del software, al menos en lo que respecta al alcance de su protección en el ámbito de la interoperabilidad de sistemas.

El caso analizado es, por méritos propios, uno de los más relevantes de las últimas décadas en el sector tecnológico y, aunque no sea directamente exportable a otras jurisdicciones como la europea, contiene unos razonamientos ineludibles

37 Inciso 57. Conclusiones del Abogado General (Asunto C-406/10) [Caso judicial]. Bot Yves. - Luxemburgo: TJUE, 2011.

38 *Brief of Microsoft Corporation as Amicus Curiae in Support of Petitioner*, pág. 10.

en el estudio de la protección de los programas de ordenador. Además, supone un precedente ineludible. Ningún análisis futuro, esté condicionado o no por esta importante sentencia, podrá desconocer o eludir el análisis no solo jurídico sino incluso de mercado.

La gran cuestión es, quizás, si el *fair use* acabará abriéndose un hueco definitivo en la legislación europea y si el sistema de límites resistirá el imparable rodillo de la digitalización.

Las cargas urbanísticas: cuestiones prácticas y registrales

Marta Velasco Izquierdo

Abogada de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE URBANISMO

Diego Peral Pereira

Abogado de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE CORPORATE

I. Introducción	92
II. Concepto de carga urbanística	93
III. Sujetos obligados	94
IV. Instrumento de equidistribución de beneficios y cargas	96
V. Cuestiones prácticas y registrales sobre las cargas urbanísticas	97
1. Sobre el carácter real de las cargas y su acceso al Registro de la Propiedad	97
2. Sobre el principio de subrogación real de las cargas	99
3. Sobre la cancelación de las cargas en el Registro de la Propiedad	100
4. Sobre la prórroga de las cargas	101
5. Sobre la caducidad de las cargas	101
6. Sobre la retasación de las cargas urbanísticas	102

Índice /

Fecha de recepción: 14 de octubre de 2022

Fecha de aceptación: 27 de noviembre de 2022



Resumen: La escasez de suelo finalista en parte del territorio nacional ha supuesto un cambio de tendencia en el sector inmobiliario y en el modelo urbanístico, pasando de poner el foco en el centro de las ciudades, en los que se ubica la mayor parte de suelos urbanos, al extrarradio, formado por suelos que requieren una tramitación urbanística para llegar a clasificarse como suelos urbanos.

Fruto de este cambio de paradigma, las cargas urbanísticas han pasado a tener un gran protagonismo en el marco de las operaciones inmobiliarias de suelo.

En este sentido, este artículo pretende analizar las cargas urbanísticas, tanto a nivel conceptual como a nivel práctico, resaltando distintas casuísticas registrales que se plantean con carácter habitual en la compraventa y en el desarrollo urbanístico de sectores.

Abstract: The shortage of land available for development in certain parts of Spain has led to a shift in the real estate sector and in the urban planning model. The focus is no longer on the city centre (where most urban land is located) but on the outskirts (made up of land that requires urban planning procedures to be classified as urban land).

As a result of this paradigm shift, urban development charges have come to play a major role in real estate transactions.

In this regard, this article seeks to analyse urban development charges, both at a conceptual and practical level, highlighting the different registration cases that usually arise in transactions and in the urban development of certain sectors.



Palabras clave: Suelo finalista; cargas urbanísticas; gastos de urbanización; proyecto de reparcelación; equidistribución; junta de compensación; registro de la propiedad; inscripción; caducidad de la carga registral; prórroga de la carga registral; Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Keywords: Land for urban development; urban development charges; urbanisation costs; rezoning plan; equidistribution; compensation board; land registry; registration; expiry of the registration charge; extension of the registration charge; Directorate General for Legal Certainty and Public Faith.

Las cargas urbanísticas: cuestiones prácticas y registrales

I. Introducción

Los poderes públicos velan por la utilización racional de los recursos naturales en virtud de lo previsto en el artículo 45.2 de la Constitución Española.

En este sentido, el suelo es el recurso natural por excelencia en los sectores urbanístico (para la creación y la consolidación de la ciudad) e inmobiliario (para la promoción de edificaciones).

De hecho, la edificación es la culminación de la ejecución de la ordenación urbanística¹, que se ha convertido en una auténtica función pública, por cuanto es una instancia pública la que toma la decisión sobre el tipo de uso del suelo, prevaleciendo sobre las decisiones privadas de sus propietarios.

Históricamente, ante la disponibilidad de suelo para acoger los crecimientos de la ciudad, el urbanismo español estuvo caracterizado por ser expansionista, y estar volcado en la creación de una nueva ciudad, en la que el suelo urbanizable era el protagonista.

En este sentido, el Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, habilitó a los planes generales para dejar superficies vacantes en suelo urbanizable, susceptibles de ser concretados y definidos en un momento ulterior en el supuesto de que surgieran necesidades nuevas o, en su caso, necesidades que, en el momento de elaborar el plan, no aparecieran suficientemente perfiladas.

Sin embargo, desde 2007 el legislador español se centra en la regeneración y rehabilitación de la ciudad existente, orientando su atención hacia un modelo urbanístico intensivo que responda a los requerimientos de desarrollo sostenible, minimizando el impacto del crecimiento extensivo a nivel ambiental, de segregación social e ineficiencia económica (por los elevados costes energéticos, de construcción, mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos²). Todo ello se enmarca en la Estrategia Territorial Europea³ o la Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano⁴.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, señaló que "(e)l suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable".

1 CASTELAO RODRÍGUEZ, J.
Las licencias urbanísticas en la legislación estatal española y en la legislación autonómica. *Revista de estudios locales*, núm. extra 1, págs. 339-369.

2 Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo.

3 Comisión Europea. (1999). *ETE Estrategia Territorial Europea. Hacia un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio de la UE*.

4 Comisión Europea. (2006). *Estrategia temática para el medio ambiente urbano*.

En definitiva, la principal materia prima de los sectores inmobiliario y urbanístico es el suelo. Sin embargo, el suelo no tiene un tratamiento uniforme, sino que está sujeto a distintas clasificaciones según la normativa urbanística de aplicación. Así, la patrimonialización de la edificabilidad prevista en la ordenación urbanística está sometida al cumplimiento de los deberes y al levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda.

El Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto 7/2015, de 30 de octubre (el “**TRLSRU**”) en su artículo 21 distingue dos situaciones básicas de suelo, según haya sido transformado o no. En concreto, (i) la situación de suelo rural; y (ii) la situación de suelo urbanizado.

Sin embargo, determinadas normativas urbanísticas autonómicas distinguen tres clases de suelo tradicionales: (i) urbano; (ii) urbanizable; y (iii) no urbanizable.

En conclusión, la situación de suelo urbanizado coincide con la definición legal tradicional del suelo urbano y la de suelo rural con la de suelo no urbanizable. El paso de una situación a otra (*i.e.* de suelo rural a suelo urbano) depende de una decisión del planeamiento⁵.

