

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 231 | Abril 2020

ISSN: 1699-129X

**Protección del sabor
por el derecho de autor**

David Fuentes Lahoz

**Normativa europea sobre
energía y medio ambiente**

Asier García Lupiola

**Recurso especial en materia
de contratación pública**

José Enrique Candela Talavero

**Consecuencias penales y tributarias en
fraudes en *smart contracts***

Marta María Aguilar y Norberto Miras



**MATRÍCULA
ABIERTA**

MÁSTERES Y CURSOS ONLINE

INICIO ABRIL Y OCTUBRE 2020

ÁREA JURÍDICA

Máster en Asesoría de Empresas | Máster en Asesoría Jurídico-Laboral | Máster en Práctica de la Abogacía | Curso Básico de Prevención de Riesgos Laborales | Curso de Compliance Officer Movilidad Internacional (ISO 19600-UNE 19601) | Curso de Especialista en Contratos Públicos | Curso de Experto en Mediación: Civil y Mercantil | Curso de Formación para Mediadores de Seguros y Reaseguros | Curso sobre Contratos Mercantiles | Curso sobre Derecho Digital | Curso sobre Práctica Societaria. Derecho de Sociedades Mercantiles | Curso Superior de Derecho Administrativo y Administración Local

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es



Revista CEFLegal

Núm. 231 | Abril 2020

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

Carmen Alonso Ledesma. Catedrática de Derecho Mercantil. UCM

Manuel Arenilla Sáez. Director del INAP y catedrático de Ciencia Política y de la Administración

Francisco Javier Arias Varona. Profesor titular de Derecho Mercantil. URJC

Xabier Arzo Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Catedrático de Derecho Civil. UAM y socio director de Estudio Jurídico Bercovitz-Carvajal

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Borja Carvajal Borrero. Director de KPMG

Matilde Cuenca Casas. Catedrática acreditada de Derecho Civil. UCM

Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Privado, Social y Económico. UAM

Rafael Fernández Valverde. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Francisco Gil Durán. Socio de Gómez Acebo y Pombo

Nicolás González-Deleito. Socio de Cuatrecasas Abogados

Carlos Lema Devesa. Socio director de Estudio Jurídico Lema y catedrático de Derecho Mercantil. UCM

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

Juan José Marín López. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

Manuel Martínez Sospedra. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad CEU Cardenal Herrera

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo y letrado del Tribunal Constitucional

Carlos Francisco Molina del Pozo. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Francisco Monterde Ferrer. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

María José Morillas Jarillo. Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Fernando Sainz Moreno. Catedrático emérito de Derecho Administrativo. UCM

Remedio Sánchez Ferriz. Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia

Joaquín Sarrión Esteve. Investigador Ramón y Cajal y profesor de Derecho Constitucional. UNED

José María Segovia Cañadas. Socio de Uría y Menéndez

Antonio Serrano Acitores. CEO de Spartanhack, abogado y doctor en Derecho

Mariano Yzquierdo Tolsada. Catedrático de Derecho Civil. UCM

Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es



Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2020) (11 números) 160 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista CEFLegal*. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición digital: www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 1699-129X

ISSN-e: 2531-2146

Imprime

Artes Gráficas Coyve, SA

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2020 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista CEFLegal

ISSN: 1699-129X
ISSN-e: 2531-2146

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

- La posible protección del sabor por el derecho de autor 5-40
The possible protection of taste under copyright
David Fuentes Lahoz

Constitucional-administrativo

- La normativa europea sobre energía y su vinculación con el derecho ambiental en pos del desarrollo sostenible: su progresiva relevancia hasta el actual paquete legislativo «energía limpia» 41-76
European energy regulations and their relationship with environmental law to achieve sustainable development: its progressive relevance until the current «clean energy» legislative package
Asier García Lupiola
- La instrucción del procedimiento del recurso especial en materia de contratación pública 77-112
The instruction of the special appeal procedure in public contracting
José Enrique Candela Talavero

Penal

- Consecuencias penales y tributarias a la modificación fraudulenta de los *smart contracts*. Especial referencia al caso *The DAO* 113-134
Criminal and tax consequences to the fraudulent modification of smart contracts. Special reference to the case The DAO
Marta María Aguilar Cárceles y Norberto Miras Marín

Casos prácticos

Civil

| | |
|---|---------|
| La incapacidad permanente como causa de resolución del arrendamiento de local Adelaida Medrano Aranguren | 135-141 |
| Falta de legitimación activa para la división de cosa común José Ignacio Atienza López | 142-147 |
| Disolución de matrimonio con separación de bienes José Ignacio Esquivias Jaramillo | 148-156 |

Mercantil

| | |
|--|---------|
| Contrato de préstamo personal. Cláusulas abusivas de vencimiento anticipado e interés de demora desproporcionado Casto Páramo de Santiago | 157-163 |
|--|---------|

Administrativo

| | |
|---|---------|
| Administración sanitaria. Solicitud de reintegro de gastos de farmacia por parte del asegurado Julio Galán Cáceres | 164-182 |
|---|---------|

| | |
|-----------------------|---------|
| Normas de publicación | 183-184 |
|-----------------------|---------|

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina administrativa de la DGRN. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.civil-mercantil.com>



La posible protección del sabor por el derecho de autor

David Fuentes Lahoz

Jurista especializado en propiedad intelectual

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio «Estudios Financieros» 2019** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

Hoy en día, la gastronomía se erige como expresión del arte. Debido a ello, durante los últimos años ha surgido el debate relativo a la protección que los platos culinarios deberían ostentar en virtud del derecho de autor. Por su parte, los platos culinarios se configuran como creaciones fácticamente complejas, en la medida que pueden ser percibidos a través de diversos canales de exteriorización (gusto, vista, olfato, oído y tacto). No obstante, fue la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de noviembre de 2018 la que pareció zanjar la cuestión al establecer la imposibilidad de calificar un sabor como obra. Efectivamente, a pesar de que el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual permite proteger cualquier creación perceptible y original, la imposibilidad de identificar objetivamente un sabor conlleva que no pueda ser amparado jurídicamente. A pesar de ello, dicha imposibilidad es relativa, ya que, si en el futuro las técnicas para la identificación precisa y objetiva de los sabores evolucionan, sería posible proteger un sabor como objeto del derecho de autor. Asimismo, la receta permitiría objetivar la creación culinaria, de tal manera que se eviten los inconvenientes fácticos que suponen sus diferentes formas de expresión y se proteja indirectamente el sabor del plato culinario.

Palabras clave: sabor; plato culinario; derecho de autor; exteriorización; originalidad; identificación objetiva; receta culinaria.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Fuentes Lahoz, L. (2020). La posible protección del sabor por el derecho de autor. *Revista CEFLegal*, 231, 5-40.





The possible protection of taste under copyright

David Fuentes Lahoz

Abstract

Gastronomy has become one of the most acclaimed artistic fields. As a result, in recent years the discussion has arisen regarding the protection that culinary dishes should have under copyright. A culinary dish is a gastronomic creation which can be perceived by people via different exteriorization channels (taste, sight, smell, hearing and touch). In this way, culinary dish is a complex creation because its external expression affects all the senses. On the other hand, despite the legal admission of culinary creations as objects of copyright as long as they are, first of all, original and perceptible, nowadays the gustatory aspect of culinary dishes is totally impossible to detect in an objective way in view of all the influential external and internal factors. The same idea was analysed by the Judgement of the Court of Justice of the European Union of 13 November 2018. The European Court concluded that the taste of food cannot be qualified as a creation. However, this current impossibility is not absolute in view of the fact that the difficult task of objectify this kind of form of expression could be overcome if we had technical resources that allow us to identify it objectively. It actually seems that the only way to protect culinary works is through the recipe considered as a graphic representation. In this way, the culinary recipe will carry out the function of objectify the culinary dish, so it can avoid the factual inconveniences due to its different forms of expression and this would provide the indirect protection of taste.

Keywords: taste; culinary dish; copyright; externalisation; originality; objective detection; culinary recipe.

Citation: Fuentes Lahoz, L. (2020). La posible protección del sabor por el derecho de autor. *Revista CEFLegal*, 231, 5-40.





Sumario

1. Introducción: Los platos culinarios como arte gastronómico
2. Análisis jurídico del plato culinario como creación perceptible por todos los sentidos
 - 2.1. El listado *numerus apertus* de la ley y los requisitos esenciales para la protección de las obras
 - 2.2.1. El ambiguo concepto de la originalidad
 - 2.2.2. La exteriorización y la necesaria perceptibilidad de la obra
 - 2.2. La cuestión acerca de los ingredientes, utensilios y máquinas empleados en la labor creativo-culinaria
 - 2.3. La tradicional reticencia a admitir un sabor como objeto del derecho de autor
 - 2.4. El carácter utilitario del plato culinario
 - 2.5. El carácter efímero del plato culinario
3. Los inconvenientes fácticos del sabor a efectos de lograr la protección del derecho de autor
 - 3.1. La relativa imposibilidad de calificar un sabor como obra: El caso Levola
 - 3.1.1. Hechos, historia procesal y cuestión prejudicial del caso Levola
 - 3.1.2. Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el caso Levola
 - 3.1.3. El criticable planteamiento de la cuestión prejudicial del caso Levola
4. La receta culinaria
 - 4.1. La receta culinaria como obra literaria o como contenido de una colección o base de datos
 - 4.2. El plato culinario y su receta como un único *corpus mysticum*
 - 4.2.1. La ejecución de la receta culinaria con base en el artículo 17 del TRLPI
 - 4.2.2. La necesaria superación de la tradicional dicotomía forma/contenido
 - 4.2.3. La protección indirecta del sabor en el ámbito del derecho de autor
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción: Los platos culinarios como arte gastronómico

Durante los últimos años, la gastronomía española ha adquirido una relevancia nacional e internacional sin precedentes debido a su calidad e innovación¹. Esta importancia de la gastronomía ha dado lugar a una auténtica transformación en su concepción social, en la medida que, hoy en día, la gastronomía es reconocida como un pilar fundamental de la cultura y como expresión del arte. Ese reconocimiento ha sido expresado de diversas maneras a través de numerosas instituciones sociales y políticas. Por un lado, es de destacar que el Diccionario de la RAE emplee la palabra «arte» para referirse a la gastronomía al definirla como el «arte de preparar una buena comida»; y que, al igual que la lengua y la historia, la gastronomía goce de una real academia propia². Por otro lado, resulta llamativo

¹ Según el Informe sobre la Cultura en España de enero de 2019, «respecto al momento actual de creación y repercusión internacional en cada uno de los campos de la cultura, vuelve a encabezar el ranking en forma muy destacada la Gastronomía con 8,33 puntos, seguida de Diseño, Literatura, Moda y Fotografía» (Fundación Contemporánea (enero de 2019). *Informe de la Cultura en España en 2018. Observatorio de la Cultura de la Fundación Contemporánea* (p. 8). Madrid. Recuperado de <<http://www.fundacioncontemporanea.com/wp-content/uploads/2019/02/Observatorio-de-la-Cultura-2019.pdf>>). Lo cierto es que la gastronomía ha sufrido una bajada de puntos respecto al informe del año 2018, en el que ostentaba 8,52 puntos. No obstante, sin perjuicio de esa ínfima bajada de 0,19 puntos, la gastronomía se consolida como el ámbito más relevante del panorama cultural español. Como bien comenta Couso Pascual (2019, p. 141):

La Gastronomía está de moda, como lo prueba la popularidad de programas divulgativos y concursos televisivos sobre la Alta Cocina, la consolidación de establecimientos gastronómicos de prestigio y gran calidad, la creación de numerosos restaurantes que aspiran a nuevas formas culinarias, la visión de la creación artística y la experiencia singular en la mesa, la convicción de que comer debe aunar placer y salud, etc. Esto es así, como lo es, también el hecho de que en torno a un 15% de los extranjeros que visitan nuestro país lo hacen porque quieren degustar nuestra Cocina, conocer nuestros restaurantes y disfrutar de la experiencia del Arte Culinario tradicional e innovador del que España es una singular referencia internacional.

² Según el Real Decreto 1071/2010, de 20 de agosto, por el que se reconoce a la Real Academia de Gastronomía como corporación de derecho público y se aprueban sus estatutos (Boletín Oficial del Estado, de 24 de septiembre de 2010, n.º 232, p. 81148), «la variedad y riqueza de la cocina española, desde la tradicional y local hasta la creativa y de autor, ha obtenido un reconocimiento universal, que ha situado a algunos de nuestros cocineros entre aquellos considerados como los mejores del mundo». En efecto, la labor creativo-culinaria realizada por los cocineros españoles ha sido valorada constantemente. A modo de ejemplo, la medalla al Mérito en las Bellas Artes ha sido otorgada a profesionales como Ferrán Adrià (Real Decreto 784/2007, de 8 de junio, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en

que la gastronomía haya sido reconocida como expresión del arte en ámbitos en los que hasta hace unos años parecía impensable. Paradigma de ello es el ámbito universitario, ya que actualmente es posible cursar el grado oficial en Gastronomía y Artes Culinarias en una universidad pública³. Asimismo, es de interés mencionar que una institución tan representativa como el Parlamento Europeo haya utilizado el término «arte» para hacer referencia a la gastronomía al señalar que puede ser considerada como el «conjunto de conocimientos, experiencias, artes y artesanías que permiten comer saludable y placenteramente»⁴. Por último, es reseñable la incipiente celebración de congresos y jornadas relativas al derecho y la gastronomía con el fin de analizar temas de interés jurídico en el ámbito culinario⁵. En definitiva, la concienciación general sobre el reconocimiento de la gastronomía como arte y parte fundamental de nuestra cultura es evidente. Ahora bien, no cabe duda de que a los cambios sociales les siguen o, cuando menos, les deberían seguir los correspondientes cambios jurídicos. Por ello, surgió el debate sobre la posible tutela jurídica de uno de los principales elementos que integran la gastronomía: el plato culinario entendido como creación⁶.

su categoría de oro, a las personas y entidades que se relacionan. Boletín Oficial del Estado, de 9 de junio de 2007, n.º 138, p. 25304); Carme Ruscaleda i Serra (Real Decreto 815/2008, de 9 de mayo, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a las personas y entidades que se relacionan. Boletín Oficial del Estado, de 3 de junio de 2008, n.º 134, p. 25627); Juan María Arzak (Real Decreto 238/2009, de 23 de febrero, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a las personas y entidades que se relacionan. Boletín Oficial del Estado, de 5 de marzo de 2009, n.º 55, p. 23051); José Andrés Puerta (Real Decreto 1064/2017, de 22 de diciembre, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a las personas y entidades que se relacionan. Boletín Oficial del Estado, 23 de diciembre de 2017, n.º 311, p. 128099); y Martín Berasategui Olazábal (Real Decreto 742/2019, de 20 de diciembre, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a las personas y entidades que se relacionan. Boletín Oficial del Estado, 21 de diciembre de 2019, n.º 306, p. 139360).

³ Resolución de 21 de diciembre de 2011, de la Secretaría General de Universidades, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos. Boletín Oficial del Estado, de 6 de enero de 2012, n.º 5, p. 952.

⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 2014, sobre el patrimonio gastronómico europeo: aspectos culturales y educativos, n.º proc. 2013/2181(INI).

⁵ Al respecto, podemos mencionar el Congreso Europeo de Derecho y Gastronomía celebrado en el IFE-MA de Madrid en 2018, así como las Jornadas Internacionales sobre Derecho y Gastronomía (*Gastro-Law*) cuya celebración tendrá lugar en la Universidad de Deusto de Bilbao durante los meses de junio y julio de 2020.

⁶ Con ánimo de comprender con mayor exactitud la cuestión que nos atañe, es preciso partir de que cuando hablamos de «plato» no nos referimos al «recipiente bajo y redondo, con una concavidad en medio y borde comúnmente plano alrededor, empleado en las mesas para servir los alimentos y comer en él y para otros usos» (primera acepción de la palabra «plato» en el Diccionario de la RAE). Al hablar de «plato», «plato de cocina» o «plato culinario» hacemos referencia a todos los elementos que lo conforman *lato sensu*, esto es, tanto el «alimento» en sí mismo considerado como, en su caso, la base material en el que se sirva aquel, siempre que el sujeto que lleve a cabo la labor creativo-culinaria así lo haya concebido. Ello conformaría lo que podríamos denominar «creación culinaria» u «obra culinaria» en caso de que, en su conjunto, fuera

Concretamente, la discusión se centraba en si es posible proteger un plato culinario como objeto de propiedad intelectual. Ello supondría el consiguiente reconocimiento de una «exclusiva de explotación» al autor del plato protegido, cuya especial naturaleza obligaría a recurrir a ese *ius prohibendi* como «una exigencia al servicio del goce de la creación intelectual»⁷. En otras palabras, se estaría admitiendo la constitución de lo que algunos juristas han llegado a denominar *cookright*⁸, esto es, un monopolio económico y moral sobre la creación culinaria gozado por el autor; titular originario que, en cualquier momento, podría ceder los derechos de explotación sobre el plato culinario a otros posibles titulares derivativos. Al mismo tiempo, las eventuales infracciones de los derechos exclusivos legitimarían para su persecución vía judicial, ya fuera en el orden civil o, en su caso, en el penal. No obstante, dado que lo que más caracteriza a los platos culinarios es su expresión gustativa, fue la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 13 de noviembre

original. De otro lado, debemos tener claro que para que una creación culinaria sea protegida por el derecho de autor, no es necesario que sea creada por un chef, entendido este como un sujeto que se dedica profesionalmente a cocinar. Defender lo contrario supondría dejar fuera de una posible autoría a otros sujetos que no fueran profesionales del mundo gastronómico y, por consiguiente, se estaría admitiendo una discriminación no acorde a nuestro ordenamiento jurídico. Desgraciadamente, lo anterior no es una consideración aislada, en la medida que han sido varios autores los que, consciente o inconscientemente, han dado a entender que una obra culinaria únicamente puede ser fruto de una actividad profesional (así, Robert Guillén, 2017, p. 58; y González Soria, 2019, pp. 62 y 63). Con todo, y sin perjuicio de lo ya comentado, soy de la opinión de Romero Coloma (2017, p. 26), quien adecuadamente señala que «habría que superar, con creces, la noción, ya anticuada, elitista, del arte». En efecto, no niego que la dificultad de crear un plato culinario original generalmente será mayor en caso de no gozar de una formación gastronómica adecuada o de no disponer de máquinas culinarias especiales para elaborar determinadas partes de un plato, pero ello no supone que, en todo caso, el titular de derechos de propiedad intelectual tenga que ser un profesional del ámbito culinario. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que el derecho de autor protege aquellas creaciones que ostenten originalidad y sean perceptibles con independencia del grado de desarrollo creativo que hayan alcanzado. En otras palabras, una creación culinaria podrá ser protegida desde el momento en que, una vez exteriorizada, alcance un nivel mínimo de originalidad, sin necesidad de que haya sido efectivamente terminada. Esta tesis ha sido plenamente acogida por la doctrina y, de hecho, se deduce del propio texto legislativo. Así, por un lado, el artículo 10.1 e) del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual habla de «ensayos o bocetos» y, por otro, el único precepto de la ley que requiere explícitamente una «versión definitiva» es el artículo 92.1 para, entre otras cuestiones, determinar el momento en el que se pueden ejercer los derechos morales de los autores (art. 93). Además, en este último caso, la determinación de dicha versión definitiva simplemente depende del acuerdo entre el director-realizador y el productor, y no de otras valoraciones fácticas relativas al grado de desarrollo efectivo de la obra audiovisual. También cabría decir que la obra que aparente y objetivamente esté terminada para un tercero puede no estarlo para su autor –o viceversa– (sobre esto último, Plaza Penadés, 2017, p. 32).

⁷ Así, Bondía Román en referencia al poder de monopolio sobre la creación (1988, p. 31).

⁸ Según González Soria (2019, p. 63):

La vía ideal para consolidar el *cookright* sería el reconocimiento de las creaciones culinarias como creaciones artísticas incluidas en el listado [...] del artículo 10 de la LPI, con lo que nos aseguraríamos el derecho moral a que se reconozca su autoría, y a exigir que se respete la integridad de sus creaciones, así como el resto de los derechos morales. Y, por supuesto, también los derechos económicos.

de 2018⁹ la que, estableciendo que el sabor de un alimento no puede gozar de la calificación de obra, pareció terminar con la discusión que reinaba hasta el momento. Con todo, debemos recordar que el no resuelve los litigios nacionales, sino que son los tribunales de carácter nacional los que deben resolver tomando una decisión de conformidad con lo que haya sido establecido por aquel. Precisamente por esto, el presente estudio tiene por objeto analizar el panorama jurídico actual tras el pronunciamiento del TJUE, de manera que podamos determinar si existe alguna posibilidad de que el sabor de un plato culinario alcance la protección del derecho de autor. Pues bien, podemos adelantar que dicha protección es todavía posible a pesar de la aparente rotundidad del antedicho pronunciamiento del tribunal europeo, si bien, como tendremos posibilidad de analizar, únicamente existen dos posibles vías de tutela jurídica. Si unimos esto a lo que acabamos de comentar, resulta claro que, si en el Estado español o en otro país de la Unión Europea se presenta un caso similar relativo a la protección de un sabor por el derecho de autor, cabría admitir la existencia de un tipo de *copyright* sensorial. He ahí la relevancia de la cuestión.

Se presenta ante nosotros un auténtico estudio de investigación, en la medida que la ausencia de desarrollo legal, jurisprudencial e incluso doctrinal impera en este tema, propiciando así que nos encontremos ante una materia plenamente difusa que requiere claridad¹⁰. En las siguientes líneas analizaremos las diversas posibilidades que existen para admitir la tutela de un sabor en sede del derecho de autor, para lo que será preciso partir del estudio fáctico y jurídico del plato culinario. Ello nos llevará a examinar las consecuencias jurídicas de la complejidad fáctica que reviste el plato, así como la mencionada sentencia del TJUE. Y, por otro lado, tendremos que estudiar si la receta culinaria podría facilitar, de una forma u otra, la eventual protección jurídica del sabor¹¹. Dicho todo esto, es preciso mencionar que para la elaboración de este estudio me he atenido a las normas internas más relevantes

⁹ STJUE de 13 de noviembre de 2018, as. C-310/17, *Levola Hengelo BV contra Smilde Foods BV* (NCJ064622).

¹⁰ En efecto, la protección del sabor por el derecho de autor es un tema de carente desarrollo en prácticamente todos los ámbitos. A pesar de ello, lo cierto es que algunos juristas y medios de comunicación han tratado la cuestión, aunque con estudios no puramente técnico-jurídicos ni especializados que, además, ni siquiera analizan el fondo del asunto. Por todo ello, este estudio tiene como objetivo analizar detallada y minuciosamente la antedicha sentencia del TJUE, así como las diferentes posibilidades de protección de un sabor en el ámbito del derecho de autor. De esta manera, aspiro a aclarar las dudas existentes al respecto y, a su vez, a animar a otros juristas a seguir investigando sobre este incipiente ámbito jurídico que podría ser denominado «derecho gastronómico».

¹¹ En definitiva, principalmente nos centraremos en el aspecto gustativo de las creaciones culinarias comestibles o bebibles. Por ello, no serán objeto principal de este estudio otras creaciones que, a pesar de pertenecer igualmente al ámbito gastronómico, no son platos culinarios y no ofrecen dudas sobre su posible tutela en el ámbito del derecho de autor. A modo de ejemplo, un libro de cocina, en virtud del apartado a) del artículo 10.1 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual –sin perjuicio de ello, las obras literarias serán mencionadas cuando tratemos la receta en el ámbito del derecho de autor–. E igualmente no analizaremos las invenciones culinarias que podrían llegar a ser objeto de protección a través de patentes o modelos de utilidad.

en la materia, entre las que destaca el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual¹² (en adelante, TRLPI) y, a su vez, he hecho referencia a normativa comunitaria e internacional, así como a determinadas decisiones judiciales que pueden tener cabida a la hora de resolver las cuestiones que tratamos. Sin perjuicio de todo ello, habrá que prestar especial atención a la mencionada STJUE de 13 de noviembre de 2018 (asunto C-310/17) que, sin duda alguna, es la más importante para el tema que nos atañe por ser la única que, hasta la fecha, se ha pronunciado sobre la posibilidad de protección de uno de los aspectos de las creaciones culinarias en el ámbito del derecho de autor.

2. Análisis jurídico del plato culinario como creación perceptible por todos los sentidos

Un plato culinario es una creación gastronómica generalmente perceptible por las personas a través de diversos canales de exteriorización. Estos canales de exteriorización son el gusto, la vista, el olfato, el oído y el tacto. De esta manera, los platos culinarios se conformarían como una realidad objetivamente compleja, dado que su expresión externa afectaría a todos los sentidos¹³. Pues bien, es necesario partir de un análisis jurídico sobre las posibilidades de protección de estas complejas creaciones, de tal forma que podamos determinar si existe algún tipo de óbice jurídico que impida una eventual consideración del plato culinario y su sabor como obras en el sentido del TRLPI. Para ello, será preciso comenzar analizando si nuestro ordenamiento jurídico permite, *a priori*, con carácter general la protección de estas creaciones para, posteriormente, centrarnos en sus particularidades y establecer si estas pueden llegar a obstaculizar la tutela jurídica del derecho de autor.

2.1. El listado *numerus apertus* de la ley y los requisitos esenciales para la protección de las obras

Como bien se desprende del artículo 10.1 del TRLPI¹⁴, el derecho de autor protege toda creación que sea original y se encuentre exteriorizada. Efectivamente, debe tenerse claro

¹² 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. Boletín Oficial del Estado, 22 de abril de 1996, n.º 97, p. 14.369.

¹³ Como explica Ansón Oliart (2019, p. 32), «el olfato y el gusto se ponen en funcionamiento por razones obvias, su relación con el sabor. Y el tacto porque también se han incorporado las texturas y temperaturas al placer de la comida».

¹⁴ «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: [...]».

que cuando el tenor literal del artículo indica «comprendiéndose entre ellas», deja constancia de que nos encontramos ante un listado *numerus apertus*¹⁵, de tal manera que admite la posibilidad de plantear la protección de toda creación, siempre que reúna los requisitos antedichos de la originalidad y la exteriorización que a continuación me dispongo a analizar¹⁶.

2.2.1. El ambiguo concepto de la originalidad

La originalidad se conforma como un concepto jurídico indeterminado que, al no gozar de una definición en nuestro texto legal, requiere una concreción jurisprudencial y doctrinal. Dicha concreción se ha logrado durante los últimos años, si bien hoy en día siguen existiendo ciertas discrepancias en la doctrina e incluso contradicciones relevantes entre los órganos jurisdiccionales de ámbito nacional. Ahora bien, podría afirmarse que la ausencia de una definición legal del concepto ha sido una opción premeditada del legislador, ya que el TRLPI ha sufrido numerosas reformas durante el último siglo y ninguna de ellas ha incidido en el concepto de originalidad¹⁷. La cuestión se centra en si la originalidad debe analizarse en sentido subjetivo o si, por el contrario, procede ser analizada desde un punto de vista objetivo. Según el Tribunal Supremo, «en sentido subjetivo se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor», mientras que en sentido objetivo se «considera la "originalidad" como "novedad objetiva"»¹⁸. Finalmente, el Tribunal Supremo ha terminado

¹⁵ En este sentido, Rodríguez Tapia (2009a, p. 128) y Bercovitz Rodríguez-Cano (2007, p. 151).

¹⁶ Asimismo, no debe olvidarse el hecho de que no existe un requisito esencial de carácter formal para lograr la protección del derecho de autor. Así, de acuerdo con el artículo 1 del TRLPI, «la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación», por lo que la inscripción de las creaciones en el Registro de la Propiedad Intelectual es, en todo caso, meramente declarativa (N. Moralejo Imberón. El Registro de la Propiedad Intelectual. *Revista PE.I.* Recuperado de <<https://www.pei-revista.com/contenidos-en-abierto/el-registro-de-la-propiedad-intelectual-detail>>). Esta falta de carácter constitutivo en la inscripción se debe, entre otras cuestiones, al deseo de ruptura respecto al sistema de propiedad intelectual que regía desde 1879, así como al Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886 para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Instrumento de Ratificación de España de 2 de julio de 1973, Boletín Oficial del Estado, 4 de abril de 1974, n.º 81, p. 6885), ya que su artículo 5.2 establece –en referencia a los derechos de autor– que «el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad». No obstante, lo cierto es que la inscripción es preferible a efectos de protección, dada la presunción *iuris tantum* de autoría que otorga el artículo 145.3 del TRLPI. Así lo establece expresamente dicho artículo cuando declara que «se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo». En efecto, «dicha presunción solo podrá ser destruida contradiciendo en juicio el derecho del titular inscrito y solicitando a la vez la rectificación del Registro» (Marco Molina, 2017, p. 1.919). Todo ello es igualmente comentado por Carrasco Perera (Carrasco Perera, 2007, p. 97); y Guijo Vázquez (2008, p. 60).

¹⁷ De hecho, la última reforma del TRLPI se ha producido con la reciente Ley 2/2019, de 1 de marzo.

¹⁸ STS, Sala de lo Civil, de 26 octubre de 1992, rec. núm. 1530/1990 (NCJ043046). Sin embargo, la originalidad objetiva no debe confundirse con la novedad que se exige en el artículo 6 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes (Boletín Oficial del Estado, de 25 de julio de 2015, n.º 177, p. 62765) para las

decantándose por la valoración de la originalidad en ambos sentidos, si bien con cierta preferencia sobre la originalidad objetiva que, en ocasiones, ha sido complementada con la exigencia de una «altura creativa»¹⁹. Esta es la tendencia del Tribunal Supremo en relación con la exigencia de originalidad, pero lo cierto es que tanto la normativa comunitaria en materia de propiedad intelectual²⁰ como el TJUE²¹ se decantan por un concepto de la originalidad mucho más laxo. En concreto, desde instancias europeas se intenta implantar y armonizar en la Unión Europea un concepto subjetivo de la originalidad sin necesidad de acudir a la exigencia de «altura creativa», de tal manera que baste con que la creación intelectual sea fruto de elecciones libres y la obra refleje la personalidad del autor²². Dicho todo esto, podríamos

invenciones que es, en todo caso, más restrictiva que la originalidad objetiva. Efectivamente, la novedad exigida en el ámbito de las patentes hace referencia a todo aquello que no esté comprendido en el «estado de la técnica», esto es, «todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio». Como bien explica Garbayo Blanch (2017, p. 249), «el examen de la novedad implicará necesariamente dos fases: (i) delimitar la invención que constituye el objeto de la patente solicitada y (ii) indagar si esta invención, tal cual ha sido descrita, es sustancial o esencialmente idéntica a otra que se encuentra comprendida en el estado de la técnica en el momento de su presentación o solicitud de la patente».

¹⁹ A estos efectos resultan interesantes las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 (Sala de lo Civil, n.º 253/2017 [NCJ062393]), 5 de abril de 2011 (Sala de lo Civil, n.º 214/2011 [NCJ055047]), 24 de junio de 2004 (Sala de lo Civil, n.º 542/2004 [NCJ041832]), 26 de noviembre de 2003 (Sala de lo Civil, n.º 1125/2003), 30 de enero de 1996 (Sala de lo Civil, n.º 34/1996) y 7 de junio de 1995 (Sala de lo Civil, n.º 563/1995). E igualmente son de interés las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de mayo de 2009 (sección 28.ª, n.º 135/2009) y 11 de enero de 2007 (sección 28.ª, n.º 5/2007), así como las de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de julio de 2008 (sección 15.ª, n.º 261/2008), 29 de septiembre de 2005 (sección 15.ª, n.º 411/2005) y 10 de marzo de 2000 (sección 15.ª, n.º rec. núm. 1400/1997). Por último, también puede ser analizada la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de mayo de 2000 (sección 1.ª, n.º 281/2000).

²⁰ De esta manera, el artículo 6 de la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (Diario Oficial de la Unión Europea, n.º L 372, de 27 de diciembre de 2006, p. 12) expresa que las fotografías que «sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo», sin que sea preciso aplicar «ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección». Y, de manera similar, el artículo 3.1 de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 77, de 27 de marzo de 1996, p. 20) estableció que «las bases de datos que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor», sin que sean de aplicación otros criterios para determinar si pueden ser protegidas.

²¹ Al respecto se puede observar la STJUE de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League Ltd. y otros contra QC Leisure y otros* (C-403/08) y *Karen Murphy contra Media Protection Services Ltd.* (C-429/08); así como la STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Eva-Maria Painer contra Standard VerlagsGmbH y otros* (C-145/10).

²² Un buen estudio sobre el tema se puede encontrar en T. Margoni. *The Harmonisation of EU Copyright Law: The Originality Standard* (es posible consultar el documento en: <<https://www.researchgate.net/>

afirmar que para que un plato culinario y su sabor pudieran ser objeto de propiedad intelectual deberían ser, en primer lugar, originales de acuerdo con lo que acabamos de comentar.

2.2.2. La exteriorización y la necesaria perceptibilidad de la obra

Cuando hablamos de exteriorización hacemos referencia a la plasmación «por cualquier medio o soporte» (art. 10.1 TRLPI) de la creación con el objeto de que pueda ser percibida y apreciada por las personas (Plaza Penadés, 2017, p. 34). En este sentido, *a priori*, las ideas y los sentimientos que no tienen forma y no son exteriorizados carecen de protección (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007, p. 161), y lo mismo sucede con el estilo seguido por el autor²³. Por consiguiente, una creación culinaria podría adquirir la calificación de obra en caso de que ostentare una originalidad suficiente y, a su vez, fuera perceptible por los demás; algo fácilmente admisible si no olvidamos el hecho de que un plato culinario es perceptible por todos los sentidos. Sin duda, ello nos llevaría a considerar la posible tutela jurídica de su concreta exteriorización gustativa (el sabor), perceptible a través del paladar. En relación con ello, y teniendo en cuenta que la exteriorización tiene como único requisito su perceptibilidad, es necesario saber que no son necesarias condiciones o circunstancias especiales en cuanto al soporte o medio que podrá ser, en cualquier caso, tangible o intangible (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007, p. 161)²⁴. En definitiva, tangible sería el propio alimento que

publication/303514866_The_Harmonisation_of_EU_Copyright_Law_The_Originality_Standard>). Asimismo, para ahondar más en la cuestión relativa a la originalidad en el ordenamiento jurídico español, pueden resultar de gran interés las aportaciones de Muñoz Vico (2011, pp. 48-51), Peinado Gracia (2017, p. 181), Bercovitz Rodríguez-Cano (2007, p. 155), Martín Salamanca (2017, pp. 62 y 63), Plaza Penadés (2017, pp. 36, 39 y 40), Marín López (2006, p. 41), J. C. Erdozain López (El concepto de originalidad en el derecho de autor. *Revista PE.I*. Recuperado de <<https://www.pei-revista.com/contenidos-en-abierto/el-concepto-de-originalidad-detail>>), Marco Molina (2016, p. 71) y Saiz García (2000, pp. 86-157).

²³ STS, Sala de lo Civil, de 26 octubre 1992, rec. núm. 1530/1990 (NCJ043046). De manera similar, el artículo 2 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. Instrumento de Ratificación de España de 15 de septiembre de 1998, Boletín Oficial del Estado, 18 de junio de 2010, n.º 148, p. 52061) establece que «la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí»; manifestación que se contiene de manera idéntica en el artículo 9.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Anexo 1C del Acuerdo de 15 de abril de 1994 por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech. Instrumento de Ratificación de España de 30 de diciembre de 1994, Boletín Oficial del Estado, 24 de enero de 1995, n.º 20, p. 2.206).

²⁴ En otras palabras, para que una creación se considere efectivamente exteriorizada, únicamente será preciso que aquella «se plasme y esté contenida en un determinado soporte corpóreo o incorpóreo, siendo dicho soporte el vehículo en el que la obra se concreta y queda impresa, haciéndose determinable y reconocible para los demás» (Plaza Penadés, 2017, p. 34). Esta idea se desprende igualmente del Convenio de Berna de 1886, en cuyo artículo 2.1) se establece expresamente que «los términos "obras literarias y artísticas" comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión». Además, con arreglo al artículo 2.2) del mismo conve-

conforma el plato culinario, mientras que el sabor sería un elemento intangible del plato en cuestión. Ambos serían, como hemos comentado, perceptibles una vez exteriorizados y, por tanto, protegibles siempre que fueran originales.

2.2. La cuestión acerca de los ingredientes, utensilios y máquinas empleados en la labor creativo-culinaria

Debe saberse que no se excluirían del concepto de obras protegibles aquellas realizadas por una persona valiéndose de elementos de la naturaleza ni las producidas con intervención de una máquina, siempre y cuando contengan una propia aportación de su autor (Peinado Gracia, 2017, p. 177). Por ello, el hecho de que para la elaboración de un plato culinario se utilicen ingredientes procedentes de la propia naturaleza y utensilios o máquinas especiales tampoco supondría obstáculo alguno para la admisión de la creación culinaria como objeto de propiedad intelectual. A pesar de ello, no se debe perder de vista el matiz relativo a la necesaria intervención creativa del autor. En efecto, la utilización de máquinas en el proceso creativo-culinario en principio no influye a la hora de calificar el resultado como obra siempre y cuando aquellas hayan sido empleadas como meras herramientas de carácter técnico. Nos encontraríamos ante un escenario diferente si la máquina en cuestión no interviniera como una simple herramienta, sino más bien como el propio «sujeto creador» del plato culinario. En tal caso, parece que no sería posible la calificación del resultado como obra, ya que el plato culinario no habría sido creado por una persona (art. 5 TRLPI)²⁵.

nio, «queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material» y, efectivamente, si en el ordenamiento jurídico español no consta en ningún caso un uso expreso de dicha facultad, menos aún en referencia a las creaciones culinarias y sus sabores, ya que ni siquiera se mencionan explícitamente en ninguna norma sobre propiedad intelectual. Como bien expresa Rodríguez Tapia (2009a, p. 62), «desde un punto de vista legal, podemos entender por crear una obra, plasmar en una forma exterior una obra original, en parte o en todo, perceptible por los sentidos (hasta hoy, por el tacto, vista u oído; mañana, quizá, también por el olfato y gusto: los perfumes, sabores y fragancias). Lo que es esencialmente creativo es el aporte de originalidad objetiva que tenga dicha obra. Pero solo se entenderá creada una obra, a la luz de la ley, siempre que haya sido exteriorizada su forma, aunque esté incompleta (expresada por cualquier medio o soporte, dice el artículo 10 LPI)».

²⁵ En palabras de Carrasco Perera y Estal Sastre (2017, p. 107), «un aparato mecánico o electrónico no puede ser autor, ni tampoco cabe atribuir la condición de autor por aquellos resultados que son producto de la actuación de los agentes naturales y de los animales, por mucho que anteriormente no hubieran sido conocidos por la humanidad, pues el hecho generador del derecho de autor es la creación y no el descubrimiento». Sin embargo, si bien parece tener más adeptos la tesis relativa a que para que una obra sea protegida por el derecho de autor el primer requisito exigido es que aquella constituya el resultado de una actividad humana, no se puede ignorar que hoy en día uno de los temas más candentes en el panorama jurídico nacional e internacional trata sobre la posible autoría no humana y la inteligencia artificial. El estudio de dicho tema excede del objeto del presente trabajo. Sin perjuicio de ello, considero de gran interés los siguientes trabajos: Navas Navarro (2019) y Morán Ruiz (2018, pp. 9-28).

2.3. La tradicional reticencia a admitir un sabor como objeto del derecho de autor

Cabe mencionar que una parte de la doctrina se muestra harta reticente o recelosa a admitir la protección de las obras que se exteriorizan por vías diferentes a la auditiva o la visual. A modo de ejemplo, Marco Molina (2016, p. 67) comenta que, «partiendo de la Filosofía grecolatina, que es la nuestra, y, más concretamente, desde Platón, solo en las obras que, como las literarias, artísticas o científicas, se dirigen a la vista y al oído, cabe presuponer un trabajo intelectual. No lo habría, en cambio, en aquellos resultados que, como el preparado gastronómico, se dirigen primariamente al gusto, al tacto y al olfato»²⁶. Por su parte, Bercovitz Rodríguez-Cano (2007, p. 158), al hacer referencia al carácter literario, artístico y científico de las obras, indica que «cuando la creación no corresponda a ninguno de esos campos, resulta dudoso admitir la existencia de propiedad intelectual en nuestro ordenamiento». Concluye declarando que «tal sería el caso, quizá, de creaciones cuyo medio de expresión normal no sea la vista o el oído, sino el tacto, el paladar (receta culinaria) o el olor (un perfume)»²⁷. A mi juicio, en vista de que la apreciación del carácter artístico de la creación supone una valoración subjetiva²⁸ y la forma de expresión de una obra requiere un examen objetivo, no parece coherente relacionar ambos conceptos. La determinación de si un sabor es perceptible se trata de una cuestión complementemente ajena a si una obra ostenta o no carácter artístico. En efecto, se trata de cuestiones diferentes que no ostentan la misma relevancia jurídica, ya que la exteriorización de la obra se configura como uno de los requisitos exigidos *ex lege* para que una creación sea protegible, mientras que el carácter artístico de la obra, a pesar de lo que aparentemente pueda desprenderse del artículo 10.1 del TRLPI, no se erige como un requisito indispensable para la protección de una creación por el derecho de autor²⁹.

²⁶ Por el contrario, según Robert Guillén (2017, pp. 28 y 117), «contra la jerarquización de los sentidos impuesta por filósofos como Aristóteles, Kant o Hegel, ennobleciendo a la vista y al oído y degradando los demás, la sociedad contemporánea ha vinculado definitivamente la experiencia artística también a lo sensible, a las emociones del cuerpo y a los sentidos del gusto, del tacto y del olfato».

²⁷ Con independencia de lo que comentaré en las siguientes líneas, llama la atención que se llegue a considerar la receta culinaria como una creación cuya forma de expresión «normal» sea el paladar, ya que el medio de expresión normal de la receta es la vista. Efectivamente, debe tenerse clara esa dicotomía fáctica entre la receta y el plato, porque si bien están íntimamente relacionados, se configuran como dos realidades, *de facto*, distintas.

²⁸ Como bien indica Romero Coloma (2017, p. 45), «el arte escapa a cualquier intento de definición», de forma que «pretender, en la actualidad, ofrecer una definición exacta y precisa, en el ámbito jurídico, de lo que debe entenderse por tal, y por artístico, constituye una empresa de dudoso éxito». Efectivamente, «su dificultad, por no decir imposibilidad, ya se evidencia en la incapacidad de establecer un concepto unitario por parte de aquellas disciplinas que, precisamente, hacen del mismo su contenido» y, asimismo, «se trata de una materia impregnada de contenidos variables, mutables y subjetivos».

²⁹ Así, además de lo «poco ilustrativa» y «confusa» que es la clasificación por carácter (científico, literario o artístico) contenida en el TRLPI, «poco o nada va a ser secundada por el resto del articulado de la nor-

Por otro lado, merecen especial mención las conclusiones del abogado general en el caso *Levola Hengelo B contra Smilde Foods BV*³⁰ sobre la forma de expresión gustativa. Según el abogado general, el artículo 2.1) del Convenio de Berna, al señalar las obras protegibles por el derecho de autor, conforma un listado *numerus apertus* de obras objeto de protección sin importar su modo o forma de expresión; listado que «no hace referencia alguna a los sabores ni a obras análogas a estos, como los olores o perfumes, pero tampoco los excluye expresamente». Sin embargo, finalmente argumenta que «el artículo 2, apartado 1, del Convenio de Berna [...] únicamente se refiere a las obras que se perciben por medios visuales o sonoros, como los libros y las composiciones musicales, con exclusión de las producciones que pueden percibirse mediante otros sentidos como el gusto, el olfato o el tacto». Consiguientemente, parece aceptar que los aspectos gustativo, olfativo o táctil de una creación se encuentran implícitamente excluidos de una eventual protección jurídica, porque el listado en cuestión únicamente hace referencia expresa a obras percep-

mativa»; y, asimismo, una obra científica, muy a menudo, puede constituir, a su vez, una obra literaria. De hecho, también es posible observar que la antedicha clasificación «mezcla como criterios de distinción forma expresiva y contenido (así, la clasificación literaria atiende a la expresión de una idea mediante el lenguaje escrito o verbal; la clasificación científica, en cambio, atiende al contenido de la creación)». Incluso el Reglamento de 1880 ponía de relieve que resultaba irrelevante el criterio del contenido para la determinación de la obra al establecerse en su artículo 1 que «se entenderá por obras [...] todas las que se producen y puedan publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía, la fotografía o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo» (Real Decreto de 3 de septiembre de 1880 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual. Boletín Oficial del Estado, de 6 de septiembre de 1880, n.º 250, p. 763). Sobre ello habla Martín Salamanca (2017, p. 59). Por último, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI o, en inglés, WIPO–, al analizar la expresión «obra literaria y artística», declara que, «en el sentido en que a ella se alude en el Convenio de Berna y en algunas otras convenciones, y con el significado que frecuentemente se le da en las legislaciones nacionales de derecho de autor, es esta una expresión general que, a los efectos de la protección del derecho de autor, ha de entenderse que comprende toda obra original de un autor, cualquiera que sea su valor literario o artístico y aun a pesar de que no se trate de una obra de carácter estrictamente literario y artístico. En algunas legislaciones se amplía el sentido de esta expresión al mencionar globalmente las "obras literarias, científicas y artísticas"» (*Glosario de derecho de autor y derechos conexos* de la OMPI, Ginebra, 1980, p. 145: <ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/wipo_pub_816_efs-ocr-sp-image.pdf>). A su vez, no se puede olvidar que «el concepto de carácter literario, artístico o científico se ha flexibilizado o desnaturalizado en los últimos tiempos, para incluir obras asimiladas a las literarias, artísticas o científicas» (Plaza Penadés, 2017, p. 33). De todo ello se deduce que el carácter literario, artístico o científico de las creaciones es, en esencia, un requisito prescindible a la hora de valorar la eventual protección del derecho de autor sobre una concreta creación. Con independencia de lo que acabo de comentar, lo cierto es que la gastronomía es, como ya hemos analizado al comienzo del presente estudio, uno de los pilares culturales de nuestra sociedad, y hoy en día muchos de los platos culinarios que se crean son socialmente considerados como «auténticas obras de arte», de tal manera que, en definitiva, sería posible apreciar el carácter artístico que su creador ha querido impregnar en la creación culinaria.

³⁰ Nos referimos a las conclusiones del abogado general que antecedieron a la mencionada STJUE de 13 de noviembre de 2018 (as. C-310/17); sentencia cuyo análisis pormenorizado se realizará más adelante.

tibles visual o sonoramente³¹. Lo cierto es que no parece correcto defender que el aspecto gustativo de un plato culinario queda fuera del ámbito de protección del derecho de autor por el mero hecho de que en un listado *numerus apertus* no se haga referencia expresa a aquel. El espíritu normativo de un listado de carácter abierto es precisamente que se entiendan reguladas otras cuestiones no mencionadas expresamente en él, es decir, lo que pretende el legislador estableciendo un listado abierto es otorgar un carácter meramente ejemplificativo a su tenor literal, sin discriminar a otras creaciones por su género o forma de expresión. Justamente por esto, también podrán ser objeto de protección por el derecho de autor todas aquellas creaciones no mencionadas expresamente siempre y cuando estén exteriorizadas y sean originales³². De hecho, eso mismo es lo que ocurre en nuestro TRLPI, ya que el listado de obras protegibles del artículo 10.1 del TRLPI únicamente hace referencia a creaciones principalmente perceptibles por la vía visual o auditiva, pero no existe precepto alguno que indique que una obra perceptible primariamente por vías sensoriales distintas a las antedichas no pueda ser objeto de protección³³.

La razón por la que solo se reconocen explícitamente obras perceptibles a través de la vista o el oído es que son las creaciones más comunes y sobre las que históricamente se ha reconocido la autoría en el ámbito de la propiedad intelectual. Sin perjuicio de ello, ya he comentado que a los cambios sociales les deben seguir los correspondientes cambios jurídicos, y eso es precisamente lo que permite el listado *numerus apertus* de nuestro TRLPI y del Convenio de Berna. Por consiguiente, no cabe esgrimir argumentos tales como que, en

³¹ Hay que remarcar que esta argumentación del abogado general no sería seguida por el TJUE en el caso *Levola*, en la medida que, como bien analizaremos más adelante, de los pronunciamientos del tribunal se puede inferir que un sabor podría llegar a obtener protección por el derecho de autor siempre y cuando fuera original y estuviera exteriorizado. A pesar de ello, como veremos, es precisamente en sede de la exteriorización donde esa eventual protección del sabor perdería toda su virtualidad al no poder ser identificado con suficiente claridad y precisión. Por tanto, el tribunal y el abogado general ostentaron ideas y posiciones divergentes sobre la admisión de la protección de un sabor por la propiedad intelectual porque, mientras el abogado general inadmitió la posibilidad de protección de un sabor en virtud de motivos jurídicos, el TJUE determinó la imposibilidad de tutela jurídica del sabor de un plato en virtud de razonamientos de carácter puramente fáctico.

³² A modo de ejemplo, podemos hacer referencia a las obras arquitectónicas y de ingeniería, ya que son obras que no se mencionan expresamente en el listado de creaciones protegibles, pero sobre las que hoy en día existe unanimidad sobre su posible consideración como obras. A su debida aceptación como obra protegida hace referencia Bercovitz Rodríguez-Cano (2017a, p. 187).

³³ Concretamente, el artículo 13 del TRLPI, relativo a las exclusiones como objeto de propiedad intelectual, únicamente menciona las «disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores». Como bien señala Bercovitz Rodríguez-Cano (2017b, p. 224) en relación con el artículo 13 del TRLPI, «la excepción se basa en el interés público por que tales textos y comunicaciones orales alcancen la máxima difusión posible» y, a mi modo de ver, no existen motivos de interés público para defender que no se pueda valorar la protección jurídica de un concreto sabor en sede del derecho de autor.

vista de que no existe una disposición internacional que recoja expresamente la calificación de una creación culinaria como obra, un plato culinario no puede ser objeto del derecho de autor³⁴. Efectivamente, a pesar de que la cuestión sobre la consideración de un plato como obra no ha sido regulada, hoy en día el denominado «arte culinario» se ha consolidado y cada vez son mayores los reclamos sociales y políticos para lograr la consideración de las creaciones culinarias como objeto del derecho de autor³⁵. En conclusión, la razón por la que todavía no se ha regulado al respecto es la reciente relevancia del mundo gastronómico; ámbito en el que años atrás no se concebía la cocina como un arte y los platos culinarios solo eran considerados elaboraciones con un mero carácter utilitario³⁶.

2.4. El carácter utilitario del plato culinario

Podemos entender el carácter utilitario como la circunstancia de anteponer o prevalecer la utilidad –en el tema que nos atañe, alimentar o causar placer culinario al comensal– a cualquier otra cualidad. Pues bien, este carácter, generalmente, no adquiere relevancia a la hora de admitir la protección jurídica de una creación intelectual. Así lo reconoce implícitamente el artículo 10.1 e) del TRLPI, en el que se hace referencia a las «obras plásticas,

³⁴ El abogado general del caso *Levola* trató de argumentarlo de la siguiente manera: «En caso de dudas persistentes sobre la protección de ciertas producciones por los derechos de autor, la comunidad internacional ha intervenido frecuentemente para establecer con claridad que estas "obras" están protegidas por los derechos de autor [...], ya sea mediante la modificación del Convenio de Berna o la adopción de otros instrumentos multilaterales. De este modo, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, que es un arreglo particular en el sentido del Convenio de Berna, se adoptó, en particular, para proteger las obras en el entorno digital, como los programas de ordenador y compilaciones de datos u otros materiales (bases de datos). El sabor de un alimento no se puede comparar con ninguna de las "obras" protegidas por este tratado y, a mi leal saber y entender, ninguna otra disposición del Derecho internacional protege el sabor de un alimento mediante los derechos de autor».

³⁵ En palabras de Otero Lastres (2019, p. 103), «los estudiosos del sector no se recatan al denominar la actividad culinaria como "arquitectura gastronómica", "cocina de autor", "arte culinario", e incluso califican a algunos chefs como "pintores y escultores ataviados con delantal que pueblan nuestros fogones"». Asimismo, según Robert Guillén, «algunas formas de expresión de la creatividad humana que ya existían en el momento en que se promulgaban las normas sobre la propiedad intelectual, pero que no eran tenidas en cuenta por el legislador en el articulado de la ley, como [...] las coreografías y pantomimas, han acabado incorporándose también al elenco de obras protegibles mencionadas en el artículo 10 del TRLPI en el momento en que ha cambiado la percepción social sobre su carácter creativo» (Robert Guillén, 2017, p. 74).

³⁶ Aun así, dicha afirmación no debe esgrimirse con total rotundidad, en la medida que el tema de la autoría sobre los platos de cocina es una cuestión que, de hecho, ya se daba en la Antigüedad. Así, en el año 510 a. C., en la colonia griega de Sibaris, existió una regulación que trataba de proteger, de una forma u otra, la autoría culinaria al establecerse que, una vez creado un plato de características singulares (singularidad que podría asemejarse a lo que hoy en día conocemos como originalidad en el ámbito de la propiedad intelectual), ninguna otra persona distinta al autor podía reproducirla durante el plazo de un año. Sobre ello habla González Soria (2019, p. 63).

sean o no aplicadas», de tal manera que con el término «aplicadas» se incluyen aquellas creaciones con una finalidad de uso además de su vocación artística³⁷.

