

***Data power* y poder de mercado.  
Interconexión entre el derecho  
de la competencia y las normas  
sobre protección de datos**

Nina Polit Sobrino

**Organización autónoma descentralizada  
y derecho mercantil: nuevas formas  
de organización empresarial**

Francisco-Alexis Bañuls Gómez

**El acceso oportuno a los documentos legislativos  
(«huella normativa») para el ejercicio efectivo  
del derecho fundamental a la participación  
y el escrutinio en los asuntos públicos**

Isaac Ibáñez García

**Consecuencias de la salida del Tratado  
de la Carta de la Energía: numerosos  
asuntos pendientes e incumplimiento  
de los laudos arbitrales que condenan a España**

M.<sup>a</sup> Ángeles Díez Moreno

# ¡Feliz Navidad!



DEF.- udimá

# CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 287 | Diciembre 2024

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> 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 de redacción

Francisco Javier Arias Varona. Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Rey Juan Carlos

Xabier Arzo Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Javier Avilés García. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

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

José Luis Blanco Pérez. Director adjunto de la Asesoría Jurídica Sociedad Española de Sistemas de Pago

José María Blanco Saralegui. Magistrado del Tribunal Supremo y Counsel de Uría Menéndez Abogados

Borja Carvajal Borrero. Gómez Acebo y Pombo Abogados

Lucía Casado Casado. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad Rovira i Virgili

Gabriel Domenech Pascual. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

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

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado de la Sala Contencioso-Administrativa. TSJ de Madrid

Itziar Gómez Fernández. Profesora de Derecho Constitucional. UC3M y letrada del Tribunal Constitucional

Nicolás González Deleito. Socio de Cuatrecasas Abogados

Pilar Gutiérrez Santiago. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León

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

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

María Medina Alcoz. Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos

Luis Mingo Benedicto. Socio del Área Mercantil en KPMG Abogados

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

Nieves Moralejo Imberón. Catedrática de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid

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

Antonio Ortí Vallejo. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Granada

Ángel José Sánchez Navarro. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM y letrado del Tribunal Constitucional

José Luis Zamarro Parra. Socio de Clifford Chance

## Edita

Centro de Estudios Financieros

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

# CEFLegal. Revista práctica de derecho

## Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid  
Tel. 914 444 920  
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2024) (11 números) 192 € en papel / 100 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 25 €

No suscriptores 30 €

## Edita

Centro de Estudios Financieros, SL  
Correo electrónico: [revistaceflegal@udima.es](mailto:revistaceflegal@udima.es)  
Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/index>  
Depósito legal: M-8500-2001  
ISSN: 2697-1631 (Último número publicado: 287)  
ISSN-e: 2697-2239 (Último número publicado: 287)

Entidad certificada por:



## Imprime

Artes Gráficas Coyve  
C/ Destreza, 7  
Polígono industrial Los Olivos  
28906 Getafe (Madrid)

## Indexación y calidad



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

# CEFLegal. Revista práctica de derecho

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

## Sumario

### Estudios doctrinales

#### Civil-mercantil

*Data power* y poder de mercado. Interconexión entre el derecho de la competencia y las normas sobre protección de datos 5-44

*Data power and market power. Interconnection between competition law and data protection rules*

Nina Polit Sobrino

Organización autónoma descentralizada y derecho mercantil: nuevas formas de organización empresarial 45-76

*Decentralised autonomous organisation and commercial law: new forms of business organisation*

Francisco-Alexis Bañuls Gómez

#### Constitucional-administrativo

El acceso oportuno a los documentos legislativos («huella normativa») para el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la participación y el escrutinio en los asuntos públicos 77-114

*Timely access to legislative documents («regulatory footprint») for the effective exercise of the fundamental right to participation and scrutiny in public affairs*

Isaac Ibáñez García

Consecuencias de la salida del Tratado de la Carta de la Energía: numerosos asuntos pendientes e incumplimiento de los laudos arbitrales que condenan a España 119-146

*Consequences of the withdrawal from the Energy Charter Treaty: numerous pending cases and non-compliance with the arbitration awards condemning Spain*

M.<sup>a</sup> Ángeles Díez Moreno

## Comentarios de resoluciones

### Civil-mercantil

Tratamiento psicológico de menores adoptada por uno de los progenitores sin consentimiento del otro (Comentario al AAP de Madrid de 23 de junio de 2022) 147-152

Casto Páramo de Santiago

Modificación de medidas definitivas en procedimiento de divorcio. Limitación temporal del uso de la vivienda familiar (Comentario a la STS de 29 de mayo de 2024) 153-164

José Ignacio Esquivias Jaramillo

## Casos prácticos

### Administrativo

Transparencia y acceso a la información pública. Protección de datos en propiedad horizontal 165-190

Julio Galán Cáceres

**Nota informativa** 191-192

*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 <https://www.civil-mercantil.com>



# ***Data power* y poder de mercado. Interconexión entre el derecho de la competencia y las normas sobre protección de datos**

**Nina Polit Sobrino**

*Graduada en Derecho y Economía.*

*Universidad Carlos III de Madrid (España)*

ninapolit@gmail.com | <https://orcid.org/0009-0000-2601-0336>

Este trabajo ha sido **finalista** del **Premio Estudios Financieros 2024** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don José María Blanco Saralegui, don Francisco Javier Arias Varona, don José Luis Blanco Pérez, doña María Medina Alcoz, don Luis Mingo Benedicto, doña Nieves Moralejo Imbernón y doña María José Morillas Jarillo.

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

## **Extracto**

La economía digital ha dado lugar a importantes avances en innovación, pero también ha planteado desafíos en términos de competencia y protección de datos. En mercados digitales, los datos personales se han convertido en uno de los más valiosos activos y en una importante fuente de poder de mercado, otorgando a las plataformas poseedoras una ventaja competitiva única. En años recientes, la jurisprudencia mayoritaria consideraba que cualquier cuestión relacionada con la privacidad y protección de datos no era una cuestión del derecho de la competencia. En contraposición, el objetivo del presente estudio es exponer que ambos regímenes –competencia y privacidad– están profundamente entrelazados porque, por un lado, son las características económicas de estas plataformas digitales las que les permiten recopilar una gran cantidad de datos. Por otro lado, este acceso privilegiado a los datos puede conducir a un mayor afianzamiento de su poder económico a través del aumento de las barreras de entrada, la exclusión de competidores y el desarrollo de estrategias de manipulación informativa. Analizando la reciente doctrina y jurisprudencia, así como las nuevas iniciativas legislativas, se expone que solo mediante la elaboración de una estrategia común y de un enfoque más coordinado entre ambos regímenes, podrá hacerse frente a los desafíos y alcanzar sus respectivos objetivos.

**Palabras clave:** economía digital; competencia; protección de datos; *data power*; privacidad; poder de mercado.

Recibido: 03-05-2024 / Aceptado: 05-09-2023 / Publicado (en avance *online*): 18-11-2024

**Cómo citar:** Polit Sobrino, N. (2024). *Data power* y poder de mercado. Interconexión entre el derecho de la competencia y las normas sobre protección de datos. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 287, 5-44. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.22193>



# Data power and market power. Interconnection between competition law and data protection rules

Nina Polit Sobrino

This paper has been a **finalist** for the **Financial Studies 2024 Award** in the category of **Civil and Commercial Law**.

The jury members were: Mr. José María Blanco Saralegui, Mr. Francisco Javier Arias Varona, Mr. José Luis Blanco Pérez, Mrs. María Medina Alcoz, Mr. Luis Mingo Benedicto, Mrs. Nieves Moralejo Imbernón and Mrs. María José Morillas Jarillo.

The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity of the authors.

## Abstract

The digital economy has led to significant advances in innovation, but it has also raised challenges in terms of competition and data protection. In digital markets, personal data has become one of the most valuable assets and an important source of market power, providing the holding platforms a unique competitive advantage. In recent years, the majority case-law considered that any issue related to privacy and data protection was not, as such, a competition law issue. In contrast, the aim of this study is to show that both regimes –competition and privacy– are deeply intertwined because, on the one hand, it is the economic characteristics of these digital platforms that allow them to collect a large amount of data. On the other hand, this privileged access to data can lead to a further entrenchment of their economic power by raising entry barriers, excluding competitors and carrying out information-manipulation strategies. By analyzing recent doctrine and case-law, as well as new legislative initiatives, it is argued that only through the development of a common strategy and a more coordinated approach between the two regimes can the challenges be met and their respective objectives achieved.

**Keywords:** digital economy; competition; data protection; data power; privacy; market power.

Received: 03-05-2024 / Accepted: 05-09-2024 / Published (online preview): 18-11-2024

**Citation:** Polit Sobrino, N. (2024). *Data power y poder de mercado. Interconexión entre el derecho de la competencia y las normas sobre protección de datos. CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 287, 5-44. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22193>



## Sumario

1. Introducción
  2. Marco regulatorio relevante
    - 2.1. Derecho de competencia
    - 2.2. Derecho de protección de datos
  3. Control de datos personales y poder de mercado. Problemas analíticos
    - 3.1. Definición del mercado
    - 3.2. Indicadores del poder de mercado
      - 3.2.1. Determinante preliminar: cuotas de mercado
      - 3.2.2. Determinante clave: barreras de entrada
    - 3.3. Comportamiento del consumidor y desequilibrios de poder
  4. Conductas potencialmente anticompetitivas
    - 4.1. Concentraciones
      - 4.1.1. Detrimento en la calidad de la privacidad y la protección de datos
      - 4.1.2. Elevación de las barreras de entrada o costes
    - 4.2. Abusos de posición dominante
      - 4.2.1. Abusos de exclusión
      - 4.2.2. Abusos de explotación
    - 4.3. Cártels y colusión
  5. Posibles remedios
    - 5.1. Estrategias unilaterales
      - 5.1.1. Derecho de competencia tradicional
      - 5.1.2. DMA
      - 5.1.3. Derecho de protección de datos
    - 5.2. Estrategias de cooperación
  6. Conclusión
- Referencias bibliográficas

«La forma en que reúnes, administras y usas la información determinará si ganas o pierdes»

Bill Gates

## 1. Introducción

Tradicionalmente las empresas habían competido únicamente en factores como el precio y la calidad de los bienes o servicios. Sin embargo, la llegada del *big data* ha favorecido la innovación y el desarrollo de modelos de negocio disruptivos. Como adelantaba el cofundador de Microsoft, los datos personales se han convertido en objeto de comercio y en uno de los más valiosos activos en la economía digital, constituyendo una importante fuente de poder de mercado<sup>1</sup> y garantizando a las empresas poseedoras el disfrute de una ventaja competitiva única. Si bien potencialmente todas las plataformas digitales pueden controlar y recopilar datos, algunas poseen una capacidad superior para hacerlo. Son estas empresas las que ejercen un verdadero *data power*, lo que plantea una serie de desafíos regulatorios<sup>2</sup>. La recolección, almacenamiento y uso de un elevado volumen<sup>3</sup> de datos por parte de estos gigantes tecnológicos se traduce no solo en el disfrute de una posición privilegiada en el mercado, sino también en la capacidad de influenciar la libre formación de opiniones de sus usuarios.

Por un lado, y en relación con la legislación de competencia, si bien es innegable que las grandes plataformas son el principal motor de la innovación, numerosos expertos doctrinales<sup>4</sup> han señalado que su poder de mercado es tan persistente que se considera improba-

---

<sup>1</sup> De hecho, en el derecho de competencia alemán, se hace referencia explícitamente a los datos como una fuente de poder de mercado (art. 18(3a) GWB).

<sup>2</sup> El Comité Europeo de Protección de Datos hizo referencia a la potencial acumulación de *poder informacional* por parte de las compañías como parámetro a tener en cuenta a la hora de evaluar los impactos de una concentración.

<sup>3</sup> O las denominadas cinco uves, del inglés: *volume, value, variety, velocity* y *veracity*.

<sup>4</sup> En ese sentido, Schweitzer *et al.* (2018), Crémer *et al.* (2019), Furman *et al.* (2019), ACCC (2019) y Stigler Committee on Digital Platforms (2019).

ble que pueda ser desafiado en un futuro, conllevando múltiples efectos negativos para la competencia, la innovación y la libertad de elección del consumidor<sup>5</sup>. Es principalmente su poder económico y su posición como *gatekeepers* de los servicios de plataforma básicos – en gran medida inevitables– lo que les lleva a disfrutar de numerosas ventajas en el acceso a datos personales. De manera ilustrativa, estas empresas no solo prestan estos servicios de plataforma –que tienden al efecto *winner takes all*– sino que, gracias a la recopilación de datos, construyen ecosistemas digitales complejos, brindando una multiplicidad de servicios vinculados y causando unos elevados costes de cambio (o «jardines amurallados») a los consumidores (OECD, 2020). A través de la oferta de estos servicios básicos casi monopolísticos se encuentran a menudo en posición de *gatekeepers* entre los diferentes lados del mercado, lo que les permite recurrir a prácticas desleales y de explotación, tanto frente a usuarios empresariales como a finales (OECD, 2020). De este modo, y en la medida en que las concentraciones o los acuerdos anticompetitivos den lugar a niveles de protección de datos que no sean óptimos, podemos argumentar que la legislación de competencia tiene un papel fundamental que desempeñar (OECD, 2020).

Por otro lado, el control que ejercen las grandes plataformas sobre los datos personales les permite influenciar el comportamiento de los consumidores a través de estrategias de manipulación informativa (OECD, 2020), comportando numerosos peligros para la privacidad de los usuarios y para su derecho a tomar decisiones informadas sobre la recopilación y el uso de sus datos (autodeterminación informativa). Las plataformas en ocasiones ofrecen múltiples servicios por un precio cero (gratis) a los consumidores, que a cambio ceden cantidades ingentes de datos. Aunque esta cesión conlleva numerosos beneficios (en términos de innovación, personalización de los servicios...), también crea nuevos riesgos y posibles perjuicios (discriminación de precios<sup>6</sup>, prácticas fraudulentas y manipuladoras...). Sabemos que las empresas responsables del tratamiento de datos están sujetas a la obligación de protegerlos –independientemente de su tamaño o de su posición dominante– y en ese sentido la legislación de protección de datos de la Unión Europea (UE) parte de la idea de que los usuarios tienen el derecho a controlar el uso de sus datos prestando un consentimiento voluntario e informado (art. 6(1) a del Reglamento general de protección de datos, en adelante RGPD)<sup>7</sup>. Sin embargo, en la práctica este mecanismo de *notificación y consentimiento* no funciona eficientemente, al verse los usuarios abrumados por numerosas decisiones –con políticas de privacidad opacas, extensas y de difícil comprensión– y

<sup>5</sup> Para un resumen de los problemas sobre competencia y sus potenciales efectos perjudiciales: capítulo 1 del informe Furman (Furman *et al.*, 2019).

<sup>6</sup> Si bien la evidencia empírica sobre la existencia de precios personalizados es muy reducida y en el análisis de su ilicitud –o ilicitud–, debe considerarse una serie de condicionamientos (Robles Martín-Laborda, 2021).

<sup>7</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

por los comportamientos manipuladores a que hemos hecho referencia. Todo ello pone en peligro su soberanía como consumidores y su autodeterminación informativa e impide la correcta protección de su privacidad. Desde un punto de vista económico, aparece un fallo informacional y del comportamiento, que la legislación sobre protección de datos no parece resolver de manera suficiente.

Como podemos observar, ambos problemas –competencia y privacidad– están profundamente entrelazados porque, por un lado, son las características económicas de estas plataformas digitales –con sus tendencias monopolísticas– y la inexistencia de opciones reales para los consumidores<sup>8</sup> las que permiten que los proveedores de estos servicios puedan recopilar una gran cantidad de datos. Por otro lado, este acceso privilegiado (Kerber, 2021) puede conducir a un mayor afianzamiento de su poder a través de (a) el aumento de las barreras de entrada y la exclusión de competidores, y (b) el aprovechamiento de la asimetría de información entre dichas empresas y los consumidores para poner en práctica estrategias de manipulación informativa y conductual (Digital Regulation Project, 2021).

Todo ello nos lleva a la afirmación de que existe una estrecha interrelación y un *vínculo familiar* (Costa-Cabral *et al.*, 2017) entre ambos regímenes. Aunque en el presente estudio nos centraremos en la legislación de competencia, nos cuestionamos si su estrecho objetivo legal centrado en el bienestar y en conceptos de daño basados en precio son capaces de proteger correctamente la competencia en los mercados digitales (Solove, 2013). Así, una de las cuestiones más debatidas por los expertos es si las autoridades deberían tener en cuenta, de manera complementaria, el impacto sobre la privacidad y la protección de datos<sup>9</sup> al evaluar las conductas empresariales en virtud de las normas de competencia (Witt, 2021 y OECD, 2020) –como demuestran los casos de la Bundeskartellamt alemana<sup>10</sup> (en adelante, FCO), con la reciente opinión del abogado general Rantos, y la Federal Trade Commission estadounidense (o FTC) contra Facebook–<sup>11</sup>. Creemos que solo mediante la cooperación efectiva entre autoridades podrán resolverse los importantes desafíos a que se enfrentan las dos legislaciones (Stucke y Grunes, 2016; EDPS, 2014).

---

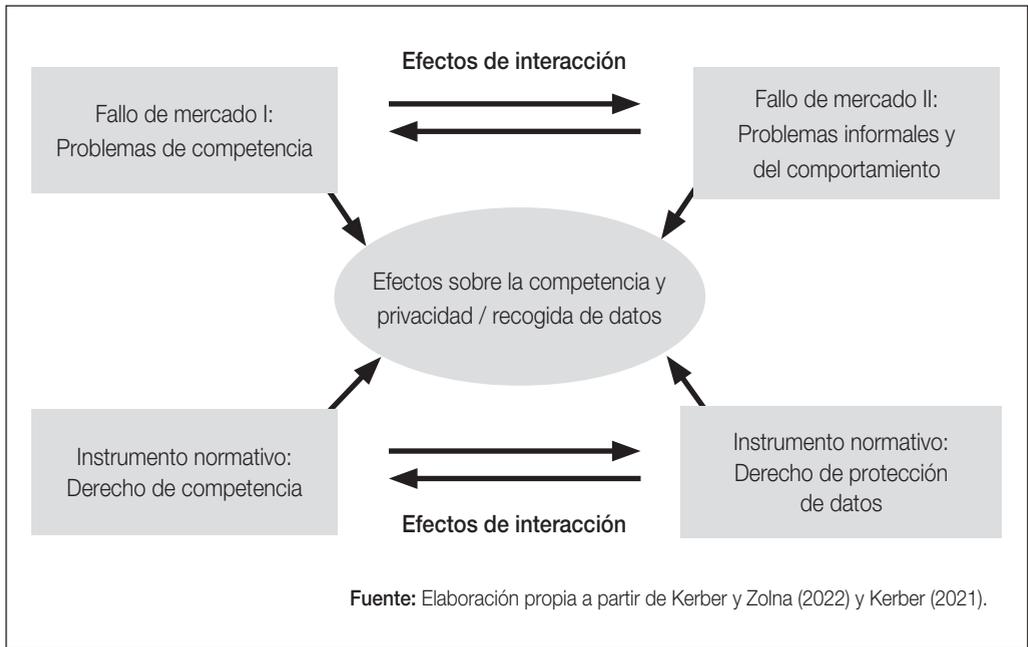
<sup>8</sup> En palabras de Robertson (2020): «Los consumidores no suelen tener voz real en cuestiones de privacidad como parte de la calidad de un producto online, ya que normalmente no pueden eludir a los proveedores de servicios digitales predominantes».

<sup>9</sup> Ya en 2014, el SEPD argumentó acerca de la importancia de la privacidad y la protección de datos como factores centrales en la evaluación de las actividades empresariales y en su correspondiente impacto en la competitividad, la eficiencia del mercado y el bienestar de los consumidores (EDPS, 2014).

<sup>10</sup> Decisión de la Bundeskartellamt de 15 de febrero de 2019 sobre el asunto Facebook, caso B6-22/16.

<sup>11</sup> En el mismo sentido se pronunciaron en 2016 la Bundeskartellamt y la Autorité de la Concurrence: «Privacy policies could be considered from a competition standpoint whenever these policies are liable to affect competition, notably when they are implemented by a dominant undertaking for which data serves as a main input of its products or services».

Figura 1. Efectos de interacción



De este modo, el presente estudio se encuentra dividido en seis secciones: la sección 1.<sup>a</sup> consta de una breve introducción; en la 2.<sup>a</sup> se analizará el marco regulatorio relevante; la 3.<sup>a</sup> identificará cómo influye el control de datos personales sobre el poder de mercado del que disfrutaban las grandes plataformas digitales y discutirá los posibles problemas analíticos en su definición; la 4.<sup>a</sup> sección recopilará las posibles conductas anticompetitivas que puedan producirse como resultado del abuso del poder de mercado y se acompañará de una serie de investigaciones<sup>12</sup> sobre las áreas de control de concentraciones y abuso de posición dominante; en la 5.<sup>a</sup> se estudiarán los retos a los que se enfrenta la legislación tradicional de competencia y las nuevas iniciativas legislativas que se han desarrollado como respuesta a estos desafíos (Furman *et al.*, 2019), incluyendo la reciente redacción de la sección 19.<sup>a</sup> de la Ley de competencia alemana<sup>13</sup> (en adelante, *GWB*) y, especialmente, la *Digital Markets Act*<sup>14</sup> (en adelante, *DMA*) a nivel de la UE; finalmente, la sección 6.<sup>a</sup> presentará las conclusiones.

<sup>12</sup> Apoyándonos en el estudio de Christophe Carugati (2022), entre otros.

<sup>13</sup> Competition Act in the version published on 26 June 2013 (Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette) I, 2013, p. 1750, 3245), as last amended by Article 2 of the Act of 19 July 2022 (Federal Law Gazette I, p. 1214)

<sup>14</sup> Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). PE/17/2022/REV/1. Diario Oficial de la Unión Europea.

## 2. Marco regulatorio relevante

### 2.1. Derecho de competencia

El derecho de competencia se aplica a cualquier actividad económica que pueda afectar al comercio entre Estados miembros y persigue una multitud de objetivos, incluyendo la protección de las estructuras de mercado, la libertad económica, el bienestar de los consumidores y el fomento de la eficiencia (EDPS, 2014). Sin embargo, el debate acerca de su objetivo resulta casi tan antiguo como sus propias normas<sup>15</sup>. Durante las últimas décadas, la UE parece encaminarse hacia la consecución del «objetivo de bienestar del consumidor» (*o consumer welfare aim*). De este modo, los fines de las legislaciones sobre protección de datos y competencia parecen converger hacia la protección e impulso del bienestar del individuo, por un lado, y la promoción de un mercado europeo único, por otro. En este contexto, se han llevado a cabo importantes iniciativas legislativas. En relación con las plataformas digitales, cabe destacar el Reglamento (UE) 2019/1150<sup>16</sup>, que ha sido complementado por: (a) la nueva regulación *ex ante* de carácter horizontal sobre todos los servicios de intermediación en línea, la *Digital Services Act* (en adelante, DSA)<sup>17</sup>, que pretende «modernizar las normas de la Unión en materia de moderación de contenidos y fomentar un entorno en línea transparente y más seguro»; y (b) por la DMA, que regula de manera *ex ante* la actividad de los *gatekeepers* y pretende solventar la incapacidad de la legislación vigente hasta el momento para hacer frente al poder de mercado de las grandes plataformas<sup>18</sup>. Analizaremos su contenido en profundidad en la sección 5.<sup>a</sup>.

### 2.2. Derecho de protección de datos

La base jurídica principal es el RGPD, que regula la forma en que las empresas pueden procesar los datos personales<sup>19</sup> y cuyo régimen está basado en el consentimiento del usuario, que debe prestarse de manera inequívoca, específica, informada y libre. El RGPD

---

<sup>15</sup> En ese sentido, podríamos destacar las contribuciones de las agencias nacionales de competencia en el marco del Foro Global sobre Competencia de la OECD o las investigaciones de expertos en la materia, como C. D. Ehlermann y I. Laudati (1997), *Objectives of Competition Law*. Hart Publishing.

<sup>16</sup> Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. PE/56/2019/REV/1. Diario Oficial de la Unión Europea.

<sup>17</sup> Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). PE/30/2022/REV/1. Diario Oficial de la Unión Europea.

<sup>18</sup> Considerando 5 de la exposición de motivos de la DMA.

<sup>19</sup> Entendidos como cualquier información, adquirida por una empresa, que se refiera a personas físicas y permita su potencial identificación (incluida su ubicación o IP) (art. 4.1 RGPD).

presenta una doble naturaleza: por un lado, los usuarios deben prestar su consentimiento para cualquier tipo de actividad de procesamiento y poseen el derecho a ser informados sobre el modo en que este se va a llevar a cabo; por otro, el responsable del tratamiento está obligado a garantizar que dicho tratamiento se va a realizar en el modo acordado previamente por los usuarios. De esta manera, el RGPD refuerza tanto la protección de los datos personales como la privacidad de los usuarios. En Europa, dado que la protección de datos personales puede ser considerada como un elemento de calidad de un determinado producto o servicio, los acuerdos o intercambios de información entre competidores sobre las políticas de privacidad y el nivel de protección de datos corren el riesgo de caer bajo la legislación sobre competencia –en particular, bajo el artículo 101 TFUE–. De este modo, ciertas empresas podrían encontrarse en una posición dominante en un mercado determinado debido, entre otros factores, a su posesión de datos esenciales que otras empresas necesitarían para poder competir, tal como estudiaremos en secciones posteriores.

### 3. Control de datos personales y poder de mercado. Problemas analíticos

La privacidad se ha convertido en un tema fundamental a tratar a raíz de la importancia de los datos para poder competir en el marco de la economía digital. Informes de expertos (Cabral *et al.*, 2021), investigaciones de mercado e incluso leyes de competencia como la alemana<sup>20</sup> señalan su importancia como activo estratégico y factor contribuyente al poder de mercado –y por ende, relevante para la competencia–, dada la práctica comercial orientada a obtener una ventaja competitiva basada en el acceso a los mismos (Stucke, 2022).

Sin embargo, las relaciones entre ambos regímenes se producen de maneras diversas y existe una serie de retos analíticos relacionados con la definición del mercado, las barreras de entrada, los factores relacionados con la demanda y la medición del poder de mercado, en general (OECD, 2020). En la presente sección analizaremos dichas cuestiones, haciendo hincapié en cómo puede verse incrementada la posición dominante de las empresas digitales mediante el control de datos de carácter personal.

#### 3.1. Definición del mercado

Se trata del primer paso en el análisis legal de los casos relacionados con acuerdos anticompetitivos, concentraciones y abusos de posición dominante (EDPS, 2014). En general, se considera el mercado de producto –incluyendo productos y servicios con-

---

<sup>20</sup> 18(3a) German Act against Restraints of Competition (GWB).

siderados sustitutivos<sup>21</sup>, el mercado geográfico y un horizonte temporal –reflejando los cambios en los hábitos de los consumidores y los desarrollos tecnológicos–. El estudio de la OECD (2018) relativo a las herramientas antimonopolio en mercados multilaterales<sup>22</sup> muestra que, dado el número de mercados bilaterales y multilaterales dependientes de los datos de los consumidores, las complejidades relativas a su definición son especialmente relevantes.

En la literatura sobre derecho de la competencia, diversos autores defienden la conveniencia de definir un «mercado de datos». En palabras de Antonio Robles Martín-Laborda (2021), «la existencia de un mercado de datos debería contribuir a la difusión de la información y, en consecuencia, a un mayor bienestar general». Asimismo, Jones Harbour y Koslov (2010) señalaron que «reflejaría la distinción entre una primera recogida de datos y su posterior uso. Las empresas digitales suelen obtener un gran valor de los datos de los usuarios y estos suelen tener importantes consecuencias para la competencia. Por el contrario, las definiciones del mercado de productos basadas *únicamente* en una instantánea del uso actual de datos podrían no captar con precisión este aspecto de la competencia»<sup>23</sup>. No obstante, existen opiniones contrarias como la de Körber (2018), que afirman que no existe un «mercado de datos» sino «un *único* mercado de materias primas».

## 3.2. Indicadores del poder de mercado

Evaluar el poder de mercado en mercados digitales plantea una serie de retos a las autoridades, no solo a la hora de proporcionar una definición adecuada de este tipo de mercados, sino de cara a examinar la importancia del acceso a los datos personales como una fuente potencial de poder de mercado (OECD, 2022). La legislación de competencia viene reconociendo ampliamente el acceso exclusivo a una materia prima escasa o rara como una fuente de poder de mercado. En mercados digitales, los datos suelen identificarse con esta materia y, por tanto, como un factor contribuyente al poder de mercado<sup>24</sup>. Sin embargo, presentan algunas características que los diferencian de otras materias primas o *inputs* tradicionales, por lo que es necesario tener en cuenta factores como el alcance de los datos

---

<sup>21</sup> Al determinar el grado de sustituibilidad, la Comisión posee cierta flexibilidad y considera no solo las características del producto y su intención de uso, sino otros factores, como la visión de los competidores, las preferencias de los consumidores y la existencia de diferentes segmentos de estos últimos.

<sup>22</sup> Para un estudio en profundidad, OECD (2018), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*.

<sup>23</sup> De manera similar, Forrest (2019) ha argumentado que los datos de una empresa y su capacidad algorítmica para analizarlos son en sí mismos productos. De este modo, «la mercantilización potencial de un conjunto de datos funciona como un proxy para definir un universo competitivo».

<sup>24</sup> De hecho, legislaciones como la alemana han sido modificadas para incluir expresamente esta consideración.

considerados<sup>25</sup>, la fecha de recopilación y la naturaleza de los flujos de datos, su calidad y precisión (ACCC, 2019) o si se necesita escala<sup>26</sup> u otros recursos específicos<sup>27</sup> para que los datos bajo análisis sean útiles.

### 3.2.1. Determinante preliminar: cuotas de mercado

La naturaleza estática de las cuotas de mercado se traduce en que solamente funcionan como indicador preliminar de las limitaciones a la sustitución, siendo incapaces de aportar ninguna información sobre el potencial de sustitución de la oferta o de nuevas entradas al mercado (OECD, 2018). Los inconvenientes de las cuotas de mercado son especialmente pronunciados en relación con las plataformas digitales<sup>28</sup>, por lo que ofrecen una imagen incompleta como indicadores de dicho poder. No obstante, la FCO ha indicado que, si bien las cuotas de mercado basadas en los ingresos son menos significativas en mercados dinámicos, la utilización de otras métricas complementarias, como la posesión de una ventaja significativa en la cuota de usuarios cubiertos por una plataforma, podría indicar el potencial de inclinación (*tipping*) del mercado (Bundeskartellamt, 2019). También, en este sentido, la CE en su decisión sobre Google Shopping se centró en las cuotas de mercado por volumen de búsqueda como indicador, dado que constituyen un criterio clave para los anunciantes a la hora de elegir dónde situar sus anuncios. En 2019, la FCO inició investigaciones sobre Amazon<sup>29</sup> y señaló que «en la economía digital, la recopilación de datos representa una actividad que afecta en gran medida a la competencia. El acceso a los datos, sobre todo en el caso de las plataformas y las redes digitales, se ha considerado un factor pertinente para determinar el dominio de mercado».

<sup>25</sup> Los datos relevantes en un mercado determinado pueden ser solo un subconjunto de una base de datos mayor, o pueden estar contenidos en múltiples bases de datos diferentes, y la estructura de los datos puede diferir significativamente entre empresas.

<sup>26</sup> Por ejemplo, es probable que el valor marginal de una consulta individual en un motor de búsqueda sea mínimo, ya que el algoritmo necesitará grandes volúmenes de datos para poder mejorar sus predicciones (OECD, Autorité de la Concurrence y Bundeskartellamt, 2016). En cambio, los datos a nivel individual pueden ser especialmente valiosos para productos como las plataformas de redes sociales, en las que el acceso a esos datos es una parte importante del valor de la plataforma (OECD, 2022). Cuando la escala es crucial, o cuando los datos a nivel individual no son portables, los datos podrían contribuir al poder de mercado del operador tradicional.

<sup>27</sup> En ocasiones, para que un conjunto de datos sea útil, puede ser necesario cotejarlo con perfiles de usuarios individuales. Además, es posible que no todas las empresas de un mercado tengan acceso a los conocimientos y recursos necesarios para manejar, procesar y analizar un conjunto de datos.

<sup>28</sup> Por ejemplo, la CE observó en la fusión Facebook/WhatsApp que la frecuente entrada en el mercado y los cortos ciclos de innovación significaban que las altas cuotas de mercado no indicaban necesariamente un mayor poder de mercado.

<sup>29</sup> Decisión de la Bundeskartellamt de 17 de julio de 2019 sobre el asunto Amazon, caso B2-88/18.

### 3.2.2. Determinante clave: barreras de entrada

Pese a los avances doctrinales y legislativos sigue considerándose que las barreras de entrada son el principal determinante del poder de mercado en plataformas digitales. Autores como Jones Harbour y Koslov (2010) estiman que, dado que existe cierta sustituibilidad entre la evaluación de los impactos sobre la competencia a través de la definición del mercado o de las barreras de entrada, tal vez la última conlleve un enfoque menos controvertido. De este modo, en la presente sección examinaremos bajo qué circunstancias los datos personales pueden ser considerados como tal y, por ende, constituir una fuente de poder económico para las grandes plataformas.