Pues bien, la escasez de suelo urbano finalista (esto es, suelo urbano o urbanizado en el que no se requiera tramitar instrumentos urbanísticos -*e.g.* plan parcial, plan especial, etc. -para su clasificación como tal-) a nivel nacional ha dado lugar a que la tramitación y gestión urbanística de los suelos formen parte del día a día de los principales operadores.

Por este motivo, las cargas urbanísticas han pasado a ser uno de los principales puntos a valorar tanto en la adquisición como en el desarrollo de suelos con gestión urbanística pendiente.

II. Concepto de carga urbanística

Las cargas urbanísticas se encuentran reguladas en la siguiente normativa estatal⁶: (i) el TRSLRU; el (ii) el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, aprobado por Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio (el “**RD 1093/1997**”); y el (iii) Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto 3288/1978, de 25 de agosto (el “**RGU**”).

El artículo 13.2.b) del TRLSRU, reconoce a los propietarios de suelos incluidos en una unidad de actuación, el derecho a participar en las actuaciones urbanizadas, en proporción a su aportación de suelo. Dentro de cada una de estas unidades, se pretende la equidistribución entre los propietarios del suelo de las cargas y beneficios que se obtengan con la actuación y que la sociedad participe en las plusvalías que se generen.

5 RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2014) *Manual de Derecho Urbanístico*. Aranzadi.

6 Nótese que el presente artículo se centra única y exclusivamente en normativa estatal, excluyendo expresamente el análisis de la legislación autonómica, con competencias en materia de gestión urbanística.

Por su parte, el artículo 18 del TRLSRU desglosa los deberes que los propietarios de suelo urbanizable y no consolidado, incluidos en un proceso de transformación urbanizadora, tienen que cumplir, que son, en síntesis:

- (i) Entregar a la administración competente, aquellos suelos incluidos dentro de la unidad para los que el planeamiento urbanístico reserve los usos de viales, zonas verdes, espacios libres y dotaciones públicas.
- (ii) Entregar el suelo, libre de cargas de urbanización y con destino al patrimonio público de suelo correspondiente al porcentaje de edificabilidad media ponderada del ámbito que fije la legislación urbanística aplicable, porcentaje que no podrá ser inferior al 5% ni superior al 15%, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.1.b) del TRLSRU.
- (iii) Costear y, en su caso, ejecutar las obras de urbanización necesarias, así como la conexión con las redes generales de servicios urbanos. Estas obras, junto con el suelo en el que se sitúen, deberán ser entregadas a la administración competente.
- (iv) Indemnizar a los titulares de derechos sobre las construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y las obras, instalaciones, plantaciones y sembrados que no puedan conservarse.

En el suelo urbano consolidado, los propietarios tienen simplemente el deber de completar a su costa la urbanización necesaria para que sus terrenos alcancen, si aún no la tuvieran, la condición de solar, pero no vienen obligados a realizar cesión alguna porque se entiende que en este suelo la ciudad está ya consolidada⁷.

El concepto de carga urbanística ha sido también objeto de matización por la jurisprudencia. En este sentido, la Sentencia nº 934/2011, de 29 de diciembre, del Tribunal Supremo [ECLI:ES:TS:2011:9107] entiende que las cargas incluyen todas las “obligaciones de urbanizar el terreno” sin mayor concreción.

Por su parte, la Sentencia nº 651/2011, de 20 de septiembre, del Tribunal Supremo [ECLI:ES:TS:2011:6073] determina que: “(...) el concepto de carga urbanística incluye las cesiones de terreno, los impuestos y, también, los gastos de urbanización, lo que no entiende así la sentencia de instancia en su interpretación (es contraria a derecho)” [El subrayado es nuestro].

⁷ *Op. cit.* RAMÓN FERNÁNDEZ, T.

⁸ Anteriormente denominada Dirección General de los Registros y del Notariado.

III. Sujetos obligados

En cuanto a los obligados a hacer frente a las cargas urbanísticas, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública⁸ (la “DGSJFP”) entiende en su Resolución 6919/2021, de 11 de marzo, que quedarán afectados al cumplimiento de la obligación de urbanizar y de soportar los gastos de urbanización, los titulares

reales de las fincas, incluso aquellos cuyos derechos estuviesen inscritos en el registro anteriormente.

De conformidad con la normativa estatal de aplicación a la gestión urbanística⁹, la Junta de Compensación es directamente responsable frente a la Administración actuante, de la urbanización completa del polígono o unidad de actuación hasta que la urbanización sea formalmente recepcionada por el Ayuntamiento.

La Junta de Compensación, constituida por la agrupación de propietarios que representen como mínimo el 50% de bienes y derechos del sector a desarrollar, es una entidad urbanística colaboradora de la Administración de naturaleza jurídica

9 Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Artículo 181:

1. El incumplimiento por los miembros de la Junta de Compensación de las obligaciones y cargas impuestas por la Ley y desarrolladas en este Reglamento, incluso cuando el incumplimiento se refiera a los plazos para cumplir dichos deberes y cargas, habilitará a la Administración actuante para expropiar sus respectivos derechos en favor de la Junta de Compensación, que tendrá la condición jurídica de beneficiaria.

2. Cuando el incumplimiento consista en la negativa o retraso en el pago de las cantidades adeudadas a la Junta, ésta podrá optar entre solicitar de la Administración actuante la aplicación de la expropiación al miembro moroso o interesar de la misma el cobro de la deuda por la vía de apremio.

Las cantidades percibidas aplicando este procedimiento se entregarán por la Administración actuante a la Junta de Compensación.

3. No podrá instarse ninguno de los procedimientos señalados en el número anterior hasta transcurrido un mes desde el requerimiento de pago efectuado por la Junta de Compensación.

4. El pago de las cantidades adeudadas a la Junta, con los intereses y recargos que procedan, realizado en cualquier momento anterior al levantamiento del acta de ocupación, dará lugar a la cancelación del expediente expropiatorio.

5. El procedimiento de expropiación será el establecido en este Reglamento para actuaciones aisladas.

Artículo 182:

1. "La Junta de Compensación será directamente responsable, frente a la Administración actuante, de la urbanización completa del polígono o unidad de actuación y, en su caso, de la edificación de los solares resultantes, cuando así se hubiere establecido, y de las demás obligaciones que resulten del plan de ordenación, de las bases de actuación o del presente Reglamento.

2. En cuanto a la obligación de urbanizar, la responsabilidad será exigible tanto en lo que afecte a las características técnicas de la obra de urbanización ejecutada como a los plazos en que ésta debió terminarse y entregarse a la Administración".