Lo cierto es que se trata de un examen que debe llevarse a cabo caso por caso, de manera que no es procedente afirmar que un plato culinario no puede ser, en ningún caso, objeto de protección en el ámbito del derecho de autor por el simple hecho de que el sujeto creador trate de buscar la mayor satisfacción posible del comensal. Todo lo contrario; hoy en día es posible encontrar platos culinarios que alcanzan cotas altísimas de originalidad por precisamente el hecho de que el sujeto que elabora el plato busca la máxima satisfacción de las personas que prueban sus creaciones, de tal forma que el comensal deguste platos innovadores que expresen la personalidad de su autor, esto es, platos originales. En efecto, la libertad creativa suele ser plena y la originalidad obvia; circunstancia que, de hecho, no solo surge cuando se utilizan una gran cantidad de ingredientes, sino cuando se utilizan ingredientes extraños o exóticos o cuando las combinaciones creativo-culinarias empleadas son novedosas³⁸.

2.5. El carácter efímero del plato culinario

De otro lado, ni siquiera el carácter efímero de la creación culinaria supone óbice alguno para su calificación como obra. Al hablar del carácter efímero nos referimos a que un plato culinario se caracteriza por su posible descomposición, modificación por el mero paso del tiempo, o destrucción dada su composición y finalidad alimenticia. Efectivamente, un plato

³⁷ Queda claro, por tanto, que «la obra se protege por su forma artística, su diseño y no por su función» (Peinado Gracia, 2017, pp. 208 y 212). No obstante, como comenta Marco Molina (2016, p. 73) «la única especialidad de esa clase de obras es que la jurisprudencia se muestra harto restrictiva a la hora de reconocer los derechos de su creador (y, llegado el caso, a admitir que han sido vulnerados por un tercero), por entender que la búsqueda de un resultado práctico o el necesario cumplimiento de una función limita la libertad creativa y, por consiguiente, las posibilidades de que su autor consiga imprimir un sello personal al producto de su trabajo». Esto se puede apreciar consultando, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 1992 (rec. núm. 1530/1990 [NCJ043046]) y 28 de enero de 1995 (n.º 12/1995).

³⁸ Sin embargo, no hay que olvidar que «no son [...] objeto de monopolio elementos como los ingredientes, ni el procedimiento de elaboración como tal, ni el estilo del autor o las tipologías culinarias que pertenecen al acervo cultural común. La protección no recaerá en dichos elementos, sino en la forma creativa que resulte de su selección y disposición, y en cuanto lo novedoso y original se deduzca de la improbabilidad de que alguien más pueda crear la obra de una forma independiente sin copiar» (Robert Guillén, 2017, p. 201). En resumen, como bien declara la STS, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2011, n.º 214/2011 (NCJ055047), «la ponderación de la suficiencia creativa dependerá de las circunstancias de cada caso, pues son diversos los factores y aspectos que pueden incidir», de manera que deberán ser tenidos en cuenta todos los «elementos de convicción» proporcionados por las partes, ya sean periciales o informes de expertos, revistas especializadas en la materia, certámenes o incluso exposiciones, sin olvidar las «máximas de experiencia comunes».

culinario puede ser ejecutado numerosas veces y, en todas ellas, el plato concreto, antes o después, desaparece³⁹.

Una vez analizadas todas las cuestiones jurídicas que desde un primer punto de vista podrían parecer obstáculos a la hora de admitir la consideración de un sabor como obra protegible, podemos concluir afirmando que el TRLPI admite la posibilidad de que una creación culinaria o, más concretamente, sus diferentes formas de expresión sean objeto del derecho de autor⁴⁰.

3. Los inconvenientes fácticos del sabor a efectos de lograr la protección del derecho de autor

Si bien hemos visto que no existen impedimentos jurídicos para admitir la posible protección de la autoría sobre un plato culinario, se nos plantean ahora una serie de dificultades desde una perspectiva fáctica. Me refiero al hecho de que algunos de los canales de exteriorización del plato culinario no pueden objetivarse con facilidad o, simplemente, no pueden determinarse e identificarse de manera plenamente objetiva. Este problema ocurre principalmente en sede del gusto y el olfato. Un plato culinario puede saber u oler de manera distinta en función de muchos factores. A modo de ejemplo, podemos citar la edad del comensal, sus circunstancias o costumbres personales (preferencias en la alimentación, fumar, hábitos de consumo, el embarazo, haber ingerido previamente otro alimento...), la temperatura de los alimentos y del soporte en el que estos se sirven, los utensilios con los que se degustan los alimentos, las circunstancias del lugar en el que se lleva a cabo la actividad culinaria y el ejercicio de degustación (p. ej. la iluminación o el olor del salón en el que se degustan los platos), o incluso el color del soporte en el que se sirve el alimento en

³⁹ Como bien señala Marín López (2006., p. 190), la posibilidad de que una obra se deteriore o se destruya es notablemente superior si en su creación el autor emplea materiales efímeros, perecederos, poco perdurables o fácilmente destruibles, pero «el autor es naturalmente libre para expresar su creatividad utilizando estos materiales». A ello hace igualmente referencia Peinado Gracia (2017, pp. 175 y 176) cuando comenta que «hay creaciones no incluidas en el artículo 10.1 de la LPI, que deben considerarse obras, tales como las obras arquitectónicas y de ingeniería, las obras de luz y sonido o las radiofónicas, el llamado arte efímero», o incluso «las composiciones culinarias o gastronómicas» (Peinado Gracia, 2017). Y, por su parte, Bercovitz Rodríguez-Cano (2017b) señala que «el material utilizado carece, en principio, de relevancia para apreciar la existencia de una obra protegible. Ni siquiera es preciso que se trate de un material duradero, aunque ello pueda influir sobre la subsistencia de la obra si no se hacen copias de inmediato, y, consecuentemente, sobre el contenido del derecho de autor. El material puede ser materia orgánica (jardinería), hielo, nieve, chocolate, masa o miga de pan, crema (pastelería), alimentos en general».

⁴⁰ Así, según Peinado Gracia (2017, p. 186), «la dicción literal del art. 10.1 de la LPI parece dar cabida a cualquier medio tanto de expresión como de soporte», de manera que podría plantearse «si es posible reconocer la existencia de propiedad intelectual sobre las creaciones originales no expresadas por medio de la vista o el oído, sino por el tacto, el olor o el paladar».

cuestión. Lo cierto es que todos estos factores influyen de manera determinante a la hora de identificar un sabor, por lo que nos encontramos ante una difícil tarea de concreción objetiva del aspecto gustativo de un plato culinario. De hecho, únicamente podemos evitar esa dificultad si contamos con recursos técnicos que permitan identificar precisa y objetivamente el sabor, en el sentido de poder distinguir aquellos platos que sean efectivamente diferentes o poder identificar aquellos que sean idénticos.

Por todo ello, a pesar de la aparente posibilidad de proteger la creación culinaria como objeto de la propiedad intelectual, las dificultades existentes desde un punto de vista fáctico podrían suponer que la protección del plato culinario por el derecho de autor fuera parcialmente imposible. Decimos «parcialmente imposible» porque no todas las formas de expresión del plato culinario plantean problemas en cuanto a su posible protección, ya que aquellas que no sean difícilmente objetivables podrán, sin ningún tipo de obstáculo, alcanzar la protección de su autoría. Por ejemplo, podría mencionarse el aspecto visual de una creación culinaria, entendido éste como la composición, aspecto, disposición o presentación de los ingredientes o alimentos, con inclusión de, en su caso, el propio recipiente en el que se sirven. Dicho aspecto del plato culinario podría llegar a ser protegido como una especie de «obra plástica» en el sentido del artículo 10.1 e) del TRLPI, configurándose así, como el único canal de exteriorización del plato culinario sin inconvenientes fácticos que impidan el reconocimiento de una eventual autoría. No obstante, el resto de sus formas de exteriorización, entre las que se encuentra el sabor, presentan mayores dificultades a la hora de plantear su protección como creación intelectual.

3.1. La relativa imposibilidad de calificar un sabor como obra: El caso Levola

La cuestión sobre la protección jurídica del aspecto gustativo de los alimentos adquirió auténtica virtualidad con el pronunciamiento del TJUE de 13 de noviembre de 2018, asunto C-310/17 (NCJ064622). Esta sentencia ha supuesto un antes y un después en el ámbito de la propiedad intelectual al ser la primera emanada de instancias europeas que trata la cuestión sobre la posible protección del sabor de un alimento.

3.1.1. Hechos, historia procesal y cuestión prejudicial del caso Levola

La sentencia en cuestión es fruto de un litigio que enfrentó a Levola Hengelo BV y a Smilde Foods BV en relación con una supuesta infracción, por parte de la segunda, de los derechos de autor de la primera sobre el sabor de un queso para untar llamado Heksenkaas, elaborado con nata fresca y finas hierbas. Dicho queso fue creado por un comerciante neerlandés que en 2011 decidió ceder sus derechos sobre el queso a Levola a cambio de una remuneración en función del volumen de ventas. Con todo, fue en 2014 cuando Smil-

de empezaría a fabricar un producto llamado Witte Wievenkaas con el objetivo de venderlo en los Países Bajos. Por su parte, Levola defendía que la producción y venta de este último producto infringía sus derechos de autor sobre el sabor del queso Heksenkaas, presentando por ello una demanda contra Smilde ante el Tribunal de Primera Instancia de Güeldres, Países Bajos⁴¹. Sin embargo, el 10 de junio de 2015, el Tribunal de Primera Instancia de Güeldres estableció que, sin ser necesario pronunciarse sobre si el sabor del queso podía ser objeto de protección jurídica por la propiedad intelectual, las pretensiones de Levola debían ser desestimadas, en la medida que no habían sido indicados los elementos y las correspondientes combinaciones del sabor que, en definitiva, le podrían llegar a otorgar una eventual originalidad. En vista de la situación, Levola decidió interponer un recurso de apelación ante el Tribunal de Apelación de Arnhem-Leuwarda y alegó que, aplicando una interpretación analógica con lo establecido por la Sentencia de 16 de junio de 2006 del Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos) en la que se señaló que era posible reconocer el derecho de autor sobre el olor de un perfume⁴², el sabor de un alimento podría ser calificado como obra⁴³. En este contexto, el Tribunal de Apelación de Arnhem-Leuwarda planteó una cuestión prejudicial al TJUE para principalmente decidir si, cuando se hace referencia a un sabor concreto, podemos encontrarnos ante una auténti-

⁴¹ Según Levola, el derecho de autor sobre un sabor remitía a la «impresión de conjunto producida por el consumo de un alimento en los órganos sensoriales del gusto, incluida la sensación bucal percibida a través del tacto», e instaba a que el tribunal declarase que el sabor del queso en cuestión era una creación intelectual cuyos derechos de autor pertenecían a su fabricante en virtud del derecho neerlandés; concretamente, en virtud de los artículos 1 y 10 de la *Auteurswet* (Ley sobre el derecho de autor), cuyo contenido es similar al de nuestro TRLPI –de hecho, el art. 10 de la ley neerlandesa contiene, al igual que sucede con nuestro TRLPI, un listado *numerus apertus* de obras al referirse, *in fine*, a «todas las producciones en el campo literario, científico o artístico, cualquiera que sea el modo o la forma de expresión»-. De otro lado, concretaba señalando que debía declararse que el sabor del producto fabricado por Smilde era una reproducción de su obra y solicitó el cese por parte de Smilde de cualesquiera infracciones de su derecho, incluida la producción, compra, venta y cualquier otra comercialización del producto supuestamente infractor.

⁴² Lo cierto es que, sin perjuicio de ello, la opinión en favor de que un olor pueda ser protegido en el ámbito de la propiedad intelectual carece de uniformidad en el ámbito jurisdiccional europeo. Así, la Sentencia de 10 de diciembre de 2013 de la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación de Francia) desestimó que pudiera protegerse un olor a través del derecho de autor.

⁴³ Frente a ello, la parte demandada señalaba que no era posible admitir la protección de un sabor, en vista de que el sistema de tutela jurídica del derecho de autor solo comprende expresamente las obras visuales y auditivas. Asimismo, se argumentó que un alimento se caracteriza por la inestabilidad, lo que supone que solo sea posible percibir un sabor a través de valoraciones subjetivas. En relación con ello, la demandada también señaló que los derechos exclusivos del autor de una obra de propiedad intelectual y sus limitaciones son «virtualmente inaplicables» a los sabores. Así, según Smilde, «ningún legislador (ni los redactores del Convenio de Berna, ni los negociadores del Acuerdo DPIC, ni los autores de los convenios de la OMPI sobre los derechos de autor, ni mucho menos las partes involucradas en el proceso legislativo que dio lugar a la Directiva [2001/29/CE] tuvieron nunca la intención de permitir la monopolización, a través de los derechos de autor, de algo tan subjetivo, perecedero, impreciso, variable, inasible y técnicamente indeterminado como el gusto» (punto n.º 91 de las observaciones de Smilde).

ca obra en términos del derecho de autor⁴⁴. Nuevamente adelantamos que el TJUE declaró que el sabor de un alimento no puede ser calificado como «obra» y que, por consiguiente, no puede ser objeto de protección por el derecho de autor. No obstante, para un correcto análisis de la sentencia mencionada, será preciso examinar detalladamente los extractos doctrinales, así como el concreto planteamiento y forma de las cuestiones prejudiciales que se infieren del caso Levola.

3.1.2. Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el caso Levola

En relación con la primera de las cuestiones prejudiciales, el TJUE señaló que, si bien la Directiva 2001/29/CE recoge una serie de derechos exclusivos que deben regular los Estados

⁴⁴ En concreto, el TJUE se basó en las siguientes preguntas y sistemática para resolver el conflicto planteado:

1. A) ¿Se opone el Derecho de la Unión a que el sabor de un alimento, como creación intelectual propia de su autor, quede protegido por el derecho de autor? En particular:

B) ¿Se opone a la protección por el derecho de autor el hecho de que el concepto de «obras literarias y artísticas» contenido en el artículo 2, apartado 1, del Convenio de Berna, que es vinculante para todos los Estados miembros de la Unión, comprenda «todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión», cuando los ejemplos citados en dicha disposición solo hacen referencia a creaciones que pueden percibirse visualmente o de manera auditiva?

C) ¿Se opone la inestabilidad (potencial) de un alimento o el carácter subjetivo de la percepción gustativa a que el sabor de un alimento tenga la consideración de obra protegida por el derecho de autor?

D) ¿Se opone el régimen de derechos exclusivos y excepciones, establecido en los artículos 2 a 5 de la Directiva [2001/29/CE], a que el sabor de un alimento esté protegido por el derecho de autor?

2. En caso de respuesta negativa a la cuestión 1. A):

A) ¿Qué requisitos deben cumplirse para poder proteger el sabor de un alimento mediante el derecho de autor?

B) ¿Se refiere la protección de un sabor mediante el derecho de autor únicamente al sabor como tal o (también) a la receta del alimento de que se trate?

C) ¿Qué debe alegar la parte que, en el marco de un procedimiento (de infracción), afirma haber creado el sabor de un alimento protegido por el derecho de autor? ¿Resulta suficiente que, durante dicho procedimiento, dicha parte presente el alimento al juez nacional para que el propio juez aprecie, tras olerlo y probarlo, si el sabor del alimento cumple los requisitos para obtener la protección del derecho de autor? ¿O debe la parte demandante facilitar (también) una descripción de las decisiones creativas adoptadas en el marco de la composición del sabor o de la receta que permitan considerar que el sabor constituye una creación intelectual propia de su autor?

D) En el marco de un procedimiento por infracción, ¿cómo debe constatar el juez nacional si el sabor del alimento correspondiente a la parte demandada coincide con el sabor del alimento correspondiente a la parte demandante de forma tal que se dé una violación de los derechos de autor? A tal efecto, ¿resulta (también) determinante el hecho de que las impresiones de conjunto de ambos sabores sean similares?

miembros⁴⁵, así como un conjunto de excepciones y limitaciones –unas potestativas y otras preceptivas– a esos derechos exclusivos, la directiva no contiene una remisión expresa al derecho de los Estados miembros para determinar el alcance y sentido del término «obra». Por ello, el tribunal determinó que se trata de un concepto que debe ser interpretado de manera autónoma y uniforme en la Unión Europea en virtud de los principios de igualdad y aplicación uniforme⁴⁶. El TJUE partió de que una creación únicamente podría ser calificada como «obra» en el sentido de la Directiva 2001/29/CE y, consiguientemente, protegida por la propiedad intelectual, cuando aquella ostentare los dos requisitos acumulativos que analizábamos más arriba: la originalidad y la exteriorización. Concretamente, el tribunal europeo aludió a una originalidad subjetiva, en el sentido de constituir «una creación intelectual propia de su autor», tal y como había venido exigiendo regularmente⁴⁷. Y, en cuanto a la exteriorización de la obra, señaló que solo se pueden proteger los «elementos» que expresan la «creación intelectual» sin importar el concreto modo o forma de expresión, siempre que se puedan identificar «con suficiente precisión y objetividad», y todo ello con independencia de que la expresión no sea permanente⁴⁸. Por otro lado, el TJUE recalcó que tanto las autori-

⁴⁵ Concretamente, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública y distribución. Consecuentemente, el derecho de transformación no forma parte del ámbito regulado en la referida directiva.

⁴⁶ De igual manera, la STJUE (Sala 4.^a) de 16 de julio de 2009, as. C-5/08 (NCJ049913), *Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening*.

⁴⁷ Así, en la STJUE de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League Ltd. y otros contra QC Leisure y otros* (C-403/08) y *Karen Murphy contra Media Protection Services Ltd.* (C-429/08); e igualmente, en la STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Eva-Maria Painer contra Standard VerlagsGmbH y otros* [C-145/10 (NCJ055920)].

⁴⁸ Sobre esto, resulta llamativa la tesis que el abogado general defendió en sus conclusiones cuando, a pesar de aceptar la necesidad de una interpretación autónoma y uniforme del concepto «obra», razonó de una manera totalmente distinta al TJUE. Concretamente, el abogado general señaló que, «aunque el hecho de que un objeto sea original es un requisito necesario para beneficiarse de la protección del derecho de autor, este no es suficiente», en la medida que, además, «debe tratarse de una "obra"»; es decir, «el artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 exige, por una parte, la existencia de una "obra" y, por otra parte, que dicha obra sea original». Dicho esto, terminó concluyendo que «el hecho de que una obra pueda estar protegida por los derechos de autor en virtud del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 únicamente si cumple este criterio de originalidad, no puede interpretarse en el sentido de que implica que, a la inversa, todo objeto que cumpla dicho criterio debe ser "automáticamente" considerado una "obra" protegida por el derecho de autor». Entendido así, «originalidad» y «obra» se configurarían como dos conceptos distintos, autónomos y acumulables. La originalidad seguiría siendo un requisito indispensable para lograr la protección del derecho de autor, pero sería necesario algo más para alcanzar dicha protección de forma efectiva. Se trata, en definitiva, de un planteamiento novedoso en términos jurídicos, en la medida que nuestro sistema de propiedad intelectual se basa en que toda creación que sea original y esté exteriorizada ostenta la calificación de obra. A pesar de ello, el abogado general pretendió que el TJUE aceptara la tesis de que solo puede ser protegida aquella creación que sea una obra y, a su vez, sea original. El matiz es sutil pero relevante, ya que, en ese caso, la «obra» en sí misma considerada no sería el resultado protegido, sino más bien un requisito complementario para alcanzar la protección por el derecho de autor, de tal manera que aquellas creaciones que aun siendo originales no fueran obras, no podrían ser protegidas. Ahora bien, no está claro qué pretendía dar a entender cuando se refería a ese

dades que deben velar por la protección de los derechos como los particulares tienen que estar en condiciones de identificar con claridad y precisión los objetos protegidos. Por esta razón, el tribunal europeo determinó que «la necesidad de descartar cualquier elemento de subjetividad, perjudicial para la seguridad jurídica, en el proceso de identificación del objeto protegido, implica que este pueda ser definido mediante una expresión precisa y objetiva».

Consiguientemente, el TJUE llegó a la conclusión de que «no hay posibilidad de identificación precisa y objetiva del sabor de un alimento», en vista de que «a diferencia, por ejemplo, de una obra literaria, pictórica, cinematográfica o musical, que es una expresión precisa y objetiva, la identificación del sabor de un alimento se basa en lo esencial en sensaciones y experiencias gustativas, que son subjetivas y variables, toda vez que dependen, en particular, de factores relacionados con la persona que prueba el producto en cuestión». Además, con el ánimo de no dejar dudas sobre lo comentado, señaló que «la identificación precisa y objetiva del sabor de un alimento, que permita distinguirlo del sabor de otros productos de igual naturaleza, no es posible mediante los recursos técnicos disponibles en la fase actual del desarrollo científico»⁴⁹. En conclusión, como ya he adelantado más arri-

concepto de «obra», ya que caben dos posibles interpretaciones. En primer lugar, si el abogado general se refería a que toda creación exteriorizada puede ser calificada como obra, en la práctica el sistema no cambiaría demasiado. En efecto, se protegerían aquellas creaciones exteriorizadas y originales, si bien lo único que cambiaría sería el significado jurídico del concepto «obra», ya que dejaría de ser un resultado original y perceptible para ser un requisito más de protección. En definitiva, estaríamos ante un cambio sin relevancia práctica. Pero si, por el contrario, entendemos que el concepto de «obra» supondría algo más que la mera exteriorización, no nos encontraríamos ante una simple variación teórico-jurídica, ya que los resultados prácticos podrían ser completamente distintos. Así, la «obra» podría tratarse de un concepto jurídico renovado de carácter indeterminado en aras de acotar el número de creaciones protegibles por el derecho de autor. De esta manera, podría considerarse que una creación, a pesar de estar exteriorizada y ser original, no fuera una obra y, consiguientemente, no alcanzara la protección de la propiedad intelectual. Ahora bien, como hemos visto, el TJUE no se acogió a esta tesis y aplicó la teoría tradicional de la obra entendida como creación original y exteriorizada.

⁴⁹ En cuanto al abogado general, su posición respecto a esta última cuestión la argumentó con base en la STJUE de 12 de diciembre de 2002 sobre el caso *Ralf Sieckmann contra Deutsches Patent- und Markenamt* (asunto C-273/00). En dicha sentencia se estableció que cabría la posibilidad de que un olor constituyera una marca en caso de que pudiera ser objeto de representación gráfica, en vista de que «la representación tiene precisamente por objeto excluir todo elemento de subjetividad en el proceso de identificación y percepción del signo». Pues bien, el abogado general determinó que los sabores en sí mismos son «efímeros, volátiles e inestables», por lo que su identificación precisa y objetiva no es posible, sin perjuicio de que, además, hoy en día el «estado actual de la técnica» no permite tal identificación. El abogado general partió de la idea de que los alimentos sean potencialmente inestables no es convincente *per se*, en la medida que «la Directiva 2001/29 no establece ninguna obligación de fijar una obra» y «el objeto del derecho de autor no es el soporte en el que esta se fija, sino la obra en sí misma». Sin embargo, a pesar de dicha declaración, finalmente llegó a la conclusión que acabamos de exponer. Merece la pena remarcar que en el pronunciamiento del abogado general se comete una equivocación *in verbis* bastante relevante. Nos referimos a que fijación no es lo mismo que exteriorización, ya que para que una obra pueda ser protegida tendrá que ser exteriorizada en cualquier medio o soporte con la finalidad de ser perceptible (art. 10 TRLPI) y, posteriormente, podrá «fijarse» en un medio o forma a efectos de re-

ba, la STJUE de 13 de noviembre de 2018 (asunto C-310/17) terminaría declarando que «la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el sabor de un alimento quede protegido por el derecho de

producción (art. 18 TRLPI y art. 2 de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001). Fijación significa, simplemente, reproducir en un soporte tangible la obra previamente exteriorizada. Otra cuestión es que haya algunas obras –como generalmente sucede con las obras musicales improvisadas– que requieran ser fijadas para seguir existiendo. Dicho esto, es evidente que para que pueda plantearse la protección de un sabor no es necesario fijarlo, así como un olor tampoco requiere de fijación para ser protegido. De hecho, tanto el olor como el sabor, una vez exteriorizados, son intangibles, y a pesar de ello pueden, *de iure*, ser protegidos por la propiedad intelectual, sin perjuicio de que tal posibilidad devenga nula por el motivo que sentó el TJUE; la imposibilidad actual de determinarlos objetivamente. En definitiva, el TJUE utilizó, de una forma u otra, la misma argumentación que el abogado general para llegar a una conclusión idéntica. No obstante, no parece lo más acertado relacionar las posibilidades de protección de un sabor por la propiedad intelectual con las posibilidades de protección de un olor por la propiedad industrial y la eventual necesidad de representar gráficamente un sabor. En primer lugar, porque son dos ámbitos jurídicos diferentes cuyos objetos de tutela son completamente distintos (en el ámbito del derecho de autor el objeto es la obra, y en el ámbito del derecho de marcas el objeto es el signo distintivo o marca); y, en segundo lugar, porque la representación gráfica no es necesaria para que una obra sea protegible por la propiedad intelectual, en la medida que basta con que esté exteriorizada y sea original. Además, ya hemos comentado que en sede del derecho de autor no es necesaria ninguna formalidad para ostentar la autoría sobre una determinada creación, dado que la inscripción de la obra en el Registro de la Propiedad Intelectual tiene meros efectos declarativos. Realmente, en la actual regulación la representación gráfica ni siquiera es *stricto sensu* necesaria para el caso de las marcas porque, sin perjuicio de que la inscripción en el Registro de Marcas ostente carácter constitutivo, en virtud del Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, el artículo 4 de la Ley de marcas ya no establece la necesidad de que el signo sea susceptible de representación «gráfica». Efectivamente, el artículo 4 de la anterior Ley de marcas se expresaba tal que así: «1. Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras. 2. Tales signos podrán, en particular, ser: [...]»; mientras que la actual Ley de marcas indica expresamente en su artículo 4 que «podrán constituir marcas todos los signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos, a condición de que tales signos sean apropiados para: a) distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y b) ser representados en el Registro de Marcas de manera tal que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular». Por tanto, no hay mención específica al grupo de marcas no tradicionales –como el olor, el sabor, el tacto o textura– que quedan remitidas en cuanto a su posible aceptación en el registro a la norma general mencionada, esto es, a la representación en el registro de una manera tal que permita determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada. Pese a ello, Ruiz Muñoz (2017, pp. 489, 493 y 494) considera que «en principio, y a la espera de lo que suceda con la aplicación del nuevo concepto de marca, los signos inmateriales (olfativos, táctiles y gustativos) no tienen cabida fácil en el derecho de marcas por la dificultad que plantea su representación en el registro, ya sea gráfica o de otro tipo. Pero también porque en estos casos se suele producir la coincidencia entre el producto y la marca, como sucede especialmente con los perfumes»; y lo cierto es que «el signo no debe confundirse con el producto, porque en materia de marcas rige el principio de separabilidad entre el signo distintivo y el producto al que se aplica dicho signo».

autor con arreglo a dicha directiva y a que una normativa nacional se interprete de tal forma que conceda la protección del derecho de autor a ese sabor». No obstante, no debemos quedarnos en el tenor literal de esta declaración final que, en todo caso, está incompleta si tenemos en cuenta lo dicho por el tribunal a lo largo de la sentencia. Concretamente, no podemos olvidar lo establecido en relación con el «estado actual de la técnica». En efecto, la imposibilidad de proteger un sabor por el derecho de autor no es absoluta, sino meramente «relativa», ya que lo que ocurre es que un sabor es, *de iure*, protegible como objeto del derecho de autor, pero los inconvenientes actuales relativos a su exteriorización, objetivación e identificación provocan que, *de facto*, tal posibilidad devenga nula. Sin embargo, esos inconvenientes pueden superarse, siempre y cuando las técnicas para la identificación precisa y objetiva de los sabores evolucionen; ello, sin duda, podría desembocar en la admisión del sabor como objeto directo del derecho de autor⁵⁰.

3.1.3. El criticable planteamiento de la cuestión prejudicial del caso Levola

El TJUE se encuentra sometido al principio de justicia rogada, en el sentido de que debe atender a las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales. Pero tal principio también implica que el tribunal europeo puede alterar el orden o modificar las preguntas que se le planteen, si bien únicamente en caso de que, de esa manera, se logre una mejor resolución de las diferentes cuestiones. Pues bien, en el asunto Levola no ocurrió lo segundo, en la medida que las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Apelación de Arnhem-Leuwarda de los Países Bajos fueron resueltas por el TJUE tal y como le fueron planteadas, en relación tanto con el orden como con el contenido. Ahora bien, debemos preguntarnos si las cuestiones prejudiciales fueron correctamente planteadas o si, por el contrario, la técnica empleada por el tribunal del Estado miembro no fue la más idónea.

⁵⁰ Se trata de lo mismo que ocurrió en la conclusión final del caso Svensson (STJUE de 13 de febrero de 2014 –as. C-466/12– [NCJ058230]). En ese caso, el TJUE declaró en su conclusión primera que «el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que no constituye un acto de comunicación al público, a efectos de dicha disposición, la presentación en una página de internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras que pueden consultarse libremente en otra página de internet». A pesar de ello, si leemos atentamente los extractos doctrinales de la mencionada sentencia, el TJUE sí consideró que el establecimiento de enlaces podría llegar a ser calificado como un caso de comunicación al público (más concretamente, como una puesta a disposición del público). Como bien señala Sánchez Aristi (2017b, p. 563), «lo que sucede probablemente es que algunos matices importantes señalados a lo largo de los apartados de la sentencia se pierden y no hallan reflejo en la primera conclusión del fallo»; y, en efecto, eso es precisamente lo que también ocurre en la conclusión de la STJUE del caso Levola.

A mi juicio, el TJUE podría haber llegado a una conclusión diferente si hubiera llevado a cabo la reformulación y alteración del orden en las preguntas planteadas o si, desde un principio, el tribunal nacional hubiera planteado las cuestiones prejudiciales de otra manera, ya que las preguntas esenciales se encuentran en la cuestión prejudicial segunda. Esta se centra en una serie de preguntas que entran en juego únicamente «en caso de respuesta negativa a la cuestión 1. A)» y, como hemos comentado, el tribunal de justicia responde positivamente a la primera cuestión prejudicial, en el sentido de que el derecho comunitario se opone a que un sabor quede protegido por el derecho de autor. Por consiguiente, no entra a valorar la segunda cuestión prejudicial⁵¹. Considero que las preguntas de la cuestión prejudicial segunda adquieren una especial y particular relevancia en el asunto que tratamos, ya que, en caso de haberse resuelto, podrían haber supuesto la admisión de la protección de un sabor por la propiedad intelectual. Me refiero concretamente a la cuestión relativa a si la receta culinaria puede aportar algo a la hora de valorar la protección jurídica de un sabor, en la medida que, como veremos, la única forma de proteger hoy en día el sabor de un plato culinario es a través de su receta. Por ello, podríamos afirmar que el TJUE no se ha pronunciado sobre todas las posibilidades de tutela jurídica de las creaciones culinarias, sino solo sobre la posibilidad de proteger «directamente» un sabor en sede del derecho de autor. En conclusión, la discusión sobre la eventual tutela jurídica de una creación culinaria sigue plenamente abierta.

4. La receta culinaria

Ante la ausencia de una definición legal, podríamos definir la «receta culinaria» como una representación gráfica que expresa la composición de un plato culinario y, en su caso, el procedimiento para elaborarlo. Entendida así la receta culinaria, es necesario analizar su posible calificación jurídica en el ámbito de la propiedad intelectual.

4.1. La receta culinaria como obra literaria o como contenido de una colección o base de datos

El artículo 10.1 del TRLPI, apartado a), indica que son objeto de propiedad intelectual creaciones tales como «los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza». Consiguientemente, resulta obvio que, en caso de ser originales y estar exteriorizados, tanto una única receta culinaria como un libro de cocina confor-

⁵¹ Por su parte, el abogado general llegó a la misma conclusión al señalar que «no procede responder a la segunda cuestión, dado que solo se plantea para el caso de que la Directiva 2001/29 no se oponga a la protección del sabor de un alimento mediante derechos de autos y versa, en particular, sobre el alcance y las condiciones para beneficiarse de dicha protección».

mado por diversas recetas serían susceptibles de protección como obras literarias. De otro lado, el artículo 12 del TRLPI indica expresamente que «también son objeto de propiedad intelectual, en los términos del Libro I de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos», a la vez que recalca que «la protección reconocida en el presente artículo a estas colecciones se refiere únicamente a su estructura en cuanto forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos, no siendo extensiva a estos»⁵². En virtud de ello, además de las recetas o libros de recetas, podrán ser igualmente protegidas por la propiedad intelectual las colecciones o bases de datos en las que se contengan aquellas⁵³.

No obstante, hay que recordar que, con carácter general, el derecho de autor únicamente protege la expresión o la composición, y no el contenido o las ideas de la creación intelectual. En efecto, la originalidad de un libro deberá apreciarse en su expresión, en su composición o en ambas a la vez, mientras que en el caso de una colección o de una base de datos la originalidad residirá en el «continente», esto es, en la concreta selección, estructura, sistemática, presentación o disposición del contenido (Morillas Jarillo, 2017, p. 250). Con independencia de ello, podría suceder que, como bien se infiere del artículo 12.1 del TRLPI, el contenido de una base de datos o de una colección fuera protegido por el derecho de autor, de manera que nos encontraríamos ante dos objetos de derecho diferentes: la colección o base de datos y, por otro lado, su contenido, que generalmente será una obra literaria –en el caso que tratamos, un libro de cocina o una receta–⁵⁴. Sin embargo, a pesar de que el contenido de la base de datos o colección pudiera alcanzar la protección del derecho de autor, la propiedad intelectual únicamente abarcaría la propia obra literaria y, en cuanto a esta última, ya hemos dicho que solo se protegería su expresión o composición. En consecuencia, ni en el caso de la colección o base de datos ni en el supuesto de la obra literaria el derecho de autor protegería el auténtico contenido de la receta (el plato culinario) y, por consiguiente, su sabor tampoco alcanzaría directamente ningún tipo de tutela jurídica.

⁵² Asimismo, el siguiente apartado del artículo en cuestión establece que, «a efectos de la presente Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma». A todo ello se refiere de manera similar el artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

⁵³ De hecho, es posible encontrar algunos ejemplos de sentencias que han considerado libros de recetas y bases de datos de recetas como objeto de la propiedad intelectual; así, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.ª, de 18 de mayo de 2009 (n.º 131/2009) y de 18 de abril de 2016 (n.º 144/2016).

⁵⁴ Así, «la colección, cuando lo es de obras ajenas, constituye una apropiación indirecta de materiales preexistentes que son extraídos de su contexto originario para conformar, junto con estas obras, datos o elementos, una nueva creación cuyos contenidos se encuentran dispuestos de forma original» (Mariscal Garrido-Falla y Minero Alejandro, 2017, p. 217).

4.2. El plato culinario y su receta como un único *corpus mysthicum*

Resulta claro que no será posible proteger el aspecto gustativo del plato culinario si solo atendemos al sabor en sí mismo considerado o a la receta como obra literaria o como contenido de una colección o base de datos. En el primer caso, el derecho de autor no podría proteger un sabor porque este, al ser impreciso, subjetivo y no objetivable, no permitiría dicha tutela jurídica. Efectivamente, como hemos comentado con anterioridad, esa protección jurídica solo sería posible en caso de que las técnicas de identificación precisa y objetiva de los sabores evolucionaran de alguna manera. Y, respecto al segundo supuesto, como acabamos de ver, el derecho de autor no alcanzaría el sabor del plato culinario a pesar de permitir, de una forma u otra, la tutela jurídica de la receta en sí misma considerada. Pero ya hemos comentado que el TJUE no se ha pronunciado sobre todas las posibilidades de tutela jurídica sobre las creaciones culinarias, sino solo sobre la posibilidad de proteger «directamente» un sabor en el ámbito del derecho de autor, es decir, sobre la posibilidad de calificarlo como obra. Por esta razón, debemos preguntarnos si es posible proteger el sabor de un plato culinario de alguna otra forma.

4.2.1. La ejecución de la receta culinaria con base en el artículo 17 del TRLPI

A mi juicio, la única forma de proteger hoy en día el sabor de un plato culinario es a través de la receta, si bien partiendo de un cambio de enfoque en el objeto de protección; esto es, no considerando la receta como una obra literaria o como contenido de una base de datos o colección. En concreto, abogo por entender la receta como una «representación gráfica con base en la que se ejecuta un plato culinario». En relación con ello, debemos prestar especial atención al artículo 17 del TRLPI. Este artículo expresa que «corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley». Lo que resulta interesante de este artículo para el tema que nos atañe es la utilización de los términos «en cualquier forma» y «en especial», ya que dan a entender que nos encontramos ante un listado de derechos de explotación de carácter plenamente abierto⁵⁵. En consecuencia, no habría obstáculo para aceptar que el autor de una

⁵⁵ Como bien explica Sánchez Arísti (2017a, p. 294), «el artículo 17 LPI contiene una cláusula general de atribución al autor del derecho exclusivo de explotación de su obra en cualquier forma. Aunque el precepto explicita o tipifica cuatro formas particulares de explotación, la mención de las mismas no constituye un *numerus clausus*, antes al revés, el precepto denota [...] que nuestro sistema se basa en la asignación genérica al autor de toda la forma de explotación sobre su obra, aunque no se encuentre tipificada. Aunque la ley habla de "derechos" de explotación, parece claro que se trata de "facultades", en

receta debería ver protegida su autoría frente a la «ejecución» del contenido de la propia receta, frente a la explotación y la integración de ese contenido en la actividad económica de un tercero sin su correspondiente autorización. Dicho esto, no se puede perder de vista la posibilidad de que existan platos culinarios sin receta o simplemente improvisados, pero lo normal es que, dada la complejidad un plato culinario original, este sea representado en una receta con carácter previo o posterior a la propia «ejecución tridimensional» del plato. Así, admitiendo esa facultad de explotación sobre el plato culinario, estaríamos admitiendo que tanto la receta como el plato conforman un único *corpus mysticum*; estaríamos aceptando que ambos son la misma obra.

4.2.2. La necesaria superación de la tradicional dicotomía forma/contenido

Al analizar la exteriorización como requisito para lograr la protección del derecho de autor, hemos dicho que generalmente la propiedad intelectual protege la obra desde el momento en que es exteriorizada y, si bien no centra su protección en el soporte material que haya servido a la exteriorización —objeto de propiedad ordinaria—⁵⁶, ampara jurídicamente la concreta forma de expresión que haya adquirido, ya que solo puede ser protegido aquello que sea perceptible por el resto de las personas. De esta manera, la propiedad intelectual no protegería el contenido de la obra, sino solo la forma que haya adquirido al ser exteriorizada. Por ello, a pesar de que el contenido de la receta sea el propio plato culinario, parece que, a efectos jurídicos, no podríamos sostener la idea de la receta como una «representación gráfica del plato culinario» y, por consiguiente, no podría ser aceptada la tesis del surgimiento de un único *corpus mysticum*. La razón de esto es que la forma de expresión de la receta es completamente distinta a la del plato culinario y, por tanto, en su caso, nos encontraríamos necesariamente ante dos obras distintas. Consecuentemente, si bien desde un punto de vista fáctico podría afirmarse que el contenido de la receta es el propio plato culinario al conformarse como la representación que expresa la composición de un plato e incluso el procedimiento para elaborarlo, desde un punto de vista jurídico el plato culinario no podría alcanzar la susodicha protección por no verse expresado en la receta *stricto*

el sentido de que conforman un haz de posibilidades de actuación que comparten una misma naturaleza y que se integran bajo el ámbito de control de un mismo titular en relación con un mismo objeto». Con ello, «la cláusula general de artículo 17 LPI propicia que el autor tenga siempre asegurado el control de lo que pueda ser considerado un acto de explotación *in genere* sobre su obra. Se trata de descartar, en beneficio de los autores, que pueda haber zonas muertas o "tierras de nadie" entre los ámbitos respectivos de cada uno de los cuatro derechos de explotación tipificados: quien explota una obra no puede por tanto argumentar que su actividad no penetra en la esfera de exclusiva reservada al autor, por no encajar exactamente en ninguna de las cuatro modalidades típicas».

⁵⁶ Artículo 3. 1.º del TRLPI: «Los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual».

sensu. En efecto, esa receta vendría a ser una expresión simplemente literaria. Asimismo, por su parte, el plato culinario solo podría ser considerado como un peculiar tipo de obra plástica, dada su forma de expresión visual⁵⁷.

Pues bien, tales consideraciones solo pueden ser superadas si defendemos un cambio particular en el sistema relativo a la exclusiva protección de la forma de expresión de las creaciones, basándonos precisamente en la antedicha relación fáctica entre la receta y el plato culinario. Para ello, podemos atender a la identidad de razón que efectivamente existe entre, por un lado, creaciones como los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería y, por otro lado, las recetas de los platos culinarios. El Tribunal Supremo⁵⁸, en referencia a las creaciones antedichas, indicó, *obiter dicta*, que «se trata [...] de obras en las que, al contrario de lo que ocurre con la mayoría de las que obras protegidas por la propiedad intelectual, la forma de la expresión es muy secundaria respecto del contenido expresado». Ello se debe a que «el contenido se impone como factor necesario, siendo el margen para la recreación formal del mismo escaso y de importancia muy secundaria, pues en ellas la originalidad opera directamente sobre el contenido». Por tanto, queda claro que el Tribunal Supremo avaló la necesidad de reformular el sistema tradicional de la exclusiva protección jurídica de la forma de expresión de las creaciones⁵⁹.

Sobre ello, si bien existe un sector doctrinal que se muestra reticente a admitir que la protección conferida a los proyectos, planos, maquetas y diseños pueda extenderse a las obras arquitectónicas o de ingeniería (Arribas del Hoyo, 2009, pp. 175 y 176; y Rodríguez Tapia, 2009b, pp. 128 y 129), lo cierto es que la doctrina mayoritaria tiende a aceptar la protección de ambos como un único *corpus mysticum* (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2017a, p. 187 y 188; Ortega Doménech, 2011, p. 169; Robert Guillén, 2017, pp. 148 y 149; y Sánchez Aristi, 2017a, p. 300). Como bien apuntó la antes mencionada Sentencia del Tribunal Su-

⁵⁷ Esta idea es plenamente compartida por el abogado general del caso Levola cuando afirma que, «aunque la forma en que se expresa una receta (la expresión) puede ser protegida por los derechos de autor siempre que la expresión sea original, los derechos de autor no protegen la receta como tal (la idea)».

⁵⁸ STS, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2014, n.º 588/2014 (NCJ059041).

⁵⁹ Efectivamente, con el ánimo de ahondar más en la cuestión, el Tribunal Supremo estableció que «lo expuesto no contradice la regulación de la protección conferida por la propiedad intelectual, puesto que la contraposición entre la "forma de expresión" que constituiría el continente (en principio, lo protegido por la propiedad intelectual) y las "ideas" que constituirían el contenido (que suele afirmarse se halla exento de protección) no puede establecerse por igual en todas las categorías de obras. La afirmación de que solo la forma de una obra y no su contenido es objeto de protección por la propiedad intelectual ha de ser matizada. Es significativo, por ejemplo, que entre los derechos de explotación del autor se encuentre el derecho de transformación (arts. 11, 17, 21, 89 TRLPI), en que se modifica la "forma" de la obra pero se mantiene, más o menos sustancialmente, su contenido. Es por tanto necesario relativizar la dicotomía forma/contenido, en la que la forma estaría protegida por la propiedad intelectual, mientras que el contenido carecería de tal protección, puesto que en este tipo de obras (planos, proyectos, maquetas, diseños, y argumentos, guiones y formatos televisivos) es el contenido lo que se protege por encima de la forma en que está expresado».

premo de 22 de octubre de 2014, «lo que interesa al autor de este tipo de obras es la protección frente a lo que podríamos calificar como aplicación o ejecución del contenido de su obra, frente a la explotación, a la integración de dicho contenido en la actividad económica de un tercero, en el proceso de producción y oferta de bienes o servicios sin su consentimiento». En vista de ello, «no existe obstáculo legal para otorgar tal protección por cuanto que según el artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual "corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma", por lo que cualquier forma de explotación de su obra ha de ser protegida»⁶⁰.

Por todo ello, atendiendo a esa identidad de razón entre los proyectos, planos, maquetas o diseños arquitectónicos y las recetas culinarias, debemos entender que el plato culinario y la receta conforman una misma creación intelectual, de tal manera que el contenido de la receta puede ser ejecutado y así dar lugar al plato culinario. En otras palabras, la receta y el plato culinario constituyen la creación culinaria *stricto sensu* como una única obra, si bien la receta representaría su versión bidimensional mientras que, una vez ejecutado su contenido, tendría lugar la versión tridimensional de la creación culinaria, esto es, el plato culinario. Por consiguiente, queda claro que la receta –como representación que expresa la composición de un plato y, en su caso, el procedimiento para elaborarlo– se configura, de una forma u otra, como el propio plato culinario. Por ello, podría entenderse que el plato culinario es la ejecución de esa receta culinaria, siendo ambos la misma obra, si bien representada y exteriorizada de manera diferente. Exactamente, ejecución no es lo mismo que exteriorización; lo originariamente exteriorizado puede ser objeto de ejecución al igual que puede ser comunicado públicamente, distribuido o reproducido. De la misma manera, cuando se ejecuta el plato culinario con base en la receta, generalmente no se está transformando la receta culinaria, sino que simplemente se está «ejecutando». Defender lo contrario supondría admitir que la receta y el plato culinario son dos obras distintas e independientes entre sí, mientras que lo cierto es que conforman una única realidad jurídica y ambas expresan como un único *corpus mysticum* la creación intelectual preconcebida por su autor.

4.2.3. La protección indirecta del sabor en el ámbito del derecho de autor

Surge ahora la concreta cuestión de cómo proteger el aspecto gustativo del plato culinario si, como hemos visto, el TJUE ha ratificado la imposibilidad de proteger un sabor como objeto de derecho de autor, al menos mientras no existan medios técnicos suficientes para determinarlo de manera objetiva. Pues bien, la estrecha relación entre la receta y el propio

⁶⁰ En efecto, y como se ha comentado antes, «la enumeración de los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación que se hace a continuación en dicho precepto solo tiene un carácter enunciativo, porque constituyen las formas de explotación típicas y más frecuentes de una obra protegida por la propiedad intelectual, pero no las únicas posibles».

plato culinario supondría la relegación a un segundo plano de la cuestión acerca de la relativa imposibilidad de proteger algunas de sus formas de expresión, en la medida que la receta permitiría proteger jurídicamente el plato culinario, entendido como contenido de la receta. No sería necesario debatir sobre si un sabor es protegible, porque el plato culinario estaría protegido a través de la receta, y el plato en cuestión siempre ostentará un determinado sabor con independencia de su fugacidad, su inestabilidad o la subjetividad en su determinación. Tampoco habría necesidad de determinar o identificar un sabor concreto, porque este estaría igualmente protegido al ser una parte intrínseca del plato culinario. Se trata de lo que podría denominarse «protección jurídica indirecta en sede del derecho de autor», ya que, a pesar de que el sabor no estuviera considerado como una obra, lograría una protección indirecta con base en la tutela jurídica directa que ostentarían tanto el plato culinario como su receta. Dicho de otra manera, la cuestión se centra en el plato culinario en sentido estricto, conformado por todas sus formas de expresión sin distinción entre cada una de ellas. No sería protegido un sabor o un olor, sino el plato culinario en su totalidad, y ello se lograría con la ayuda de la receta culinaria, la cual permitiría percibir objetivamente su contenido⁶¹. Para terminar, habrá que tener en cuenta que la receta culinaria deberá ser concreta y detallada, de tal manera que pueda apreciarse de forma completa el plato culinario representado gráficamente y, a su vez, sea posible valorar la presencia de originalidad, cuando menos, «en lo sustancial» de la creación culinaria y no solo en pequeñas variaciones o meros cambios de combinación⁶². Se tratará, en esencia, de una obra de carácter complejo⁶³. Y, por último, en cuanto a la determinación de ese contenido sustancial que debe ser original, creemos que lo ideal sería que fuere apreciado caso por caso con apoyo de expertos o profesionales del ámbito culinario.

⁶¹ A modo de ejemplo, en caso de que dos sujetos degustaran respectivamente dos platos elaborados con base en la misma receta y ambos consideraran que su sabor es distinto, tal consideración carecería de valor en vista de que la receta en la que se han basado para ejecutar los dos platos es la misma; todo ello sin perjuicio de la carga de la prueba de que, en efecto, se tratara realmente de la misma receta culinaria.

⁶² Decimos «en lo sustancial» porque, de acuerdo con la STS de 23 de octubre de 2001, Sala de lo Civil, n.º 963/2001, el plagio consiste «en una copia en lo sustancial de una obra ajena». Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2003, Sala de lo Civil, n.º 1125/2003, y 28 de enero de 1995, Sala de lo Civil, n.º 12/1995, indican que «las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual», de forma que «el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales».

⁶³ Entendido así, no cabría argumentar tesis tales como la defendida por Marco Molina (2016, p. 80), quien afirma que, «como en cocina cualquier pequeña variación o cambio de combinación puede desembocar en un resultado personal o incluso novedoso y, por ende, indiscutiblemente "original" (arts. 10.1, 11 y 21 LPI), sería perturbador que la estricta prohibición de "transformar" o versionar la obra ajena (y difundir el resultado de esa actividad) sin autorización de su creador (o de quien ostentase la propiedad intelectual sobre ella) minase o cercenase las posibilidades creativas de un sucesivo creador».

5. Conclusiones

Un plato culinario se configura como una creación fácticamente compleja, en la medida que puede ser percibido a través de diversos canales de exteriorización, a saber: el gusto, la vista, el olfato, el oído y el tacto. Pues bien, a pesar de que no existen impedimentos jurídicos para admitir la protección de un plato culinario y, más concretamente, de su sabor por el derecho de autor (siempre que la creación esté exteriorizada y sea original), algunos de los canales de exteriorización del plato culinario no pueden objetivarse con facilidad. De hecho, la única forma de expresión del plato culinario que no admite discusión sobre su posible calificación como obra es la visual, en la medida que se configura como un aspecto del plato culinario plenamente objetivable. Actualmente no es posible proteger de forma directa el sabor de un plato culinario, ya que no hay posibilidad de identificarlo precisa y objetivamente, al basarse dicha identificación en sensaciones y experiencias gustativas subjetivas y variables. Ello conlleva que, si bien, *de iure*, es posible proteger el sabor de un plato culinario en virtud del TRLPI, los inconvenientes actuales relativos a su exteriorización provocan que, *de facto*, tal posibilidad devenga nula. Esa imposibilidad de calificar un sabor como obra en el ámbito del derecho de autor ha sido ratificada por la STJUE de 13 de noviembre de 2018 (caso Levola). A pesar de ello, dicha imposibilidad es meramente relativa, porque si en el futuro las técnicas para la identificación precisa y objetiva de los sabores evolucionan, sería posible proteger un sabor como objeto del derecho de autor. El TJUE, al responder a las cuestiones prejudiciales planteadas en el caso Levola, no entró a valorar la segunda cuestión prejudicial. Esta se refería precisamente a si la receta culinaria puede ayudar a proteger jurídicamente un sabor. Por ello, podemos afirmar que el TJUE únicamente se ha pronunciado sobre las posibilidades de tutela jurídica directa de un sabor por el derecho de autor, pero no sobre otras vías indirectas de protección en el ámbito de la propiedad intelectual.

En vista de ello, es preciso analizar si la receta puede aportar algo a la discusión sobre la protección del sabor. La receta culinaria, como representación gráfica que expresa la composición de un plato culinario –y, en su caso, el procedimiento para elaborarlo–, puede ser protegida como obra literaria o como contenido de una colección o base de datos. No obstante, dicha protección no alcanza al contenido de la receta, sino solo a su forma de expresión o composición y, en su caso, a la concreta selección, estructura, sistemática, presentación o disposición del contenido. Por esa razón, es preciso entender la receta como «representación gráfica con base en la que se ejecuta un plato culinario», en la medida que, solo de esta manera, la receta cumplirá las siguientes funciones interdependientes: a) objetivación de la creación culinaria, de tal forma que se eviten los inconvenientes fácticos que conllevaban sus diferentes formas de expresión; y b) protección de su contenido que, en esencia, viene a ser el propio plato culinario. Entendida así la receta, tanto ella como el plato culinario conformarían un único *corpus mysticum*. Así, respecto al sabor se produciría lo que hemos denominado «protección jurídica indirecta en sede del derecho de autor», ya que, a pesar de no adquirir la calificación de obra, el sabor lograría una protección indirecta en virtud de la tutela jurídica de carácter directo que ostentan tanto el plato culinario

como su receta. Además, para que todo lo dicho goce de plena coherencia, el plato culinario debería estar representado en la receta de forma concreta y detallada, de tal manera que sea posible percibirlo objetiva y plenamente y determinar su originalidad sustancial.