Los mercados intensivos en datos podrían presentar unas barreras de entrada elevadas dada la existencia de rendimientos crecientes de escala, economías de alcance o efectos de red. Los productos digitales requieren importantes costes fijos y costes variables bajos o incluso nulos, ya que incorporar usuarios adicionales puede hacerse sin prácticamente costes. Por tanto, factores como el coste de adquisición de datos (para acceder al mercado relevante e igualar las «ventajas competitivas del primero en llegar») podrían representar importantes barreras y contribuir al poder de mercado de las empresas digitales (OECD, 2022). En defensa de su importancia, diversos organismos de competencia han constatado que el acceso de una empresa incumbente a los datos de los consumidores podría incrementar las barreras de entrada en una serie de mercados de plataforma y permitirle penetrar en mercados adyacentes<sup>30</sup> (ACCC, 2019), tal como determinó la Bundeskartellamt en el asunto Facebook. La expansión vertical de actividad de las empresas en mercados de suministro y distribución supone que estas empresas compiten con los propios comerciantes y creadores de aplicaciones que usan sus plataformas (Hernán Carrillo). Esta expansión vertical aumenta su capacidad para recopilar nuevos datos y les convierte en *gatekeepers* de las tiendas *online* y mercados de aplicaciones de los que son, al mismo tiempo, propietarias y usuarias. Todo ello podría traducirse en comportamientos abusivos y de exclusión de competidores de las plataformas dominantes.

En mayor profundidad, autores como Rubinfeld y Gal (2017) han realizado un análisis de la cadena de valor asociada a los datos personales con el fin de identificar posibles barreras de entrada relacionadas con la recopilación, el almacenamiento, la síntesis y el análisis, y el uso de datos<sup>31</sup>. Con respecto a la recopilación, la Encuesta sobre Plataformas Digitales llevada a

<sup>30</sup> En sentido similar, en la fusión Google/Fitbit, la CE señaló la posibilidad de que los datos de Fitbit reforzaran el dominio de Google en el mercado de la publicidad online, declarando que «ninguno de los competidores de Google tenía acceso a una base de datos o a una capacidad de recopilación de datos equivalente a la de Fitbit y no era probable que adquieran dichos activos sin incurrir en costes significativos» (OECD, 2020).

<sup>31</sup> Por último, con respecto al almacenamiento, la síntesis y el uso de datos, Rubinfeld y Gal (2017) destacan la existencia de posibles barreras de entrada relacionadas con las propias regulaciones legales –las leyes de protección de datos y privacidad–, los acuerdos de exclusividad y los precios o condiciones de acceso

cabo por la ACCC (2019) muestra la importancia de considerar todas las fuentes de datos a las que una empresa tiene acceso, y de determinar si ese acceso es único o replicable<sup>32</sup>. Todo ello determinará si los competidores pueden acceder a los datos necesarios sin incurrir en importantes costes hundidos, lo que en caso contrario significaría que existen importantes barreras.

Además, Rubinfeld y Gal (2017) han observado que pueden surgir importantes barreras tecnológicas a la oferta si las empresas incumbentes logran economías de escala, o *learning by doing*. Los grandes costes fijos y hundidos que conlleva la recopilación de datos a gran velocidad también podrían elevar las barreras de entrada, tal como señalan Pecman, Johnson y Reisler (Pecman *et al.*, 2020). En este sentido, el análisis de la capacidad de un rival para replicar el conjunto de datos de una empresa incumbente en términos de «volumen, velocidad y variedad» de los datos resultaría de vital importancia (OECD, 2020). Asimismo, pueden existir barreras en relación con la demanda cuando están presentes los efectos de red. La existencia de mercados bilaterales y el hecho de que para recopilar ciertos datos sea necesario entrar en un mercado relacionado –lo que Rubinfeld y Gal (2017) denominan «entrada en dos niveles»–, puede incrementar los costes hundidos necesarios para penetrar en el mercado relevante. Por ello, las autoridades han considerado que los efectos de red contribuyen al poder de mercado, y que el impacto de los primeros sobre el segundo se ve intensificado dadas las características de los mercados digitales. En particular, se ha destacado la importancia de los «bucles de retroalimentación positiva» (Tucker, 2018), que pueden observarse tanto en efectos de red directos<sup>33</sup> como indirectos<sup>34</sup> y que, si son lo suficientemente fuertes, pueden llevar a un mercado a inclinarse hacia el monopolio (OECD, 2022), en particular si ningún competidor puede igualar el atractivo de la plataforma<sup>35</sup>. No obstante, la contribución de los efectos de red al poder de mercado es una cuestión controvertida que debe ser analizada dentro de un contexto específico<sup>36</sup> ya que, si bien «conducen

---

discriminatorios, los costes de cambio elevados (que podrían producir el denominado efecto *lock-in*), los límites a la interoperabilidad de datos y las dificultades para localizar a los consumidores relevantes.

<sup>32</sup> En todo caso, y de acuerdo con Maggolino y Ferrari (2020), «siempre debe llevarse a cabo un análisis empírico de las circunstancias caso por caso para evaluar si los mismos datos (es decir, los datos que responden a las mismas necesidades) podrían obtenerse en otro lugar del mercado». Análisis que, además, debería tener en cuenta el acceso de la empresa tanto a datos propios como de terceros (OECD, 2020).

<sup>33</sup> Un aumento en el uso de un servicio digital incrementará su valor, atrayendo así a más usuarios con sus respectivos datos personales y creando un ciclo que se autopropaga; un proceso que la ACCC (2019) observó, por ejemplo, con respecto a los motores de búsqueda *online*.

<sup>34</sup> Por ejemplo, un crecimiento de usuarios en un lado de la plataforma aumentaría el valor para los anunciantes –que conseguirán más datos de los usuarios–, lo que provocaría nuevas inversiones en la misma y atraería a más consumidores en el lado original, perpetuando así el ciclo (OECD, 2018).

<sup>35</sup> Una vez el mercado se ha inclinado a favor de una plataforma, las grandes barreras de entrada dificultan que una nueva empresa pueda competir con la plataforma incumbente, aunque tenga un producto superior y más innovador (Stigler Committee on Digital Platforms, 2019).

<sup>36</sup> Calvano y Polo (2021) han sugerido que los efectos de red no solo contribuyen al crecimiento de nuevas empresas, sino que también incentivan una competencia vigorosa para adquirir usuarios, lo que

naturalmente a cuotas de mercado más altas, la presencia de estos efectos por sí mismos no indica necesariamente una falta de competencia» (Bundeskartellamt, 2019). Para determinar su relevancia, deben considerarse factores como las expectativas y preferencias de los usuarios<sup>37</sup> o la existencia de interoperabilidad entre los productos de la competencia.

En opinión contraria, autores como Gilbert y Pepper (2015) relativizan la posesión de datos como una verdadera barrera de entrada, ya que son accesibles económicamente y son bienes no-rivales (pueden obtenerse por otros medios o comprando sets de datos)<sup>38</sup>, su propiedad está dispersa, tienen poco valor (relativamente) y están sujetos a rendimientos decrecientes. En relación con ello, una cuestión empírica fundamental reside en evaluar el punto en el que se producen las deseconomías de escala y alcance. Por ejemplo, el trabajo de Tucker (2018) sugiere que, al menos para los motores de búsqueda *online*, el acceso a periodos más largos de datos históricos no confiere necesariamente una ventaja significativa. De manera similar, Körber (2016) establece que los datos están sujetos a rendimientos marginales decrecientes, en el sentido de que cada dato adicional produce menos información.

Como vemos, se trata de una cuestión controvertida y cuyo análisis debe realizarse caso por caso, pero cuando se ha determinado que la posesión de datos sí contribuye al poder de mercado, es más probable que este poder se exprese de forma anticompetitiva (Graef *et al.*, 2015; OECD, 2020).

### 3.3. Comportamiento del consumidor y desequilibrios de poder

La conducta de los consumidores en ocasiones contribuye a la posición de dominio de las grandes plataformas. Por ejemplo, pueden mostrarse reticentes a cambiar de proveedor (ACCC, 2019) aunque sea posible y les beneficie, debido a la costumbre, o debido a una tendencia a no evaluar diferentes opciones de productos cuando actualmente obtienen un producto a precio cero (el denominado *efecto gratuito*, que es relativamente exclusivo de los mercados digitales). Además, suelen ser vulnerables a sesgos como el *framing bias*<sup>39</sup>, el *saliency bias*<sup>40</sup> y el

---

conduce a márgenes más bajos. Además, los efectos de red observados en los mercados digitales son diferentes de los de las industrias tradicionales, al no estar conectados a una infraestructura de red específica y, por lo tanto, podrían ser más efímeros como fuente de poder de mercado. En esta línea, Tucker (2018) sostiene que incluso podrían ser una fuente de inestabilidad en estos mercados.

<sup>37</sup> En relación con ello, Calvano y Polo (2021) han argumentado que si los usuarios creen que ninguno de sus contactos probará un nuevo servicio, o se resisten a ser los primeros en adoptarlo, incluso los que ofrecen una calidad significativamente mejor podrían tener dificultades para entrar en el mercado.

<sup>38</sup> Véase el análisis de la FNE en el caso Uber/Cornershop: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/aprob57a\\_F217\\_2020.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/aprob57a_F217_2020.pdf)

<sup>39</sup> O dejarse influir por la forma en que se presentan las diferentes opciones.

<sup>40</sup> Implica centrarse en las opciones más destacadas.

*default bias*<sup>41</sup>. Asimismo, la CE ha identificado la «rigidez» de los consumidores como otro de los factores que contribuye al poder de mercado de estas empresas, amplificando el impacto de ciertas estrategias de los operadores tradicionales, como la preinstalación de aplicaciones en un dispositivo (ACCC, 2019). En el informe Penrose (2021) se destacan las asimetrías de información y los desequilibrios de poder existentes en el sector digital entre consumidores y empresas. Los usuarios de las plataformas *online*, cuyos ingresos proceden de la cesión de sus datos personales a los diversos anunciantes, no pueden tomar decisiones informadas, ya que desconocen el precio real del servicio que se les ofrece, basado en el valor de los datos que estos mismos ceden. Ello puede llevar a que se vean sin más opciones que aceptar las condiciones de recopilación de datos, lo que dificulta la evaluación de la privacidad como una dimensión de la competencia. Dichas asimetrías pueden distorsionar considerablemente el mercado de estos servicios digitales y debilitar la competencia, lo que nos lleva a afirmar que es la combinación de ambos fallos de mercado –desequilibrios de poder y problemas informacionales y del comportamiento– lo que conduce al inmenso poder de las grandes plataformas. Como veremos en la sección 5.<sup>a</sup>, lidiar con ellos se convierte en una prioridad fundamental si se quiere hacer frente de manera efectiva a su poder.

## 4. Conductas potencialmente anticompetitivas

En la presente sección analizaremos tres tipos de conductas potencialmente anticompetitivas –concentraciones, abusos de posición dominante y cárteles y colusión<sup>42</sup>– de acuerdo con los artículos 101 y 102 del TFUE, su posible vinculación con la recopilación excesiva de datos personales por parte de las grandes plataformas y sus efectos perjudiciales sobre la privacidad de los usuarios.

### 4.1. Concentraciones

Si bien parece aceptarse cada vez más que la privacidad puede ser relevante en las evaluaciones de concentraciones –en la medida en que es una dimensión de calidad que los consumidores valoran y, por tanto, en la que compiten las empresas–, no parece haber ninguna concentración que las autoridades de competencia hayan bloqueado basándose únicamente en estas preocupaciones (OECD, 2020). Debemos tener en cuenta que solo pueden prohibirse las operaciones de concentración susceptibles de obstaculizar de manera significativa la competencia (art. 3 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo), principalmente mediante la creación o reforzamiento de la empresa resultante. De este modo,

---

<sup>41</sup> Una tendencia a seleccionar la opción por defecto (OECD, 2020).

<sup>42</sup> Excluimos del estudio el impacto en las concentraciones, pues no parece haber ninguna concentración que las autoridades hayan bloqueado únicamente por motivos de privacidad.

lo relevante reside en determinar si el acceso a los datos derivado de la concentración refuerza el poder de mercado. Dicho esto, las concentraciones entre empresas que utilizan datos de los consumidores podrían dañar la competencia de dos formas distintas (OECD, 2020): a) reduciendo la calidad de la privacidad y la protección de datos ofrecida en el mercado relevante, o b) elevando las barreras de entrada o los costes de los rivales a través de la combinación de datos de los usuarios.

#### 4.1.1. Detrimento en la calidad de la privacidad y la protección de datos

La CE trata de evitar aquellas concentraciones que priven a los consumidores de ventajas como precios bajos, productos de calidad e innovación, pues estas operaciones incrementan de forma notable el poder de mercado de las empresas<sup>43</sup>. Ello podría producirse si, mediante el acceso a los datos derivado de la concentración, la empresa resultante refuerza su poder y posee capacidad para influir negativamente en las condiciones de privacidad de los usuarios o en otros parámetros de la competencia. Si el poder de mercado en la economía digital puede medirse en función del control de la información personal comercializable, las decisiones sobre concentraciones podrían a su vez tener en cuenta los efectos en el mercado de la combinación de estas capacidades (EDPS, 2014).

Estas preocupaciones son particularmente relevantes en los mercados de precio cero, donde la competencia se basa en gran medida en elementos de calidad y no de precio (OECD, 2018). Algunas concentraciones podrían estar motivadas por el deseo de acceder al conjunto de datos de un competidor, como ocurre en algunas de las denominadas *killer acquisitions* y *nascent acquisitions*. En este sentido, Gilbert y Pepper (2015) sugieren que «la eliminación de un *maverick* que ha desarrollado sistemas innovadores de protección y control de datos podría plantear problemas de competencia al reducir la innovación en la privacidad de los datos, aunque las partes fusionadas no fueran competidoras cercanas». En 2016, la CE permitió la fusión Microsoft/LinkedIn<sup>44</sup> y reconoció que la privacidad era un factor de calidad en el mercado de redes sociales, señalando que «las preocupaciones relacionadas con la privacidad no entran en el *ámbito* de la legislación de competencia, pero pueden tenerse en cuenta en la medida en que los consumidores la consideren un factor significativo de calidad y las partes de la fusión compitan entre sí por este factor». Por otro lado, en la fusión Google/DoubleClick<sup>45</sup>, siguiendo el precedente establecido por el asunto Asnef-Equifax<sup>46</sup>, la CE analizó el modo en que estas empresas utilizaban los datos de los consumidores acudiendo a la legislación sobre protección de datos (y no sobre competen-

<sup>43</sup> Apartado 8.º de las *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales*.

<sup>44</sup> Decisión de la Comisión de 6 de diciembre de 2016 sobre el asunto Microsoft/LinkedIn (M.8124).

<sup>45</sup> Decisión de la Comisión de 11 de marzo de 2008 sobre el asunto Google/DoubleClick (M.4731).

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006 sobre el asunto Asnef-Equifax vs. Ausbanc, caso 238/05.

cia) para defender su privacidad y señaló que «independientemente de la aprobación de la fusión, la nueva entidad está obligada en su actividad cotidiana a respetar los derechos fundamentales reconocidos por todos los instrumentos pertinentes a sus usuarios, a saber, entre otros, la intimidad y la protección de datos»<sup>47</sup>. No obstante, las decisiones mencionadas han sido criticadas (Ezrachi y Robertson, 2019) por no tener en consideración el impacto en el rastreo de terceros y por subestimar la ventaja real de los datos agregados. En concreto, argumentaron que la fusión Microsoft/LinkedIn «aumentó significativamente el alcance y la variedad de los datos adquiridos a través del rastreo de terceros»<sup>48</sup>.

Por otro lado, la CE mantuvo la separación entre las cuestiones relativas a la competencia y las relativas a los datos de los consumidores en su examen de la fusión TomTom/TeleAtlas<sup>49</sup>, al no tener en cuenta los impactos sobre la privacidad y la protección de datos personales. Del mismo modo actuaron la FTC estadounidense y la (anterior) Oficina de Defensa de la Competencia inglesa en la posterior fusión Facebook/Instagram (FTC, 2012). Además, en una serie de decisiones posteriores<sup>50</sup>, la CE pareció basarse en las leyes europeas de protección de datos para limitar la medida en que las fusiones podrían conducir a una reducción de la privacidad, a través de una mayor recopilación, agregación o uso de los datos de los consumidores.

#### 4.1.2. Elevación de las barreras de entrada o costes

Otra de las maneras en que una concentración puede dañar sensiblemente la competencia es elevando las barreras de entrada<sup>51</sup> a través de la combinación de los datos de los usuarios<sup>52</sup>, lo que reforzaría el poder de mercado de la empresa resultante.

<sup>47</sup> De manera similar, la FTC investigó si esta fusión podría afectar potencialmente a los atributos de la competencia no relacionados con el precio, como la privacidad del consumidor, y la comisaria Pamela Jones Harbour (2007) señaló que podría reducir el nivel de protección de datos ofrecido en el mercado de referencia aunque la legislación de protección de datos ofreciera unos estándares mínimos, ya que la competencia podría elevar los niveles de protección por encima de dichas normas.

<sup>48</sup> Por su parte, y sin tener en cuenta los impactos de la combinación de datos de los consumidores en la fusión Google/DoubleClick, la CE «rechazó el impacto a largo plazo sobre el bienestar de millones de usuarios en caso de que la información combinada y generada a través de la búsqueda (Google) y la navegación (DoubleClick) se procesara posteriormente con fines incompatibles».

<sup>49</sup> Decisión de la Comisión de 14 de mayo de 2008 sobre el asunto TomTom/TeleAtlas (M.4854)

<sup>50</sup> Entre otras, la Decisión de la Comisión de 4 de septiembre de 2012 sobre el asunto Telefónica UK/ Vodafone UK/Everything Everywhere (M.6314).

<sup>51</sup> United States v. Bazaarvoice (2014), *Competitive Impact Statement*: en 2014, los datos de los consumidores fueron considerados como una barrera de entrada en la fusión Bazaarvoice/PowerReviews, que supuso una concentración horizontal entre dos plataformas de valoración y reseñas, y que no fue permitida finalmente por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

<sup>52</sup> En el asunto Apple/Shazam, la CE reconoció la creciente importancia de los datos personales en los mercados relevantes y observó cómo Apple aprovechaba los datos de sus usuarios para fortalecer el

Condorelli y Padilla (2019) se han referido a una «estrategia de involucramiento de vinculación de políticas de privacidad», que podría utilizarse para aumentar la cantidad de datos recopilados de los consumidores en el marco de una fusión conglomerada. Bajo esta teoría, una empresa dominante obtendría un amplio consentimiento por parte de sus usuarios, lo que le permitiría utilizarlo en los nuevos mercados en los que se introduzca a través de la fusión y existan consumidores que se solapen en ambos.

En 2014 la CE permitió la fusión Facebook/WhatsApp<sup>53</sup>, una fusión entre una red social y una aplicación de comunicaciones, en la que ambas venían recopilando una gran cantidad de datos de los consumidores. Al revisar la fusión, la CE consideró la capacidad de la entidad fusionada para combinar los datos de ambas plataformas y aceptó la alegación por parte de estas de que ello resultaría técnicamente complicado, pero, en cualquier caso, señaló que el impacto competitivo sería limitado dado el importante solapamiento de usuarios (OECD, 2020). En este caso, las consideraciones sobre privacidad también quedaron relegadas a la legislación de protección de datos, afirmándose que «cualquier preocupación relacionada con la privacidad derivada de la mayor concentración de datos en manos de Facebook como resultado de la transacción no entra en el *ámbito* del Derecho de la competencia, sino en el de las normas de protección de datos». Al examinar la fusión, en un primer momento la CE reconoció que la privacidad podría funcionar como un parámetro de competencia no basado en el precio, pero finalmente estableció que la mayoría de las aplicaciones de comunicación de usuarios no competían en privacidad y, por tanto, esta última no era un factor relevante para considerar. Más bien, las diferencias en el nivel de privacidad ofrecido por ambas plataformas fueron utilizadas por la CE para determinar que operaban en mercados distintos (OECD, 2020). Con respecto a esta decisión destaca la crítica de Orla Lynskey (2018), que la tachó de «falacia lógica» al pasar por alto la posibilidad de que WhatsApp se hubiera diferenciado de Facebook con respecto a la protección de datos. Posteriormente en 2017, la CE multó a Facebook por proporcionar información incorrecta o engañosa en el marco de la evaluación de la fusión de 2014<sup>54</sup>, pero no se desvió de su anterior decisión, ya que había considerado esta posibilidad al autorizar la fusión.

En los casos en que la combinación de datos tenga el potencial de elevar las barreras de entrada o los costes de los competidores, una posible solución podría ser exigir a la parte fusionada que conceda acceso a su conjunto de datos fusionados (OECD, 2020). En la práctica, varias concentraciones han sido bloqueadas –o autorizadas con condiciones–,

---

posicionamiento de Shazam en el mercado de la publicidad *online*. Sin embargo, consideró que no obstaculizaría significativamente la competencia, dado que existían mayores agentes de mercado que podrían asimismo competir. En última instancia, consideró que incluso si la entidad fusionada denegara el acceso a los datos de los usuarios de Shazam a los competidores de Apple, sería improbable que ello elevara las barreras de entrada y, por tanto, obstaculizara la competencia.

<sup>53</sup> Decisión de la Comisión de 3 de octubre de 2014 sobre el asunto Facebook/WhatsApp (M.7217).

<sup>54</sup> En concreto, la CE descubrió que Facebook conocía una posible solución técnica para emparejar automáticamente los perfiles de los usuarios de ambas plataformas digitales.

debido a la preocupación existente acerca de que los datos de los consumidores de la parte fusionada puedan tener un efecto anticompetitivo en el mercado de referencia.

## 4.2. Abusos de posición dominante

Se trata de conductas de una o varias empresas con posición dominante que restringen u obstaculizan la competencia en los mercados. Como la CE reconoce, el bienestar no viene determinado únicamente por factores relacionados con el precio, sino también por aquellos relacionados con la calidad y la posibilidad de elección del consumidor, preocupaciones que se tornan relevantes tanto para el derecho de protección de datos como para la competencia.

Estas conductas prohibidas vienen establecidas en el artículo 102 del TFUE y en el artículo 2 de la LDC, y la existencia de esta prohibición se condiciona a que la empresa en cuestión disfrute de una posición dominante en el mercado de referencia. Sin embargo, ninguna de las normas nos proporciona una definición del término «abuso», limitándose a establecer una lista *numerus apertus* de conductas abusivas; lo que ha llevado a la CE a calificar los conceptos de posición dominante y explotación abusiva de «indeterminados e inciertos» y a la necesidad de acudir a la jurisprudencia con el fin de lograr una interpretación efectiva. En ese sentido, y en aras de identificar los posibles abusos en mercados digitales, adoptaremos la distinción establecida en el asunto Continental Can<sup>55</sup> entre «abusos de explotación» y «abusos de exclusión», además de contemplar las nuevas formas de abuso surgidas a raíz de las particularidades de estos mercados.

### 4.2.1. Abusos de exclusión

Podría producirse cuando una empresa dominante restringe el acceso de los competidores a los datos de los usuarios, eliminando o generando desventajas a sus rivales y disminuyendo de manera indirecta el bienestar de los consumidores, que se ven privados de un mercado competitivo eficiente. Además, podría tratarse de asuntos en los que la privacidad desempeña un papel directo en la exclusión de los rivales, como es el caso de Google Privacy Sandbox.

En primer lugar, la banca abierta en el Reino Unido es un buen ejemplo de ello. Tras una investigación sobre la banca minorista en 2016, la Competition and Markets Authority (en adelante, CMA) concluyó que el mercado no funcionaba eficientemente, tras descubrir que existían obstáculos para acceder a la información y barreras para cambiar de banco. La

---

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1973 sobre el asunto Europemballage Corporation & Continental Can Company vs. Commission, caso 6/72.

combinación de estas características significaba que había una débil respuesta de los clientes ante las diferencias en los precios o la calidad del servicio, lo que llevaba a los bancos a poseer un poder de mercado unilateral sobre su base de clientes existente (Eversheds Sutherland, 2021). Como resultado, los incentivos de los bancos para competir eran muy bajos y aquellos más grandes y con mayor antigüedad mantenían cuotas de mercado elevadas y estables. Una de las soluciones impuestas por la CMA a los nueve mayores bancos del Reino Unido fue abrir los conjuntos de datos<sup>56</sup> de cuentas bancarias de sus clientes para fomentar la banca abierta (Eversheds Sutherland, 2021). Para abordar los problemas de privacidad, se dio a los consumidores la oportunidad de optar por no compartir sus datos.

Ello guarda relación con la negativa a suministrar<sup>57</sup> y con el concepto de «instalación esencial» (o *essential facility*), entendida como «un producto o servicio que es objetivamente necesario para poder competir eficazmente» y para el que no existe ningún producto o servicio alternativo y en el que los obstáculos técnicos, jurídicos o económicos hacen imposible o irrazonablemente difícil desarrollar una alternativa (Brokelmann, 2006). «Es probable que la negativa a suministrar tal instalación conduzca a la eliminación de la competencia efectiva» o a un perjuicio para el consumidor «cuando los competidores a los que la empresa dominante cierra el mercado se vean impedidos, como consecuencia de la denegación, de introducir bienes o servicios innovadores en el mercado, o cuando sea probable que se ahogue la innovación subsiguiente» (Brokelmann, 2006). Las empresas que han realizado una inversión para controlar datos que les confieren una ventaja competitiva carecen generalmente de incentivos suficientes para permitir a sus competidores (reales o potenciales) el acceso a los mismos, y, como regla general, no tienen obligación de hacerlo ni siquiera en el caso de que ocupen una posición dominante (Robles Martín-Laborda, 2021). La denegación de acceso a tales datos difícilmente constituirá un abuso de dicha posición (Robles Martín-Laborda, 2021). Precisamente por la dificultad de considerar que la negativa de acceso constituya un abuso, esta obligación se ha establecido legislativamente (la PSD2<sup>58</sup> está inspirada en el *open banking* a que hemos hecho referencia). Una medida con alcance más limitado sería posibilitar el ejercicio del derecho a la portabilidad de datos (Robles Martín-Laborda, 2021), al que nos referiremos posteriormente en la sección 5.<sup>a</sup>

---

<sup>56</sup> De manera similar, tanto las autoridades de competencia francesas como británicas exigieron a las empresas minoristas de energía que pusieran los datos energéticos de sus clientes a disposición de los competidores para preservar la competencia (CMA, 2016 y Autorité de la Concurrence, 2014). Del mismo modo, la autoridad italiana de competencia concluyó que el control exclusivo de las listas de clientes por parte de dos empresas energéticas reguladas podría obstaculizar la competencia en la prestación de servicios energéticos liberalizados (Maggiolino y Ferrari, 2020).

<sup>57</sup> Bajo el espectro del artículo 102 b) del TFUE: «Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores».

<sup>58</sup> Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

Finalmente, uno de los casos más relevantes es el de FTC v. Facebook<sup>59</sup>, cuya decisión se encuentra pendiente en la actualidad. En él, la FTC por primera vez consideró explícitamente una degradación de la privacidad como una forma relevante de perjuicio al consumidor (Witt, 2021). En diciembre de 2020, la FTC demandó a Facebook por monopolizar el mercado estadounidense de servicios de redes sociales, en violación de la Sec. 2 *Sherman Act*. No obstante, y como veremos más adelante, mientras que la FCO alemana acusó a Facebook de llevar a cabo una conducta de explotación del consumidor, la FTC la calificó como una conducta de exclusión, basándose en teorías del daño distintas. De acuerdo con la FTC, Facebook se había involucrado en dos tipos de conductas excluyentes: por un lado, excluía a los competidores del mercado imponiendo condiciones contractuales anticompetitivas a los desarrolladores de *software* y, por otro, eliminaba la competencia adquiriendo estratégicamente a los competidores (WhatsApp e Instagram). Como señaló la autoridad estadounidense, esta supresión de la competencia causa un perjuicio significativo a los clientes de Facebook, que se ven privados de los beneficios que sí proporcionaría un mercado competitivo, incluyendo una continua innovación, mejoras de calidad y posibilidades de elección. Y según la FTC, esta posibilidad de elección se traduce en que puedan escoger un proveedor de redes sociales que se ajuste más a sus preferencias, relativas a la disponibilidad, calidad y variedad de opciones de protección de la privacidad de datos, así como de su recopilación y uso.

#### 4.2.2. Abusos de explotación

Se refiere a la conducta de una empresa dominante que utiliza su posición de dominio en un mercado concreto para imponer a sus clientes condiciones comerciales injustas que no podría haber conseguido en un mercado competitivo, y que los consumidores no tienen más remedio que aceptar, a falta de alternativas viables. A nivel de la UE, se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 102 a) del TFUE.

Una empresa dominante podría abusar de su posición reduciendo el nivel de privacidad y protección de datos que ofrece a los consumidores –como en las investigaciones sobre el intercambio de datos entre Facebook y WhatsApp–, lo que constituye un abuso de explotación en determinadas jurisdicciones. Por ejemplo, Stucke (2018) sostiene que «un monopolista de datos, en la medida en que su modelo de negocio depende de la recolección y explotación de datos personales, puede tener el incentivo de reducir la protección de la privacidad por debajo de los niveles competitivos y recopilar datos personales por encima de estos». En este sentido, autores como Ezrachi y Robertson (2019) han argumentado que en las jurisdicciones que son capaces de perseguir los precios excesivos por parte de las empresas dominantes, las mismas leyes podrían utilizarse para evitar la recopilación injusta de datos por parte de una empresa dominante.

---

<sup>59</sup> FTC v. Facebook, Case 1:20-cv-03590-JEB.

En la práctica y hasta la fecha, parece existir solamente un caso de explotación en el que se tengan en cuenta la privacidad y la protección de los datos personales. Generalmente, el derecho de competencia de la UE desestima cualquier asunto relacionado con la privacidad y sus infracciones en la evaluación del derecho de competencia. Sin embargo, la Bundeskartellamt señaló que las normas de competencia podían utilizarse para justificar la protección de derechos constitucionales y dictaminó que Facebook había abusado de su poder en el mercado de las redes sociales con respecto a la recopilación de datos desde «fuera de Facebook»<sup>60</sup>. De este modo, esta decisión es la primera que ha establecido una teoría del daño relativa a una reducción de la privacidad como un abuso de posición dominante y, en ella, la FCO tuvo que lidiar con importantes obstáculos jurídicos; a saber: (a) probar que los términos de recopilación de datos de Facebook eran injustos y (b) establecer una relación de causalidad entre la ausencia de competencia y el daño causado por Facebook en aras de poder aplicar el derecho de competencia. Al evaluar las prácticas de Facebook en relación con la recopilación de datos, la Bundeskartellamt mantuvo un contacto regular con las autoridades de protección de datos y determinó que estas eran incompatibles con las normas del RGPD, lo que equivalía a un abuso de posición dominante. En dicha evaluación adoptó un enfoque acumulativo, indicando que la sola infracción del RGPD podría no equivaler a un daño competitivo en sí mismo, pero que era relevante desde la perspectiva del derecho de competencia y estableció que el abuso de la posición de mercado de Facebook podría incorporar elementos de esta infracción (Witt, 2021). Argumentó que su poder de mercado ponía esencialmente a los consumidores en una posición de «lo tomas o lo dejas» y concluyó que sus prácticas contribuían a afianzar su posición dominante (Bundeskartellamt, 2019). De este modo, dedujo la relación causal entre la posición dominante y el perjuicio, del hecho de que el desequilibrio de poder entre Facebook y sus usuarios era un factor clave que contribuía a la ilegalidad de la conducta de Facebook en virtud del RGPD. La FCO se refirió a ello como una «causalidad normativa» y consideró que no era necesario establecer una hipótesis de contraste para demostrar que Facebook no habría podido imponer estas condiciones de recopilación de datos a los consumidores en un mercado competitivo (Witt, 2021). Como remedio, obligó a Facebook a modificar sus prácticas de recogida y tratamiento de datos en un plazo de 12 meses. Facebook recurrió la decisión ante el Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, que suspendió la orden en agosto de 2019<sup>61</sup>. En particular, no aceptó que una posible violación de las normas de privacidad desencadenara automáticamente una violación de las normas antimonopolio en el caso de una empresa dominante<sup>62</sup>. La suspen-

<sup>60</sup> Decisión de la Bundeskartellamt de 15 de febrero de 2019 sobre el asunto Facebook, caso B6-22/16.

<sup>61</sup> Decisión del Tribunal Regional Superior de Düsseldorf de 26 de agosto de 2019 sobre el asunto Facebook/Bundeskartellamt, caso Vi-Kart 1/19 (V).