Artículo 183:

1. "Cuando en el ejercicio de sus atribuciones la Junta de Compensación incurra en infracciones que hayan de calificarse de graves según lo preceptuado en la Ley, con independencia de la sanción económica que corresponda, la Administración podrá desistir de ejecutar el plan por el sistema de compensación y aplicar el de cooperación, imponiendo, en su caso, la reparcelación o imponer el sistema de expropiación.

2. En cualquier caso la Junta de Compensación podrá repercutir el importe de las multas impuestas a la misma, como consecuencia de las responsabilidades en que hubiere podido incurrir, a aquellos de sus miembros que directamente intervinieran en la comisión de la infracción o hubieren percibido el beneficio derivado de la misma.

3. Para hacer efectiva la repercusión de las multas sobre los miembros de la Junta de Compensación responsables de los actos o acuerdos sancionados, podrá solicitarse de la Administración la exacción por la vía de apremio.

mixta, público-privada al ejecutar el desarrollo del Planeamiento, por lo que tiene un funcionamiento peculiar. Así, deberá aprobar Estatutos y Bases de Actuación donde se establecerán las normas de funcionamiento interno, así como los parámetros para valorar los bienes y derechos aportados por los propietarios del ámbito.

Una vez aprobados los Estatutos y Bases por el Ayuntamiento competente, y constituida la Junta de Compensación, se contratará a un equipo técnico-jurídico para que elabore el proyecto de reparcelación (con el objetivo de equidistribuir los beneficios y cargas del ámbito entre los propietarios, y formalizar las cesiones a favor de la Administración de todos los suelos para equipamientos públicos, viales, zonas verdes, etc.).

IV. Instrumento de equidistribución de beneficios y cargas

Así, la distribución equitativa de las cargas y los deberes objeto de actuaciones de transformación urbanísticas se asegura a través del proyecto de reparcelación. Mediante este instrumento se realiza la llamada “ejecución jurídica” del planeamiento, distribuyendo los beneficios y las cargas asignadas por el planeamiento entre los diferentes propietarios, la correlativa adjudicación a cada uno de ellos de las nuevas parcelas resultantes que sustituyen a las primitivas/originarias, la adjudicación a la Administración del porcentaje del aprovechamiento de cesión obligatoria y la localización de los terrenos para viales y equipamientos previstos en el planeamiento.

La aprobación definitiva del proyecto de reparcelación da lugar al nacimiento a las fincas de resultado privadas que, desde ese mismo momento, quedan afectadas *ope legis* al pago de los gastos de urbanización en la proporción que individualmente le corresponda (artículos 126.1 y 178.1 del RGU).

Los proyectos de reparcelación, siguiendo lo establecido en el artículo 67 del TRLSRU, acceden al Registro de la Propiedad a través de la certificación administrativa correspondiente por la que se verifica el cumplimiento de todos los requisitos legalmente establecidos. Esta certificación deberá ser expedida por el órgano urbanístico actuante y en ella deberán hacerse constar todos los datos relativos a: (i) personas, (ii) derechos y (iii) fincas a los que afecte el proyecto.

Sin embargo, tal y como se afirma en la Resolución, de 13 de junio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (“**DGRN**”)¹⁰, también sería válida una solicitud firmada por el alcalde del ayuntamiento correspondiente, ya que el visto bueno de éste “tiene por objeto significar que el secretario o funcionario que expide y autoriza la certificación está en el ejercicio de su cargo y es auténtica. Sin embargo, ello debe entenderse sin perjuicio de la facultad del alcalde de la comunicación directa de las resoluciones adoptadas por él mismo a otras autoridades”.

¹⁰ Actualmente, la DGSJFP.

La inscripción del proyecto de reparcelación en el Registro de la Propiedad no es constitutiva. Así, el artículo 65.1 del TRLSRU, al regular los títulos materiales que son objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, establece que serán inscribibles “los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución de la ordenación urbanística en cuanto supongan la modificación de las fincas registrables afectadas por los instrumentos de ordenación, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización”.

Por lo tanto, las fincas quedan afectadas a su abono desde el momento en el que recae el acuerdo de aprobación definitiva del proyecto de reparcelación (a pesar de que no va a quedar reflejada en el Registro hasta la inscripción de las fincas de resultado lo cual, sin embargo, exigirá la firmeza en vía administrativa).

En este sentido, una vez inmatriculadas las nuevas fincas resultantes en el Registro a través del proyecto de reparcelación las cargas urbanísticas son oponibles *erga omnes* de forma incondicional.

Y es que, pese a que transcurran dos (2) años desde la fecha de inmatriculación de las fincas resultantes y las cargas urbanísticas en el Registro, terceros adquirentes de buena fe quedarían vinculados aunque las desconociera, quedando dispensado de los efectos protectores dispensados por el artículo 34 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria¹¹.

En conclusión, el artículo 34 *eiusdem*, salvo en los casos en que así lo disponga una norma legal y expresa, no alcanza a las limitaciones y deberes instituidos en las leyes reguladoras de la ordenación urbana y régimen del suelo o impuestas en actos de ejecución de sus preceptos, véase, entre otras, la Sentencia nº 1773/2016, de 14 de julio, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo [ECLI:ES:TS:2016:3768] dictada en el caso de una adquisición de un edificio sobre el que recaía una orden de demolición.

V. Cuestiones prácticas y registrales sobre las cargas urbanísticas

1. Sobre el carácter real de las cargas y su acceso al Registro de la Propiedad

Tal y como se ha anticipado, existe una afectación real de la totalidad de los terrenos incluidos en el sector o unidad de actuación al cumplimiento de los deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de compensación (fijadas en las Bases de Actuación de la Junta de Compensación).

11 Artículo 34. El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.

Según el artículo 126 del RGU, las fincas resultantes quedarán afectadas, con carácter real, al pago del saldo de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación aprobado que a cada una se le asigne.

Esta afección será preferente a cualquier otra y a todas las hipotecas y cargas anteriores, excepto a los créditos en favor del Estado a que se refiere el artículo 1923.1 del Código Civil y a los demás créditos tributarios en favor del Estado, que estén vencidos y no satisfechos y se hayan hecho constar en el Registro antes de practicarse la afección.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 23.6 del TRLSRU, una vez sea firme en vía administrativa el acuerdo por el que se aprueba la distribución de beneficios y cargas (*i.e.* el proyecto de reparcelación o compensación) se procederá a su inscripción en el Registro de la Propiedad con el carácter de carga real de las parcelas privadas (dado que las parcelas públicas son cedidas a la administración libres de cargas).

Sin embargo, esta carga inscrita en el Registro será provisional (al provenir de la liquidación provisional del proyecto de reparcelación), debido a la posibilidad de que surjan nuevos costes durante la actuación urbanizadora que no habían sido previstos con anterioridad. Pues bien, una vez concluidas las obras de urbanización se da lugar a la cuenta de liquidación definitiva.