En definitiva, a pesar de lo concluido en el caso *Levola* por el TJUE, el sabor de un plato culinario podría ser protegido en el ámbito del derecho de autor de dos maneras distintas: 1) a través de calificación del sabor como obra (protección directa del derecho de autor), siempre y cuando hayan evolucionado las técnicas para la identificación precisa y objetiva de los sabores; o bien, 2) a través de la receta considerada como «representación gráfica con base en la que se ejecuta un plato culinario», de tal manera que el plato y la receta sean una única obra y, consiguientemente, se proteja directamente el contenido de la receta y se objetive la identificación del sabor concreto. De esta manera, en este segundo caso, el aspecto gustativo sería protegido indirectamente a pesar de no configurarse como una creación intelectual. En conclusión, la protección del sabor en el ámbito de la propiedad intelectual es todavía posible en virtud de los dos motivos analizados, pero parece que, con ánimo de lograr una mayor seguridad jurídica en el ámbito autoral, sería preferible regular expresamente estas controvertidas situaciones de acuerdo con las particularidades que les caracterizan.

Referencias bibliográficas

- Ansón Oliart, R. (2019). Un marco jurídico para la gastronomía del siglo XXI. En J. Cremades y R. Ansón (Dir.), *Derecho y Gastronomía* (pp. 29-33). Madrid: Dykinson.
- Arribas del Hoyo, P. (2009). Derechos morales y derechos de explotación sobre el resultado de las obras de ingeniería. En M. T. Carrancho, E. Vicente y R. de Román (Coords.), *Ingeniería y propiedad intelectual* (pp. 171-201). Madrid: Reus.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2007). Comentario al artículo 10. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (3.ª ed.). (pp. 151-189). Madrid: Tecnos.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2017a). Comentario al artículo 10. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (4.ª ed.). (pp. 159-197). Madrid: Tecnos.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2017b). Comentario al artículo 13. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (4.ª ed.). (pp. 223-226). Madrid: Tecnos.
- Bondía Román, F. (1988). *Propiedad Intelectual. Su significado en la Sociedad de la Información*. Madrid: Trivium.
- Carrancho, M. T., Vicente, E. y Román, R. de (Coord.). (2009). *Ingeniería y propiedad intelectual*. Madrid: Reus.
- Carrasco Perera, A. (2007). Comentario al artículo 5. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (3.ª ed.). (pp. 97-105). Madrid: Tecnos.

- Carrasco Perera, A. y Estal Sastre, R. del (2017). Comentario al artículo 5. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (4.^a ed.). (pp. 105-114). Madrid: Tecnos.
- Couso Pascual, J. R. (2019). Paralelismos entre la Abogacía y la Gastronomía: algunas reflexiones sobre organización, contratación y retención de talento. En J. Cremades y R. Ansón (Dir.), *Derecho y Gastronomía* (pp. 141-147). Madrid: Dykinson.
- Cremades, J. y Ansón, R. (Dir.). (2019). *Derecho y Gastronomía*. Madrid: Dykinson.
- DENAE (2018). *V Certamen de artículos jurídicos sobre Derecho del Entretenimiento, Premios DENAE*.
- Garbayo Blanch, J. (2017). Derecho de Patentes. En M. Ruiz Muñoz (Dir.), *Derecho de la Propiedad Intelectual. Derecho de autor y Propiedad industrial* (pp. 241-299). Valencia: Tirant lo Blanch.
- González Soria, J. (2019). Problemática de los derechos de autor en la Gastronomía. En J. Cremades y R. Ansón (Dir.), *Derecho y Gastronomía* (pp. 49-67). Madrid: Dykinson.
- Guijo Vázquez, J. M. (2008). El Registro de la Propiedad Intelectual como instrumento de protección de los derechos de autor. En E. Serrano Gómez (Coord.), *El Registro de la Propiedad Intelectual* (pp. 41-63). Madrid: Reus.
- Instituto de Derecho de Autor. (2017). *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de Propiedad Intelectual*. Madrid: Instituto de Derecho de Autor.
- Marco Molina, J. (2016). La obra gastronómica como objeto de la propiedad intelectual. En R. Morral Soldevila (Dir.), *Problemas actuales de Derecho de la Propiedad Industrial*. V Jornada de Barcelona de Derecho de la Propiedad Industrial (pp. 59-81). Madrid: Tecnos.
- Marco Molina, J. (2017). Comentario al artículo 145. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (4.^a ed.). (pp. 1.902-1.924). Madrid: Tecnos.
- Marín López, J. J. (2006). *El conflicto entre el Derecho Moral del Autor Plástico y el Derecho de Propiedad sobre la Obra*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Mariscal Garrido-Falla, P. y Minero Alejandro, G. (2017). Comentario al artículo 12. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (4.^a ed.). (pp. 212-223). Madrid: Tecnos.
- Martín Salamanca, S. (2017). Derecho de autor. En M. Ruiz Muñoz (Dir.), *Derecho de la Propiedad Intelectual. Derecho de autor y Propiedad industrial* (pp. 45-240). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morán Ruiz, M. (2018). ¿Creadores en riesgo de extinción? En *V Certamen de artículos jurídicos sobre Derecho del Entretenimiento, Premios DENAE* (pp. 9-28). DENAE.
- Morillas Jarillo, M. J. (2017). Comentario al artículo 12. En F. Palau Ramírez y G. Palau Moreno (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (pp. 248-271). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morral Soldevila, R. (Dir.). (2016). *Problemas actuales de Derecho de la Propiedad Industrial*. V Jornada de Barcelona de Derecho de la Propiedad Industrial. Madrid: Tecnos.
- Muñoz Vico, A. (2011). Una defensa convencional de la libertad de creación. En J. Torres Ripa y J. A. Gómez Hernández (Coord.), *El copyright en cuestión* (pp. 43-78). Bilbao: Universidad de Deusto.

- Navas Navarro, S. (Dir.). (2019). *Nuevos desafíos para el derecho de autor. Robótica, Inteligencia Artificial, Tecnología*. Madrid: Reus.
- Ortega Doménech, J. (2011). Proyectos, planos, maquetas y diseños de las obras de ingeniería y de arquitectura. Anteproyectos. Modificaciones de planos. Intervención del dueño de la obra y límites de la misma. En J. Ortega Doménech (Coord.), *Ideas, bocetos, proyectos y derecho de autor* (pp. 159-177). Madrid: Reus.
- Otero Lastres, J. M. (2019). Una aproximación a la protección jurídica de la obra gastronómica. En J. Cremades y R. Ansón (Dir.), *Derecho y Gastronomía* (pp. 103-119). Madrid: Dykinson.
- Palau Ramírez, F. y Palao Moreno, G. (Dir.). (2017). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Peinado Gracia, J. I. (2017). Comentario al artículo 10. En F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (pp. 170-233). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Plaza Penadés, J. (2017). Comentario al artículo 1. En F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (pp. 27-49). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Robert Guillén, S. (2017). *Alta cocina y Derecho de Autor*. Madrid: Reus.
- Rodríguez Tapia, J. M. (2009a). Comentario al artículo 1. En J. M. Rodríguez Tapia (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (2.ª ed.). (pp. 59-64). Cizur Menor: Aranzadi.
- Rodríguez Tapia, J. M. (2009b). Comentario al artículo 10. En J. M. Rodríguez Tapia (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (2.ª ed.). (pp. 119-130). Cizur Menor: Aranzadi.
- Romero Coloma, A. M. (2017). *El arte y el Derecho. Una visión constitucional (Censura, Protección jurídica y Libertad artística)*. Madrid: Dilex.
- Ruiz Muñoz, M. (2017). Derecho de marcas. En M. Ruiz Muñoz (Dir.), *Derecho de la Propiedad Intelectual. Derecho de autor y Propiedad industrial* (pp. 471-652). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Saiz García, C. (2000). *Objeto y sujeto del derecho de autor*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Aristi, R. (2017a). Comentario al artículo 17. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (4.ª ed.). (pp. 293-309). Madrid: Tecnos.
- Sánchez Aristi, R. (2017b). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014. En *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de Propiedad Intelectual* (pp. 559-568). Madrid: Instituto de Derecho de Autor.
- Serrano Gómez, E. (Coord.). (2008). *El Registro de la Propiedad Intelectual*. Madrid: Reus.
- Torres Ripa, J. y Gómez Hernández, J. A. (Coord.). (2011). *El copyright en cuestión*. Bilbao: Universidad de Deusto.



La normativa europea sobre energía y su vinculación con el derecho ambiental en pos del desarrollo sostenible: su progresiva relevancia hasta el actual paquete legislativo «energía limpia»

Asier García Lupiola

*Profesor agregado.
Universidad del País Vasco (UPV-EHU)*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don César Tolosa Tribiño, don Xabier Arzoz Santisteban, don José Luis López González, don Juan Francisco Mestre Delgado, don Ángel José Sánchez Navarro y don Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

Extracto

El desarrollo sostenible constituye uno de los objetivos del proceso de integración europea, tal y como expresa la normativa fundamental de la Unión Europea. Para el logro del mismo, la puesta en marcha de la política medioambiental europea ha sido fundamental, así como la cada vez mayor presencia de la energía en la misma. Precisamente, la energía ha ido adquiriendo progresivamente mayor importancia, estableciéndose una relación constante entre medio ambiente y energía en los diferentes planes y estrategias que tratan de alcanzar el objetivo citado. De una situación inicial de inexistencia de política medioambiental ni energética, se ha pasado a la situación actual en la que el derecho primario europeo recoge el recurso a la política energética como herramienta eficaz de protección medioambiental, lo que se refleja nítidamente en los planes y estrategias que lo desarrollan, así como en los actos legislativos adoptados.

Palabras clave: Unión Europea; desarrollo sostenible; política medioambiental; política energética.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: García Lupiola, A. (2020). La normativa europea sobre energía y su vinculación con el derecho ambiental en pos del desarrollo sostenible: su progresiva relevancia hasta el actual paquete legislativo «energía limpia». *Revista CEFLegal*, 231, 41-76.



European energy regulations and their relationship with environmental law to achieve sustainable development: its progressive relevance until the current «clean energy» legislative package

Asier García Lupiola

Abstract

Sustainable development is one of the objectives of the European integration process, and this is reflected in the fundamental European Union regulations. To achieve this objective, the implementation of European environmental policy has been fundamental, as well as the increasing presence of energy in it. Precisely, energy has become progressively more important, establishing a constant relationship between environment and energy in the different plans and strategies that seek to achieve the sustainable development. Initially there were no environmental or energy policy, however, today European primary law includes the use of energy policy as an effective tool for environmental protection, which is clearly reflected in the plans and strategies that develop it as well as in legislative acts adopted.

Citation: European Union; sustainable development; environmental policy; energy policy.

Citation: García Lupiola, A. (2020). La normativa europea sobre energía y su vinculación con el derecho ambiental en pos del desarrollo sostenible: su progresiva relevancia hasta el actual paquete legislativo «energía limpia». *Revista CEFLegal*, 231, 41-76.



Sumario

1. Introducción
 2. Los fundamentos de las políticas europeas de medio ambiente y energía
 - 2.1. La configuración de la política europea de medio ambiente
 - 2.2. La configuración de la política europea sobre energía
 - 2.3. El derecho primario europeo en materia medioambiental y energética
 - 2.4. El derecho derivado europeo en materia medioambiental y energética
 3. Los instrumentos para desarrollar las políticas europeas de medio ambiente y energía
 - 3.1. La Estrategia Europa 2020 y el séptimo programa sobre medio ambiente
 - 3.2. El Marco clima y energía para 2030
 - 3.3. La Unión de la Energía
 - 3.4. El paquete legislativo energía limpia
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La protección del medio ambiente constituye una de las mayores preocupaciones de la sociedad hoy día, más aún ante la relevancia de los efectos del cambio climático. Al mismo tiempo, la necesidad de conjugar la defensa ambiental con el crecimiento económico convierte el desarrollo sostenible en uno de los retos principales en el plano internacional. La normativa vigente en la Unión Europea (UE) determina que uno de los objetivos fundamentales del proceso de integración europea sea, precisamente, el desarrollo sostenible, tal y como queda reflejado en el artículo 3 del Tratado de la UE (TUE).

Lo cierto es que los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (CC. EE.) no establecieron dicho principio, si bien gracias a las diferentes reformas habidas en los mismos acabó recogido en los textos jurídicos fundamentales de la UE –hoy día, además del TUE, el Tratado sobre Funcionamiento de la UE (TFUE)–. De esta manera, el desarrollo sostenible quedó determinado en el seno del derecho primario europeo como fin vinculante para todos los Estados miembros de la Unión. Para el cumplimiento de dicho objetivo, el desarrollo de la política medioambiental europea ha sido fundamental, así como la cada vez mayor presencia de la energía en la misma. Como la medioambiental, la energética no fue recogida como política en los tratados constitutivos y su desarrollo quedó marginado al tratarse de una materia que los países consideran estratégica y de interés nacional. El impulso para su determinación como política, especialmente a partir del año 2000, ha tenido lugar por los indudables aspectos ambientales recogidos en la misma y, específicamente, porque se ha ido concibiendo como parte importante para el logro de la sostenibilidad.

El presente texto realiza un análisis que es al mismo tiempo retrospectivo y explicativo. Ello se debe a que estudia la progresiva importancia que ha ido adquiriendo la energía como herramienta para el logro del desarrollo sostenible en la UE, estableciéndose una relación constante entre medio ambiente y energía en las diferentes estrategias, propuestas y planes que tratan de alcanzar el objetivo citado, así como en la normativa que los desarrolla. Como se verá, de una situación inicial de inexistencia de políticas medioambiental y energética, se ha pasado por diferentes etapas hasta el momento en que la energía adquiere una relevancia fundamental para impulsar la protección medioambiental y actuar contra el cambio climático. Ello se aprecia en el tratado de Lisboa y los demás elementos jurídicos que recogen los objetivos, principios y directrices del derecho ambiental europeo vigentes en la actualidad, y entre los que destaca el recurso a la política energética como herra-

mienta eficaz de protección medioambiental. Los instrumentos normativos más recientes fortalecen el vínculo entre ambas materias, cada vez más relevante en el ámbito climático, pero también por medio del impulso de las energías renovables y la eficiencia energética.

2. Los fundamentos de las políticas europeas de medio ambiente y energía

2.1. La configuración de la política europea de medio ambiente

Los tratados fundacionales de las CC. EE. no regularon el establecimiento de la política europea de medio ambiente, por lo que sus orígenes se sitúan a finales de la década de 1960. Los entonces seis Estados miembros venían aplicando normas con contenido medioambiental que podían crear obstáculos a los intercambios y a la libre circulación de mercancías. Ante esta situación, «las instituciones comunitarias intentaron conciliar las necesidades de la política industrial y la tutela del medio ambiente» recurriendo a la posibilidad que recogían los tratados de armonización de las políticas de los Estados miembros que incidan en el funcionamiento del mercado común¹. Ahora bien, el objetivo inicial no fue tanto generar una normativa específica de protección ambiental, sino más bien «llevar a cabo la aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros con el propósito de que las normas medioambientales de estos no incidieran en la libre competencia y en especial en el intercambio de mercancías» (Hinojo Rojas, 2018, p. 27)².

La Comisión adoptó en 1971 el primer documento sobre esta materia ante la necesidad de tener presente el medio ambiente al objeto de regular adecuadamente el desarrollo del mercado común, reconociendo al mismo tiempo su compatibilidad con los objetivos de la comunidad³. De este modo, se fueron adoptando y poniendo en marcha los conocidos como programas de acción sobre medio ambiente (PMA). Con ellos se iniciaba el desarrollo de la política europea de medio ambiente, si bien los primeros tuvieron que enfrentarse a un con-

¹ Se trataba del artículo 94 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. (Modafferi, 2016, p. 56).

² El autor recuerda los primeros actos legislativos que comenzaban a formular una política propia de protección del medio ambiente: Directiva 67/548/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de clasificación, embalaje y etiquetado de sustancias peligrosas (DOCE L 196, de 16 de agosto de 1967), Directiva 70/157/CEE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de los vehículos a motor (DOCE L 42, de 23 de febrero de 1970) y Directiva 70/220/CEE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de medidas que deben adoptarse contra la contaminación del aire causada por los gases procedentes de los motores de explosión con los que están equipados los vehículos a motor (DOCE L 76, de 6 de abril de 1970).

³ Comisión Europea, Comunicación de 22 de julio de 1971, *Première communication sur la politique de la Communauté en matière de l'environnement*, Sec. (71) 26/6.

texto adverso marcado por la crisis del petróleo y la consiguiente recesión económica. El primer PMA fue adoptado por el Consejo de las CC. EE. el 22 de noviembre de 1973, estableciéndose como objetivo general la mejora de la calidad de vida y del medio ambiente de los Estados miembros. El segundo PMA, adoptado por el Consejo el 17 de mayo de 1977, es considerado como una continuación del anterior, puesto que ambos «pusieron los pilares para la defensa de los intereses ambientales en la Comunidad y fijaron como gran objetivo la utilización racional de los recursos naturales compatible con el desarrollo económico» (Cuenca García, 2007, p. 419). Estos dos primeros programas supusieron la aprobación de numerosas directivas para aproximar las legislaciones estatales en materia medioambiental, fijando así unos estándares comunitarios iniciales de calidad ambiental.

El tercer PMA, aprobado por Resolución del Consejo de 7 de febrero de 1983, desarrollaba la línea iniciada por los dos primeros. La gran aportación del mismo vino determinada por el hecho de que identificó un objetivo general de protección del medio ambiente para el conjunto de las políticas comunitarias. Durante el desarrollo de la aplicación del programa se constató que las consideraciones ambientales incidían sobre determinados ámbitos de actuación, como agricultura, industria, transportes o energía, por lo que se veía necesario la formulación de una estrategia global de protección medioambiental. Así, las preocupaciones del medio ambiente se integraban en todas las políticas comunitarias y se ligaba la actuación en materia de medio ambiente con la solución de los problemas socioeconómicos.

El siguiente avance tuvo lugar gracias al Acta Única Europea (AUE), que entró en vigor el 1 de julio de 1987 y reformó los tratados constitutivos de las CCEE con el objetivo de relanzar la integración europea. Además de aportar relevantes novedades institucionales y de establecer las medidas necesarias para la puesta en marcha del mercado interior de la Comunidad Europea (ya en singular, CE), el AUE introdujo en el ámbito comunitario la regulación de materias estructuradas como nuevas políticas, tal y como sucedió con el medio ambiente. Con este texto, los líderes de la CE comenzaban a buscar una respuesta ante los retos que planteaba la propia ciudadanía, cuya presión a favor de la protección medioambiental crecía ante los desastres ecológicos cada vez mayores, y en especial ante la tragedia de Chernóbil (Wood y Yesilada, 2006, p. 172). Así, el AUE constituyó un hito en la evolución del papel de la Comunidad en la protección medioambiental, al introducir una normativa específica y el principio de subsidiariedad en esta materia, relacionándola además con otras como el comercio, la agricultura, la investigación o la energía (Gusev, 2011, p. 80). El AUE «instaló la conservación del medio ambiente en el derecho primario de la CE y aludió a su condición inherente al desarrollo económico y social, la calidad de vida y la sostenibilidad de otras políticas europeas» (Nieto Solís, 2005, p. 217). Como se ve, «se trataba de preparar y poner en práctica programas para conseguir una dimensión ecológica del desarrollo económico» (Cuenca García, 2007, p. 412).

Poco después de la entrada en vigor del AUE, el 19 de octubre de 1987 el Consejo adoptó la resolución por la que se aprobaba el cuarto PMA. Se inscribía dentro de la estrategia global de su precedente, pero con un carácter más completo y expansivo, derivado de la nueva normativa fundamental instaurada por el AUE. Así, continuó con la línea iniciada du-

rante la aplicación del tercer programa, a saber, la integración en otras políticas comunitarias de los aspectos medioambientales. Al mismo tiempo, posibilitó la creación de los instrumentos adecuados para el desarrollo estable de la política ambiental, como la Agencia Europea de Medio Ambiente en 1990 (puesta en marcha en 1994) y el instrumento financiero específico para la protección del medio ambiente, LIFE en 1992.

El 16 de diciembre de 1992 el Consejo aprobó el quinto PMA, alargando su vigencia hasta los 10 años. Su objetivo general era orientar progresivamente el modelo de crecimiento europeo hacia el desarrollo sostenible, mediante el cambio de las pautas de producción y consumo, para lo que establecía objetivos específicos en cinco sectores. A destacar los referentes a la energía: mejora de la eficacia energética, reducción del consumo de combustibles fósiles y promoción de las energías renovables.

Los tratados modificativos de Maastricht (que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993) y de Ámsterdam (que lo hizo el 1 de mayo de 1999) concretaron los fundamentos de la política medioambiental europea (el tratado de Niza apenas aportó novedades de consideración en este ámbito), ampliando los objetivos específicos y haciendo partícipe al Parlamento Europeo (PE) de la producción normativa medioambiental europea. El derecho primario europeo subrayaba el desarrollo sostenible como una de las principales metas de la Unión, dejándolo establecido definitivamente como objetivo del proceso de integración europea y no exclusivamente de la política de medio ambiente (Wood y Yesilada, 2006, p. 172).

El Consejo Europeo de 23 y 24 de marzo de 2000 aprobó la conocida como Estrategia de Lisboa, un plan global que tenía por objetivo convertir Europa en la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo para 2010. La dimensión ambiental fue incorporada a los objetivos de la Estrategia de Lisboa en el Consejo Europeo de Gotemburgo de 15 y 16 de junio de 2001, estableciendo la Estrategia Europea para el Desarrollo Sostenible⁴. En ella se subrayaba ya la importancia que adquiriría el que se puede considerar el mayor reto medioambiental: la lucha contra el cambio climático. Ya lo había evidenciado la Comisión cuando a comienzos del año 2000 propuso poner en marcha una estructura destinada a identificar y preparar la ejecución de las medidas de lucha contra el cambio climático⁵. Y siguió quedando patente su importancia en el sexto PMA, aprobado conjuntamente por el PE y el Consejo en julio de 2002⁶. En efecto, entre los cuatro ámbitos de actuación determinados por el programa destaca el cambio climático, estableciéndose como meta específica alcanzar los objetivos del protocolo de Kioto.

⁴ Consejo Europeo de Gotemburgo de 15 y 16 de junio de 2001 - Conclusiones de la Presidencia, SN 2001/1/01 REV 1.

⁵ Comisión Europea, Comunicación de 8 de marzo de 2000, *Sobre políticas y medidas de la UE para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, «Hacia un Programa Europeo sobre el Cambio Climático»* (PECC), COM (2000) 88 final, 2000.

⁶ Decisión n.º 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002, por el que se establece el Sexto Programa de Acción sobre Medio Ambiente (DOCE L 242/1, de 10 de septiembre de 2002).

En enero de 2007 la Comisión concretó la estrategia europea de lucha contra el cambio climático⁷. Fijó como objetivo unilateral de la UE la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en el 20 % respecto de 1990 hasta el año 2020. Se consideró que los países desarrollados deberían comprometerse, en el marco de un acuerdo internacional, a reducir colectivamente sus emisiones en un 30 % hasta 2020 y entre un 60 % y un 80 % hasta 2050. En el caso de que se concluya dicho acuerdo, la Unión debería fijar como objetivo la reducción de emisiones en un 30 % hasta 2020.

2.2. La configuración de la política europea sobre energía

La declaración Schuman de 1950 impulsaba la puesta en común de las producciones de carbón y de acero como objetivo para garantizar el desarrollo económico europeo⁸. Tras la puesta en marcha de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la importancia que la energía parecía tener en el inicio del proceso de integración europea se confirmaba con la firma de los tratados de Roma en 1957, que además de la Comunidad Económica Europea, crearon la Comunidad Europea de la Energía Atómica⁹. Sin embargo, con la excepción inicial del carbón y de la energía nuclear, la integración europea en el ámbito energético no ha sido una prioridad por parte de los Estados miembros hasta época reciente. Ello se debe a que «la seguridad energética se considera en todos los países un factor estratégico fundamental que debe mantenerse esencialmente bajo el control de las instituciones políticas de cada Estado» (Aranzadi, 2014, p. 35).

La política energética de la UE ha pasado por diferentes etapas hasta llegar a la situación actual en la que existe una relación directa entre la misma y la protección medioambiental. Los pasos iniciales en la estructuración de una cooperación energética entre los Estados miembros tuvieron lugar tras la entrada en vigor de los tratados constitutivos de las CC. EE., con las primeras propuestas para una unidad de mercado en este ámbito. Entre los objetivos establecidos para la futura política energética europea se encontraban el suministro barato, la seguridad de suministro, el desarrollo de productos sustitutivos y la estabilidad del suministro¹⁰. Se aprecia claramente que la idea de sostenibilidad no era tenida en cuenta.

⁷ Comisión Europea, Comunicación de 10 de enero de 2007, *Limitar el calentamiento mundial a 2 °C - Medidas necesarias hasta 2020 y después*, COM (2007) 2 final.

⁸ Teniendo en cuenta que entonces el carbón suministraba el 90 % de la energía en Europa, se ponía de manifiesto que «la cuestión energética y su vínculo con la prosperidad estaban presentes en las preocupaciones iniciales de los líderes políticos europeos» (Morán Blanco, 2015, p. 132).

⁹ Lo que explica «las reticencias a la cesión de soberanía en materia de seguridad energética a instituciones supranacionales» (Ristori, 2019, p. 19).

¹⁰ Comisión Europea, Comunicación de 18 de diciembre de 1968, *First guidelines for a Community energy policy*, COM (68) 1040.

La crisis del petróleo de 1973 evidenció la vulnerabilidad de Europa por su dependencia energética del exterior y la falta de solidaridad entre los países miembros, lo que requería fortalecer la cooperación en materia energética. No obstante, en dicho contexto, la propuesta que presentó la Comisión seguía incidiendo en el objetivo de la seguridad en el suministro y la estabilidad de los precios, apostando además por el fomento de la energía nuclear¹¹. Aunque la situación parecía empujar a la puesta en marcha de una política energética común, lo cierto es que no hubo un desarrollo de la misma dado el obstáculo insalvable que supuso «el celo con que los gobiernos se aferraron a mantener el control sobre el sector de la energía, dadas las ramificaciones de todo orden que tienen las políticas concernientes a la misma» (Sodupe y Benito, 2000, p. 422).

Tras la segunda oleada de la crisis se puso en marcha un plan para lograr un uso racional de la energía, al objeto de mantener el suministro energético y de hacerlo con un coste relativamente barato, condiciones indispensables para el sostenimiento del modelo económico-social europeo¹². Aunque se seguía incidiendo en el consumo de carbón y en el impulso de programas nucleares, se apostó también por las energías renovables y se aconsejó actuar en materia de I+D con respecto a las mismas. Ahora bien, debe subrayarse que la toma en consideración de las energías renovables «no encuentra su fundamento aún en motivos ambientales sino en razones de seguridad del suministro mediante la sustitución del petróleo» (López Sako, 2011, p. 85).

A finales de la década de los años 80 se reconoció que la eficiencia energética y el uso de energías renovables contribuyen de manera importante a la reducción de emisiones contaminantes¹³. Es más, la Comisión concluyó que las decisiones sobre política energética debieran tener presente los potenciales cambios climáticos derivados del efecto invernadero, considerando la promoción de energías renovables una medida necesaria para prevenirlos¹⁴.

A mediados de los años 90 se adoptó un enfoque más equilibrado de la política energética europea, al tomar en consideración, junto a la competitividad y a la seguridad del suministro, la protección del medio ambiente. Precisamente, el Libro Verde sobre la energía presentado por la Comisión establecía esos tres ámbitos como los objetivos prioritarios de

¹¹ Comisión Europea, Comunicación de 26 de junio de 1974, *Towards a new energy policy strategy for the European Community*, COM (74) 550 final/2.

¹² Comisión Europea, Comunicación de 2 de octubre de 1981, *The development of an energy strategy for the Community*, COM (81) 540.

¹³ Comisión Europea, Comunicación de 3 de mayo de 1988, *The main findings of the Commission's Review of Member State's energy policies*, COM (88) 174 final.

¹⁴ De este modo, la política energética europea pasó a tratar los problemas ambientales de una forma global al reconocer que la energía es la mayor fuente de emisiones de GEI y admitir que dicho problema podía llegar a ser el principal condicionante del uso de la energía. Comisión Europea, Comunicación de 8 de febrero de 1990, *Energy and the environment*, COM (89) 369 final.

la política energética europea¹⁵. El texto reconocía que los temas energéticos y ambientales no podían examinarse ya de forma aislada. Según la Comisión, debía establecerse una estrategia energética europea a largo plazo que tomase en consideración el fenómeno del cambio climático y fomentar el uso de las energías renovables para la producción de electricidad en Europa, dados sus beneficios ambientales, en particular en relación con el calentamiento global. En desarrollo de esta nueva línea de actuación llegarían nuevas propuestas en torno a las energías renovables¹⁶ y a la dimensión energética del cambio climático¹⁷, así como el primer paquete legislativo sobre energía¹⁸, y ya en 2003 un segundo paquete como desarrollo del mismo¹⁹.

En 2006 se establecieron los fundamentos de la nueva política energética europea, por medio de un nuevo Libro Verde que identificó los sectores en los que debía actuar la Unión²⁰. La mitad de ellos tenían estrecha relación con el medio ambiente. Así, para lograr una combinación energética más sostenible, eficiente y variada que favoreciese la seguridad y la competitividad del suministro de energía, se apostó por fuentes de energía renovables. Al objeto de lograr un enfoque integrado de lucha contra el cambio climático, se impulsó la eficiencia energética y un uso más responsable, económico y racional de la energía. Finalmente, para fomentar la innovación en materia de energía, se apostó por reforzar y aumentar la investigación. La política energética quedaba así unida a la de medio ambiente, pues su gran objetivo, junto a la competitividad y la seguridad de abastecimiento, pasó a ser la sostenibilidad.

El Libro Verde señalaba como principales retos de la industria energética europea, además de que esta compatibilizase su actividad con los objetivos medioambientales, la necesidad de hacer frente a la creciente dependencia de las importaciones de energía de la UE,

¹⁵ Comisión Europea, *For a European Union Energy Policy - Green Paper*, COM (94) 659 final/2.

¹⁶ Comisión Europea, *Energy for the Future: Renewable Sources of Energy - Green Paper*, COM (96) 576 final (1996).

¹⁷ Comisión Europea, Comunicación de 14 de mayo de 1997, *The Energy Dimension of Climate Change*, COM (97) 196 final.

¹⁸ A destacar las directivas sobre normas para el mercado interior de la electricidad y del gas natural: Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DOCE L 027, de 30 de enero de 1997) y Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (DOCE L 204, de 21 de julio de 1998).

¹⁹ Reglamento (CE) 1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad; Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE y Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE (los tres actos en DOCE L 176, de 15 de julio de 2003).

²⁰ Comisión Europea, *Libro Verde: Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura*, COM (2006) 105 final.

teniendo en cuenta el crecimiento de la demanda a nivel mundial, la concentración de las principales reservas de combustibles fósiles en pocos países y los altos precios de la energía. La influencia del documento fue notoria en la legislación medioambiental europea, específicamente en lo que se refiere a las decisiones adoptadas para impulsar la lucha contra el cambio climático y el desarrollo de energías renovables. Desde entonces se ha ido desarrollando «un complejo normativo regulador del cambio climático y de las energías renovables»²¹.

A partir del citado Libro Verde, a principios de 2007 la UE presentó la estrategia para desarrollar una política energética con dos objetivos que la vinculan directamente con la política medioambiental²²: por un lado, el compromiso decidido a favor de una economía de bajo consumo, de energía más segura, más competitiva y más sostenible; por otro, la pretensión de que dicha política sirva para abordar la cuestión del cambio climático. La propuesta europea era el resultado de la toma en consideración de las implicaciones ambientales en la producción y el consumo humanos de energía, de modo que ya no cabía concebir «una política energética que no tenga en cuenta como parte esencial de la misma su sostenibilidad, en pie de igualdad con los aspectos de la seguridad del suministro y la competitividad» (López Sako, 2011, p. 81). La estrategia es considerada particularmente relevante «por su contenido al incluir, en la seguridad energética, los desafíos del cambio climático y la eficiencia energética» (Herrero, 2016, p. 90).

A la par que la estrategia energética que acabamos de citar, la Comisión concretó la estrategia europea de lucha contra el cambio climático a la que nos hemos referido al final del epígrafe anterior, estableciéndose así de manera permanente la vinculación de los ámbitos medioambiental, principalmente en lo referido a la lucha contra el cambio climático, y energético. Ambas propuestas fueron adoptadas por el Consejo Europeo²³ y definirían la reforma que tendría lugar con el tratado de Lisboa. En materia energética se fijaron los siguientes objetivos para lograr en el año 2020: aumentar la eficiencia energética con el fin de ahorrar un 20 % del consumo energético de la UE; llevar al 20 % el porcentaje representado por las energías renovables en el consumo energético total de la UE; elevar al 10 % el porcentaje representado por los biocarburantes en el consumo total de gasolina y gasóleo para transporte.

Lo cierto es que la producción normativa de la UE en materia de protección medioambiental ya estaba reflejando la estrecha relación entre la lucha contra el cambio climático y la energía, principalmente por medio del impulso a las energías renovables. En efecto, en enero de 2008 la Comisión había publicado un paquete global de medidas sobre la protec-

²¹ Hasta el punto de que «ambas materias aparecen íntimamente imbricadas en la realidad diaria del sector energético y de las políticas públicas» (Alenza García y Sarasibar Iriarte, 2007, p. 13).

²² Comisión Europea, Comunicación de 10 de enero de 2007, *Una política energética para Europa*, COM (2007) 1 final.

²³ Consejo Europeo de Bruselas de 8 y 9 de marzo de 2007 - Conclusiones de la Presidencia, 7224/1/07 REV1.

ción del clima y la energía. Su resultado, una vez en vigor el tratado de Lisboa, fueron relevantes actos aprobados por el PE y el Consejo por medio del procedimiento legislativo ordinario. El conocido como «Paquete energía y clima» estaba compuesto por los siguientes actos legislativos²⁴: Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables; Directiva 2009/29/CE, por la que se perfecciona el comercio de derechos de emisión de GEI; Directiva 2009/31/CE, sobre el almacenamiento geológico del dióxido de carbono; Decisión 406/2009/CE sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de GEI a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020. Poco después se completaba con la actualización de los actos adoptados anteriormente²⁵.

2.3. El derecho primario europeo en materia medioambiental y energética

El tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, quedando la normativa fundamental europea compuesta por el TUE y el TFUE, ambos con igual nivel jurídico (art. 1 TUE). De este modo, en la actualidad, los dos textos jurídicos fundamentales de la UE recogen los principios legales de la política de medio ambiente que orientan y limitan la actuación de las instituciones y que se regulan de manera más específica por medio de los programas de acción ambiental y por las disposiciones que los desarrollan, así como los preceptos fundamentales de la política de energía²⁶.

El TUE establece como objetivo de la UE el desarrollo sostenible, siendo la única región del mundo donde dicho objetivo es declarado principio constitucional (Torre-Schaub, 2012, p. 89). Lo hace en su artículo 3 y en una doble perspectiva, tanto interior como exterior. En efecto, el número 3 de dicho precepto recoge, con respecto al mercado interior, que la Unión «obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa», el cual se basará en tres elementos: un crecimiento económico equilibrado, una economía social de mercado y «un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente». Mientras que el número 5 es-

²⁴ Todos los actos fueron aprobados conjuntamente por el PE y el Consejo el 23 de abril de 2009 (DOCE L 140, de 5 de junio de 2009).

²⁵ Directiva 2009/72/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE; Directiva 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE; Reglamento 713/2009 por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía; Reglamento 714/2009 relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1228/2003; Reglamento 715/2009 sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1775/2005. Todos los actos fueron aprobados conjuntamente por el PE y el Consejo el 13 de julio de 2009 (DOCE L 211, de 14 de agosto de 2009).

²⁶ En este apartado, nos atenemos a las «versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (DOUE, C 115 de 9 de mayo de 2008).

tablece que «en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores», lo que supone contribuir, entre otras metas, al «desarrollo sostenible del planeta».

El medio ambiente y la energía son competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros (art. 4.2 TFUE). Ello supone que en este ámbito los Estados miembros solo pueden ejercer su competencia en la medida en que la UE no haya ejercido la suya (art. 2.2 TFUE). Lo cierto es que la UE ha utilizado de manera activa el poder que le otorga el tratado. En efecto, junto al derecho primario, que fija las bases de las políticas medioambiental y energética, encontramos abundantes actos jurídicamente vinculantes adoptados por las instituciones europeas que las desarrollan y que conforman el derecho derivado en ambas materias. La vía normativa utilizada es el procedimiento legislativo ordinario –conocido como codecisión–, por medio del que el PE y el Consejo deciden las acciones que se desarrollarán para lograr los objetivos ambientales (art. 192.1 TFUE), elaboran programas de acción que fijan dichos objetivos (art. 192.3 TFUE) y adoptan las medidas necesarias para lograr los objetivos energéticos (art. 194.2 TFUE).

Los objetivos concretos de la política europea de medio ambiente son los siguientes (art. 191.1 TFUE): la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; la protección de la salud de las personas; la utilización prudente y racional de los recursos naturales; el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente y en particular a luchar contra el cambio climático. La necesidad específica de luchar contra el cambio climático con medidas internacionales es una adición realizada por el tratado de Lisboa, reflejo de la relevancia que para la Unión había adquirido dicha cuestión.

La UE debe lograr un nivel de protección medioambiental elevado, si bien debe tenerse presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones del territorio europeo (art. 191.2 TFUE). Como se ve, esta política trata de garantizar el derecho de todos los ciudadanos de la Unión a disfrutar del mismo nivel de protección medioambiental y el derecho de las empresas a operar en las mismas condiciones de competencia, pero de modo flexible pues deben respetarse las distintas circunstancias de cada país tanto como sea posible. El mismo precepto enumera los cuatro principios en los que se basa la política de medio ambiente, a saber, el de cautela, el de acción preventiva, el de corrección de los atentados al medio ambiente en la fuente misma y el de quien contamina paga.

La normativa fundamental de la UE reitera el establecimiento del desarrollo sostenible como objetivo de la Unión cuando recoge expresamente que «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar el desarrollo sostenible» (art. 11 TFUE). Se busca un equilibrio proporcionado entre prosperidad económica, justicia social y un medio ambiente saludable partiendo de la idea de que «las políticas que favorecen el medio ambiente pueden resultar positivas para la innovación y la competitividad. Estas, a su vez, estimulan el crecimiento económico, que es esencial para el cumplimiento de los

objetivos sociales»²⁷. Ello requiere, por un lado, que los objetivos y principios medioambientales deben ser perseguidos y aplicados en las demás políticas de la UE del mismo modo que en la política de medio ambiente; y, por otro, que la normativa medioambiental debe entenderse e interpretarse de manera global, tomando en consideración todos los objetivos y principios en la legislación de esta materia (Kulovesi, Morgera y Muñoz, 2011, p. 834).

La integración ambiental en otras políticas es especialmente apreciable en la actualidad en lo que se refiere a la política energética europea, lo que quedó reflejado en una de las novedades que aportó el tratado de Lisboa, consistente en la introducción de la regulación independiente de esta materia. La misma queda recogida en el título XXI del TFUE, es decir, contigua a la normativa medioambiental, y su único precepto (art. 194.1 TFUE) refleja el nexo entre ambas políticas, pues establece los objetivos de la política energética de la UE «atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente». Además de garantizar el funcionamiento del mercado de la energía y la seguridad de abastecimiento, así como de fomentar la interconexión de las redes energéticas, el tratado recoge como objetivo de la política europea de energía «fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables»²⁸. Queda evidenciada, así, la existencia de una estrecha relación entre los ámbitos energético y medioambiental en el derecho primario de la UE²⁹. Es más, cabe afirmar que en la Unión se desarrolla una política integrada en materia de energía y medio ambiente, de modo que la relación e interdependencia entre ambos ámbitos «se ha traducido en una necesaria simbiosis regulatoria» (López Sako, 2011, p. 81).

Ahora bien, a pesar del avance, el tratado de Lisboa no logró eliminar la reticencia de los Estados miembros a ceder su soberanía energética (Bedia Bueno, 2017, p. 49). En efecto, las medidas que adopte la UE, «no afectarán al derecho de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético» (art. 194.2 TFUE). Por lo tanto, aunque se elaboren estrategias conjuntas en el seno de la UE, sobre el papel cada Estado miembro «sigue siendo competente para adoptar sus propias decisiones en política de abastecimiento energético» (Morán Blanco, 2015, p. 141).

El tratado de Lisboa también introdujo una novedad específica en el ámbito de la energía, vinculada a la preocupación existente en torno a la seguridad de abastecimiento. Se trata de la aplicación del principio de solidaridad recogido en el artículo 122 del TFUE por el que, si un Estado miembro atraviesa graves dificultades de suministro energético, los demás le ayudarán a abastecerse.

²⁷ Comisión Europea (2006). *Un medio ambiente de calidad. La contribución de la UE*. OPOCE: Luxemburgo, p. 3.

²⁸ Alexander Gusev (2011, p. 81) subraya que este objetivo está directamente relacionado con la agenda climática y, por tanto, con los objetivos de la política medioambiental.

²⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* Moussis (2009).

2.4. El derecho derivado europeo en materia medioambiental y energética

A la hora de desarrollar el derecho derivado europeo en materia de medio ambiente y energía, las instituciones de la UE pueden adoptar los actos legislativos por medio de los tres instrumentos jurídicos existentes: reglamentos, directivas o decisiones (art. 288 TFUE)³⁰. En el ámbito medioambiental, la práctica demuestra que el instrumento jurídico más utilizado es la directiva, la cual obliga en cuanto a los resultados que hay que alcanzar pero da libertad a los Estados miembros en la forma concreta de hacerlo, lo que resulta especialmente adecuado en esta política³¹. Ahora bien, se aprecia en los últimos años un aumento del recurso al reglamento, obligatorio en todos sus elementos y que, por tanto, facilita el establecimiento de un nivel de protección común a toda la UE. En materia energética, en cambio, se observa un mayor recurso a la decisión, aunque ello se circunscribe al ámbito de la CECA y especialmente de la CEEA (actos del Consejo en torno al carbón y la energía nuclear).

Los números confirman lo descrito. En la actualidad rigen en la Unión Europea 919 actos acordados o adoptados por las instituciones europeas en materia medioambiental y otros 473 en materia de energía³². De entre todos ellos, tan solo una quinta parte son actos legislativos (280), mientras que la mayor parte son actos, precisamente, para el desarrollo de aquellos (actos de ejecución, actos delegados y dictámenes, principalmente de la Comisión, aunque también los hay del Consejo), además de acuerdos y resoluciones (la mayoría, del Consejo).

³⁰ Recordemos que el reglamento tiene un alcance general, siendo obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Finalmente, la decisión será obligatoria en todos sus elementos y cuando designe destinatarios solo será obligatoria para estos.

³¹ No obstante, han sido numerosas las dificultades para su elaboración y aprobación, debido principalmente a las dilaciones o bloqueos provocados por la defensa de intereses nacionales, obstáculo todavía más relevante en materia de energía. También han surgido en la fase de aplicación, reflejadas en irregularidades cometidas por los Estados miembros en la transposición de las directivas al ordenamiento interno, sobre todo por su incorporación tardía o incompleta. Esta situación se ve favorecida por las dificultades añadidas que padece la Comisión para ejercer su función de control de la aplicación correcta de la normativa comunitaria, control que en esta materia se fundamenta principalmente en las quejas y denuncias realizadas por instituciones no comunitarias y por particulares. En muchos casos, estas irregularidades se deben al «interés de las empresas afectadas –que en muchos casos cuenta con el apoyo de los gobiernos– en eludir el incremento de costes de producción que les supone la normativa medioambiental, con el objeto de ganar o, en todo caso, no perder competitividad a corto plazo», argumento extensible al ámbito energético (Barberán Ortí y Egea Román, 2013, p. 474).

³² Los datos expuestos han sido extraídos del Repertorio de la legislación vigente de la Unión Europea recogido en EUR-Lex, específicamente de los capítulos 12 (energía) y 15 (protección del medio ambiente, los consumidores y la salud): <<https://eur-lex.europa.eu/browse/directories/legislation.html>>, último acceso el 22 de enero de 2020.

En el ámbito específico de la protección del medio ambiente son 882 los actos vigentes hoy día, de los que 136 son relativos a generalidades y a programas, 532 sobre contaminación y ruido (entre los que 77 corresponden específicamente a seguridad nuclear, 52 a protección de las aguas, 222 a contaminación atmosférica, 12 a perturbaciones acústicas y 137 a sustancias químicas y riesgos industriales), 148 a recursos naturales (entre los que 11 corresponden a gestión de los recursos naturales, 53 a conservación de fauna y flora y 79 a gestión de desechos y tecnologías no contaminantes) y 84 a cooperación internacional. Además, hay que incluir 11 actos en materia de estadística sobre medio ambiente y otros 26 relativos a la protección de los animales. En materia de energía, además de 10 actos sobre estadística, 137 son relativos a generalidades y a programas, 80 al carbón, 42 a la electricidad, 181 a la energía nuclear, 29 a los hidrocarburos y 10 a otras fuentes de energía.

De entre todos ellos, 197 son actos legislativos en materia medioambiental, es decir, reglamentos, directivas y decisiones adoptados por las instituciones con poder legislativo. En 96 ocasiones el autor ha sido el Consejo, si bien buena parte de los actos son previos al establecimiento de la codecisión como herramienta legislativa a la hora de desarrollar la política de medio ambiente. Los otros 101 actos legislativos, mucho más recientes en el tiempo, han sido adoptados conjuntamente por el PE y el Consejo a través del procedimiento legislativo ordinario. Del total de actos legislativos sobre medio ambiente, 47 son reglamentos (24 %), 77 directivas (39 %) y 73 decisiones (37 %). El uso de la directiva es mayoritario cuando se legisla por codecisión, si bien el reglamento cobra cada vez más relevancia, de manera que el PE y el Consejo han adoptado 57 directivas (56,4 % de los 101 actos adoptados por ambas instituciones conjuntamente), mientras que han recurrido al reglamento en 36 ocasiones (35,7 %) y únicamente en 8 a la decisión (7,9 %). En cambio, en los casos en que el Consejo ha legislado en solitario recurre principalmente a la decisión, habiendo adoptado 65 decisiones (67,7 % de los actos legislativos del Consejo), 20 directivas (20,8 %) y tan solo 11 reglamentos (11,5 %).

En el ámbito de la energía encontramos 83 actos legislativos. En este caso, la amplia producción normativa del Consejo se debe a que buena parte de sus actos se adoptaron en el seno de la CECA (sobre el carbón y muy atrás en el tiempo) y, especialmente, con respecto de la CEEA (sobre la energía atómica y, principalmente, para llevar a cabo acuerdos internacionales). El PE y el Consejo han adoptado conjuntamente 24 actos legislativos en este ámbito, de los que 13 son reglamentos (54,2 %), 10 directivas (41,7 %) y 1 decisión (4,1 %). Se aprecia que 10 de ellos (5 reglamentos y 5 directivas) se refieren a cuestiones relacionadas con el logro del desarrollo sostenible y, si bien son las más recientes, resulta llamativo que el 41,7 % de los actos legislativos adoptados por el PE y el Consejo en materia energética estén vinculados a la sostenibilidad. Cuando el Consejo ha legislado en solitario, como en el caso anterior, ha recurrido principalmente a la decisión, concretamente, en 43 ocasiones (72,9 % de los actos legislativos del Consejo), habiendo adoptado también 12 reglamentos (20,3 %) y 4 directivas (6,8 %). En 7 de sus actos el Consejo también ha abordado temática relacionada con el desarrollo sostenible.

3. Los instrumentos para desarrollar las políticas europeas de medio ambiente y energía

3.1. La Estrategia Europa 2020 y el séptimo programa sobre medio ambiente

Poco después de la entrada en vigor del tratado de Lisboa, la UE hacía pública su propuesta para salir de la crisis económica internacional que estalló en 2008 y preparar la economía europea de cara a la siguiente década: la Estrategia Europa 2020³³. Se basa en tres áreas prioritarias interrelacionadas: crecimiento inteligente, desarrollando una economía basada en el conocimiento y la innovación; crecimiento sostenible, fomentando una economía de bajo nivel de carbono y eficiente en términos de recursos; y crecimiento integrador, estimulando una economía con un alto nivel de empleo que fomente la cohesión social y territorial.

Para progresar en dichas áreas la estrategia determinó cinco objetivos principales. En nuestro ámbito de estudio hay que subrayar el tercero de ellos, conocido como el objetivo 20/20/20 en materia de clima y energía. Consiste en la reducción del 20 % de las emisiones de GEI, o del 30 % si se dan las condiciones para ello; el aumento del 20 % de la proporción de energías renovables en el consumo total de energía; y la disminución del consumo de energía en un 20 % logrando una mayor eficiencia energética.

En el objetivo concreto relativo al crecimiento sostenible, la Estrategia Europa 2020 aboga por una economía más eficaz, más verde y más competitiva. El texto la define como «una economía que aproveche los recursos con eficacia, que sea sostenible y competitiva, que aproveche el liderazgo de Europa en la carrera para desarrollar nuevos procesos y tecnologías, incluidas las tecnologías verdes, que acelere el desarrollo de redes inteligentes en la UE y refuerce las ventajas competitivas de nuestras empresas [...] y que también asista a los consumidores a dar valor al uso eficaz de los recursos». La importancia de este objetivo radica en el resultado que puede acarrear; no en vano «ayudará a la UE a prosperar en un mundo con pocas emisiones de carbono y recursos limitados y al mismo tiempo impedirá la degradación del medio ambiente, la pérdida de biodiversidad y un uso no sostenible de los recursos».

Para el logro del crecimiento inteligente, sostenible e integrador, la estrategia contiene una iniciativa fundamental en esta temática, denominada «Una Europa que utilice eficazmente los recursos». Promueve el paso a una economía que utilice eficazmente sus recursos y con pocas emisiones de carbono, desligando el crecimiento económico del uso de recursos y de energía, reduciendo las emisiones de CO₂, reforzando la competitividad y promoviendo

³³ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010, *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final. En junio el Consejo Europeo aprobó la propuesta y la hizo suya. Consejo Europeo de Bruselas de 17 de junio de 2010 - Conclusiones, EUCO 13/10.

una mayor seguridad energética. Entre las herramientas que la estrategia aportaba destacamos dos: por un lado, la lucha contra el cambio climático, la cual exige mejorar la eficacia en el uso de los recursos, ayudando así a limitar las emisiones; por otro, la energía limpia y eficaz, ámbito en el que el logro de los objetivos energéticos europeos (20/20/20) no solo se traduciría en un evidente ahorro hasta 2020 por la disminución en las importaciones de petróleo y gas, sino que además supondría una evidente reducción de emisiones de GEI.

El desarrollo de los contenidos de la Estrategia Europa 2020 vinculaba aún más estrechamente la política energética a la acción climática, no en vano las medidas en el ámbito de la energía son instrumentos completamente válidos para luchar eficazmente contra las consecuencias del cambio climático. Ejemplo de ello será la propuesta para una energía competitiva, sostenible y segura³⁴. Partiendo de los objetivos energéticos de la Unión ya fijados (20/20/20), se establecieron las prioridades energéticas concretas. Entre las mismas, destacaban las siguientes: el ahorro del 20 % de energía hasta 2020, para lo que se precisa, entre otras medidas, mejorar la sostenibilidad de los transportes y establecer exigencias de diseño ecológico para los productos de alto consumo de energía; el desarrollo de nuevas tecnologías innovadoras de alto rendimiento y baja intensidad de carbono; y el refuerzo de acuerdos internacionales que promuevan un futuro energético con bajas emisiones de carbono a nivel mundial.

La apuesta por las energías renovables se fundamentaba en la consideración de que «a la hora de eliminar el carbono del sector de la energía, la manera más efectiva económicamente se consigue recurriendo a una combinación diversificada de fuentes de energía bajas en emisiones de carbono» (Oettinger, 2013, p. 17). La Comisión dio a conocer a finales de 2011 los caminos posibles para conseguir la eliminación del carbono del sistema energético de la UE³⁵: ahorro energético, aumento del porcentaje de las energías renovables en el suministro energético, construcción de infraestructuras que favorezcan la penetración de las energías renovables, integración de los mercados de la energía en Europa e inversión en tecnologías con bajas emisiones de carbono. Asimismo, se actualizó la normativa para lograr la eficiencia energética por medio de la reducción del consumo final de energía, principalmente, en el sector público, en la industria, en los edificios, así como en la actividad de los proveedores de energía y por parte de los propios consumidores³⁶.

Tras la Estrategia Europa 2020, el instrumento específico del ámbito medioambiental que primeramente debía desarrollar los objetivos en dicha materia es el séptimo PMA, que debería haber entrado en vigor al finalizar su vigencia el anterior, prevista inicialmente para

³⁴ Comisión Europea, Comunicación de 10 de noviembre de 2010, *Energía 2020: Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura*, COM (2010) 639 final.