<sup>62</sup> Además, argumentó que los usuarios decidían de forma autónoma si estaban de acuerdo con los términos y condiciones de Facebook cuando se registraban en el servicio, y consideró que la recopilación de datos por parte de Facebook no constituía una explotación, ya que los consumidores podían seguir poniendo los mismos datos a disposición de otras empresas (Witt, 2021).

sión de la orden eximió a Facebook de aplicar la anterior decisión de la Bundeskartellamt. Posteriormente, el Tribunal Federal de Justicia consideró que Facebook había incurrido en una conducta anticompetitiva y anuló la orden del Tribunal Regional. Aunque no rechazó el concepto de perjuicio de la FCO puramente basado en la privacidad, el Tribunal Federal argumentó que Facebook había perjudicado a los consumidores al aprovechar su posición de dominio para privarles de una opción que un mercado competitivo les habría ofrecido (Witt, 2021). El tribunal de Düsseldorf decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial al TJUE<sup>63</sup>, cuestionándole si una autoridad nacional de competencia puede aplicar el RGPD como base para una decisión sancionadora en virtud del derecho de la competencia (Witt, 2021). En este contexto, en el dictamen publicado en septiembre de 2022 ante el TJUE, el abogado general Rantos validó el enfoque de la autoridad alemana que, finalmente considerado por el tribunal<sup>64</sup>, ha supuesto un cambio de extrema importancia en la jurisprudencia<sup>65</sup>, con relevantes implicaciones en lo que a la cooperación entre autoridades de competencia y de protección de datos se refiere. Analizaremos esta cuestión en mayor profundidad en la sección 5.<sup>a</sup>.

### 4.3. Cárteles y colusión

Las prácticas de colusión que acuerdan el nivel de privacidad ofrecido a los consumidores podrían constituir una infracción del derecho de la competencia, al igual que cualquier otro acuerdo sobre calidad, producción o precio. Sin embargo, no está tan claro que el intercambio de datos facilite dichas prácticas colusorias si los datos no incluyen información sobre precios, calidad, innovación o elección<sup>66</sup>. De hecho, en la práctica se ha tendido a permitir el flujo de datos personales, ya que normalmente se considera que fomenta la competencia (OECD, 2020). Además, características como el dinamismo, la utilización de diversas plataformas simultáneamente (*multi-homing*), la diferenciación y complementariedad de productos o la constante innovación en mercados digitales dificultan el consenso sobre los términos

---

<sup>63</sup> Desafortunadamente, la cuestión prejudicial no incluye una pregunta acerca del concepto de daño en términos del artículo 102 del TFUE, ya que la FCO (no estando segura de cuál era la interpretación correcta) había decidido no aplicar el artículo, además de la prohibición alemana del abuso de posición dominante. Si el artículo 102 a) del TFUE cubriera los casos de explotación consistentes en la recopilación excesiva de datos, la FCO habría tenido la obligación legal de aplicar el mencionado artículo, además de la prohibición alemana de abuso de posición dominante, y habría infringido la legislación de la UE al no hacerlo. La obligación de aplicar el artículo 102 de la TFUE, además de la legislación nacional sobre competencia en los casos contemplados por el mismo, se desprende del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

<sup>64</sup> STJUE, de 4 de julio de 2023, Asunto C-252/21 (Meta Platforms Inc).

<sup>65</sup> Hasta ahora apoyada mayoritariamente en el caso Asnef-Equifax.

<sup>66</sup> Debemos tener en cuenta que los datos generalmente no constituyen información estratégica –como sí lo son los precios o las cantidades futuras–, por lo que su intercambio difícilmente favorecerá la colusión.

del acuerdo colusorio<sup>67</sup> e incluso su posterior viabilidad. El estudio de Christophe Carugati (2022) muestra que los diferentes países investigan la privacidad en los casos antimonopolio y de control de concentraciones, pero no en los de cártel. El asunto Asnef-Equifax<sup>68</sup> es citado a menudo como uno de los primeros casos en que el TJUE examinó cuestiones de privacidad (si bien el riesgo que señalaba el tribunal era de exclusión). No obstante, en última instancia se remitió a la legislación sobre protección de datos, en lugar de a la legislación sobre competencia. Al considerar el acuerdo que facilitaba el intercambio de datos personales, el tribunal señaló: «Los posibles problemas relativos a la sensibilidad de los datos personales no son, como tal, una cuestión del derecho de la competencia, sino que pueden resolverse sobre la base de las disposiciones relativas al derecho de protección de datos».

## 5. Posibles remedios

Durante mucho tiempo, y como hemos observado a lo largo del presente estudio, las legislaciones sobre competencia y protección de datos se han considerado separadas, con objetivos diferentes y con la tarea de hacer frente a distintos fallos de mercado. Esta es la razón por la que el caso Facebook de la FCO ha sido tan controvertido<sup>69</sup>, al tener en cuenta los problemas de privacidad en un caso de competencia y vincularlo directamente con el derecho de protección de datos (Kerber, 2021). El debate sobre el inmenso poder económico de las grandes plataformas ha llevado a la conclusión de que existen múltiples interdependencias y que, por lo tanto, un enfoque de separación pura ya no es una estrategia adecuada (Kerber, 2021). Si ambas leyes se aplican independientemente, podrían surgir tres problemas<sup>70</sup>: conflictos<sup>71</sup>, lagunas<sup>72</sup> e infraexplotación de sinergias<sup>73</sup>. Para lidiar con ellos, podrían emplearse

<sup>67</sup> En ese sentido: M.7217 - Facebook/WhatsApp.

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006 sobre el asunto Asnef-Equifax vs. Ausbanc, caso 238/05.

<sup>69</sup> Por lo tanto, no es sorprendente que la principal crítica a la decisión de la FCO proceda del enfoque tradicional (mantenido asimismo por la Comisión en la mayoría de los asuntos) de que estos dos regímenes jurídicos deben mantenerse distantes.

<sup>70</sup> Expuestos por Kerber (2021).

<sup>71</sup> Como sería el caso si los remedios del derecho de competencia obligaran al intercambio de datos personales, con sus potenciales efectos negativos para la privacidad; o si las autoridades de ambos regímenes emitieran decisiones contradictorias o incompatibles entre sí (Kerber, 2021).

<sup>72</sup> Podrían existir casos en los que una conducta con efectos negativos para la competencia o la privacidad no sea abordada por ninguno de los regímenes, al considerar que está fuera de sus competencias. Además, también podrían darse estas lagunas si alguna de las leyes se aplica insuficientemente. El caso alemán Facebook podría servir como ejemplo, ya que, en un primer momento, la legislación de protección de datos de la UE no aplicó el RGPD y fue la FCO la autoridad que posteriormente intervino para solventar esta laguna.

<sup>73</sup> En este sentido, véase Graef *et al.* 2018. Especialmente importantes son los casos en que la aplicación de ambas leyes va en una misma dirección, apoyando tanto la competencia como la privacidad.

dos estrategias regulatorias básicas (Kerbet, 2021): estrategias unilaterales y estrategias de cooperación. Analizaremos ambas a continuación.

## 5.1. Estrategias unilaterales

Existe un amplio consenso acerca de la necesidad de que cada una de las legislaciones tenga en cuenta de manera unilateral estos efectos de interacción.

### 5.1.1. Derecho de competencia tradicional

El caso alemán Facebook ha generado un debate sobre cómo integrar las preocupaciones de privacidad en el marco del derecho de competencia (OECD, 2020, pp. 24-41) para lograr una conciliación efectiva entre ambos regímenes<sup>74</sup>. Si bien es una estrategia unilateral y no analiza directamente la interacción entre ambos regímenes, constituye un gran paso hacia delante.

A pesar de la proliferación de nuevos instrumentos legislativos (como la DMA o la Sec. 19.<sup>a</sup> GWB) tendentes a combatir el poder económico de las grandes plataformas, su utilidad reside en complementar (y no sustituir) al derecho de competencia tradicional (Kerber, 2021)<sup>75</sup>. En este sentido, la 10.<sup>a</sup> enmienda del derecho alemán de competencia no solo ha incorporado la nueva Sec. 19.<sup>a</sup> GWB, sino que ha introducido una serie de reformas con el fin de proteger la competencia en la economía digital. A diferencia del informe Furman o de la DMA, estas reformas se han incorporado directamente en el derecho de competencia y serán aplicadas por sus autoridades<sup>76</sup>. Especialmente innovador es el concepto utilizado para determinar qué empresas están sujetas a estas nuevas normas: aquellas con una

---

Por tanto, cabe preguntarse qué soluciones regulatorias pueden contribuir a mejorar estas sinergias o a crear nuevas vías para que las legislaciones se ayuden mutuamente a alcanzar sus objetivos (Kerber, 2021).

<sup>74</sup> Dado que los daños sobre la privacidad también pueden considerarse en cierta medida como perjuicios a los consumidores dentro del derecho de la competencia, y teniendo en cuenta que determinadas estrategias de recopilación de datos por parte de las grandes plataformas tienden a elevar las barreras de entrada y a provocar efectos de exclusión, existen posibilidades teóricas para tener en cuenta los efectos de la privacidad (OECD, 2020).

<sup>75</sup> Especialmente con respecto al control *ex post* del comportamiento abusivo de las empresas dominantes (art. 102 TFUE). La aplicación de este último sigue siendo absolutamente relevante, ya que los primeros olvidan perseguir determinadas conductas, como los acuerdos anticompetitivos y, más relevante si cabe, las concentraciones.

<sup>76</sup> Siguiendo las previsiones de la nueva Sec. 19a GWB, la FCO inició en 2021 diversas investigaciones contra Facebook, Amazon, Google y Apple.

«importancia capital para la competencia en los mercados»<sup>77</sup>. Una vez que la empresa se sujeta a estas normas, la autoridad de competencia puede prohibirle una serie de comportamientos<sup>78</sup> que en gran medida coinciden con los previstos en la DMA, pero cuya redacción es mucho más abierta (Kerber 2021). A diferencia de la DMA, estos comportamientos no están directamente prohibidos<sup>79</sup>, sino que se ofrece a la autoridad alemana una lista de opciones sobre las conductas que puede prohibir (Kerber y Specht-Riemenschneider, 2021). Además, dado que la intención de la enmienda es lograr una aplicación rápida y eficaz, se introduce un desplazamiento de la carga probatoria, lo que implica una presunción de que tales comportamientos dificultan la competencia, aunque las empresas tienen la posibilidad de justificarlos (Kerber, 2021). Por último, mencionar que algunos de los comportamientos prohibidos también hacen referencia a los intereses de los consumidores con respecto a sus datos personales<sup>80</sup> (Witt, 2021).

A pesar de ser considerado un mecanismo innovador y un complemento valioso para la DMA (Witt, 2021), los expertos han cuestionado su eficacia. El derecho de competencia tradicional no puede resolver eficazmente los problemas de privacidad debido a su limitación para abordar los fallos de mercado informacionales y del comportamiento, cruciales en el contexto del poder económico de las grandes plataformas digitales (Kerber, 2021).

## 5.1.2. DMA

La constitución de un mercado único digital (DSM) constituye una prioridad fundamental para la UE, que recientemente ha promulgado la DSA<sup>81</sup> y la DMA<sup>82</sup>, basadas en el Reglamen-

<sup>77</sup> O como la Sec. 19a (1) GWB reza: *paramount significance for competition across markets*. Esta definición enfatiza el carácter conglomerado de las grandes plataformas digitales, la existencia de ecosistemas y los efectos interconectados entre mercados, ampliando así la consideración del poder económico de estas compañías más allá de los conceptos tradicionales de dominio de mercado centrados en mercados específicos (Kerber y Specht- Riemenschneider, 2021).

<sup>78</sup> *Self-preferencing*, el uso de los datos recopilados para elevar las barreras de entrada, el impedimento de la interoperabilidad o la portabilidad de datos.

<sup>79</sup> En ese sentido, Franck/Peitz.

<sup>80</sup> En particular, la Sec. 19a (2) n.º 2, 3, 4 y 5 GWB se centra en diferentes aspectos de la protección de la libertad de elección de los usuarios (incluyendo la interoperabilidad y la portabilidad de datos); y la n.º 4, que prohíbe a estas grandes empresas procesar datos de otros servicios sin el consentimiento del usuario, se asemeja en gran medida a la obligación del artículo 5(a) DMA (y, por tanto, a los remedios utilizados en el caso alemán Facebook).

<sup>81</sup> Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). PE/30/2022/REV/1. Diario Oficial de la Unión Europea.

<sup>82</sup> Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE)

to (UE) 2019/1150<sup>83</sup>. Hemos decidido incluir un apartado específico para la DMA, debido a que tanto sus objetivos –disputabilidad y equidad–<sup>84</sup> como su estructura –regulación *ex ante* de conductas prohibidas *per se* y previsión de un mecanismo de actualización para adaptarse al dinamismo de los mercados digitales–<sup>85</sup> difieren considerablemente de aquellas del derecho de competencia tradicional<sup>86</sup>. Además, y como veremos a continuación, tampoco la designación de *gatekeepers* requiere la definición de mercados o una evaluación de la posición dominante en un mercado determinado –evitándose los problemas que hemos mencionado más arriba–

A diferencia de iniciativas como el informe Furman o la nueva Sec. 19.<sup>a</sup> GWB, la DMA no se encarga de una manera directa de las grandes firmas digitales, sino que pretende hacer frente al dominio de las grandes plataformas *online* consideradas como *gatekeepers*<sup>87</sup>. Por otro lado, dado que el tradicional control *ex post* resulta lento e inefectivo, la estrategia regulatoria básica de este instrumento se centra en que las plataformas tengan que cumplir directamente con las obligaciones previstas, sin la necesidad de investigaciones, prueba del daño o decisiones de la Comisión<sup>88</sup>, lo que ofrece la oportunidad de que estas normas se apliquen de manera mucho más rápida (Kerber, 2021).

---

2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). PE/17/2022/REV/1. Diario Oficial de la Unión Europea.

<sup>83</sup> Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. PE/56/2019/REV/1. Diario Oficial de la Unión Europea.

<sup>84</sup> Considerando 7.º DMA.

<sup>85</sup> Artículos 12 y 19 DMA.

<sup>86</sup> En el considerando 11.º DMA se establece de manera explícita que este instrumento persigue intereses complementarios, pero distintos, a los del derecho de competencia tradicional (arts. 101 y 102 TFUE).

<sup>87</sup> El artículo 3(1) DMA designa como tal a aquellas empresas que: a) tengan una gran influencia en el mercado interior; b) presten un servicio básico de plataforma que sea una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales; y c) tengan una posición afianzada y duradera, por lo que respecta a sus operaciones, o es previsible que alcancen dicha posición en un futuro próximo. El artículo 2(2) DMA define diez servicios básicos de plataforma, entre los que se encuentran los servicios de intermediación en línea (como el *marketplace* de Amazon), los motores de búsqueda *online* (como el de Google) y los servicios de redes sociales *online* (como Facebook). Además, para facilitar su designación, la norma utiliza umbrales cuantitativos concretos (art. 3(2) DMA), con respecto al volumen de negocios, el número de empresas y usuarios finales, etc., cuyo cumplimiento conduce a una fuerte presunción acerca de la naturaleza de dicho proveedor como *gatekeeper*. Sin embargo, esta presunción puede refutarse por las empresas (art. 3(5) DMA), y la CE puede designar a una empresa como guardián tras realizar una investigación de mercado, si no se cumplen estos umbrales cuantitativos (art. 3(3) DMA).

<sup>88</sup> La DMA distingue entre las obligaciones del artículo 5 y del artículo 6. Mientras que las obligaciones del artículo 6 podrían necesitar una mayor especificación, las obligaciones del artículo 5 se suponen lo suficientemente claras como para que los guardianes puedan cumplirlas directamente. En la medida en que sea necesaria una mayor especificación, la DMA ofrece un procedimiento que incluye la posibilidad de un diálogo regulador entre la Comisión y los guardianes.

En relación con los objetivos de la DMA, y más concretamente, con el de equidad (Kerbet, 2021), el reglamento observa una relación directa entre la posición de *gatekeeper* y los «graves desequilibrios en el poder de negociación», que conducen a «condiciones injustas tanto para los usuarios profesionales como finales de los servicios básicos de plataforma en detrimento de los precios, la calidad y la innovación» (considerando 4.º DMA). Estas prácticas desleales podrían causar efectos negativos, como un reparto injusto del excedente, en el que ni empresas ni usuarios finales disfrutarían de las justas recompensas por sus contribuciones al bienestar económico y social (Digital Regulation Project, 2021). Ello guarda relación con los clásicos abusos de explotación por parte de empresas con poder de mercado, regulados en el derecho tradicional de competencia (Schweitzer, 2021); lo que significaría que este concepto de equidad podría lidiar con ambos fallos de mercado (desequilibrios de poder, por un lado, y problemas informacionales y del comportamiento, por otro) y proteger a los usuarios empresariales frente a las normas opacas de las plataformas, las restricciones indebidas a su capacidad para competir y la privación de las recompensas por sus resultados (Kerber, 2021).

Por otro lado, la DMA merece un análisis de sus efectos sobre la privacidad y la protección de datos (Kerber, 2021). El considerando 35.º DMA enfatiza la necesidad de las obligaciones «para abordar las preocupaciones de orden público identificadas», mencionando explícitamente la «necesidad de proteger la intimidad y combatir las prácticas comerciales engañosas». De esta manera, en lo que respecta a los usuarios finales, esta interpretación permite tener en cuenta los objetivos de la legislación de protección de datos, a saber, la autodeterminación informativa/soberanía del consumidor con sus dimensiones de (a) fortalecimiento de la autonomía (y garantía de elección), y (b) protección contra la manipulación informativa y del comportamiento (poder de información) (Kerber y Specht-Riemenschneider, 2021). En relación con la dimensión a) y de acuerdo con la solución establecida en el caso alemán Facebook, la regulación asimétrica del artículo 5(2) DMA obliga a los guardianes a recabar un consentimiento adicional para la combinación de datos personales procedentes de distintas fuentes, cuya justificación se incluye en el considerando 36.º de la misma norma<sup>89</sup>. Sin embargo, esta solución ha recibido numerosas críticas, en el sentido de que los consumidores pueden tener los inconvenientes habituales (como en el RGPD) a la hora de prestar un consentimiento libre e informado (Kerber, 2021) y pueden verse empujados (*nudged*) a prestar su consentimiento en favor de las plataformas a través de los diseños manipuladores de las arquitecturas de elección (*dark pattern*

---

<sup>89</sup> Considerando 36.º DMA: «El tratamiento de datos personales [...] proporciona a los guardianes ventajas potenciales en términos de acumulación de datos, lo que crea obstáculos a la entrada al mercado [...]. Para garantizar que los guardianes no menoscaben deslealmente la disputabilidad de los servicios básicos de plataforma, dichos guardianes deben permitir que los usuarios finales puedan elegir libremente participar en tales prácticas [...] ofreciéndoles una alternativa menos personalizada, aunque equivalente, y sin condicionar el uso del servicio básico de plataforma o de determinadas funcionalidades de este al consentimiento del usuario final»

*behavior*). Si bien la CE trata de evitarlo –como se observa en el considerando 37.<sup>90</sup>–, no parece ser suficiente, por lo que se han propuesto medidas adicionales, como la inclusión de disposiciones complementarias<sup>91</sup> o incluso la prohibición absoluta del tratamiento de datos personales, si se considera que es especialmente peligroso<sup>92</sup>. Esta última solución también tendría sentido para alcanzar el objetivo de disputabilidad, ya que si la mayoría de usuarios prestaran su consentimiento, las grandes plataformas seguirían disfrutando de importantes ventajas competitivas (Kerber y Zolna, 2022). Más allá del artículo 5(2) DMA, existen una serie de disposiciones –arts. 5(3), (5), 6(3) y (4)– que pretenden fortalecer la capacidad de elección tanto de empresas como de usuarios finales y que al mismo tiempo funcionan como instrumentos para afianzar la disputabilidad y la competencia en los mercados digitales<sup>93</sup> (Kerber, 2021). De nuevo, y de acuerdo con el informe Furman, no queda claro si dichas obligaciones pueden aplicarse de manera eficaz tal como están especificadas o si resulta necesaria una autoridad reguladora con amplios conocimientos tecnológicos (Kerber, 2021).

Por otro lado, dado que los artículos 6(2), (10) y (9) guardan una estrecha relación entre sí, merecen ser analizados de forma conjunta. Si bien los considerandos parecen sugerir que su principal justificación es afianzar la competencia y la disputabilidad, la lectura de los artículos deja entrever cuestiones de equidad (Kerber, 2021). El hecho de que el proveedor de una plataforma se encuentre técnicamente en una posición única para observar todo lo que ocurre en ella y, por tanto, pueda recopilar todos los datos generados por las interacciones entre empresas y usuarios finales en la misma, conduce a una posición de control exclusivo sobre estos datos por parte del *gatekeeper* (Kerber y Zolna, 2022). Sin embargo,

<sup>90</sup> Considerando 37.º DMA: «Cuando el guardián de acceso solicite el consentimiento, debe presentar proactivamente al usuario final una solución fácil de usar para que este preste, modifique o retire el consentimiento de manera expresa, clara y sencilla. En particular, el consentimiento debe prestarse mediante una clara acción afirmativa o declaración que establezca una manifestación de acuerdo libre, específica, informada e inequívoca por parte del usuario final, tal como se define en el Reglamento (UE) 2016/679».

<sup>91</sup> En ese sentido, Posdzun propone una solución de calificación sofisticada con «guías de datos» de confianza, que podría llevarse a cabo mediante una solución específica en el artículo 5 o a través de las normas antielusión del artículo 11 DMA. Por otro lado, autores como Kerber (2021) defienden la necesidad de ofrecer a los consumidores una opción de uso de las plataformas digitales pagando por ello un precio monetario asequible (o incluso subvencionado), de manera que no tuvieran que usar sus datos personales como moneda de cambio, lo que generaría un mayor control sobre los mismos.

<sup>92</sup> En palabras del JURI (Comité de Asuntos Legales) (2021): «Como demuestra el RGPD, los simples regímenes de consentimiento son a menudo insuficientes para hacer frente a la pérdida de control sobre los datos personales por parte de los usuarios. Para limitar las posibles consecuencias negativas para ellos, es necesario impedir que se combinen datos personales».

<sup>93</sup> Razón de ello es que un menor *bundling* y *tying* (ya sea por restricciones técnicas o contractuales) limita el aprovechamiento del poder de mercado de una empresa en otros mercados relacionados, lo que permite un mayor intercambio y *multihoming* y abre más oportunidades de negocio a los proveedores de servicios independientes (Kerber, 2021).

el hecho de que tenga esa posición de control exclusivo sobre los datos no implica que deba ser reconocido automáticamente como su propietario legítimo. Esto es lo que aquí se considera injusto y que se pretende corregir devolviendo los beneficios de estos datos a quienes los han generado (Kerber, 2021).

De este modo, y en primer lugar, el artículo 6(2) establece que los *gatekeepers* no utilizarán, en competencia con los usuarios profesionales, ningún dato que no sea públicamente accesible generado en el contexto de su uso de los servicios de plataforma, dado que ello provocaría una ventaja competitiva injusta (considerando 46.º DMA). En segundo lugar, el artículo 6(10) permite a los usuarios empresariales, «de forma gratuita, el acceso efectivo, de calidad, continuo y en tiempo real a los datos agregados o desagregados». Por último, el artículo 6(9) obliga a que los guardianes proporcionen gratuitamente a los usuarios finales la portabilidad efectiva de los datos provistos en el contexto del uso del servicio. Este último derecho va más allá del previsto en el artículo 20 del RGPD (Kerber, 2021), ya que no se limita a los datos personales, sino que abarca los datos en diferentes niveles de agregación y, además, obliga a los guardianes a proporcionar herramientas que faciliten una portabilidad efectiva (a través de API, por ejemplo)<sup>94</sup>.

Por último, existen diversas obligaciones particularmente importantes desde la perspectiva del derecho de protección de datos y del consumidor. En primer lugar, la interoperabilidad del artículo 6(7) es relevante de cara a luchar contra el poder económico de las grandes plataformas (Kerber, 2021), ya que no solo permite una mayor competencia, al posibilitar el acceso –por ejemplo, dentro de los ecosistemas– a proveedores de servicios independientes, sino que aumenta las posibilidades de elección de los consumidores<sup>95</sup>. En segundo lugar, en pro de alcanzar una mayor competencia e innovación (Cabral *et al.*, 2021), el artículo 6(11) establece la obligación para el guardián de «proporcionar a terceras empresas proveedoras de motores de búsqueda en línea el acceso en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias<sup>96</sup> a datos sobre clasificaciones, consultas [...] generados por los usuarios finales». No obstante, y pese a que la norma dispone que los datos deberán ser anonimizados, existen importantes preocupaciones sobre cómo se llevará a cabo en la práctica para proteger de manera efectiva la privacidad de los usuarios (Kerber y Zolna, 2022). En tercer lugar, y en relación con la dimensión b) (la protección contra la manipulación informativa y del comportamiento) a la que hemos hecho referencia con anterioridad, es necesario que los *gatekeepers* queden sujetos a obligaciones adicionales que protejan la autodeterminación informativa y la autonomía de los usuarios (Kerber, 2021). Sin embargo, este fallo de mercado no se afronta sistemáticamente, ya que las disposiciones del artículo 13 DMA sobre antielusión de las obligaciones de los artículos 5

<sup>94</sup> Para una discusión en profundidad, Streele (2021).

<sup>95</sup> Sin embargo, esta disposición ha sido criticada por autores como Cabral *et al.* (2021) o Streele (2021) por no ir lo suficientemente lejos en el nivel de protección.

<sup>96</sup> Lo que se conoce como términos FRAND.

y 6 no se refieren de forma clara a las estrategias de manipulación informativa (como, por ejemplo, el comportamiento de patrones oscuros). Por lo tanto, no es sorprendente que se hayan presentado propuestas de enmienda (JURI, 2021) para que el uso de patrones oscuros y arquitecturas de elección sesgadas se prohíban directa y explícitamente como parte de las normas antielusión del artículo 13 DMA. Estas prohibiciones podrían entenderse, al mismo tiempo, como un refuerzo directo a la protección del consumidor y de sus datos en el marco de la DMA (Digital Regulation Project, 2021), lo que sería un paso innovador y un gran avance a la hora de integrar las cuestiones de privacidad en el marco del derecho de la competencia.

En cualquier caso, resulta necesario que la DMA tenga en cuenta los objetivos de la privacidad y la protección de datos<sup>97</sup>. Un reconocimiento más explícito en esta norma ayudaría a resolver las contradicciones actuales, a elaborar un enfoque regulador más integrado y, en definitiva, a remediar ambos fallos de mercado y poder hacer frente a los problemas derivados del inmenso poder económico de las grandes plataformas (Kerber y Zolna, 2022).

### 5.1.3. Derecho de protección de datos

Como hemos comentado, uno de los problemas más importantes reside en la dificultad de los usuarios para otorgar un consentimiento voluntario e informado –debido a la existencia de sesgos de la información y del comportamiento o a la falta de opciones reales para ellos–, lo que, a su vez, vigoriza la recopilación de datos por las grandes plataformas y acaba fortaleciendo su poder de mercado. Si la legislación de protección de datos ayudara a resolver mejor estos problemas, se derivarían importantes consecuencias positivas para la competencia.

Una mayor transparencia, a través de la estandarización de las políticas de privacidad, podría ayudar a que fueran comparables y a que los consumidores identificaran aquellas que se ajustan mejor a sus preferencias (Efroni). Por otro lado, podrían conseguirse numerosos efectos positivos a través de instrumentos como el derecho a la portabilidad de datos del artículo 20 del RGPD –que reduce los costes de intercambio entre plataformas digitales, favoreciendo la competencia (Kerber, 2021)–. Sin embargo, no está claro si será posible resolver estos problemas con los instrumentos existentes o si serán necesarios nuevos tipos de intermediarios (como los PIM) o nuevos sistemas de gestión del consentimiento (Kettner).

---

<sup>97</sup> *A sensu contrario*, Witt (2021) señala que el artículo 5 a), leído conjuntamente con los considerandos de la DMA, no nos permite concluir que la Comisión considere ahora formalmente la privacidad como un parámetro del bienestar del consumidor u otro tipo de perjuicio relevante en virtud de las normas de competencia.

Otro aspecto para considerar es que, en general, el RGPD sigue un enfoque *único* (o de *one-size-fits-all*<sup>98</sup>). No obstante, algunas de sus disposiciones<sup>99</sup> mantienen un enfoque basado en el riesgo<sup>100</sup>, lo que en opinión de autores como Kerber (2021) debería ser un principio básico del reglamento, en el sentido de que debería establecer normas mínimas para cada responsable del tratamiento e incrementar la rigidez de las obligaciones en función del riesgo. Del mismo modo, el TEDH señaló que «cuanto mayor sea la cantidad y la sensibilidad de los datos, más importantes son las garantías que deben aplicarse en las distintas fases del posterior tratamiento» (Kerber, 2021). En este contexto, podría entenderse que existe un mayor riesgo si el consentimiento se ha prestado a una gran plataforma digital, lo que podría contrarrestarse con la imposición de obligaciones más estrictas.

El segundo gran problema a resolver es la aplicación insuficiente de la legislación de protección de datos (Kerber y Zolna, 2022)<sup>101</sup>. Si bien un análisis en profundidad excedería los límites del presente estudio, estamos de acuerdo con el comisario federal de Protección de Datos alemán en la necesidad de establecer una Autoridad Europea de Protección de Datos<sup>102</sup>, dotándola de los recursos financieros adecuados y de competencias para evaluar el tratamiento de datos por parte de las grandes plataformas.

## 5.2. Estrategias de cooperación

Aunque las estrategias unilaterales podrían resolver algunos de los problemas, su eficacia siempre será limitada. Como argumentó el EDPS en 2014 (EDPS, 2014), la elaboración de una estrategia común brindaría soluciones eficaces de cara a hacer frente a los fallos de mercado existentes, especialmente en relación con los mercados de las grandes plataformas (OECD, 2020), cuyo poder económico ya no puede afrontarse desde una sola de las legislaciones, sino que se necesitan recíprocamente para alcanzar sus objetivos (Kerber, 2021). Estas estrategias de cooperación podrían llevarse a cabo no solo mediante la armonización bilateral de las legislaciones de competencia y protección de datos, sino desde un enfoque multilateral,

---

<sup>98</sup> Es decir, todas las empresas reciben el mismo trato, sin perjuicio de sus características particulares.

<sup>99</sup> Artículos 30, 34 o 35 del RGPD, por ejemplo.

<sup>100</sup> Pese a que este término no está definido en el RGPD, el considerando 75.º indica que se entiende por tal el tratamiento de datos personales que pueda ocasionar daños físicos, materiales o inmateriales a los interesados.

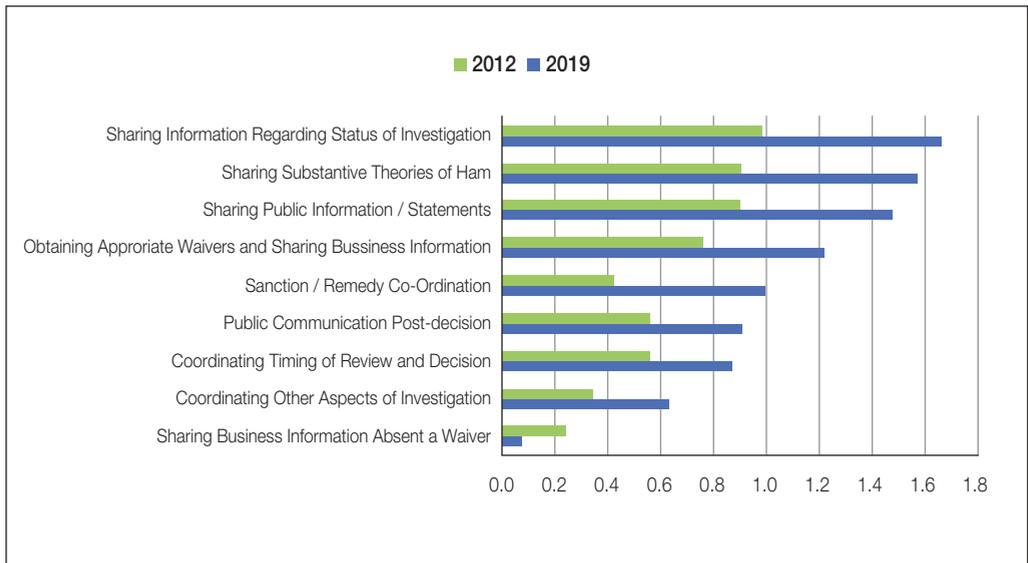
<sup>101</sup> El problema de la infraaplicación radica, por un lado, en la inseguridad jurídica inherente a esta ley y, por otro, en la falta de esfuerzos de aplicación por parte de las autoridades de protección de datos individuales (Kerber y Zolna, 2022). Esto, a su vez, puede deberse a la falta de recursos, pero sin duda también a otras razones, como los efectos que provoca el «principio de ventanilla única» y la compleja estructura de competencias resultante. Aunque este principio puede aumentar la seguridad jurídica, también conduce a una aplicación incoherente de la ley en los distintos EM.

<sup>102</sup> Stupp.

que incluiría políticas de estandarización (e interoperabilidad), políticas de datos<sup>103</sup> (más allá de las leyes de protección de datos), u otras nuevas normativas que combatan las prácticas comerciales desleales en mercados digitales (UNCTAD, 2021). La DMA podría entenderse como parte de esta estrategia innovadora<sup>104</sup>. Su inconveniente es que se centra en exceso en la legislación de competencia frente a la de protección de datos, perdiendo la oportunidad de aportar un enfoque normativo más integrado (Kerber y Zolna, 2022).