De esta forma, atendiendo a lo estipulado en el artículo 128 del RGU, una vez finalizada la urbanización de la unidad reparcelable, y antes de que transcurran cinco (5) años desde el acuerdo probatorio de la reparcelación, se deberá efectuar la liquidación definitiva, que solo tendrá efectos para los titulares de las parcelas resultantes tras el proyecto de reparcelación y que deberá ser supervisada por la Administración actuante en tanto en cuanto será la encargada de efectuar la recepción de las obras, deviniendo la carga urbanística provisional, en definitiva¹².

Así, las cargas urbanísticas (las cuales deberán anotarse en cada una de las hojas de las fincas registrales que surjan de la reparcelación) tienen el carácter de obligación real de la afección urbanística tal y como se detalla en la Resolución de 31 de enero de 2014 de la DGSJFP.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias nº 438/2015, de 23 de julio [ECLI:ES:TS:2015:3724]; 396/2014, de 21 de julio [ECLI:ES:TS:2014:3745] y 379/2014, de 15 de julio [ECLI:ES:TS:2014:3169], en las que se afirma que:

“las obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, concretamente las derivadas de la urbanización de la unidad de actuación son obligaciones de carácter real, que dan una preferencia de cobro sobre el bien afectado, por encima de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad” [El subrayado es nuestro].

12 Nótese que en el supuesto de que el proyecto de urbanización (y, consecuentemente, los gastos de urbanización) se modifique, se podrá realizar un acuerdo de aprobación de retasación, pudiendo extenderse una nueva nota de afección siempre que se cumplan con las reglas previstas para ello, entre las que se encuentra, entre otras, la obligación de notificar a los posibles adquirentes posteriores de los terrenos que se vean afectados (*vid.* Resolución de la DGRN de 13 de junio de 2014).

A mayor abundamiento, tal y como recalca la Resolución 6919/2021, de 11 de marzo, DGSJFP, las obras de urbanización deben ser consideradas como obras públicas y, para garantizar el pago de estas obras (con la recepción definitiva de las obras por parte de la Administración competente de acuerdo con el artículo 18.6 del TRLSRU), deberán quedar afectadas las fincas resultantes en el proceso de equidistribución. Esta garantía real tendrá la consideración de hipoteca legal tácita a efectos del reconocimiento de un privilegio de cobro especial y, al igual que los créditos refaccionarios (que ostenta una Junta de Compensación frente a los juntacompensantes o frente al contratista), no será necesario que estén constituidas con las formalidades y requisitos previstos en la legislación específica para que puedan ser oponibles a terceros.

2. Sobre el principio de subrogación real de las cargas

En primer lugar, debemos distinguir el carácter real de las cargas urbanísticas en virtud del artículo 27 del TRLSRU¹³ el cual prevé una subrogación *erga omnes* en los derechos y deberes urbanísticos de los suelos adquiridos independientemente de que las cargas hayan accedido al Registro de la Propiedad o no.

Teniendo en cuenta la falta de protección por parte del Registro de la Propiedad frente a las cargas urbanísticas se recomienda realizar una *due diligence* sobre la situación urbanística de las fincas, de forma que cualquier eventual riesgo urbanístico quede correctamente cubierto en las manifestaciones y garantías contractuales (*reps and warranties*) de la escritura de compraventa.

En otro orden de ideas, los compromisos y obligaciones asumidas frente a la Administración competente por el propietario anterior vincularán únicamente al adquirente si constan efectivamente inscritos en el Registro de la Propiedad. De esta forma, el nuevo titular se subrogará en las cargas de la finca registral inscritas y vigentes al tiempo de su adquisición.

13 Artículo 27. Transmisión de fincas y deberes urbanísticos.

1. La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.

2. En las enajenaciones de terrenos, debe hacerse constar en el correspondiente título:

a) La situación urbanística de los terrenos, cuando no sean susceptibles de uso privado o edificación, cuenten con edificaciones fuera de ordenación o estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda.

b) Los deberes legales y las obligaciones pendientes de cumplir, cuando los terrenos estén sujetos a una de las actuaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 7.

3. La infracción de cualquiera de las disposiciones del apartado anterior faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil. [El subrayado es nuestro]

En este sentido, en el caso de que un miembro de la Junta de Compensación incumpla sus obligaciones urbanísticas (*i.e.*: no pague las cuotas de urbanización que le corresponda en virtud del proyecto de reparcelación), la Junta puede instar al Ayuntamiento a:

- (i) iniciar la vía de apremio para el cobro de las cuotas impagadas con la aplicación de los correspondientes intereses, llegando en su caso al embargo de parcelas en proporción al valor de la deuda más los intereses; o, en su caso,
- (ii) proceder a tramitar la expropiación de las parcelas. El Ayuntamiento actuaría como Administración interviniente y la Junta de Compensación como beneficiaria de la expropiación.

La responsabilidad de los miembros de la Junta de Compensación se limitará al bien o bienes aportados a la gestión común, lo que significa la exclusión de la aplicación del artículo 1.911 del Código Civil: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes o futuros".

En último término, la Junta de Compensación responde del incumplimiento de sus miembros pudiendo ejercitar la acción de regreso frente al miembro incumplidor.

3. Sobre la cancelación de las cargas en el Registro de la Propiedad

En relación con la cancelación de las cargas en el Registro de la Propiedad, se ha de atender a lo previsto en los artículos 20.2.a) del RD 1093/1997 y 126.3 del RGU, por caducidad (según se analizará más adelante) o como consecuencia de la certificación expedida por la Administración actuante que acredita la recepción definitiva de las obras de urbanización y el abono de los gastos de urbanización.

En concreto, la afección será cancelada acompañando certificación del órgano actuante expresiva de estar abonada la cuenta de liquidación definitiva referente a la finca de que se trate.

En todo caso, la afección caducará y deberá ser cancelada a los dos (2) años de haberse hecho constar el saldo de la liquidación definitiva, y si no constare, a los siete (7) años de haberse extendido la nota de afección. Cabe destacar que dicho plazo de caducidad de siete (7) años se ha de computar desde la primera fecha de inscripción registral del proyecto de reparcelación (esto es, una vez adquirida su firmeza en vía administrativa).

En cualquier caso, el plazo máximo de prescripción será de siete (7) años, por lo que si durante el transcurso de dicho período se hubiese efectuado la liquidación definitiva, la caducidad se producirá por el transcurso de un nuevo plazo de dos

(2) años a contar desde la inscripción de la cuenta de liquidación definitiva, pero en ningún caso podrá superar el plazo máximo de siete (7) años ya mencionado. Como consecuencia, a modo de ejemplo, si se aprobase e inscribiese la cuenta definitiva trascurridos seis (6) años desde la primera fecha de inscripción registral del proyecto de reparcelación, el plazo total de caducidad final será necesariamente de siete (7) años, no el resultado de añadir otros dos (2) años a los seis (6) años ya transcurridos.