³⁵ Comisión Europea, Comunicación de 15 de diciembre de 2011, *Hoja de Ruta de la Energía para 2050*, COM (2011) 885 final.

³⁶ A destacar la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética (DOUE L 315, del 14 de noviembre de 2012).

julio de 2012. Sin embargo, la Comisión fue reacia «a considerar un Séptimo Programa, con el argumento de que las preocupaciones ambientales ya se abordaban en la Estrategia Europa 2020 y sus iniciativas emblemáticas, y que no era necesario un Programa especial» (Fernández de Gatta Sánchez, 2013, p. 88).

Finalmente, en noviembre de 2013, la UE aprobaba el séptimo PMA para el periodo 2014-2020³⁷. Por medio del mismo, se constató que ya no era posible seguir tratando el medio ambiente como algo ajeno a la economía, de modo que esta debe ser transformada para obtener más valor con menos recursos y cambiar los modelos de consumo. Para ello, el programa «establece una estrategia medioambiental a largo plazo, lo suficientemente adaptable y flexible para dar respuesta a los múltiples retos [...] fijando el rumbo hacia una economía verde y competitiva que salvaguardará los recursos naturales y la salud de las generaciones presentes y futuras»³⁸. Como se ve, el programa trata de reforzar el impulso de actuaciones integradas en diferentes políticas y sectores, entre las que la energía es uno de los ámbitos principales³⁹.

El nuevo programa establece nueve objetivos prioritarios. Los tres primeros constituyen propiamente los ámbitos temáticos del programa. El primero consiste en proteger, conservar y mejorar el capital natural de la Unión, lo que supone reforzar la defensa de la biodiversidad, así como actuar en lo que se refiere a la protección del suelo y de los recursos forestales, así como al uso sostenible de la tierra. El segundo, la transformación de la UE en una economía hipocarbónica y eficiente en el uso de los recursos, requiere ante todo la aplicación de las medidas para alcanzar el objetivo 20/20/20 –ya fijado en la Estrategia Europa 2020–, así como un acuerdo sobre los pasos a dar en la política climática más allá de 2020. Pero también supone transformar los residuos en recursos, apostando por la prevención, la reutilización y el reciclaje, así como definir indicadores y objetivos de eficiencia en el uso de los recursos e impulsar las ecoindustrias. El tercero consiste en la protección de los ciudadanos de la UE frente a las presiones y riesgos medioambientales para la salud y el bienestar de los seres humanos, para lo que se establecen compromisos para la reducción de la contaminación atmosférica y acústica.

Los objetivos prioritarios cuarto a séptimo constituyen el marco instrumental para realizar los objetivos temáticos; son, en cierta manera, los habilitadores o facilitadores de aquellos.

³⁷ Decisión 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta» (DOUE L 354/171 del 28 de diciembre de 2013).

³⁸ Comisión Europea (2013). *Un medio ambiente sano y sostenible para las generaciones futuras*. Luxemburgo: OPOCE, p. 15.

³⁹ El séptimo PMA partía de las diferentes iniciativas analizadas, «apostando claramente, y con tintes revolucionarios, por una economía baja en emisiones de carbono y con un modelo energético distinto, y con previsiones muy importantes en materia de recursos, energía, energías renovables, biodiversidad, eco-innovación, transportes, etc.» (Fernández de Gatta Sánchez, 2013, p. 93).

Así, se busca maximizar los beneficios de la legislación de medio ambiente de la Unión, por medio de la mejora de la aplicación de la misma; mejorar la base de conocimientos e información de la política de medio ambiente; asegurar inversiones para la política en materia de clima y medio ambiente; y reforzar la integración de las cuestiones medioambientales en otras áreas, como las políticas agrícolas, pesqueras, de transporte y, especialmente, de energía. Finalmente, los dos últimos son considerados objetivos prioritarios horizontales adicionales, en el sentido de que tratan de responder a desafíos locales, regionales y mundiales. Por un lado, se pretende aumentar la sostenibilidad de las ciudades; por otro, se fija la prioridad en los desafíos medioambientales y climáticos a escala mundial, para lo que resulta fundamental la colaboración de la UE con otros países y regiones en el marco de iniciativas globales.

3.2. El Marco clima y energía para 2030

En enero de 2014 la Comisión presentó una propuesta para un nuevo marco para las políticas de clima y energía de cara a 2030⁴⁰, por medio de la que reforzaba la apuesta europea por el recurso a la política energética como herramienta eficaz en la lucha contra el cambio climático y contribuir así a la defensa del medio ambiente. En la misma se recogían además los logros parciales del objetivo 20/20/20 y la Comisión expresaba que la determinación de objetivos específicos para 2030 podría facilitar avanzar en su cumplimiento, si bien ya estaba bien encaminado. En efecto, con respecto a 1990, las emisiones de GEI se redujeron en 2012 el 18 % y se preveía que la reducción llegase al 24 % en 2020 y al 32 % en 2030; la cuota de las energías renovables se incrementó al 13 % en 2012, en proporción al consumo final de energía, y se preveía que aumentase hasta el 21 % en 2020 y el 34 % en 2030; la UE había instalado aproximadamente el 44 % de la electricidad procedente de fuentes renovables a finales de 2012; la intensidad energética de la economía de la UE disminuyó un 24 % entre 1995 y 2011, mientras que la intensidad de carbono se redujo un 28 %. La Comisión también puso de relieve, poco después, que ante la constatación de la posibilidad de lograr un ahorro energético para 2020 del 20 %, procedía «mantener la dinámica actual de ahorro de energía y proponer un objetivo ambicioso en materia de eficiencia energética del 30 %»⁴¹.

El Consejo Europeo aprobó el «Marco de actuación en materia de clima y energía hasta el año 2030» en octubre de 2014⁴², adoptando los objetivos propuestos por la Comisión. En primer lugar, se fijó como objetivo vinculante para la UE la reducción de las emisiones

⁴⁰ Comisión Europea, Comunicación de 22 de enero de 2014, *Un marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030*, COM (2014) 15 final.

⁴¹ Comisión Europea, Comunicación de 23 de julio de 2014, *La eficiencia energética y su contribución a la seguridad de la energía y al marco 2030 para las políticas en materia de clima y energía*, COM (2014) 520 final, 17.

⁴² Consejo Europeo de Bruselas de 23 y 24 de octubre de 2014 - Conclusiones de la Presidencia, EUCO 169/14.

de GEI por lo menos en un 40 % para 2030 con respecto a los valores de 1990. En segundo lugar, también como objetivo vinculante, se estableció que la cuota de energías renovables dentro del consumo energético total de la UE en 2030 fuera como mínimo del 27 %. En ambos casos, los Estados miembros pueden fijar objetivos nacionales más elevados. En tercer lugar, se fijó a escala de la UE un objetivo indicativo de mejora de la eficiencia energética al menos en un 27 % en 2030, que se revisaría antes de 2020 para su posible aumento al 30 %. Además, el Consejo Europeo calificó de capital importancia la realización de un mercado interior de la energía completamente conectado. Aunque la Comisión ya propuso en 2012 la consecución del mercado interior de la energía para 2014⁴³, era evidente que no tendría lugar visto el retraso de numerosos Estados miembros en la transposición y aplicación integral de la normativa europea correspondiente. Por ello, el Consejo Europeo estableció también como objetivo una interconexión eléctrica del 15 % entre los países de la UE⁴⁴.

Como se ve, el objetivo 20/20/20 pasó a ser objetivo 40/27/27 para 2030 y fue considerado ambicioso desde la propia UE, si bien el PE se había mostrado a favor de aumentar los objetivos específicos⁴⁵. No obstante, visto el grado de cumplimiento del objetivo 20/20/20 para 2020 al que nos hemos referido arriba, no parece que se tratase de fines particularmente exigentes ni que requiriesen de esfuerzos adicionales con dificultad excesiva. Ello se debe a que los objetivos establecidos son fruto del «equilibrio político [...] entre las posiciones más proambientalistas y las que reflejan una mayor preocupación por el impacto en la competitividad de la economía» (Aranzadi, 2015, p. 46). Se ha criticado, además, la excesiva capacidad de influencia que pudieron haber tenido las asociaciones industriales y las empresas del sector eléctrico, especialmente durante el período de consulta y reflexión previo al Marco energía y clima para 2030, en el sentido de que la Comisión siguió en su propuesta muchas de las peticiones que las grandes empresas de la energía venían realizando en los últimos tiempos⁴⁶.

Por otro lado, como sucede en la mayoría de los países importadores netos de energía, la seguridad energética en la UE se asocia a la seguridad de suministro, cada vez más de-

⁴³ Comisión Europea, Comunicación de 3 de octubre de 2012, *Acta del Mercado Único II - Juntos por un nuevo crecimiento*, COM (2012) 573 final.

⁴⁴ A pesar del nuevo objetivo, resultaba también evidente una vez más «que los Estados se resisten a perder su soberanía energética, por lo que los objetivos de garantizar el funcionamiento del mercado de la energía y fomentar la interconexión de las redes energéticas resultan más formales y teóricos que prácticos y reales» (Pérez de las Heras, 2014, p. 23).

⁴⁵ En efecto, aunque el PE compartía el objetivo vinculante de reducción de las emisiones de GEI en un 40 % para 2030 con respecto a 1990, pedía aumentar el objetivo de eficiencia energética también al 40 % para 2030, así como que la cuota de energías renovables dentro del consumo energético total de la UE en 2030 sea del 30 %. Parlamento Europeo, Resolución de 5 de febrero de 2014, sobre un marco para las políticas de clima y energía en 2030 (2013/2135(INI), DOUE C 93, de 24 de marzo de 2017, p. 87.

⁴⁶ Siguiendo esa argumentación, se afirma que «se ha impuesto la idea de la necesidad de sacrificar los objetivos climáticos con el fin de impulsar la competitividad industrial» (Moreno Regaña, 2016, p. 107).

pendiente de las importaciones⁴⁷. Por ello, tras las alteraciones temporales sufridas en el abastecimiento de gas durante los inviernos de 2006 y 2009, la inestabilidad derivada de la Primavera Árabe de 2011 y ante la situación que se estaba viviendo en Ucrania, la UE debía comenzar a disminuir su vulnerabilidad a las perturbaciones energéticas externas. Tras una primera propuesta de 2011⁴⁸, en la que destaca el objetivo de reforzar la cooperación con terceros países proveedores de energía, la Comisión hizo pública en mayo de 2014 la Estrategia Europea de la Seguridad Energética⁴⁹, con el fin de avanzar en diversas áreas para contrarrestar la vulnerabilidad de abastecimiento.

En esta cuestión debe tenerse presente que los Estados miembros de la UE son en su mayoría grandes consumidores de combustibles fósiles y, salvo alguna excepción, son vulnerables energéticamente hablando. La propia Comisión subraya que la UE importa el 53 % de la energía que consume. La dependencia de las importaciones afecta al crudo (casi el 90 %), al gas natural (66 %) y, en menor medida, a los combustibles sólidos (42 %) y al combustible nuclear (40 %). La cuestión de la seguridad del abastecimiento de energía afecta a todos los Estados miembros, aunque algunos sean más vulnerables que otros, en particular las regiones menos integradas y conectadas, como el Báltico y Europa Oriental⁵⁰. No deben dejarse de lado otros problemas adicionales, como «la vejez de las infraestructuras, que no pueden absorber la producción creciente de las renovables; la existencia de 28 marcos regulatorios nacionales; la existencia de [...] países que no tienen suficientes conexiones con sus vecinos; y que los clientes domésticos no tienen suficientes alternativas de suministro» (Ruiz González, 2015, p. 119).

La estrategia sobre seguridad energética nace vinculada al Marco clima y energía para 2030 pues «la seguridad energética de la Unión es inseparable de la necesidad de avanzar hacia una economía competitiva de bajo carbono que reduzca el uso de combustibles fó-

⁴⁷ «En la primera década de 2000 la dependencia energética medida como las importaciones netas de energía para el conjunto de los 27 miembros aumentaba desde un 75,7 % (2000) a un 84,3 % (2010) para el petróleo, y de un 48,9 % (2000) a un 62,4 % (2010) para el gas y la tendencia continúa al alza» (Valdés, 2016, p. 70).

⁴⁸ Comisión Europea, Comunicación de 7 de septiembre de 2011, *Sobre la seguridad de abastecimiento energético y la cooperación internacional «La política energética de la UE: establecer asociaciones más allá de nuestras fronteras»*, COM (2011) 539 final.

⁴⁹ Comisión Europea, Comunicación de 28 de mayo de 2014, *Estrategia Europea de la Seguridad Energética*, COM (2014) 330 final.

⁵⁰ Como subraya la Comisión en su comunicación, «el problema más acuciante de la seguridad del abastecimiento de energía es la fuerte dependencia de un único suministrador externo, especialmente en el caso del gas», puesto que «seis Estados miembros dependen de Rusia como único suministrador externo para la totalidad de sus importaciones de gas y tres de ellos utilizan gas natural para más de una cuarta parte de sus necesidades energéticas totales». Comisión Europea, COM (2014) 330, *op. cit.*, p. 2. Sobre esta cuestión, *vid.* Morán Blanco (2015, p. 97-131) (capítulo 3: «La dependencia energética de la Unión Europea»).

siles importados». Para lograrlo la estrategia pretende mantener e impulsar la tendencia ya existente, referida al hecho de que «la UE es el único gran actor económico que produce el 50 % de su electricidad sin emisiones de gases de efecto invernadero»⁵¹. Al mismo tiempo, establece los pilares en que debe basarse la cooperación entre los Estados miembros para adoptar medidas que respondan a las cuestiones de seguridad energética: aumentar la capacidad de la UE para hacer frente a problemas energéticos graves; reforzar los mecanismos de emergencia y solidaridad; moderar la demanda de energía; desarrollar un mercado interior efectivo e integrado; aumentar la producción de energía en la UE; reforzar el desarrollo de las tecnologías energéticas; diversificar las fuentes externas de abastecimiento; mejorar la coordinación de las políticas energéticas nacionales y actuar con una sola voz en la política energética exterior.

3.3. La Unión de la Energía

Teniendo presente lo analizado hasta ahora, la UE contaba ya «con las competencias y los instrumentos necesarios para poner en práctica una política energética cuyos objetivos sean: asegurar el abastecimiento energético, garantizar que los precios de la energía no sean un freno para la competitividad, proteger el medio ambiente y luchar contra el cambio climático, y mejorar las redes energéticas»⁵². En desarrollo de dicha idea, la UE lanzó en 2015 la estrategia para la Unión de la Energía, a partir de la propuesta presentada por la Comisión en febrero⁵³. El objetivo de la misma, «centrada en una política climática ambiciosa, es ofrecer [...] una energía segura, sostenible, competitiva y asequible», para lo que se desarrollan acciones en cinco dimensiones: seguridad energética, un mercado europeo de la energía plenamente integrado, la eficiencia energética, la descarbonización de la economía, y la investigación y la innovación en el ámbito energético. Estas cinco dimensiones se encuentran estrechamente relacionadas, pues representan áreas donde se necesita una mayor integración y coordinación a nivel europeo para lograr los objetivos de la unión energética (Ristori, 2019, p. 21).

La interrelación de las dimensiones se aprecia claramente en lo referido a la seguridad energética, pues como factores clave de la misma se citan «la realización del mercado interior de la energía y un consumo de energía más eficiente». Del mismo modo, la necesaria diversificación de fuentes de energía, proveedores y rutas, además de ser crucial para ga-

⁵¹ Debe subrayarse que la propia Comisión especifica que dicho porcentaje surge de la suma del 23 % de energías renovables y el 27 % de energía nuclear. Comisión Europea, COM (2014) 330, *op. cit.*, p. 3.

⁵² Comisión Europea (2014). *Comprender las políticas de la Unión Europea: Energía*. Luxemburgo: OPOUE, p. 4.

⁵³ Comisión Europea, Comunicación de 25 de febrero de 2015, *Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva*, COM (2015) 80 final. El Consejo Europeo adoptó el compromiso correspondiente en marzo. Consejo Europeo de Bruselas de 19 y 20 de marzo de 2015 - Conclusiones de la Presidencia, EUCO 11/15.

rantizar un suministro energético seguro y unos precios asequibles y competitivos, impulsa a apostar por las energías renovables, necesarias para la descarbonización de la economía. En esta dimensión se refuerza la importancia, a nivel interno, de colaborar entre los Estados miembros en materia de seguridad de suministro y, en el plano externo, de reforzar el papel de Europa en los mercados mundiales de la energía⁵⁴.

La segunda dimensión, consistente en la consecución de un mercado integrado de la energía en la UE, tiene por objeto desarrollar un sistema energético europeo más eficaz. Para ello se apuesta por la interconexión entre los Estados miembros y el intercambio de energía entre los mismos. Se fomentará, asimismo, la cooperación regional en materia energética. Se trata de una dimensión relevante para la integración del mercado interior de la energía, no en vano hasta la fecha la aplicación de mecanismos propios por parte de los Estados miembros ha causado conflictos entre las instituciones de la UE y las nacionales. Por ello, frente a la defensa de los intereses de cada Estado se requiere la solidaridad entre países y regiones, pues «solo el correcto encaje entre los intereses europeos, nacionales y regionales, pueden permitir la creación de una verdadera Unión Europea de la energía» (Carlos Izquierdo, 2016, p. 561).

La dimensión referida a la eficiencia energética se plantea como contribución a la moderación de la demanda de energía. A este respecto, el Marco clima y energía para 2030 quedaba también integrado en la estrategia para la Unión de la Energía, al asumirse plenamente el mencionado objetivo 40/27/27, así como la posible ampliación del objetivo de eficiencia energética al 30 % antes de 2020⁵⁵. Se subraya la importancia de incrementar la eficiencia energética en dos sectores específicos como son la construcción y el transporte, lo que de nuevo nos pone de relieve la interrelación de las dimensiones, pues el objetivo citado supone impulsar al mismo tiempo la descarbonización, especialmente del transporte, apostando por las energías renovables y el desarrollo de combustibles alternativos.

La cuarta dimensión, la descarbonización de la economía, está íntimamente ligada con la acción climática, principalmente por medio de la reducción de emisiones de GEI y la apuesta por las energías renovables. De nuevo, la conexión con el Marco energía y clima para 2030 y el objetivo 40/27/27, a lo que se añade el hecho de que la mira estaba puesta en la Conferencia de Naciones Unidas sobre cambio climático que tendría lugar en París, cuyo objetivo era lograr un acuerdo global jurídicamente vinculante para la reducción de emisiones.

⁵⁴ La relevancia de esta dimensión exterior se fortaleció, como se ha dicho antes, al quedar integrada la Estrategia Europea de la Seguridad Energética en la Unión de la Energía, dado que pasó a ser considerada una prioridad permanente, no solo en periodos de crisis. Así se recoge en el documento de trabajo adjunto al Primer informe sobre el estado de la Unión de la Energía, COM (2015) 572 final. Comisión Europea, *State of the Energy Union 2015. Commission Staff Working Document on the European Energy Security Strategy*, SWD (2015) 404 final, p. 10.

⁵⁵ Lo cierto es que la Unión de la Energía no solo toma en consideración los objetivos previstos para 2030, sino también la hoja de ruta 2050. «Es en el marco de estos objetivos que ha de entenderse la unión energética» (Fabra Portela, 2018, p. 66).

Finalmente, la dimensión relativa a la investigación, la innovación y la competitividad en el ámbito de la energía, que refuerza la interrelación de todas las dimensiones. Se establece la necesidad de desarrollar una nueva generación de tecnologías renovables y soluciones de almacenamiento, lo que favorecerá tanto la seguridad como la eficiencia energética y, al mismo tiempo, la reducción de emisiones de GEI. Resulta nuevamente llamativo que se siga apostando por la energía nuclear, pues la estrategia expone que «la UE debe procurar mantener el liderazgo tecnológico en el ámbito nuclear [...] de forma que no aumente su dependencia energética», aunque al menos se exige garantizar «que los Estados miembros apliquen las normas más estrictas en materia de seguridad, protección, gestión de residuos y no proliferación»⁵⁶.

Como se ve, la Unión de la Energía es la respuesta común que la UE planteó para producir una transición energética ante los diversos acontecimientos que estaban teniendo lugar en el mundo y que complicaban los objetivos europeos en materia de seguridad energética, lucha contra el cambio climático y protección del medio ambiente: la guerra de Ucrania, la desconfianza con respecto a Rusia, los bajos precios del carbón, la crisis económica, el incremento de la dependencia de importaciones energéticas y el auge de recursos no convencionales (Herrero, 2016, p. 91). Precisamente, con respecto de estos últimos y en comparación con el éxito que ha tenido la explotación de los hidrocarburos no convencionales en Estados Unidos, «para Europa no cabe pensar en escenarios de producción similares en el corto plazo ni es una opción relevante desde el punto de vista del abaratamiento general de los costes energéticos» (Ribera, Spencer, Sartor y Mathieu, 2014, p. 37).

No obstante, resulta llamativo, al margen de que desde la UE se siga apostando por la energía nuclear para la descarbonización (por cuanto energía no emisora de GEI), que la Comisión incluya como opción para reducir la dependencia energética de Europa la producción de petróleo y gas de fuentes no convencionales. Al menos, se agradece que solo se vea como «una alternativa posible, siempre que se tengan debidamente en cuenta los problemas de aceptación pública y de impacto ambiental»⁵⁷. Es evidente que la apuesta más segura para la UE, tanto económica como energética, sigue siendo un proceso colectivo de transición que posibilite un sistema más eficiente y una mayor proporción de energías renovables, y parece que la Unión de la Energía se encamina hacia ese fin. No obstante, debe tenerse presente que «las soluciones tecnológicas de baja intensidad en carbono a costes razonables son determinantes en la aminoración de riesgos colectivos y en la construcción de alternativas a estrategias de explotación de hidrocarburos no convencionales» (Ribera *et al.*, 2014, p. 39).

La Comisión emitió tres informes sobre el estado de la Unión de la Energía en el plazo de dos años⁵⁸. En el tercero de ellos, de finales de 2017, se determinó que la Unión de la Ener-

⁵⁶ Comisión Europea, COM (2015) 80, *op. cit.*, pp.18-19.

⁵⁷ Comisión Europea, COM (2015) 80, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁵⁸ Comisión Europea, Comunicación de 18 de noviembre de 2015, *Estado de la Unión de la Energía 2015*, COM (2015) 572 final; Comunicación de 1 de febrero de 2017, *Second Report on the State of the Energy*

gía debía ser una realidad para 2019, vistos los avances habidos en el conjunto de la UE. Entre los mismos se citaban la cuota lograda en 2015 del 16,7 % de consumo de energía proveniente de fuentes renovables, la reducción de emisiones de GEI por debajo del 80 % en 2016 con respecto a los niveles de 1990, o la disminución constante de la demanda de la energía (la UE consumió un 2,5 % menos de energía primaria que en 1990, cuando en dicho período el PIB había crecido el 53 %). Por el contrario, se insistió en la necesidad de seguir reduciendo el consumo de energía y aumentar la eficiencia, así como de evitar los obstáculos en la transición a la energía limpia, como la competencia desleal que puede generar el mantenimiento por parte de los Estados miembros de subsidios a los combustibles fósiles⁵⁹.

3.4. El paquete legislativo energía limpia

En noviembre de 2016, la Comisión presentó «el más ambicioso conjunto de propuestas en materia de energía limpia y transición a la economía hipocarbónica» (Fernández de Gatta Sánchez, 2017, p. 59). El conocido como *paquete energía limpia* contiene una serie de medidas en materia de energías renovables que incluye también el aumento de la eficiencia energética⁶⁰. También tiene una vertiente referida a la seguridad energética, pues con esta propuesta, la UE «parece sustituir la estrategia geopolítica de reducir la dependencia europea de las importaciones de gas ruso por la de diversificar las fuentes energéticas hacia las renovables y reducir la dependencia de los combustibles fósiles, incluyendo el gas natural» (Escribano Francés y Lázaro Touza, 2017, p. 9)⁶¹. El paquete incluye la elaboración de varios actos legislativos, entre los que destacan el Reglamento sobre la Gobernanza de la Energía, la Directiva sobre Energías Renovables y la Directiva de Eficiencia Energética⁶². Los objetivos de las medidas energéticas que comprende el paquete consisten en antepo-

Union, COM (2017) 53 final; Comunicación de 23 de noviembre de 2017, *Third Report on the State of the Energy Union*, COM (2017) 688 final.

⁵⁹ La necesidad de realizar mayores esfuerzos es más evidente en unos Estados miembros que en otros, pues el avance en el cumplimiento de los objetivos energéticos es desigual entre ellos. «El riesgo es consolidar una Europa a dos velocidades que ponga en peligro la Unión de la Energía» (Gutiérrez Roa, 2018, p. 922).

⁶⁰ Comisión Europea, Comunicación de 30 de noviembre de 2016, *Energía limpia para todos los europeos*, COM (2016) 860 final.

⁶¹ La relevancia del gas natural se debe a que, «en un escenario de descarbonización avanzada, el gas es el único combustible fósil concebido como energía de transición», de manera que en el conjunto de la UE «el uso del gas contribuirá a una retirada ordenada del carbón del mix de generación eléctrica y de los sistemas de generación de calor, ya que no siempre estarán disponibles de forma coste-eficiente las alternativas renovables» (Olabe, González-Eguino y Ribera, 2017, p. 17-18). Posibles escenarios de diversificación de fuentes de gas podrían ser las conexiones con el mar Caspio y el Magreb (Gutiérrez Roa, 2018, pp. 924-927).

⁶² «El conjunto legislativo propuesto cubre el 90 % de las medidas propuestas en la Estrategia Marco para la Unión de la Energía presentada en 2015» (López-Nicolás Baza, 2018, p. 22).

ner la eficiencia energética, lograr el liderazgo mundial en materia de energías renovables y ofrecer precios justos a los consumidores.

La idea de anteponer la eficiencia energética significa admitir que la energía más barata y limpia es la que no necesita ser producida o utilizada. Para ello se revisó el objetivo de eficiencia energética vinculante a escala de la UE para 2030 previsto en el Marco clima y energía, subiéndolo del 27 % al 30 % y posibilitando así alcanzar los objetivos en materia de reducción de emisiones de GEI. Esta decisión sigue mostrando «la visibilidad e importancia que la UE le ha dado a la transición energética (ante los retos geopolíticos y climáticos del siglo XXI) y en el marco de esta, al factor eficiencia energética», al considerarla «como el primer combustible» y promoverla «como la principal fuente de energía latente en el seno de la UE» (Herrero, 2016, pp. 94-95).

El objetivo de convertir a la UE en líder mundial en materia de energías renovables se quiere materializar en 2030, logrando que la electricidad renovable represente la mitad de la combinación de producción eléctrica de la UE⁶³. En realidad queda englobado en el objetivo, también previsto en el Marco energía y clima para 2030 de llegar, en dicho año, al menos al 27 % de cuota de energías renovables consumidas en la UE. Precisamente, el mantenimiento de este porcentaje, frente al aumento del anterior, referido a la eficiencia energética, fue criticado por considerarlo insuficiente para reducir la dependencia energética europea y porque su aumento, también al 30 %, hubiese sido mejor para la competitividad (Fundación Energías Renovables, 2017).

En febrero de 2017 la Comisión presentó un informe sobre la situación de las energías renovables en la U⁶⁴. Destacaba positivamente el importante papel que las mismas desempeñan ya en la seguridad energética, no en vano la cuota de las fuentes de energías renovables había alcanzado en 2014 el 16 % del consumo final bruto de energía. La estimación para 2015 era del 16,4 % –que finalmente fue del 16,7 %, tal y como ya se ha dicho arriba⁶⁵ pero se subrayaba la necesidad de intensificar los esfuerzos para mantener la tendencia y cumplir con el objetivo previsto para 2030 de una cuota del 27 %. Para ello, pocos días después, la Comisión ponía en marcha el proceso para aprobar una nueva directiva de energías renovables presentando su propuesta específica al respecto⁶⁶. La importancia de la misma es

⁶³ En lo que respecta a la energía eólica, la UE ya era líder en el momento de presentar la comunicación. También la energía solar fotovoltaica es un sector puntero en Europa, pero se reconoce la necesidad de aumentar su capacidad de fabricación. En cuanto a la biomasa sólida para producir calor y electricidad, es considerado un sector respetuoso con el clima, pero se reclama buscar sinergias con la economía circular.

⁶⁴ Comisión Europea, Documento de 1 de febrero de 2017, *Informe de situación en materia de energías renovables*, COM (2017) 57 final.

⁶⁵ Comisión Europea, COM (2017) 688, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁶ Comisión Europea, Documento de 23 de febrero de 2017, *Propuesta de Directiva relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (refundición)*, COM (2016) 767 final.

fundamental, no en vano «es considerada clave para el crecimiento económico, la creación de empleo y mejorar la seguridad energética de la Unión, y es el principal instrumento para asegurar que los Estados miembros cumplan con el objetivo de aumentar en un 20 % la producción de renovables en 2020 y para que se reduzcan los GEI» (Ruiz Campillo, 2017, p. 87).

El texto de la directiva propuesta por la Comisión «fija un objetivo vinculante para la UE en relación con la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía en 2030» (art. 1). Especifica que por dichas fuentes de energía se entenderá las «renovables no fósiles, es decir, energía eólica, energía solar (solar térmica y solar fotovoltaica) y energía geotérmica, calor ambiente, mareomotriz, undimotriz y otros tipos de energía oceánica, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás» (art. 2). Y, siguiendo lo establecido en el Marco energía y clima para 2030, se establece como objetivo global vinculante de la UE que «los Estados miembros velarán conjuntamente por que la cuota de energía procedente de fuentes renovables sea de al menos el 27 % del consumo final bruto de energía de la UE en 2030» (art. 3).

El mantenimiento de dicha cuota en el 27 % fue una de las mayores críticas lanzadas desde el PE⁶⁷, junto con el hecho de no incluir obligaciones específicas para cada uno de los Estados miembros. No obstante, el PE, la Comisión y los Gobiernos de los Estados miembros llegaron al acuerdo, confirmado por el Consejo, de fijar como objetivo principal de la directiva el logro en 2030 de una cuota del 32 % de la energía procedente de fuentes renovables⁶⁸.

Al mismo tiempo, se lograba el acuerdo en torno al reglamento relativo a la gobernanza de la Unión de la Energía, en el que sí se prevén planes nacionales en materia de clima y energía para cada una de las dimensiones de la misma. Se obliga a los Estados miembros a diseñar una estrategia energética y climática con objetivos nacionales, contribuciones, políticas y medidas para el 31 de diciembre de 2019 y cada 10 años desde esa fecha. Además, se estableció el calendario para el logro del 32 % de energías renovables para 2030, de manera que la UE deberá haber alcanzado el 18 % del objetivo en 2022, el 43 % en 2025 y el 65 % en 2027⁶⁹.

También en el ámbito de la eficiencia energética, y por iniciativa del PE, se va a aumentar el porcentaje de mejora de la eficiencia energética para 2030. En este caso, en la tramitación de la directiva de eficiencia energética, el PE propuso aumentar el porcentaje de

⁶⁷ Ya se ha mencionado que ante el Marco energía y clima para 2030 el PE reclamó una cuota de al menos el 30 %, algo que repitió ante el informe de la Comisión sobre la situación de las energías renovables. Parlamento Europeo, Resolución de 23 de junio de 2016, sobre el informe de situación en materia de energías renovables (2016/2041 (INI)). DOUE C 91, de 9 de marzo de 2018.

⁶⁸ Consejo de la UE, Comunicado de prensa del 27 de junio de 2018, *Energías renovables: el Consejo confirma el acuerdo alcanzado con el Parlamento Europeo*, 417/18.

⁶⁹ Consejo de la UE, Comunicado de prensa del 29 de junio de 2018, *Gobernanza de la Unión de la Energía: el Consejo confirma el acuerdo alcanzado con el Parlamento Europeo*, 424/18.

eficiencia energética al 34 % para 2030, ante lo que el Consejo acabó aceptando que se comprometería a una cuota mayor del 30 %⁷⁰. Tras nuevas negociaciones interinstitucionales, el PE y el Consejo acordaron un porcentaje mínimo del 32,5 %⁷¹.

En diciembre de 2018 finalizaba el procedimiento legislativo ordinario con la adopción de los tres actos principales del paquete legislativo: el Reglamento (UE) 2018/1998 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y la Acción por el Clima, la Directiva (UE) 2018/2001 relativa al fomento de la energía procedente de fuentes renovables, y la Directiva (UE) 2018/2002 relativa a la eficiencia energética⁷². Los tres actos mantienen la regulación propuesta por la Comisión con los cambios acordados entre el PE y el Consejo.

De este modo, el Reglamento 2018/1998 establece un mecanismo de gobernanza con el objeto de aplicar estrategias y medidas para cumplir con los objetivos de la Unión de la Energía. La norma determina las características que deberán tener los planes nacionales integrados de energía y clima que los Estados miembros deberán aprobar cada 10 años, debiendo abarcar el primero el período de 2021 a 2030. La normativa europea reconoce a los Estados miembros flexibilidad para elegir las políticas más idóneas para su combinación y preferencias energéticas, si bien «esa flexibilidad debe ser compatible con una mayor integración del mercado, una mayor competencia, la consecución de los objetivos climáticos y energéticos y la transición progresiva a una economía hipocarbónica sostenible» (García García, 2019b, p. 55).

Por su parte, la Directiva 2018/2002 modifica y revisa la previamente vigente (Directiva 2012/27/UE), norma que ya presentaba la eficiencia energética como el medio más valioso para superar los retos más importantes en materia de energía y medio ambiente, a saber, la dependencia energética, la escasez de recursos energéticos y el cambio climático (García García, 2019c, p. 57). La nueva directiva establece las normas destinadas a eliminar las barreras en el mercado de la energía que obstaculizan la eficiencia en el abastecimiento y el consumo, a fin de garantizar el aumento de la eficiencia energética del 20 % para 2020 y de al menos el 32,5 % para 2030, y prevé mejoras posteriores de eficiencia energética más allá de esos años. Hasta 2030, los Estados miembros deben aplicar medidas para reducir su consumo anual de energía en una media del 4,4 %. El uso más eficiente de la energía posibilitará una reducción del consumo en hogares y empresas y, por tanto, facturas ener-

⁷⁰ Consejo de la UE, Documento 9287/18, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending 2012/27/EU on energy efficiency*. Bruselas, 4 de junio de 2018.

⁷¹ Parlamento Europeo, Provisional Agreement Resulting from Interinstitutional Negotiations - Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending 2012/27/EU on energy efficiency (COM 20160761 - C8-0498/2016 - 2016/0376(COD)), 17 de julio de 2018. Acceso el 5 de febrero de 2019, www.europarl.europa.eu.

⁷² Todos los actos fueron aprobados conjuntamente por el PE y el Consejo el 11 de diciembre de 2018 (DOUE L 328, de 21 de diciembre de 2018).

géticas más bajas para los particulares, así como una menor dependencia energética de la UE con respecto de terceros países.

Comentario aparte merece la Directiva 2018/2001, conocida como directiva sobre energías renovables, pues es la cuarta en esta materia y sustituye a la varias veces modificada Directiva 2009/28. Precisamente, en aras de proteger la seguridad jurídica tras tantos cambios, «se ha optado por elaborar esta que refunde y articula todas las novedades. Estamos ante la Directiva sobre renovables más larga y ambiciosa elaborada hasta la fecha» (García García, 2019a, p. 141). El mayor cambio se encuentra en el aumento de la cuota de energía procedente de fuentes renovables a alcanzar en el consumo final bruto de energía de la UE en 2030, que pasa del 20 % al 32 %. Se trata, además, de un objetivo que podría revisarse al alza en 2023, en función de la reducción de costes en la producción de energía renovable, los compromisos internacionales de la UE para la descarbonización o en el caso de una disminución significativa del consumo de energía en la UE. Por su parte, los Estados miembros deben establecer su contribución a la consecución de dicho objetivo como parte de sus planes nacionales integrados de energía y clima (de conformidad con lo establecido en el Reglamento 2018/1998), si bien, a fin de asegurar los resultados obtenidos con la anterior directiva se establece que los objetivos nacionales fijados para 2020 serán el mínimo que los Estados podrán fijar como sus contribuciones para 2030.

Además de los tres actos comentados, forma parte del paquete energía y clima la Directiva (UE) 2018/844 relativa a la eficiencia energética de los edificios, adoptada previamente⁷³. Teniendo presente que los edificios consumen el 40 % de la energía y suponen el 36 % de las emisiones de CO₂ de la UE, la directiva trata de actuar sobre el sector de la construcción para incrementar la eficiencia energética. Entre los objetivos determinados destaca la creación de edificios inteligentes que ayuden a mitigar la pobreza energética y, en concreto, la planificación de un parque inmobiliario de emisiones bajas o nulas en la UE para 2050, mediante la aplicación de hojas de ruta nacionales para la descarbonización de los edificios.

Establecidos los actos legislativos principales del paquete de medidas para el periodo hasta 2030 y teniendo en cuenta los preocupantes datos de emisiones globales previstas para 2018⁷⁴, así como las recomendaciones del IPCC (2018) para frenar el aumento de la temperatura en 1,5 °C, la Comisión hizo pública su propuesta para desarrollar la transición a la energía limpia y para que las emisiones de GEI desaparezcan en Europa para 2050⁷⁵. Se

⁷³ Aprobada conjuntamente por el PE y el Consejo el 30 de mayo de 2018 y que modifica las Directivas 2010/31/UE y 2012/27/UE (DOUE L 156, de 19 de junio de 2018).

⁷⁴ Si bien entre 2014 y 2016, las emisiones mundiales de GEI se estancaron mientras el PIB mundial crecía, en 2017 volvieron a crecer un 1,6 % y se preveía un aumento en 2018 del 2,7 % (Bruhwiler *et al.*, 2018, p. 43).

⁷⁵ Comisión Europea, Comunicación de 28 de noviembre de 2018, *Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía, próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra*, COM (2018) 773 final.

trata de una visión que permita a la UE ir más allá de los objetivos de clima y energía previstos, desarrollando políticas que posibiliten dejar de lado los combustibles fósiles para 2050. La Comisión constata que las medidas legislativas previstas permitirán una reducción de emisiones de GEI del 45 % para 2030 (por encima del 40 % previsto como objetivo) y llegar al 60 % en 2050. No obstante, la Comisión concluye que la UE puede adoptar las medidas para lograr reducir las emisiones entre el 80 % y el 100 % (en comparación con 1990) pudiendo, por tanto, llegar a una situación de cero emisiones para 2050.

Ya en 2019, se hizo público el cuarto informe sobre el estado de la Unión de la Energía⁷⁶, en el que la Comisión considera que la UE ya ha puesto en marcha la transición de la economía hacia una energía limpia, habiendo avanzado en el recurso a energías renovables y en eficiencia energética. La Comisión recuerda que entre 1990 y 2017 las emisiones de GEI de la UE se redujeron en el 23 % mientras el PIB creció un 58 %, así como que desde 2007 se ha ido reduciendo el consumo de energía. Ahora bien, con respecto a este último dato, subraya que desde 2014 se aprecia un aumento del consumo energético –cuya causa se achaca a las variaciones climáticas de 2015 y 2016– que puede impedir el logro de los objetivos para 2020. Por ello, incide en la necesidad de intensificar los esfuerzos para aumentar la eficiencia energética⁷⁷. Una idea en la que también insistía la Comisión con respecto a las energías renovables⁷⁸, pues si bien el porcentaje de energías renovables en el conjunto de fuentes de la energía consumida en la UE alcanzó el 17,52 % en 2017, el ritmo de aumento de la cuota se viene ralentizando desde 2014, por lo que se insta a los Estados miembros a que intensifiquen sus esfuerzos para desplegar fuentes de energía renovables en todos los sectores.

Finalmente, otros cuatro actos adoptados en junio de 2019 conforman el conjunto del paquete energía y clima: el Reglamento (UE) 2019/943 relativo al mercado interior de la electricidad, la Directiva (UE) 2019/944 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, el Reglamento (UE) 2019/941 sobre la preparación frente a los riesgos en el sector de la electricidad y el Reglamento (UE) 2019/942 por el que se crea la Agencia de la UE para la Cooperación de los Reguladores de la Energía⁷⁹. Se trata de medidas que favorecerán la adaptación del mercado europeo de la electricidad a los retos planteados por la transición hacia una energía limpia.

⁷⁶ Comisión Europea, Documento de 9 de abril de 2019, *Cuarto Informe sobre el estado de la Unión de la Energía*, COM (2019) 175 final.

⁷⁷ Comisión Europea, Documento de 9 de abril de 2019, *Evaluación de 2018, con arreglo al artículo 24, apartado 3, de la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética, de los avances realizados por los Estados miembros en la consecución de los objetivos nacionales de eficiencia energética para 2020 y en la aplicación de las disposiciones de dicha Directiva*, COM (2019) 224 final.

⁷⁸ Comisión Europea, Documento de 9 de abril de 2019, *Informe de situación en materia de energías renovables*, COM (2019) 225 final.

⁷⁹ Todos los actos fueron aprobados conjuntamente por el PE y el Consejo el 5 de junio de 2019 (DOUE L 158, de 14 de junio de 2019).

El Reglamento 2019/943 establece los principios fundamentales para el correcto funcionamiento del mercado europeo de la electricidad, que la Directiva 2019/944 desarrolla por medio de normas comunes y la ayuda de los otros dos actos más específicos. De este modo, se impulsará la libre circulación de la electricidad por todo el mercado energético de la UE, una mayor flexibilidad para integrar en la red eléctrica una proporción cada vez mayor de energías renovables, la descarbonización del sistema energético de la UE, un nuevo límite de emisiones para las centrales eléctricas y una mayor protección frente a crisis energéticas y cortes de abastecimiento. Las nuevas normas hacen hincapié en la protección de los consumidores, estableciendo medidas para mejorar la información que reciben por parte de los proveedores a través de contratos y facturas o para facilitar el cambio de proveedor.

4. Conclusiones

La normativa fundamental europea en materia de medio ambiente y energía es un ejemplo de las virtudes de que tiene disponer de un ordenamiento jurídico común para hacer frente a problemas que superan las fronteras nacionales, como sucede con la contaminación. Su aplicación facilita el logro de un objetivo también común como es el desarrollo sostenible, e incluso fomenta, en general, la consolidación de un espacio común europeo.

Las características del mercado interior exigieron el establecimiento en las CC. EE. de unas reglas básicas que evitasen que las normativas medioambientales nacionales generasen situaciones contrarias a la libre competencia. Ante la falta de una regulación contenida en los tratados originarios, han sido los tratados modificativos los que han ido configurando la actual política medioambiental europea. Entre los avances más relevantes destacan la vinculación del crecimiento económico a la protección medioambiental, determinando el desarrollo sostenible como objetivo fundamental de la UE, y por la integración en la definición y en la realización de las demás políticas y acciones europeas de dicho objetivo.

Resulta llamativo que si bien el proceso de integración europea nació por el impulso de la unión en sectores energéticos, se trata de un ámbito en el que no se desarrolló una política europea propia. No obstante, como se ha podido comprobar a lo largo del texto, durante los últimos años el mayor fortalecimiento para la consecución de una protección medioambiental eficaz, así como para hacer frente al mayor reto en dicho ámbito como es el cambio climático, está proviniendo del impulso de la política energética europea. Lo cierto es que no se configuró como tal en los tratados constitutivos ni fue objeto de regulación a nivel europeo en las sucesivas reformas, principalmente por tratarse de una materia que los Estados miembros consideran estratégica y de interés nacional. Por ello, la política energética no ha sido impulsada de manera relevante por la UE sino a partir del año 2000 y, precisamente, dicho impulso ha tenido lugar por los indudables aspectos ambientales recogidos en la misma y, específicamente, porque se ha ido concibiendo como parte importante para el logro de la sostenibilidad.

El tratado de Lisboa y la Estrategia Europa 2020 consagraron la política energética como herramienta clave de la protección medioambiental y de la lucha contra el cambio climático. De este modo, la UE desarrolla en la actualidad una política integrada en materia de energía y medio ambiente (incluyendo la acción climática) tal y como ponen de relieve el fomento de las energías renovables y el impulso de la eficiencia energética. Es más, la relación e interdependencia entre dichos ámbitos se ha traducido en una necesaria simbiosis regulatoria. Siguiendo esa vía, la estrategia de la Unión de la Energía, que incluye el Marco clima y energía para 2030, delimita el camino que piensa seguir la UE en los próximos años, a saber, impulsar una transición energética que favorezca el logro del desarrollo sostenible. Su desarrollo tiene lugar por medio del paquete energía limpia, con importantes actos legislativos recientemente adoptados para el impulso de las energías renovables y la eficiencia energética. En este sentido, la relevancia del paso dado evolucionando el objetivo 40/27/27 al objetivo 40/32/32,5 es evidente y su consecución en 2030 es factible, dadas las capacidades de la UE.

Ahora bien, la UE no puede dormirse en los laureles. La constatación a finales de 2019 del nuevo máximo histórico que marcaba la presencia de GEI en la atmosfera (Organización Meteorológica Mundial, 2019) llevó al PE a declarar formalmente una «emergencia climática y medioambiental» en Europa y a nivel global⁸⁰. La Agencia Europea del Medio Ambiente (2019) venía a dar la razón al PE con su informe sobre el medio ambiente en Europa, en el que si bien subraya la existencia de una voluntad política en torno al clima, con positivos resultados en la reducción de las emisiones de GEI y la mejora de la eficiencia energética, constata también que al ritmo de actuación actual por parte de los países europeos no será posible cumplir con los objetivos climáticos y energéticos para 2030 y 2050. La necesaria respuesta de la UE ya ha comenzado a configurarse por medio del Pacto Verde Europeo, presentado en diciembre de 2019 y que establece la hoja de ruta para lograr una Europa sostenible⁸¹. Su objetivo consiste en transformar los retos en materia de clima, energía y medio ambiente en oportunidades, al tiempo que prevé actuaciones para impulsar el uso eficiente de los recursos mediante el paso a una economía limpia y circular, detener el cambio climático, revertir la pérdida de biodiversidad y reducir la contaminación. La asunción por parte del Consejo Europeo de la propuesta de la Comisión consistente en llegar a cero emisiones en 2050 e implementar un paquete de medidas normativas para su logro a aplicar en el periodo 2030-2050 en el seno del proceso de desarrollo del Pacto Verde Europeo podrá situar a la UE en la posición idónea para alcanzar el objetivo de desarrollo sostenible.

⁸⁰ Parlamento Europeo, nota de prensa de 28 de noviembre de 2019, *El Parlamento Europeo declara la emergencia climática*, IPR67110. Recuperado de <www.europarl.europa.eu>.

⁸¹ Comisión Europea, Comunicación de 11 de diciembre de 2019, *El Pacto Verde Europeo* COM (2019) 640 final.

Referencias bibliográficas

- Agencia Europea del Medio Ambiente (2019). *The European environment – state and outlook 2020.*, Luxemburgo: OPOUE.
- Alenza García, J. F. y Sarasibar Iriarte, M. (2007). *Cambio climático y energías renovables.* Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.
- Aranzadi, C. (2014). Energía y Geoestrategia: Introducción. *Cuadernos de Estrategia*, 166, 19-43.
- Aranzadi, C. (2015). UE 2030: objetivo clima y energía. *Política Exterior*, 29(163), 46-53.
- Barberán Ortí, R. y Egea Román, R. (2013). Las Políticas de Medio Ambiente y de los Consumidores. En J. M. Jordán Galduff (Coord.), *Economía de la Unión Europea* (pp. 461-482). Madrid: Civitas.
- Bedia Bueno, G. (2017). El Derecho de la Energía, las Políticas Europeas y la Transición Energética en la UE. *Cuadernos Canabria Europa*, 16, 37-62.
- Bruhwieler, L., Michalak, A. M., Birdsey, R., Fisher, J. B., Houghton, R. A., Huntzinger, D. N. y Miller, J. B. (2018). Overview of the global carbon cycle. En N. Cavallaro, G. Shrestha, R. Birdsey, M. A. Mayers, R. G. Najjar, S. C. Reed, P. Romero-Lankao y z. Zhu (Eds.), *Second State of the Carbon Cycle Report (SOCCR2): A Sustained Assessment Report*. Washington, U.S.: Global Change Research Program.
- Carlos Izquierdo, J. de (2016). La estrategia de seguridad energética de la Unión Europea y España. *Boletín I.E.E.E.*, 1, 557-574.
- Cuenca García, E. (2007). *Economía de la Unión Europea*. Madrid: Pearson-Prentice Hall.
- Escribano Francés, G. y Lázaro Touza, L. (2017). Energía y clima en 2017: volatilidad contenida, implementación climática e incertidumbre política. *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, 31.
- Fabra Portela, N. (2018). La Unión Energética: instrumento para la transición energética en Europa. *Información Comercial Española ICE*, 902, 65-80.
- Fernández de Gatta Sánchez, D. (2013). El Séptimo Programa Ambiental de la UE, 2013-2020. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 41-42, 71-121.
- Fernández de Gatta Sánchez, D. (2017). Unión Europea: inicio del debate sobre la transición energética. En R. Fernando López (Coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2017* (pp. 45-83). Madrid: CIEMAT.
- Fundación Energías Renovables (Ed.). (2017). *Directiva Europea sobre Energías Renovables. Desafíos y oportunidades*. Madrid: FER.
- García García, S. (2019a). Legislación al día. Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 87, 141-144.
- García García, S. (2019b). Legislación al día. Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 88, 54-56.
- García García, S. (2019c). Legislación al día. Directiva (UE) 2018/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 88, 57-58.

- Gusev, A. S. (2011). Climate Change Issues in a Transatlantic Context. *L'Europe en Formation*, 2, 79-91.
- Gutiérrez Roa, T. (2018). La Unión de la Energía y su impacto en las relaciones exteriores comunitarias. *Boletín I.E.E.*, 10, 916-929.
- Herrero, R. (2016). La seguridad energética y la estrategia global de seguridad de la Unión Europea. *Revista UNISCI*, 42, 83-98.
- Hinojo Rojas, M. (2018). La política en materia de medio ambiente de la Unión Europea en perspectiva histórica: de Roma a Niza. *Revista de Estudios Europeos*, 72, 26-73.
- IPCC (Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático). (2018). *Global Warming of 1.5 °C*. PNUMA. Recuperado de <<https://www.ipcc.ch>>.
- Kulovesi, K., Morgera, E. y Muñoz, M. (2011). Environmental integration and multi-faceted International dimensions of EU law: unpacking the EU's 2009 climate and energy package. *Common Market Law Review*, 48(3), 829-891.
- López-Nicolás Baza, A. (2018). El liderazgo de la Unión Europea en Energías Renovables: el paquete de Energía Limpia de la Comisión Europea. *Cuadernos de Energía*, 55, 22-27.
- López Sako, M. J. (2011). La política energética sostenible de la Unión Europea (1). *Noticias de la Unión Europea*, 322, 81-92.
- Modafferi, C. (2015). La política medioambiental europea. Estudio sobre el desarrollo de la protección ambiental y papel decisivo de la Unión Europea. *Cuadernos Cantabria Europa*, 15, 49-68.
- Morán Blanco, S. (2015). *Seguridad Energética y Medio Ambiente. Dos caras de una misma moneda. Especial referencia a la UE*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi.
- Moreno Regaña, A. (2016). Hegemonía y capital transnacional en la Unión Europea. El marco para el clima y la energía. *Relaciones Internacionales*, 31, 95-110.
- Moussis, N. (2009). *EU Environment & Energy Policies: Two Interwoven Legislative Areas*. Rixensart (Bélgica): European Study Service.
- Nieto Solís, J. A. (2005). *La Unión Europea. Una nueva etapa en la integración económica de Europa*. Madrid: Pirámide.
- Oettinger, G. H. (2013). El futuro de la energía en la Unión Europea. *Cuadernos de Energía*, 41, 15-19.
- Olabe, A., González-Eguino, M. y Ribera, T. (2017). Hacia un nuevo orden mundial de la energía. *Documento de Trabajo del Real Instituto Elcano*, 12.
- Organización Meteorológica Mundial (2019). The State of Greenhouse Gases in the Atmosphere Based on Global Observations trough 2018. *WMO Greenhouse Gas Bulletin*, 15.
- Pérez de las Heras, B. (2014). Las políticas de seguridad energética en la Unión Europea y los Estados Unidos: desafíos globales y compromisos comunes en la transición hacia un modelo energético más sostenible. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 47, 13-47.
- Ribera, T., Spencer, T., Sartor, O. y Mathieu, M. (2014). La Unión Europea y la revolución americana de los no convencionales. *Economía Exterior*, 68, 27-38.
- Ristori, D. (2019). 60 ans de politique énergétique. *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 1, 17-37.
- Ruiz Campillo, X. (2017). Transformación de la UE en su lucha contra el cambio climático. *Economía Exterior*, 81, 83-88.
- Ruiz González, F. J. (2015). El reto de la seguridad energética para la Unión Europea.



Revista de Derecho, Empresa y Sociedad,
6, 106-120.

Sodupe, K. y Benito, E. (2000). Los problemas energéticos en la Unión Europea a la luz del tratado sobre la Carta de la Energía. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 16, 421-448.