En todo caso, resulta necesario que los expertos de ambas disciplinas colaboren de manera conjunta, lo que parece haberse producido de manera paulatina en los últimos años. El gráfico de más abajo ilustra que, en todas las categorías de cooperación, la frecuencia ha aumentado entre 2012 y 2019, destacando especialmente el intercambio de información entre autoridades sobre el estado de la investigación, las teorías sustantivas del perjuicio o la información pública.

Gráfico 1. Cooperación entre autoridades de competencia<sup>105</sup>



<sup>103</sup> Iniciativas como la DSA o la propuesta de la Ley de datos, cuyos principales objetivos residen en garantizar la equidad en el entorno digital y permitir a los consumidores y empresas tener un mayor control sobre sus datos, estimular un mercado de datos competitivo e impulsar la innovación (Eversheds Sutherland, 2021).

<sup>104</sup> Con el fin de hacer frente a las cuestiones de regulación cruzada, se han creado organismos como el European Digital Clearinghouse o el Grupo de Alto Nivel (art. 40 DMA), que ayudará a la Comisión en la aplicación de esta norma.

<sup>105</sup> OECD/ICN (2021).

Sin embargo, la mayor parte se ha producido entre autoridades a nivel nacional<sup>106</sup>. El Gobierno británico ha creado diversos organismos para promover que las autoridades sobre protección de datos –la Oficina del Comisario de Información (ICO, por sus siglas en inglés)– y sobre competencia –la CMA– adopten un enfoque coordinado y estratégico (Eversheds Sutherland, 2021). Ya en 2020, el Foro de Cooperación para la Regulación Digital (o DRCF), un proyecto conjunto entre la ICO, la CMA, la Autoridad de Conducta Financiera (o FCA) y la Oficina de Comunicaciones (u Ofcom), se puso en marcha para promover la cooperación y «permitir una regulación de la economía digital coherente, informada y receptiva». Su Plan de Trabajo (Digital Regulation Cooperation Forum, 2021) para 2021 y 2022 detalla sus prioridades, entre las que se encuentran la regulación del procesamiento algorítmico<sup>107</sup> y la introducción de un código de conducta exigible a empresas con estatus de mercado estratégico (SMS), con la correspondiente creación de un nuevo organismo regulador (la Unidad de Mercados Digitales<sup>108</sup> o DMU). Por su parte, el informe Penrose (2021) recomendó la creación de una Unidad de Monopolios de Red y Datos que sustituya a la mencionada DMU y cuyas competencias estén separadas de las de la CMA. El informe señaló que «el mandato de esta Unidad de ocuparse de los efectos de los monopolios de datos sobre la competencia y los consumidores se cruzará inevitablemente con la Oficina del Comisionado de Información (ICO) siempre que se trate de cuestiones de privacidad». De este modo, esta nueva unidad dará pie a una mayor colaboración entre la CMA y la ICO. En relación con el reciente proyecto de Ley sobre seguridad en línea (*Online Safety Bill*)<sup>109</sup>, dichos organismos emitieron una declaración conjunta (CMA y Ofcom, 2022) en la que hicieron referencia a tres posibles interacciones (sinergias y tensiones políticas, y restricciones innecesarias) que podrían producirse entre el ámbito de la competencia y el de la seguridad *online* (Eversheds Sutherland, 2022).

Sin embargo, a nivel europeo, la cooperación entre las autoridades de competencia y protección de datos solo se ha producido en seis casos<sup>110</sup> (Carugati, 2022). La primera se

<sup>106</sup> Francia puso en marcha en 2020 el Pôle d'Expertise de la Régulation Numérique (PEReN), que se encarga de asistir a las administraciones estatales (incluida la autoridad francesa de competencia) para abordar los problemas digitales.

<sup>107</sup> Partiendo del informe de la CMA: *Algorithms: How they Can Reduce Competition and Harm Consumers*, UK Government (2021).

<sup>108</sup> Organismo integrado en la CMA, se encargaría de imponer medidas de intervención que favorezcan la competencia y la innovación, incluyendo medidas relacionadas con los datos y su portabilidad.

<sup>109</sup> Online Safety Bill, originated in the House of Commons the 15th December 2020, to make provision for and in connection with the regulation by OFCOM of certain internet services; for and in connection with communications offences; and for connected purposes. Bill 220 58/3. UK Parliament.

<sup>110</sup> Todos ellos son procedimientos en virtud de la legislación antimonopolio, como las investigaciones de Google Privacy Sandbox de la UE y el Reino Unido, la investigación francesa sobre el TCA de Apple, el caso francés de GDF Suez y el caso alemán de Meta. Solamente existe un caso relativo a una fusión: la revisión de la fusión Google/Fitbit de la CE.

produjo en 2014 en el caso GDF Suez (ahora Engie), en el que para implementar la decisión propuesta por la autoridad de competencia de que esta empresa compartiera algunos datos de sus clientes con los competidores, la autoridad de protección de datos emitió un dictamen para definir cómo podía llevarlo a cabo sin menoscabar la privacidad (Carugati, 2022). El segundo ejemplo de cooperación se produjo en 2016 en el caso alemán Meta<sup>111</sup>, donde el abogado general Rantos alegó que «una autoridad de competencia, en el marco de sus facultades en virtud de las normas de competencia, puede examinar, como cuestión incidental, la conformidad de las prácticas investigadas con las normas del RGPD, teniendo en cuenta cualquier decisión de la autoridad de control competente sobre la base del RGPD, informando y, en su caso, consultando a dicha autoridad»<sup>112</sup>. El TJUE, en su reciente Sentencia de 4 de julio de 2023<sup>113</sup>, confirmó finalmente dicha postura, lo que ha supuesto un importante cambio en la jurisprudencia sentada en el caso Asnef-Equifax<sup>114</sup>. Por último, el caso Google Privacy Sandbox en el Reino Unido nos ha ofrecido la forma más avanzada de cooperación hasta la fecha (Carugati, 2022). En este, las autoridades han trabajado estrechamente para garantizar la coherencia entre sus decisiones y supervisar que el desarrollo de las propuestas del *sandbox* de privacidad de Google proteja tanto a la competencia como a la privacidad (Carugati, 2022).

En resumen, creemos que únicamente una fuerte colaboración entre ambas legislaciones podría solventar los fallos de mercado y lograr alcanzar con éxito sus respectivos objetivos, por lo que su establecimiento debería ser prioritario en la agenda de las autoridades y organismos internacionales<sup>115</sup>.

## 6. Conclusión

El advenimiento de la economía digital ha favorecido notablemente la innovación pero, como hemos observado, también ha desencadenado un importante examen de conciencia entre los expertos<sup>116</sup>. Los datos personales se han convertido en uno de los más valiosos

<sup>111</sup> B6-22/16 Facebook, February 6, 2019, para. 555.

<sup>112</sup> C-252/21 (NormaCEF NCJ066690) *Meta Platforms and Others, Opinion of Advocate General Rantos*, September 20, 2022, para. 33.

<sup>113</sup> STJUE, de 4 de julio de 2023, asunto C-252/21 (Meta Platforms Inc.) (NormaCEF NCJ066690).

<sup>114</sup> C-238/05 *Asnef-Equifax vs. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECLI:EU:C:2006:734, November 23, 2006, para. 63 (NormaCEF NCJ040569).

<sup>115</sup> Organismos como la Red de Cooperación Internacional están trabajando en ello, por ejemplo, en su proyecto: International Competition Network, Scoping paper (2021). *Competition Law Enforcement at the Intersection Between Competition, Consumer Protection, and Privacy*, Paper for ICN Steering Group.

<sup>116</sup> En ese sentido, Schweitzer *et al.* (2018), Crémer *et al.* (2019), Furman *et al.* (2019), ACCC (2019) y Stigler Committee on Digital Platforms (2019).

activos y en una fuente de poder de mercado<sup>117</sup>, garantizando a las plataformas poseedoras el disfrute de ventajas competitivas únicas. Como consecuencia, y mediante el potencial abuso de su *data power*<sup>118</sup>, podrían encontrarse en una situación privilegiada no solo para recurrir a prácticas desleales y de explotación frente a los usuarios (fallo de mercado), sino también para perfilar e influenciar –ilícitamente– la libre formación de sus opiniones (fallo informacional y del comportamiento) (Kerber, 2021). Ambos problemas se encuentran profundamente entrelazados porque, por un lado, son las características económicas de estas plataformas las que les permiten recabar una gran cantidad de datos personales y, por otro, este acceso privilegiado (Kerber, 2021) conduce a un mayor afianzamiento de su poder económico a través de (a) el aumento de las barreras de entrada y la exclusión de competidores, y (b) el aprovechamiento de la asimetría de información entre dichas empresas y los usuarios para llevar a cabo estrategias de manipulación informativa y conductual (OECD, 2020). Todo ello nos lleva a afirmar que existe un vínculo familiar (Costa-Cabral *et al.*, 2017) entre el derecho de competencia<sup>119</sup> y el de protección de datos, vínculo que justificaría que las autoridades de competencia tuvieran en cuenta –de manera complementaria– el impacto sobre la privacidad<sup>120</sup> y la protección de datos, al evaluar las conductas empresariales en virtud de las normas de competencia<sup>121</sup>.

No obstante, el debate se encuentra abierto y no existe una postura clara. En el pasado la CE siempre había considerado que el deterioro de la privacidad no era una forma relevante de perjuicio con arreglo a la legislación de competencia, como ejemplifica el asunto Facebook/WhatsApp de 2014. Más recientemente, la posición de las autoridades ha ido evolucionando hasta llegar a la Sentencia de 3 de julio de 2023 en el asunto Meta Platforms, en que el TJUE defendió que una autoridad de competencia tiene la capacidad para examinar y constatar, en el marco de un procedimiento sancionador por abuso de posición dominante, si las condiciones generales del servicio de la empresa investigada relativas al tratamiento de datos personales, y la aplicación de esas condiciones, son conformes al RGPD, siempre y cuando dicho pronunciamiento sea necesario para declarar

<sup>117</sup> Con su reconocimiento explícito en el artículo 18(3a) GWB.

<sup>118</sup> El Comité Europeo de Protección de Datos hizo referencia a la acumulación de *poder informacional* por parte de las compañías como parámetro a tener en cuenta a la hora de evaluar los impactos de una concentración económica.

<sup>119</sup> Para un resumen de los problemas sobre competencia y sus potenciales efectos perjudiciales: capítulo 1 del informe Furman (Furman *et al.*, 2019).

<sup>120</sup> En palabras de Robertson: «Los consumidores no suelen tener voz real en cuestiones de privacidad como parte de la calidad de un producto online, ya que normalmente no pueden eludir a los proveedores de servicios digitales predominantes».

<sup>121</sup> Ya en 2014, el Supervisor Europeo de Protección de Datos argumentó acerca de la importancia de la privacidad y la protección de datos como factores centrales en la evaluación de las actividades empresariales y en su correspondiente impacto en la competitividad, la eficiencia del mercado y el bienestar de los consumidores (EDPS, 2014).

la existencia del abuso investigado<sup>122</sup>. Sin perjuicio de la enorme importancia que posee dicha decisión, que amplía las facultades de apreciación de las autoridades de competencia y reconoce explícitamente su capacidad para declarar infracciones del RGPD en el marco del examen de un abuso de posición dominante, es muy probable que el debate sobre el objetivo correcto de la legislación de competencia continúe mucho más allá de los casos que hemos analizado.

Con todo, creemos que únicamente una sólida colaboración (Stucke y Grunes, 2016) entre autoridades podría ayudar a solventar los fallos de mercado y a alcanzar sus respectivos objetivos, por lo que su establecimiento debería ser prioritario en la agenda de autoridades y organismos internacionales<sup>123</sup>. Todo ello podría ayudar a identificar las posibles conductas ilícitas con mayor antelación (incluso antes de que se cometieran), a compartir el conocimiento adquirido y a disminuir las posibles ineficiencias. No obstante, estas recomendaciones presentan desafíos en términos de su aplicación práctica –posibles discrepancias o conflictos entre autoridades de las distintas ramas legales (Furman *et al.*, 2019)–. Una respuesta íntegra a estos retos requiere futuras investigaciones y una revisión de la legislación de competencia (y sus interrelaciones con otras ramas del derecho) que se adapte a los mercados digitales del siglo XXI (EDPS, 2014) –donde iniciativas como la DMA a nivel europeo o la reciente redacción de la Sec. 19a GWB en el marco de la legislación alemana suponen importantes avances–.

---

<sup>122</sup> STJUE de 4 de julio de 2023, asunto C-252/21 (Meta Platforms Inc.).

<sup>123</sup> Organismos como la Red de Cooperación Internacional están trabajando en ello, por ejemplo, en su proyecto International Competition Network, Scoping paper (2021). *Competition Law Enforcement at the Intersection Between Competition, Consumer Protection, and Privacy*, Paper for ICN Steering Group.

## Referencias bibliográficas

- ACCC (Australian Competition and Consumer Commission). (2019). *Digital Platforms Inquiry. Final Report*.
- Brokelmann, H. (2006). La negativa de suministro y figuras afines. En *Abuso de Posición de Dominio* (pp. 341-365).
- Bundeskartellamt. (2019). Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources. [www.Bundeskartellamt.de](http://www.Bundeskartellamt.de)
- Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Valletti, T. M. y Alstyne, M. W. van (2021). *The EU digital markets act: a report from a panel of economic experts*. Publications Office of the European Union.
- Calvano, E. y Polo, M. (2021). Market power, competition and innovation in digital markets: A survey. *Information Economics and Policy*, 54, 100853.
- Carugati, C. (2022). Overview of Privacy in Cases Relevant to Competition. *SSRN 4243506*.
- CMA y Ofcom (2022). Online Safety and Competition in Digital Markets: A Joint Statement between the CMA and Ofcom.
- Condorelli, D. y Padilla, J. (2020). Harnessing platform envelopment in the digital world. *Journal of Competition Law & Economics*, 16(2), 143-187.
- Costa-Cabral, F. y Lynskey, O. (2017) Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law. *Common Market Law Review*, 54(1), 11-50.
- Crémer, J., Montjoye, Y. A. de y Schweitzer, H. (2019). Competition policy.
- Digital Regulation Cooperation Forum (2021). Plan of Work for 2021 to 2022.
- Digital Regulation Project (2021). Consumer Protection for Online Markets and Large Digital Platforms. *Policy Discussion Paper*, 1.
- EDPS. (2014). Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy. Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor.
- Ezrachi, A. y Robertson, V. H. (2019). Competition, market power and third-party tracking. *World Competition*, 42(1).
- Forrest, K. B. (2019). Big Data and online advertising: emerging competition concerns. *CPI Antitrust Chronicle*.
- FTC (Federal Trade Commission). (2012). FTC Approves Final Settlement with Facebook: Facebook Must Obtain Consumers' Consent Before Sharing their Information Beyond Established Privacy Settings.
- Furman, J., Coyle, D., Fletcher, A., McAuley, D. y Marsden, P. (2019). *Unlocking digital competition: Report of the digital competition expert panel*. UK government publication, HM Treasury, 27.
- Gilbert, P. y Pepper, R. (2015). Privacy considerations in European Merger Control: A square peg for a round hole. *Competition Policy International*.
- Graef, I., Clifford, D. y Valcke, P. (2018). Fairness and enforcement: Bridging competition, data protection, and competition law. *International Data Privacy Law*, 8(3), 200-223.
- Jones Harbour, P. (2007). Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour: In the Matter of Google/DoubleClick.
- JURI (Committee on Legal Affairs). (2021). Draft opinion on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council Contestable and fair mar-

- kets in the digital sector (Digital Markets Act). (COM(2020)0842 – C9-0419/2020 – 2020/0374(COD)).
- Kerber, W. (2021). Competition law in context: the example of its interplay with data protection law from an economic perspective. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 7(8).
- Kerber, W. y Specht-Riemenschneider, L. (2021). Synergies between data protection law and competition law. *SSRN 3977039*.
- Kerber, W. y Zolna, K. K. (2022). The German Facebook case: The law and economics of the relationship between competition and data protection law. *European Journal of Law and Economics*, 54(2), 217-250.
- Körber, T. (2016). Is Knowledge (Market) Power? - On the Relationship Between Data Protection, 'Data Power' and Competition Law. *NZKart*, 303.
- Körber, T. (2018). Is Knowledge (Market) Power? - On the Relationship Between Data Protection, 'Data Power' and Competition Law. *NZKart 2016*.
- Lynskey, O. (2018). Non-price Effects of Mergers.
- Maggiolino, M. y Ferrari, G. (2020). Can Digital Data be Replaced? Data, Competition Policy International.
- OECD (2018). Quality Considerations in the Zero-Price Economy.
- OECD (2020). Consumer Data Rights and Competition. Background note.
- OECD (2022). The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy. OECD Competition Policy Roundtable Background Note.
- OECD/ICN (2021). OECD/ICN Report on International Co-operation in Competition Enforcement.
- Pecman, J., Johnson, P. y Reisler, J. (2020). Essential facilities fallacy: Big tech, winner-take-all markets, and anticompetitive effects. *Competition Policy International*, 1-12.
- Penrose, J. (2021). *Power to the People: Independent Report on Competition Policy*. Department for Business, Energy & Industrial Strategy, UK Government.
- Robertson, V. H. (2020). Excessive data collection: privacy considerations and abuse of dominance in the era of big data. *Common Market Law Review*, 57(1).
- Robles Martín-Laborda, A. (2021). Inteligencia artificial y personalización de precios. En *Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech* (pp. 573-598). Wolters Kluwer.
- Rubinfeld, D. L. y Gal, M. S. (2017). Access barriers to big data. *Ariz. L. Rev.*, 59, 339.
- Schweitzer, H. (2021). The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal. *Forthcoming, ZEuP*, 3.
- Schweitzer, H., Haucap, J., Kerber, W. y Welker, R. (2018). *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co.
- Solove, D. J. (2013). Privacy Self-Management and the Consent Dilemma. *Harvard Law Review*, 126, 1.880-1.903.
- Stigler Committee on Digital Platforms. (2019). *Final report*, 16.
- Streel, A. de, Feasey, R., Kraemer, J. y Monti, G. (2021). Making the Digital Markets Act more resilient and effective. *SSRN 3853991*.
- Stucke, M. E. (2018). Should we be concerned about data-opolies? *Geo. L. Tech. Rev.*, 2, 275.
- Stucke, M. E. (2022). *Breaking away: How to regain control over our data, privacy, and autonomy*. Oxford University Press.



- Stucke, M. E. y Grunes, A. P. (2016). Big Data and Competition Policy (pp. 325-334). *Oxford University Press*.
- Swire, P. (2007). Protecting Consumers: Privacy matters in antitrust analysis. *Center for American Progress*, 19(10), 07.
- Tucker, C. (2018). Network effects and market power: what have we learned in the last decade? *Antitrust*, 32(2), 72-79.
- UNCTAD. (2021). Las leyes, políticas y normativas de protección del consumidor en respuesta a la pandemia de COVID-19 y después de esta. *Nota de la secretaria de la UNCTAD*.
- Witt, A. (2021). Data, Privacy and Competition Law. *Graz Law Working Paper*, 24.

**Nina Polit Sobrino.** Titulada en Economía y Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, actualmente desempeña un puesto de graduada en el Departamento de Derecho Financiero de Uría Menéndez. Recibió el primer premio al TFG por parte de la Cátedra de Investigación Cuatrecasas-UC3M. Realizó dos estancias, en la Universidad Bocconi y en la Universidad de California, San Diego, donde trabajó como asistente de investigación en el Departamento de Economía bajo la dirección del profesor emérito James E. Rauch. <https://orcid.org/0009-0000-2601-0336>



# Organización autónoma descentralizada y derecho mercantil: nuevas formas de organización empresarial

**Francisco-Alexis Bañuls Gómez**

Doctor en Derecho Mercantil y senior partners

Bañuls González - International Law Firm (Madrid, España)

[banulsgonzalez@gmail.com](mailto:banulsgonzalez@gmail.com) | <https://orcid.org/0009-0001-4423-7523>

## Extracto

El auge de las tecnologías descentralizadas, como *blockchain*, criptomonedas y *smart contracts*, ha transformado el panorama empresarial, ofreciendo sistemas más transparentes y eficientes. Entre las innovaciones más disruptivas se encuentran las organizaciones autónomas descentralizadas (DAO), que operan sin una estructura jerárquica tradicional y son gobernadas por reglas codificadas en *smart contracts*. Estas organizaciones permiten la toma de decisiones colectivas y democráticas, sin intermediarios, lo que mejora la eficiencia operativa y reduce los costos. Sin embargo, a pesar de sus ventajas, plantean desafíos significativos en términos de regulación, fiscalidad y gobernanza.

**Palabras clave:** DAO (organización autónoma descentralizada); criptomonedas; cadena de bloques; contratos inteligentes; tocanización.

Recibido: 04-11-2024 / Aceptado: 11-11-2024 / Publicado: 04-12-2024

**Cómo citar:** Bañuls Gómez, F. A. (2024). Organización autónoma descentralizada y derecho mercantil: nuevas formas de organización empresarial. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 287, 45-76. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.24169>



# Decentralised autonomous organisation and commercial law: new forms of business organisation

Francisco-Alexis Bañuls Gómez

## Abstract

The rise of decentralized technologies, such as blockchain, cryptocurrencies, and smart contracts, has transformed the business landscape by promoting more transparent and efficient systems. Among the most disruptive innovations are decentralized autonomous organizations (DAOs), which operate without traditional hierarchical structures and are governed by rules encoded in smart contracts. These organizations enable collective, democratic decision-making without intermediaries, improving operational efficiency and reducing costs. However, despite their advantages, DAOs face significant challenges in terms of regulation, taxation, and governance.

**Keywords:** DAO (decentralized autonomous organization); cryptocurrencies; blockchain; smart contracts; tokenization.

Received: 04-11-2024 / Accepted: 11-11-2024 / Published: 04-12-2024

**Citation:** Bañuls Gómez, F. A. (2024). Organización autónoma descentralizada y derecho mercantil: nuevas formas de organización empresarial. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 287, 45-76. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.24169>

## Sumario

1. Introducción. El auge de las tecnologías descentralizadas
2. Delimitación de las DAO
  - 2.1. Conceptualización
  - 2.2. Caracterización
    - 2.2.1. Descentralización
    - 2.2.2. Gobernanza y tokenización
    - 2.2.3. Transparencia
    - 2.2.4. Autonomía
    - 2.2.5. Inmutabilidad y seguridad
    - 2.2.6. Incentivos económicos
    - 2.2.7. Flexibilidad y adaptabilidad
3. Contexto mercantil de las DAO
  - 3.1. Operaciones comerciales y actividades empresariales
  - 3.2. Tokenización y emisión de activos
    - 3.2.1. Tokens de gobernanza
    - 3.2.2. Tokens de dividendos
  - 3.3. DAO en los mercados financieros: autonomía y cumplimiento
  - 3.4. Desafíos regulatorios y mercantiles del ecosistema DAO
    - 3.4.1. Ambigüedad en la propiedad y en la responsabilidad
    - 3.4.2. Problemas de jurisdicción y cumplimiento normativo
  - 3.5. Regulación global de las DAO
    - 3.5.1. Estados Unidos
    - 3.5.2. Islas Caimán
    - 3.5.3. Islas Marshall
    - 3.5.4. Malta
    - 3.5.5. Liechtenstein
    - 3.5.6. Emiratos Árabes Unidos
    - 3.5.7. Islas del Canal (Jersey y Guernsey)
    - 3.5.8. Islas Vírgenes Británicas
    - 3.5.9. Unión Europea



3.6. Regulación en España

- 3.6.1. Viabilidad legal y estructuración de las DAO
- 3.6.2. Limitaciones de la regulación para criptoactivos
- 3.6.3. Cumplimiento de normas de AML/KYC

4. Conclusiones

Referencias bibliográficas

## 1. Introducción. El auge de las tecnologías descentralizadas

En los últimos años, el surgimiento de tecnologías emergentes ha comenzado a transformar profundamente el panorama económico y social, impulsando nuevos modelos organizativos y de gobernanza. Estas innovaciones se definen por su enfoque en la descentralización, la transparencia y la seguridad, características que han capturado la atención de diversos sectores, desde el financiero hasta el de servicios digitales, gestión de cadenas de suministro y desarrollo de comunidades en línea.

En este contexto, las estructuras tradicionales de organización y toma de decisiones han sido cuestionadas, lo que ha llevado a una evolución en la forma en que se gestionan los recursos, se distribuye el poder y se promueve la participación colectiva en diversos ámbitos. En este entorno, donde los sistemas tradicionales de poder y decisión se redistribuyen, emerge un modelo organizativo que aprovecha al máximo estas tecnologías para redefinir la manera en cómo se establecerán, gestionarán y gobernarán.

La descentralización, en particular, se presenta como una propuesta disruptiva que promete autonomía, eficiencia y reducción de costos. Además, esta nueva tecnología ha permitido la creación de plataformas y redes que operan de manera autónoma y que responden a los intereses colectivos de sus participantes. Así, están tomando forma nuevas estructuras de colaboración y organización, planteando tantas oportunidades como desafíos para el marco regulatorio actual.

En este contexto, el derecho mercantil se enfrenta al reto de adaptarse para abordar cuestiones legales novedosas relacionadas con la propiedad digital, la jurisdicción y la regulación de activos digitales. Además, se plantean preguntas sobre la validez y la ejecución legal de acuerdos que operan de forma autónoma y sin intervención humana directa. Este fenómeno descentralizador exige una revisión de los principios clásicos del derecho privado y la creación de normativas que equilibren la innovación con la protección de los derechos de los participantes del mercado, promoviendo así un entorno legal seguro y adaptable a las nuevas realidades tecnológicas.

## 2. Delimitación de las DAO

### 2.1. Conceptualización

Una DAO (organización autónoma descentralizada) se compone por un grupo de personas («miembros») que colaboran por algún interés en particular o con un fin común, uti-

lizando internet y herramientas basadas en la tecnología cripto para organizarse y tomar decisiones de forma descentralizada. En otras palabras, imaginemos una cooperativa digital o un grupo de personas que quiere lograr un objetivo común, como desarrollar un proyecto, donar dinero o financiar ideas<sup>1</sup>.

En una DAO, las decisiones no se toman en reuniones presenciales ni mediante una estructura jerárquica; en su lugar, se realizan mediante votaciones digitales en las que participan todos los miembros. En vez de depender de un jefe o líder, cada miembro tiene un «voto» que le permite involucrarse directamente en el proceso de toma de decisiones.

Lo interesante es que las reglas de la DAO, que definen cómo se toma cada decisión o se distribuyen los fondos, están en un contrato autoejecutable en un registro público. Esto significa que, una vez escritas, las reglas son transparentes, automatizadas y difíciles de cambiar sin el consenso de la mayoría de los participantes, garantizando así que las decisiones reflejan la voluntad colectiva de la comunidad.

## 2.2. Caracterización

La doctrina ha señalado las siguientes características claves de las DAO<sup>2</sup>:

### 2.2.1. Descentralización

Las DAO son descentralizadas porque están estructuradas de forma que sus decisiones y operaciones no dependen de una autoridad central o de un grupo pequeño de individuos, sino que se llevan a cabo mediante la participación de una comunidad. En lugar de un solo líder

---

<sup>1</sup> El concepto de DAO fue propuesto por primera vez en 2015 por Dan Larimer, fundador de BitShares, Steemit y EOS (Block.one). Sin embargo, este método de gobierno solo recibió atención generalizada después de que el cofundador de Ethereum, Vitalik Buterin, perfeccionará su teoría a través de los *smart contracts*. Existen varios tipos, cada uno con un propósito específico y enfocado en diferentes áreas. Entre los más comunes se encuentran: DAO de inversión colectiva (*venture DAOs*), que permiten que sus miembros reúnan fondos para invertir en proyectos, *startups* o criptoactivos y voten en qué oportunidades invertir y compartir las ganancias; DAO de *freelancers* y economía colaborativa, que permiten que los trabajadores independientes se organicen y ganen poder de negociación, accediendo a oportunidades que quizás no tendrían como individuos; DAO de educación y conocimiento compartido, que reúnen a personas interesadas en la creación de contenidos educativos, plataformas de aprendizaje o repositorios de conocimiento, para que propongan y voten sobre cursos a desarrollar, recursos a financiar o becas de aprendizaje; y DAO de preservación ambiental, donde sus miembros pueden votar sobre proyectos ambientales a financiar, como la restauración de hábitats naturales, la protección de especies en peligro o la reforestación de áreas afectadas por la deforestación. *Vid.* Larimer (2013) y Buterin (2014).

<sup>2</sup> Por todos, Buterin (2014, pp. 50 y ss.) y Filippi y Wright (2018, pp. 60 y ss.).

o consejo, estas organizaciones suelen tomar decisiones mediante la votación de sus miembros. Cada participante tiene la posibilidad de influir en la dirección de la organización, ya sea proponiendo cambios, votando sobre propuestas o decidiendo el uso de los recursos. Esta estructura fomenta una participación abierta y democrática, en la que cada miembro tiene voz.

Como todos los miembros suelen tener participación en el éxito de la organización, existe un fuerte incentivo para colaborar y trabajar juntos en lugar de competir o tratar de controlar los recursos de forma individual. Este modelo de incentivos fomenta una cultura de cooperación y alineación de objetivos en vez de una jerarquía rígida.

Al estar compuestas por individuos de diversas regiones y contextos, se refuerza la descentralización, pues las decisiones se toman considerando múltiples perspectivas y, al no estar limitadas a una única ubicación o estructura corporativa, pueden operar de forma distribuida y autónoma, sin depender de un centro de poder.

La estructura descentralizada permite que las DAO resistan fallos o intentos de manipulación. Al no depender de un líder o un equipo central, las decisiones siguen adelante incluso si algunos miembros dejan de participar. Además, las reglas predefinidas y la toma de decisiones distribuida aseguran la sostenibilidad de la organización en el largo plazo.

Estas características contribuyen a que las DAO operen de manera autónoma y resistente, sin la necesidad de una estructura centralizada o de intermediarios que puedan influir o cambiar el rumbo de la organización arbitrariamente.

### 2.2.2. Gobernanza y tokenización

Las DAO emiten *tokens* que otorgan derechos de participación a sus miembros, asegurando la estructura descentralizada. Estos representan tanto una unidad de valor como una medida de poder de decisión dentro de la organización, donde cada titular tiene el derecho de votar sobre propuestas, cambios y decisiones clave. A través de este sistema, el peso de cada voto es proporcional a la cantidad de tokens que posee cada miembro, lo que permite una gobernanza basada en la inversión (Lewis, 2018, pp. 245-255).

Además, los tokens pueden cumplir otros roles dentro de la DAO, como es la participación en beneficios o el acceso a servicios exclusivos de la organización. Esto convierte a los tokens en un incentivo para que los miembros se involucren activamente en la toma de decisiones y contribuyan al crecimiento de las DAO.

La tokenización, por tanto, no solo asegura una participación activa mediante el voto directo o la delegación de poder, sino que también premia a aquellos que aportan valor a largo plazo, alineando los objetivos de los miembros con los intereses y metas de crecimiento sostenible de la organización.

No obstante, los desafíos en la gobernanza y tokenización ponen en evidencia lo complicado que es lograr una organización descentralizada que sea realmente justa y eficiente:

- Centralización de poder: Aunque las DAO buscan ser democráticas, el sistema de voto basado en la cantidad de tokens puede concentrar el poder en manos de unos pocos. Esto hace que unas pocas personas tengan un gran control sobre las decisiones, reduciendo la descentralización que se busca.
- Inestabilidad del valor de los tokens: La inestabilidad del valor de los tokens crea incertidumbre en el compromiso de los miembros, ya que su poder de voto y motivación depende de las fluctuaciones del mercado. Esto puede llevar a que se tomen decisiones enfocadas en aumentar el precio a corto plazo, en lugar de en el crecimiento sostenible de la organización. Además, una caída en el valor desanima a los inversores, mientras que un aumento excesivo puede atraer a especuladores sin interés en la misión de la DAO.
- Poca participación en la gobernanza: Es frecuente que solo voten una minoría activa en las decisiones clave, ya que muchos miembros no participan debido a la falta de tiempo, interés o conocimientos técnicos. Esto limita la representatividad y puede conducir a decisiones no consensuadas.
- Complejidad técnica: La complejidad técnica, derivada del uso de tecnologías avanzadas y procesos automatizados, puede limitar la participación de miembros sin conocimientos específicos en esas áreas, creando barreras de entrada. Como resultado, se reduce la diversidad de perspectivas y la accesibilidad, lo cual aleja a posibles participantes y limita la descentralización. En este sentido, la organización tiende a ser dominada por quienes tienen mayores habilidades tecnológicas.