La cancelación puede realizarse bien (i) a instancia de parte, presentando en el Registro de la Propiedad correspondiente la certificación de la recepción de las obras de urbanización expedida por la Administración actuante y el justificante de abono de todos los gastos de urbanización; o (ii) de oficio al practicarse algún asiento o expedirse certificación relativa a la finca afectada.

4. Sobre la prórroga de las cargas

Respecto de la prórroga de la afección¹⁴, es conveniente destacar que, en la Resolución de 13 de junio de 2014 de la DGRN, se establece que, para que se pueda aceptar una solicitud de prórroga, es necesario que (i) se identifiquen correctamente las fincas registrales a las que se refiere la solicitud; y que (ii) sea permitida por la Ley bien porque la obligación de urbanizar se haya asegurado mediante otro tipo de garantías admitidas por la legislación urbanística actuante o en aquellos casos de acreedores hipotecarios posteriores cuando la hipoteca sobre ciertas fincas tuviera por finalidad asegurar créditos concedidos para financiar la ejecución de obras de urbanización o de edificación¹⁵.

5. Sobre la caducidad de las cargas

En relación con esta cuestión se ha pronunciado la DGRN en su Resolución de 1 de octubre de 2013, estableciendo que podrán beneficiarse de la caducidad de las cargas “los titulares del dominio u otros derechos reales o cargas cuya inscripción o anotación se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización”.

El plazo para la caducidad de las cargas por el mero transcurso del tiempo previsto por la ley está fijado en siete (7) años desde su fecha de inscripción en virtud del artículo 20.1 del RD 1093/1997.

Adicionalmente, opera el plazo especial previsto en el mismo artículo de dos (2) años en el supuesto en el que conste inscrita en el Registro de la Propiedad la liquidación o el saldo definitivo del proyecto de reparcelación, sin que pueda exceder de los siete (7) años desde la fecha originaria de la afección, de acuerdo con lo indicado por la Resolución de 31 de enero de 2014 de la DGRN¹⁶.

14 Nótese que no cabe aplicar por analogía a las notas marginales de afección real la norma de la prórroga prevista para las anotaciones preventivas en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, puesto que no existe identidad de razón entre ambas clases de asientos (artículo 4.1 del Código Civil).

15 Siempre que, en este último caso, la obra de urbanización esté garantizada en su totalidad.

16 En esta resolución se confirmó, además, la competencia del Estado para determinar este plazo atendiendo a las competencias establecidas en el artículo 149.1. 8ª de la Constitución Española.

A mayor abundamiento, tal y como confirma la DGRN en la (i) Resolución de 31 de enero y en la (ii) Resolución de 13 de junio de 2014, el plazo de siete (7) años se debe a que el legislador consideró este periodo de tiempo como suficiente para poder ejecutar la urbanización y exigir las cantidades correspondientes. Sin embargo, también se señala la posible insuficiencia de éste en situaciones de ralentización inmobiliaria.

Por otra parte, ningún precepto legal, ya sea del RGU o RD 1093/1997, contempla esta afección registral con un plazo preclusivo, debiéndose reconocer que, en la realidad, y más en tiempos de crisis, su desenvolvimiento extrarregistral puede prolongarse más allá de los siete (7) años.

No obstante, es relevante destacar que la caducidad no comporta la dejación del propietario de sus obligaciones de abonar los gastos de urbanización, ya que, en tanto que el suelo no haya sido objeto de una completa transformación urbanística, continúa vinculado (con una carga real) al pago de dichos gastos por imperativo legal.

Sin embargo, sí que podrá operar esa caducidad respecto a los titulares del dominio u otros derechos reales cuya inscripción se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización.

6. Sobre la retasación de las cargas urbanísticas

Sin perjuicio de lo anterior, durante la tramitación de una actuación urbanizadora, puede producirse una modificación del proyecto de urbanización con el consiguiente acuerdo de aprobación de retasación de cargas¹⁷. En tal caso, podría practicarse una nueva afección real en el Registro de la Propiedad. En este supuesto, las partes interesadas tendrían la facultad (no la obligación) de reflejar tal modificación del proyecto de urbanización con la consiguiente afección de las fincas de resultado al pago de los costes derivados de tal retasación de cargas.

Este instrumento previsto en los artículos 127.2 y 128.3 del RGU, tiene como principal finalidad equilibrar los derechos y deberes económicos existentes entre los propietarios y el urbanizador.

De esta forma, se habilita la introducción de rectificaciones de las cargas y gastos añadiendo aquellas que se hayan producido con posterioridad al acuerdo de reparcelación, algo que también acepta el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 7 de abril de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:2404] al establecer que las estimaciones económicas contenidas en un proyecto de urbanización pueden verse alteradas “en función del carácter dinámico y las vicisitudes por las que discurre la ejecución”.

17 Nótese que se deberá compatibilizar siempre los principios de riesgo y ventura del contratista, recogidos en el artículo 254 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, con los principios de equilibrio financiero y de evitación de un enriquecimiento injusto de los propietarios, los cuales, en caso de no admitirse la retasación, se beneficiarían de esa mejora de las obras sin hacer frente a ningún coste.

A mayor abundamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia nº 20/2006, de 16 de enero [ECLI:ES:TSJCAT:2006:1566] establece incluso “el valor relativo y hasta cierto punto provisional” de las estimaciones económicas contenidas en un proyecto de urbanización “a las que no puede exigirse que contengan un estudio detallado e inalterable, pudiendo aquellas previsiones iniciales resultar modificadas en función del carácter dinámico y de las vicisitudes por las que discurra la ejecución del plan”.

En conclusión, la retasación, con la consiguiente modificación del proyecto de urbanización, deberá ampararse en la existencia de un riesgo imprevisible que provocó ese aumento en la tasación de las cargas que deberá ser asumido por los propietarios.

La prueba de los gastos generales. Planteamiento, posturas y situación actual

Fernando Mingo

Counsel de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

I.	El concepto de gastos generales y la dificultad para su cuantificación, en particular en los supuestos de incremento del plazo de ejecución del contrato de obra	106
II.	Postura inicial. Aceptación de la cuantificación de los gastos generales vinculados al incremento del plazo de ejecución a través del porcentaje establecido por el artículo 131.1 a) RGCAP	108
III.	Cambio de postura. Exigencia de prueba sobre la “efectividad” del daño correspondiente a los gastos generales soportados como consecuencia del incremento del plazo de ejecución del contrato	109
IV.	Últimos pronunciamientos. Flexibilización de la exigencia probatoria	113

Índice /

Fecha de recepción: 11 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2022



Resumen: En este artículo explicaremos la evolución de la jurisprudencia sobre la forma de acreditar los gastos generales derivados de un contrato de obra y soportados por la empresa constructora como consecuencia del incremento del plazo de ejecución del contrato. La utilización de los recursos de los departamentos o servicios centrales de la empresa constructora implica que esta realiza un apoyo simultáneo a la ejecución de una pluralidad de contratos, planteando el problema de cómo cuantificar los gastos derivados de esta intervención para un contrato en concreto.