Torre-Schaub, M. (2012). L'apport du principe de développement durable au droit communautaire: gouvernance et citoyenneté

écologique. *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 555, 84-92.

Valdés, J. (2016). Evolución y consistencia en la política de seguridad energética de la UE: los Proyectos de Interés Común. *Papeles de Europa*, 29(2), 69-93.

Wood, D. M. y Yesilada, B. A. (2006). *The Emerging European Union*. Nueva York: Pearson Longman.



La instrucción del procedimiento del recurso especial en materia de contratación pública

José Enrique Candela Talavero

Doctor en Derecho

Secretario de Administración Local

Extracto

La figura del recurso especial es clave para conseguir el efectivo control a la Administración en sede de contratación pública y facilitar al interesado, licitador, la resolución de su conflicto con esta Administración. Para ello, además de preconizarse como instrumento rápido y eficaz, debe conseguir que cuando el afectado no vea satisfecha su pretensión, se le facilite acudir a la sede contencioso-administrativa o en vía administrativa mediante el acceso al recurso especial, porque debe encontrar una garantía fuerte y eficaz frente a posibles actos irregulares, que se logra si se es ágil en la resolución, evitándose estrategias procesales que impidan esa eficacia reclamada desde Europa.

Palabras clave: recurso especial; instrucción; control; contratos; procedimiento.

Fecha de entrada: 23-09-2019 / Fecha de aceptación: 25-10-2019

Cómo citar: Candela Talavero, J. E. (2020). La instrucción del procedimiento del recurso especial en materia de contratación pública. *Revista CEFLegal*, 231, 77-112.





The instruction of the special appeal procedure in public contracting

José Enrique Candela Talavero

Abstract

The figure of the special resource is key to get the effective control of the Administration in public procurement headquarters and facilitate the interested party, tenderer, the resolution of their conflict with this Administration. For this, in addition to being recommended as a quick and efficient instrument, it must be ensured that when the affected party does not see his or her claim satisfied, it is facilitated to go to the administrative-administrative headquarters or through administrative means by accessing the special resource because they must find a strong and effective guarantee against possible irregular acts, which is achieved if it is agile in the resolution avoiding procedural strategies that prevent that claimed effectiveness from Europe.

Keywords: special resource; instruction; control; contracts; procedure.

Citation: Candela Talavero, J. E. (2020). La instrucción del procedimiento del recurso especial en materia de contratación pública. *Revista CEFLegal*, 231, 77-112.





Sumario

1. Introducción
 2. Tramitación
 - 2.1. Remisión del expediente
 - 2.2. Puesta de manifiesto del expediente y alegaciones
 - 2.3. La prueba
 3. Terminación del procedimiento
 - 3.1. Formas anormales de terminación del procedimiento
 - 3.1.1. Allanamiento
 - 3.1.2. Desistimiento y la satisfacción extraprocedimental
 - 3.1.3. Imposibilidad
 - 3.2. Forma normal de terminación del procedimiento
 - 3.2.1. La resolución
 - 3.2.1.1. Congruencia y motivación
 - 3.2.1.2. El plazo
 - 3.2.1.3. Sentido de la resolución: su contenido
 4. Ejecución y actos posteriores a la resolución
 - 4.1. Recurso contencioso-administrativo
 - 4.2. La revisión de oficio en el recurso especial
 - 4.3. Recursos administrativos
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo forma parte de la tesis doctoral con el título «El recurso especial en materia de contratación: instrumento de protección al licitador y mecanismo de vigilancia a la Administración en la contratación pública», defendida en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca de la Universidad de Castilla-La Mancha, el 12 de junio de 2019.



1. Introducción

Nuestro sistema de contratación pública dispone de un mecanismo de control, como es el recurso especial, como mecanismo protector que ofrece nuestro ordenamiento jurídico, que no significa, empero, que sirva a cualquier precio y que cualquier funcionamiento material y orgánico del mismo sea válido, sino que en función de la interpretación jurisprudencial, y analizados sus efectos prácticos, deberá reafirmarse cada año su eficacia y valoración. De hecho, será capital para su plena validez lograr la independencia del órgano encargado de la resolución del recurso, así como la profesionalidad de sus miembros.

Recurso especial con una proyección protectora de los derechos de los licitadores y que salvaguarda el procedimiento para su realización eficaz, resultando ser un sector administrativo donde, estando presente la discrecionalidad de la Administración, de la que disfruta para poder fijar «los criterios que han de servir para valorar las ofertas presentadas por los que concurren a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos», pero como afirmaron las SSTs de 28 de junio de 2004 y 24 de enero de 2006, «no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso». Para esa eficacia apuntada se regula la instrucción de un procedimiento del recurso especial, con particularidades en las que se pretende hacer realidad una protección efectiva y una defensa de la legalidad contractual conforme a nuestro sistema incorporado por tener este medio de control un origen comunitario.

2. Tramitación

2.1. Remisión del expediente

En primer lugar, saber de la remisión general del procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación pública, para regirse por las disposiciones de la Ley 39/2015 (Palomar Olmeda, 2017 y Gutiérrez Colomina, 2017), por lo que comienza la

instrucción del procedimiento en los términos del artículo 56 del LCSP 2017 con las especialidades siguientes:

2. Interpuesto el recurso, el órgano competente para la resolución del recurso lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano de contratación autor del acto impugnado, este deberá remitirlo al órgano competente para la resolución del recurso dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción acompañado del expediente administrativo y del informe a que se refiere el párrafo anterior.

Este envío del expediente será:

Por medio electrónicos siempre que sea posible, deberá ir acompañado de un índice de los documentos que contenga, una relación de los participantes en la licitación con su número de identificación fiscal. En el caso de las uniones temporales de empresas se incluirán los números de identificación fiscal correspondientes a cada una de las entidades que, en su momento, la hayan de constituir. En el expediente se incluirán los documentos declarados confidenciales por los licitadores haciendo constar su carácter confidencial en el índice y en el lugar del expediente donde se encuentren dichos documentos.

3. Cuando, a juicio del Tribunal, la documentación recibida se encuentre incompleta o se hayan omitido antecedentes relevantes para la resolución del asunto, requerirá al órgano o entidad autor del acto impugnado para que complete el expediente en el plazo de los dos días hábiles siguientes (art. 28.1, 2 y 3 RD 814/2015).

Corroborado por el actual artículo 54 de la LCSP 2017 al reconocer que «las comunicaciones y el intercambio de documentación entre los órganos competentes para la resolución de los recursos, los órganos de contratación y los interesados en el procedimiento se harán por medios electrónicos», así como también por la disposición adicional decimosexta de la LCSP 2017, que prevé el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos¹.

Expediente que de no ser correctamente enviado por el órgano de contratación al tribunal, y tras serle de nuevo requerido, será comunicado al recurrente a efectos de alegacio-

¹ Contratación electrónica sobre la que saber de normas, como el Decreto 28/2018, de 15 de mayo, de Castilla-La Mancha por el que se regula la contratación electrónica en el sector público regional. (DO-CLM de 21 de mayo de 2018) o el Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. (DOE 15 de enero de 2018). (Cotino Hueso, 2007).

nes y podrá generar la responsabilidad que proceda, como delimita la disposición adicional vigésima octava de la LCSP 2017 reguladora de la responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones públicas (art. 28.5 RD 814/2015).

Por lo que hace a la referencia al informe que acompaña el envío del expediente, deberá describir la tramitación del mismo, así como analizar jurídicamente las alegaciones adecuadas tanto respecto de las medidas provisionales solicitadas como respecto del fondo de la cuestión planteada (art. 28.4 RD 814/2015). Es decir, no se limitará a exponer actuaciones realizadas hasta la fecha, sino que, considerando el principio de contradicción, deberá manifestarse sobre aspectos tales como la admisibilidad del recurso, la legitimación de los recurrentes, las medidas solicitadas y el fondo del asunto, debiendo albergar la razón y motivación de los actos y decisiones debatidas en el propio recurso (Resolución n.º 116/2018, de 5 de diciembre, del TARCCYL). Informe preceptivo al recurso especial que acompaña al expediente de contratación (art. 56.2 LCSP 2017), sobre el que se ha pronunciado el TACPA en diversas ocasiones (Acuerdo n.º 34/2015, de 18 de marzo, siguiendo los acuerdos n.º 12/2012, n.º 48/2012 y n.º 8/2014) en el sentido de que

debe contener la razón y motivación de las decisiones sobre las cuestiones debatidas en el mismo; pues, lo contrario supone una cierta falta de diligencia, contraria a las prácticas exigibles del derecho a una buena administración. Y que un informe es un documento administrativo (de juicio u opinión) que, por definición, contiene una declaración emitida por el órgano designado en la ley, sobre las cuestiones de hecho o derecho que son objeto de un procedimiento (en este caso el recurso especial en materia de contratación). La finalidad del informe es proporcionar al tribunal datos, valoraciones y opiniones precisos, para la formación de su voluntad y la adopción de sus acuerdos o resoluciones, y no puede limitarse, como ocurre en el presente caso, a una mera descripción o enumeración correlativa de las fechas en que se han producido las distintas actuaciones en el procedimiento licitatorio, y a la afirmación de que se mantiene la puntuación asignada a la recurrente por el motivo que acaba de reproducirse, sin mayor fundamentación.

Y sin perjuicio, y conectado con la práctica de la prueba es, como recordara Santiago Fernández (2018, pp. 678), la posibilidad del tribunal de solicitar asesoramiento técnico en las cuestiones de trascendencia para la resolución, y que no quedaran claras en el informe del órgano de contratación. Asesoramiento con voz y sin voto, no previsto en la LCSP 2017 pero sí para el Tribunal de Contratos de Andalucía en el Decreto 332/2011 (art. 8.4).

2.2. Puesta de manifiesto del expediente y alegaciones

Sin perjuicio de lo dispuesto respecto al acceso al expediente por parte del recurrente (art. 52) se establece en el artículo 56.3 de la LCSP 2017 que:

Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición, el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, que deberán presentarse necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

De forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares, si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación, en el caso de que la solicitud de tales medidas se hubiera realizado con anterioridad a la presentación del recurso.

Asimismo en este plazo, resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo 53, entendiéndose vigente esta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento. Si las medidas cautelares se hubieran solicitado después de la interposición del recurso, el órgano competente resolverá sobre ellas en los términos previstos en el párrafo anterior sin suspender el procedimiento principal. En todo caso, las medidas cautelares podrán acordarse de oficio por el órgano competente en cualquier fase del procedimiento dando audiencia sobre ello al órgano de contratación autor del acto impugnado, por plazo de dos días.

Pero debiendo el órgano competente para la resolución del recurso

en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento (art. 56.5 LCSP 2017).

De manera que recibido el expediente

los interesados podrán tomar cuantas notas necesiten para formular sus alegaciones y solicitar copia o certificado de aquellos documentos contenidos en el expediente que sean indispensables para ejercer su derecho de defensa, que se expedirán por la Secretaría siempre que los medios disponibles lo permitan y no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos. La Secretaría no estará obligada a aceptar ninguna solicitud genérica respecto de la expedición de copias (art. 29.2 RD 814/2015).

Trámite de acceso al expediente cuya doctrina interpretativa queda expuesta en la Resolución n.º 1014/2017 del TACRC, para procurar que quede equilibrada la confidencia-

lidad de las ofertas y el derecho de acceso a la información (STJCE de 14 de febrero de 2008), remitiéndose a su Resolución n.º 19/2016, para identificar «qué concreto derecho o interés legítimo del adjudicatario puede verse comprometido por el acceso al expediente y explicando en qué medida la naturaleza de los datos contenidos en el expediente han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador». Así, la obligación de confidencialidad no puede ser tan genérica que afecte a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario (Resolución n.º 592/2014), pues al denegar el acceso podrán incurrir, de no respetar los supuestos de denegación, en fraude de ley (Resolución n.º 45/2013, de 30 de enero). En cualquier caso, señalar el criterio favorable a reconocer la obligación de dar vista del expediente a los licitadores si así lo solicitan, sentado por el TACPMad (Resolución n.º 52/2011) y por el TACPA (Resolución n.º 5/2011 y Acuerdo n.º 20/2012).

Sobre la confidencialidad (Bassols Coma, 2010, pp. 103-104) y la extensión del derecho o denegación de acceso al expediente se sentó la siguiente doctrina. Para ser confidenciales las ofertas se precisa que el licitador señale qué documentación tiene carácter confidencial y lo justifique suficientemente: Resolución n.º 58/2018, de 19 de enero del TACRC, así como por el OARC en su Resolución n.º 010/2018, de 23 de enero, siguiendo el criterio de la Resolución n.º 196/2016 del TACRC y del Acuerdo n.º 106/2015 del TACPMad, que entendió correcta la denegación de acceso a la documentación por contener

datos sobre costes directos e indirectos, que no son de acceso general y cuyo conocimiento por los competidores comerciales puede perjudicar intereses empresariales legítimos y la leal competencia. Esta observación es una ponderación adecuada de la tensión entre el derecho a la confidencialidad y el de acceso al expediente, ya que el conocimiento de la citada información permite seguir el proceso interno de toma de decisiones empresariales fundamentales y, en especial, de elaboración de la oferta; a ello debe añadirse que, como señala la adjudicataria impugnada, también constan datos de las relaciones contractuales con proveedores, igualmente sensibles a estos efectos.

Denegación también acordada cuando estemos ante una petición abusiva y que solo pretenda paralizar o ralentizar el procedimiento. Fue este el acuerdo adoptado por la Resolución n.º 072/2016, de 15 de junio del OARC, pues

el deber de transparencia para con los licitadores que obliga al poder adjudicador debe corresponderse con una diligencia mínima de estos en el ejercicio de su derecho; en el supuesto analizado la segunda solicitud de acceso, cuya denegación es la que permite una nueva solicitud, esta vez ante este OARC, se fundamenta en la necesidad de que la documentación sea examinada por una persona concreta que no acudió a la primera revisión.

Por su parte en la Resolución n.º 130/2015 del OARC ya se señaló que el correcto ejercicio del derecho de acceso al expediente requiere una

diligencia adecuada para el correcto ejercicio de su derecho de acceso, diligencia que la jurisprudencia europea considera exigible a quien se quiere beneficiar de la obligación de transparencia en el procedimiento (STJUE de 18/10/2001, asunto C-19/00, de 24/11/2005, asunto C-331/04, y de 12/11/2009, asunto C-199/07), [incluyendo la puesta a disposición de la tarea de revisión de] medios humanos suficientes en cantidad y adecuación técnica, cuya disponibilidad se le supone por el hecho de aspirar a obtener la adjudicación. Dado que el recurrente no fue lo bastante diligente como para organizar sus recursos humanos de modo que la revisión fuera satisfactoria para sus intereses y que no se alegó otro motivo para el nuevo acceso distinto de la ausencia en el primero de una persona concreta, motivo imputable en exclusiva al citado recurrente, este OARC concluye que la denegación fue adecuada.

Confidencialidad que no se debe guardar cuando solicitados documentos acreditativos de la solvencia técnica por su vinculación a secretos técnicos o comerciales. Según el TACRC (resoluciones n.º 393/2016 y n.º 916/2015) manifestara,

es criterio de este Tribunal el que aquella tampoco, al menos en principio, cabe sustraerla al conocimiento de los interesados que concurrieron al procedimiento de licitación. Desde luego, ello es evidente cuando se trata de trabajos que hayan tenido como destinatarias a Administraciones públicas o a otras entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del TRLCSP, pues, aunque se pueda restringir la difusión de información relativa a la adjudicación, ello no afecta nunca al sentido en que aquella se ha dictado, esto es, a la identidad del adjudicatario, que debe ser siempre publicada, al margen, huelga decir, de los casos excepcionales comprendidos en la legislación de secretos oficiales (resolución n.º 096/2015, de 24 de agosto de 2016, FD 9.º).

No obstante, solicitado por el recurrente la vista del expediente según prevé el artículo 16 del Real Decreto 814/2015, si obtiene la negativa por respuesta del órgano de contratación, reconoce el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015 que:

El Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.

Trámite este que no puede perder de vista que si el artículo 52 de la LCSP 2017 regula el régimen de acceso al expediente de contratación, precisa que el incumplimiento por el órgano de contratación del régimen de acceso al expediente no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo (resoluciones n.º 166/2012, de 3 de agosto y n.º 1150/2015, de 18 de diciembre del TACRC), concluyendo la Resolución n.º 73/2016, de 29 de enero del TACRC, que el plazo de interposición no se suspende

ni por la petición de acceso al expediente ni por el hecho de que dicho acceso no se facilite temporáneamente por el órgano de contratación, aunque sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso del trámite al que se refiere el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015.

En todo caso, las medidas cautelares podrán acordarse de oficio por el órgano competente en cualquier fase del procedimiento, dando audiencia sobre ello al órgano de contratación autor del acto impugnado, por plazo de dos días.

Acceso a expediente que supone que:

Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente (art. 52 LCSP 2017).

Recordar asimismo el Informe n.º 72/11, de 1 de marzo de 2012, relativo a la recomendación de la JCCA a los órganos de contratación para la interpretación correcta de la Directiva 2007/66/CE y la norma d) de la disposición transitoria séptima del TRLCSP, tras la decisión de los Servicios de la Comisión Europea, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, al dirigirse a las autoridades españolas exponiendo la necesidad de clarificar que ante la inexistencia de órgano independiente en una comunidad autónoma o de convenio atribuyendo el conocimiento del recurso especial al TACRC los recursos contra los actos de adjudicación que se plantean ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa tienen carácter suspensivo de celebración del contrato hasta que dicha jurisdicción se haya pronunciado sobre el fondo o sobre las medidas provisionales.

Sobre los efectos de la suspensión consecuente con la interposición del recurso especial, según el Informe n.º 58/11, de 1 de marzo de 2012 de la JCCA, resultó procedente el

mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, con amparo en la disposición transitoria segunda, apartado d) de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, (disposición transitoria séptima, d/ del TRLCSP), una vez resuelto el recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento que resolvió la adjudicación definitiva del contrato, hasta que dicho acuerdo devenga firme o la medida sea expresamente levantada por el órgano judicial correspondiente, quedando con ello en suspenso la formalización del contrato y el inicio de las prestaciones.

Así se encargó de remarcarlo la Resolución n.º 878/2014 de 28 de noviembre del TACRC al resolver que este recurso administrativo especial en materia de contratación:

No suspende el procedimiento de contratación de manera automática sino a instancia del recurrente, salvo que el recurso se interponga contra los acuerdos de adjudicación, en cuyo caso la suspensión será automática con la interposición del recurso, y sin perjuicio de que en el plazo de cinco días el Tribunal acuerde mantener o levantar la medida.

A los efectos de las alegaciones, si el objeto del recurso fue la adjudicación por falta de motivación, saber que la adjudicación se entenderá motivada de forma adecuada si al menos contiene la información que permita al licitador interponer el recurso en forma suficientemente fundamentada. Caso contrario, se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, produciéndole indefensión (Resolución n.º 103/2012, de 9 de mayo del TACRC). Exigiéndose motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes (STC n.º 37/1982, de 16 de junio y SSTS de 9 de junio de 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero de 1998, 11 y 13 de febrero de 1998, 9 de marzo de 1998, 25 de mayo de 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero de 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 de enero de 2000). De manera que invocándose indefensión por haberse puesto de manifiesto el expediente con cinco días antes del vencimiento del plazo para la interposición del recurso «por aplicación de los principios de publicidad y transparencia, se exige que el acceso a los documentos que obran en el expediente sea la regla general y la salvaguarda de la confidencialidad de los datos contenidos en las ofertas la excepción» (Resolución n.º 689/2014, de 23 de septiembre del TACRC).

2.3. La prueba

Acerca de los medios de prueba el artículo 56.4 de la LCSP2017 reconoce que:

Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

La práctica de las pruebas se anunciará con antelación suficiente a los interesados.

Práctica de la prueba que se desarrolla con la regulación del artículo 30 del Real Decreto 814/2015, solicitándose en el escrito de interposición del recurso, si la insta el recurrente, en el de alegaciones, si es cualquiera de los restantes interesados, y en el informe remitido acompañando al expediente de contratación, si es el órgano autor del acto recurrido, debiendo identificarse los extremos sobre los que debe versar y la persona o personas propuestas para practicarla, corriendo con los gastos derivados de su práctica quien la solicite y contra cuya decisión no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que en el recurso contencioso-administrativo se aduzca su denegación.

En cualquier caso, el propio tribunal de oficio o a instancia de parte y antes de la resolución podrá acordar la práctica de la prueba, en cuyo caso será notificada a los interesados en el recurso dentro del plazo de cinco días hábiles a partir de la fecha en que el tribunal acuerde la apertura del período de prueba, indicando, en su caso, el lugar, la fecha y la hora de su práctica.

En materia de acreditación de extremos en esta fase de prueba, disponiendo el órgano encargado de la resolución del recurso de discrecionalidad técnica, son los informes técnicos los que examinarán si los licitadores cumplen las exigencias del pliego de prescripciones técnicas, toda vez que el tribunal «carece de elementos de juicio para sustituir aquella, sin perjuicio de poder supervisar los errores o infracciones manifiestos del ordenamiento jurídico en que los técnicos hayan podido incurrir» (resoluciones n.º 177/2014 de 28 de febrero, n.º 230/2015, de 13 de marzo, y n.º 52/2015 del TACRC). Y en caso de no constar informe técnico de contradicción, si el interesado no solicita prueba y presenta informes técnicos detallados de la Administración demandada que discutan razonadamente las tesis técnicas de la empresa recurrente, se resolverá decaer el motivo del recurso (Resolución n.º 1107/2017, 24 de noviembre del TACRC).

3. Terminación del procedimiento

3.1. Formas anormales de terminación del procedimiento

3.1.1. Allanamiento

El allanamiento como forma anormal de terminación del procedimiento es admitida en relación con el procedimiento del recurso especial (González Pérez, 1958, pp. 89-94, y Ro-

drigo Moreno, 1983, pp. 679-692) a la luz de la regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa, que lo reconoce como otros modos de terminación del procedimiento en el artículo 75 de la LJCA, pudiendo considerar la postura favorable al mismo si así aparece en el informe a la pretensión del órgano de contratación, cuando interpuesto ante él, lo remite al órgano encargado de resolverlo acompañado del expediente administrativo y de aquel informe.

Fue el caso aplicable a la institución del allanamiento, ante reconocimiento de la pretensión de la recurrente efectuada por la Administración, en la Resolución n.º 089/2014, de 5 de febrero del TACRC, una vez comprobado técnicamente por la Administración que su valoración fue errónea. Haciendo una remisión a lo manifestado en las resoluciones n.º 295/2012 y n.º 104/2013 del TACRC cuando asimiló ese reconocimiento al allanamiento de la Administración en el proceso contencioso-administrativo, con la salvedad de que no suponga infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. Infracción relacionada a los supuestos en los que la infracción surge o se aprecia fácilmente, *prima facie*, sin necesidad de exégesis (STSJ de Navarra de 17 de julio de 2009) y no requiere de «interpretación jurídica o exigencia de esfuerzo dialéctico» (STSJ de Canarias de 29 de julio de 2005) (Resolución n.º 295/2012 del TACRC).

Además advertir que será innecesario que proceda el tribunal encargado de la resolución del recurso a entrar a analizar las alegaciones de las partes una vez que «se ha manifestado el reconocimiento o aceptación por parte del órgano de contratación de la mayoría de alegatos de la recurrente, y ello aun cuando tal aceptación –parcial– de los motivos del recurso haya ido precedida en algún caso de la propia apreciación técnica de dicho órgano en justificación de las previsiones contenidas en el PCAP. Al respecto, debe considerarse tal reconocimiento por parte del órgano de contratación como un allanamiento a las pretensiones del recurso, y al no existir una regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico administrativo ni contractual, hemos de acudir al artículo 75.2 de la LJCA. Resolviendo, con base en este precepto que

de cuestiones eminentemente técnicas las que suscitan la presente controversia, no existen razones jurídicas para considerar que tal reconocimiento o allanamiento del órgano de contratación pueda constituir una infracción del ordenamiento jurídico, por lo que procede estimar el recurso en todos aquellos aspectos donde el citado órgano muestra su conformidad con la pretensión actora (Resolución n.º 252/2017, de 21 de noviembre del TARCAAnd).

En todo caso, lo que debe impedirse es que el allanamiento provoque «cualquier notorio fraude a los intereses públicos o lesión por "contrarius actus" de derechos subjetivos de terceros» (STS de 6 de febrero de 1980). En términos similares la Resolución n.º 590/2015, de 19 de junio del TACRC, que aunque no se contemplara el allanamiento en la regulación de contratos públicos, pues el artículo 47.2 del TRLCSP solo prevé que en su resolución el tribunal deberá «decidir motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado», resul-

ta aplicable en estos procedimientos la regulación del allanamiento en la LJCA (resoluciones n.º 104/2013, n.º 105/2015, de 30 de enero y n.º 7/2016, de 12 de enero del TACRC).

Asimismo, quedará asimilada la figura del allanamiento del órgano de contratación al allanamiento de la Administración en el proceso contencioso-administrativo previsto en el artículo 75 de la LJCA (resoluciones n.º 295/2012 y n.º 104/2013 del TACRC), que habilitó a ser admitida en la Resolución n.º 938/2014 de 18 de diciembre del TACRC, pues el órgano de contratación reconoció que la empresa recurrente fue indebidamente excluida, tratándose de una cuestión objetiva que no requiere un análisis jurídico y que no resulta contraria a los intereses públicos, por lo que no apreció infracción del ordenamiento jurídico.

3.1.2. Desistimiento y la satisfacción extraprocedimental

La terminación anormal también puede ocurrir por satisfacción extraprocedimental de las pretensiones del actor (art. 76 LJCA), es decir, por reconocimiento de la pretensión en vía administrativa, de manera que, vista la impugnación de un acto, la propia Administración acceda a lo pedido por el recurrente y lo anule o modifique (sin necesidad de proceder a su revisión de oficio).

Producida por falta sobrevenida de objeto del recurso, fue aplicada en la Resolución n.º 845/2016, de 21 de octubre, del TACRC (FD 5.º), toda vez que el recurso n.º 822/2016 quedó sin objeto, ya que la adjudicación en él realizada fue sustituida por la recurrida en el recurso n.º 893/2016, precisamente como consecuencia de haberse acogido por el órgano de contratación las alegaciones de la recurrente en su recurso n.º 822, resultando una actuación que no infringió el ordenamiento jurídico, sino que se acomodó a la motivación de la adjudicación y su notificación (Resoluciones n.º 340/2015, n.º 148/2014, n.º 274/2016 y n.º 740/2016 del TACRC). Desistimiento por el órgano de contratación como forma anormal de terminación del procedimiento, que hace desaparecer el objeto del recurso (Resolución n.º 48/2018, de 21 de marzo, FD 2.º, del TACPCan y Resolución n.º 246/2018 de 7 de septiembre, del TARCAnd), que supone la imposibilidad material de continuar el procedimiento de recurso por causas sobrevenidas, prevista en el artículo 84.2 de la Ley 39/2015 y que impide entrar a analizar los requisitos de admisión y los motivos de fondo.

La renuncia y el desistimiento como forma anormal de terminación del procedimiento de licitación por falta de objeto, que se prevé en el artículo 152 de la LCSP 2017 y el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, afectará al expediente en sí (y por ende a todos los actos y acuerdos adoptados en el mismo antes de la adjudicación) e «implica que cualesquiera que sean los documentos o acuerdos impugnados, así como las causas o motivos de impugnación, el objeto del recurso ha desaparecido por lo que no despliega efecto alguno, llevando aparejada la consecuencia de la inadmisión del recurso interpuesto contra el mismo» (Resolución n.º 934/2014, de 18 de diciembre del TACRC y Resolución n.º 103/2017, de 28 de agosto de 2018 del OARC).

Cuáles sean los requisitos y condiciones a observar para adoptar un desistimiento por la Administración de un procedimiento de adjudicación fue puesto de relieve por la JCCA de Galicia en su Informe n.º 6/2016, de 29 de septiembre. De él extraemos estas notas clarificadoras que uniremos a los pronunciamientos que sobre esta forma de terminación han surgido del TACRC. Así, se trata de la forma de finalización unilateral del procedimiento de contratación, adoptada antes de la adjudicación del contrato, y que debe fundarse en la concurrencia de una infracción no enmendable o subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, tomada para velar la consecución de un interés público de manera motivada y que deberá respetar el principio de la audiencia previa a los licitadores participantes. Audiencia previa que se deduce del criterio ofrecido por la Audiencia Nacional en su Sentencia 5/2016, de 21 de diciembre de 2015, que aunque se refería a un supuesto de renuncia de un contrato, su argumentación es aplicable a los requisitos a respetar en el acuerdo de desistimiento, y finalmente deberán ser explicitadas y puesta en conocimiento las razones a los licitadores (Sentencia de 11 de diciembre de 2014, la Corte Europea de Justicia (Sala Quinta) en el asunto 440/2013).

Ahora bien, no provocará indefensión de ningún tipo a los recurrentes, toda vez que el propio acuerdo de desistimiento es susceptible de impugnación y que además no impide iniciar, como así se establece en el artículo 125.4 del LCSP 2017, un nuevo procedimiento de licitación, cuyos documentos y acuerdos serán susceptibles igualmente de impugnación, incluidos los pliegos de cláusulas, por los mismos u otros motivos diferentes (Resoluciones n.º 934/2014, de 18 de diciembre y n.º 157/2016, de 19 de febrero del TACRC). Admitida esta forma de terminación «a la vista de una circunstancia posterior a la interposición de los presentes recursos especiales en materia de contratación, puede concluirse que el objeto de los recursos ha desaparecido dado que el órgano de contratación ha desistido de la licitación», aunque no se emplearan los términos de «desistimiento», si bien sus efectos son idénticos, dado el abandono del anterior procedimiento (Resolución n.º 40/2017 de 20 de enero del TACRC).

Por tanto, aún no prevista en el TRLCSP para aplicar la figura de desistimiento, es doctrina consolidada (resoluciones n.º 1092/2016, de 22 de diciembre; n.º 51/2017, de 20 de enero; n.º 429/2017, de 12 de mayo; n.º 318/2017, de 31 de marzo, y n.º 370/2017, de 21 de abril, del TACRC) que el recurrente pueda desistir decretándose el archivo del expediente por aplicación de lo dispuesto en el artículo 94.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a resultas de la cual, y aplicando el artículo 84.1 de esa misma norma, el desistimiento pone fin al procedimiento, con las salvedades previstas en el artículo 94.4 y 5. Parecida es la doctrina del Tribunal de Recursos de Andalucía al afirmar su doctrina, con base en la jurisprudencia comunitaria, en sus resoluciones n.º 59/2015, de 17 de febrero y n.º 260/2017, de 29 de noviembre, FD 3.º, «que el desistimiento del procedimiento, al igual que la renuncia y la declaración de desierto, son –como la adjudicación– actos finalizadores del procedimiento a los que debe extenderse la posibilidad de interposición del recurso especial». Empleo, pues, del recurso especial para controlar los actos de desistimiento precontractual de los

órganos de contratación, garantizado expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 18 de junio de 2002, asunto C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs, y Sentencia de 2 de junio de 2005, asunto C-15/04 Koppensteiner GMBH, que confirma el criterio de la primera). Jurisprudencia para la que la «renuncia a adjudicar no está condicionada a que existan circunstancias graves o excepcionales, sin que la concurrencia de un solo licitador impida la cancelación de un procedimiento sin adjudicación, si concurren causas que la aconsejan» (SSTJCE de 16 de septiembre de 1999 en el asunto C-27/98, considerando 24, y de 18 de junio de 2002 en el asunto C-92/00, considerandos 40-41).

Con esta reflexión debemos recordar la doctrina del TACRC (resoluciones n.º 507/2016, de 24 de junio de 2016 y n.º 400/2017, de 5 de mayo), en las que se resolvió que, partiendo de la necesidad de que discrecionalidad, para apreciar la existencia de interés público, no podrá encubrir una decisión arbitraria, debiendo siempre estar dirigida la actuación administrativa a la satisfacción del superior interés general (Resolución n.º 731/2014), a resultas de la cual para la renuncia será necesario acordarse de manera motivada antes de la adjudicación del contrato, por concurrir una causa de interés público justificada en el expediente.

Acto de desistimiento que será susceptible de recurso especial. Fue el supuesto del recurso en el procedimiento de un contrato calificado como de servicios, admitido en la Resolución n.º 807/2017, de 22 de septiembre, del TACRC. En este caso se recurrió el acto de desistimiento, y el tribunal lo admitió como acto recurrible al tratarse del acto que pone fin al procedimiento, siguiendo el criterio de las resoluciones n.º 95/2015, n.º 742/2014 y n.º 983/2017, de 27 de octubre del TACRC, Resolución n.º 43/2015 del TARCCYL y Resolución n.º 103/2017, de 28 de agosto del OARC.

Ahora bien, debemos diferenciar entre renuncia y desistimiento. Basta en la primera que se justifique una causa de interés general, mientras que en la segunda se tiene que probar y acreditar la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las que regulan el procedimiento de adjudicación, y en este caso sí será posible iniciar un nuevo procedimiento (resolución n.º 64/2016, del TACRC). Para este último supuesto, saber que «la eventual deficiencia del pliego en la definición de la presunción de temeridad de la oferta económica no ha determinado una distorsión insubsanable del procedimiento de adjudicación que, por sí, impida o dificulte la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa» (Resoluciones n.º 1004/2015 y n.º 427/2017, de 12 de mayo del TACRC). Aunque ambas figuras se adoptarán siempre antes de la adjudicación del contrato y no una vez adjudicado. Y de querer dejar sin efecto un acuerdo por otro nuevo, por apreciar el poder adjudicador una anomalía detectada, habrá de acudir al procedimiento de revisión de oficio (Resolución n.º 1073/2015, de 20 de noviembre, FD 5.º, del TACRC).

Renuncia analizada por el TACPA (Acuerdo n.º 32/2016, de 29 de marzo) que se refiere a actos que, salvo en un supuesto (modificaciones previstas en el contrato), se encuadran en la fase de selección del contratista y adjudicación de los contratos.

De manera que mientras que la renuncia de la licitación es susceptible de recurso especial de acuerdo con el apartado 2 c) del artículo 40 TRLCSP, en tanto en cuanto la renuncia constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación, no así lo es la compensación de gastos por ser una consecuencia de la renuncia a la celebración del contrato o del desistimiento del procedimiento.

Fue el supuesto del recurso a la renuncia de la celebración de un contrato del servicio de conservación, mantenimiento, reposición y nueva implantación de la señalización horizontal y vertical de tráfico en las vías públicas de competencia municipal del término municipal, alegándose por el ayuntamiento en cuestión (Valladolid) «con el fin de redimensionar las prestaciones a externalizar y reestructurar los lotes previstos». Analizado este recurso por la Resolución n.º 6/2016, de 4 de febrero, del TARCCYL se acordó su estimación, resultando, en su FD 2.º, la doctrina que se va consagrando sobre un criterio amplio en cuanto a los actos susceptibles de recurso, en orden a una mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Ejemplo de esto fue la STJUE de 18 de junio de 2002 –asunto C-92/00–, que declaró susceptible de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público. Criterio seguido por la Resolución n.º 96/2012, de 16 de octubre del TARCAnd y la Resolución n.º 17/2011, de 8 de junio del TACPMad.

El elemento clave de la renuncia es la justificación del interés público por el órgano de contratación, si bien

dispone de la libertad de no adjudicar el contrato por un motivo de interés público sobrevenido con posterioridad al inicio del procedimiento de adjudicación; sin embargo, el ejercicio del «ius variandi» por la Administración exige para ello una adecuada motivación, con el fin de desterrar la arbitrariedad, por lo que deberán justificarse las razones de interés público en que se funda este derecho en el caso concreto, sin que baste la mera invocación de dicho interés público (Resoluciones n.º 6/2016, de 4 de febrero de 2016, FD 3.º y n.º 54/2013, de 25 de septiembre, del TARCCYL citando su Resolución n.º 1120/2015, de 4 de diciembre).

Con base en este criterio resultó estimado el recurso, por no admitirse como argumento de interés público «un cambio de gobierno o la reestructuración de los servicios no afecta, en principio, al interés público ni fundamenta la renuncia a la celebración», «la obtención de condiciones más ventajosas para el erario público justifica la renuncia a la celebración del contrato» (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 9 de enero de 2008) o la eficiencia en la ejecución del servicio. En definitiva, en estas decisiones de renuncia la «discrecionalidad puede encubrir una decisión arbitraria, debiendo siempre estar dirigida la actuación administrativa a la satisfacción del superior interés general» (Resoluciones n.º 292/2012, de 5 de diciembre y n.º 731/2014, del TACRC).

Por su parte, el artículo 152 de la LCSP 2017 estipula como novedad la opción de renunciar a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento pudiendo acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. Renuncia que, en la medida que atiende a la finalidad de satisfacer un interés público, resultará imprescindible, para ser válida, que se respete el elemento reglado de la concurrencia del motivo de dicho interés público y de lo que tiene que dejarse constancia en el expediente en que se contenga la acreditación documental del procedimiento (STSJ de las Islas Canarias n.º 282/2014, de 16 diciembre), por ser razones de interés público, que conllevan que no se satisfaga la prestación objeto del contrato por innecesaria o no conveniente.

Para la renuncia conviene también señalar la doctrina del TACRC, mencionada en el Acuerdo n.º 32/2016, de 29 de marzo del TACPA, reflejada en la Resolución n.º 731/2014, para justificarla cuando

en el caso de que por unas u otras razones se advierta en el desarrollo de un procedimiento de licitación que tal objetivo no va a cumplirse, existirá razón de interés público suficiente para renunciar a la celebración del contrato, no pudiendo verse constreñido el órgano de contratación a concluir un contrato en tales circunstancias, lo que supondría un evidente perjuicio para el ente público contratante y una quiebra de los principios rectores de la contratación pública... En tal sentido, señalábamos en nuestra Resolución n.º 292/2012, de 5 de diciembre, que, en el ámbito de sus competencias y en razón de la oportunidad y de las disponibilidades presupuestarias que tenga asignadas, el órgano de contratación puede decidir libremente si celebra o no determinado contrato, y, en caso afirmativo, el contenido de la prestación objeto del mismo. Esta libertad alcanza asimismo a la posibilidad de renunciar a la celebración de un contrato encontrándose en curso un procedimiento de contratación, siempre que existan razones de interés público para ello, como no puede ser de otro modo, puesto que ningún ente del sector público puede verse constreñido a celebrar un contrato si existen razones justificadas para estimar improcedente dicha contratación.

Asimismo se advirtió en la STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Croce Amica One Italia Srl*, que la normativa europea no establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales o se base necesariamente en motivos graves. En todo caso, por razones de transparencia,

sí se obliga a la entidad adjudicadora a comunicar, en el caso de que decida cancelar la licitación, los motivos de su decisión a los candidatos y a los licitadores, lo que no implica que la entidad adjudicadora esté obligada a llevar a término el procedimiento de adjudicación. En conclusión, la existencia de interés público en la renuncia justifica la validez de la misma y el control de legalidad –que no de oportunidad– que puede realizar este tribunal administrativo se limita a verificar si concurre, o no, el presupuesto habilitante de la renuncia: la existencia de interés público.

3.1.3. Imposibilidad

Reconoce el artículo 84.2 de la Ley 39/2015 que «también producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso», aplicándose esta forma de terminación anormal en virtud de la vigencia en la tramitación de procedimiento de los recursos especiales en materia de contratación de las disposiciones de la Ley 39/2015 (art. 56.1 LCSP 2017).

En este sentido recordar el acuerdo del TACRC sobre la inadmisión del recurso por desaparición sobrevenida del objeto del recurso, al apreciar que la cuestión suscitada había quedado sin objeto, toda vez que se acordó por el ayuntamiento, autor del expediente, suprimir «la cláusula del PPT impugnada, remitida la rectificación al DOUE y, consiguientemente, ampliado el plazo de presentación de proposiciones» (resolución n.º 730/2017, de 24 de agosto). Terminación anormal que también se produce al aplicar la doctrina de los actos firmes y consentidos, que el TACRC ha denominado impropia «cosa juzgada administrativa». Considerando la jurisprudencia sobre el particular (SSTS de 12 de junio de 1997 y 5 de abril de 1965) y los dictámenes del Consejo de Estado de 27 de junio de 2002 –expediente 1656/2002–, 18 de julio de 2002 –expediente 1877/2002–, 5 de diciembre de 2002 –expediente 3307/2002– y 3 de marzo de 2005 –expediente 93/2005–), resolvió con claridad que veda reproducir ante este tribunal cuestiones que ya fueron resueltas por decisión de este contra la que no se dedujo recurso contencioso-administrativo (entre otras, resoluciones n.º 110/2012, n.º 195/2012, n.º 413/2013, n.º 216/2014, n.º 535/2014, n.º 24/2015, n.º 58/2016 y n.º 338/2016), y que concluyó, visto que la recurrente presentó una alegación y fundamentación de su recurso especial, sobre la que ya se pronunció el TACRC, quedó ya zanjada la discusión, y caso de entender no ajustada a derecho acudir ya al orden contencioso-administrativo (Resolución n.º 352/2017, de 21 de abril, FD 5.º).

3.2. Forma normal de terminación del procedimiento

3.2.1. La resolución

3.2.1.1. Congruencia y motivación

La congruencia es una de las notas características de la resolución mediante la que se debe atender la petición del recurso. Resolución cuyo sentido, según el artículo 57.2 de la LCSP 2017, será estimar en todo o en parte o desestimar las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, así como, de manera motivada, decidir cuantas cuestiones se plantearan, pero siendo capital en todo caso, que

la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas duran-

te el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

Novedoso no obstante es que en la nueva regulación se modifique «decisiones ilegales», por «decisiones no conformes a derecho».

Las pretensiones o la petición del recurrente, dice la normativa, que induce a aclarar un asunto trascendental para los intereses del interesado y de la resolución del recurso especial, como es el principio de congruencia,

impone al recurrente la carga de individualizar su pretensión y hacer constar las concretas razones que la sustentan. Por eso, y a diferencia de lo que acaece en otros ámbitos como en los recursos administrativos o en las reclamaciones económico-administrativas, en los que el órgano que conoce de unos y de otras, debe resolver todas las cuestiones que suscite el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados, el ámbito de cognición que se abre por la interposición del recurso especial previsto en el TRLCSP o de la reclamación de la LCSE está siempre limitado por lo alegado por el impugnante, no bastando por ello con efectuar un cuestionamiento genérico de la decisión frente a la que se recurre (Resoluciones n.º 300/2014, n.º 527/2014, n.º 782/2014, n.º 85/2015, n.º 916/2015 y n.º 349/2016 del TACRC).

Resolución que, como se analizó al considerar el principio de la seguridad jurídica, deberá ser motivada. En definitiva, principio de seguridad jurídica en el que tienen cabida reglas y principios básicos para la protección de derechos: prescripción, no retroactividad, exhaustividad y publicidad de los actos (STS de 6 de octubre de 2005 y SSTC n.º 150/1990, de 4 de octubre [NFJ004014] y n.º 142/1993, de 22 de abril [NSJ000528]), y que no es sino la realidad según la cual la Administración tiene que actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado (STS de 26 de febrero de 1990). El respeto, pues, a estos principios generales no es incompatible con la discrecionalidad administrativa; razón que fue base de la resolución del TARCAAnd (Resolución n.º 238/2015, de 29 de junio, para la que

si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada.

Contenido motivado de la resolución de tal trascendencia que habilita al afectado, ante su ausencia, para poder recurrir dicha la resolución, pues supondría un abandono de sus pretensiones, no atendidas diligentemente por la Administración. Para la motivación, aunque se pudiera incorporar a la resolución parte del contenido del informe técnico de valoración para una más amplia motivación, «no es menos cierto, que nuestro ordenamiento jurídico posibilita la motivación "in aliunde", esto es, por referencia al contenido del expediente administrativo», aceptación de informes o dictámenes, que servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. No obstante, el aparente rigor de esta previsión ha sido mitigado por la jurisprudencia, que ha señalado que esta incorporación «se satisface con que los informes que motivan la resolución administrativa obren en el expediente administrativo y el destinatario haya tenido cumplido acceso al mismo, pues ello permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración» (SSTS de 21 de octubre de 2011, 9 de julio de 2010, 15 de enero de 2009, 89/2009, entre otras) entendiéndose por «cumplido acceso» al expediente el hecho de hallarse el mismo a disposición de los interesados y que, por ello, puedan conocerlo «en cualquier momento» (STS de 15 de diciembre de 2014, y resoluciones n.º 23 de 18 de marzo de 2016, FD 9.º, del TACPCan y n.º 150/2018, de 23 de mayo del TARCAnd).

Exigida motivación de la resolución para velar por el principio de seguridad jurídica y de igualdad de trato, no obstante para su contenido, siguiendo el criterio de la jurisprudencia (por todas, STC 37/1982, de 16 de junio, SSTS de 9 de junio de 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero de 1998, 11 y 13 de febrero de 1988, 9 de marzo de 1998, 25 de mayo de 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero de 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 de enero de 2000), y según el acuerdo n.º 43/2014, de 6 de octubre, FD 8.º, del TACPNav,

no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de amplitud suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes.

Doctrina sobre la motivación de la adjudicación que también sigue el TACPMad, para el que «está en estrecha relación con la posibilidad de plantear un recurso fundado y de obtener un beneficio con la resolución del mismo» (Resoluciones n.º 303/2017, de 25 de octubre y n.º 84/2018, de 22 de marzo). De esta manera, que ante

una incorrecta valoración del proyecto técnico presentado por la adjudicataria, cabe recordar que corresponde al órgano de contratación realizar la valoración de los elementos susceptibles de juicio de valor de acuerdo con criterios de discrecionalidad técnica que no pueden ser suplidos por los Tribunales de recursos contractuales como órganos revisores, salvo en los supuestos en que se exceden los límites que enmarcan la actividad discrecional de la Administración, tales como la adecuada motivación, la razonabilidad o la inexistencia de errores materiales en sus decisiones (Resolución n.º 84/2018 de 22 de marzo, FD 6.º).

También en este sentido para esta necesaria motivación, siguiendo al TACPMad que

no implica necesariamente que la motivación tenga que ser extensa y prolija, pero sí debe exteriorizar los rasgos más esenciales del razonamiento que ha llevado a la adopción de la decisión, pues solo así se puede apreciar la racionalidad de la medida y mejorar las posibilidades de defensa (Resolución n.º 46/2016 de 9 de marzo, FD 5.º),

lo que provocó la estimación del recurso en la puesta

a la vista de los documentos obrantes en el expediente administrativo y del informe emitido con ocasión del recurso, se concluye que la Resolución de adjudicación no incluyó la información correspondiente a la exclusión de la recurrente al lote n.º 9, por lo que efectivamente, aun cuando estuviese esa información en otros documentos, la recurrente no ha tenido conocimiento de su exclusión y de los motivos de la misma, puesto que la notificación tampoco se ha realizado de forma correcta y se ha limitado a enviar la Resolución tal y como fue dictada (Resolución n.º 142/2016 de 20 de julio, FD 5.º).

Ahora bien, hacer hincapié particular, por lo que supone de garantía del principio de seguridad jurídica respecto a la motivación, que es obligación que depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado (SSTJUE 2 de abril de 1998, Comisión/ Sytraval y Brink's France, c 367/95 p, Rec. p. I 1719, apartado 63, y de 1 de febrero de 2007, Sisón/Consejo, c 266/05 p, Rec. p. I 1233, apartado 80 y de 17 de marzo de 2005, Scippacercola/ Comisión, t 187/03, Rec. p. II 1029, apartado 66), provoca una incongruencia omisiva cuando la resolución no responde a las pretensiones y a los motivos del recurso (SSTS 21 de mayo de 1988, 17 de junio de 1988, 26 de septiembre de 1989, 20 de julio de 1990 y 1 de octubre de 1992).

La actividad administrativa contractual está hoy limitada y controlada. Actividad a la que se le reconoce discrecionalidad pero dentro de la órbita de nuestro Estado social y democrático de derecho, donde el control administrativo guiado por el principio de legalidad a través de jueces y tribunales indujo a Rodríguez-Arana (2010, p. 686) a la fundamental afirmación de

que las técnicas jurídicas de control de la discrecionalidad, cuya máxima expresión es la determinación del interés general, deben proyectarse acerca de si la Administración opera bajo el imperio del interés general concreto que preside esa actuación, procediendo en su actuar a motivar sus decisiones a causa de que la Administración no puede contratar con quien quiere, sino con quien debe según ley (STS de 20 de diciembre de 2007).

De suerte que:

La discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en este. Por ello, sí es competencia de este tribunal

analizar los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que finalmente no se haya incurrido en error material al ejecutarla. (Resolución n.º 80/2012, de 30 de marzo, TACRC y Acuerdo n.º 32/2013, de 7 de octubre de 2013, del TACPNV, FD 4.º).

Discrecionalidad que habilita a que no sea permitido confundirla con arbitrariedad, y para ello, al enjuiciar actos dictados en el ejercicio de la facultad administrativa calificada por la discrecionalidad, no cabe detenerse en la periferia de dichos actos, entendiendo por tal las cuestiones relativas a la competencia y al procedimiento, sino que hay que atenerse en la entraña de los expresados actos, penetrando en la forma de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre los que se mueve, así como también sobre su uso proporcional y racional (STS de 28 febrero de 1989), lo que permitió a Cordón Moreno (2003, pp. 149-155) analizar distintas técnicas de control de esta discrecionalidad administrativa. El control ha de ser realizado, pero no desde la averiguación de cuál pudo haber sido el interés público legitimador de la actuación administrativa, sino desde el diferente parámetro de la racionalidad de esta última, recordando García Costa (2011, pp. 35 y 37) las palabras de Sánchez Morón, para quien

ante situaciones de decisión discrecional la ley no regula con exactitud lo que la Administración debe hacer en un supuesto de hecho, sino que le atribuyen la capacidad de aplicar las normas de diferentes maneras en principio válidas, en función de las circunstancias o estimaciones de oportunidad, de conveniencia para los intereses públicos o de valoraciones técnicas,

y puntualizándose respecto a la imparcialidad por el magistrado García Manzano en su voto particular a la STC n.º 235/2000, que

el deber de imparcialidad que debe ser adecuadamente garantizado se dirige también a los ciudadanos a los que la Administración pública sirve, y no solo al propio funcionario público, pues aquellos son los destinatarios últimos de la actuación administrativa en que se insertan tales funciones.

3.2.1.2. El plazo

Tres plazos merecen ser señalados respecto a la adopción de la resolución que pone fin al procedimiento. Por una parte, que

una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de la prueba, en su caso, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose a continuación la resolución a todos los interesados (art. 57.1 LCSP 2017).

Por otra que, pasados dos meses contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo (art. 57.5 LCSP 2017). Y finalmente que según el artículo 150.4 de la LCSP 2017:

Si como consecuencia del contenido de la resolución de un recurso especial del artículo 44 fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente los trámites que resulten oportunos.

Si consideramos que el Tribunal Administrativo de Recursos no es un órgano jurisdiccional, no encontrándose integrado en el Poder Judicial y siéndole aplicable las leyes procesales, salvo si estas últimas afectan a la posible intervención en el proceso, destacar que el respeto al plazo para dictar la resolución es determinante para una posible causa de responsabilidad. Fue esta una reflexión de la STSJ del País Vasco n.º 125/2017, de 24 de enero, que nos sirve aunque se refería a una resolución en la regulación de la responsabilidad patrimonial.

Se trata pues de un pronunciamiento que tiene por fundamento el modelo de los tribunales administrativos, aunque como advirtiera Gimeno Feliú² es una «justicia administrativa especial», reforzada por la jurisprudencia comunitaria una vez admitida a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), lo que presupone reconocer que estos tribunales administrativos, con fundamento en la Directiva 89/665/CEE y su reforma por la Directiva 66/2007/CE, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, carácter de permanentes, siguen un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (STJUE de 17 de septiembre de 1997, asunto C-54/96 Dorsch Consult). Y así se fijaron por la STJUE de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, las notas exigidas para tal consideración –carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción– resolviendo que los órganos de recursos contractuales de España son órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 267 del TFUE.

3.2.1.3. Sentido de la resolución: su contenido

Por lo que hace al sentido de la resolución y sus efectos se recogen en el artículo 57.2 de la LCSP 2017 al disponer: «La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado». Y de producirse la «estimación total o parcial del recurso, el órgano de contratación deberá dar conocimiento al órgano que hubiera dic-

² Gimeno Feliú (2016, pp. 22) y Santamaría Pastor (2015, pp. 48-64).

tado la resolución, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma» (art. 57.4 LCSP 2017). Además, en materia de medidas cautelares, según el apartado 3: «La resolución deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera» (art. 57 LCSP 2017). Además, ahora se añade un efecto a la estimación de la resolución en el artículo 57.2 último párrafo de la LCSP 2017 pues «la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación».