### 2.2.3. Transparencia

El *smart contract* es la «constitución» de una DAO, su *lex legum*, ya que establece de manera detallada las reglas de la organización y, a la vez, administra las contribuciones de sus miembros, ya sea en tokens, Ether u otros activos<sup>3</sup>. La transparencia es esencial en estos contratos, permitiendo a los miembros confiar en que todas las decisiones y tran-

---

<sup>3</sup> Nick Szabo (2019, p. 6) fue el creador del concepto de los *smart contracts* en 1994. Su traducción como «contratos inteligentes» ha recibido críticas. Algunos expertos señalan que el término puede ser engañoso, ya que estos contratos no son «inteligentes» en el sentido de poseer una cognición o capacidad para tomar decisiones por sí mismos. En realidad, son programas ejecutados automáticamente según reglas definidas, sin espacio para interpretación ni flexibilidad. Otras propuestas incluyen «contratos automáticos» o «contratos autoejecutables». Por todos, Werbach y Cornell (2017, p. 320), Plaza López (2018) y Rosales de Salamanca (2018).

sacciones se ejecutarán de forma justa y sin sorpresas. Cada acción o transacción que se realice a través del *smart contract* se registra y permanece visible, lo cual refuerza la confianza y asegura que se respeten las reglas establecidas desde el inicio, sin posibilidad de modificaciones arbitrarias o sorpresas.

Cualquier transacción relacionada con la DAO, como el pago a proveedores, asignación de fondos a proyectos, recompensas a los miembros o cualquier transferencia de activos, queda registrada en la cadena de bloques, y por ello todos los miembros pueden rastrear el flujo de fondos y verificar que se han usado según lo estipulado (*auditoría continua y descentralizada*).

En contraste con las organizaciones tradicionales, donde a menudo existen jerarquías o actores clave que toman decisiones tras bastidores o sin la visibilidad completa de los demás miembros, la transparencia evita que haya actores privilegiados (todos tienen el mismo acceso a la información y a los procesos de toma de decisiones; no hay decisiones secretas ni conversaciones ocultas); y fomenta la igualdad de acceso a la información relevante sin depender de jerarquías que puedan sesgar o controlar su flujo de datos.

Aunque la transparencia ofrece numerosos beneficios, también presenta algunos desafíos:

- a) Privacidad: Dado que todas las transacciones y acciones están registradas, existe el riesgo de que la privacidad de los miembros sea comprometida. Esto puede ser problemático para aquellos que prefieren mantener sus actividades financieras o de votación en privado.
- b) Sobrecarga de información: En una DAO muy activa, el volumen de datos que genera puede ser abrumador para sus miembros. Es posible que no todos los participantes puedan revisar o analizar cada transacción o propuesta, lo que puede llevar a que solo un grupo pequeño asuma el control efectivo de la toma de decisiones.

## 2.2.4. Autonomía

La autonomía de las DAO se sostiene en su capacidad de operar bajo las reglas establecidas en contratos que ejecutan funciones automáticamente, sin depender de jerarquías ni autoridades centrales. Esta autonomía se refleja en que las decisiones clave, como la asignación de fondos, la aprobación de proyectos y los cambios en la estructura de la DAO, son votadas y aplicadas sin intervención de terceros. Cada miembro contribuye con su voto, generalmente proporcional a la cantidad de tokens que posee, y el contrato implementa la decisión mayoritaria de forma directa. La estructura autónoma asegura, por tanto, que las operaciones se mantengan alineadas con las reglas originales, y que cualquier modificación significativa deba ser aprobada colectivamente, promoviendo así una estabilidad organizacional duradera y basada en la voluntad democrática.

Este modelo permite que las DAO continúen operando incluso si ciertos miembros dejan de participar, ya que las reglas de funcionamiento están ancladas en el código y no dependen de decisiones o supervisión individual. Esta independencia operativa también es una ventaja en términos de seguridad, ya que el código no solo actúa como ejecutor, sino también como garantía de cumplimiento, manteniendo la estructura organizacional intacta frente a posibles conflictos internos o externos.

No obstante, esa autonomía puede generar varios problemas: puesto que la DAO carece de mecanismos de intervención humana, puede fallar en adaptarse rápidamente a situaciones imprevistas o urgentes; esa autonomía total dificulta cumplir con las regulaciones legales que exigen un control más centralizado, exponiendo a la DAO a riesgos legales; y su naturaleza autónoma puede atraer actores malintencionados, ya que los mecanismos de control son limitados y dependen completamente de él<sup>4</sup>.

### 2.2.5. Inmutabilidad y seguridad

La *blockchain* es una base de datos donde todas las transacciones y actividades quedan registradas de forma inmutable y visible para todos los participantes y observadores externos<sup>5</sup>. Esta característica es crucial porque fomenta un entorno de confianza y transparencia, que son las piedras angulares de cualquier DAO exitosa. Los registros inmutables sirven como un historial inalterable de las decisiones, transacciones financieras y cambios de reglas de la organización, que cualquier persona puede auditar en cualquier momento. Una vez desplegado un contrato en la blockchain (Wright y Filippi, 2015), las reglas de la DAO no pueden ser modificadas sin el consenso de los miembros.

La inmutabilidad del registro supone varias ventajas:

- Previene el fraude y la manipulación: Dado que nadie puede cambiar o falsificar el historial de transacciones, todos los miembros pueden confiar en que los datos que están viendo son precisos y reflejan la verdad. Esto elimina la necesidad de depender de auditores o terceros de confianza verificadores.
- Fomenta la rendición de cuentas: Cualquier decisión tomada por los miembros o administradores queda registrada *in perpetuum*. Si alguien toma una decisión

---

<sup>4</sup> Beanstalk DAO reveló una vulnerabilidad crítica en los sistemas de gobernanza, ya que, debido a su estructura descentralizada y autónoma, un atacante pudo manipular los votos mediante un *préstamo flash* para aprobar una propuesta maliciosa. Por todos, Defi Planet (2022).

<sup>5</sup> Una de las definiciones más citadas de blockchain es la de Don Tapscott (Tapscott y Tapscott, 2016, p. 5): «Blockchain es un registro digital incorruptible de transacciones económicas que puede ser programado para registrar no solo transacciones financieras, sino prácticamente todo lo que tenga valor».

controvertida o realiza una transacción indebida, los miembros pueden identificarla y pedir explicaciones, ya que siempre habrá un rastro público.

- Permite una auditoría transparente y descentralizada: Uno de los aspectos más innovadores del registro público es que permite una auditoría continua y descentralizada de las operaciones. Cualquier persona, sea o no miembro de la organización, puede acceder a la *blockchain* para verificar las transacciones y las decisiones tomadas.

Además, la confianza en las DAO no solo se basa en la inmutabilidad, sino también en la seguridad que ofrece la *blockchain*, al garantizar que las transacciones y decisiones no puedan ser alteradas o manipuladas una vez registradas, lo que refuerza la integridad y confiabilidad del sistema. Al estar codificados en la *blockchain*, se benefician de la robustez de la tecnología de aquel registro, que protege la información mediante el uso de criptografía y mecanismos de consenso distribuidos.

No obstante, se pueden generar ciertos problemas:

- Como la seguridad de los contratos autoejecutables depende en gran medida de la calidad de su código, cualquier error de programación puede ser vulnerable a explotación.
- Y, en caso de haber un error en el contrato, corregirlo puede ser complicado, como lo demostró el hackeo de The DAO<sup>6</sup>.

En este sentido, la inmutabilidad plantea una gran pregunta: ¿cómo se pueden corregir errores o actualizar los *smart contracts* si las reglas no se pueden cambiar?

## 2.2.6. Incentivos económicos

Las DAO están diseñadas para alinear los intereses de los participantes mediante incentivos económicos. Los miembros reciben recompensas, generalmente en forma de *tokens*, por su participación y contribución al éxito de la organización. Estos incentivos, por tanto, fomentan la participación y el compromiso, vinculando el crecimiento de la organización con los beneficios económicos directos (Russo, 2020, pp. 180-190).

Entre las ventajas de estos incentivos económicos destacan:

---

<sup>6</sup> En junio de 2016, un atacante explotó una vulnerabilidad en el código del contrato autoejecutable, permitiendo desviar aproximadamente 3.6 millones de ETH (que entonces representaba unos 50 millones de dólares) hacia una cuenta controlada por el hacker. El hackeo subrayó la importancia de la revisión exhaustiva del código de los contratos inteligentes antes de su despliegue y abrió la discusión sobre las medidas que se deben tomar cuando ocurren fallos importantes en sistemas inmutables. *Vid.* Siegel (2016).

- Recompensar la participación activa: Los incentivos económicos están diseñados para compensar a los miembros por sus contribuciones directas a la organización. Esto incluye tareas como el desarrollo de proyectos, la participación en la gobernanza o la promoción de la DAO.
- Fomentar el compromiso a largo plazo: Este compromiso a largo plazo se refuerza porque el éxito de la DAO está ligado al valor de los tokens que reciben los miembros. Si la organización prospera, el valor económico de las recompensas también lo hará, beneficiando a aquellos que participen activamente en su desarrollo.

No obstante, aunque los incentivos económicos son una herramienta poderosa para fomentar la participación y el compromiso, también presentan inconvenientes y desafíos:

1. Comportamientos oportunistas o cortoplacistas. Si los incentivos están mal diseñados, pueden fomentar comportamientos oportunistas. Los miembros podrían centrarse en maximizar sus recompensas a corto plazo.
2. Concentración de poder. Ocurre cuando una pequeña cantidad de miembros tienen una cantidad desproporcionada de *tokens*, lo que les otorga mayor control e influencia sobre las decisiones importantes.
3. Volatilidad de los *tokens*. La volatilidad tiende a concentrar el poder en manos de grandes poseedores, lo que genera decisiones que priorizan beneficios a corto plazo sobre la sostenibilidad a largo plazo. Además, la baja participación de pequeños votantes, la desalineación de intereses entre los diferentes actores y la vulnerabilidad a manipulaciones como ataques Sybil<sup>7</sup> debilitan el proceso de gobernanza.
4. Dificultad para diseñar incentivos equilibrados. Los grandes poseedores de *tokens* tienden a buscar beneficios a corto plazo, mientras que otros participantes, como los desarrolladores o contribuyentes activos, suelen priorizar la sostenibilidad a largo plazo. Esta disparidad hace complicado equilibrar incentivos que promuevan tanto la participación equitativa como el crecimiento sostenible.
5. Sobreincentivación de actividades específicas. Puede generar un desequilibrio en la asignación de recursos y desviar el foco de los objetivos a largo plazo, favoreciendo comportamientos que buscan maximizar beneficios in-

---

<sup>7</sup> En 1973, Flora Rheta Schreiber publicó *Sybil*, una biografía sobre una persona con trastorno de identidad disociativo. Casi tres décadas después, John R. Douceur (2002) utilizó este título para describir el comportamiento de los hackers en un tipo específico de ataque. Este ataque es viable en las DAO porque el poder suele depender de la cantidad de identidades o tokens, sin una verificación exhaustiva de los miembros. Esta falta de control centralizado facilita que un solo actor cree múltiples cuentas, dificultando que otros miembros de la organización puedan detectarlo o detenerlo con rapidez.

mediatos. Esto desalinea los incentivos con la visión estratégica de la DAO, promoviendo la especulación y desmotivando la participación en actividades esenciales para la organización.

### 2.2.7. Flexibilidad y adaptabilidad

Las DAO tienen la ventaja de poder experimentar con nuevos modelos de gobernanza y adaptarlos en tiempo real, posicionándose como estructuras organizativas innovadoras en el mundo digital. Aunque están gobernadas por contratos programados con reglas fijas, son organizaciones flexibles que permiten modificar sus normas a través de propuestas aprobadas por sus miembros.

Esta capacidad de adaptación facilita que se ajusten a nuevas circunstancias o desafíos, permitiendo su evolución constante. Gracias a la participación de sus miembros en la toma de decisiones, pueden implementar cambios de forma ágil, sin depender de estructuras rígidas o jerárquicas. Este enfoque descentralizado permite que cualquier miembro proponga y vote sobre mejoras o ajustes de forma inmediata, promoviendo una evolución continua y fomentando la innovación.

Sin embargo, esta flexibilidad también presenta desafíos. A medida que una DAO crece, alcanzar consensos rápidos en situaciones complejas se vuelve más difícil, lo que puede frenar su adaptabilidad. Además, aunque la capacidad de ajustarse rápidamente es una ventaja en entornos digitales volátiles, esta depende de la participación activa de sus miembros. La inactividad o la falta de involucramiento pueden volverla lenta e ineficaz. Asimismo, la flexibilidad en la gobernanza puede generar inestabilidad si los cambios se implementan sin suficiente deliberación.

## 3. Contexto mercantil de las DAO

Las DAO tienen un carácter marcadamente mercantil debido a su naturaleza y función en la gestión de activos y realización de actividades comerciales en el entorno digital<sup>8</sup>. El derecho mercantil se ocupa de regular las actividades empresariales y las transacciones económicas, y muchas de las actividades realizadas por estas organizaciones entran en este ámbito.

---

<sup>8</sup> Los estudios del carácter civil de las DAO se basan principalmente en su capacidad para generar relaciones jurídicas entre sus miembros y terceros mediante contratos inteligentes y acuerdos descentralizados. D. Gerard (2017) señala que las DAO crean relaciones contractuales entre sus miembros y ello puede generar responsabilidades legales bajo el derecho civil.

### 3.1. Operaciones comerciales y actividades empresariales

El principal aspecto que vincula a las DAO con el *ius mercatorum* es su capacidad para realizar operaciones comerciales de manera descentralizada. Por ejemplo, una DAO puede operar como un fondo de inversión descentralizado, en el que sus miembros aportan recursos en forma de criptomonedas o tokens para financiar proyectos con potencial de generar beneficios futuros. Estos proyectos pueden variar, desde desarrollos tecnológicos o lanzamientos de nuevos productos, hasta iniciativas de investigación o expansión de servicios.

Los miembros de la DAO deciden colectivamente en qué proyectos invertir, y una vez financiados, los resultados de esos proyectos (ya sean ingresos, productos o propiedad intelectual) son compartidos o distribuidos entre los miembros. Esta actividad es análoga a la de los fondos de capital riesgo o empresas de inversión, que operan en el marco mercantil, gestionando inversiones y distribuyendo beneficios entre sus socios o accionistas. Las DAO, al participar en estas actividades comerciales, entran en el ámbito mercantil porque están gestionando activos financieros y tomando decisiones económicas que afectan directamente a sus miembros.

Además de financiar proyectos, muchas DAO se enfocan en el desarrollo de productos que pueden ser vendidos o licenciados en el mercado. Esto puede incluir la creación de *software*, plataformas tecnológicas, aplicaciones descentralizadas (*dApps*)<sup>9</sup> o productos físicos tokenizados. El proceso de desarrollo es similar al de cualquier empresa que se dedica a la producción y comercialización de bienes o servicios. La diferencia es que, en una DAO, las decisiones sobre cómo se desarrolla el producto, cómo se financia y cómo se distribuyen las ganancias se realizan de manera descentralizada.

### 3.2. Tokenización y emisión de activos

En los mercados financieros tradicionales, cuando una empresa emite acciones, está vendiendo una parte de su capital o deuda a los inversores, quienes reciben derechos financieros (como dividendos) o de participación (derechos de voto). De manera similar, en una DAO, los tokens permiten a los inversores obtener derechos de gobernanza o acceso a beneficios financieros o productos, lo que crea un vínculo económico entre el titular del token y la organización.

---

<sup>9</sup> Johnston *et al.* (2014) señalan las siguientes características de las *dApp*: deben ser *open source* y funcionar sin intervención de terceros; tienen que ser controladas por el usuario; toda la información debe mantenerse en una red de blockchain; deben tener algún tipo de token crypto para el acceso y deben recompensar a los contribuyentes en dicho token, como los mineros y las partes interesadas; y deben tener un método de consenso que generen tokens, como la prueba de trabajo (PoW) o la prueba de participación (PoW).

Aunque las DAO no operan necesariamente bajo las reglas tradicionales de emisión de acciones, su actividad en la creación, distribución y comercialización de tokens financieros está cada vez más sujeta a regulaciones mercantiles y de mercados de valores en varias jurisdicciones<sup>10</sup>.

### 3.2.1. Tokens de gobernanza

Permiten a los miembros participar en decisiones sobre inversiones, asignación de recursos y cambios estructurales<sup>11</sup>. Funcionan de manera similar a las acciones en las sociedades mercantiles tradicionales, ya que otorgan derechos de voto en la organización. Los miembros pueden influir en decisiones sobre inversiones, la asignación de recursos y la estrategia de crecimiento. Este sistema de gobernanza también abarca la modificación de las reglas internas de la organización, lo que permite adaptarse a nuevas circunstancias. En este sentido, los tokens de gobernanza transforman a los titulares en agentes económicos con poder real en la organización, operando bajo las reglas del derecho mercantil en cuanto a gestión de activos y decisiones financieras.

Los tokens de gobernanza no solo otorgan derechos de voto, sino que también representan una forma de propiedad. Al igual que los accionistas son dueños de una parte de la empresa en función de la cantidad de acciones que poseen, los titulares de este tipo de criptoactivos tienen una participación en el éxito y dirección de la DAO.

### 3.2.2. Tokens de dividendos

La similitud entre los tokens de dividendos en las DAO y los dividendos en las empresas tradicionales es notable<sup>12</sup>. En una empresa tradicional, los dividendos se distribuyen a los accionistas como una recompensa por su inversión, lo que crea un vínculo directo entre el desempeño de la empresa y las ganancias de los inversores. En el caso de una DAO, estos tokens permiten a los miembros recibir dividendos sin necesidad de intermediarios, ya que

---

<sup>10</sup> Si bien nos vamos a centrar en los tokens de gobernanza y en los tokens de dividendos o financieros, a efectos meramente ilustrativos existen también los tokens de pago (diseñados para funcionar como medios de intercambio, que se utilizan para realizar transacciones, ej. Bitcoin); y los tokens no fungibles (también NFT, que los hace ideales para representar obras de arte digitales, artículos coleccionables y otros activos digitales únicos). Lewis (2018) señala también la existencia de los tokens de utilidad, que presentan el acceso a ciertos productos o servicios. Estos últimos pueden ser utilizados para pagar tarifas, acceder a funciones especiales o como medio de intercambio dentro de la plataforma. Un ejemplo sería el *basic attention token* (BAT), que se utiliza dentro del ecosistema del navegador Brave.

<sup>11</sup> UNI es un ejemplo de token de gobernanza que otorga a sus titulares el poder de influir en las decisiones clave de la plataforma, dándoles control sobre el desarrollo futuro del protocolo Uniswap.

<sup>12</sup> Entre los tokens de dividendos o financieros destaca el NEXO Token, emitido por la plataforma de préstamos de criptomonedas Nexo.

el proceso está gestionado automáticamente mediante los *smart contracts*. Sus titulares reciben un porcentaje de las ganancias de la organización, lo que puede incluir ingresos generados por las actividades de la DAO, la venta de productos o servicios, o los rendimientos obtenidos de inversiones realizadas por la organización (Mougayar, 2016, pp. 120-125).

Esta tokenización facilita la comercialización, el intercambio y la transferencia de estos derechos a nivel global, lo que crea un ecosistema donde se gestionan activos de manera comercial. Por ejemplo, al tokenizar un inmueble o una obra de arte, la DAO crea un mercado en el que múltiples inversores pueden participar, comprar y vender fracciones de estos activos. Este tipo de actividades, reguladas bajo el derecho mercantil en el mundo tradicional, forman la base del comercio. En este sentido, la tokenización de activos no es diferente de la emisión de acciones o participaciones en una empresa tradicional.

El valor de los tokens está directamente relacionado con el rendimiento de la DAO. Cuantos más tokens posea un miembro, mayor será su porcentaje de los beneficios que le corresponde. Esto crea un incentivo para que los participantes tiendan a su acumulación. No obstante, los titulares de estos tokens no solo reciben beneficios pasivos, sino que también tienen incentivos para promover el crecimiento y el éxito de la organización, ya que su rendimiento está directamente ligado al éxito de la misma. Esto crea una sinergia entre los futuros participantes y la DAO, fomentando la cooperación para lograr objetivos comunes.

### 3.3. DAO en los mercados financieros: autonomía y cumplimiento

Las DAO están profundamente integradas en los mercados de criptoactivos, que en sí mismos son espacios regulados bajo el derecho económico privado. La actividad de estas organizaciones implica el manejo autónomo de activos digitales, operando en plataformas descentralizadas, lo que redefine la propia estructura del comercio mercantil digital. Esto incluye la gestión de activos que generan beneficios, la participación en mercados regulados y la emisión de instrumentos financieros, como los tokens, sujetos a regulaciones mercantiles y de mercados financieros similares a las que rigen otros productos financieros tradicionales. Y esto también es similar a la regulación de los mercados bursátiles, donde las empresas emisoras de acciones deben cumplir con normativas estrictas para garantizar la protección de los inversores.

En este sentido, los tokens se comercializan en plataformas de intercambio (DEX o CEX), proporcionando liquidez y permitiendo a los usuarios participar activamente en los mercados financieros mediante la compra y venta de estos activos. La emisión de tokens también trae consigo responsabilidades de carácter mercantil. Al igual que las empresas tradicionales deben ser transparentes y cumplir con las regulaciones sobre la emisión de valores, las DAO pueden verse obligadas a cumplir con las normativas de transparencia, protección al inversor y divulgación de información. Esto incluye la necesidad de proporcionar información clara sobre los riesgos asociados a la compra de estos activos digitales, cómo se utilizarán los fondos recaudados y cuáles son los derechos de sus titulares (Filippi y Wright, 2018, pp. 192-198).

Las DAO se han convertido en actores importantes al ofrecer estructuras descentralizadas que permiten a los usuarios gestionar inversiones y operar en criptoactivos sin la necesidad de intermediarios tradicionales. En el ámbito de las finanzas descentralizadas (DeFi), gestionan plataformas de préstamos y créditos, como Aave y Compound, donde los usuarios pueden obtener rendimientos pasivos o financiamiento, aprovechando comisiones y otros ingresos de estas plataformas.

Además, la participación en las DAO ofrece a sus miembros la posibilidad de obtener beneficios mediante el *staking* de tokens, lo que no solo proporciona recompensas a los participantes, sino que también contribuye a la estabilidad y seguridad de las redes blockchain.

La descentralización en los mercados financieros también ha promovido la creación de mercados líquidos, donde la actividad de *market making* asegura la estabilidad de precios en activos que de otra forma serían ilíquidos. La combinación de gobernanza descentralizada y tecnología blockchain hace que las DAO sean altamente resilientes, capaces de adaptarse y evolucionar según las necesidades del mercado.

Algunas de estas organizaciones también se comportan como capital de riesgo descentralizado, financiando proyectos de blockchain mediante decisiones colectivas de sus miembros, quienes se benefician si las *startups* logran el éxito y consiguen un crecimiento sostenible en el mercado. Este enfoque permite a las DAO participar en el desarrollo de nuevas tecnologías y obtener retornos económicos cuando las empresas financiadas alcancen sus objetivos y valoricen sus activos, consolidando así una economía descentralizada.

Además, en los mercados financieros, estas organizaciones han diversificado sus opciones al operar con derivados como futuros y opciones, lo que permite a sus miembros gestionar el riesgo de sus inversiones y aprovechar la fluctuación de precios de los criptoactivos. A través de estos instrumentos, los miembros pueden especular sobre el valor futuro de los activos o proteger sus posiciones contra posibles pérdidas.

Estas organizaciones promueven la innovación financiera al implementar mecanismos como préstamos entre pares, fondos de liquidez compartidos y herramientas de creación de mercado, aportando estabilidad de precios y ampliando las posibilidades de inversión en mercados de bajo volumen.

### 3.4. Desafíos regulatorios y mercantiles del ecosistema DAO

Las DAO han revolucionado la forma en que se gestionan y organizan las empresas, gracias a su estructura basada en la tecnología *blockchain* y su capacidad para operar sin una jerarquía central. Sin embargo, a pesar de sus ventajas, estas organizaciones enfrentan importantes desafíos legales y mercantiles relacionados con la propiedad, la responsabilidad y la jurisdicción.

### 3.4.1. Ambigüedad en la propiedad y en la responsabilidad

En una sociedad mercantil tradicional, la estructura de propiedad está claramente definida por la cantidad de acciones que cada inversor posee. Esta relación entre acciones y propiedad determina los derechos y responsabilidades de cada accionista, como su capacidad para participar en la toma de decisiones corporativas y su responsabilidad en términos financieros. En este modelo, los accionistas tienen una responsabilidad limitada, es decir, solo son responsables hasta la cantidad de capital que han invertido en la empresa, lo que les proporciona una protección legal considerable en caso de problemas financieros o legales.

Sin embargo, en el caso de las DAO, la situación es diferente. La propiedad está distribuida a través de tokens en lugar de acciones, y aunque estos también otorgan derechos a sus poseedores, como la participación en las decisiones de gobernanza, la estructura de responsabilidad no está tan claramente definida como en las sociedades mercantiles tradicionales. Los titulares de los activos digitales no son accionistas en el sentido convencional, y no existe una clara demarcación sobre las responsabilidades legales de cada participante.

Por otro lado, la falta de un órgano directivo claramente identificable hace que sea difícil determinar quién es el responsable en caso de que una DAO enfrente pérdidas financieras significativas, fraude o incumplimiento de contratos. En una empresa tradicional, la junta directiva o los ejecutivos pueden ser responsables, pero en una organización descentralizada, esta responsabilidad no se distribuye de manera clara entre los poseedores de los criptovalores ni entre los miembros activos de la organización. Este vacío en la responsabilidad legal plantea preguntas sobre quién, o qué entidad, debe ser responsable legalmente en caso de problemas.

En el contexto de las DAO, la naturaleza distribuida de la propiedad y la falta de centralización también implican que los participantes individuales pueden no estar protegidos de la misma manera que los accionistas en una empresa tradicional. Si bien las sociedades mercantiles tradicionales proporcionan una estructura jurídica que limita la responsabilidad personal de los accionistas, en una DAO no siempre está claro si los titulares de tokens están protegidos de la misma forma. Esto puede generar una exposición al riesgo legal significativamente mayor para los miembros de una DAO. En algunos casos, las autoridades gubernamentales podrían interpretar que los poseedores de tokens son responsables por las decisiones de la DAO, lo que podría exponerlos a demandas o a la obligación de responder por las pérdidas financieras. Esta falta de claridad legal crea una zona gris que podría desalentar a posibles inversores debido al alto grado de incertidumbre legal. Esta situación plantea un obstáculo importante para el desarrollo y expansión de las DAO, ya que limita la confianza de los inversores y participantes, quienes pueden preferir alternativas con marcos jurídicos más claros (Hacker, 2019, pp. 102-106).

### 3.4.2. Problemas de jurisdicción y cumplimiento normativo

Uno de los desafíos más significativos que enfrentan las DAO es la falta de una ubicación geográfica clara, lo que complica la determinación de la jurisdicción aplicable en caso de litigios.

A diferencia de las sociedades mercantiles tradicionales, donde la sede física de la empresa sirve como base para determinar la jurisdicción legal, las DAO son entidades descentralizadas que operan en plataformas blockchain, distribuyendo sus actividades y decisiones a nivel global sin una localización concreta. La falta de una sede geográfica específica y la distribución global de sus miembros complican la determinación de la jurisdicción aplicable en caso de litigios, lo que crea un entorno de incertidumbre legal.

Esta falta de claridad plantea problemas significativos para la protección de los inversores y la resolución de disputas. Cada país tiene sus propias leyes mercantiles y financieras, y la ausencia de un país de registro para las DAO genera incertidumbre sobre qué normas legales deberían regir su funcionamiento. Además, esto plantea una dificultad añadida en cuanto a la responsabilidad legal, ya que los participantes de una DAO, al operar desde diferentes jurisdicciones, podrían estar sujetos a diferentes marcos regulatorios no siempre alineados.

Este desafío es particularmente evidente cuando ocurren fraudes o errores en los *smart contracts*. Estos contratos no están diseñados para adaptarse a situaciones imprevistas como violaciones contractuales, errores en el código o fraudes que puedan requerir la intervención de una autoridad judicial. Si surge una disputa entre los participantes o con terceros, no está claro qué sistema legal debería ser el encargado de resolverla, lo que aumenta la incertidumbre jurídica y expone a los participantes a riesgos adicionales. Incluso si se identifica una jurisdicción aplicable, puede ser difícil para los tribunales nacionales hacer cumplir las decisiones en un entorno tan disperso y sin una entidad central que sea responsable. Así, por ejemplo, un contrato ejecutado en una DAO puede involucrar a participantes en Europa, Asia y América del Norte, todos sujetos a diferentes leyes y marcos regulatorios sobre contratos financieros, protección de datos y responsabilidad contractual.

Las DAO, por tanto, no encajan en los moldes de la regulación tradicional y, en este sentido, parecen estar al borde de lo desconocido, en un espacio que necesita urgentemente un nuevo lenguaje legal. ¿Deberán los reguladores crear reglas hechas a medida para estas estructuras descentralizadas? ¿O tendrán que transformarse las DAO para adaptarse a las leyes de los gobiernos?

## 3.5. Regulación global de las DAO

Para enfrentar los desafíos y la incertidumbre legal que rodean a las DAO, algunos sistemas legales ya han establecido regulaciones específicas, mientras que otros optan por

esperar y observar la evolución del mercado. Este enfoque ha generado una fragmentación en las normativas jurídicas.

### 3.5.1. Estados Unidos

Su regulación ha sido objeto de un debate creciente, ya que este tipo de organizaciones plantea desafíos únicos en cuanto a la legislación existente sobre empresas, valores y responsabilidades legales. La Comisión de Bolsa y Valores (SEC) ha intervenido en varios casos, argumentando que algunos tokens pueden considerarse valores según la *Securities Act* de 1933<sup>13</sup>. Igualmente, la Comisión de Comercio de Futuros de Productos Básicos presentó una demanda contra Ooki DAO en 2022, subrayando la responsabilidad de los desarrolladores y miembros de estas organizaciones por ciertas actividades permitidas únicamente para operadores de futuros registrados<sup>14</sup>.

Por otro lado, ciertos Estados están comenzando a establecer leyes específicas al respecto:

- Vermont (Ley H.868) permite que las LLC se registren utilizando DLT como una sociedad de responsabilidad limitada basada en blockchain (BLLC), siendo el modelo de empresa OpenLaw BLLC, una de las primeras (2018), seguida por TheLAO (2020)<sup>15</sup>.
- Colorado creó, bajo la *Uniform Limited Cooperative Association Act* (2001), la asociación cooperativa limitada (LCA), un híbrido entre una cooperativa y una corporación. Posteriormente, promulgó la *Digital Token Act* (2019), que amplió el marco regulatorio para incluir y facilitar el uso de tokens digitales en ciertos tipos de transacciones, principalmente eximiendo algunos de ser considerados como valores en ciertas circunstancias.
- Wyoming (Ley del Senado 38) reconoció en 2021 a las DAO como entidades legales que pueden registrarse como LLC. Cualquier DAO puede constituirse como una DAO LLC firmando y entregando su estatuto social, definiendo si la organización es gestionada por los miembros o si es de gestión algorítmica, y estando obligada a incluir específicamente las palabras DAO, DAO LLC o LAO (por *limited autonomous organization*) en el nombre, junto con un identificador público de cualquier

<sup>13</sup> En *The DAO* (2016), la SEC determinó que los tokens vendidos eran valores. Esto estableció un precedente en cuanto a la supervisión regulatoria.

<sup>14</sup> El caso se centraba en el hecho de que Ooki DAO ofrecía productos de *trading* de margen y apalancamiento sin registrarse como operador de intercambio.

<sup>15</sup> En este caso, un tipo de venture-DAO envuelto en una LLC registrada en Delaware.

contrato autoejecutable utilizado directamente para gestionar, facilitar u operar la DAO (requisito que no se impone cuando se constituyen como LLC ordinarias).

- Tennessee, en abril de 2022, aprobó su propia legislación (*Tennessee Decentralized Organization Act*), con la diferencia de que se refiere a éstas como DO (Organizaciones Descentralizadas), tratando de reflejar una forma más realista de cómo funcionan estas organizaciones. La ley es muy similar a la DAO LLC de Wyoming, aunque sin el requisito de quorum por defecto.
- Utah, tras la promulgación de la Ley DAO (2023), permite que estas organizaciones se constituyan como entidades legales conocidas como «Utah LLDs» (*limited liability decentralized organizations*).
- Delaware, si bien no ha promulgado una legislación específica, permite que las DAO utilicen la estructura de LLC ordinaria para su constitución. Debido a que la *Delaware Limited Liability Company Act* exige que cada miembro se registre formalmente como miembro de la LLC, y que se actualice este registro con cada cambio de miembros, la estructura puede limitar la descentralización y la agilidad en la gobernanza.

Ninguna de las DAO ni las DO LLC tienen reconocimiento federal como tales. Con el incremento de actividades de DeFi y la proliferación de estas organizaciones, se espera que Estados Unidos avance hacia una regulación más uniforme a nivel federal.

### 3.5.2. Islas Caimán

La *Cayman Islands Foundation Companies Act* (2017) creó la figura de la compañía fundacional, no exigiéndose accionistas ni propietarios. Este modelo surge como un vehículo flexible que funciona de forma similar a un fideicomiso, pero que conserva la personalidad jurídica independiente y la responsabilidad limitada de una empresa.

Más allá de que pueda estructurarse sin accionistas, la entidad puede designar beneficiarios sin mantener un propio registro con sus nombres legales, clasificándoles como «titulares de tokens» o «participantes». Este enfoque facilita la gestión de derechos de voto y participación, ya que los miembros pueden involucrarse sin comprometer su privacidad, algo que se alinea perfectamente con el carácter descentralizado.