Abstract: In this article, we will explain the evolution of case law regarding the way in which the overheads arising from a works contract and borne by the construction company as a result of the increase in the contract's execution period can be verified. The use of the resources of the construction company's central departments or services means that it provides simultaneous support for the execution of a number of contracts, raising the problem of how to quantify the expenses arising from this involvement for a particular contract.



Palabras clave: Gastos generales, construcción, contrato de obra, prueba, cuantificación.

Keywords: Overheads, construction, work contract, proof, quantification.

La prueba de los gastos generales. Planteamiento, posturas y situación actual

I. El concepto de gastos generales y la dificultad para su cuantificación, en particular en los supuestos de incremento del plazo de ejecución del contrato de obra

La ejecución de un contrato de obra, además de generar unos costes directamente vinculados a las concretas operaciones constructivas previstas contractualmente (como los materiales y la mano de obra), requiere la utilización de los recursos de los departamentos o servicios centrales de la empresa constructora.

Así, por ejemplo, resulta claro que la ejecución de un contrato genera actividad por parte del personal directivo, del departamento de compras o del departamento legal, entre otros recursos. De esta forma, los departamentos o servicios centrales prestan apoyo a la ejecución del conjunto de los contratos que forman parte de la cartera de la empresa constructora.

Esta situación de apoyo simultáneo a la ejecución de una pluralidad de contratos plantea el problema de cómo cuantificar la intervención de los departamentos centrales de la empresa constructora. Siendo indiscutible que dicha intervención existe y tiene un valor económico, la dificultad estriba en determinar su cuantía en relación con un determinado contrato.

El legislador español decidió abordar esta problemática a través de la introducción del concepto de "*gastos generales*" en la normativa de contratación del sector público, estableciendo que los gastos generales deben ser cuantificados como un porcentaje fijo sobre el presupuesto de ejecución material del contrato, comprendido entre el 13% y el 17%. A este respecto, debemos remitirnos al artículo 131.1 a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ("**RGCAP**"), que señala:

"Se denominará presupuesto de ejecución material el resultado obtenido por la suma de los productos del número de cada unidad de obra por su precio unitario y de las partidas alzadas.

El presupuesto base de licitación se obtendrá incrementando el de ejecución material en los siguientes conceptos:

1. Gastos generales de estructura que inciden sobre el contrato, cifrados en los siguientes porcentajes aplicados sobre el presupuesto de ejecución material:

a) Del 13 al 17 por 100, a fijar por cada Departamento ministerial, a la vista de las circunstancias concurrentes, en concepto de gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato.” [La negrita es nuestra.]

La anterior norma supone que el porcentaje correspondiente a los gastos generales debe ser incluido en las certificaciones de obra emitidas en relación con un determinado contrato, de tal manera que las certificaciones retribuyen también la ocupación de los servicios centrales de la empresa.

Ahora bien, esta forma de cuantificar los gastos generales se revela como inadecuada en los casos de patologías en la ejecución del contrato, singularmente los supuestos en que el plazo de ejecución se ve incrementado, sin que exista un incremento en el volumen de certificación. Esta situación se produce con especial intensidad en aquellas obras que no llegan a estar suspendidas, pero en las que tiene lugar una ralentización del ritmo de ejecución, de forma que las certificaciones mensuales emitidas resultan ser muy inferiores a las previstas contractualmente. La obra continúa en ejecución y la empresa constructora sigue soportando gastos generales o gastos de estructura, pero este incremento de los gastos generales no es compensado con las certificaciones emitidas.

En estas circunstancias de incremento del plazo de ejecución vuelve a surgir el problema de la cuantificación de los gastos generales, lo que ha generado una fuerte litigiosidad y una abundantísima jurisprudencia que, como veremos, ha experimentado cambios sustanciales a lo largo del tiempo.

En este artículo explicaremos la evolución de la jurisprudencia sobre la forma de acreditar los gastos generales soportados por la empresa constructora como consecuencia del incremento del plazo de ejecución del contrato. Como veremos, pueden distinguirse tres (3) etapas en esta jurisprudencia:

- (i) En una primera etapa, los órganos jurisdiccionales aceptaron que los gastos generales vinculados al incremento del plazo de ejecución del contrato fueran cuantificados mediante el porcentaje establecido por el artículo 131.1 a) RGCAP.
- (ii) Posteriormente, los tribunales pasaron a exigir que la empresa constructora demostrara el importe exacto de los gastos generales que la ejecución de un determinado contrato había generado a la empresa constructora, durante el período de incremento del plazo de ejecución.
- (iii) Finalmente, los tribunales parecen haber aceptado que resulta imposible una cuantificación exacta de los gastos generales que ha generado un determinado contrato. Esto ha llevado a una flexibilización notable de la

exigencia probatoria, si bien la cuestión no puede considerarse enteramente cerrada, a falta de un pronunciamiento definitivo del Tribunal Supremo.

II. Postura inicial. Aceptación de la cuantificación de los gastos generales vinculados al incremento del plazo de ejecución a través del porcentaje establecido por el artículo 131.1 a) RGCAP

Los primeros pronunciamientos sobre la cuantificación de los gastos generales derivados de un incremento del plazo de ejecución tuvieron en cuenta: (i) la dificultad de determinar la concreta carga que la ejecución de un contrato suponía para los departamentos centrales de la empresa y (ii) que el legislador, en las situaciones normales de ejecución del contrato, había cuantificado los gastos generales como un porcentaje fijo sobre el precio (artículo 131.1 a) RGCAP).

En este sentido, podemos citar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2005 (ECLI:ES:AN:2005:1457), que aceptó que los gastos generales fueran cuantificados aplicando el porcentaje del 13%¹ sobre el presupuesto de ejecución material.

“Resta por analizar el concepto relativo al incremento de gastos generales, que conforme el artículo 68 del Reglamento General de Contratación del Estado (RCL 1975, 2597) se consideran como tales los financieros, los fiscales y todos los derivados de las obligaciones del contrato. La Unión Temporal demandante calcula esta partida determinando los gastos generales mensuales, y ese importe se aplica a los meses de retraso (18 meses), descontando el importe que corresponde al adicional de la modificación núm. 2. El coeficiente utilizado es el 13%, resultante de aplicar el coeficiente del 17% la reducción del 4% correspondiente a las tasas, tras la corrección material de aplicar la baja al presupuesto de adjudicación, que ya la tenía

Pues bien, conforme el criterio de esta Sala seguido en las mencionadas Sentencias, y a la vista de las circunstancias acreditadas, **consideramos, conforme la tesis actora, indemnizables tales costes generales en cuanto representaron un gasto efectivo derivado de la demora en relación al propio contrato de ejecución de obra. Entendemos que el porcentaje aplicado del 13% sobre el presupuesto de ejecución material resulta correcto y, por consiguiente, debemos reconocer tales cantidades.**” [La negrita es nuestra.]