Relacionado con la obligación de dictar resolución es el efecto del silencio negativo que contempla el artículo 57.5 de la LCSP 2017. Se conecta a la previsión del artículo 24.1 párrafo tercero, de la Ley 39/2015, para fijar los efectos del silencio negativo y señalar un plazo claro de duración máxima del procedimiento (dictamen del Consejo de Estado n.º 1.116/2015). Plazo que supone seguridad en la existencia de resolución para los recurrentes, por su concreción y acogimiento del régimen del procedimiento administrativo general, convirtiéndose en muestra de protección a la previsión constitucional de la tutela judicial efectiva, pues hasta el pronunciamiento del tribunal no podrán acudir aquellos a la sede contencioso-administrativa. Es además una regla esta del silencio negativo que ya encontró su misma regulación en la LCSP de 2007 (art. 37.8) y que no continuó en la Ley 34/2010 ni se mencionó en el Dictamen n.º 499/2010, de 29 de abril, de su anteproyecto por el Consejo de Estado.

El sentido de la resolución en este procedimiento del recurso especial no puede olvidar las notas de rapidez y eficacia. Por eso que para evitar el abuso en su utilización o que esta no tuviera la finalidad protectora de la legalidad que el ordenamiento le reserva, es consecuencia que en caso de apreciarse en su interposición mala fe o temeridad podrá acordarse la imposición al recurrente de indemnización por daños y perjuicios, en los términos que introdujo la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

La eficacia del recurso especial por tanto obliga a que sea utilizado con la finalidad y espíritu de su reconocimiento legal. Por eso, caso de no ser así, se contemplan medidas como las previstas en el artículo 58.2 de la LCSP 2017:

En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos. El importe de la multa impuesta se ingresará en todo caso en el Tesoro Público. Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública (Acuerdo n.º 11/2011, de 7 de julio y Acuerdo n.º 38/2013, de 11 de julio, del TACPA).

Importe que se aumenta respecto a la regulación precedente que fijaba el máximo en 15.000 euros, determinándose también ahora según el beneficio obtenido, así como una actualización que no se concreta en dos años, sino tan solo fijarla que será por orden ministerial, así como que se ingresará en el Tesoro Público. Ahora bien, dejar señalada la advertencia que observó el Consejo Económico y Social (Dictamen de 25 de junio de 2015 al proyecto de la nueva ley) al criticar que se eleven las multas a 30.000 euros frente a los 15.000 euros, pues con esta decisión se «puede obstaculizar el ejercicio del derecho de acceso al recurso a los interesados». Sistema con el que también se evita el establecimiento de tasa para interponer el recurso. Tasa por los servicios del tribunal que prevé la Ley 9/2010, de 23 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público de Madrid (art. 2) que ha criticado la doctrina (Bernal Blay, 2013, p. 212, y 2016, p. 6) y respaldó la STJUE de 6 de octubre de 2015, C-61/2014, Orizzonte Salute tomada de su interpretación en la Sentencia ÖBB Personenverkehr C-417/13, apartado 74. Se trató de:

examinar la posible infracción del principio de equivalencia por el Ordenamiento italiano, que somete la presentación de recursos contencioso-administrativos en materia de contratos públicos a una tasa judicial más elevada que la que debe abonar el recurrente en los procedimientos contencioso-administrativos ordinarios, concluye que el principio de equivalencia «implica que reciban el mismo tratamiento los recursos basados en la infracción del Derecho nacional y aquellos, similares, fundados en una infracción del Derecho de la Unión, y no la equivalencia de las normas procesales nacionales aplicables a contenciosos de diferente naturaleza, como son el civil, por un lado, y el administrativo, por otro, o los relativos a dos ramas de Derecho diferentes (apartado 67)».

Ahora bien, conviene diferenciar, vista la regulación de la LJCA en sus artículos 10.1 k) y l), 11.1 f), 19.4, 21.3, 44.1 y 49.1, al aludir únicamente a las resoluciones que resuelven los recursos y reclamaciones de tales órganos administrativos, como hiciera Cano Campos (2014, pp. 10 y 11), que quedan

fuera del régimen especial de legitimación del artículo 19.4 las multas (de entre 1.000 y 15.000 euros) que estos órganos especiales pueden imponer a quienes interpongan un recurso especial con temeridad o mala fe, [añadiendo que] puede considerarse que la declaración de responsabilidad de la entidad contratante por los daños causados al interesado forma parte de la resolución del recurso porque con ello se trata de otorgar al licitador la tutela resarcitoria que le es debida por los perjuicios causados (y que la tutela restitutoria o de restablecimiento de la legalidad por sí sola no le brinda), la sanción impuesta por el Tribunal a un recurrente temerario o que actúa de mala fe no ofrece tutela alguna al licitador y la finalidad que con ello se persigue (evitar la interposición abusiva, desmedida o arbitraria de recursos) no forma parte en puridad de la resolución de recurso alguno. En definitiva, no estamos en presencia aquí, como en los supuestos anteriores, de la resolución de un procedimiento de carácter impugnatorio, sino ante el ejercicio de

oficio de la potestad sancionadora que el ordenamiento jurídico atribuye a estos Tribunales administrativos especiales.

Destacar que en el anteproyecto se reconocía la posible indemnización y daños en caso de desestimación del recurso (en su artículo 58.1 párrafo segundo) a cargo del recurrente. Sin embargo, el Consejo de Estado (Dictamen n.º 1116/2015, de 10 de marzo de 2016) alertó de su exceso e instó su eliminación, como así ha ocurrido en el texto definitivo de la LCSP 2017.

En el ámbito del recurso administrativo –argumentó el supremo órgano consultivo– no existe en el Derecho español una regla sobre los gastos derivados de su interposición, siendo con carácter general gratuito y sin intervención de letrado. De otra parte, la regulación de la posibilidad de imponer multas por temeridad o mala fe parece suficientemente disuasoria de la intención de interponer el recurso con finalidad puramente dilatoria o artificial.

Así, para el nuevo sistema de indemnizaciones por desistimiento fue sugerida su supresión por el Consejo de Estado, por ser el recurso especial en materia de contratación un recurso ágil y eficaz de este tipo frente a las decisiones ilegales de los poderes adjudicatadores, sin que se obstaculice su acceso al mismo (Dictamen n.º 1116/2015), pues estas indemnizaciones por desistimiento parecen contrariar los postulados de la directiva de recursos; en concreto a sus considerandos sexto y séptimo que rezan así:

Considerando que es necesario garantizar en todos los Estados miembros procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción. Considerando que, si las empresas no interponen recurso, no podrían corregirse determinadas infracciones, a no ser que se establezca un mecanismo específico.

Especificando el artículo 31.2 del Real Decreto 814/2015 que solamente para el supuesto de desestimarse totalmente las pretensiones formuladas por el recurrente se le podrá imponer multas.

Y para el supuesto de ser parcial la resolución, estimatoria o desestimatoria, no se resolverá nada sobre la cancelación de las garantías, dirigiéndolo al trámite previsto en el artículo 37.2 y 3 (art. 31.3 RD 814/2015). Junto a la opción del interesado que compareció o del órgano de contratación, ante errores materiales u oscuridad de la resolución misma, para solicitar su aclaración o rectificación en el registro del tribunal dentro del plazo de tres días hábiles a contar desde la recepción de su notificación, dándole respuesta en el día hábil siguiente a su recepción (art. 32 RD 814/2015).

Respecto a los supuestos indemnizatorios, no procederá indemnización de daños y perjuicios caso de cometerse por el adjudicatario una infracción del derecho en materia de

contratación pública ante la inexistencia de culpa en esta infracción. En este sentido fue resuelta la STJUE de 30 de septiembre de 2010, que resolvió que la Directiva 89/665/CEE, modificada por la Directiva 92/50/CEE,

incluso cuando la aplicación de dicha normativa –nacional– se base en la presunción de que dicha entidad ha actuado culposamente y en la imposibilidad de que esta invoque la falta de competencia individual y, por lo tanto, una falta de imputabilidad subjetiva de la supuesta infracción.

Además de ser el principio de efectividad, el que se opone a la

normativa nacional que supedita la presentación de una demanda de indemnización de daños y perjuicios por la infracción de una norma del Derecho de contratación pública, a que se haya declarado previamente la ilegalidad del procedimiento de adjudicación del contrato considerado debido a que no se ha publicado previamente un anuncio de licitación, cuando la solicitud de dicha declaración de ilegalidad está sometida a un plazo de preclusión de seis meses que empieza a correr el día siguiente al de la adjudicación del contrato público controvertido, y ello con independencia de si el demandante podía conocer o no la existencia de la ilegalidad relativa a dicha decisión del poder adjudicador (STJUE de 26 noviembre 2015, C-166).

Directiva 89/665/CEE en suyo preámbulo se consideró

necesario garantizar en todos los Estados miembros procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción.

La mala fe o temeridad se vinculan al fraude de ley, siguiendo el criterio sentado por el Consejo de Estado (Dictamen de 14 de julio de 1970), los informes n.º 71/1999, de 11 de abril de 2000 y n.º 22/2004, de 7 de junio de la JCCA y la Resolución n.º 303/2011, de 7 de diciembre del TACRC, que sentaron doctrina, para que partiendo del hecho de que los pliegos siendo ley de contrato carecen, sin embargo, de toda sustancia normativa en sentido propio, hace que conceptualmente sea difícil la entrada en juego del fraude de ley.

Fraude que no se presume ni puede descansar en meras conjeturas o sospechas, por racionales y bien fundadas que puedan resultar, sino que ha de ser acreditado por el que lo invoca, pues su existencia, como la del abuso de derecho, solo podrá declararse, si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados.

No apreciándose la concurrencia de mala fe o temeridad cuando todos los motivos de actuación se corresponden con el sentido teleológico del acto dictado y constando expre-

samente en el expediente, sin que se aprecie ocultación respecto a la concurrencia del interés público (resoluciones n.º 267/2012, de 30 de noviembre y n.º 352/2017, de 21 de abril, FD 6.º, del TACRC).

En cualquier caso, el criterio expresado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2015 consideró que la finalidad de la multa es la de asegurar la seriedad del recurso, y por esto conviene conocer el criterio básico del TACRC resumido en su Resolución n.º 352/2017, de 21 de abril, en la que hace un recordatorio (resoluciones n.º 505/2013, n.º 728/2015 y n.º 898/2016) para afirmar la necesidad, para apreciar o no la mala fe o temeridad, de un análisis de las circunstancias del caso concreto, como es el caso en que la impugnación carezca de un mínimo fundamento (resoluciones n.º 536/2014, n.º 414/2015, n.º 321/2015, n.º 553/2015, n.º 949/2016 o n.º 165/2017, entre muchas otras) o cuando los motivos esgrimidos sean de escasa consistencia (resoluciones n.º 593/2013, n.º 191/2014, n.º 284/2014 y n.º 426/2014).

Mientras que sí se apreció mala fe o temeridad por la Resolución n.º 448/2013, de 16 de octubre del TACRC, en la interposición del recurso especial, dado que se limitó

o bien a reproducir las mismas alegaciones y argumentos que ya fueron definitivamente resueltos por este mismo tribunal en su Resolución n.º 267/2013, o bien a impugnar determinados aspectos de los pliegos que no fueron objeto de impugnación en el anterior recurso, pudiendo haberlo hecho, lo que acreditaba una voluntad meramente dilatoria en la interposición de este segundo recurso y que supuso ser considerado como constitutiva de mala fe al perseguir tan solo, aparentemente, la paralización de un procedimiento contractual más que la depuración de sus posibles irregularidades o infracciones sustantivas o formales que pudieran perjudicar a sus intereses.

Temeridad fijada en la Resolución n.º 374/2016, de 13 de mayo del TACRC, al comprobarse la absoluta falta de argumento, desarrollo o prueba de la afirmación al interponer el recurso por la «imposibilidad de que se pudiera derivar ningún beneficio para la recurrente incluso en el caso de que se estimase el recurso». Tratándose en estos casos de la impugnación del acuerdo de adjudicación por una entidad mercantil que no participaba como licitadora en este concreto expediente de contratación, y no encontrándose en situación objetiva de la que de forma directa ni indirecta pudiera derivarse una ventaja o beneficio de la resolución que pusiera fin al procedimiento (resoluciones n.º 619/2014, n.º 899/2014, n.º 38/2015 y n.º 195/2015 del TACRC).

Acudiendo al criterio del Consejo de Estado en su Dictamen n.º 2667/2000, de 21 de septiembre, ya se refirió a las repercusiones indemnizatorias que derivan del desistimiento precontractual, tratándose de un supuesto que podría subsumirse en la *culpa in contrahendo*. Mala fe o temeridad que, en materia de impugnación de pliegos, debemos recordar, para el caso de alegarse supuestos de bajas temerarias, ofertas con valores anormales o

desproporcionados, es necesario que estas posibilidades sean atendidas y previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (Informe n.º 28/2005, de 29 de junio de la JCCA y resoluciones n.º 24/2011, de 9 de febrero y n.º 1/2011, de 19 de enero del TACRC).

Finalmente apuntar, respecto al régimen de la posible indemnización, según el artículo 58.1 de la LCSP 2017, que:

El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (art. 33 RD 814/2015).

Nuevo régimen jurídico del sector público que hoy toma carta de naturaleza en la ley 40/2015 (art. 34), y que como bien explicitara Moreno Molina (2016, pp. 4),

comprendería la regulación *ad intra* del funcionamiento interno de cada Administración y de las relaciones entre ellas. Contiene también la regulación sistemática de las relaciones internas entre las Administraciones, estableciendo los principios generales de actuación y las técnicas de relación entre los distintos sujetos públicos.

4. Ejecución y actos posteriores a la resolución

4.1. Recurso contencioso-administrativo

La utilización del adverbio «solo» que emplea el legislador en el artículo 59.1 LCSP de la 2017 al estipular que «contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo», hace que, resuelto el recurso especial mediante una resolución administrativa «que entra a resolver el fondo de la controversia, y estima o desestima las pretensiones deducidas, deja definitivamente zanjada la cuestión» (STS de 29 de mayo de 1995). En sentido similar la STS de 12 de junio de 1997 reconoció que las resoluciones que concluyen los procedimientos «de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resuelto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)».

Criterio claro es que no es posible recurrir en vía administrativa lo ya resuelto por el tribunal administrativo de recurso especial, pues la regulación muestra de manera inequívoca su opción por limitar la posibilidad de impugnación de las resoluciones de los órganos administrativos de recursos contractuales a la vía contencioso-administrativa, y excluir cualquier otra posibilidad, directa o indirecta, de recurso (Resolución n.º 315/2016, de 7 de diciembre del TARCAnd).

Y por lo que hace a los efectos de la resolución, procede analizar el emplazamiento de las partes ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, la devolución de documentos, la ejecución de las resoluciones y la cancelación, devolución y ejecución de garantías.

Para ello dispone el artículo 59.1 de la LCSP 2017 que:

Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva.

Reconoce además el artículo 27.1 a) y b) de la LCSP2017 que:

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas.

De esta manera, apuntó Moreno Molina (20 de abril de 2015), «se acaba con la dualidad jurisdiccional y se recupera la teoría de los actos separables». Manteniendo esta postura el artículo 2 b) de la LJCA y resultando preciso, como advirtiera Gimeno Feliú (12 de enero de 2015), «la necesaria unificación de la competencia en el orden contencioso-administrativo en todos los contratos públicos, con indiferencia de cuantías, para las cuestiones de preparación y adjudicación»

No pudiendo el órgano encargado de la resolución del recurso especial conocer ese recurso especial en los supuestos en que se acredite por este mismo órgano que el asunto principal objeto de recurso estuviera pendiente a su vez recurso contencioso-administrativo, instado por el mismo recurrente. Toda vez que

interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la ejecución de un Acuerdo de este Tribunal, debe quedar reservado el conocimiento de los actos en ese

procedimiento de contratación, en tanto existe vinculación causal, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Las características del recurso especial, así como el carácter prejudicial y preferente de las actuaciones de carácter jurisdiccional, avalan lo anteriormente expuesto (Acuerdo n.º 16/2017, de 20 de febrero del TACPA).

Este criterio ya fue seguido por este tribunal aragonés tanto en su Acuerdo n.º 48/2012, de 2 de noviembre, pues se impide que,

una vez exista pronunciamiento, la posterior adjudicación «reabra» un nuevo plazo de impugnación por los mismos motivos del recurso inicial. Así, cuando el recurso presentado, en tanto tenga por finalidad cuestionar lo que ya fue –o pudo ser– debe ser inadmitido, por cuanto existe ya cosa juzgada en vía administrativa,

como en el Acuerdo n.º 12/2011, de 12 de julio, de manera que tras un recurso especial previo solo cabe el recurso contencioso-administrativo, pues otra

interpretación generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas, sin que las mismas puedan ser objeto de revisión por este Tribunal. El Acuerdo ya adoptado es cosa juzgada formal y por ello no es posible dictar una nueva resolución que vaya en contra de lo ya decidido, siendo esta una causa de inadmisión recogida en artículo 21.2 c) Ley 3/2011 de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

Y finalmente vinculada a la necesidad de acudir a la vía jurisdiccional, para el emplazamiento de las partes, seguir las indicaciones del artículo 49 de la LJCA. Una vez que llegamos a la sede contencioso-administrativa, el nuevo artículo 60.1 de la LCSP 2017 contempla este emplazamiento, a resultas del cual:

Cuando contra una resolución del órgano competente para la resolución del recurso se interponga recurso contencioso-administrativo, aquel, una vez recibida la diligencia del Tribunal jurisdiccional reclamando el expediente administrativo, procederá a emplazar para su comparecencia ante la Sala correspondiente al órgano de contratación autor del acto que hubiera sido objeto del recurso y a los restantes comparecidos en el procedimiento.

(Ya previsto en el artículo 34 RD 814/2015). Y firme la resolución se le podrá devolver la documentación presentada al interesado que la solicite, dejando copia cotejada en el expediente, salvo que de manera íntegra se tramitara el procedimiento por vía electrónica (art. 35 RD 814/2015).

Además de saber que se contempla el silencio negativo a los efectos de poder interponer recurso contencioso-administrativo, si «transcurridos dos meses contados desde el

siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado» (art. 15 RD 814/2015), y finalmente que la seguridad jurídica se hace efectiva habilitándose un mecanismo para la ejecución de las resoluciones administrativas. En nuestro procedimiento se reconoce este efecto en el artículo 36 del Real Decreto 814/2015.

4.2. La revisión de oficio en el recurso especial

Dispone el artículo 59.3 de la LCSP 2017:

No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito.

Exclusión manifestada en este artículo que habilitó el argumento presentado por las resoluciones n.º 47/2016, de 22 de enero, y n.º 200/2016, de 11 de marzo, del TACRC al manifestar esta última que

así pues, contra las resoluciones de este Tribunal «solo cabe la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo». Se debe entender, por tanto, que el recurso extraordinario de revisión entra dentro de la exclusión general de todos los recursos. [Resolviendo], como se manifiesta en todas ellas, se debe entender que la aplicación supletoria de la LRJAP-PAC en materia de contratos públicos, presupone siempre la existencia de una laguna «legal» o vacío normativo en la legislación contractual directamente aplicable. Tal situación no se da en absoluto en estos casos dado que el artículo 49.1 del TRLCSP, ya citado, dispone claramente que contra las resoluciones dictadas en los procedimientos del recurso especial en materia de contratación solo cabe el recurso contencioso-administrativo, lo que excluye la posibilidad de interposición de cualquier otro recurso administrativo del tipo que sea y, entre ellos, del extraordinario de revisión. Si este recurso no se regula en la Ley de Contratos, se debe precisamente a que se excluye tajantemente su aplicación.

4.3. Recursos administrativos

A la prohibición de recursos administrativos contra la resolución del recurso especial reconocida en el artículo 59.1 de la LCSP 2017 y analizada en las Resoluciones n.º 205/2014 y n.º 352/2014 del TACRC, debe añadirse la posibilidad de interponer recurso especial contra el acuerdo de adjudicación, dictado tras la resolución del recurso por el que se anula un acuerdo de adjudicación (Resolución n.º 236/2015 del TACRC).

El único óbice, pues, que puede oponerse a la interposición de segundos y ulteriores recursos especiales es el que viene dado por el principio de «cosa juzgada administrativa» que, en último término, no es sino una aplicación de la doctrina de los actos firmes y consentidos (SSTS de 12 de junio de 1997 y 5 de abril de 1965; dictámenes del Consejo de Estado de 27 de junio de 2002, 18 de julio de 2002, 5 de diciembre de 2002 y 3 de marzo de 2005), es decir, lo que está prohibido es reproducir ante el tribunal cuestiones que ya fueron resueltas por este y contra las que, pudiendo hacerlo, no se interpuso recurso contencioso-administrativo (art. 222.2 LEC y resoluciones n.º 535/2014, n.º 216/2014, n.º 413/2013, n.º 195/2012, n.º 110/2012, entre otras, del TACRC) (Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2015). Y sin perjuicio del hecho de que aunque la resolución impugnada diera un pie de recurso incorrecto que indujera a error al recurrente, no vincula al órgano encargado de la resolución del recurso ni confiere a la misma naturaleza de acto de trámite cualificado (Resolución n.º 54/2017, de 24 de marzo del TARGAnd).

5. Conclusiones

El recurso especial en materia de contratación pública es un medio de control a la Administración. Esta por mandato constitucional tiene que satisfacer y proteger los intereses públicos y actuar según los principios de objetividad, neutralidad, interdicción de la arbitrariedad y legalidad, concretados en el sector de la contratación pública en los principios de generales de la contratación: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, así como asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto (Webwe y Witkos, 2013, pp. 29-41), una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa, tal y como se estipulaba en el artículo 1 de la LCSP 2017, en el considerando 1.º de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública o en el artículo 3 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Dos pilares fundamentales del actuar administrativo en sede contractual son ese interés público envuelto en forma de transparencia. Interés público que estará presente en el actuar contractual y justifica el desarrollo normativo del recurso especial, hasta el punto de ser el objetivo final en la contratación administrativa, como advirtiera Muñoz Machado (2015, pp. 14),

la satisfacción de alguna necesidad de interés general, a la que el contrato se ordena. Por esta razón, la regulación de fondo de los contratos persigue sobremanera que estos se extingan por cumplimiento y no por resolución anticipada motivada

por la imposibilidad de alcanzar el fin o por incumplimiento de alguna de las partes. Las reglas especiales que el Derecho Administrativo añade a la contratación de los entes públicos tratan de proteger al contratista frente a las modificaciones que la Administración impone, o los cambios que resultan de circunstancias económicas sobrevenidas, o de las reformas que la legislación o los planes administrativos pueden imponer.

Actuación administrativa respetuosa con la transparencia y la libre concurrencia para lo que, siguiendo a Ortega Álvarez (2009, pp. 7), debido a que gran parte de la normativa derivada del respeto a la libre competencia supone para los poderes públicos unas prácticas que no se dan en el mercado, es clave en la contratación «la aplicación de los principios de derecho público de buena administración y de la transparencia, y no basarlo exclusivamente en los de la libre competencia, que no se aplica en un sistema basado esencialmente en oligopolios económicos».

En definitiva, un recurso especial para la satisfacción de interés público en sede contractual unido al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el respeto por la Administración al principio de la seguridad jurídica.

Referencias bibliográficas

- Bassols Coma, M. (2010). La confidencialidad en la resolución del recurso especial en materia de contratación en el sector de la defensa y la seguridad pública y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. *Revista Documentación Administrativa*, 288.
- Bernal Blay, M. A. (2013). El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuesta para un mejor aprovechamiento. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 160.
- Bernal Blay, M. A. (2016). Hacia la unidad del sistema de recursos en materia de contratación pública. En F. López Ramón (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016.
- Cano Campos, T. (2014). La legitimación especial en el contencioso-administrativo de la contratación. *Revista General de Derecho Administrativo*, 37.
- Cordón Moreno, F. (2003). El control judicial del uso por la administración de sus facultades discrecionales. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 1.
- Cotino Hueso, L. (2007). Retos jurídicos y carencias normativas de la democracia y la participación electrónicas. *Revista Catalana de Dret Públic*, 35.

- García Costa, F. M. (2011). Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad. *Revista Documentación Administrativa*, 289.
- Gimeno Feliú, J. M. (12 de enero de 2015). La necesaria unificación de la competencia en el orden Contencioso-Administrativo en todos los contratos públicos, con indiferencia de cuantías, para las cuestiones de preparación y adjudicación. Recuperado de <www.obcp.es>.
- Gimeno Feliú, J. M. (2016). Novedades del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. La transposición de las Directivas de Contratación Pública en España. *Congreso Internacional sobre Contratación Pública*. Cuenca.
- Gómez-Acebo & Pombo Abogados, Grupo de Contratos del Sector Público (2015). El recurso especial en materia de contratación: el manejo de los plazos y de los segundos y ulteriores recursos, 65.
- González Pérez, J. (1958). El allanamiento de la Administración. *Revista de Administración Pública*, 27.
- Gutiérrez Colomina, V. (2017). *Guía sobre el Procedimiento Administrativo común y Especialidades*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno Molina, J. A. (20 de abril de 2015). El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación. Recuperado de <www.obcp.es>.
- Moreno Molina, J. A. (2016). Antecedentes, objetivos y principales novedades de las Leyes 39 y 40/2015, reguladoras del procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público. *Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*, 6.
- Ortega Álvarez, L. (2009). El equilibrio entre el principio de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local. *Revista electrónica del CEMCI*, 3, Granada.
- Palomar Olmeda, A. (2017). *Procedimiento Administrativo*. (2.ª ed.). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Rodrigo Moreno, F. (1983). Prohibición de allanamiento y transacción sobre los bienes y derechos de las Corporaciones Locales. *Revista de Estudios de la Vida Local*, 220.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2010). Jurisdicción contencioso-administrativa. Derechos fundamentales y Principios Rectores de la Política Económica y Social. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 14.
- Santiago Fernández, M, J. (2018). Procedimiento del recurso especial en materia de contratación. En J. M. Gimeno Feliú (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
- Santamaría Pastor, J. A. (2015). *Los Recursos Especiales en Materia de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
- Webwe, M. y Witkos, B. (2013). Enfoque del Tribunal de Cuentas Europeo respecto de la auditoría de la contratación pública en el ámbito de los fondos estructurales y de cohesión. *Revista de Auditoría Pública*, 60.



Consecuencias penales y tributarias a la modificación fraudulenta de los *smart contracts*. Especial referencia al caso The DAO

Marta María Aguilar Cárceles

*Profesora contratada doctora de Derecho Penal y Criminología.
Universidad de Murcia*

Norberto Miras Marín

*Profesor asociado (acreditado a ayudante doctor)
de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Murcia*

Extracto

La modificación de los denominados *smart contracts* –«contratos» que se formalizan en el código de un *blockchain*– supone que, por su mecánica de funcionamiento en la cadena de bloques que los configura como «autoejecutables», en el caso de que se produzca una alteración fraudulenta de los mismos que derive una transmisión patrimonial, esta modificación sea difícilmente corregible, aunque sea detectable para las partes. El ejemplo paradigmático fue el conflicto de The DAO, en la que una parte los miembros de la red aceptaba el fraude por no infringir los principios de no intervención y modificación del código. El objetivo de este análisis es la determinación de las posibles consecuencias jurídicas que nacen en torno a este tipo de situaciones.

Palabras clave: criptodivisas; Ethereum; *smart contracts*; DAO.

Fecha de entrada: 22-01-2020 / Fecha de aceptación: 26-02-2020

Cómo citar: Aguilar Cárceles, M. M.^a y Miras Marín, N. (2020). Consecuencias penales y tributarias a la modificación fraudulenta de los *smart contracts*. Especial referencia al caso The DAO. *Revista CEFLegal*, 231, 113-134.



Criminal and tax consequences to the fraudulent modification of smart contracts. Special reference to the case The DAO

Marta María Aguilar Cárceles

Norberto Miras Marín

Abstract

The modification of the smart contracts –«contracts» that are formalized in the code of a blockchain– supposes that, due to their mechanics of operation in the blockchain that configures them as «self-executing», in the event that a fraudulent alteration thereof that derives a transfer of assets, this modification is difficult to correct, although it is detectable for the parties. The paradigmatic example was The DAO conflict, in which one part of the network members accepted fraud for not violating the principles of non-intervention and modification of the code. The objective of this analysis is the determination of the possible legal consequences that arise around this type of situation.

Keywords: cryptocurrencies; Ethereum; smart contracts; DAO.

Citation: Aguilar Cárceles, M. M.^a y Miras Marín, N, (2020). Consecuencias penales y tributarias a la modificación fraudulenta de los *smart contracts*. Especial referencia al caso The DAO. *Revista CEFLegal*, 231, 113-134.





Sumario

1. Consideraciones previas
 2. Los *smart contracts*: delimitación conceptual, régimen jurídico y eventual tributación
 3. Concepto de «organización autónoma descentralizada» (DAO)
 4. La DAO de Ethereum
 - 4.1. La *initial coin offering* (ICO) de The DAO
 - 4.2. La modificación de los *smart contracts* y la «llamada recursiva»
 - 4.3. La escisión de Ethereum y la recuperación de los fondos
 5. Consecuencias jurídicas
 - 5.1. Consecuencias tributarias: deducción de pérdidas patrimoniales en el IRPF
 - 5.2. Consecuencias penales: hacia una eventual calificación de estafa informática
 - 5.2.1. Consideraciones generales a nivel penal
 - 5.2.2. Potencial delictivo en materia de *smart contracts*
 - 5.2.3. Aplicación específica al caso The DAO
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Consideraciones previas

Bitcoin, la primera de las criptodivisas, se creó como un proyecto de código abierto, por lo que es relativamente sencillo «clonar» su programación y crear una nueva «moneda virtual». A partir de esta pionera divisa virtual, se desarrolló una primera generación de divisas virtuales, idénticas a ella o muy parecidas.

El salto cualitativo, que nos lleva a la segunda generación de criptodivisas, y que abrió nuevas vías de transformación de los mercados financieros, la realiza Ethereum. El rasgo diferencial que distingue a esa segunda generación es la aportación del concepto de «dinero programable», bajo lo que se denominan *smart contracts*.

El proyecto de Ethereum tiene su origen en una fundación afincada en Suiza, desde la cual se creó la criptomoneda *ether*, que es lo que se mina para que haya un incentivo económico para formar parte de la red, al igual que en el caso de *bitcoin*, pero que es a su vez la moneda con la que se paga por el uso de la plataforma de Ethereum. Así, el valor del *ether* está conectado con el uso que se haga de Ethereum como plataforma de *blockchain*. Otro aspecto interesante del *ether* es que, al contrario del *bitcoin*, no tiene determinado el número máximo de *ethers* que sean emitidos.

La gran aportación de Ethereum ha sido la posibilidad de programar los nodos para que se ejecuten programas de *software* completos, pero siempre de manera distribuida, es decir, con las mismas propiedades que las transacciones de *bitcoins* –descentralizadas, seguras, automáticas, con su código inmutable, etc.–.

A partir de ese estado de cosas, se crean las organizaciones autónomas descentralizadas (DAO), que son «asociaciones» fundamentadas en *smart contracts*, porque es posible, en los sistemas de las monedas virtuales de segunda generación, realizar un contrato de sociedad «participativo» e incluirlo en el *blockchain*.

La DAO de Ethereum fue la primera aplicación de contratos inteligentes en dicha red y el mayor *crowdfunding* de la historia. Ahora bien, un miembro de la red fue capaz de modificar el código de los «contratos» y propagarlo, de forma que muchos miembros, por inercia, seguían prestando su consentimiento a un contrato modificado que desvió una tercera parte de todos los activos de la DAO a su propia cuenta. La comunidad de Ethereum podía impedir que se ejecutase a orden de transferencia, dado que el *smart contract* tenía un plazo

para la ejecución, que no se había cumplido cuando se percataron de la operación. Ahora bien, se produjo un serio debate: si se intervenía y se modificaba el código, para recuperar los fondos, la gestión sería «humana» y contravendría el fundamento de convertir el código en ley –vulnerando el viejo sueño de un automatismo de las organizaciones autónomas descentralizadas–, a la vez que cuestionaría la razón de ser de los *smart contracts*.

En el presente artículo reflexiona sobre estos hechos y sus eventuales consecuencias jurídicas, realizando, en primer lugar, una aproximación al concepto, régimen jurídico y tributario de los *smart contracts*.

2. Los *smart contracts*: delimitación conceptual, régimen jurídico y eventual tributación

Los programas que reúnen los requisitos establecidos en la legislación civil para configurar un contrato, escritos y ejecutados en la cadena de bloques, son llamados *smart contracts* o «contratos inteligentes». Supusieron un paso adelante decisivo en el ámbito de las monedas virtuales, puesto que la integración de esta modalidad algorítmica en *blockchain*, el poder «programar dinero», ha permitido abrir la puerta al desarrollo de infinidad de aplicaciones prácticas. A este punto le dedicaremos más adelante un prolijo desarrollo.

La plataforma Ethereum, cuya red no solo refleja transacciones de valor monetario, sino que es una red para la creación de contratos basados en Ethereum¹, contiene unos contratos de código abierto que pueden ser usados para ejecutar de forma segura una amplia variedad de servicios, entre los que se incluyen seguros, contratos financieros atípicos o plataformas de criptomecenazgo o de propiedad intelectual. Se ha producido la deriva en la utilización de la programación del *blockchain* de la divisa y su red como nicho para ofrecer *smart contracts*, que, a continuación, analizaremos en profundidad.

Así pues, la moneda virtual *ether* incluye la posibilidad de programar la criptomoneda para que ejecute *scripts* de *software* de manera distribuida, lo cual ha abierto la puerta a múltiples funcionalidades. Esos programas incluidos en el propio dinero, denominados *smart contracts*, han calificado a las monedas virtuales que los contienen como de «segunda generación».

Los *smart contracts*, contratos inteligentes, se definen como contratos que tienen la capacidad de cumplirse de forma automática una vez que las partes han acordado los términos (Bourque y Fung Ling Tsui). Por tanto, de manera sintética se configuran como contratos en formato electrónico y de carácter autoejecutable.

¹ Podemos encontrar gratuitamente en la web los editores para redactar estos contratos inteligentes, por ejemplo, EtherScripter. A mayor abundamiento –sobre todo técnico–, se puede consultar: «What is Ethereum?». En <http://www.etherscripter.com/what_is_ethereum.html>. Consulta el 14 de diciembre de 2019.

Aunque existe tendencia a identificar los *smart contracts* con formatos que usan *blockchain*, lo cierto es que conforme a un patrón de neutralidad tecnológica podemos considerar como *smart contracts* a cualquier acuerdo en el que se formalicen todas o algunas de sus cláusulas mediante *scripts* o pequeños programas, cuyo efecto sea que, una vez concluido el acuerdo y señalados uno o varios eventos desencadenantes, la producción de los eventos programados conlleve la ejecución automática del resto del contrato, sin que quepa modificación, bloqueo o inejecución de la prestación debida (Echebarría Sáenz, 2017, p. 70).

Así, se puede añadir a la moneda virtual, como un *script*², uno o más *smart contracts*, que se ejecutarán cuando se den las condiciones acordadas³. Pongamos varios ejemplos: se puede programar una moneda virtual para que, en el caso de un determinado tipo de subastas, puje automáticamente; otros son *templates* de sorteos de monedas virtuales, en el que la propia moneda se sortea y se transmite al ganador. Incluso existen *scripts* de compraventa en el que una moneda virtual analiza la red buscando el precio más bajo de un artículo y se autopaga (Navarro Lérida, 2018, p. 23).

Existen plataformas disponibles con «smart contracts as a service», lo que implica que se pueden crear distintos tipos de contratos sobre «bitcoin» o «ethereum», sin necesidad de saber programación de código, basta con una sencilla programación visual por bloques⁴.

En principio, los *smart contracts* serían calificados como contratos, con el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, pues consagrado el principio de libertad de forma, si concurren consentimiento, objeto y causa de un contrato⁵, el que se plasme en formato digital, código binario de unos y ceros susceptibles de ejecución por una máquina, no le resta ninguno de los elementos necesarios para su validez, atendiendo al principio de equivalencia funcional entre los medios de expresión físicos y documentos electrónicos que se recoge en el artículo 3, en sus epígrafes 6, 7 y 8 de la Ley 59/2003, de firma electrónica.

Un *smart contract* sigue las reglas generales de cualquier contrato concertado por vía electrónica, por lo que a falta de pacto o de foro imperativo por protección del consumidor,

² Podríamos definir «plugin» como un programa informático de complemento que se relaciona con otro programa para aportarle una función nueva y generalmente muy específica. Esta aplicación adicional es ejecutada por la aplicación principal e interactúan por medio de la API.

³ Los contratos inteligentes siempre han estado ahí. Existe la posibilidad de prestar consentimiento y programar un pago en una plataforma bancaria, pero la tecnología de registro distribuido ha hecho que se no se tengan costes, debido a que se realiza en ordenadores imparciales donde se ejecuta el programa, aspecto que soluciona el carácter descentralizado de la cadena de bloques. En este sentido, Bellany y Hill, (2016) o Butler, Al Khalil, Ceci y O'Brien (2017, p. 2). Y, manteniendo una opinión parecida, pero haciendo específica referencia a las criptomonedas, Kost de Sevres, Chilton y Cohen (2016, p. 3).

⁴ Por ejemplo: las empresas SEIF y Kratos Innovation Labs ofrecen *templates* (plantillas) de *smart contracts* en <<https://seif.io/> y <https://kratosinnovationlabs.com/smart-contracts-as-a-service>>. Consultado el 16 de diciembre de 2019.

⁵ El consabido artículo 1.261 del Código Civil.

se entenderá concertado conforme a la regla del artículo 1.262 del Código Civil y 50 del Código de Comercio, en el domicilio del oferente, y seguirá la regla del artículo 54 del Código de Comercio en lo referente al momento de la perfección. Lo cierto es que dicho artículo en su párrafo final contiene una norma que viene pintiparada: «En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

Respecto al tratamiento tributario se podría argumentar que los *smart contracts* se pueden configurar como contratos mixtos o complejos⁶; encontrando la determinación de la existencia de prestaciones dependientes, infiriéndose que si entendemos a la divisa virtual como un programa informático *online*, esto es, un servicio electrónico en sede de IVA, se trata de dos o más servicios vinculados.

Sin embargo, la sentencia *Heqvist* del TJUE ha calificado como divisa a las divisas virtuales. Por tanto, su naturaleza jurídica sería distinta a los *smart contracts* por más que técnicamente estuvieran vinculados. Así, una vez aislados y calificados, los contratos, introducidos en el código de las divisas, pero con una funcionalidad diferente a la de ser medio de pago, tributarían como tales.

En definitiva, la divisa virtual y el *smart contract* se encuentran estrechamente ligados, pero objetivamente no forman una sola prestación económica indisoluble cuyo desglose resultaría artificial, de forma que todos los elementos que integran la operación de que se trata resultan necesarios para llevarla a cabo y están estrechamente vinculados entre sí. Están vinculados, pero resultan independientes, a la par que con naturalezas jurídicas distintas⁷.

3. Concepto de «organización autónoma descentralizada» (DAO)

El poder de coordinación de una *blockchain* no se limita al registro de operaciones de transmisión de criptodivisas. También permite la ejecución e interconexión de una variedad de *smart contracts* que interactúan entre sí de manera descentralizada y distribuida. Estos *smart contracts* pueden ser unidos para formar organizaciones descentralizadas (DAO) que operan de acuerdo a reglas y procedimientos específicos definidos por contratos inteligentes⁸.

⁶ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 25 de febrero de 1999, asunto C-349/96 (NFJ007331), y de 29 de marzo de 2007, asunto C-111/05 (NFJ025247), se planteó cuáles deben ser los criterios para decidir, en materia del impuesto sobre el valor añadido, si una operación que está compuesta por varios elementos debe ser considerada como una prestación única o como dos o más prestaciones diferentes que deben ser apreciadas separadamente.

⁷ Véase, por analogía, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 27 de octubre de 2005. *Levob Verzekeringen BV y OV Bank NV vs. Staatssecretaris van Financiën*, asunto C-41/04 (NFJ021025).

⁸ El que ideó las DAO tiene nociones de economía. En realidad, está fundamentándose en la teoría mantenida por M. C. Jensen y W. H. Meckling en su libro *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs*

Las organizaciones autónomas descentralizadas son un tipo específico de organización que es a la vez autónoma⁹ –en el sentido de que, después de su creación, e inclusión en la cadena de bloques, ya no necesita operadores humanos–, autosuficiente –en el sentido de que puede acumular capital, como monedas digitales– y descentralizada, dado que no existe un centro de decisión.

Las organizaciones autónomas descentralizadas dejan la administración en manos de los miembros participantes, quienes pueden presentar propuestas a la comunidad y, luego, contar con la aprobación de otros miembros. A partir de ahí, no son necesarios los representantes o administradores, las propias DAO se ejecutarán de forma automática siguiendo los planteamientos que previamente hayan sido aprobados por todas las partes y establecidos en el programa. En definitiva, cada miembro de la DAO, si se quiere constituir una «sociedad de inversión automatizada», puede presentar a la comunidad una propuesta de inversión. Una vez que los usuarios hayan aprobado los detalles establecidos en la propuesta a través del proceso de votación, la ejecución de esta se llevará a cabo y será ejecutada de forma autónoma e inteligente por el código (Merkle, 2016, pp. 28-40).

Así, una idea que se planteó en las comunidades de informáticos fue crear, por ejemplo, un fondo de inversión a través de una red de *smart contracts* que se ejecutarían sobre la base del sistema de red de una criptomoneda. Este fondo de inversión funcionaría sin supervisión humana¹⁰.

Desde el punto de vista del derecho privado, la calificación como sociedad de las DAO sería compleja. Según el Código Civil, la sociedad civil es aquel contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de repartir entre sí las ganancias, pero si, como puede ser el caso, vemos atisbos de mercantilidad en una DAO, podría aplicársele la doctrina de la sociedad nula, que se aplica a las sociedades en formación e irregulares¹¹.

and Ownership Structure (3 J. FIN. ECON. 305, 310-11, 1976). Esta teoría sostiene que las corporaciones son un conjunto de contratos interrelacionados. Las DAO han transformando la teoría de Michael Jensen y William Meckling en realidad. A través de A. Wright y P. De Filippi. *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*. En <<https://ssrn.com/abstract=2580664>> o <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580664>>. Consulta el 17 de diciembre de 2019.

⁹ En realidad, más que «autónomas» deberíamos decir que son «automatizadas», pero la traducción literal del inglés sería la primera.

¹⁰ Todo debería estar automatizado. Por ejemplo, este fondo se debe invertir replicando el índice de bolsa «X», teniendo por «x» el IBEX, S&P, NASDAQ, etc.

¹¹ Si una sociedad es nula porque falta alguno de los elementos esenciales del contrato para su validez, debería entenderse que es nula desde el principio (ex art. 1.303 CC) y, por lo tanto, no tendrían efecto los contratos celebrados por la sociedad con terceros, desde su nacimiento. Pero una vez puesta en marcha e inserta en ese entramado o tejido de relaciones jurídicas, que es el tráfico, tal eficacia retroactiva resulta contraproducente y, a veces, imposible de ejecutar.

4. La DAO de Ethereum

En mayo de 2016, en la plataforma Ethereum se creó un fondo de capital riesgo de gestión descentralizada mediante *smart contracts*; una DAO cuya actividad se centraba en la inversión en *start-ups* relacionadas con *blockchain*. Se denominó The DAO. Fue la mayor operación de *crowdfunding* de la historia¹².

4.1. La *initial coin offering* (ICO) de The DAO

Los que participan en una DAO, lo hacen, generalmente, a través de una *initial coin offerings* (ICO). Las ICO, u ofertas iniciales de monedas virtuales, consisten en una oferta pública previa al lanzamiento al mercado de una divisa virtual o de un *smart contract*. La expresión ICO puede hacer referencia tanto a la emisión propiamente dicha de monedas virtuales, como a la emisión de cupones virtuales, denominados *tokens*. Estos activos se ponen a la venta a cambio de criptomonedas como *bitcoins* o *ethers* o de divisa oficial (por ejemplo, euros).

El intercambio de un cupón virtual o *token* derivado de una ICO por una moneda virtual constituye una permuta, conforme a la definición contenida en el artículo 1.538 del Código Civil español. Dicho intercambio da lugar a una alteración en la composición del patrimonio, ya que se sustituye una cantidad cupón virtual por una cantidad de otra moneda virtual, y con ocasión de esta alteración se pone de manifiesto una variación en el valor del patrimonio materializada en el valor de la moneda virtual que se adquiere en relación con el valor al que se obtuvo del cupón virtual que se entrega a cambio¹³.

En consecuencia, el intercambio entre cupones virtuales y monedas virtuales diferentes realizado al margen de una actividad económica da lugar a la obtención de renta que se califica como ganancia o pérdida patrimonial conforme al artículo 33.1 de la LIRPF.

En la cuantificación de dichas rentas será de aplicación lo previsto en los artículos 34.1 a), 35 y 37.1 h) de la LIRPF. El artículo 34.1 a) establece con carácter general que el importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales será, en el supuesto de transmisión onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales, valores que en el caso de adquisiciones y transmisiones a título oneroso vienen definidos en el artículo 35 de la misma ley¹⁴.

¹² En torno a 150 millones de dólares y 11.000 inversores en todo el mundo.

¹³ La aplicación de este criterio se sustenta en una aplicación analógica de la Resolución de la Dirección General de Tributos V0999-18 respecto al intercambio de monedas virtuales y en que no hay distinción entre *token* y criptodivisa a efectos de su naturaleza jurídica.

¹⁴ Y el artículo 37.1, que recoge determinadas normas específicas de valoración de las ganancias y pérdidas patrimoniales, en su letra h) establece que cuando la alteración patrimonial proceda de la permuta de bienes

Durante la ICO de la DAO, realizada en mayo de 2016, el único requisito para ser inversionista y miembro de la DAO era invertir *ethers*. A cambio, los participantes recibieron *tokens* DAO, 100 *tokens* DAO por 1 *ether*, que otorgaban derecho de voto para ser utilizado durante la selección de los proyectos que serían financiados¹⁵.

4.2. La modificación de los *smart contracts* y la «llamada recursiva»

El 17 de junio de 2016, un miembro de la red Ethereum logró que se transfirieran *ethers* por valor de 50 millones de dólares del DAO a su monedero electrónico; aprovechaba la posibilidad de hacer una modificación a la programación del *smart contract* que permitía incluir un bucle de retiradas de criptomoneda antes de que finalizara el tiempo y cerrar el proyecto y actualizar el balance.

Se logró llamar recursivamente a la función de recuperación de su inversión y recuperó sus fondos reiteradamente, antes de llegar al paso donde el código verificaba el saldo del fondo DAO, en lo que se conoce como una «llamada recursiva».

El miembro de la red publicó una carta abierta dirigida a la comunidad Ethereum. En esta carta abierta, afirmaba que el código regulaba la DAO, y al estar permitida su modificación, sus acciones fueron legítimas. Únicamente, hacía uso de una función (*split*) codificada explícitamente en los términos del contrato inteligente. Y continuó señalando que «tomar medidas equivaldría a incautar [su] *ether* legítimo, reclamado legalmente a través de los términos de un contrato inteligente». En definitiva, manifestaba que, según su opinión, no alteró de forma fraudulenta una programación para acceder a los *ether* sustraídos de la DAO.

4.3. La escisión de Ethereum y la recuperación de los fondos

En las condiciones legales a las que se adherían quienes participaban en The DAO se asumía la filosofía *code is law*, entendiendo que únicamente les vinculaba la ejecución del código.

o derechos, incluido el canje de valores, la ganancia o pérdida patrimonial se determinará por la diferencia entre el valor de adquisición del bien o derecho que se cede y el mayor de los dos siguientes: el valor de mercado del bien o derecho entregado y el valor de mercado del bien o derecho que se recibe a cambio.

¹⁵ El supervisor norteamericano –la conocida SEC– dio el visto bueno a The DAO y aplicó el test *Howey* para determinar que la emisión de los *token* a través de la ICO de The DAO cumplía con los tres requisitos que deben darse para considerar la existencia de un activo, a saber: que se trata de una inversión en dinero, con una expectativa razonable de beneficio y que tal beneficio se debe principalmente al esfuerzo de «gestión» de terceros ajenos a los titulares de esos *token* (SEC).

Code is law es una expresión coloquial referida al artículo de Lawrence Lessing y al libro *Code and other laws of cyberspace*, que no establece la sustitución de leyes por *software*, sino algo bastante diferente y, francamente, mucho más interesante (Lessing).

Lessing sostiene que el código no reemplaza a la ley, sino que el ciberespacio es un entorno que está en sí mismo regulado únicamente por las reglas del código. El punto de hacer esa observación es centrar la atención en quién decide qué se programa, es decir, quién tiene voz en el diseño de estas nuevas estructuras reguladoras basadas solo en el código informático¹⁶. Nos habla de forma de gobierno o toma de decisiones, no de reemplazo del ordenamiento jurídico.

La plataforma Ethereum está gobernada por la Ethereum Foundation, que toma las decisiones mediante votación. Después de la modificación del código, se debatieron qué medidas tomar. Para algunos se trataba de un robo o de una estafa, y como existía la posibilidad de modificar el código para «corregir» los *smart contracts*, debía realizarse esta segunda modificación aun a costa de no cumplir la filosofía *code is law*, interviniendo en la autoejecución. Otros pensaban que, aunque la modificación era engañosa, no se debía reescribir el código por ir en contra del principio de autoejecución. Y una tercera parte opinaba que era una vulnerabilidad típica de código y por lo tanto un riesgo inherente a un contrato inteligente, y que los participantes en The DAO debían asumir las pérdidas.

Al final, se decidió implementar un *hard fork*, una manipulación consensuada del *blockchain* que permite la generación de una nueva cadena de bloques¹⁷, iniciándose desde el momento anterior al bloque que contiene la transferencia motivada fraudulentamente. Esto se logró por un acuerdo de mayoría de los nodos que actúan como mineros del sistema Ethereum, buscando su adhesión a la nueva línea de la cadena, que no incluye la transferencia de fondos recursivamente. De esta forma, se consiguió evitar un perjuicio patrimonial cifrado en casi 60 millones de dólares.

Esta decisión llevó a la Ethereum Foundation a un cisma que se dirimió por desmembración en dos plataformas: Ethereum y Ethereum Classic. El código no fue la ley, nunca lo es, y aunque lo hubiera sido, hubiera sido una ley injusta, viciada en su nacimiento, que se modificó justamente, con verdaderos criterios de equidad.

Ahora bien, convendría plantearse, no obstante, qué hubiese sucedido si el *hard fork* no hubiese sido posible, es decir, si los miembros de Ethereum no se hubiesen puesto de

¹⁶ El que realizó la sustracción lo interpretó literalmente, según vemos.

¹⁷ Cuando varios «mineros» terminan de forma consensuada la prueba de trabajo y remiten al sistema su bloque encabezado por el hash del mismo, algunos de los mineros reciben esa transacción, pero es posible que otros reciban la de otro minero que ha terminado su prueba de trabajo de una forma simultánea. De esta forma se produce un «tenedor» o bifurcación: se forman dos líneas de bloques, cada una con un hash distinto, por lo que se quiebra la condición unívoca del repositorio.

acuerdo, o si la modificación del código para evitar la transacción hubiese sido inviable. Seguramente, se habrían iniciado acciones de diversa naturaleza con el objetivo de la recuperación de los fondos.

5. Consecuencias jurídicas

Dividiremos las consecuencias jurídicas en tributarias y penales. En primer lugar, se estudiarán las consecuencias en la tributación, en sede de IRPF, de una eventual pérdida patrimonial causada por la modificación fraudulenta de *smart contracts*, para continuar el con análisis de las consecuencias penales de este tipo de conductas.

5.1. Consecuencias tributarias: deducción de pérdidas patrimoniales en el IRPF

Como hemos referido con anterioridad, en el caso The DAO no hubo pérdidas porque se pudo atajar la transacción gracias a que la cadena de bloques se bifurcó por la fuerza de una gran mayoría que rechazó la posibilidad de que se realizaran los pagos a la persona que modificó el código –aunque el consentimiento fuera prestado a los contratos inteligentes que contenían dicha modificación–, por mucho que una parte de los miembros se opusiera en defensa del principio formal de no intervención en los contratos autoejecutables.

Ahora bien, deberíamos plantearnos qué consecuencias, desde el punto de vista tributario, tendría una transacción de la misma naturaleza con éxito: ¿podría calificarse como pérdida patrimonial en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF)? Lo cierto es que en un primer momento no sería posible. Desde la configuración legal de las ganancias y pérdidas patrimoniales, el importe de una operación, como la que habría tenido lugar, no constituiría de forma automática una pérdida patrimonial. Esto es así porque, en principio, la constitución de la DAO se realizó por los cauces apropiados, siendo modificado el *smart contract* en un único extremo: el de transferir fondos a uno de los miembros. La aportación de fondos a la DAO está correctamente realizada y se mantienen los derechos frente a ella. Así, solo en el caso de que el derecho de crédito frente a la DAO resulte judicialmente incobrable, será cuando se produzca la existencia de una pérdida patrimonial a efectos de liquidación del IRPF. Una vez que se entienda producida dicha pérdida, al tratarse de una pérdida que no se puso de manifiesto con ocasión de la transmisión de elementos patrimoniales, formará parte de la renta general, debiendo integrarse en la base imponible general del impuesto¹⁸.