Este modelo permite que la compañía fundacional funcione sin la carga administrativa de actualizar registros legales cada vez que un miembro cambia, algo común en una DAO donde los tokens son fácilmente transferibles y suelen cambiar de titularidad rápidamente. Esta flexibilidad en cómo se designan los beneficiarios contribuye a que la organización mantenga una estructura adaptable y escalable, preservando al mismo tiempo la privacidad de sus miembros.

### 3.5.3. Islas Marshall

Fue uno de los primeros países en establecer una regulación específica para las DAO, permitiéndoles operar como entidades legales (*DAO Act*, 2022). Esta ley permite tanto a las DAO sin fines de lucro como con fines de lucro operar con responsabilidad limitada. Esto les brinda una estructura similar a una LLC, crucial para la seguridad jurídica de sus participantes.

Gracias a esta regulación, las DAO pueden celebrar contratos, poseer activos y mantener la responsabilidad de sus miembros limitada a sus contribuciones, una característica clave que refuerza la confianza de los involucrados.

Además, contempla la estructura única de las DAO basada en gobernanza por tokens, permitiendo que sus beneficiarios sean designados simplemente como «titulares de tokens».

El proceso de registro es gestionado por MIDAO, una entidad local creada específicamente para facilitar la incorporación de estas organizaciones en el país, brindando asesoría durante todo el proceso. Esto reduce las barreras burocráticas para su constitución y facilita su adopción en la economía de las Islas Marshall, que busca posicionarse como un destino atractivo para la comunidad blockchain y Web3.

En términos regulatorios, al no estar sujetas a las leyes federales de Estados Unidos, como las de la SEC o IRS, las DAO cuentan con una mayor libertad para operar. Sin embargo, una comisión bancaria local actúa como regulador si la DAO presta servicios financieros, adaptando las regulaciones a su actividad sin comprometer la estructura descentralizada. Esta flexibilidad jurídica convierte al país en un entorno estratégico para las DAO, que buscan estabilidad regulatoria y un marco favorable para la innovación en blockchain y tecnología descentralizada.

### 3.5.4. Malta

La *Malta Digital Innovation Authority Act* (2018) estableció un marco regulatorio específico para entidades basadas en tecnología, incluyendo a las DAO, bajo el concepto *technology arrangements*. Esta ley se complementa con la *Virtual Financial Assets Act*, que regula aspectos financieros y de activos virtuales en el ecosistema blockchain.

Se define a las DAO como entidades con derechos y obligaciones legales, similares a las de una sociedad anónima tradicional, pero con adaptaciones para operar de manera autónoma y descentralizada.

Para la regulación y supervisión de estos «acuerdos tecnológicos» y otras actividades relacionadas con blockchain, se creó la MDIA, que supervisa la implementación y el cumplimiento de la ley, asegurando que las entidades operen dentro de los estándares de seguridad y transparencia establecidos. La autoridad también otorga certificaciones para garantizar

la confiabilidad de las plataformas tecnológicas y protege tanto a los usuarios como a los participantes de las DAO de posibles vulnerabilidades en el sistema.

### 3.5.5. Liechtenstein

Liechtenstein ha adoptado un enfoque innovador y progresista al reconocer a las DAO bajo la *Trusted Technology Service Provider Act* (TVTG), que introduce el *token container model*. Este modelo permite que cualquier tipo de bien, derecho o servicio sea representado como un token en una blockchain. En este marco, el token funciona como un «contenedor» que puede albergar distintos tipos de activos o derechos, facilitando su transferencia y gestión digital. Este sistema resulta particularmente útil para las DAO, ya que permite tokenizar de forma clara y regulada los derechos de los miembros y la propiedad de activos. Así, las DAO pueden operar dentro de un marco legal sin perder la flexibilidad inherente a la tecnología blockchain.

La TVTG también requiere que los servicios y entidades de tecnología confiable, como las DAO, se registren en la Autoridad del Mercado Financiero (FMA). Esto no solo proporciona una mayor transparencia y seguridad a las actividades de las DAO, sino que, al estar Liechtenstein en el Espacio Económico Europeo, permite a las entidades registradas operar en toda la Unión Europea, un beneficio clave para atraer proyectos internacionales.

En términos fiscales y regulatorios, Liechtenstein ha posicionado la TVTG de forma estratégica para diferenciarse de otros marcos europeos, permitiendo a las DAO operar sin dividir los tokens en categorías específicas (como *utility tokens* o *security tokens*). En su lugar, se centra en la confianza y protección de la tecnología subyacente, lo que facilita la flexibilidad en la administración de DAO, particularmente en actividades que requieren acceso a servicios financieros europeos y operaciones de tokenización.

### 3.5.6. Emiratos Árabes Unidos

En 2024, los Emiratos Árabes Unidos introdujeron un marco legal para las DAO en la *RAK Digital Assets Oasis* (RAK DAO), una zona económica libre centrada en los activos digitales<sup>16</sup>.

Bajo el nuevo Régimen de Asociación de DAO, o «DARe», RAK DAO ha lanzado dos modelos distintos:

- a) El modelo Startup DAO está orientado a proyectos emergentes con menos de 100 miembros, proporcionando un proceso regulatorio simplificado.

---

<sup>16</sup> The Dao Legal Clinic (25 de octubre de 2023).

- b) El modelo Alpha DAO está dirigido a DAO más grandes con tesorerías que superan el millón de dólares, ofreciendo el soporte necesario para un escalamiento eficiente.

DARe proporciona a las DAO una identidad legal separada y de responsabilidad limitada para sus miembros.

Este marco destaca por su flexibilidad en la gobernanza y transparencia: cada DAO debe establecer un «consejo» como órgano de administración que represente a la entidad fuera de la blockchain, mientras que los miembros con tokens de gobernanza se consideran automáticamente parte de la asociación.

El régimen permite que las DAO se establezcan de forma remota en los Emiratos Árabes Unidos sin necesidad de presencia física.

### 3.5.7. Islas del Canal (Jersey y Guernsey)

Ofrecen una estructura de *purpose trust* o «fideicomiso con propósito», ideal para DAO que necesitan un marco legal sin requisitos de incorporación o registro gubernamental. Este fideicomiso se establece a través de un contrato firmado entre el otorgante y el fiduciario, sin constituir una entidad jurídica en sí misma. La figura de este *trust* es útil porque permite que la DAO mantenga el control sobre sus activos, tesorería o propiedad intelectual, de forma indirecta y segura.

En el *purpose trust*, un ejecutor (*enforcer*) es designado para supervisar el cumplimiento del propósito del fideicomiso, actuando como un controlador que vela por la correcta administración de los activos en nombre de la DAO. Este tiene poderes fiduciarios y se asegura de que el fiduciario cumpla las instrucciones establecidas en el contrato fiduciario, alineándose con los intereses de la DAO o sus titulares de *tokens*. Esto permite, por ejemplo, ejecutar decisiones de gobernanza *on-chain* y realizar operaciones *off-chain*, como adquisiciones o acuerdos comerciales, sin la intervención del gobierno local ni la necesidad de registrar la entidad.

Una ventaja significativa del *purpose trust* es que los fideicomisarios no están obligados a residir en las Islas del Canal, lo que ofrece a los miembros de la DAO la libertad de elegir fiduciarios internacionales sin restricciones de licencias locales.

### 3.5.8. Islas Vírgenes Británicas

Actualmente no existe un marco legal específico para las DAO, y tampoco están reconocidas formalmente como un tipo de entidad jurídica. Sin embargo, pueden operar a través de estructuras como una LLC bajo la *BVI Business Companies Act*, que permite a las organizaciones descentralizadas utilizar una envoltura legal que facilita el manejo de acti-

vos, las transacciones y la protección de sus participantes. Las LLC en BVI son populares porque no requieren una estructura de gestión centralizada y ofrecen responsabilidad limitada, lo cual es adaptable para muchas DAO, siempre y cuando se ajusten a las leyes locales de gobernanza y propiedad.

Para operaciones de criptomonedas y activos virtuales, la *Virtual Assets Service Providers Act (VASP Act)*, vigente desde 2023, establece un régimen de registro para los proveedores de servicios de activos virtuales (VASP) supervisados por la Comisión de Servicios Financieros de BVI (BVIFSC). Aun así, muchos servicios de tokenización y de gobernanza en las DAO, como los *tokens* de utilidad, no siempre están cubiertos bajo esta ley, lo que proporciona flexibilidad dentro del entorno regulatorio.

A pesar de la falta de regulación directa de las DAO, las BVI siguen siendo una jurisdicción atractiva para proyectos de Web3 y blockchain debido a su entorno fiscal favorable.

### 3.5.9. Unión Europea

Hasta el momento, no se ha implementado una regulación específica que se centre exclusivamente en las DAO. Sin embargo, esto no significa que estén completamente fuera del alcance de la disciplina europea; más bien, la situación es compleja y evolutiva. Esto significa que, aunque estas organizaciones pueden operar, carecen de un estatus legal claro que las reconozca formalmente<sup>17</sup>.

Hasta la fecha podemos encontrar ciertos esfuerzos relacionados con los criptoactivos y la tecnología blockchain.

Así, en 2018, se creó la European Blockchain Partnership (EBP), cuyo objetivo principal era el desarrollo de la Infraestructura Europea de Servicios de 50 Blockchain (EBSI), con la cual se busca promover la accesibilidad de los ciudadanos a servicios públicos desarrollados a través de esta tecnología.

Sobre la base del EBP y del trabajo ya realizado para la EBSI, en mayo de 2024 se creó el EUROPEUM-EDIC, una nueva entidad jurídica formada por un consorcio de nueve Estados miembros para mejorar la cooperación en tecnologías de cadena de bloques y Web3.

Pero el acto más relevante ha sido el Reglamento MiCA (*Markets in Crypto Assets*), que obliga a las empresas que ofrezcan servicios relacionados con criptoactivos, incluyendo aquellas

---

<sup>17</sup> En Alemania se creó la Coalition of Automated Legal Applications (COALA), organización independiente basada en la colaboración y contribución de una red global de académicos y expertos de diferentes ámbitos interesados en el estudio y desarrollo de la interacción entre la tecnología blockchain, *smart contracts*, criptomonedas y sistemas legales. Esta coalición ha desarrollado un conjunto de recomendaciones y marcos legales para abordar los desafíos específicos de las DAO. Por todos, Aznar (2024).

que implementan la tecnología de blockchain, a requisitos concretos de autorización y supervisión. Además, recoge disposiciones relacionadas con la emisión y negociación de tokens.

Existen otras normativas con posibles implicaciones para las DAO: el Reglamento de mercados de instrumentos financieros (MiFID II), el Reglamento general de protección de datos (RGPD), la Directiva de derechos de los consumidores de la Unión Europea, la Directiva sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, la Directiva de seguridad de red y sistemas de información de la Unión Europea, la Directiva de servicios de pago (PSD2), el Reglamento de eIDAS (identificación electrónica y servicios de confianza), la Directiva sobre la responsabilidad de los proveedores de contenido digital y la Directiva sobre la prevención del lavado de dinero (AML).

En este sentido, criticar esta dispersión normativa. Esta falta de coherencia y claridad puede llevar a interpretaciones divergentes sobre cómo se aplican a las DAO. Sin directrices claras, los responsables de la gestión de estas organizaciones pueden enfrentar dificultades para determinar las mejores prácticas y los requisitos legales específicos que deben seguir.

## 3.6. Regulación en España

En España, la regulación de las DAO aún no está claramente definida en la legislación específica, ya que este tipo de organizaciones son relativamente nuevas y disruptivas en comparación con los marcos legales tradicionales. No existe una norma específica que defina formalmente qué es una DAO. Sin embargo, existen normativas y regulaciones generales que pueden aplicarse, principalmente en cuanto a criptoactivos y temas financieros.

### 3.6.1. Viabilidad legal y estructuración de las DAO

En España, el marco normativo actual no está específicamente adaptado para la creación de DAO. Para que una DAO funcione plenamente necesitaría adaptarse a alguna de las estructuras existentes, o utilizar una combinación de ellas, mientras se definen las reglas y procesos internos que permitan cierta descentralización.

Las DAO enfrentan varios problemas para constituirse como sociedades anónimas (SA) o sociedades de responsabilidad limitada (SRL), debido a las características de centralización, transparencia, y formalidades legales de estas figuras:

- a) Estructura de administración: Tanto en las SA como en las SRL se exige una estructura de gestión centralizada con un consejo de administración o administradores, incompatible con la gobernanza descentralizada de una DAO. Las decisiones en una DAO suelen ser tomadas por una comunidad distribuida, mientras que en

una SA o en una SRL, las decisiones deben ser gestionadas por un órgano formal de administración.

- b) Registro de socios y transparencia: La normativa española requiere que las SA y las SRL mantengan un registro formal de socios, algo incompatible con el anonimato de los titulares de tokens en una DAO. La ley exige también transparencia en la identidad de los socios, lo cual impone barreras para quienes desean mantener la privacidad en su participación.
- c) Rigidez en la transferencia de participación: En una SA, las acciones pueden ser transferibles, pero bajo ciertas formalidades, mientras que en una SRL, la transferencia de participaciones está aún más restringida. En cambio, las DAO suelen depender de tokens de gobernanza que se pueden transferir libremente y de manera rápida en mercados secundarios, algo que no se adapta bien al marco legal de aquellas figuras empresariales.
- d) Formalidades en la constitución y capital social: Tanto las SA como las SRL requieren de capital mínimo y su constitución conlleva requisitos legales formales, incluyendo escritura pública y registro mercantil. Esto contrasta con la estructura de las DAO, que pueden formarse de manera digital y sin necesidad de una jurisdicción física específica.
- e) Responsabilidad de los administradores: En ambas figuras, la ley impone responsabilidad a los administradores, quienes pueden ser considerados responsables de las decisiones de la empresa. En una DAO, sin embargo, la idea es que las decisiones sean colectivas y no recaigan en un único grupo de personas, lo cual complicaría el cumplimiento de estas responsabilidades legales.

Por estas razones, la estructura jurídica actual en España no permite a las DAO operar plenamente bajo el modelo SA o SRL sin sacrificar su esencia descentralizada y anónima.

En cuanto a la posibilidad de constituirse como asociaciones, aunque este modelo ofrece mayor flexibilidad en la organización interna, están limitadas en cuanto a su capacidad para realizar actividades comerciales y distribuir beneficios, lo cual es común en muchos proyectos DAO orientados a la inversión o ganancias. Además, la responsabilidad legal de los miembros también puede verse comprometida en estructuras jurídicas tradicionales, donde las obligaciones recaen sobre los representantes legales y administradores formalmente designados<sup>18</sup>.

Aunque menos común, una fundación podría ser utilizada si el objetivo de la DAO es social o filantrópico. Las fundaciones no tienen propietarios, lo cual podría alinearse con la estructura descentralizada, pero deben seguir regulaciones estrictas en cuanto a sus fines y formas de operación.

---

<sup>18</sup> Algunas iniciativas, como ELODAO, han adoptado la figura de asociación para operar como DAO y lanzar tokens relacionados, como ELOCOIN.

### 3.6.2. Limitaciones de la regulación para criptoactivos

La Ley para la transformación digital del sector financiero (LTDSF) tiene implicaciones para las empresas que operan con criptomonedas y blockchain, ya que estas organizaciones suelen trabajar con tokens, que pueden estar sujetos a regulación financiera<sup>19</sup>. En este sentido, la LTDSF impacta de forma específica en las DAO mediante la incorporación de marcos regulatorios que buscan garantizar la transparencia, la seguridad y el cumplimiento fiscal.

En primer lugar, establece que las DAO deben definir claramente la responsabilidad legal de sus miembros activos, particularmente aquellos que participan en la toma de decisiones y en la ejecución de transacciones. Esto significa que deben designar roles formales, como «miembros de gobernanza» o «ejecutores de *smart contracts*», para identificar a los responsables de las acciones que impactan a la organización. Por lo tanto, deben documentar y formalizar los roles y funciones de sus miembros en sus contratos autoejecutables y en su estructuras organizativas.

Igualmente, establece que se debe asegurar la trazabilidad completa de los fondos que manejen. Esto no solo se aplica a las transacciones internas, sino también a aquellas que involucran transferencias hacia o desde otras plataformas, *exchanges* o billeteras. Esto implica que los *smart contracts* deben estar diseñados para incluir un registro detallado de todas las transferencias y su origen, destino y propósito. Para cumplir con esta regulación, deberán adoptar o integrar herramientas de análisis en cadena (*blockchain forensics*) que faciliten el rastreo y registro detallado de cada movimiento de activos, lo que requiere inversiones en tecnología de análisis y sistemas de monitoreo continuo.

Otro aspecto relevante es la imposición de normativas de privacidad reforzada para proteger la identidad y los datos sensibles de los usuarios, obligando a las DAO a implementar mecanismos que reduzcan la exposición de información personal en la cadena de bloques sin comprometer la transparencia de las transacciones.

La legislación obliga también a utilizar soluciones de almacenamiento seguro para activos digitales, tales como *cold wallets*, que mantienen los activos desconectados de internet para evitar hackeos.

Asimismo, impone la creación de fondos de reserva o de emergencia para aquellos DAO que gestionen activos de terceros. Estos fondos deben mantenerse en una reserva segura y segregada que sirva para cubrir posibles pérdidas ocasionadas por fallas de contratos inteligentes o errores en la ejecución de transacciones. Esta reserva funciona como un «colchón de seguridad».

---

<sup>19</sup> El Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores han emitido advertencias y comunicados sobre las criptomonedas y sus riesgos. En este sentido, ambas instituciones han señalado a las criptomonedas como activos altamente volátiles, lo que implica riesgos significativos para los inversores.

También exige que se implementen mecanismos de interoperabilidad con otros sistemas financieros tradicionales, permitiendo la integración y el intercambio seguro de datos entre blockchain y bancos o plataformas financieras convencionales. Esto significa que las DAO que deseen operar en el ámbito financiero deberán ser compatibles con estándares de intercambio de datos reconocidos, como el estándar ISO 20022, que regula la comunicación entre entidades financieras.

La LTDSF promueve la creación de un sistema de licenciamiento o certificación para las DAO que buscan operar en el sector financiero. Esto significa que las organizaciones que deseen ofrecer servicios financieros, tales como préstamos, inversiones o seguros descentralizados, deben cumplir con una serie de requisitos para obtener una licencia. Este licenciamiento incluiría evaluaciones técnicas de ciberseguridad, revisiones de cumplimiento y una clara definición de sus estructuras de gobernanza y votación.

En este sentido, establece igualmente requisitos específicos de divulgación de riesgos en todos los productos financieros ofrecidos, especialmente en aquellos productos de inversión. Las DAO deberán crear y distribuir informativos en los que se explique claramente a los usuarios los riesgos de cada servicio o activo ofrecido, incluyendo riesgos de volatilidad, riesgo tecnológico y cualquier otra vulnerabilidad específica de los *smart contracts* que ejecuten el servicio.

Finalmente, se introducen estándares estrictos para la contratación de personal y colaboradores. A diferencia de las DAO tradicionales, donde cualquier usuario puede contribuir libremente, ahora se exige un proceso formal de verificación y contratación, incluyendo acuerdos de confidencialidad y contratos de prestación de servicios para cualquier colaborador que trabaje en tareas críticas, como el desarrollo de *software* o seguridad.

No obstante, la LTDSF ha impuesto requisitos de cumplimiento elevados que pueden ser prohibitivos para *startups* y pequeñas empresas que trabajan con blockchain y criptoactivos, limitando la innovación en un sector en expansión. Aunque pretenden ser regulares las transacciones de criptomonedas, el texto legal no aborda adecuadamente las necesidades de las organizaciones descentralizadas, que operan sin una entidad central y tienen dificultades para cumplir con los requisitos tradicionales de transparencia y control. Estas «altas» exigencias podrían hacer a España menos competitiva frente a países con regulaciones más flexibles, llevando a que algunas empresas busquen operar en otras jurisdicciones. Además, existe preocupación de que los requisitos de registro y verificación de emisores de tokens puedan afectar la privacidad y la pseudonimidad, aspectos valorados en el sector de blockchain.

Aunque se espera que aumente la confianza del consumidor en el ámbito de criptoactivos, la LTDSF carece de flexibilidad para adaptarse a la rápida evolución de la tecnología blockchain, lo que podría hacerla obsoleta en poco tiempo y limitar su efectividad para responder a los cambios y necesidades de un sector en constante innovación, donde surgen nuevos modelos de negocio y aplicaciones tecnológicas que requieren un marco regulatorio ágil y adaptable.

### 3.6.3. Cumplimiento de normas de AML/KYC

Las DAO, al igual que otras entidades que gestionan criptoactivos, deben cumplir con las normativas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (AML). La Ley 10/2010 impone obligaciones para empresas y organizaciones que operan con criptomonedas o tokens, de modo que aquellas organizaciones que administren fondos o emitan tokens que puedan clasificarse como instrumentos financieros están sujetas a estas regulaciones. En este sentido, las DAO deberán implementar procedimientos de verificación de identidad, conocidos como KYC (*know your customer*)<sup>20</sup>, lo que implica un cambio significativo en cómo operan estas organizaciones, especialmente por su naturaleza descentralizada. El KYC exige que los participantes proporcionen información personal para confirmar su identidad, lo que ayuda a prevenir actividades ilegales como el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Esta medida introduce un nuevo reto para estas organizaciones, ya que muchas de ellas valoran la pseudonimidad y el anonimato de sus usuarios, características que podrían verse comprometidas por estos requisitos.

Además, las DAO que emiten tokens o gestionan activos financieros también deberán adoptar sistemas de detección y reporte de actividades sospechosas, como parte de las normativas AML (*anti-money laundering*). Esto es esencial para cumplir con la regulación europea, que busca asegurar la integridad del sistema financiero digital.

En este contexto, el cumplimiento de las normativas AML y KYC no solo es una cuestión de legalidad, sino también de legitimidad en el mercado. La adopción de estas medidas, aunque compleja, puede aumentar la confianza de los usuarios e inversores al garantizar un entorno más seguro y transparente. Sin embargo, estas obligaciones pueden generar tensiones entre la descentralización y las normativas que exigen mayor centralización de datos e identidad. Además, el cumplimiento de estas normativas puede ser un desafío, dado que muchas DAO están diseñadas para operar de manera abierta y global, lo que complica la implementación de procedimientos como KYC en un entorno tan distribuido. A pesar de estos desafíos, el cumplimiento de estas normativas es crucial para garantizar la integridad y transparencia en el manejo de activos digitales y evitar riesgos de blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y sanciones regulatorias que comprometan la viabilidad y sostenibilidad de la organización.

## 4. Conclusiones

- A pesar de que España aún no cuenta con una regulación específica para las DAO, el país sigue de cerca las iniciativas europeas, especialmente el Reglamen-

---

<sup>20</sup> El término KYC se formalizó en Estados Unidos a partir de leyes como la *Bank Secrecy Act* (1970) y, más adelante, la *USA Patriot Act* (2001), que reforzó las obligaciones de las instituciones financieras de identificar y monitorear a sus clientes para prevenir el financiamiento.

to MiCA, que proporciona un marco regulatorio más claro para los criptoactivos y las organizaciones que los gestionan. Dado el creciente interés en las tecnologías blockchain y criptoactivos en el contexto de la transformación digital del sector financiero, es probable que en la Unión Europea veamos nuevos desarrollos legislativos en los próximos años.

- Aunque la transparencia es crucial para evitar manipulaciones y fomentar la participación abierta, las DAO deben buscar formas de equilibrar la transparencia con la agilidad en la toma de decisiones, especialmente cuando se requieren respuestas rápidas. La implementación de herramientas como la votación delegada, comités especializados y sistemas *off-chain* puede ayudar a mitigar estos desafíos sin sacrificar los principios básicos de transparencia que hacen a las DAO confiables y descentralizadas.
- Como la seguridad de los contratos autoejecutables depende en gran medida de la calidad de su código, cualquier error de programación puede ser vulnerable a explotación. Por ello, es crucial que estos contratos pasen por auditorías de seguridad exhaustivas antes de su implementación, para detectar y corregir posibles fallos.
- Aunque la inmutabilidad es una característica fundamental para garantizar la integridad del contrato, existen mecanismos que permiten cierta flexibilidad. Una opción es crear contratos que incluyan funciones de actualización o que permitan la introducción de nuevas versiones a través de un proceso de votación entre los participantes. Este tipo de flexibilidad es común en las DAO, donde los *smart contracts* pueden estar diseñados para permitir la introducción de nuevas reglas o actualizaciones a través de mecanismos de gobernanza, como el voto de los poseedores de tokens de gobernanza. De esta manera, las organizaciones pueden adaptarse a nuevas circunstancias sin comprometer la seguridad y la integridad de las transacciones.
- Otro desafío es la protección de los inversores. La falta de regulación específica puede exponer a los participantes a riesgos, ya que no siempre hay mecanismos claros para resolver disputas o recuperar fondos en caso de fraude. Esto desalienta a los inversores institucionales, que buscan seguridad jurídica antes de comprometer capital en proyectos descentralizados. Las futuras normativas deben abordar este vacío y ofrecer mayor protección sin sacrificar los principios de descentralización.
- Soluciones como el voto cuadrático o la delegación de votos pueden mitigar algunos de estos problemas que generan la volatilidad de los tokens.
- El arbitraje se nos presenta como la solución más adecuada para las DAO en el entorno de la Unión Europea, porque proporciona un mecanismo de resolución de disputas que respeta la naturaleza descentralizada y global de estas organizaciones, al mismo tiempo que se alinea con las exigencias regulatorias europeas en cuanto a seguridad jurídica y protección del consumidor.

## Referencias bibliográficas

- Aznar, J. (2024). *Organizaciones autónomas descentralizadas y su impacto en el derecho mercantil*. Editorial Jurídica Española.
- Buterin, V. (2014). *A Next-Generation Smart Contract and Decentralized Application Platform*. Ethereum Foundation. <https://ethereum.org/en/whitepaper/>
- Defi Planet. (2022). Regulación de las criptomonedas en el mundo: África y las vulnerabilidades de la gobernanza de las DAO. <https://defi-planet.com>
- Filippi, P. de y Wright, A. (2018). *Blockchain and the Law: The Rule of Code*. Harvard University Press.
- Gerard, D. (2017). *Attack of the 50 Foot Blockchain: Bitcoin, Blockchain, Ethereum & Smart Contracts*. CreateSpace Independent Publishing Platform.
- Hacker, P. (2019). Decentralized autonomous organizations and the law. *Journal of Law and Innovation*, 2(1), 111-149.
- Johnston, D., Wilkinson, S., Yilmaz, S. O., Kandah, J., Benteinitis, N., Hashemi, F. y Gross, R. (2014). The General Theory of Decentralized Applications, DApps. GitHub.
- Larimer, D. (2013). BitShares and the Decentralized Autonomous Corporation. BitShares.
- Lewis, A. (2018). *The Basics of Bitcoins and Blockchains: An Introduction to Cryptocurrencies and the Technology that Powers Them*. Mango Publishing.
- Mougayar, W. (2016). *The Business Blockchain: Promise, Practice, and the Application of the Next Internet Technology*. Wiley.
- Plaza, J. A. (2018). Los «contratos inteligentes» no son tan perfectos como nos han vendido. *Retina, El País*.
- Rosales, F. (2018). Qué es un contrato inteligente para un notario. *Blog Notario Francisco Rosales*.
- Russo, C. (2020). *The Infinite Machine: How an Army of Crypto-hackers Is Building the Next Internet with Ethereum*. HarperCollins.
- Siegel, D. (2016). Entendiendo el ataque DAO. *Coindesk*.
- Szabo, N. (2019). Israel Bitcoin Summit. Universidad de Tel Aviv.
- Tapscott, D. y Tapscott, A. (2016). *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin and Other Cryptocurrencies Is Changing the World*. Penguin.
- Werbach, K. y Cornell, N. (2017). Contracts ex machina. *Duke Law Journal*, 67(2), 313-382.
- Wright, A. y Filippi, P. de (2015). Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia. *Social Science Research Network (SSRN)*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2580664>

**Francisco-Alexis Bañuls Gómez.** Doctor en Derecho Mercantil, abogado, contador partidor y administrador concursal, representante de empresas nacionales, multinacionales, gobiernos e instituciones financieras en arbitrajes complejos y de alto valor, tanto nacionales como internacionales, estando actualmente dirigiendo los departamentos de arbitraje de las mercantiles BG i Consulting y Octopus Estudios Jurídicos. <https://orcid.org/0009-0001-4423-7523>



# El acceso oportuno a los documentos legislativos («huella normativa») para el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la participación y el escrutinio en los asuntos públicos

Isaac Ibáñez García

Abogado (España)

Máster en Tributación / Asesoría Fiscal por el CEF

[amicuscuriae1964@gmail.com](mailto:amicuscuriae1964@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0003-2290-1363>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Xabier Arzoz Santisteban, don Borja Carvajal Borrero, doña Itziar Gómez Fernández, don Nicolás González Deleito y don José Luis Zamarro Parra.

## Extracto

Como viene advirtiendo certeramente la Defensora del Pueblo Europeo, a los documentos pre-legislativos («huella normativa») deben aplicárseles los más altos estándares de transparencia. En el caso de España, el acceso oportuno a la huella normativa, especialmente en los procedimientos legislativos en curso, entronca con el derecho fundamental de los ciudadanos a participar –directamente– en los asuntos públicos, reconocido en el artículo 23.1 de la Constitución. De un examen casuístico de las decisiones gubernamentales sobre las peticiones de acceso a la «huella normativa», se deduce la ausencia de una práctica coherente y respetuosa con el principio democrático. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno está elaborando un criterio definitivo en relación con el acceso a la documentación que integra los expedientes normativos, con el fin de fijar un criterio válido para todos los supuestos de la misma naturaleza.

**Palabras clave:** *better regulation*; grupos de presión; huella normativa; participación ciudadana; procedimiento legislativo; transparencia.

Recibido: 03-05-2024 / Aceptado: 05-09-2024 / Publicado: 04-12-2024

**Cómo citar:** Ibáñez García, I. (2024). El acceso oportuno a los documentos legislativos («huella normativa») para el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la participación y el escrutinio en los asuntos públicos. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 287, 77-118. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.22267>



# Timely access to legislative documents («regulatory footprint») for the effective exercise of the fundamental right to participation and scrutiny in public affairs

Isaac Ibáñez García

This work has been selected for publication by: Mr. Xabier Arzoz Santisteban, Mr. Borja Carvajal Borrero, Mrs. Itziar Gómez Fernández, Mr. Nicolás González Deleito y Mr. José Luis Zamorro Parra.

## Abstract

As the European Ombudsman has rightly warned, the highest standards of transparency must be applied to pre-legislative documents («regulatory footprint»).

In the case of Spain, timely access to the regulatory footprint, especially in ongoing legislative procedures, is linked to the fundamental right of citizens to participate –directly– in public affairs, recognised in article 23.1 of the Constitution.

A case-by-case examination of government decisions on requests for access to the «regulatory footprint» reveals the absence of a consistent practice that respects the democratic principle. The Council for Transparency and Good Governance is developing a definitive criterion regarding access to the documentation that makes up the regulatory files in order to establish a criterion that is valid for all cases of the same nature.

**Keywords:** better regulation; lobbying; regulatory footprint; citizen participation; legislative procedure; transparency.

Received: 03-05-2024 / Accepted: 05-09-2024 / Published: 04-12-2024

**Citation:** Ibáñez García, I. (2024). El acceso oportuno a los documentos legislativos («huella normativa») para el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la participación y el escrutinio en los asuntos públicos. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 287, 77-118. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.22267>



## Sumario

1. Introducción
  2. La argumentación ante el Consejo de Transparencia favorable al acceso a la «huella normativa»
  3. Otras resoluciones del CTBG referidas al paquete de reclamaciones descritas en el apartado I
  4. Resoluciones anteriores del CTBG
  5. Filibusterismo gubernamental
  6. La ausencia de transparencia en el Congreso de los Diputados sobre documentos relacionados con el ejercicio de las funciones parlamentarias
  7. Los estatutos de la Comisión General de Codificación son contrarios a la Ley de transparencia
  8. Propuestas sobre «huella normativa» en los programas electorales del PSOE y PP para las elecciones generales de 2023
  9. Plan de Parlamento Abierto
  10. Anuncio de elaboración de un criterio definitivo por el Consejo de Transparencia
  11. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

**Nota:** El presente estudio está basado, principalmente, en un examen casuístico de las decisiones gubernamentales sobre las peticiones de acceso a la «huella normativa», a la luz de los más altos estándares de transparencia, deducidos tanto de las decisiones del Defensor del Pueblo Europeo como de las sentencias del Tribunal General y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.



## 1. Introducción

Por «huella normativa» se entiende el conjunto de documentos y contenidos que se generan en el proceso de tramitación de las normas, especialmente en su fase prelegislativa o gubernamental. Se refiere al expediente completo de elaboración, que incluye, sin ánimo de exhaustividad, todo tipo de informes, dictámenes, memorias de impacto, intervenciones y análisis de las aportaciones en relación con los trámites de información y audiencia públicas<sup>1</sup>, etcétera. La «huella normativa» y su acceso por el público es fundamental para la rendición de cuentas, tanto *ex ante* (permitiendo el debate público en tiempo real) como *ex post* a la adopción de la norma.