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:AN:2007:5736) reconocía que los gastos generales constituyen un coste de estructura, el cual es soportado efectivamente por la empresa constructora como consecuencia del incremento del plazo de ejecución de las obras, además

¹ La sentencia se refería al artículo 68 del Reglamento General de Contratación del Estado, que presenta un contenido similar al vigente artículo 131.1 a) RGCAP.

de manifestar su adhesión al criterio expresado por la sentencia de 10 de marzo de 2005, en los siguientes términos:

“Esta Sala conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta al inicio del presente fundamento jurídico, el criterio del Consejo de Estado y de la propia resolución impugnada (y de los votos particulares del Dictamen del Consejo de Obras Públicas), que reconocen que la paralización de la obra necesariamente ha tenido que suponer gastos estructurales a la empresa, y dado que el importe reclamado por la entidad actora efectivamente no alcanza ni siquiera un 7% del presupuesto inicial de tales obras, por todo ello considera que la pretensión de la demanda ha de ser estimada en este extremo y que, por tanto, Constructora Hispánica tiene derecho a una indemnización de 30.582,35 euros por tal concepto de gastos generales (en lugar de los 7.103,91 reconocidos en la resolución impugnada).

Véase, en este sentido, la SAN de 10 de marzo de 2005 (Rec. 129/2003) que siguiendo el criterio de anteriores sentencias de esta misma sala, y a la vista de las circunstancias acreditadas, considera, conforme a la tesis actora, indemnizables tales costes generales en cuanto representaron un gasto efectivo derivado de la demora en relación al propio contrato de ejecución de obra.” [La negrita es nuestra.]

Sin embargo, tras estos primeros pronunciamientos, los tribunales adoptaron una postura significativamente más estricta sobre la prueba de los gastos generales, que coincidió con un período de litigiosidad masiva en la obra pública en España, cuyo inicio puede situarse en la crisis económica de 2008. Con arreglo a esta postura, los tribunales argumentaban que el porcentaje del artículo 131.1 a) RGCAP no podía ser utilizado para cuantificar el daño correspondiente a los gastos generales derivados de un incremento del plazo de ejecución del contrato, porque una situación de ejecución normal no podía ser equiparada a una obra ralentizada o suspendida.

Sobre la base de esta constatación, los órganos jurisdiccionales pasaron a exigir una prueba de la *efectividad* del daño correspondiente al incremento de los gastos generales, en los términos que exponemos a continuación.

III. Cambio de postura. Exigencia de prueba sobre la “efectividad” del daño correspondiente a los gastos generales soportados como consecuencia del incremento del plazo de ejecución del contrato

Como hemos anticipado, tras los primeros pronunciamientos de la Audiencia Nacional, y coincidiendo con una etapa de fuerte litigiosidad en la obra pública en España, los tribunales desarrollaron un criterio significativamente más estricto sobre la prueba de los gastos generales. En concreto, se pasó a exigir una prueba

de la “efectividad” o la “individualización” del daño. En este sentido, las distintas sentencias insisten en que no se puede equiparar una situación de ejecución normal con una obra ralentizada o suspendida, lo que obliga a buscar un sistema de cuantificación distinto a la aplicación de los porcentajes del RGCAP.

Al respecto, destacamos la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 208/2016, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1418), que enunciaba la anterior idea en los siguientes términos:

“En el artículo 131 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, se contempla el concepto «gastos generales» del contratista:

[...]

En el supuesto de paralización o suspensión de las obras por causa no imputable al contratista y posterior resolución del contrato por desistimiento de la Administración comitente, puede ciertamente proceder que ésta indemnice a aquél -además del beneficio industrial del 6% del precio de las obras dejadas de realizar a causa del desistimiento- gastos generales que correspondan al periodo de paralización o suspensión. Ahora bien, según reiterada doctrina del Consejo de Estado contenida, por ejemplo, en sus Dictámenes 37/2006, de 20 de abril, y 638/2010, de 2 de junio, «los gastos generales pueden y deben ser indemnizados si se producen, pero ha de acreditarse su realidad, efectividad e importe, sin que sea dable ni presumir su existencia ni determinar su importe mediante un porcentaje del presupuesto de ejecución material». Es claro, en efecto, que el porcentaje del 13 al 17% previsto en el apartado 1.a) del citado artículo 131 del Reglamento general de la contratación administrativa lo es para una obra en trance de ejecución, que no para una obra paralizada.” [La negrita es nuestra.]

Como reacción frente a esta doctrina, las empresas constructoras propusieron nuevos métodos de cuantificación, que buscaban cumplir la exigencia de acreditar la efectividad del daño.

Así, las empresas desarrollaron un método que tenía en cuenta: (i) el porcentaje que los gastos generales efectivamente suponían sobre la facturación total de la empresa y (ii) el concreto volumen de certificación de la obra en los distintos períodos afectados por el incremento del plazo de ejecución.

Entrando en un mayor nivel de detalle, el método de cuantificación constaba de los siguientes pasos:

- (i) Se determinaba el porcentaje que los gastos generales efectivamente suponían sobre la facturación total de la empresa, a partir de su contabilidad.

- (ii) A partir de ese porcentaje, se calculaba el importe de gastos generales que la empresa habría compensado, si se hubiera certificado con arreglo a lo establecido en el contrato. Para ello, se multiplicaba el porcentaje efectivo de gastos generales por el volumen de certificación establecido contractualmente.
- (iii) Se calculaba el importe de gastos generales que efectivamente compensaron las certificaciones emitidas durante la ejecución de la obra. Así pues, se multiplicaba el porcentaje de gastos generales por la certificación real.
- (iv) De esta forma, el daño era definido como la diferencia entre: (a) el importe de gastos generales que habría sido compensado con cargo a las certificaciones, si la obra se hubiera desarrollado con arreglo a lo pactado; y (b) el importe de gastos generales que fue compensado mediante las certificaciones que fueron emitidas en realidad.
- (v) Para conseguir un mayor nivel de precisión en el cálculo, los pasos anteriores eran realizados separadamente respecto a cada año de ejecución del contrato.

Ahora bien, el anterior procedimiento generó una considerable controversia, en el sentido de que determinados órganos jurisdiccionales consideraban que este no era suficiente para demostrar la efectividad e individualización del daño.