¹⁸ Como señalan los artículos 45 y 48 de la LIRPF.

5.2. Consecuencias penales: hacia una eventual calificación de estafa informática

Los contratos inteligentes de *bitcoin*, por su autonomía, automaticidad y posibilidad de ejecución, suponen una importante revolución que afecta al ámbito jurídico en sus diferentes ramas, siendo imprescindible la puesta en marcha de una cobertura legislativa adecuada en cuanto al alcance y posibilidades dentro del mercado empresarial. En este sentido, una vez revisadas las consecuencias que a nivel tributario pudieran acontecer, se procede en este momento a matizar algunos de los aspectos que pudieran afectar al ámbito penal, comenzando por su relevancia y prosiguiendo por los posibles tipos penales implicados y su especial relevancia en el caso The DAO.

5.2.1. Consideraciones generales a nivel penal

Como parte del sistema de cadena de bloques¹⁹, y más allá de la revolución que pudiera suponer la criptomoneda como parte de dicha tecnología, en los últimos años vienen a desarrollarse nuevas apuestas vinculadas, ahora, con los *smart contracts*. Definidos los contratos inteligentes como una nueva aplicación o servicio de la tecnología *blockchain*, y entendidos como programas ejecutables que responden a un conjunto de condiciones acordadas contractualmente, habría que decir que en los posibles efectos jurídicos, y principalmente penales, de esta nueva revolución, deben tenerse muy en cuenta los aspectos ya señalados anteriormente, a saber:

- Los acuerdos entre las partes se traducen a programación o lenguaje informático donde, a partir del cumplimiento de ciertas condiciones algorítmicas, se ejecuta la acción.
- Como todo acuerdo entre dos partes, genera un conjunto de obligaciones y genera un valor, siendo aquel de origen público.
- Existe un desconocimiento físico entre las partes, por lo que la confianza entre ellas para llegar al acuerdo se logra a través de la ya citada tecnología.
- No requiere de intermediarios, no siendo necesario el paso de instituciones financieras que lo controlen o den su «visto bueno», lo cual, pese a abaratar posibles intereses, también lleva añadida la necesaria consecuencia de la verificación de la otra parte (p. ej., firma digital) para asegurar los pagos en línea.
- Tiene un carácter descentralizado, siendo totalmente visible su código y no siendo propiedad de nadie. En el caso de servicios que sean centralizados, estos po-

¹⁹ Basado en la función hash como tecnología criptográfica.

drían llegar a descentralizarse usando Ethereum, evitando así la existencia de una empresa intermedia que cobrase comisiones (p. ej., eBay).

- Puede ser creado tanto por personas físicas como jurídicas, de la misma forma que por programas informáticos que lo ejecuten de manera independiente, incluso por defecto.
- Se ejecuta automáticamente y de manera autónoma, independencia que se hace extensible a la comprobación de su veracidad.

La agilidad de los intercambios propia de este tipo de contratos, unida a su automaticidad, genera en el usuario una serie de beneficios ya aludidos, principalmente el hecho de no ser necesaria la autenticidad de veracidad del otro agente por tercera entidad (intermediario centralizado), no siendo necesario el registro para la certificación de la información que se trata. Así pues, mediante el intercambio de la información a nivel transaccional, la cadena de bloques va validando su contenido de manera sucesiva, consolidando así la cadena y permitiendo la identificación y ausencia de manipulación de forma retroactiva una vez queda grabada, lo que otorga una mayor fehaciencia y confianza para las partes implicadas.

En línea con lo anterior, y tomando como referente Ethereum como plataforma de cadenas de bloques más idónea o adecuada para llevar a cabo el tipo de intercambios u operaciones propias de los *smart contracts*, habría que tener en cuenta que el aseguramiento de las transacciones en la nueva era *business* tiene como objeto, precisamente, el de evitar cualquier tipo de acción ilícita que pudiera llevarse a cabo. De esta forma, los comportamientos delictivos se entienden que se verían minorados si no hay alteración de la fuente que «organiza» o «conviene» dichos contratos, incluso, que se vería disminuida si se reduce el número de intermediarios que son necesarios para garantizar la identificación y registro de los datos (p. ej., bancos). Ahora bien, ¿no se podría llevar a cabo ningún tipo de acción delictiva que afectase a los contratos? ¿Se podría llegar a defraudar a los usuarios? ¿Cómo localizar posibles agujeros? Todo ello se presenta a continuación.

5.2.2. Potencial delictivo en materia de *smart contracts*

Como se ha comentado con anterioridad, los conocidos como *smart legal contracts* facilitarían la ejecución automática de un contrato previa verificación de usuarios²⁰ ante la inexistencia de intermediarios, y lo harían, precisamente, con base en la existencia de una lógica programable basada en condiciones muy objetivas de los contratos, y que vienen a resultar en transacciones económicas. El problema que en estos casos pudiera llegar a plantearse redundaría en la posible subjetividad de los contratos que se acuerdan en sus cláusulas.

²⁰ Una forma de asegurar la veracidad de los intercambios sería mediante el envío de una clave generada entre las partes, firmando criptográficamente un contrato digital y dando así una mayor seguridad al usuario.

las, lo que vendría a justificar el porqué sería más adecuado hablar de un tipo de ejecución automática para un «borrador» contractual, pero no para el contrato en sí mismo.

En orden con lo anterior, las posibilidades que definen al dinero programable que pudiera venir derivado de los contratos inteligentes no siempre tienen resultados positivos, mejor dicho, aunque los efectos pudieran resultar beneficiosos para determinados agentes, la legalidad podría llegar a verse cuestionada. Así pues, y rozando el ámbito que afecta a la ilegalidad, sería importante analizar y conocer las posibles consecuencias que, tanto a nivel de persona física como jurídica, podrían derivarse.

Siguiendo a Tur Fáundez (2018, pp. 18 y 19), los citados contratos inteligentes permiten «la autoejecución del contrato de acuerdo con la programación preestablecida», lo que puede llegar a generar algunas dificultades y problemáticas diversas si no se informa suficientemente al consumidor de la complejidad de este tipo de contratos. De la misma forma, debe advertirse sobre el riesgo intrínseco que comporta el propio empleo de la criptomoneda como medio de pago. Igualmente, advierte el autor sobre las siguientes consideraciones: a) existe un conjunto de beneficios en su empleo por cuanto permite la abstención de la entidad financiera (plano o procedimiento ejecutivo más breve), y b) existe un acuerdo o hecho contractual que pudiera considerarse «relativo», siendo cuestionable si la autoejecución de este tipo de contratos sitúa al consumidor al frente de un «contrato real» o no, pues en todo caso podría considerarse un proceso *ex ante*.

En línea con lo anterior, como indican Wang *et al.* (2019, pp. 291 y ss.), «el contrato inteligente impone un rendimiento específico en usuarios anónimos sin centralización. Facilita la equidad de pago en el comercio al proporcionar transacciones irreversibles», a lo que añaden precisamente los efectos que ello pudiera tener en el ámbito jurídico, concretamente en lo que atañe a las actividades ilícitas o ilegales. Del mismo modo, especifican dichos autores que «los contratos inteligentes también se utilizan para actividades ilegales como el lavado de dinero y el *ransomware*. Dichos contratos incluyen contratos inteligentes criminales (*criminal smart contracts* o CSC) [...], que pueden implementarse de manera eficiente en los lenguajes de *script* existentes».

Entrando de lleno en lo que algunos autores denominan como «tecnojurídica» (Tur Fáundez, 2018, p. 19), y de manera específica en lo que compete al ámbito penal, el campo de los delitos informáticos, así como todos aspectos que vienen a afectar de un modo u otro a componentes tecnológicos, este campo ha sido objeto de un importante debate y tratamiento en los últimos años. Así, precisamente por el crecimiento de la era tecnológica y la gran propagación de sus efectos, los tipos penales y las consecuencias jurídicas de aquellos no han ido sino respondiendo a las demandas sociales que tales medios han ido produciendo.

Con base en todo lo anterior, ni que decir tiene que también la idoneidad del *blockchain* vendrá determinada por la existencia de bienes digitales sobre los que se comprueba la idoneidad de lo pactado y se actúa (p. ej., «ceder A una cantidad de dinero a B si sucede C»,

para lo cual debe comprobarse si C ha ocurrido o no –sí/no–, mediante una información que esté disponible en un buscador y a la que se pueda acceder digitalmente).

Una exégesis exhaustiva de los diferentes tipos penales advierte sobre la inexistencia de un tipo delictivo específico dedicado a los delitos informáticos. Así, bien por atentar directamente contra el propio equipo tecnológico, bien por emplearlo como medio para la realización de la acción comisiva, lo verdaderamente cierto es que el Código Penal no refiere en un precepto exclusivo todo lo que compete al citado ámbito. De este modo, si bien es cierto que se han ido creando algunos tipos penales para albergar todas aquellas conductas de especial lesividad que atentasen contra bienes jurídicos vinculados con aquellos medios, lo verdaderamente cierto es que la mayoría de los tipos penales se han adaptado a los nuevos modos comisivos del siglo XXI. En esta línea, y dada la complejidad de los tipos delictivos que se vinculan a las nuevas tecnologías, no puede afirmarse que un único precepto recoja toda la diversidad de acciones vinculadas a los medios indicados, de manera que el Código Penal recoge todas aquellas conductas típicas vinculadas a las nuevas tecnologías de una manera transversal en sus diferentes tipos delictivos.

Para el caso específico que aquí se trata, y tomando como referencia las conductas típicas que podrían estar presentes en las acciones descritas con anterioridad, y que quedarían vinculadas a los *smart contracts*, lo cierto es que la seguridad, la autonomía, la velocidad y el ahorro de tiempo y coste propio de dichos contratos podrían llegar a verse cuestionados en el orden penal. Si bien se evita la intervención de un tercero, que sería el que verificaría lo sucedido –pues ya la programación informática permitiría obtener tal conocimiento–, lo cierto es que podrían llegar a producirse ciertas defraudaciones en el citado ámbito. Así pues, entendiendo que es posible la firma de contratos en el mundo físico sobre la base de ciertas irregularidades no constatadas, lo cierto es que también podría extenderse tal extremo al mundo digital, siendo más compleja su detección, precisamente, por la inexperiencia o desconocimiento del lenguaje de programación (p. ej., error o vicio en el código) y la irretroactividad ya aludida previamente.

Las posibilidades delictivas o el potencial criminal al que pudiera responder el hecho de convenir un contrato sobre cláusulas u obligaciones contractuales criminales son inmensas, más aún cuando, por regla general, existe un desconocimiento social elevado del lenguaje programador. De la misma forma, la ausencia de retroactividad o posibilidad de borrado de información en la cadena de bloques, ya aludida, hace que cualquier tipo de información registrada permanezca ilimitadamente, pudiendo acceder a ella desde cualquier parte del mundo y siendo un ejemplo evidente de su descentralización.

En resumen, lo cierto es que el desarrollo de nuevas aplicaciones digitales para la optimización de recursos ha venido de la mano de una incertidumbre a nivel legislativo, que pudiera llegar a cuestionar la seguridad jurídica dentro del siglo XXI. Es por ello que, ante el tipo de situaciones previamente aludidas, así como la que a continuación se analizará, lo que viene a plantearse es si la regulación actual podría llegar a abarcar todas aquellas conductas vinculadas a la era digital, o bien se hace necesario el desarrollo de una regulación jurídica más acorde a las nuevas demandas y modos comisivos, en definitiva, al posible y potencial *modus operandi*.

5.2.3. Aplicación específica al caso The DAO

Poniendo en antecedentes, baste advertir que el caso The DAO, y su significado como organizaciones autónomas descentralizadas y justificadas en la aplicación de contratos inteligentes, se basa en la ya citada descentralización, posibilidad de acumulación de capital (monedas digitales), autonomía e inmutabilidad del código gestionado, siendo precisamente el debate el qué sucedería si se interviniera dicho código. Como se comentó con anterioridad, las DAO, tras su inclusión en la cadena de bloques, no requieren de la intervención humana, no existiendo centro de decisión y situando este en los participantes. De esta forma, las decisiones tomadas por cada uno de estos se traducen en código y se ejecutan automáticamente sin supervisión humana.

En cuanto a la regulación jurídica para el caso The DAO, y partiendo del aprovechamiento de un error de código que permite a un participante un desvío de 50 millones de euros, una vez ya creado aquel como parte de la programación que hace nacer el *smart contract*, se cuestiona si el citado usuario, aprovechando un error ya existente, podría actuar de manera fraudulenta estafando al resto de beneficiarios que participaban del contrato. En este caso, los creadores originan un código erróneo que permitiría dicho desvío no visible a la mayoría de los participantes adheridos, error que es aprovechado de forma recurrente (llamada recursiva)²¹.

²¹ La Sentencia 326/2019 (NCJ064122) del Tribunal Supremo versa sobre unos hechos calificados como delito continuado de estafa y apropiación indebida. El acusado, actuando a través de una empresa de su titularidad denominada Cloudtd Trading, de la que era administrador único, y a través de la página web de dicha empresa, suscribió diversos contratos de «trading de alta frecuencia», en virtud de los cuales se comprometía a gestionar, a cambio de una comisión, *bitcoins* entregados en depósito, obligándose a reinvertir los eventuales dividendos y entregar al vencimiento del contrato las ganancias obtenidas.

La audiencia de instancia consideró probado que en el momento de concertar los expresados contratos el acusado tenía la intención de apoderarse de los *bitcoins* recibidos sin ánimo de cumplir sus obligaciones, sin realizar operación alguna, ni devolver cantidad alguna; por tanto, condenó al acusado como autor responsable de un delito continuado de estafa a penas de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, debiendo abonar las costas procesales. Además, le condenó a indemnizar en el valor de la cotización del *bitcoin* en el momento de la finalización de cada uno de sus respectivos contratos, más el interés legal, con declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Cloudtd Trading. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por la acusación particular, con un único motivo de casación por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender indebidamente aplicados los artículos 110 y 111 del Código Penal. Los contratos suscritos se referían a la entrega de determinadas unidades de *bitcoins* y sostiene, dicha acusación, que los artículos 110 y 111 del Código Penal obligan a la restitución de la cosa en el mismo bien, por lo que lo procedente sería que la sentencia condenara al acusado a restituir los *bitcoins* sustraídos. Sin embargo, aun cuando la jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo ha expresado la obligación de restituir cualquier bien objeto del delito, incluso el dinero, la sentencia señala que las víctimas del delito no fueron despojadas de *bitcoins* que deban serles retornados, sino que el acto de disposición patrimonial que debe resarcirse se materializó sobre el dinero en euros que, por el engaño inherente a la estafa, entregaron al acusado para invertir en *bitcoins*.

Bajo la perspectiva de que el «código es ley» en el ámbito del ciberespacio, se ampara al citado usuario para indicar la legalidad de la acción empleada, pero no es posible afirmar que el código venga a reemplazar a la ley o regulación jurídica existente o aplicable al ámbito digital. La ley es la misma extensible a dicho contexto. En este sentido, lo que viene a cuestionarse es la legitimidad de la acción por hacer uso de las funciones permitidas dentro del contrato, no habiendo existido ningún tipo de alteración por su parte. Podría plantearse entonces la nulidad del contrato convenido sobre la existencia de un error en el mismo con base en los fines para los que venía siendo destinado, ya que la modificación del código *a posteriori* supondría la intervención humana, lo cual es contraria a la filosofía propia del *blockchain* al afectar a la autoejecución, pese a que fuera consensuada (*hard fork*). Ahora bien, ¿y si no hubiera sido posible llevar a cabo tal modificación?

Desde el ámbito nacional, pudiendo cuestionar la calificación jurídica del caso desde el punto de vista de una posible defraudación, o bien acercarlo al campo de su consideración como «nulidad contractual», lo cierto es que habría que analizar detenidamente cuáles son los antecedentes, y cuáles serían los requisitos exigidos como para considerar la conducta de aquel usuario, un fraude.

Para poder analizar si efectivamente los hechos podrían admitirse bajo el calificativo de estafa *online* o fraude cibernético, debe examinarse si verdaderamente se reúnen todos los elementos necesarios. Por ello, y siguiendo el artículo 248 del Código Penal²², como aspectos esenciales o más significativas para la valoración del precepto que enmarca este tipo de ilícito se hallan: a) el ánimo de lucro a partir del patrimonio ajeno, siendo el tercero el que realiza el desplazamiento patrimonial en perjuicio de sí misma o de un tercero, afectando así no solo al mismo patrimonio, sino también a las relaciones de confianza entre las partes y, b) el engaño bastante y suficiente, precedente o concurrente, que resulta en la producción de error en el sujeto que realiza la acción.

²² Tal y como refiere el tenor literal del artículo 248 del Código Penal:

1. Cometén estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.
2. También se consideran reos de estafa: a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro. b) Los que fabricaren, introdujerén, poseyerén o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo. c) Los que, utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

A este respecto cabría advertir que, pese a la última modificación por Ley Orgánica 1/2019, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, y a sabiendas de los objetivos que precedían el citado planteamiento de cambio en tal regulación, lo cierto es que, en lo que compete a la estafa informática en el ámbito que aquí se trata no se han producido cambios.

Por su parte, y atendiendo al tenor literal del apartado segundo en cuanto a su redacción más específica y acorde con lo que en este momento se valora, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) Tal y como refiere el tipo: «Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro». Se aprecia por tanto la consecuencia jurídica ante una conducta de manipulación o artificio semejante para la transferencia patrimonial, afectando directamente a la buena fe que pudieran traer consigo las relaciones. Así, conforme a ello, vienen a obtenerse las siguientes consideraciones:
- Parece obvio que la acción realizada por el usuario que se hizo con los 50 millones de dólares pudiera llegar a plantearse en tal sentido, más aún cuando el propio «engaño» viene a entenderse de forma amplia en cuanto crea error en cualquiera de sus modalidades, comprendiendo dentro de este el mero hecho de no hacer, o callar, del propio sujeto, y al cual siempre subyace intencionalidad²³.
 - No es inactividad lo que se produce, sino que se emplea una llamada recurrente a los activos, utilizando un agujero del código para el beneficio propio del que no se da constancia, pues, de haberse conocido tal extremo como presente en las «cláusulas», el contrato no se hubiera convenido.
 - La ocultación de dicho error permite la obtención de un importante beneficio patrimonial a costa de terceros usuarios participantes en el contrato.
 - De la misma forma, existe una evidente proporcionalidad como caracterización del engaño, así como su idoneidad en la producción del resultado, más aún cuando se hace compleja la revisión y comprensión de los códigos digitales, de su significado y de su efecto. Si bien, en este caso el engaño podría llegar a asemejarse a la astucia o inteligencia del sujeto, pudiendo advertir cómo determinados conocimientos más especializados en dicho ámbito le permiten llevar a cabo la acción.
 - La acción realizada mantiene la apariencia coherente y realista que caracteriza al contrato, pero precisamente porque del mismo error desconocían los creadores del código. No obstante, y pese a ello, la protección del resto de usuarios frente a un participante fraudulento pudo subsanarse de la manera previamente expuesta, adoptando las medidas necesarias para la compensación victimal.

²³ Vid. más información sobre intencionalidad en Cuello Contreras (2019, pp. 1-43).

- Conforme a lo anterior, el error en los participantes produce un conocimiento no verídico de la realidad contractual, esto es, del efecto de sus acciones en relación con las cláusulas pactadas, motivo que justifica el vicio en la voluntad.
 - El perjuicio es autogenerado, pues se entiende que el mismo participante del contrato lo genera con sus acciones, si bien, sobre la base del citado error, explicando así la relación causal entre ambos.
 - Finalmente, el ánimo de lucro se hace evidente con la suma de dinero adquirida paulatinamente por el estafador, resultado todo ello del aprovechamiento de la acción llevada a cabo por los restantes participantes del contrato.
- b) Por su parte, señala el artículo 248.2 b) del Código Penal que «los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo». Atendiendo a esta afirmación, si los creadores del código fuente que rige los contratos inteligentes hubieran actuado en tal sentido con la finalidad de estafar a usuarios sobre la base de un contrato ya engañoso, pudiera llegar a apreciarse este tipo penal, pero no es el caso.

En definitiva, ante la existencia de un contrato inteligente firmado públicamente del que se entiende su veracidad, incluso para los creadores, y visto el aprovechamiento sobre el error en el código de uno de los participantes que hace llamadas recurrentes a una previsible inversión automática, podría extenderse la aplicación del fraude informático al caso The DAO, todo ello sobre la base del silencio e intencionalidad de la acción engañosa de manera continuada sobre los activos patrimoniales de terceros que actuaban de buena fe²⁴.

6. Conclusiones

La modificación de *smart contracts* con finalidades fraudulentas puede suponer graves problemas para aquel que ha invertido un dinero en la operación, de una parte, nos encontramos con una materia que no se encuentra regulada –salvo en cuestiones de blanqueo de capitales–; de otra, la propia naturaleza material de los *smart contracts* conlleva que las transacciones sean difícilmente reversibles al ser autoejecutables y sin un control «humano» que verifique su licitud.

Esta complejidad se multiplica cuando nos referimos a las DAO, las organizaciones autónomas descentralizadas, que son un tipo de organización, creada a través de *smart contracts*,

²⁴ Vid. a este respecto, y con base en dicha posible calificación jurídica, el pronunciamiento del Tribunal Supremo analizado en Padilla Ruiz (2019).

que es a la vez autónoma –pues no necesita operadores humanos–, autosuficiente –tiene fondos propios– y descentralizada –dado que no existe un centro de decisión, un administrador–.

El caso paradigmático de los problemas que se pueden presentar se dio en la plataforma Ethereum, en la que se creó un fondo de capital riesgo de gestión descentraliza mediante *smart contracts*; una DAO cuya actividad se centraba en la inversión en *start-ups* relacionadas con *blockchain*. Se denominó The DAO y fue, en su momento, la mayor operación de *crowdfunding* de la historia.

Ocurrió el desastre: un miembro de la red Ethereum logró que se transfiriera moneda virtual por el valor de 50 millones de dólares de la DAO a su *wallet*. Lo hizo aprovechando la posibilidad de hacer una modificación a la programación del *smart contract*, que permitía incluir un bucle de retiradas de criptomoneda antes de que finalizara el tiempo y cerrar el proyecto y actualizar el balance. Se consiguió llamar recursivamente a la función de recuperación de su inversión y recuperó sus fondos reiteradamente, antes de llegar al paso donde el código verificaba el saldo del fondo DAO.

La programación permitía esta operación sin mayores truculencias, pero es evidente que regalarle todo ese dinero a ese señor no era la finalidad de la operación, lo cual supuso que se cerrara el *blockchain* antes de ese punto y se constituyera uno nuevo. No existió, entonces, la modificación, ni se produjo la transferencia de fondos, pero, para muchos, se vulneró el principio de automatización y no intervención humana que rige en el *blockchain*.

Las consecuencias, desde un punto de vista tributario, a un caso en el que una transacción de la misma naturaleza tuviera éxito, ¿podrían calificarse como pérdida patrimonial en el IRPF? En principio no lo sería, porque el importe no constituiría de forma automática una pérdida patrimonial. Esto es así porque la constitución de la DAO fue válida, siendo modificado el *smart contract* a efectos de transferir fondos a uno de los miembros. La aportación de fondos a la DAO está correctamente realizada y se mantienen los derechos frente a ella. Únicamente, en el caso de que el derecho de crédito resulte judicialmente incobrable será cuando se produzca una pérdida patrimonial, que formará parte de la renta general, debiendo integrarse en la base imponible general del impuesto, al tratarse de una pérdida que no se puso de manifiesto con ocasión de transmisión de elementos patrimoniales.

Por su parte, en lo que compete a nivel penal, se ha podido comprobar cómo el caso en cuestión puede llegar a considerarse una estafa digital o fraude informático, habiendo comprobado la adaptación de los elementos necesarios para su concurrencia en el caso The DAO. Así pues, se aprecia cómo, partiendo del aprovechamiento de un error de código, un usuario consigue que se desvíe una cantidad concreta de activos previamente introducidos por los participantes del contrato en cuestión. En este caso, se entiende el fraude mediatizado por el vicio en la voluntad, el cual viene a surgir del error ya indicado, y el cual conlleva el desplazamiento patrimonial de los activos de ciertos participantes a favor de uno de ellos. De este modo, se aprecian importantes distinciones con otros tipos delictivos, como pudiera ser el delito de robo.

Como se puede comprobar, el actuar de forma fraudulenta se hace eco en el ciberespacio a partir de sus múltiples modalidades, mostrando cómo, en este caso específico, los *smart contracts* también podrían llegar a sufrir las vulnerabilidades cibernéticas. Ello deja constancia de dos aspectos fundamentales: el potencial delictivo creciente que brinda el ciberespacio y la necesidad de optar por mayores mecanismos de prevención o estrategias de seguridad cibernéticas eficaces.

Referencias bibliográficas

- Bellany y Hill (2016). Can the Blockchain Make Our Contracts Smarter? *Cyberspace Lawyer* NL 2, 21.
- Bourque, S. y Fung Ling Tsui, S. (s. f.). A lawyer's introduction to smart contracts. Recuperado de <<http://www.crypto-law.com>>. Consulta el 15 de diciembre de 2019.
- Butler, Al Khalil, Ceci y O'Brien (2017). Smart contracts and distributed ledger technologies in financial services: keeping layers in the loop. *Banking & Financial Services Policy Report*, 36(9).
- Cuello Contreras, J. (2019). La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil. *InDret*, 2.
- Echebarría Sáenz, M. (2017). Contratos electrónicos autoejecutables (smart contract) y pagos con tecnología blockchain. *Revista de Estudios Europeos*, 70.
- Kost de Sevres, Chilton y Cohen (2016). The Blockchain Revolution, Smart contracts and Financial Transactions. *Cyberspace Lawyer* NL 3, 21(5).
- Lessing, L. (s. f.). Code Is Law. On Liberty in Cyberspace. Recuperado de <<https://harvardmagazine.com>>. Consulta el 20 de diciembre de 2019.
- Merkle, R. (2016). DAOs, democracy and governance. *Cryonics*, 37(4), 28-40. Recuperado de <<http://alcor.org>>. Consulta el 19 de diciembre de 2019.
- Navarro Lérida, M. S. (2018). Gobierno corporativo, Blockchain y Smart contracts. Digitalización de las empresas y nuevos modelos descentralizados (DAO). *RDMV*, 23.
- Padilla Ruiz, P. (2019). Los Bitcoins no se restituyen a la víctima de estafa al no ser dinero. Giro radical de la doctrina del Tribunal Supremo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10.
- Securities and Exchange Commission (SEC). Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO. Recuperado de <<https://www.sec.gov>>. Consulta el 12 de diciembre de 2019.
- Tur Fáundez, C. (2018). *Smart contracts. Análisis jurídico*, Madrid: Reus.
- Wang, Y., Bracciali, A., Li, T., Li, F., Cuia, X. y Zhaoc, M. (2019). Randomness invalidates criminal smart contracts. *Information Sciences*, 477. doi <<https://doi.org/10.1016/j.ins.2018.10.057>>.

La incapacidad permanente como causa de resolución del arrendamiento de local

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Extracto

El presente supuesto versa sobre la imposibilidad de aplicar de forma retroactiva las disposiciones transitorias de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 a los contratos de arrendamiento de local de negocio nacidos al amparo de la ley anterior, en relación con la causa de resolución del contrato consistente en la jubilación del arrendatario por causa de incapacidad permanente decretada por la autoridad administrativa correspondiente; no es posible interpretar la ley nueva de forma extensiva en relación con dicha causa, creando nuevas causas de resolución del contrato de arrendamiento. Se trata de ver si es viable, equiparar la incapacidad permanente total para la profesión habitual, con la jubilación como causa de extinción del contrato de arrendamiento.

Palabras clave: arrendamientos urbanos de local; resolución del contrato; jubilación por incapacidad permanente.

Fecha de entrada: 16-03-2020 / Fecha de aceptación: 30-03-2020

Enunciado

En el supuesto que se propone, son los hechos esenciales los siguientes: con fecha 7 de marzo de 1988 D. Antonio suscribió contrato de arrendamiento de local de negocio del inmueble sito en la avenida de Portugal n.º 18-20 de la localidad de Portugalete. Dicho local es explotado como titular del negocio por D. Antonio, que lleva a cabo las liquidaciones tributarias oportunas. Por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con fecha 21 de marzo de 2014, se aprobó una pensión de incapacidad permanente para la profesión habitual a favor de D. Antonio, a quien le fue reconocido un grado de discapacidad del 35 % con una movilidad reducida de 3 puntos por Resolución de 27 de febrero de 2015.

D. Juan es el arrendador del local y al haber tenido conocimiento de los hechos antes descritos, acude a un despacho de abogados para asesorarse acerca de si esta circunstancia le puede permitir plantear una demanda de resolución de contrato por jubilación del arrendatario. La cuestión nuclear del caso queda delimitada a la equiparación de la incapacidad permanente total para la profesión habitual del arrendatario a la jubilación como causa de extinción del contrato de arrendamiento.

Cuestiones planteadas:

- Posibilidad de asimilación de la incapacidad permanente total para la profesión habitual del arrendatario a su jubilación, a efectos de considerar esta situación como causa de extinción del contrato de arrendamiento de local de negocio.
- Criterio jurisprudencial vigente en la materia.

Solución

En cuanto a la cuestión de fondo, cabe plantearla bajo los siguientes parámetros: La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, bajo cuyo imperio se concertó el contrato por el padre de los hoy demandantes y los demandados, establecía un listado de causas de resolución y de extinción del contrato conforme al sistema de *numerus clausus*, de manera que úni-

camente las causas previstas en la ley (y, además, interpretadas por la jurisprudencia de la época de forma restrictiva) podían fundar la terminación del contrato. Entre dichas causas, y en relación con los locales de negocio, no se encontraba la jubilación del arrendatario, de manera que se compatibilizaba esa situación con la llevanza del negocio o empresa, subsistiendo el contrato de arrendamiento. La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, que sustituye a la anterior, dedica la disposición transitoria tercera a regular los aspectos en que ha de ser aplicada la nueva norma a los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985.

En lo que hace a la causa invocada en este supuesto, la nueva norma decreta la extinción de esos contratos concertados bajo la ley anterior, cuando el arrendatario, persona física, se jubila. Pero, al propio tiempo, en su apartado primero, la mencionada disposición transitoria establece la irretroactividad de la nueva ley, pues seguirán rigiéndose esos contratos «por las normas del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 relativas al contrato de arrendamiento de local de negocio, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de la disposición transitoria».

Con este régimen, hay que diferenciar, pues, los supuestos en que la jubilación del arrendatario se produjo antes del 1 de enero de 1995 (fecha de entrada en vigor de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos), de las que se produjeron después. En estos casos (jubilaciones posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley) la jubilación es causa de extinción del contrato (Sentencia 11/2013 del Tribunal Supremo de 21 de enero [NCJ057673]), salvo que se haya acogido el arrendatario a la denominada jubilación flexible que permite compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia (Sentencia 113/2018 del Tribunal Supremo de 6 de marzo [NCJ063143]); en cambio, cuando la jubilación es anterior al 1 de enero de 1995, no se produce la extinción del contrato.

En particular la Sentencia 508/2012 del Tribunal Supremo de 19 de julio pone fin a la discrepancia que en la materia había entre las audiencias provinciales, diciendo:

La DT tercera, A), apartado 1, LAU dispone, en relación con los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de su entrada en vigor, que continuarán rigiéndose por las normas de la LAU 1964 relativas al contrato de arrendamiento de local de negocio, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de la misma DT. Entre estas modificaciones figura, en su apartado tercero, que los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento salvo que se subroge su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local.

Estamos, por tanto, ante una nueva causa de resolución de contrato aplicable a los arrendamientos vigentes a la entrada en vigor de la actual ley, en cuanto que aquella legislación no la contemplaba, siendo doctrina mayoritaria de las audiencias provinciales, que esta sala comparte (SSAP de Asturias de 9 de abril 1999, Málaga de

7 de noviembre 2002, Alicante 5 de febrero de 2003, Barcelona 21 de noviembre de 2007, Valencia de 13 de febrero de 2006, La Coruña de 21 de diciembre 2006, Granada de 25 de abril de 2005), la que estima inaplicable la causa resolutoria del contrato de arrendamiento por la jubilación del arrendatario si esta ha tenido lugar con anterioridad a la publicación de la nueva ley. Es decir, se sostiene el carácter no retroactivo de tal disposición, entendiendo que la jubilación que se contempla en la DT tercera B) 3, no es otra que la producida después de la entrada en vigor de esta nueva ley, sin posibilidad de aplicarla a situaciones anteriores, dado el citado carácter irretroactivo de las disposiciones legales proclamado por el artículo 2.3 del CC, salvo que se dispusiese lo contrario, como, además, así resulta de la DT tercera A), apartado 1, LAU de la ley de 1994 al disponer que los mismos «continuarán rigiéndose por las normas del texto refundido de la LAU de 1964 relativas al contrato de arrendamiento de local de negocio», a salvo las modificaciones señaladas en sus apartados siguientes.

Particularmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2019 al respecto ha entendido:

Siguiendo la doctrina reiterada de esta sala contenida en la sentencia núm. 46/2018, de 30 enero (seguida por otras como las 439/2018, de 12 julio, y 440/2018, de 26 de junio), la cual establece lo siguiente sobre el problema ahora suscitado acerca de la interpretación de la norma transitoria de la LAU 1994: «los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 –como es el caso– subsistirán a voluntad del arrendatario, con sujeción a prórroga, al menos hasta que se produzca la jubilación o el fallecimiento de este (disp. trans. tercera.B.3 párrafo primero). [...] El arrendatario a todos los efectos era el hoy demandado en el momento de la entrada en vigor de la nueva ley y, en consecuencia, la norma transitoria se aplica a este y no a la inicial arrendataria, siendo así que dicha norma contempla exclusivamente las subrogaciones posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley prescindiendo de las que se hayan podido producir con anterioridad a dicho momento según la legislación entonces vigente.

En atención a lo expuesto, en la medida que el hecho determinante de la extinción del contrato solicitada es de fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, procede resolver si es equiparable a la jubilación, como causa de extinción, la incapacidad permanente total reconocida al arrendatario.

Con la legislación indicada, la jubilación declarada por el organismo administrativo competente por sí sola, aunque se mantenga la titularidad, será motivo de extinción del contrato, salvo que se produzcan algunas de las subrogaciones que señale la ley. Así la STS 384/2011 (NCJ055784), de 8 de junio, recogida por la STS 11/2013, de 21 de enero (NCJ057673), afirma que «la jubilación del arrendatario determina la extinción del contrato de arrendamiento independientemente de que aquel continúe al frente de la actividad

empresarial o comercial realizada en el local comercial». Especial mención merece la STS 401/2016, de 15 de junio, en la que se declara de forma rotunda que solo la jubilación como tal es la que determina la extinción, no bastando la declaración de incapacidad permanente hecha antes de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, de modo que ha de concluirse que si tras la entrada en vigor de esta, se produce la jubilación del incapacitado, el contrato se extingue. Así declara que «la jubilación es la que determina la extinción de la relación arrendaticia, sin importar que siga trabajando o cualquier otra cosa, como el que haya sido declarado antes con invalidez que se le aplica a su anterior relación laboral, no a la arrendaticia. Esta queda extinguida por la jubilación», si es posterior a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

Así pues, y en conclusión, se requiere una prueba plena e indubitada sobre el momento en que se produce la jubilación como cese de cualquier actividad, sea por cuenta ajena sea por cuenta propia, no bastando con acreditar una situación de incapacidad permanente total que no impide el trabajo en una actividad distinta, que únicamente cesa cuando lo es por cuenta propia, en el momento en que el autónomo lo decida, una vez superada la edad general de jubilación.

Y en relación con la pensión por incapacidad permanente total, el artículo 198 de la LGSS dispone:

1. En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

De igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el artículo 196.2, párrafo segundo, y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

Y en el apartado 3, se prevé que:

el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213.1.

Como se puede apreciar, no se menciona en este apartado 3 a la pensión por incapacidad permanente total, pues la misma es compatible con el desarrollo de otro trabajo, por cuenta propia o ajena, que no afecte a la profesión contemplada en el reconocimiento de

la incapacidad. Por eso, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de octubre de 2014, permite y compatibiliza la jubilación parcial con una actividad secundaria, y la incapacidad permanente total.

Se trata –dice– de una interpretación plenamente coherente con el encaje de la jubilación parcial y de la incapacidad permanente total en el conjunto de nuestro sistema de Seguridad Social, cuyas prestaciones tienen como función proporcionar al beneficiario una renta sustitutoria de las rentas profesionales que deja involuntariamente de percibir por el acaecimiento de tales contingencias. De ahí que la pensión de incapacidad permanente total solamente otorgue el 55 % de la base reguladora habida cuenta de que al sujeto le queda una capacidad de trabajo suficiente para poder percibir, en una actividad distinta, una renta profesional que, obviamente, es compatible con el percibo de la pensión de IPT derivada de la primera actividad. Y, por esa misma razón, si el trabajador decide jubilarse parcialmente de dicha segunda actividad es completamente lógico que –sin pérdida de su pensión de IPT– perciba la correspondiente pensión sustitutoria de la parte de renta profesional que deje de percibir por esa segunda actividad, en la que seguirá trabajando parcialmente con la correspondiente reducción salarial. Cuando deje de hacerlo, pasará a la jubilación total que sí es incompatible con la IPT. Cosa distinta es que no haya tal segunda actividad, sino que el trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total haya continuado trabajando en la misma actividad, «en virtud del mismo contrato», precisa el artículo 14 del RD 1131/2002, en cuyo caso el reglamento citado sí declara expresamente incompatible la pensión de IPT con la de jubilación parcial, quizás porque el legislador reglamentario ha entendido que, en tal caso, lo lógico será pasar directamente a la situación de jubilación completa, cuya pensión será superior a la pensión de IPT; en el caso muy extraño de que así no fuera, el sujeto podrá optar por seguir percibiendo exclusivamente la pensión de IPT.

Y en el mismo sentido, la Dirección General de la Seguridad Social, en la página web oficial de dicho organismo, contesta a una consulta sobre la compatibilidad de pensión por jubilación y de la de incapacidad permanente total, diciendo:

La pensión de incapacidad permanente puede ser compatible con una pensión de jubilación de otro régimen distinto, excepto que, para acreditar el derecho, o para el perfeccionamiento del mismo se tenga que acudir al régimen que reconozca la jubilación (situación de alta o asimilada, acreditación de la carencia, importe de la base reguladora), en cuyo caso, hay que optar por una de ellas.

Debe llegarse a una conclusión clara a la hora de equipar la jubilación con la incapacidad permanente total para la actividad habitual como causa de extinción del contrato de arrendamiento, haciendo una interpretación extensiva de las causas tasadas de las causas de extinción establecidas por el legislador.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 29/1994 (LAU), disp. trans. 3.^a, letra A) apartado 1.º.
- SSTS de 9 de julio de 2012, 21 de enero de 2013 y 17 de enero de 2019.

Falta de legitimación activa para la división de cosa común

José Ignacio Atienza López

*Ltrado de la Administración de Justicia.
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

Extracto

En los casos de divorcios en los que la vivienda ha sido atribuida a la esposa bajo cuya guarda y custodia ha quedado la hija común menor de edad del matrimonio, el marido carece de legitimación activa para promover la extinción de la copropiedad de los esposos hasta que la hija tenga mayoría de edad. La contingencia de la convivencia en la vivienda con la madre custodia reviste una especial significación en materia de prolongación del uso de la misma, mientras se mantenga la ocupación de la finca vigente la minoría de edad. Es indiferente, a estos efectos, que en los pactos de la liquidación de gananciales se anticipara la extinción del condominio a la venta de la vivienda, incluso aunque ello constase en la sentencia de divorcio.

Palabras clave: divorcio; división de cosa común; legitimación activa; guarda y custodia.

Fecha de entrada: 17-03-2020 / Fecha de aceptación: 30-03-2020

Enunciado

Juan y Juana se han divorciado de mutuo acuerdo y tienen ya sentencia de divorcio. En la misma y aprobando el convenio, y en relación con los pactos referidos a la liquidación de la sociedad de gananciales, consta uno referido a la anticipación de la extinción del condominio sobre la vivienda familiar. La madre tiene atribuida la guarda y custodia de la hija común del matrimonio que es menor de edad, y el marido ha presentado una demanda ejercitando la acción de división de la cosa común en relación con la vivienda familiar.

La esposa ha contestado a la demanda estimando que el exmarido no tiene legitimación activa para solicitar la extinción de la copropiedad sobre la finca en tanto la hija no tenga la mayoría de edad.

¿Tiene el marido esta legitimación activa?

Cuestiones planteadas:

- Proceso de divorcio de mutuo acuerdo: legitimación activa del marido para solicitar la división de la vivienda familiar, si la guarda y custodia de la hija menor está atribuida a la madre.
- Normativa aplicable y jurisprudencia en esta materia.

Solución

La cuestión esencial sobre la que el caso gira es la valoración y efectos de la sujeción del uso de la vivienda a favor de la esposa y madre de la menor y adjudicataria de su guar-

da y custodia acordado como medida definitiva en la sentencia de divorcio, aprobatoria de convenio regulador suscrito por ambos cónyuges, y copropietarios, por el que se acordaba dicha atribución a la esposa bajo cuya guarda y custodia quedaba la hija menor de edad, nacida en el año 2006. Considera la madre y exesposa que tal resolución impide la extinción del condominio, en tanto esté vigente el uso a ella atribuido sobre la vivienda familiar o que, subsidiariamente, como así solicitaba en su contestación a la demanda, para caso de acordarse la venta en pública subasta, se debe hacer declaración de indemnidad del repetido uso hasta su extinción.

Así pues, y a la vista del planteamiento jurídico de la demandada, es evidente que no se puede pasar por alto la circunstancia indiscutida de la convivencia en la vivienda litigiosa de la copropietaria demandada con la hija, aún menor de edad, nacida del matrimonio que en su día formaron ambos litigantes. Lo cual reviste especial relevancia en materia de prolongación del uso de la misma, en tanto subsista la ocupación durante la minoría de edad, por más que en el convenio regulador se anticipara su extinción a la venta de la vivienda, según condiciones que se expresan, no en las medidas definitivas de dicho convenio, sino en los pactos sobre la liquidación de la sociedad de gananciales; y por más que así fuera aprobado posteriormente en sentencia de divorcio. Efectivamente, como tiene dicho la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 9 de marzo de 2018, para caso análogo al que aquí nos trae,

la literalidad de los pronunciamientos de las resoluciones judiciales firmes no impide a los tribunales la interpretación de su contenido conforme a su fundamentación o, como en el presente caso ocurre, conforme a lo que resulta ajustado a principios de carácter indisponible y sometidos, en todo caso, y a través de cualquier procedimiento, a la tutela de oficio de los tribunales. Como lo es el principio del «favor filii», que impide considerar, para el caso concreto que aquí nos ocupa, que el uso de la vivienda familiar concedido a favor del progenitor ejerciente, junto con el actor, de la custodia compartida para que la habite junto con sus hijas en los períodos en que les corresponda estar en su compañía, pueda tenerse por extinguido por el ejercicio de la acción de división de la cosa común, antes de que ambas hijas alcancen la mayoría de edad. Siendo entonces tan solo, y cuando la menor de las hijas alcance la mayoría de edad, cuando procederá tener por eficaz el pronunciamiento extintivo del uso vinculado al ejercicio de la acción de división de la cosa común; una vez que, como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2011, la mayoría de edad llama a los tribunales a la fijación de un plazo para el desalojo que, conforme al pronunciamiento de la sentencia de medidas paterno-filiales dictada en el presente caso, habrá de tenerse por cumplido con el ejercicio de la acción de extinción del proindiviso para la que, en el presente momento, no obstante y por lo expuesto, carece el actor de legitimación activa.

Todo ello, y como se recoge en la misma sentencia citada de la misma sala, porque,

por más que el pronunciamiento firme, según la sentencia de apelación dictada en procedimiento de familia, supedita la extinción del uso a la solicitud por alguna de las partes de la división de la cosa común, es lo cierto que, como recoge la sentencia aquí apelada, tal disposición viene en todo caso supeditada por el artículo 96.4 del CC al consentimiento del cónyuge no titular (en el presente caso el no titular de la mitad indivisa correspondiente al actor solicitante de la división) o, en su caso, a la correspondiente autorización judicial. Disposición que, atendiendo a un criterio de interpretación finalista, obedece a la preservación del interés del cónyuge o, en el presente caso, integrante de la unión de hecho favorecido por la medida, en el mantenimiento del uso en que consiste el pronunciamiento dictado en procedimiento de familia, de tal forma que su extinción no quede al arbitrio de la voluntad del no favorecido, ya mediante la disposición de la vivienda a título oneroso, en el caso del pleno dominio a su favor; ya mediante la solicitud de liquidación, en el caso de que la vivienda se integre en el régimen de gananciales que hubiera regido el matrimonio; o ya mediante el ejercicio de la acción de división de la cosa común, en el caso, como el presente, de la titularidad en proindiviso a favor de ambas partes.

Conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010 afirma «el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda.

Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)». Es decir, que el consentimiento del beneficiario del uso, no titular del pleno dominio de la vivienda, opera como «conditio iuris» para la validez de cualquier acto de disposición sobre la vivienda. Lo que, en caso de vincular dicho uso a hijos de menores de edad requerirá, además, la autorización judicial del acuerdo dispositivo, aun cuando se trate del ejercicio compartido de la custodia por ambos progenitores. Pues, como proclaman las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero y 25 de abril de 2011 y 31 de enero de 2013, «siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público.

Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios in-

tereses [...]. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE».

En este mismo sentido, conforme así consideró esta misma sala en auto de 28 de julio de 2010,

de lo que no cabe la menor duda es que las medidas atinentes a los menores pueden ser objeto de modificación, pues así se desprende de las facultades que se le confieren al juez para adoptar, incluso de oficio, cualquier medida que considere oportuna para evitar perjuicios a los menores (arts. 158.4.º y 159 del citado código), lo que puede adoptarse en el proceso especial previsto en el artículo 746.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil o como simple medida cautelar a las que se refiere el artículo 770 regla 6.ª de la misma ley, en el marco del proceso de ejecución en los términos que prevé el artículo 776.3.ª, o finalmente, en cualquier proceso civil o penal o incluso en procedimiento de jurisdicción voluntaria, como expresamente señala el citado artículo 158 del código sustantivo.

En consecuencia, por tratarse en todo caso de materia indisponible y sujeta a la tutela de oficio de los tribunales, atendida la identidad de supuestos resueltos por la sentencia de esta sala parcialmente transcrita y la presente y en aplicación del artículo 96.4 del CC, consideramos que carece de legitimación el copropietario, y progenitor, actor para instar la extinción del condominio hasta la mayoría de edad de la hija menor; como único momento extintivo al que debe considerarse vinculado el acuerdo de cesión del uso de la vivienda familiar, contenido en convenio regulador aprobado por posterior sentencia de divorcio, salvo que, justificadamente y por vía de modificación de medidas, contenciosa o de mutuo acuerdo, se llegara a producir la desafectación de la misma como vivienda familiar. Momento, cualquiera de ellos, en el que, teniéndose por extinguido el derecho de uso concedido, podrá reconocerse plenamente aplicable en toda su extensión lo acordado por los progenitores en convenio regulador respecto de la venta de la vivienda familiar, incluido en el apartado de liquidación de la sociedad ganancial de la que forma parte la vivienda concernida. Pues es evidente que sí resulta ineficaz, por contrario al interés *favor filii* en los términos del artículo 96.1 del CC, el acuerdo que, aun aprobándose por sentencia de divorcio, vincula la extinción del uso de la vivienda familiar, de titularidad indivisa de ambos progenitores, a la venta de la misma antes de que la hija común, bajo la guarda y custodia exclusiva de la madre, alcance la mayoría de edad; igualmente resultará ineficaz el consentimiento prestado para dicha venta si, como se pretende por el actor, el mismo resulta consustancial al desalojo de la vivienda por parte de la hija durante su minoría de edad.

Por lo tanto, esta doctrina jurisprudencial no deja lugar a dudas y la minoría de edad resulta un factor condicionante a la hora de permitir el ejercicio de la acción pretendida, operando el interés del menor, de oficio, como un límite para el ejercicio de las acciones, incluso por encima de lo acordado en una sentencia firme aprobatoria de un convenio, dadas las opciones que se mantienen en la jurisprudencia de poder interpretar la misma.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 96.1 y 4.
- SSTS 859/2009, de 14 de enero de 2010 y 624/2011, de 5 de septiembre (NCJ059971).
- RDGRN de 10 de octubre de 2008 y 14 de mayo de 2009.

Disolución de matrimonio con separación de bienes

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

En la compensación económica la distinción está, de un lado, en la existencia del régimen de separación de bienes y no del de participación, y de otro, en que la indemnización hunde su justificación en el trabajo realizado en casa, no en la pérdida de oportunidades profesionales; es en la cuantificación de ese trabajo cuando se termina el régimen de separación de bienes. El juez no está obligado tasadamente a seguir los criterios de valoración, si bien son los más comunes y aceptados jurisprudencialmente; más bien conviene decir que, al margen de ellos, otros pueden conformar su criterio, otros tales como la dedicación pasada o el sacrificio de la mujer en favor del otro cónyuge.

Palabras clave: divorcio; separación de bienes; pensión compensatoria.

Fecha de entrada: 11-03-2020 / Fecha de aceptación: 26-03-2020

Enunciado

Se produce una crisis matrimonial en una pareja con separación de bienes. Interpuesta la correspondiente demanda, se dicta sentencia de divorcio que acuerda: patria potestad conjunta, guarda de los hijos para la madre, pensión compensatoria a la mujer de 1.000 euros al mes por la dedicación pasada y futura a los hijos, e indemnización de 170.000 euros por la pérdida de oportunidades profesionales. El padre recurre la sentencia –la madre también– porque considera que hay una desnaturalización del sentido de la compensación económica y un error en la cuantificación y en los criterios de valoración, pues se cuantifica, no por la dedicación dentro del domicilio a las cargas del matrimonio, sino por la pérdida de oportunidades profesionales, sin tener en cuenta, por ejemplo, que la madre tuvo ayuda familiar (empleada de hogar), recibió dos donaciones por el marido por importe de 50.000 euros cada una y abandonó su trabajo por el matrimonio voluntariamente, eligiendo las tareas domésticas de dirección, administración y educación de los hijos, con un alto nivel de vida familiar. La mujer alude esencialmente al enriquecimiento del marido durante el matrimonio en su detrimento por la pérdida de oportunidades laborales. El padre y la madre también solicitan una valoración adecuada de la indemnización, pues entienden –uno a la baja y la otra al alza– que no se han tenido en cuenta los criterios jurisprudenciales para la cuantificación, infringiéndose la jurisprudencia consolidada sobre esta materia, aludiéndose incluso a su exclusión por existir un régimen de separación de bienes entre ellos. Finalmente, el padre recurre porque considera que no son compatibles la pensión compensatoria del artículo 97 y la indemnización del artículo 1.438 del Código Civil.

Cuestiones planteadas:

- a) ¿Es compensable económicamente la pérdida de oportunidades laborales fuera del domicilio por la dedicación pasada y exclusiva a la familia en el hogar?

- b) ¿Cuáles son los criterios de cuantificación o ponderación de la indemnización? ¿Es viable solicitar, además de una pensión compensatoria, una indemnización como compensación por desequilibrio? ¿Dónde está la diferencia entre pensión compensatoria del artículo 97 del CC y cuantificación económica del artículo 1.438 del CC?

Solución

- a) ¿Es compensable económicamente la pérdida de oportunidades laborales fuera del domicilio por la dedicación pasada y exclusiva a la familia en el hogar?

La respuesta puede encontrarse, entre otras razones que se irán exponiendo, en la interpretación del concepto «trabajo para la casa» y en la pérdida de oportunidades profesionales de la mujer. Veamos el siguiente desarrollo argumental:

Su fundamento se halla en el artículo 1.438 del CC, que dice así:

Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.

Un matrimonio, en régimen de separación de bienes prevé o puede prever en el convenio los porcentajes de contribución a las cargas que genera la familia a los efectos de determinar la indemnización. Pero también puede no decir nada o existir un régimen de gananciales, etc. No obstante, cuando el convenio no establece ningún criterio al respecto, la contribución se producirá en proporción a los ingresos respectivos. También importa destacar lo siguiente: si ambos trabajan, ambos aportarán según el producto de su trabajo; pero si uno trabaja en casa y no obtiene emolumentos por tal circunstancia, su labor doméstica se interpreta como retribución en especie que habrá de ser cuantificada en sentencia. El caso plantea el supuesto, no de la labor desarrollada en el hogar, sino de la actividad profesional que no se pudo desarrollar por dedicarse la mujer íntegramente a las tareas de la casa. Por ello, la pregunta nos sugiere si la sentencia debe o no contemplar ese concepto como posibilidad real de compensación mediante una indemnización para la madre, al entender que la contribución que realiza es gratuita, sin percepción de salario alguno, y el pasado no profesional supone la frustración de las expectativas o de la realización personal. El artículo 1.438 del CC no contempla expresamente la compensación por el supuesto que se nos sugiere, solo el trabajo en la casa se considera «como contribución a las cargas» y solo él

da derecho a la compensación –no confundir con pensión compensatoria–. Este precepto hunde sus raíces en la Resolución del Consejo de Ministros de la UE, de 27 de septiembre de 1978, según la cual, las cargas familiares deben ser soportadas por los dos cónyuges con arreglo a las posibilidades de cada uno de ellos, «entendiéndose que los trabajos desarrollados en el hogar por uno de los cónyuges se deberán considerar como contribución a las cargas familiares». Vemos, una vez más, que esta resolución no contempla expresamente la falta de actividad profesional de la mujer por dedicarse a la familia como supuesto a indemnizar. La jurisprudencia ha considerado siempre el trabajo en la casa como título para reclamar una indemnización, además de una contribución a las cargas del matrimonio. Así la STS 136/2015 (NCJ059873), de 14 de abril nos dice:

Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente («solo con el trabajo realizado para la casa»), lo que impide reconocer tanto el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen –STS 14 de julio de 2011–.