El asunto del acceso a la «huella normativa», especialmente en los procedimientos legislativos en curso, es de gran interés para la vida democrática de la Unión Europea y, obviamente también y por los mismos razonamientos, para la vida democrática de los Estados miembros. El 2 de octubre de 2023, la Defensora del Pueblo Europeo abrió una investigación (OI/4/2023/MIK) sobre cómo las instituciones de la UE (el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea) aplican la legislación y la jurisprudencia de la UE al gestionar las solicitudes de acceso público a documentos legislativos, al constatar

---

<sup>1</sup> Un meritorio caso de publicidad activa de las respuestas a una consulta pública y del análisis sobre la misma lo constituye, a título de ejemplo, el de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia: «La CNMC analiza las respuestas a la consulta pública sobre los sistemas de verificación de edad de las plataformas de vídeo para impedir el acceso de los menores a la pornografía o la violencia». <https://www.cnmc.es/prensa/respuestas-cp-verificacion-edad-plataformas-20240417>

que investigaciones anteriores relacionadas con el acceso público insuficiente y retrasado sugirieron que estas instituciones actualmente no están dando pleno efecto a la legislación de la UE y la jurisprudencia relacionada.

En el caso de España, el acceso oportuno a la «huella normativa», especialmente en los procedimientos legislativos en curso, entronca con el derecho fundamental de los ciudadanos a participar –directamente– en los asuntos públicos, reconocido en el artículo 23.1 de la Constitución.

De un examen casuístico de las decisiones gubernamentales sobre las peticiones de acceso a la «huella normativa» se deduce la ausencia de una práctica coherente y respetuosa con el principio democrático; que no ha sido solventada por un criterio interpretativo uniforme por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), bien *ad hoc* (art. 38.2 a) de la Ley de transparencia), bien a través de la doctrina emanada en sus resoluciones.

Como ha advertido certeramente la Defensora del Pueblo Europeo en su relevante Resolución de 25 de septiembre de 2023 contra la Comisión Europea (Caso 1053/2023/MIK), a los documentos prelegislativos («huella normativa») deben aplicárseles los más altos estándares de transparencia. En su Discurso del 16 de enero de 2024 ante el Parlamento Europeo, con ocasión del debate sobre su Informe anual 2022, la Defensora del Pueblo señaló que

debemos recordar que la democracia no solo se erosiona cuando un líder autoritario se mueve para dismantelar o socavar las instituciones democráticas, sino que también se erosiona en pequeñas formas, como no permitir a los ciudadanos acceder a documentos a los que tienen derecho a acceder, y con la administración razonablemente confiada en que pocos de esos ciudadanos la desafiarán ante los tribunales.

En la Resolución del Caso 1945/2023/MIG, de 12 de julio de 2024, la Defensora del Pueblo Europeo expresó su profundo pesar por la continua negativa de la Comisión Europea a conceder un amplio acceso a los documentos que se refieren a una propuesta legislativa, subrayando en este caso concreto que

se desprende claramente, por ejemplo, de la evaluación de impacto de la Comisión que la información proporcionada por Thorn influyó en gran medida en la toma de decisiones de la Comisión. Por tanto, el interés público en la divulgación es evidente.

Ante el CTBG se presentaron varias reclamaciones contra denegaciones de acceso (expresas o presuntas) a la «huella normativa» de varios anteproyectos o proyectos normativos, según la siguiente tabla 1:

Expte. CTBG	Expte. Portal de la Transparencia	Documentos solicitados	Respuesta gubernamental
609/2023	001-073602	<p>Todos los documentos obrantes en el expediente de tramitación del proyecto de Ley de trasposición de directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y de adaptación normativa a los Convenios internacionales sobre responsabilidad civil por daños nucleares, aprobado en el Consejo de Ministros del 31 de octubre de 2022 (MAIN), dictamen Consejo de Estado, informes sobre los resultados de trámites de audiencia o información pública, otros informes, etcétera).</p>	<p>Desestimación por silencio administrativo. La solicitud de acceso es de 6/11/2022. De forma muy extemporánea, el 7/08/2023 el Ministerio de la Presidencia concede el acceso a lo solicitado.</p>
762/2023	001-074975	<p>Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley de información clasificada (dictamen núm. 1897/2022), así como todos los documentos obrantes en el expediente de tramitación del proyecto de ley (MAIN, informes sobre los resultados de trámites de audiencia o información pública, otros informes, etcétera).</p>	<p>Desestimación por silencio administrativo. Posteriormente, de forma extemporánea, se comunica la inadmisión, en aplicación del artículo 18.1 a) de la Ley 19/2013: «Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general».</p>
834/2023	00001-00075874	<p>Todos los documentos obrantes en el expediente de tramitación (MAIN, dictamen Consejo de Estado, informes sobre los resultados de trámites de audiencia o información pública, otros informes, etcétera), relativos a la Orden HFP/1314/2022, de 28 de diciembre, por la que se aprueban el modelo 592 «Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables. Autoliquidación» y el modelo A22 «Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables. Solicitud de devolución», se determinan la forma y procedimiento para su presentación, y se regulan la inscripción en el Registro territorial, la llevanza de la contabilidad y la presentación del libro registro de existencias.</p>	<p>Desestimación por silencio administrativo. Posteriormente, de forma extemporánea, se decide conceder acceso, aunque se ocultan tanto los informes sobre los resultados de la audiencia pública como varios informes inculcados en el expediente.</p>



Expte. CTBG	Expte. Portal de la Transparencia	Documentos solicitados	Respuesta gubernamental
1046/2023	00001-00076443	<p>Todos los documentos obrantes en el expediente de tramitación (MAIN, dictamen Consejo de Estado, informes sobre los resultados de trámites de audiencia o información pública, otros informes, etcétera), relativos a la Orden HFP/94/2023, de 2 de febrero, por la que se aprueban el modelo 795, «Gravamen temporal energético. Declaración del ingreso de la prestación», el modelo 796, «Gravamen temporal energético. Pago anticipado», el modelo 797, «Gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito. Declaración del ingreso de la prestación» y el modelo 798, «Gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito. Pago anticipado», y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación.</p>	<p>Desestimación por silencio administrativo. Posteriormente, de forma extemporánea, se decide conceder acceso, aunque se ocultan tanto los informes sobre los resultados de la audiencia pública como varios informes inculpidos en el expediente.</p>
1207/2023	00001-00076256	<p>Informe del Ministerio de Justicia a que se refiere la siguiente información de ABC del 28/01/2022: «Montero ocultó al Congreso y al Consejo de Estado las críticas de Justicia a su ley del 'solo sí es sí'. Igualdad se saltó la legalidad al no incluir el informe del coproponente de la norma que ha provocado la revisión de pena a casi 300 agresores sexuales. Nuevo defecto en la tramitación, que se une a la falta de consulta pública y al recorte de documentos a la cámara».</p>	<p>Desestimación por silencio administrativo. Ante el CTBG alegan que el referido informe no obra en la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.</p>
1727/2023	00001-00078645	<p>Respecto al expediente de tramitación del Real Decreto 249/2023, de 4 de abril, por el que se modifican el Reglamento General de Desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria... y sobre los escritos presentados en el trámite de audiencia</p>	<p>Desestimación por silencio administrativo. Posteriormente, de forma extemporánea, se declara la inadmisión, por aplicación de los artículos 13 y 18.1 b) de la Ley 19/2013.</p>

Expte. CTBG	Expte. Portal de la Transparencia	Documentos solicitados	Respuesta gubernamental
1727/2023 (cont.)	00001-00078645 (cont.)	e información públicas, SE SOLICITA el acceso a las fichas en las que el órgano proponente expone su criterio en relación con las sugerencias formuladas y en el que se justifica, de forma detallada, si las acepta o rechaza.	Desestimación por silencio administrativo. Posteriormente, de forma extemporánea, se declara la inadmisión, por aplicación de los artículos 13 y 18.1 b) de la Ley 19/2013.
2310/2023	SOL-2023/140	Junta de Extremadura. Todo el expediente de tramitación (incluidas las aportaciones al trámite de audiencia o información pública) del proyecto normativo que desembocó en el Decreto-ley 2/2023, de 8 de marzo, de medidas urgentes de impulso a la inteligencia artificial en Extremadura (1).	Desestimación por silencio administrativo. Posteriormente, de forma extemporánea, se resuelve dando acceso a lo solicitado.

(1) Respecto a este expediente, especial mención merece la documentación relativa al trámite de audiencia, que debería constar en el expediente, pues es de evidente interés público el conocimiento de lo que ha sucedido finalmente con este trámite, pues resulta bochornoso lo que se relata a continuación:

En el Diario Oficial de Extremadura número 48, de 10 de marzo de 2023, aparece publicado el referido Decreto-ley 2/2023, de 8 de marzo, de medidas urgentes de impulso a la inteligencia artificial en Extremadura. Por tanto, el decreto-ley fue aprobado el 8 de marzo de 2023 y publicado en el diario oficial el 10 de marzo de 2023. Pues bien, en el diario oficial de extremadura del 9 de marzo (es decir, después de aprobado el decreto-ley) aparece la «Resolución de 8 de marzo de 2023, de la secretaria general, por la que se acuerda la apertura del período de audiencia e información pública en relación con el proyecto de Decreto-ley de medidas urgentes de impulso a la inteligencia artificial en Extremadura», por la se acuerda «la apertura de un período de audiencia e información pública por un período de siete días hábiles contados a partir del siguiente al de la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial de Extremadura, con el objeto de que cualquier persona interesada pueda examinar el texto del Proyecto de Decreto-ley de medidas urgentes de impulso a la inteligencia artificial en Extremadura y formular las alegaciones y propuestas que estime oportunas».

Se sugirió al CTBG que resolviera al unísono dicho conjunto de reclamaciones (claro está, en resoluciones distintas) a fin de sentar un criterio uniforme, y que, dada la importancia que tiene el acceso oportuno a los documentos legislativos («huella normativa») para el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la participación y el escrutinio en los asuntos públicos, podría ser conveniente que por el presidente del Consejo se dictara un «criterio interpretativo» uniforme, al amparo de lo dispuesto en el artículo 38.2 a) de la Ley de transparencia.

Una depurada doctrina del Consejo de Transparencia sobre el acceso a la «huella normativa» podría suponer una revisión del Criterio Interpretativo CI/006/2015, de 12 de noviembre de 2015: «Causas de inadmisión de solicitudes de información: información de carácter auxiliar o de apoyo».

Prueba de la tardía publicación (publicidad activa) de la «huella normativa» de un proyecto de ley es la práctica seguida por el Congreso de los Diputados de publicar la «documentación complementaria de las iniciativas legislativas»<sup>2</sup>. Documentación que antes no ha visto la luz y que, por tanto, no permite a los interesados participar, con el conocimiento de estos documentos, en la gestación del proyecto antes de que llegue a las cámaras legislativas.

A título de ejemplo, el caso del «Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes»<sup>3</sup>. Se publican: la documentación que acompaña al proyecto; estudios, documentos comparativos y textos derogados.

Esta publicidad activa de la «huella normativa» no se produce, obviamente, en el caso de proyectos de normas reglamentarias, cuya tramitación no sale de la esfera gubernamental.

Por ello, dada la tardanza –o inexistencia– en producirse la publicidad activa, es necesario dar acceso a la «huella normativa» de forma oportuna a petición de los interesados.

Respecto a dos de las reclamaciones ante el Consejo de Transparencia descritas en el cuadro anterior (tabla 1), y que a fecha de concluir este estudio no habían sido resueltas, a pesar de haber transcurrido más de un año en una de ellas desde su interposición y cerca del año en la otra<sup>4</sup>, conviene destacar lo siguiente:

---

<sup>2</sup> <https://www.congreso.es/es/cem/dosieres-xv-legislatura>

<sup>3</sup> Dossier. Serie legislativa. Núm. 16. Abril 2024. [https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura\\_15/spl\\_16/dossier\\_sl\\_16\\_defensa\\_cliente\\_financiero\\_transparencia.pdf](https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_15/spl_16/dossier_sl_16_defensa_cliente_financiero_transparencia.pdf)

<sup>4</sup> Según la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno:

«Artículo 24. *Reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.*

4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses [...].

En su Resolución del 17 de abril de 2024 (caso 707/2023/NH), sobre la demora de casi un año en resolver una «solicitud confirmatoria» (equivalente en España a la reclamación ante el Consejo de

Reclamación 762/2023 (Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Información Clasificada), así como todos los documentos obrantes en el expediente de tramitación del proyecto de ley (MAIN, informes sobre los resultados de trámites de audiencia o información pública, otros informes, etcétera), gubernativamente se inadmitió la petición de acceso alegando que no puede darse acceso al expediente normativo («huella normativa») hasta que el Gobierno haya tenido conocimiento de la información solicitada.

De contrario, se alegó ante el Consejo de Transparencia que dicha fundamentación no es conforme a derecho, por las siguientes razones:

- El conocimiento del referido anteproyecto de ley y su «huella normativa» en tiempo real es de evidente interés público, como lo demuestra la inquietud que causó el mismo entre las asociaciones de periodistas, como así apareció prolijamente en los medios de comunicación.
- Parte de la «huella normativa» solicitada ya ha sido hecha pública. Así, ese Consejo de Transparencia publicó su informe, la Fiscalía General del Estado ha publicado el informe del Consejo Fiscal, etcétera; por lo que decae la alegación referida por el ministerio para la inadmisión de la solicitud.

Reclamación 1727/2023 (Respecto al expediente de tramitación del Real Decreto 249/2023, de 4 de abril, por el que se modifican el Reglamento General de Desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria... y sobre los escritos presentados en el trámite de audiencia e información públicas, se solicita el acceso a las fichas en las que el órgano proponente expone su criterio en relación con las sugerencias formuladas y en el que se justifica, de forma detallada, si las acepta o rechaza), gubernativamente se inadmitió la petición de acceso alegando que:

- La normativa sobre el trámite de audiencia e información pública «no exige la realización de ficha alguna sobre cada sugerencia o aportación con carácter previo a la realización del proyecto de reglamento. En consecuencia, la elaboración de dichas fichas no constituye un trámite del procedimiento, por lo que tendrían la condición de meras comunicaciones o valoraciones internas, determinando su condición de información auxiliar o de apoyo, de acuerdo con el numeral 4.º del CI/006/2015».
- De igual modo, dichas fichas carecen de la condición de texto final o definitivo, pues constituiría una mera valoración inicial. En efecto, el texto definitivo sería el conte-

---

Transparencia), concluyó: «El Defensor del Pueblo lamenta profundamente el retraso de la Comisión al responder a la solicitud del demandante. Insiste en que el incumplimiento de los plazos establecidos por el legislador en el Reglamento 1049/2001 no puede ser una buena administración. Vuelve a instar a la Comisión a mejorar su gestión de las solicitudes de acceso público como cuestión prioritaria y la remite a la recomendación de su investigación estratégica OI/2/2022/OAM».

nido en el proyecto normativo remitido al Consejo de Estado para su dictamen o, en su caso, a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios.

El ministerio parece no entender (o, más bien, no quiere entender) que es de interés público conocer las aportaciones de los comparecientes en el trámite de información pública y conocer también las razones que esgrime el ministerio para aceptar o rechazar las sugerencias.

De contrario, se alegó ante el Consejo de Transparencia que dicha fundamentación no es conforme a derecho, por las siguientes razones:

- Nada tiene que ver que la documentación solicitada sea de realización preceptiva o no. Si existe, debe concederse el acceso, a no ser que exista una fundada excepción o causa de inadmisión, que no es el caso.
- Prueba de ello, como ya se señaló en la reclamación, es el reciente precedente de la Resolución de 5 de mayo de 2023, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, en la que se otorgó pleno acceso a lo solicitado: resumen de las aportaciones recibidas en el trámite de audiencia e información pública y resumen de los informes recibidos, relativos al proyecto de Ley orgánica del derecho de defensa.

Estos dos asuntos ponen de manifiesto, como se ha indicado anteriormente, la necesidad de que por el CTBG se adopten criterios interpretativos uniformes sobre el acceso oportuno a los documentos legislativos («huella normativa») para el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la participación y el escrutinio en los asuntos públicos, en sintonía con los más altos estándares de transparencia.

Asimismo, el acceso a la «huella normativa», para facilitar, de forma temprana, el ejercicio de dicho derecho fundamental a participar –directamente– en los asuntos públicos, debe permitirse en un estado incipiente de los procedimientos legislativos. Así, y a título de ejemplo, se solicitó el acceso (petición que no había sido resuelta a la fecha de conclusión del presente estudio) a:

Con relación a la «ley para la transformación de la Administración Pública», anunciada en el Plan Anual Normativo 2024 y respecto a la mención: «la Ley introduce mecanismos para asegurar una más eficaz y eficiente transposición del ordenamiento de la Unión a nuestro Derecho interno, al tiempo que revisa los mecanismos de exigencia de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión».

Se solicita acceso a todos los documentos obrantes en ese ministerio, relativos a la justificación del proyecto en cuanto a los objetivos a alcanzar en materia de: a) los mecanismos para asegurar una más eficaz y eficiente transposición al ordenamiento de la UE a nuestro Derecho interno; b) mecanismos de exigencia de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la UE.

Es oportuna y de interés público la referida petición de acceso, pues en la anterior legislatura se encontraba en muy avanzado estado de gestación (prácticamente a falta del dictamen del Consejo de Estado) el «Expediente del Anteproyecto de ley de reforma del régimen jurídico sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador por daños derivados de la infracción del derecho de la Unión», tramitado para dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de junio de 2022, en el asunto C-278/20 (*Comisión Europea / Reino de España*); por lo que es oportuno indagar (escrutinio) sobre el porqué se decide pasar de contemplar una ley *ad hoc* para cumplir con una sentencia del TJUE, que va camino de demorarse dos años, a incluir esta regulación en un nuevo proyecto de ley, que ha de someterse, de nuevo y de conjunto, a todos los trámites establecidos en la ley (audiencia e información públicas, informes preceptivos de órganos consultivos, informes de los distintos departamentos ministeriales, etcétera, etcétera).

Paradójicamente, el 27 de junio de 2024, dando respuesta a una solicitud de acceso a documentos al amparo de la Ley de transparencia<sup>5</sup>, el Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública parece trasladar que el referido anteproyecto de ley *ad hoc* está paralizado, pero vivo:

Cabe indicar, a este respecto que no se ha incorporado nueva documentación al expediente y no se dispondrá de una valoración completa y definitiva de las observaciones efectuadas al trámite de consulta pública hasta que no se evacuen los informes de las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios proponentes de la norma, esto es, Hacienda, de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes y para la Transformación Digital y de la Función Pública.

Hasta que no se completen todos los informes de la tramitación previstos en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, antes de remitir el expediente al Consejo de Estado, no se dispone de la valoración de las observaciones efectuadas al trámite de consulta pública.

## **2. La argumentación ante el Consejo de Transparencia favorable al acceso a la «huella normativa»**

Los documentos solicitados no están incurso en ninguna de las causas de inadmisión (art. 18) ni en ninguno de los límites al derecho de acceso (art. 14), previstos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

---

<sup>5</sup> Respuesta extemporánea (expediente 00001-00088960), evacuada cuando ya estaba en curso la correspondiente reclamación ante el CTBG.

Respecto a la documentación relativa al trámite de audiencia pública, se cita el precedente de la Resolución de 5 de mayo de 2023, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, en la que se otorga pleno acceso a lo solicitado:

En la página web del Ministerio, aparece, con fecha 4 de abril de 2023, publicado el Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa.

Información relacionada: Proyecto de Ley Orgánica. Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

En la MAIN se refieren el «Anexo I se recoge un resumen de las aportaciones recibidas en este trámite de audiencia e información pública» y el «Anexo II se recoge un resumen de los informes recibidos, pero no aparecen publicados a fecha de hoy».

Se solicitan ambos anexos.

Puede leerse en la Resolución que concede el acceso: «Una vez analizada la solicitud, esta Secretaría General Técnica resuelve conceder la información solicitada, adjuntando los Anexos I y II de la MAIN del Proyecto Ley Orgánica del Derecho de Defensa».

Debe tenerse en cuenta que un procedimiento legislativo transparente –y en tiempo real– es uno de los requerimientos del principio del Estado de derecho. Ya en su primer informe sobre la situación del Estado de derecho en la Unión Europea, la Comisión Europea señaló que:

El Estado de Derecho está consagrado en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea como uno de los valores comunes a todos los Estados miembros y que dicho principio engloba el principio de legalidad, que implica un proceso de promulgación de leyes transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas;

subrayando la jurisprudencia europea que:

Es precisamente la transparencia en el proceso legislativo lo que, al permitir que se debatan abiertamente las divergencias entre varios puntos de vista, contribuye a conferir una mayor legitimidad a las instituciones a los ojos de los ciudadanos europeos y a aumentar la confianza de estos. De hecho, es más bien la falta de información y de debate lo que puede suscitar dudas en los ciudadanos, no solo en cuanto a la legalidad de un acto aislado, sino también en cuanto a la legitimidad del proceso de toma de decisiones en su totalidad [...]. El ejercicio por los ciudadanos de sus derechos democráticos presupone la posibilidad de seguir en detalle el proceso de toma de decisiones en el seno de las instituciones que participan en los procedimientos legislativos y de tener acceso a toda la información pertinente [...] [pues] todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión y que las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima po-

sible a los ciudadanos [...]. La manifestación de la opinión pública acerca de una u otra propuesta legislativa forma parte del ejercicio de los derechos democráticos de los ciudadanos de la Unión. (Sentencia del Tribunal General de la UE de 25 de enero de 2023. Asunto T-163/21. De Capitani/Consejo y las citadas en la misma).

Asimismo, es de interés la Decisión de la Defensora del Pueblo Europeo, recaída en el caso 1499/2021/SF:

El denunciante, un equipo de periodistas de varios países europeos, buscó el acceso público del Consejo de la UE a los documentos que establecen las posiciones de los gobiernos de los Estados miembros sobre el proyecto de «Ley de Mercados Digitales» de la UE. El Consejo identificó 28 documentos incluidos en la solicitud, pero concedió acceso solo a partes de estos. Al hacerlo, invocó una excepción bajo las reglas de la UE sobre el acceso a los documentos, argumentando que la divulgación completa podría socavar un proceso de toma de decisiones en curso.

La inspección del Defensor del Pueblo reveló que el Consejo no reveló la posición de ningún Estado miembro sobre la propuesta legislativa en respuesta a la solicitud del demandante, pero concedió acceso únicamente al texto de la propuesta legislativa de la Comisión. El Defensor del Pueblo constató que el Consejo no había demostrado que la divulgación de las partes de los documentos en cuestión perjudicaría gravemente su proceso de toma de decisiones.

En este contexto, el Defensor del Pueblo consideró que la negativa del Consejo a permitir el acceso del público a las posiciones de los Estados miembros constituía mala administración. Recomendó que el Consejo concediera pleno acceso público a los documentos en cuestión.

En respuesta, el Consejo concedió pleno acceso público a los documentos solicitados. El Defensor del Pueblo acogió con satisfacción la respuesta positiva del Consejo, pero lamentó el tiempo empleado, lo que significa que los documentos ya no sirven para informar a los ciudadanos sobre un proceso legislativo en curso. La Defensora del Pueblo confirmó su conclusión de mala administración e instó al Consejo, en el futuro, a poner a disposición los documentos legislativos en un momento que permita al público participar de manera efectiva en la discusión.

También cabe citar la Recomendación de la Defensora del Pueblo Europeo de 4 de abril de 2023 sobre cómo el Consejo de la Unión Europea manejó una solicitud de acceso público a la opinión legal sobre la propuesta de directiva de la UE sobre salarios mínimos adecuados (Caso 1834/2022/NH), en relación, también, a procedimientos normativos en curso<sup>6</sup>:

---

<sup>6</sup> Igualmente es de interés la Decisión de la Defensora del Pueblo Europeo, de 26 de junio de 2023 (caso 788/2022/SF), sobre la negativa del Consejo de la Unión Europea a dar acceso público a los documentos relacionados con las negociaciones sobre el proyecto de «Ley de Mercados Digitales» y el proyecto de

## Resultado de la investigación

El caso se refería a una solicitud de acceso público a un dictamen del servicio jurídico del Consejo de la UE sobre un proyecto de ley sobre salarios mínimos adecuados.

El Consejo otorgó al demandante acceso a partes del dictamen en mayo de 2021. Invocó dos excepciones en virtud de la legislación de la UE sobre el acceso público a los documentos para justificar la denegación de las partes restantes del documento, argumentando que la divulgación completa podría socavar el proceso de toma de decisiones (ya que las negociaciones sobre la ley todavía estaban en curso en ese momento) y la protección del asesoramiento legal.

El Defensor del Pueblo concluyó que el Consejo no había demostrado cómo la divulgación del documento socavaría su proceso de toma de decisiones o su capacidad para buscar y obtener asesoramiento franco, objetivo y completo. Su opinión es que una mayor transparencia cuando las negociaciones aún estaban en curso habría facilitado en gran medida la participación pública en el proceso legislativo de la UE.

Por tanto, el Defensor del Pueblo consideró que la negativa del Consejo a conceder pleno acceso público al dictamen jurídico en el momento de la decisión confirmatoria constituía mala administración. Dado que el reclamante todavía está interesado en recibir pleno acceso público a la opinión en esta etapa, el Defensor del Pueblo formuló la recomendación correspondiente.

## Evaluación del Defensor del Pueblo que conduce a una recomendación

14. Según los Tratados de la UE, los ciudadanos tienen el «derecho a participar en la vida democrática de la Unión». Por lo tanto, todas las decisiones de la UE deben tomarse «de la manera más abierta y cercana posible a los ciudadanos». Esto es particularmente importante cuando las instituciones de la UE actúan en su capacidad legislativa. El principio de transparencia legislativa está consagrado en los Tratados de la UE y se refleja en la legislación de la UE sobre el acceso público a los documentos, que establece que los documentos legislativos deben ser directamente accesibles al público, a menos que su divulgación menoscabe una o varios intereses públicos o privados protegidos explícitamente. La posibilidad de que los ciudadanos examinen toda la información que constituye la base de la acción legislativa de la UE es una condición previa para el ejercicio efectivo de sus derechos democráticos.

---

«Ley de Servicios Digitales» (asunto 788/2022/SF), en la que la Defensora del Pueblo, una vez más, pide al Consejo que ponga a disposición los documentos legislativos en un momento que permita al público participar de manera efectiva en el proceso de toma de decisiones en curso. <https://www.ombudsman.europa.eu/es/decision/en/171651>

15. Por lo que se refiere a los dictámenes jurídicos del Consejo emitidos en el curso de procedimientos legislativos, el Tribunal de Justicia ha declarado que «el Reglamento n.º 1049/2001 impone, en principio, la obligación de publicar los dictámenes del Servicio Jurídico del Consejo relativos a un proceso legislativo». Agregó que «esta constatación no excluye la negativa, en razón de la protección de la asesoría jurídica, a divulgar una opinión jurídica específica, emitida en el contexto de un proceso legislativo, pero que sea de un carácter o naturaleza particularmente sensible, o tener un alcance particularmente amplio que va más allá del contexto del proceso legislativo en cuestión. En tal caso, corresponde a la institución en cuestión dar una exposición detallada de los motivos de tal denegación».

16. Dada la naturaleza del documento en cuestión, en particular, que fue emitido en el curso de un procedimiento legislativo al que deben aplicarse los más altos estándares de transparencia, las excepciones invocadas por el Consejo al denegar el pleno acceso del público deben aplicarse, en todos los casos, más restrictivamente.

### **En cuanto a la excepción relativa a la protección del asesoramiento jurídico**

17. La jurisprudencia de la UE ha establecido un enfoque en tres etapas, que la institución de la UE en cuestión debe seguir al examinar si un documento que contiene asesoramiento jurídico debe divulgarse. En primer lugar, el documento en cuestión debe estar relacionado con el asesoramiento jurídico. En segundo lugar, la institución en cuestión debe examinar si la divulgación del asesoramiento jurídico sería perjudicial para su interés de buscar y recibir asesoramiento jurídico franco, objetivo y completo. El riesgo de que se perjudique dicho interés debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético. En tercer lugar, si una institución considera que la divulgación de un documento socavaría la protección del asesoramiento jurídico, dicha institución debe determinar si existe algún interés público superior que justifique la divulgación.

18. Si bien la Defensora del Pueblo no tiene ninguna duda de que el documento en cuestión se refiere al asesoramiento jurídico, le resulta difícil ver cómo su divulgación completa sería perjudicial para el interés del Consejo de buscar y recibir asesoramiento jurídico franco, objetivo y completo.

19. Habiendo revisado el documento en cuestión, el Defensor del Pueblo confirma, como indicó el Consejo, que el dictamen jurídico examina si la propuesta de la Comisión se mantiene dentro de los límites del artículo 153, apartado 5, del TFUE, es decir, si la base jurídica elegida es adecuada.

20. El Tribunal General ha declarado que las cuestiones relativas a la elección de la base jurídica adecuada son «cuestiones jurídicas que no van más allá del contexto normal del examen de propuestas legislativas». La cuestión de si la base jurídica elegida para un acto legislativo es adecuada es una cuestión estándar y esperada en casi todos los procesos legislativos. Por lo tanto, el Defensor del Pueblo no ve

cómo el análisis de estas cuestiones jurídicas estándar podría hacer que el contenido de la opinión sea «particularmente sensible».

21. Por lo que se refiere al argumento del Consejo de que el documento tenía un alcance especialmente amplio, ya que abordaba una cuestión jurídica novedosa, el hecho de que el dictamen jurídico trate cuestiones novedosas no implica automáticamente que el contenido del documento sea sensible. Como señaló el Tribunal, «conferir un carácter especialmente sensible a todo asesoramiento jurídico relativo a una cuestión novedosa impediría en la práctica la divulgación de una gran parte de dicho asesoramiento. Es precisamente cuando se trata de cuestiones novedosas que las instituciones solicitan el asesoramiento de su servicio jurídico».

22. El Consejo argumentó además que existía un riesgo importante y concreto de que la legislación adoptada fuera impugnada ante los tribunales de la UE, porque la ley adoptada tendría un impacto significativo en el derecho social y porque varios Estados miembros ya habían expresado su profunda preocupación por la propuesta. El Defensor del Pueblo señala que estas observaciones no implican que la divulgación del asesoramiento jurídico afecte negativamente a la capacidad del Consejo para defender su posición ante los tribunales en caso de litigio.

23. En cuanto a la afirmación del Consejo de que varios Estados miembros habían expresado «profundas preocupaciones» acerca de la propuesta, esto no implica que estos Estados miembros fueran propensos a impugnar el acto ante los tribunales de la UE. De hecho, los Estados miembros pueden expresar regularmente preocupaciones sobre aspectos de la legislación propuesta y, en última instancia, apoyar la adopción de dicha legislación. Incluso si finalmente votaran en contra de la adopción de la legislación en el Consejo, esto no implicaría necesariamente que impugnarían la adopción de la legislación ante los tribunales de la UE.

24. Además, la afirmación de que algunos Estados miembros podrían impugnar el acto no implica, incluso si estuviera bien fundado, que la divulgación del contenido del dictamen jurídico impediría de algún modo al Consejo defender su posición en cualquier tal litigio. A este respecto, y sin perjuicio de que el Consejo no haya fundamentado sus opiniones en modo alguno, el Defensor del Pueblo observa que los Estados miembros ya tienen acceso al documento solicitado: los dictámenes del servicio jurídico del Consejo se distribuyen a los representantes de los Estados miembros. Por lo tanto, el Defensor del Pueblo no está convencido de que el acceso público a ese documento pueda socavar la posición del servicio jurídico del Consejo en posibles litigios futuros.

25. Finalmente, en cuanto a si existe un interés público superior en la divulgación, el Consejo argumentó que el documento solicitado era tan sensible que el interés público invocado por el denunciante (argumentó que la divulgación permitiría a los ciudadanos participar más de cerca en los procesos de toma de decisiones) no pesaba más que la necesidad de preservar los intereses del Consejo. El Defensor del Pueblo considera que el reclamante ha presentado un argumento convincente de por qué habría, en caso necesario, un interés público superior en la divulgación.

Considera que la argumentación del Consejo destinada a rebatir esa afirmación es demasiado general, en particular habida cuenta de su anterior evaluación de que el contenido del dictamen jurídico no es especialmente delicado.

### **En cuanto a la excepción relativa al proceso de toma de decisiones de la institución**

26. En cuanto al argumento esgrimido por el Consejo sobre el carácter preliminar de las deliberaciones en el momento de la decisión confirmatoria, los tribunales de la UE han declarado que «el carácter preliminar de las discusiones no justifica, por sí mismo, la aplicación de la excepción previsto en el artículo 4, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento n.º 1049/2001». La revisión del documento solicitado confirmó que contiene un examen de la idoneidad de la base legal elegida. Como tal, la confianza del Consejo en el hecho de que la divulgación limitaría el margen de maniobra necesario durante las negociaciones no es convincente. Las propuestas legislativas están diseñadas para ser debatidas, en particular en lo que respecta a la elección de la base jurídica. La transparencia de la elección de la base jurídica no debilita el proceso de toma de decisiones, sino que lo fortalece.