Podemos hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de julio de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:8242) que exponía la cuestión en los siguientes términos:

“En el caso que enjuicia la Sentencia apelada es cierto que el método de cálculo que emplea el informe pericial del Arquitecto aportado por la contratista recurrente, se aproxima más a lo que realmente constituyen los gastos generales de la empresa en los periodos de paralización de las obras que los reclamados ordinariamente, en la medida en que no aplica el porcentaje del 13 por 100 sobre el presupuesto de ejecución material y a continuación divide tales gastos generales entre los meses que duró la obra y el cociente lo multiplica por los meses de paralización, u otros métodos semejantes, sino que parte de la cifra real de gastos de estructura de la empresa durante los años de paralización, 2008 y 2009, que son respectivamente de 93 y 87 millones de euros, lo que representa un porcentaje sobre la cifra total de negocio del 5,89 por 100 y del 4,76 por 1000, y estos porcentajes los aplica sobre la obra pendiente de ejecutar, con lo que la cifra final reclamada es menor que la que resulta aplicando el método del 13 por 100.

Ahora bien, el informe pericial, **si bien parte de la cifra real de los gastos de estructura de la empresa constructora en los años 2008 y 2009, lo que no hace es determinar que parte de tales gastos de estructura corresponde**

a la obra ejecutada en la que reclama, porque lo que es indudable es que esa obra no es la única que la empresa ejecutaba en el periodo en el que reclama, ni tampoco lo es que el importe de esa obra no es el mayor (en el sentido de presupuesto de ejecución material) de las diversas obras que en el periodo del que hablamos llevaba a cabo la empresa constructora, siendo perfectamente posible que muchas de estas otras obras sean de mucho mayor presupuesto que la que aquí examinamos, de forma tal que la cantidad exacta que del total de los gastos generales de la empresa, corresponde a la obra que aquí se examina, se ignora porque la empresa recurrente no ha facilitado las dos variables necesarias para llegar a ese conocimiento que son, el total de las obras que llevó a cabo en el periodo correspondiente y el importe de cada una de esas obras, y todo ello a fin de poder llegar a unos gastos generales que reflejen los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este concepto.” [La negrita es nuestra.]

Por lo tanto, comprobamos que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid exigía a la empresa constructora que aportara una acreditación exacta del importe de los gastos generales asociados a la ejecución de un determinado contrato. Es decir, la empresa tenía la carga de demostrar que la ejecución de un contrato había supuesto una determinada utilización de sus servicios centrales, y luego debía valorar económicamente esa utilización.

En este mismo sentido, resulta relevante la referencia a diversas resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid, como la Sentencia número 450/2019, de 26 de septiembre (ECLI:ES:APM:2019:12924) o la Sentencia número 153/2018, de 21 de mayo (ECLI:ES:APM:2018:8916), la cual concluía en los siguientes términos:

“En consecuencia, no podemos determinar la cantidad que, del total de los gastos generales de Acciona, corresponde a la obra objeto del procedimiento, al no haberse aportado prueba respecto del total de las obras que se llevaron a cabo en el periodo del retraso en el inicio de las contratadas y el importe de cada una de esas obras, para poder llegar a determinar los gastos generales que reflejen los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este concepto y esta obra, por lo que no procede la indemnización reclamada por este concepto.”

Ahora bien, esta exigencia probatoria era, en la práctica, de imposible cumplimiento, precisamente por la propia naturaleza de los gastos generales. Recordemos que los departamentos centrales de la empresa constructora apoyan simultáneamente la ejecución de numerosos contratos de obra, y que en principio no resulta posible cuantificar por separado el concreto apoyo prestado a cada contrato.

IV. Últimos pronunciamientos. Flexibilización de la exigencia probatoria

Los últimos pronunciamientos parecen proponer una cierta flexibilización de la prueba exigida sobre la efectividad e individualización de los gastos generales, a la vista de la situación de dificultad probatoria que afecta a este concepto.

Así, las sentencias más recientes de la Audiencia Provincial de Madrid han aceptado el procedimiento de cuantificación consistente en calcular el porcentaje que los gastos generales suponen sobre la facturación de la empresa, y luego aplicar dicho porcentaje a la diferencia entre la certificación establecida contractualmente y la certificación real.

En particular, podemos referirnos a la sentencia de la Sección Undécima de fecha 21 de mayo de 2021 (ECLI:ES:APM:2021:6614), que se pronunciaba en los siguientes términos:

“Y esta Sala considera que es lo procedente, porque se entiende que quien sufre estos perjuicios debe ser efectivamente indemnizado ya que la ocurrencia de los retrasos en los trabajos origina una disminución del volumen de obra ejecutada y por ende una disminución del importe facturado, los gastos generales, que en sede y delegaciones de cada una de las empresas que conforman la UTE se asignan para cada obra, vienen condicionados por la actividad constructora desarrollada por el contratista así la obra al sufrir retrasos deja de producir y sostener esos gastos previstos, y hay que tener en cuenta que la acreditación de ese montante supone tener en cuenta la facturación prevista y la realmente acontecida, siendo imposible individualizar el coste, así se cuantifican como se ha efectuado en autos, a través de un porcentaje que se multiplica por las cantidades previstas a ejecutar y certificar que finalmente no tuvo lugar.” [El subrayado es nuestro.]

En un sentido similar se pronunciaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de marzo de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:2587).

Esta postura se ha trasladado también a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como por ejemplo la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de julio de 2020 (ECLI:ES:AN:2020:2190) o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de junio de 2020 (ECLI:ES:TSJAND:2020:12152).

Estos pronunciamientos parecen tener en cuenta la dificultad probatoria que afecta a este concepto, que había sido avanzada por otras resoluciones, como la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de febrero de 2011 (ECLI:ES:AN:2011:853), la cual, haciéndose eco de la realidad técnica de este sobrecoste, declaraba que una exigencia exagerada de acreditación podría llevarnos a un escenario de *probatio diabólica*, contrario a nuestro sistema procesal:

“En el presente caso la Sala estima que los gastos por los que se reclama han existido y deben ser indemnizados, aunque su importe no puede fijarse miméticamente en el 13 % del presupuesto de ejecución material porque no ha existido actividad probatoria que acredite que alcanzaron dicho porcentaje, si bien, en línea con el criterio sustentado por el Consejo de Obras Públicas, de todo punto razonado y razonable, **admite la dificultad de la completa, total y exacta determinación de dichos gastos, pues ello supondría una carga probatoria que como bien dice la actora le situaría ante una suerte de *probatio diabolica*.**” [La negrita es nuestra.]

A día de hoy, la controversia no puede considerarse cerrada, en la medida en que no se ha emitido un pronunciamiento por el Tribunal Supremo que resuelva sobre si el procedimiento de cuantificación que hemos descrito en los apartados precedentes resulta suficiente para cumplir con la carga probatoria exigible a la parte actora.

En todo caso, parece constatar un cambio de postura en nuestros órganos jurisdiccionales, caracterizado por la matización de la exigencia de prueba sobre la efectividad del daño por gastos generales, a la vista de la situación de dificultad probatoria que evidentemente afecta a este concepto.