Por tanto, al tiempo que se relaciona la contribución a las cargas del matrimonio con la dedicación exclusiva al hogar, se excluye la compensación cuando se trabaja fuera, a jornada completa o a tiempo parcial, y se considera título solo la dedicación a la familia. Es decir, el enriquecimiento del marido no es título para exigir una compensación y la merma de posibilidades laborales de la madre tampoco puede ser determinante ni circunstancia que permita ninguna indemnización. Visto así, aparentemente, la sentencia del caso no podría contemplar compensación alguna para la mujer por pérdida de oportunidades, porque lo que se valora es el trabajo en casa. De ahí que la Sentencia de 26 de marzo de 2015 –Pleno– reiterara la siguiente doctrina jurisprudencial (expresada en su sentencia de 14 de julio de 2011, y reiterada en la de 31 de enero de 2014, en la interpretación del artículo 1.438 del CC):

El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las

cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.

Ahora bien, por Ley 15/2005, de 8 de julio se introdujo el actual artículo 68 del CC: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». Se introduce la corresponsabilidad de las obligaciones domésticas, de ahí que la aportación a la casa de la mujer que no trabaja tenga un valor económico y de ahí también que la contribución recíproca del marido no la excluya.

Dicho lo anterior, aunque se anticipa, todavía permanece en el limbo la respuesta a la cuestión planteada: ¿es compensable económicamente la pérdida de oportunidades laborales fuera del domicilio por la dedicación pasada y exclusiva a la familia en el hogar? Parecería que no, a raíz de lo indicado en las sentencias referidas, sin embargo, la STS 252/2017, de 26 de abril (NSJ056161), del Pleno, vino a complementar la jurisprudencia anterior –a actualizarla–, interpretando qué se debe considerar «trabajo para la casa». Como decíamos al principio, aquí está la clave. No debe pasar desapercibida la siguiente argumentación de una de las sentencias ya invocadas:

Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1.438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral.

Podemos decir, entonces, siguiendo la decisión del Pleno, que es contribución a las cargas, y debe ser considerado como trabajo en casa que da derecho a la compensación económica, toda actividad profesional, o de negocio familiar, en condiciones laborales precarias, pues «con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar».

Y si bien hemos avanzado un poco más y nos aproximamos a la idea del trabajo en casa como el trabajo profesional fuera de casa, el supuesto práctico viene referido a la inacción laboral, a la pérdida de oportunidad profesional, a la imposibilidad de realizarse profesionalmente la mujer por no haber podido trabajar como elemento de valoración y cuantificación económica susceptible de indemnización. En definitiva, la gran diferencia se halla, de un lado, en la existencia de un régimen de separación de bienes, y, de otro, en que la indemnización hunde su justificación en el trabajo realizado en casa, no en la pérdida de oportunidades profesionales; es en la cuantificación de ese trabajo cuando se termina el régimen de separación de bienes. No se está compensado por un desequilibrio ni por la dedicación futura a los hijos, es simplemente que, al no poder trabajar fuera de casa, su actividad doméstica tiene un

valor cuantificable e indemnizable; la pérdida de oportunidades profesionales se integra mejor en la pensión compensatoria, pues, como dice la importante STS 252/2017, de 26 de abril:

Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades y teniendo en cuenta como uno o más criterios la dedicación pasado o futura a la familia.

He aquí, por tanto, la diferencia: la pensión compensatoria para la pérdida de oportunidades, como la indemnización económica por el trabajo realizado en casa.

b) ¿Cuáles son los criterios de cuantificación o ponderación de la indemnización? ¿Es viable solicitar, además de una pensión compensatoria, una indemnización como compensación por desequilibrio? ¿Dónde está la diferencia entre pensión compensatoria del artículo 97 del CC y cuantificación económica del artículo 1.438 del CC?

Vamos a ir contestando a cada cuestión, ilustrando convenientemente con la jurisprudencia más actual.

El caso nos sugiere que el hombre acepta la indemnización, pero cuestiona su cuantificación. No hay debate en cuanto al derecho de la mujer a ser indemnizada por su aportación en casa, sino sobre el control de los criterios jurídicos sobre la determinación de la indemnización justa. Que exista un régimen de separación de bienes no es lo importante a estos efectos, sino que prevea o no la indemnización, vía artículo 1.438 del CC.

Recuérdese que este precepto nos indica que «el juez, a falta de acuerdo», fijará la compensación, sin más. El caso no contempla un convenio que fije la cuantía o los parámetros de cálculo de la cuantía de la compensación. Solo dice que el juez determinará en la sentencia la cantidad a compensar, y ello exige concretar y analizar las circunstancias de este matrimonio durante el tiempo en que permanecieron juntos.

Lo deseable sería que el convenio estableciera los criterios y precisara las cuantías, pero, como, en ocasiones indica la jurisprudencia, esto es excepcional y solo nos quedan los parámetros orientativos del Código Civil, previstos para el régimen de separación de bienes. Dice así la STS 614/2015, de 25 de noviembre (NCJ060786):

La forma de determinar cuantía de la compensación ofrece algunos problemas. En la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011 se dijo que el artículo 1.438 CC se remite al convenio, o sea, a lo que los cónyuges, al pactar este régimen, puedan establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Ahora bien, esta opción no se utiliza, como sería

deseable, ni se ha utilizado en este caso, por lo que entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación que no sea la que resulta de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes y no del de participación de los artículos 1.411 y siguientes del Código Civil.

El caso, conviene recordarlo, plantea la impugnación de las cantidades fijadas como indemnización: el marido considera que se desnaturaliza el sentido de la compensación económica, que hay un error de cuantificación y que los criterios de valoración son incorrectos, pues se cuantifica, no por la dedicación dentro del domicilio a las cargas del matrimonio, sino por la pérdida de oportunidades profesionales, sin tener en cuenta la ayuda familiar (empleada de hogar), las donaciones por importe total de 100.000 euros y que el abandono de su trabajo fue voluntario, eligiendo las tareas domésticas de dirección, administración y educación de los hijos, con un alto nivel de vida familiar. La mujer, por el contrario, cree que merece una indemnización mayor.

Bien, entonces, conviene ilustrar sobre los criterios tantas veces aludidos. Y son: «El equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona» (empleada de hogar, por ejemplo). Esto no significa que el juez esté obligado tasadamente a seguir tales criterios, porque la dedicación pasada o el sacrificio de la mujer en favor del otro cónyuge pueden ayudar a conformar el recto proceder del juez cuando indemnice. Por consiguiente, la decisión final de aceptar los 100.000 euros como adecuados o ponderados depende de lo indicado. También debería valorarse que la mujer tuvo ayuda en el hogar, lo cual permite decir que la existencia de ayuda externa no elimina el derecho a la indemnización ni cercena el trabajo en casa porque otra persona también lo desarrolle. Sirve como elemento de ponderación de esa indemnización y el juez lo tendrá en cuenta para mantener o modificar la cuantía.

La mujer pretende un incremento de la indemnización por el enriquecimiento del marido durante el matrimonio. ¿Este argumento le serviría para aumentar la indemnización? La jurisprudencia excluye esta exigencia en la compensación. Ha excluido la alusión –como criterio– del enriquecimiento del deudor, pues el régimen entre ellos es de separación. De haber concertado el régimen de participación en las ganancias, la mujer habría tenido derecho a participar en las mismas por aplicación de los artículos 1.417 y siguientes, pero no es el caso, porque convinieron la separación de bienes. Dice así el artículo 1.411 CC: «En el régimen de participación, cada uno de los cónyuges adquiere el derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente». Por su parte, el 1.417, añade: «Producida la extinción se determinarán las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge». Por tanto, la mujer no puede pretender, mediante un incremento de la indemnización, enriquecerse con las ganancias de él invocando un enriquecimiento injusto en el contrario y compensable, cuando lo pactado entre ellos fue el régimen de separación absoluta de bienes.

Avanzamos un poco más y nos referimos ahora a la pensión económica (1.000 euros al mes) como un nuevo elemento a ponderar para calcular la indemnización justa. De entrada, diremos que la existencia de una pensión compensatoria no es incompatible con la compensación económica. La alusión del marido a este hecho debe ser rechazada. Ahora bien, como se comprenderá por pura lógica, que se establezca una indemnización de 170.000 euros y una pensión compensatoria de 1.000 euros más cada mes no hace insensible el sistema de cálculo; por ello, la jurisprudencia, una vez más, compensa la cantidad teniendo en cuenta la pensión, al tiempo que las declara compatibles. El marido no podrá alegar que ya percibe una pensión y que por ello no debe indemnizar, lo que puede argumentar es que esa pensión es alta y debe condicionar a la baja la indemnización. ¡Este es el criterio justo! Como justo sería que la mujer alegara la pérdida de oportunidades profesionales, pero para la pensión compensatoria. Y ponderar, en ambos casos, si las cantidades son excesivas o escasas.

Finalizamos el supuesto fáctico aludiendo a la siguiente STS que nos delimita las diferencias claras entre la pensión económica y la compensación económica, pues puede ilustrar perfectamente la naturaleza y el sentido del caso práctico.

STS núm. 252/2017, de 26 de abril (NSJ056161):

Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la «dedicación pasada y futura a la familia».

Por otro lado, la compensación del artículo 1.438 del CC tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares.

La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro.

Por su parte, en base al artículo 1.438 del CC, solo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar.

La pensión compensatoria del artículo 97 del CC se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico.

Sin embargo, la compensación del artículo 1.438 del CC no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 68, 97, 1.411, 1.417 y 1.438.
- SSTS 534/2011, de 14 de julio; 16/2014, de 31 de enero; 13 de julio de 2014, rec. núm. 79/2013; 18 de noviembre de 2014; 704/2014 de 27 de noviembre; 135/2015, de 26 de marzo; 136/2015, de 14 de abril; 614/2015, de 25 de noviembre; 678/2015, de 11 de diciembre; 300/2016, de 5 de mayo; 136/2017, de 28 de febrero; 252/2017, de 26 de abril –Pleno–, y 495/2019, de 25 de septiembre.

Contrato de préstamo personal. Cláusulas abusivas de vencimiento anticipado e interés de demora desproporcionado

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

En los contratos de préstamo personal destinados al consumo, la cláusula de vencimiento anticipado establecida en la póliza de crédito por el prestamista es una cláusula no negociada que se impone al consumidor en contra de las exigencias de la buena fe, que le ocasiona un perjuicio y provoca un desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes, y que puede considerarse abusiva de acuerdo con los términos en que esa cláusula predispuesta permita el vencimiento anticipado, pero no de la mera previsión, que no puede considerarse en sí ilícita, y no compromete la subsistencia del contrato. Respecto de la cláusula de intereses de demora, será abusiva si supusiera un interés incrementado en más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado para el préstamo personal.

Palabras clave: contrato de préstamo; cláusulas abusivas; interés de demora; vencimiento anticipado.

Fecha de entrada: 11-03-2020 / Fecha de aceptación: 27-03-2020

Enunciado

Una entidad bancaria otorga un crédito personal a una persona para financiar la realización de una actividad personal, firmándose una póliza según la cual debía sufragar 48 cuotas por un importe de 102 euros para su amortización. Se establece en el condicionado general que el banco podía declarar vencido el préstamo, sin necesidad de esperar al de vencimiento pactado, cuando el prestatario incumpliera cualquiera de las obligaciones asumidas en el contrato, y le serían reclamadas judicialmente. Dicha persona dejó de pagar cuatro cuotas, por lo que la entidad bancaria declaró vencido el préstamo por el impago, declarando vencido anticipadamente el préstamo y liquidando la deuda para su abono. El prestatario no la quiere abonar, y consideraba que el banco había actuado abusivamente al declarar vencido el préstamo anticipadamente, así como el interés aplicado para la determinar la cantidad total, que está fijada en el 19,5 %.

Cuestiones planteadas:

- Préstamo personal versus préstamo hipotecario: cláusulas abusivas.
- Cláusula de vencimiento anticipado.
- Cláusula de interés de demora.
- Conclusión.

Solución

1. Es habitual que los consumidores, para realizar determinadas actividades: viajes, compras o algunos tratamientos de naturaleza médica, entre otras, soliciten el dinero necesario a las entidades bancarias o a otras entidades semejantes, que determinará la formalización de un préstamo, donde se firmará la correspondiente póliza, en cuyo clausulado se especifican tanto el vencimiento anticipado como la fijación de un alto interés para los casos

de demora, que se encuentran predeterminados y que el consumidor no ha podido negociar, causando un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

Resulta evidente que el préstamo personal no puede compararse con el préstamo hipotecario, si tenemos en cuenta que este tiene mayor entidad, tanto por el objeto sobre el que recae, una vivienda, que garantiza el mismo, como por su cuantía, y cuyo desarrollo normativo dispensa una protección al consumidor adquirente de la vivienda y deudor, sin que se impida, en caso de incumplimiento, que pueda verse abocado a perder el bien adquirido por no satisfacer las cuotas establecidas, si se procede por la entidad bancaria a la ejecución.

Sin embargo, parece claro que el consumidor ha de ser protegido frente a cualquier práctica que puedan realizar las entidades prestamistas, que pueden vulnerar sus derechos mediante la inclusión de cláusulas abusivas, que normalmente se contemplan en la póliza de crédito que se firma, y que en muchos casos están dirigidas a proteger al prestamista de incumplimientos del deudor, que podrá aplicar en cuanto se dé el supuesto pactado, como sucede con las que se refieren a las cláusulas de vencimiento anticipado y a la imposición de intereses desorbitados de demora, y que posteriormente reclamará al deudor moroso, mediante la correspondiente interposición de la demanda a través de un procedimiento ordinario en caso de falta de pago voluntario.

2. En primer lugar, se cuestiona por el prestatario la validez de la cláusula de vencimiento anticipado por considerarla abusiva, y debe mencionarse el artículo 82 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGCU), que dispone que:

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Por su parte, el artículo 83 del mismo texto refundido establece que:

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Estamos ante un contrato de préstamo personal realizado por un consumidor y un profesional, entidad bancaria o similar.

Sobre el carácter de esta cláusula se ha pronunciado la jurisprudencia, pudiendo mencionarse las sentencias 470/2015, de 7 de septiembre, y 705/2015, de 23 de diciembre

(NCJ060752), donde se declaró que en los contratos de financiación de la compra de un bien mueble a plazos, la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva, en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato. Y en este sentido el TJUE tiene establecido que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones (STJUE de 30 abril de 2014 [NCJ058587]).

Es necesario mencionar el artículo 10.2, en relación con el artículo 14 de Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que establece que:

La falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 4 para exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor y de lo dispuesto en el artículo siguiente.

Cuando se aplican en un contrato concertado con un consumidor, pueden considerarse como una concreción de lo previsto en el artículo 82.1 del TRLGCU mencionado, pues la cláusula que permite el vencimiento anticipado del préstamo por un impago inferior a las dos cuotas es una cláusula no negociada que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa un perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, considerando aplicable la doctrina establecida en la STJUE de 26 de enero de 2017.

Por otro lado, ha de mencionarse el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE sobre las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma directiva, que no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» –en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva– de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión. Es decir, el juez debe declarar su carácter abusivo en todo caso, aunque no se haya aplicado, lo que no ocurre en el supuesto del caso. El prestatario la aplicó y declaró el vencimiento anticipado del contrato. Sin embargo, no ha de afectar al préstamo personal, ya que como establece la Sentencia del Tribunal 101/2020, de 12 de febrero, a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal, la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva no compromete la subsistencia del contrato (STS 463/2019, de 11 de septiembre [NCJ064228]).

Esta apreciación puede aplicarse en el caso que se propone, ya que la cláusula de vencimiento anticipado no respeta la entidad mínima del incumplimiento que, de acuerdo con la ley, y de un modo imperativo, en tanto que no puede ser modificada en perjuicio del consumidor, autoriza al predisponente a dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación.

Por tanto, la cláusula de vencimiento anticipado es válida, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, pues, en otro caso, iría contra el artículo 1.256 del Código Civil. Se consideraría abusiva si la posible abusividad puede provenir de los términos en que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no puede considerarse en sí misma ilícita. (STS 506/2008, de 4 de junio [NCJ048380], y 792/2009, de 16 de diciembre [NCJ051159]).

La jurisprudencia del TJUE en la Sentencia de 14 de marzo de 2013, entre otras resoluciones, determina que para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo. Desde ese punto de vista, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución por el incumplimiento de dos plazos, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a criterios cuantitativos o temporalmente graves.

La aplicación de esta condición en la póliza del préstamo personal es evidente que solo beneficia al prestamista, la entidad bancaria, que puede declarar sin más vencido el préstamo y puede reclamar la deuda aplicando los intereses establecidos, cuya abusividad también se reclama.

En los contratos de préstamo personales, a diferencia de los préstamos hipotecarios, la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato (STS 463/2019, de 11 de septiembre [NCJ064228]). Asimismo, también a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, respecto de los que existen normas legales que permiten el vencimiento anticipado, artículos 693.2 de la LEC y el 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, no hay una regulación equivalente para los préstamos personales o sin garantía.

Además, no cabe salvar la abusividad de la cláusula porque no llegara a aplicarse en su literalidad, es decir, por haber soportado la entidad prestamista un periodo amplio de morosidad antes de ejercitarla, como ha declarado el TJUE.

3. En segundo lugar, y respecto de la cláusula de intereses de demora abusivos en el caso de préstamos personales destinados al consumo, el Tribunal Supremo, por la Sentencia 265/2015, de 22 de abril (NCJ059868), determinó que era «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal».

Esta doctrina fue ratificada por el TJUE en su Sentencia de 7 de agosto de 2018, al disponer que:

2) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora el pago de una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio.

En nuestro caso, es claro que el interés de demora incluido en el contrato supera los dos puntos respecto del interés remuneratorio, por lo que debemos considerarlo abusivo.

Sobre los efectos de la apreciación de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, en la STS 265/2015, de 22 de abril (NCJ059868) se estableció que:

Por consiguiente, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar «reducción conservadora de la validez»), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

La procedencia de esta doctrina, que había llegado a ser cuestionada, fue ratificada por el TJUE en su Sentencia de 7 de agosto de 2018 (NCJ063494), en cuya parte dispositiva dispone:

3) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato.

La consecuencia lógica de lo anterior es que la liquidación de intereses debe realizarse conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo.

4. De acuerdo con lo expuesto, de conformidad con la posición tanto del Tribunal Supremo como del TJUE, ambas cláusulas han de considerarse abusivas, y en ese caso el

prestatarario quedaría amparado en un hipotético juicio ordinario en el que se invocaran por el prestamista, declarando como abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, y dejaría de aplicarse el interés de demora, determinándose como aplicable el que se determinara en el contrato de préstamo como interés remuneratorio.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1.256.
- Ley 28/1998 (venta a plazos de bienes muebles), arts. 10.2 y 14.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 693.2.
- Ley 5/2019 (contratos de crédito inmobiliario), art. 24.
- Real Decreto Legislativo 1/2007 (texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), arts. 82 y 83.
- SSTJUE de 14 de marzo de 2013, 30 de abril de 2014, de 26 de enero de 2017 y de 7 de agosto de 2018.
- SSTS 506/2008, de 4 de junio; 792/2009, de 16 de diciembre; 265/2015, de 22 de abril; 470/2015, de 7 de septiembre; 705/2015, de 23 de diciembre, y 463/2019, de 11 de septiembre.

Administración sanitaria. Solicitud de reintegro de gastos de farmacia por parte del asegurado

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.-*

Extracto

Este supuesto gira en torno a una reclamación efectuada por un asegurado de MUFACE, que tras un trasplante hepático debe seguir tratamiento farmacéutico costeado a su costa. La aseguradora estima parcialmente la reclamación al entender que el tratamiento debía tener una duración de 12 semanas, basado en la normativa sanitaria vigente, a diferencia de las 24 semanas que siguió el interesado por prescripción de la facultativa de un hospital de Valladolid. Ante ello interpone recurso de alzada que fue desestimado, planteando entonces recurso contencioso-administrativo, oponiéndose el abogado del Estado, en primer lugar, a su admisión, por improcedencia, en su momento, del recurso de alzada y, en segundo lugar, a su estimación por las razones que se exponen en el relato de hechos.

Palabras clave: MUFACE; solicitud de reintegro de gastos de farmacia; estimación parcial; discrepancias en la duración del tratamiento; recurso de alzada; desestimación; recurso contencioso-administrativo; oposición del abogado del Estado; recurso contra la sentencia.

Fecha de entrada: 26-02-2020 / Fecha de aceptación: 23-03-2020

Enunciado

Don AAA, con domicilio en León, fue objeto de trasplante hepático por cirrosis por el virus de la hepatitis C y hepatocarcinoma en el servicio de trasplante hepático del Hospital Río de XXX. En su evolución clínica presentó recidiva grave del virus de la hepatitis C sobre el injerto hepático, con fibrosis severa en grado 4. Por las características del paciente (trasplantado hepático y fibrosis 4) las doctoras del Servicio de Trasplante Hepático prescribieron el 28 de enero de 2015 que el tratamiento con Sofosbuvir 400 mg y Daclastavir 60 mg fuera realizado durante 24 semanas, de acuerdo con todas las recomendaciones actuales de las guías clínicas disponibles.

Don AAA presentó ante el servicio provincial de MUFACE en RRR solicitud de reintegro especial de gastos de farmacia con cargo a MUFACE (excepto la aportación máxima reducida de 4,24 euros; con cargo al mutualista) de los medicamentos prescritos de dispensación hospitalaria Sofosbuvir y Daclastavir.

A la vista del informe clínico de consulta de la unidad de hepatología CEX del hospital Río de XXX emitido por doña BBB el día 28 de enero de 2015, en el que se hace constar que el recurrente inicia tratamiento de 24 semanas el día 29 de enero de 2015 con los medicamentos mencionados, el servicio provincial solicita el 20 de febrero de 2015 informe al Departamento de Prestaciones Sanitarias de MUFACE para la dispensación de ambos medicamentos a través del servicio de farmacia del Hospital Universitario Río de XXX.

El 5 de marzo de 2015 el referido departamento emite informe favorable para la dispensación de los medicamentos durante un máximo de 12 semanas; en él se hace constar que a la finalización del tratamiento de las 12 semanas el paciente debe presentar una analítica con la carga viral actualizada, de acuerdo con el Plan Estratégico del Sistema Nacional de Salud.

El recurrente aportó nuevo informe clínico de consulta emitido por doña BBB en el que se hace constar que: «al tener el paciente una fibrosis 4, el tratamiento debe tener una duración de 24 semanas, según las guías y protocolos».

El Departamento de Prestaciones Sanitarias insiste el 24 de marzo de 2015 que debe presentar una analítica con la carga viral actualizada.

El recurrente presenta tres informes de laboratorios realizados en el hospital universitario mencionado.

El Departamento de Prestaciones Sanitarias emite informe en el que dice que de acuerdo con lo recomendado en la estrategia terapéutica de priorización para el uso de antivirales de acción directa para el tratamiento de la hepatitis crónica por virus C en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, cuando el resultado de la carga viral es negativo no procede una continuación de más de 12 semanas de tratamiento. Dado que según la analítica la carga viral esta negativizada con fecha 6 de abril de 2015, no procede una ampliación del tratamiento.

Con base en dicho informe el director del servicio provincial de MUFACE en León dicta la resolución de 21 de julio de 2015, notificada el día 3 de agosto de igual año, por la que estima la solicitud de reintegro de los gastos de farmacia por los medicamentos prescritos para el período de tratamiento de las 12 primeras semanas y deniega la prórroga por otras 12 semanas del citado tratamiento.

De la normativa aplicable resulta que el mutualista tiene derecho a la prestación farmacéutica, con la extensión determinada para los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud, quedando excluidos de la prestación farmacéutica todos aquellos que, según la normativa sanitaria vigente en cada momento, estén o sean excluidos de la financiación con cargo a fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la Sanidad; que corresponde al ministerio competente en materia de Sanidad establecer los requisitos especiales para la prescripción y dispensación de los medicamentos de sustancias psicoactivas y otros que por su naturaleza lo requieran o para tratamientos peculiares; y que, mediante el visado, las Administraciones sanitarias verifican la conformidad del tratamiento prescrito en el Sistema Nacional de Salud con las condiciones de utilización autorizadas en la ficha técnica y las indicaciones terapéuticas financiadas.

Y, al amparo de esa normativa, se deniega el tratamiento durante 24 semanas con los medicamentos de que se trata porque lo recomendado en la estrategia terapéutica de priorización para el uso de antivirales de acción directa para el tratamiento de la hepatitis crónica por virus C (VHC) en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, cuando el resultado de la carga viral es negativo, es que el tratamiento no dure más de 12 semanas.

El Plan Estratégico para el Abordaje de la Hepatitis C en el Sistema Nacional de Salud, de 21 de mayo de 2015 señala:

Se establecen las siguientes normas generales de la terapia con antivirales orales libre de interferón:

- La duración recomendada del tratamiento en los pacientes sometidos a regímenes libres de interferón con dos o más antivirales orales es por lo general de 12 semanas, en función del medicamento utilizado. Ocasionalmente, la duración del tratamiento podrá ser superior o inferior a 12 semanas.

- Es recomendable la adición de RBV al régimen terapéutico establecido, aunque se debe individualizar en función de las características y tolerancia del paciente, dado que en algunos casos permite aumentar el tratamiento de 12 a 24 semanas.
- No se debe efectuar terapia guiada por la respuesta en pacientes sometidos a terapia con agentes antivirales directos libres de interferón.

Las recomendaciones terapéuticas que contiene este documento no pretenden sustituir a las guías clínicas que las diferentes asociaciones profesionales nacionales e internacionales han editado recientemente o editarán en un futuro inmediato.

Además, en dicho plan se admite que las recomendaciones terapéuticas que se contienen en el documento puedan ser sustituidas por las guías clínicas que las diferentes asociaciones profesionales nacionales e internacionales han editado recientemente o editen en un futuro inmediato.

Contra dicha resolución el recurrente presentó recurso de alzada el día 3 de septiembre de 2015, que presentó, de forma personal, en el registro del Ayuntamiento de Madrid, que fue desestimado por la resolución de 20 de octubre de 2015 del secretario general técnico, que obró por delegación del ministro de Hacienda, notificada el día 3 de noviembre.

El día 6 de enero de 2016 recurre ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Valladolid) dicha resolución reclamando lo que siempre había solicitado en vía administrativa, el importe total de la medicación de 24 semanas de 80.000 euros emitida por el hospital, a salvo del pago de la cantidad porcentual a cargo del beneficiario descontada la parte que el reclamante debía abonar. Además, advierte de que de no ser estimatoria su pretensión, acudirá al Tribunal Constitucional.

Es de precisar que consultando el abogado de la recurrente sentencias del Tribunal Supremo en las que basar su demanda, constató que no existía jurisprudencia alguna sobre esta cuestión –en concreto, sobre las normas aplicadas– ya que no se había planteado nada al respecto, hasta el momento.

En el periodo probatorio del proceso han declarado las doctoras BBB y CCXC y ambas de forma contundente y clara han aseverado que el recurrente precisaba el tratamiento con los medicamentos de que se trata durante 24 semanas, de acuerdo con las guías médicas de la enfermedad, teniendo en cuenta que le fue diagnosticada su enfermedad en el año 2005, es trasplantado hepático con recidiva grave del virus de la hepatitis C sobre el injerto hepático y con fibrosis severa en grado 4. Aclararon que la carga viral aparece negativizada prácticamente desde el principio del tratamiento como consecuencia del mismo, pero ello no significa que esté curado, es un falso resultado porque la prueba definitiva debe efectuarse entre las 12 y 24 semanas posteriores a la finalización del tratamiento, sin que pueda suspenderse el mismo bajo grave riesgo de agravamiento de la enfermedad.

El importe de lo reclamado se eleva a la cantidad de 80.000 euros.

El abogado del Estado, en término procesal oportuno, se opone a la pretensión aduciendo los siguientes argumentos:

1. Improcedencia del primitivo recurso de alzada por lo que, al amparo del artículo 116 de la Ley 39/2015, LPAC, debe ser no admitido.
2. No se produjo, en realidad, ninguna reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial, que era lo procedente.
3. Opone causa de inadmisibilidad la Abogacía del Estado, al amparo del artículo 28 de la LJCA, que la Resolución de 21 de julio de 2015 no hace sino confirmar el criterio ya adoptado por MUFACE en sus informes de 5, 9 y 17 de marzo de 2015, favorable a la dispensación del medicamento durante un máximo de 12 semanas.
4. Que la afirmación de acudir al Tribunal Constitucional es gratuita, toda vez que resulta improcedente en este caso aunque la sentencia que se dicte sea desestimatoria de su petición.

El recurrente, por otra parte, ignora si cabe algún recurso, en su caso, si la sentencia no estimara sus pretensiones. Indique, en su caso, plazo.

Cuestiones planteadas:

1. Procedencia del recurso de alzada y presentación del recurso de alzada en el Ayuntamiento de Madrid.
2. ¿Debió de haber reclamado en concepto de responsabilidad patrimonial contra la Administración?
3. ¿Es ajustado a derecho lo que reclama en vía contencioso-administrativa?
4. ¿Es el órgano jurisdiccional competente al que se ha dirigido en la vía contencioso-administrativa?
5. ¿Se debe admitir la causa de inadmisibilidad del recurso aducida por el Abogado del Estado?
6. Naturaleza del derecho o derechos constitucionales en juego.
7. ¿Cómo deberá resolverse el fondo de la cuestión planteada a la vista de la normativa aplicable?
8. Posible recurso o recursos contra la sentencia que se dicte.

Solución

Introducción

Como introducción señalar que MUFACE (Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado) es el organismo público de la Administración del Estado español que gestiona las prestaciones sociales de los funcionarios del Estado en España: sanidad, jubilación, ayudas por hijos, etc. Es, por tanto, un régimen especial, y de carácter mutualista, y distinto del Régimen General de la Seguridad Social española, al que se adscriben la mayoría de los ciudadanos.

Se sentaron las bases de su creación en la Ley 109/1963, de 20 de julio, de Funcionarios Civiles del Estado, y en el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, y, especialmente, la Ley 29/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y el Decreto 843/1976, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

Depende del Ministerio de Hacienda.

1. Procedencia del recurso de alzada y presentación del recurso de alzada en el Ayuntamiento de Madrid.

Procedencia

El artículo 44.1 de la Ley 29/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, señala que contra los actos administrativos de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado podrán los interesados interponer los recursos de alzada y revisión en los mismos casos, plazos y forma que determina la Ley de Procedimiento Administrativo.

Además, el Abogado del Estado no puede aducir la improcedencia del primitivo recurso de alzada por dos razones: 1) porque no lo discutió en vía administrativa y 2) porque, en todo caso, hubiera sido un error en la calificación del recurso que no hubiere imposibilitado su tramitación conforme al artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Presentación del recurso

El artículo 16.4 de la LPAC señala que:

Los documentos que los interesados dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas podrán presentarse:

- a) En el registro electrónico de la Administración u Organismo al que se dirijan, así como en los restantes registros electrónicos de cualquiera de los sujetos a los que se refiere el artículo 2.1.
- b) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.
- c) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.
- d) En las oficinas de asistencia en materia de registros.
- e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.

Los registros electrónicos de todas y cada una de las Administraciones, deberán ser plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten en cualquiera de los registros.

En este caso se presenta de forma personal mediante entrega del documento en el Registro del Ayuntamiento de Madrid luego, en principio, la presentación no fue realizada en el lugar correcto, salvo que al amparo de la letra e) del párrafo del artículo citado viniera previsto expresamente.

Ahora bien, si el ayuntamiento remitió el recurso al órgano competente en plazo (venía el 3 de octubre de 2015), no era extemporáneo y, es lo cierto, que se tramitó y resolvió.

2. ¿Debió de haber reclamado en concepto de responsabilidad patrimonial contra la Administración?

No nos encontramos ante una reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, porque no concurren los requisitos exigidos para ello, aquí no ha existido un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ni ningún daño efectivo, individualizado, ni antijurídico. Lo que hay en el presente caso es un conflicto surgido entre el enfermo, don Agapito y MUFACE sobre si este debe abonar o no el importe íntegro de los medicamentos en el tratamiento de 24 semanas –como él defiende–. O, por el contrario, solo de 12 de semanas –como defiende MUFACE y la Administración–.

Es claro, por ello, que lo que cabía contra la resolución del recurso de alzada era el recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde que se le notificara la resolución del recurso. Por eso, parece fuera de toda duda la extemporaneidad del recurso.

3. ¿Es ajustado a derecho lo que reclama en vía contencioso-administrativa?

Lo hace por el total de las 24 semanas de tratamiento cuando se le reconocieron 12 semanas, luego debería reclamar la mitad.

4. ¿Es el órgano jurisdiccional competente al que se ha dirigido en la vía contencioso-administrativa?

No lo era la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León porque la resolución del recurso de alzada por el secretario general técnico, lo fue por delegación del ministro, que agotaba la vía administrativa, luego debió ser recurso de reposición, porque el acto se entendía dictado por el delegante, esto es, por el ministro de Hacienda (art. 9) de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, luego el órgano competente lo era la Audiencia Nacional (art. 11 Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA).

Ante ello, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León debió dictar auto declarándose incompetente y mandando las actuaciones a la Audiencia Nacional (arts. 5, 7 y 11 LJCA), que era la competente.

5. ¿Se debe admitir la causa de inadmisibilidad del recurso aducida por el abogado del Estado?

Respecto a la causa de inadmisibilidad invocada por la Abogacía del Estado fundada en que la Resolución de 21 de julio de 2015 no hace sino confirmar el criterio ya adoptado por MUFACE en su informe de 5 de marzo de 2015 favorable a la dispensación del medicamento durante un máximo de 12 semanas, no se cita ningún precepto en el que funde dicha causa de inadmisibilidad.

Suponiendo que se refiere al supuesto contemplado en el artículo 28 de la LJCA en el que se establece que «no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma», la causa de inadmisibilidad no puede prosperar toda vez que un informe no es un acto definitivo, sino que es un acto de trámite del procedimiento que ilustra y prepara el contenido de la resolución definitiva que se dicta en aquel y que no es susceptible de impugnación autónoma.

6. Naturaleza del derecho o derechos constitucionales en juego.

La controversia gira en torno a los problemas derivados de la incidencia que la regulación del acceso de los ciudadanos a los medicamentos pueda tener en su derecho a la protección de la salud (art. 43.2 CE), precepto que se ubica dentro de los principios rectores de la política social y económica del texto constitucional y es de configuración legal, por lo que está situado fuera de las secciones primera y segunda del capítulo II del título I, lo que no impide tener en cuenta su carácter instrumental respecto al derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral de los individuos (art. 15 CE), que en determinados supuestos –como el aquí examinado– puede resultar afectado y cuya interpretación debe efectuarse a la luz de lo preceptuado en el artículo 10.2 de la CE.

Esta conexión instrumental se pone de relieve en los autos AATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5.º; 114/2014, de 8 de abril, FJ 8.º; y 54/2016, de 1 de marzo, FJ 5.º, que declaran expresamente que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por la exclusión del sistema sanitario, «así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado».

Se dice en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, que

para que este Tribunal valore los intereses vinculados a la garantía del derecho a la salud, es preciso acudir a lo dispuesto en el art. 43 CE, en relación con el deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, cuya tutela les corresponde y ha de ser articulada «a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios» (art. 43.1 y 2 CE) (STC 126/2008, de 27 de octubre, FJ 6.º). Si, además del mandato constitucional, se tiene en cuenta, como ya lo ha hecho este Tribunal, la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos asunto VO c. Francia de 8 de julio de 2004), resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles.

En este auto, por el que se acuerda el levantamiento de la suspensión de la vigencia de determinados preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, se señala:

Apreciando este Tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado, entendemos que se justifica el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita.

7. ¿Cómo deberá resolverse el fondo de la cuestión planteada a la vista de la normativa aplicable?

En la resolución impugnada se cita la siguiente normativa para fundar su resolución denegatoria.

El artículo 16 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, en el que se establece que la prestación de asistencia sanitaria comprende:

b) La prestación farmacéutica, que incluye las fórmulas magistrales, las especialidades y los efectos y accesorios farmacéuticos, con la extensión determinada para los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. Los beneficiarios participarán mediante el pago de una cantidad porcentual por receta o, en su caso, por medicamento, que se determinará reglamentariamente.

Los artículos 79 y 80.1 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, en los que se preceptúa:

Artículo 79. Contenido de la prestación.

1. La prestación farmacéutica consiste en la dispensación a los beneficiarios de asistencia sanitaria, a través de los procedimientos previstos en este reglamento, de las especialidades farmacéuticas, fórmulas magistrales, efectos y accesorios farmacéuticos y otros productos sanitarios, reconocidos por la legislación vigente, y con la extensión determinada para los beneficiarios del Régimen General de la Seguridad Social. La prestación se efectuará con cargo a la Mutualidad General y mediante la aportación económica de los propios beneficiarios que, en su caso, corresponda.

2. Quedan excluidos, en todo caso, de la prestación farmacéutica los cosméticos o productos de utilización cosmética, dietéticos y productos de régimen, aguas minerales, elixires bucodentales, dentífricos, artículos de confitería medicamentosa, jabones medicinales, especialidades farmacéuticas publicitarias y demás productos similares, así como todos aquellos que, según la normativa sanitaria vigente en cada momento, estén o sean excluidos de la financiación con cargo a fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la Sanidad.

Artículo 80. Prescripción de medicamentos.

1. Dentro del ámbito de aplicación a que se refiere el artículo anterior, los facultativos que tengan a su cargo la asistencia sanitaria podrán prescribir, de acuerdo con las instrucciones que al efecto establezca la Dirección General de la mutualidad, cualesquiera especialidades farmacéuticas, fórmulas magistrales, efectos y accesorios farmacéuticos y otros productos sanitarios reconocidos por la legislación sanitaria vigente que sean convenientes para la recuperación de la salud de sus pacientes.

[...]

3. La dispensación podrá someterse al cumplimiento de los requisitos previos que establezca la mutualidad y se efectuará de acuerdo con lo establecido en la nor-

mativa sanitaria vigente y, en especial, en el artículo 94.6 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

La Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios regula en el artículo 17 los expedientes de autorización y en el artículo 19 las condiciones de prescripción y dispensación de medicamentos, entre las que se establecen que:

6. El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá los requisitos mínimos, características y plazo de validez de las recetas médicas y prescripciones hospitalarias, así como los requisitos especiales para la prescripción y dispensación de los medicamentos de sustancias psicoactivas y otros que por su naturaleza lo requieran o para tratamientos peculiares.

7. La dispensación de medicamentos se ajustará a las condiciones de prescripción establecidas.

El epígrafe 3.2.2 A) e) de la vigente Instrucción PF-1/1999, de 28 de octubre, en su texto actualizado de 28 de noviembre de 2003, de MUFACE que incluye entre las recetas que requieren previo visado «otras especialidades farmacéuticas con cupón» (precinto ASSS diferenciado. Anexo 1.4.B).

El artículo 2.3 del Real Decreto 618/2007, de 11 de mayo, por el que se regula el procedimiento para el establecimiento, mediante visado, de reservas singulares a las condiciones de prescripción y dispensación de los medicamentos, que establece:

Mediante visado, las Administraciones sanitarias verificarán la conformidad del tratamiento prescrito en el Sistema Nacional de Salud con las condiciones de utilización autorizadas en la ficha técnica y las indicaciones terapéuticas financiadas de acuerdo con el procedimiento que determinen en el ejercicio de sus competencias.

Y finaliza arguyendo que de acuerdo con lo recomendado en «la Estrategia terapéutica de priorización para el uso de antivirales de acción directa para el tratamiento de la hepatitis crónica por virus C (VHC) en el ámbito del Sistema Nacional de Salud», cuando el resultado de la carga viral es negativo no procede una continuación de más de 12 semanas de tratamiento, de forma que al resultar la carga viral negativizada en la analítica presentada por el recurrente el 6 de abril de 2015 no procede la ampliación del tratamiento.

El otro problema que se plantea es el de los límites de la libertad de prescripción de los facultativos y, si una vez autorizada la prescripción y financiación de unos determinados medicamentos por la Administración competente, esta pueda establecer unos criterios o estrategias que prevalezcan sobre los del facultativo, de forma que si no se acomodan a aquellos no son financiados por los recursos públicos.

En la STC 211/14, de 18 de diciembre, se dice:

La asistencia sanitaria tiene por objeto principal la prestación de servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud. Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud se integran en un catálogo de prestaciones que tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención, al que podrá acceder cualquier titular del derecho. Este catálogo comprende las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotesis, de productos dietéticos y de transporte sanitario (art. 7.1 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud). Por su parte, la prestación farmacéutica comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el periodo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad (art. 16 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud). El anexo V del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, establece la «cartera de servicios comunes de la prestación farmacéutica».

La prestación farmacéutica se rige en la actualidad por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

En el artículo 85 de la mencionada Ley 29/2006, de 26 de julio, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, se establece:

1. La prescripción de medicamentos y productos sanitarios en el Sistema Nacional de Salud se efectuará en la forma más apropiada para el beneficio de los pacientes, a la vez que se protege la sostenibilidad del sistema.

Por otro lado, en el artículo 4.7 b) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias se establece que:

El ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico, y de acuerdo con los siguientes principios:

b) Se tenderá a la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y pro-

tos de práctica clínica y asistencial. Los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar.

Resulta procedente destacar la STS de 29 de mayo de 2001, en la que se afirma que:

No se trata de controlar o indicar cómo debe el médico ejercer su profesión, pues ni al médico de la Seguridad Social ni al médico del Servicio Público de Salud, la norma le impone un determinado ejercicio profesional, o actuación, ya que uno y otro, usando de su ciencia y prudencia pueden actuar como estimen conveniente incluso aunque no coincidan en la solución o discrepen.

De lo expuesto, cabe concluir que, en principio, el facultativo debe ajustarse a las guías y protocolos de práctica clínica y asistencial; el problema surge cuando no puede prescribir un medicamento que en su juicio clínico es necesario y no hacerlo estima que puede incidir negativamente en el tratamiento del paciente porque no está incluido en la cartera de prestaciones farmacéuticas o no está incluido o lo está en forma distinta a la que se entiende procedente en las guías o protocolos establecidos y, en caso de prescribirlo, si los servicios de salud han de financiarlo, especialmente los de coste más elevado, con su posible incidencia en la política seguida de racionalización del gasto sanitario, que persigue equilibrar los principios de eficiencia, equidad y justicia distributiva a través de la priorización de los recursos.

La respuesta exige un examen pormenorizado de cada caso que ha de solventarse mediante una ponderación de las circunstancias concurrentes en los términos expuestos en el citado ATC 239/2012, sopesando la incidencia que la decisión pueda tener sobre el derecho a la protección a la salud en relación con el artículo 15 de la CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de forma que si el derecho fundamental resulta lesionado, no puede prevalecer la denegación del medicamento por meras razones de ahorro económico. No puede obviarse que el médico en el ejercicio de su profesión está condicionado por los principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico, entre los que se encuentra primordialmente la salvaguarda del derecho a la vida e integridad física. Por otro lado, los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del Título I de la Constitución vinculan a los jueces y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos, dice el artículo 7 de la LOPJ.

En las resoluciones recurridas solo se reconoce la procedencia de la financiación del tratamiento durante 12 semanas porque es lo recomendado en «la Estrategia terapéutica de priorización para el uso de antivirales de acción directa para el tratamiento de la hepatitis crónica por virus C (VHC) en el ámbito del Sistema Nacional de Salud».

El Plan Estratégico para el Abordaje de la Hepatitis C en el Sistema Nacional de Salud, de 21 de mayo de 2015 permite, excepcionalmente, ampliar el plazo del tratamiento.

De lo expuesto, resulta que aunque lo recomendado con carácter general es un tratamiento de 12 semanas, no se excluye la posibilidad de que dure más y se admite que las recomendaciones terapéuticas que se contienen en el documento puedan ser sustituidas por las guías clínicas que las diferentes asociaciones profesionales nacionales e internacionales han editado recientemente o editen en un futuro inmediato.

Por tanto, estando autorizada la prescripción y financiación de los medicamentos de que se trata, si se contempla su dispensación en supuestos como el presente, aunque en principio con una duración de 12 semanas, tal límite temporal no juega cuando las facultativas que han tratado al recurrente, en aplicación de su *lex artis*, consideran, por las circunstancias que concurren en el caso, que es preciso una duración del tratamiento superior, pues de no ser así la vida del paciente peligraría, al hacerse resistente el virus por una cesación de la medicación prematura, amparando su criterio en las guías clínicas existentes; criterio que no ha acreditado la Administración demandada que sea erróneo o arbitrario con una prueba suficiente. Razones de ahorro económico no pueden justificar una denegación de tratamiento cuando ello puede incidir decisivamente en el derecho fundamental garantizado en el artículo 15 de la CE, como sucedería en este caso.

Por todo ello, la resolución debe anularse y condenar a MUFACE a que proceda al reintegro especial de los gastos de farmacia por 24 semanas de tratamiento con los medicamentos, salvo el pago de la cantidad porcentual a cargo del beneficiario, con imposición de las costas a la parte demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

8. Posible recurso o recursos contra la sentencia que se dicte.

A. Recurso de casación

La sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación si concurren los requisitos exigidos en los artículos 86 y siguientes de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que se preparará ante esta sala en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución.

A tenor del artículo 86 de la LJCA:

1. Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

2. Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y en los procesos contencioso-electorales.

3. Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

Por tanto, parecen concurrir estos requisitos en el caso que analizamos. A saber: a) Procede, en única instancia de un órgano colegiado, b) podría basarse en infracción de normas estatales de influencia para el fallo de la sentencia, y 3) no estamos ante un caso del apartado 2 (Protección del derecho de reunión o proceso contencioso electoral).

Por otra parte, el artículo 88 señala que:

1. El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Su apartado 2 establece los supuestos en que puede existir ese interés casacional.

Pero el apartado 3 de ese artículo 88 dice que:

Se presumirá que existe interés casacional objetivo:

a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.

Por lo tanto, la sentencia era susceptible de recurso de casación al existir interés casacional.

El órgano competente será la Sala 3.^a del Tribunal Supremo.

Según el artículo 89.1 de la LJCA, el recurso de casación se preparará ante la sala de instancia –la que dictó la sentencia– en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido. Si se cumplieran los requisitos exigidos por el

apartado 2, dicha sala, mediante auto en el que se motivará suficientemente su concurrencia, tendrá por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de 30 días ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, así como la remisión a esta de los autos originales y del expediente administrativo y, si lo entiende oportuno, emitirá opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, que unirá al oficio de remisión.

B. Recurso de amparo constitucional

Como señalamos en la pregunta 5, la controversia gira en torno a los problemas derivados de la incidencia que la regulación del acceso de los ciudadanos a los medicamentos pueda tener en su derecho a la protección de la salud (art. 43.2 CE), precepto que se ubica dentro de los principios rectores de la política social y económica del texto constitucional y es de configuración legal, por lo que está situado fuera de las secciones primera y segunda del capítulo II del título I, lo que no impide tener en cuenta su carácter instrumental respecto al derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral de los individuos (art. 15 CE), que en determinados supuestos –como el aquí examinado– puede resultar afectado y cuya interpretación debe efectuarse a la luz de lo preceptuado en el artículo 10.2 de la CE.

Luego, según lo establecido en el artículo 56 de la Constitución podría, en su caso, interponerse el recurso de amparo para el que no era preciso interponer, con carácter previo, el recurso de casación ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, sino que podría haberse interpuesto contra la sentencia.

Se regula en los artículos 41 a 46 y 49 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Incidente de nulidad de actuaciones

Respecto al agotamiento de la vía judicial previa, el requisito puede considerarse cumplido, sin necesidad de llegar al incidente de nulidad de actuaciones, cuando se compruebe «que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional [...]. Lo contrario supondría cerrar la vía de amparo constitucional con un enfoque formalista y confundir la lógica del carácter subsidiario de su configuración». Es decir, cuando la vulneración de derechos fundamentales objeto de la demanda de amparo ha sido debatida en todas las instancias, debe entenderse cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa.

El incidente de nulidad sigue teniendo el carácter de remedio procesal excepcional y, a su vez, subsidiario de los recursos ordinarios. Por ello, solo cabe invocar por la vía del incidente de nulidad aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan podido de-

nunciarse «antes de recaer resolución que ponga fin al proceso» (arts. 228.1 LEC y 241.1 LOPJ). Es decir, solo cabe invocar por la vía del incidente de nulidad aquellas lesiones de derechos que sean inmediata y directamente imputables a la resolución que pone fin a la vía judicial ordinaria. No cabe plantear por la vía del incidente aquellas lesiones que sean imputables a una resolución dictada en primera o segunda instancia frente a la que se haya interpuesto recurso de apelación o de casación. Si el objeto de la apelación o la casación ha sido precisamente la lesión de un derecho fundamental, ya se habrá garantizado con ese recurso de apelación o casación el carácter subsidiario del recurso de amparo.

La cuestión es importante, puesto que la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones cuando este no cabe puede acarrear la extemporaneidad del posterior recurso de amparo. Y ello, puesto que se consideraría que el incidente de nulidad era un «recurso manifiestamente improcedente» que no impedía el inicio del cómputo del plazo para interponer recurso de amparo

De este modo, el incidente de nulidad de actuaciones será exigible solo en aquellos casos en los que la vulneración del derecho fundamental se produzca en la última sentencia recaída en el procedimiento.

Especial trascendencia constitucional

Para que el recurso de amparo sea viable es necesario que el problema planteado ante el Tribunal Constitucional justifique una decisión como consecuencia de su «especial trascendencia constitucional». Esa especial trascendencia se apreciará atendiendo a la importancia que tiene el asunto para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Algunos de los supuestos de especial trascendencia constitucional son los siguientes:

Cuando se plantee un problema o una faceta del derecho fundamental o libertad pública sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional.

- Cuando se dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.
- Cuando la vulneración que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general.

- Cuando la vulneración traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y considere necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución.
- Cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental o libertad pública que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.
- Cuando la vulneración que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general.

Respecto al plazo para interponerlo, como la violación del derecho del artículo 15 de la CE, presuntamente, procede de la Administración, al amparo del artículo 43 de la LOTC, es dentro de los 20 días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 10.2, 15, 43 y 56.
- Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), arts. 41 a 46 y 49.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 241.1.
- Ley 29/1975 (Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado), art. 44.1.
- Ley 25/1990 (medicamento), art. 94.6.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 5, 7, 11, 28, 86, 88, 89.1 y 139.1.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 228.1.
- Ley 4/2000 (texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado), art. 16.
- Ley 44/2003 (ordenación de las profesiones sanitarias), art. 4.7.
- Ley 29/2006 (garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios), arts. 17, 19 y 85.
- Ley 39/2015 (LPAC), art. 16.4.
- Ley 40/2015 (LRJAP), art. 9.

- Real Decreto 375/2003 (Reglamento General del Mutualismo Administrativo), arts. 79 y 80.1.
- Real Decreto 618/2007 (procedimiento para el establecimiento, mediante visado, de reservas singulares a las condiciones de prescripción y dispensación de los medicamentos), art. 2.3.
- Sentencia 1644/2016, de 22 de noviembre, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1699-129X (en versión impresa) e ISSN-e 2531-2146 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil, Constitucional y Administrativo y Penal.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (6.ª ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



Cursos de formación a medida para empresas *(in Company)*

Nos adaptamos a las necesidades formativas de tu empresa

Planificamos, junto a las empresas (pequeñas, medianas y grandes), formación a medida. Ofrecemos una propuesta global de formación; trabajamos como estrechos colaboradores en tus planes de formación para que puedas obtener siempre la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales, adaptando la formación a tus necesidades de horarios, ubicación geográfica y contenidos.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a principios de año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 4.100

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 67.500

Profesionales formados tanto en la modalidad presencial como online

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2020

CEF.-

Modalidades

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 30.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad y Administración de Empresas**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 26.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 17.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 6.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 5.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

CEF.-

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

CEF.-

Lugar y plazo

Se amplía el plazo de presentación al **1 de junio de 2020** a las **20,00 horas**. Consulte en la web los lugares y modos de entrega.

CEF.-

Solicitud de las bases

Puede obtener las bases del premio en las secretarías de nuestros centros o visitando www.cef.es