27. También es difícil entender cómo la divulgación podría haber puesto al servicio jurídico del Consejo en riesgo de una presión externa indebida. Como señaló el Tribunal de Justicia en el pasado, «en cuanto a la posibilidad de que se ejerza presión con el fin de influir en el contenido de los dictámenes emitidos por el servicio jurídico del Consejo, basta señalar que incluso si los miembros del servicio jurídico fueran sometidos a presiones indebidas con ese fin, sería esa presión, y no la posibilidad de la divulgación de dictámenes jurídicos, la que comprometería el interés de esa institución en recibir una asesoría franca, objetiva e integral y claramente le correspondería al Consejo tomar las medidas necesarias para ponerle freno».

28. El Consejo también alega que la divulgación del contenido del documento habría socavado la posición negociadora del Consejo frente al Parlamento Europeo en negociaciones interinstitucionales (los denominados «trialogos»). Tras la inspección del dictamen, el Defensor del Pueblo no ve cómo se podría haber utilizado su contenido a expensas del Consejo durante las negociaciones. Sin embargo, el hecho de que el documento solicitado ya se haya filtrado a la prensa, como argumenta el denunciante, no puede influir en la evaluación de si el Consejo estaba justificado para no divulgarlo.

29. A la luz de lo anterior, el Defensor del Pueblo considera que la negativa del Consejo a divulgar el dictamen al público en el momento en que se solicitó constituyó mala administración. Por lo tanto, hace la recomendación correspondiente a continuación.

### **Recomendación**

Sobre la base de la investigación de esta queja, el Defensor del Pueblo hace la siguiente recomendación al Consejo:

El Consejo debe permitir el pleno acceso del público a la opinión de su servicio jurídico.

Además, el Defensor del Pueblo pide de nuevo al Consejo que se asegure de que, en futuras solicitudes relativas al acceso del público a documentos relacionados con el proceso legislativo, se conceda el mayor acceso posible mientras se llevan a cabo las negociaciones. El acceso oportuno a los documentos legislativos es crucial para que los ciudadanos ejerzan su derecho a participar en la vida democrática de la Unión, basado en el Tratado.

Es de destacar también la Resolución de la Defensora del Pueblo Europeo de 24 de julio de 2023 (caso 253/2023/MIK), sobre cómo manejó el Parlamento Europeo una solicitud de acceso público a un «documento de cuatro columnas» relacionado con las negociaciones tripartitas sobre la Ley de Mercados Digitales de la UE, en la que concluye que «el retraso en la tramitación de la solicitud de acceso público al documento de cuatro columnas del querellante constituyó mala administración», realizando las siguientes consideraciones:

21. El Defensor del Pueblo ha adoptado en muchas ocasiones la opinión de que «el acceso retrasado es acceso denegado». Los documentos y la información que buscan los solicitantes a menudo son sensibles al tiempo y pueden perder relevancia para el solicitante si se producen demoras. Este es particularmente el caso de los solicitantes que buscan acceso a documentos para influir en los procesos legislativos en curso.

22. En efecto, los ciudadanos de la UE tienen «derecho a participar en la vida democrática de la Unión». Esto es particularmente importante cuando las instituciones de la UE actúan en su «capacidad legislativa». El Tribunal de Justicia ha declarado que debe concederse un acceso más amplio a los documentos legislativos.

23. Los diálogos tripartitos constituyen una parte integral del proceso legislativo, y los documentos tripartitos no deben ser tratados de manera diferente a otros documentos legislativos. Para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos democráticos, deben estar en condiciones de seguir en detalle el proceso de toma de decisiones dentro de las instituciones que participan en los procedimientos legislativos y tener acceso a toda la información relevante. La expresión de la opinión pública en relación con una determinada propuesta legislativa provisional o acuerdo realizado en el curso de un diálogo tripartito y reflejado en la cuarta columna de un cuadro de diálogo tripartito forma parte integrante del ejercicio de los derechos democráticos de los ciudadanos de la UE. Esto se debe a que, como reconoce el Tribunal General, los acuerdos tripartitos son generalmente adoptados por los colegisladores sin modificaciones sustanciales.

24. En este contexto, el acceso oportuno a los documentos legislativos es fundamental. Gracias al acceso público a estos documentos, los ciudadanos pueden comprender las elecciones realizadas por las instituciones de la UE durante el proceso legislativo. Por lo tanto, deben obtener acceso a estos documentos «a su

debido tiempo, en un momento que les permita dar a conocer de manera efectiva sus puntos de vista con respecto a esas opciones».

25. Por lo tanto, al tramitar las solicitudes de acceso del público a los documentos legislativos, las instituciones de la UE deben respetar los plazos legales, su deber de tramitar las solicitudes «con prontitud» y su deber de facilitar el acceso del público «a su debido tiempo» para que los solicitantes puedan influir en el proceso legislativo.

Pero las instituciones de la UE, especialmente la Comisión Europea, son reacias a aplicar la clara jurisprudencia de los tribunales comunitarios. En su relevante Resolución/Recomendación de 25 de septiembre de 2023 contra la Comisión Europea (Caso 1053/2023/MIK), sobre acceso a documentos prelegislativos en tiempo oportuno, la Defensora del Pueblo recordó a la Comisión, que

según los Tratados de la UE, los ciudadanos tienen «derecho a participar en la vida democrática de la Unión». Por lo tanto, todas las decisiones de la UE deben tomarse «de la manera más abierta y cercana posible a los ciudadanos». Esto es particularmente importante cuando las instituciones de la UE actúan en su «capacidad legislativa». El principio de transparencia legislativa está consagrado en los Tratados de la UE y se refleja en la legislación de la UE sobre el acceso público a los documentos, que establece que «los documentos legislativos» deben ser directamente accesibles al público, a menos que su divulgación pueda menoscabar uno o varios intereses públicos o privados explícitamente protegidos. La posibilidad de que los ciudadanos examinen toda la información que constituye la base de la acción legislativa de la UE es una condición previa para el ejercicio efectivo de sus derechos democráticos.

Y:

30. Los documentos objeto de esta investigación son claramente documentos legislativos, a los que deben aplicarse los más altos estándares de transparencia. El Tribunal de Justicia sostuvo que las evaluaciones de impacto son herramientas clave para garantizar que las propuestas legislativas de la UE se desarrollen sobre la base de información transparente, completa y equilibrada. Por lo tanto, los informes de evaluación de impacto y los dictámenes del RSB que los acompañan constituyen elementos importantes del proceso legislativo de la UE.

34. Tras inspeccionar las versiones no censuradas de los documentos relacionados con REACH, el Defensor del Pueblo concluyó que las partes censuradas no son particularmente sensibles. Más bien, constituyen un ejemplo del tipo de trabajo que sustentaría cualquier propuesta legislativa, especialmente en la medida en que contienen diferentes opciones políticas, análisis de estas opciones y sus posibles consecuencias.

35. La Comisión argumentó que las partes redactadas de los documentos solicitados aún estaban en proceso. Como tal, afirmó que estas partes podrían malinterpretarse si se divulgaran y podrían dar lugar a presiones externas, poniendo en riesgo la adopción oportuna de la evaluación de impacto.

36. Como han sostenido los Tribunales de la UE en múltiples ocasiones, el público es perfectamente capaz de comprender que ciertos documentos son de naturaleza provisional y, por lo tanto, pueden estar sujetos a cambios. Fundamentalmente, el Tribunal de Justicia recordó que la expresión por parte del público o de las partes interesadas de sus puntos de vista sobre las opciones políticas previstas por la Comisión antes de que se anuncien propuestas legislativas específicas «es una parte integral del ejercicio por parte de los ciudadanos de la UE de sus derechos democráticos».

37. Según la jurisprudencia de la UE, el riesgo de presión externa puede constituir un motivo legítimo para restringir el acceso a los documentos relacionados con el proceso de toma de decisiones. Sin embargo, debe establecerse con certeza la realidad de dicha presión externa y deben presentarse «pruebas tangibles» que demuestren que existe un riesgo razonablemente previsible de que la decisión se vea sustancialmente afectada debido a esa presión externa. La Comisión debe demostrar que esta presión e influencia afectarían, prolongarían o complicarían gravemente el correcto desarrollo de la toma de decisiones de la Comisión.

38. El Defensor del Pueblo entiende que la administración de la UE puede mostrarse reacia a compartir sus opiniones preliminares, que pueden estar sujetas a críticas y presiones públicas. Sin embargo, como sostuvo el Tribunal de Justicia, corresponde a la Comisión evitar cualquier impacto adverso en su proceso de toma de decisiones derivado de tales presiones externas. Denegar el acceso público a documentos legislativos no puede ser utilizado como salvaguardia por las instituciones de la UE cuando se enfrentan a presiones externas.

40. El Defensor del Pueblo señala que un gran número de iniciativas legislativas de la Comisión atraen un interés público significativo de diversas partes interesadas y de los medios de comunicación. Si la Comisión pudiera justificar la no divulgación de sus evaluaciones de impacto haciendo referencia a dicho interés y a la posible presión pública, significaría que el principio de transparencia de la legislación de la UE carecería de significado práctico. Nada en la argumentación de la Comisión sugiere que la toma de decisiones en cuestión sea excepcional como para justificar una excepción al derecho fundamental de acceso del público a los documentos legislativos.

45. En general, el Defensor del Pueblo concluye que ninguno de los argumentos presentados por la Comisión justifica la negativa a proporcionar pleno acceso público a los documentos solicitados de conformidad con el Reglamento 1049/2001 y la jurisprudencia de los tribunales de la UE. En este contexto, cabe recordar que los documentos solicitados constituyen documentos legislativos y contienen información medioambiental, por lo que se les aplica un alto nivel de transparencia.

47. En cuanto al tiempo necesario por la Comisión para procesar las solicitudes de acceso del reclamante, el Defensor del Pueblo señala que este caso es otro ejemplo de los retrasos significativos y sistémicos que encuentra la Comisión al tramitar las solicitudes confirmatorias, que el Defensor del Pueblo consideró que equivalían a mala administración en el contexto de una investigación por iniciativa propia sobre el asunto a principios de este año. Más recientemente, el Defensor del Pueblo señaló la cuestión a la atención del Parlamento Europeo mediante un informe especial<sup>7</sup>. Este caso ejemplifica lo crucial que es para los ciudadanos tener acceso público oportuno a los documentos legislativos, para que puedan ejercer su derecho democrático a influir en la elaboración de leyes de la UE.

Finalmente, la Comisión hace caso omiso a las recomendaciones del Defensor. Así, en la Decisión final del 15 de marzo de 2024 sobre dicho asunto (1053/2023/MIK) de la Defensora del Pueblo Europeo sobre cómo la Comisión Europea abordó dos solicitudes de acceso público a las evaluaciones de impacto y dictámenes del Comité de Control Reglamentario en relación con la revisión prevista de los reglamentos de la UE sobre productos químicos y mercurio, se constata mala administración por parte de la Comisión y se vuelve a insistir

en que el incumplimiento de los plazos establecidos en la legislación de la UE sobre el acceso del público a los documentos no puede ser una buena práctica administrativa. Es crucial que los ciudadanos tengan acceso público oportuno a los documentos legislativos, para que puedan ejercer su derecho democrático a influir en la elaboración de leyes de la UE. Debido a los siete meses transcurridos desde la solicitud inicial, los documentos divulgados ya no son útiles para el propósito que el demandante pretendía, es decir, dar a conocer sus opiniones antes de que se adopte la propuesta legislativa.

En su Decisión de 19 de diciembre de 2023 en el caso 1999/2022/SF, relativo a la negativa de la Comisión Europea a dar acceso público a los documentos relacionados con su propuesta de reglamento sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios, la Defensora del Pueblo Europeo subrayó que el compromiso de la Comisión

de conceder el más amplio acceso posible a los documentos una vez que se adopte la legislación es insuficiente y parece ir en contra de los esfuerzos declarados de la Comisión por poner en primer plano la transparencia, el compromiso cívico y la participación en la vida democrática, como se anunció recientemente en el informe «Defensa». «Paquete de Democracia».

<sup>7</sup> Informe especial del Defensor del Pueblo Europeo en su investigación estratégica sobre el tiempo que tarda la Comisión Europea en tramitar las solicitudes de acceso público a los documentos (OI/2/2022/OAM).

Son de interés las palabras de Rubio Núñez (10 de mayo de 2023):

Además hay que completar las medidas de transparencia obligada para los grupos de presión con otra serie de medidas que afectan a las puertas giratorias, la publicidad de la agenda de los decisores, la huella normativa que registra cada influencia en el proceso de toma de decisiones, o la posibilidad de dar la réplica en procesos de decisión en los que se han registrado otros intentos de incidencia, novedades ya existentes en ordenamientos como el chileno que, además de controlar, pretenden democratizar el «lobby» como un auténtico ejercicio de participación ciudadana, en el que la posición económica y social no sea un elemento determinante y la administración pueda facilitar esta labor a aquellos que cuentan con menos recursos para realizarla de manera no solo más eficaz sino también más democrática.

### **3. Otras resoluciones del CTBG referidas al paquete de reclamaciones descritas en el apartado I**

El 5 de octubre de 2023 el CTBG emitió su resolución en el expediente 1207/2023 (Ministerio de Justicia). En su Resolución el Consejo de Transparencia se cree –cándidamente– la versión ministerial, alegando que del contenido del Dictamen n.º 393/2021 del Consejo de Estado, aprobado el 10 de junio de 2022, relativo al anteproyecto de ley a que se refiere la reclamación, no se deduce la existencia del documento requerido. Parece que el Consejo de Transparencia no es consciente de que el Consejo de Estado, en muchos de sus dictámenes, ha criticado la ausencia de muchos documentos e informes existentes y que no se han unido al expediente remitido al Consejo de Estado.

El 27 de octubre de 2023 el CTBG emitió su resolución en el expediente 609/2023 (Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática). El Consejo estima la reclamación «por motivos formales», al haberse dado acceso, aunque extemporáneamente. El Consejo viene entendiendo que

en los casos en que la información se facilita una vez interpuesta la reclamación prevista en el artículo 24 de la LTAIBG, se estima por razones formales al no haberse respetado el derecho del solicitante a acceder a la información en el plazo máximo legalmente establecido, habiendo sido necesaria la presentación de una reclamación ante este Consejo para ver plenamente reconocido su derecho.

Lo mismo ocurre (estimación «por motivos formales») con la Resolución de 12 de febrero de 2024, relativa al expediente 2310/2023 (Junta de Extremadura).

El 31 de octubre de 2023 el CTBG emitió su Resolución en el expediente 834/2023 (Ministerio de Hacienda y Función Pública). El Consejo acuerda:

PRIMERO: ESTIMAR parcialmente la reclamación presentada por D... frente al MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA.

SEGUNDO: INSTAR al MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA a que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, remita al reclamante la siguiente información: Observaciones e informes a los que se hace referencia en las páginas 4 y 5 de la Memoria de Análisis e Impacto Normativo de la Orden HFP/1314/2022, de 28 de diciembre.

Argumentando lo siguiente:

5. Sentado lo anterior, debe partirse de la premisa de que, a la vista de la resolución dictada por el Ministerio, el reclamante ha manifestado que se le ha proporcionado parte de la información, aunque de forma extemporánea y sin referencia alguna a los documentos contenidos en la Memoria de Impacto de Análisis Normativo a los que no se concede el acceso. La citada resolución no expresa por qué omite la entrega de esta información, por lo que entiende este Consejo que, tratándose de información pública en el sentido del artículo 13 LTAIBG y no habiéndose invocado ni siendo apreciable ningún límite legal al acceso, también deben proporcionarse los informes a los que se hace referencia expresa en la MAIN.

6. En conclusión, con arreglo a lo expuesto, procede estimar parcialmente la reclamación a fin de que se proporcione la información omitida.

Finalmente, el 24 de noviembre de 2023, en ejecución de la referida Resolución del CTBG, núm. 834/2023, la Agencia Tributaria concede el acceso a los siguientes documentos:

En ejecución de dicha resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, se aportan 26 archivos en formato pdf relativos a las observaciones presentadas en el trámite de consulta pública y en el trámite de audiencia e información pública, así como las Observaciones efectuadas por los Departamentos y Servicios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por el Gabinete de su Director General, por las Delegaciones de Andalucía, Cataluña y Madrid, por la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, y por la Dirección General de Tributos, al Proyecto Orden HFP/1314/2022, de 28 de diciembre, por la que se aprueban el modelo 592.

En su Resolución de 21 de marzo de 2024 (Expediente 1046/2023. Ministerio de Hacienda y Función Pública), el Consejo señala que:

5. [...] De la lectura del tenor literal de la solicitud de acceso y la resolución de la AEAT se desprende que, en efecto, el acceso concedido es parcial pues, aparte del proyecto de orden y de los modelos de declaración como consecuencia del establecimiento de los nuevos gravámenes temporales energético y de entidades

de crédito y establecimientos financieros de crédito (modelos 795, 796, 797, 798) se adjunta la Memoria de Análisis Normativo (MAIN) y el informe de la Secretaría General Técnica, sin aportar ningún otro informe (cuya emisión se consigna en la propia MAIN), ni las observaciones o alegaciones presentadas en el trámite de audiencia e información pública, y sin pronunciarse sobre la eventual concurrencia de causas de inadmisión o límites previstos en los artículos 18, 14 y 15 LTAIBG, respectivamente.

6. En consecuencia, dada la evidente naturaleza de información pública de lo solicitado, con arreglo a la definición del artículo 13 LTAIBG, y no habiéndose invocado ni siendo apreciable ninguna restricción legal al acceso, procede estimar la reclamación a fin de que se complete la información ya proporcionada con los informes y observaciones que obran en el expediente de tramitación y no se han aportado.

Y acuerda:

PRIMERO: ESTIMAR La reclamación presentada por D... frente al MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA (actual MINISTERIO DE HACIENDA).

SEGUNDO: INSTAR al MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA (actual MINISTERIO DE HACIENDA) a que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, remita al reclamante la siguiente información:

- Observaciones e informes a los que se hace referencia en las páginas 9 y 10 de la Memoria de Análisis e Impacto Normativo de la Orden HFP/94/2023, de 2 de febrero.

Contrasta la denegación de acceso por el Ministerio de Hacienda y Función Pública en los asuntos referidos con la concesión de acceso por el mismo ministerio, del 31 de agosto de 2023, a los documentos requeridos en el expediente 001-00081140, en la que se solicitaba el acceso a toda la «huella normativa» producida hasta la petición de acceso (12 de julio de 2023) del «Expediente del Anteproyecto de ley de reforma del régimen jurídico sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador por daños derivados de la infracción del derecho de la Unión». Se concedió el acceso a los siguientes documentos:

1. Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se autoriza la tramitación administrativa urgente (05.12.2022).

1.1 Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público en materia de responsabilidad patrimonial del estado legislador por daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión (19.05.2023).

1.2. Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley (19.05.2023).

2. Oficio de la Secretaría de Estado de Función Pública a la Abogada General del Estado (01.02.23).
3. Oficio de la Directora General de Gobernanza Pública a la Secretaria General Técnica (SGT) del Ministerio de Hacienda y Función Pública (01.02.23).
4. Oficio de la SGT Ministerio de Hacienda y Función Pública al SGT Ministerio de Justicia (01.02.23) (Comisión General de Codificación).
5. Informe de la Abogacía General del Estado (19.04.23).
6. Informe de la Comisión General de Codificación de abril de 2023.
7. Nota observaciones de la Conferencia Sectorial de Administración Pública. (Del 25.05.2023 al 08.06.2023).
8. Aportaciones del trámite de audiencia e información pública. (Del 19.05.2023 al 02.06.2023).
9. Petición del Secretario de Estado de Justicia del informe al Consejo General del Poder Judicial (24.05.2023).
10. Comunicación concesión de prórroga al Consejo General del Poder Judicial. (14.06.2023).
11. Comunicación 2.<sup>a</sup> concesión de prórroga al Consejo General del Poder Judicial. (03.07.2023).
12. Traslado del informe del Consejo General del Poder Judicial. (21.07.23).
13. Informe del Consejo General del Poder Judicial (21.07.23).

Señalándose en el escrito de concesión de acceso que

en cuanto a las aportaciones en el trámite de audiencia, hasta que no se completen todos los informes de la tramitación previstos en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, antes de remitir el expediente al Consejo de Estado, no se dispone de la valoración de las mismas.

No encontramos argumentos plausibles para la disparidad de criterios de un mismo ministerio a la hora de conceder o no el acceso a la «huella normativa», especialmente de los anteproyectos o proyectos en curso.

#### 4. Resoluciones anteriores del CTBG

La Resolución 306/2021, de 24 de agosto de 2021, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno fue bastante desafortunada. Desestimó la reclamación sobre la denegación de acceso en el siguiente asunto: se había solicitado al Ministerio de Asuntos Económicos y

Transformación Digital, con referencia al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), el acceso a las notas obrantes en el expediente elaboradas por el organismo regulador respecto a las observaciones recibidas en las consultas realizadas (consulta pública), sobre una normativa contable elaborada por el ICAC.

El organismo denegó el acceso con base en el siguiente argumento:

Respecto a la extensión de la petición de acceso a «las notas obrantes en el expediente elaboradas por el [...] respecto a las observaciones recibidas en las consultas realizadas», este Instituto informa que concurre la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1 b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, al referirse la petición a notas que tienen la condición principal de auxiliar o de apoyo, cuyo contenido constituye la opinión o valoración personal del autor responsable de la Subdirección, no reflejan en ningún caso la opinión del Presidente del Instituto, y no tienen carácter de documentación preceptiva del expediente. La opinión final resultado de las observaciones recibidas es la que se refleja en la versión final del proyecto. Esta decisión está avalada por el informe recibido de la Abogacía del Estado en respuesta a la consulta realizada por este Instituto solicitando aclaración sobre la condición de dichas notas.

Respecto a la denegación del acceso a estas notas obrantes en el expediente elaboradas por el organismo regulador respecto a las observaciones recibidas en las consultas realizadas, ha de decirse lo siguiente (y para ello ha de traerse a colación el Criterio Interpretativo CI/006/2015, de 12 de noviembre de 2015, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, sobre las «Causas de inadmisión de solicitudes de información: información de carácter auxiliar o de apoyo»):

Parecía evidente que no puede decirse que constituyen la opinión o valoración «personal» del autor responsable de la subdirección y que no reflejan en ningún caso la opinión del presidente del instituto. Con independencia de la persona concreta que pueda haberlas realizado, la valoración ha de atribuirse al órgano que elabora la norma, que es el órgano que somete a consulta o información pública el expediente, con independencia de que reflejen o no, comprometan o no, la opinión del presidente. De lo que se trata, con la petición de acceso, es «conocer cómo se toman las decisiones que les afectan» (preámbulo de la Ley 19/2013). Asimismo, que no tengan carácter de documentación preceptiva del expediente es irrelevante<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> A título de ejemplo, en internet puede verse publicada oficialmente la «Nota de valoración de las aportaciones recibidas en la consulta pública previa a la elaboración del proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información Pública y Buen gobierno». <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:5ae718fa-c453-4649-9a33-dbe589207812/NotaAportacionesConsultaPublica.pdf>

Sin embargo, a juicio del Consejo:

El artículo 18.1 b) de la LTAIBG que dispone que se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes: Referidas a información que tengan carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas [...]

A juicio de este Consejo, aplicado lo indicado anteriormente al presente caso, dado que los documentos a que se refiere el art. 18.1.b son los que tienen un ámbito exclusivamente interno, pero no los que pretenden objetivar y valorar, aunque sea sectorialmente, aspectos relevantes que han de ser informados, consideramos que las notas objeto de la presente controversia, a diferencia de lo que sucede con aquellas que expresan la valoración de un organismo sobre las aportaciones presentadas en un proceso de participación o de información pública, contienen las opiniones o valoraciones personales de quien, dada su condición de subdirector general, no tiene funciones de representación de la institución, por lo que no cabe considerar que manifiestan la posición del órgano o entidad. Estamos, por tanto, ante documentos internos de carácter no preceptivo, preparatorios de la actividad del órgano que, en cuanto tales, reúnen la condición de información o documentación de carácter auxiliar o de apoyo.

Posteriormente llegó la Resolución 38/2022 del CTBG, de 21 de junio de 2022, esta vez estimatoria de la reclamación, por la que el Consejo decide instar al Ministerio de Presidencia

a que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, remita al reclamante la siguiente información, relacionada con el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de la directiva de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público: a) Memoria abreviada del análisis de impacto normativo. b) Informes relativos al análisis de las consultas o informaciones públicas realizadas que puedan constar en el expediente.

La distinción que hizo el Consejo entre lo solicitado en el asunto ICAC (las notas obrantes en el expediente elaboradas por el organismo regulador respecto a las observaciones recibidas en las consultas realizadas –consulta pública–) y la documentación a que se refiere la Resolución 38/2022 (informes relativos al análisis de las consultas o informaciones públicas realizadas que puedan constar en el expediente) es, francamente, artificial, pues se trata de lo mismo. Parece que el Consejo entonces se tragó lo de las «valoraciones personales».

En su Resolución de 21 de junio de 2022 el Consejo argumenta que:

Constatada la voluntad de acceder a la información del expediente normativo de referencia, lo relevante no es el nomen o denominación del documento al que se

pretende acceder, sino la incidencia y la relevancia de su contenido en el proceso de toma de decisiones que desemboca en la aprobación de la norma.

Conviene recordar, en cualquier caso, que este Consejo ya se ha pronunciado en diversas ocasiones en relación con el acceso a la información de expedientes de tramitación normativa, poniendo de manifiesto que el concepto de elaboración o fase de publicación no puede proyectarse sobre todos y cada uno de los documentos que integran un expediente en tramitación. Esto es, una cosa es que la tramitación del texto normativo en cuyo proceso de elaboración se ha ido generando información aún no haya finalizado (y por tanto, sí puede afirmarse que está en elaboración) y otra cosa, muy distinta, es que los documentos ya generados o elaborados en el proceso de redacción de dicho proyecto normativo puedan ser considerados como información en elaboración –vid. R/346/2021, de 3 de septiembre–.

En definitiva, en caso de disponerse de informes finalizados u otros documentos correspondientes a trámites ya consumados, dada su condición de información pública que obra en poder del órgano que lleva a cabo la tramitación de la norma, su acceso deberá facilitarse siempre que no concurra alguna otra causa de inadmisión que, se reitera, habrá de ser interpretada de forma estricta.

Además, ciertamente, deberá tomarse en consideración, en todo caso, que el legislador ha querido vincular el conocimiento de los documentos o informes que conforman el expediente de un proyecto normativo al previo conocimiento del mismo por parte del órgano decisorio, ya sea por la vía de la emisión de un dictamen que, con carácter preceptivo o facultativo se haya solicitado, ya sea debido a la titularidad de la iniciativa legislativa.

No puede obviarse, finalmente, que en este caso el expediente normativo ya ha finalizado, como evidencia la posterior aprobación de la norma en cuestión.

Como puede observarse, el CTBG pone el acento, en esta resolución, en el hecho de que el expediente normativo ya había finalizado.

## 5. Filibusterismo gubernamental

Respecto a la solicitud (de fecha 6 de noviembre de 2022) de la «huella normativa» del ya citado «Proyecto de Ley de trasposición de Directivas de la Unión Europea [...] aprobado en el Consejo de Ministros del 31 de octubre de 2022», dado el silencio administrativo, se presentó la oportuna reclamación ante el CTBG.

El 8 de agosto de 2023 (9 meses después), el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática - Presidencia del Gobierno notificó resolución por la que se concede el acceso (diferido) a lo solicitado. Puede leerse en la misma:

Una vez analizada la solicitud, y en virtud de lo dispuesto en el Capítulo III del Título I de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, se resuelve conceder el acceso a la información solicitada, para lo cual se adjunta a esta resolución una copia de la documentación obrante en el expediente del Proyecto de Ley de trasposición de Directivas de la Unión Europea [...]

[...]

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, se comunica que la información se ofrece debidamente anonimizada en la medida en que pudiera contener datos de carácter personal, en virtud del citado precepto y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

En todo caso, se recuerda que la normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso por parte de la persona interesada, tal y como establece el artículo 15.5 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

Dado el considerable volumen de la información pretendida, se informa al interesado que la misma se pondrá a su disposición por vía electrónica a través de la aplicación «Almacén» de la Administración General del Estado, sistema que permite el envío de ficheros de gran volumen entre usuarios, a través del enlace web que se le facilitará en su dirección de correo electrónico, en un plazo no superior a diez días a partir de la notificación de esta resolución, conforme con el artículo 22 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

Una resolución estimatoria del acceso, más tempestiva, es la ya citada del 31 de agosto de 2023 (expediente núm. 00001-00081140), emitida por el Ministerio de Hacienda y Función Pública. Se solicitó el acceso a:

Todo lo actuado hasta la fecha en el expediente del «Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en materia de responsabilidad patrimonial del estado legislador por daños derivados de la infracción del derecho de la Unión»; entre otros: informes recabados por los ministerios proponentes, aportaciones a la consulta pública ya cerrada y fichas de valoración de las aportaciones a la consulta pública.

En la fecha de la concesión de acceso, el referido expediente legislativo continuaba en trámite. Se concedió acceso incluso a las aportaciones a la consulta pública ya cerrada, como se tenía solicitado. Únicamente se denegó el acceso, como ya se ha dicho, a la valoración de las aportaciones, bajo la plausible justificación (siempre que, obviamente, no existan) de que no se han realizado:

En cuanto a las aportaciones en el trámite de audiencia, hasta que no se completen todos los informes de la tramitación previstos en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, antes de remitir el expediente al Consejo de Estado, no se dispone de la valoración de las mismas.

Las referidas resoluciones ponen de manifiesto:

- Que no existen impedimentos legales para dar acceso a la denominada «huella normativa» de los expedientes legislativos, especialmente cuando se encuentran en curso.
- Que, como sostiene el Defensor del Pueblo Europeo en diversas resoluciones, la última la recaída en el Caso 253/2023/MIK, del 24 de julio de 2023, «el acceso retrasado es acceso denegado» y que «al tramitar las solicitudes de acceso del público a los documentos legislativos, las instituciones deben respetar los plazos legales, su deber de tramitar las solicitudes «con prontitud» y su deber de facilitar el acceso del público «a su debido tiempo» para que los solicitantes puedan influir en el proceso legislativo» (tanto *ex ante*, como *ex post*).
- La conveniencia –dada la importancia que tiene el acceso oportuno a los documentos legislativos («huella normativa») para el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la participación y el escrutinio en los asuntos públicos– de que por el presidente del Consejo de Transparencia se dictara un «criterio interpretativo» uniforme, al amparo de lo dispuesto en el artículo 38.2 a) de la Ley de transparencia.

## **6. La ausencia de transparencia en el Congreso de los Diputados sobre documentos relacionados con el ejercicio de las funciones parlamentarias**

El Congreso de los Diputados viene denegando, sistemáticamente, el acceso a la información relacionada con la actividad parlamentaria. A título de ejemplo, la Resolución de la Mesa de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados, de 28 de junio de 2016, respecto a la solicitud de acceso al «informe que el presidente de la Cámara, Don Patxi López, solicitó a los servicios jurídicos sobre la capacidad legislativa del Parlamento cuando el Gobierno se encuentra en funciones», que desestimó el recurso «por referirse la solicitud presentada a una información de naturaleza estrictamente parlamentaria y, por tanto, no sujeta a Derecho Administrativo, que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de las citadas Normas de Transparencia de la Cámara, además de por tratarse de un informe de la Secretaría General del Congreso de los Diputados que no tiene carácter público». Con los mismos argumentos, mediante Resolución de 5 de octubre de 2023, denegó el acceso al «Informe de la Dirección de Asesoría Jurídica del Congreso, Secretaría General o letrados de la Cámara relativo al Acuerdo, de 23 de marzo de 2021, de la Mesa

del Congreso de los Diputados por el que se inadmitió a trámite la proposición de ley orgánica de los grupos parlamentarios de ERC y Plural (Junts, la CUP y el PDeCAT) de Amnistía y resolución del conflicto político entre Cataluña y el Estado español».

Respecto de lo argumentado sobre el «ámbito material», se quiere reducir a la actividad de la Cámara «sujeta a Derecho Administrativo»; lo que pone de manifiesto una ausencia de regulación o laguna legal en el Congreso de los Diputados, siendo esta situación de lo más lamentable, tratándose de la institución que debería demostrar cercanía con los ciudadanos y ser la más transparente, por antonomasia.

El Senado puso la máxima diligencia y celeridad en aprobar una norma acorde con los tiempos: «Norma reguladora del derecho de acceso a la información pública del Senado, aprobada por la Mesa del Senado en su reunión del día 2 de diciembre de 2014 (899/000011)». Como no puede ser de otra manera, incluye la actividad parlamentaria.

Más tarde, y conociendo la norma aprobada por el Senado (así consta en su exposición de motivos), el Congreso de los Diputados aprueba sus restrictivas «Normas de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 20 de enero de 2015, para la aplicación de las disposiciones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a la Cámara, en relación con su actividad sujeta a derecho administrativo».

Es fácilmente comparable la regulación en ambas cámaras:

Senado	Congreso de los Diputados
<p>Artículo 1. <i>Derecho de acceso a la información pública.</i></p> <p>Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública que, en el ejercicio de sus funciones parlamentarias y de su actividad sujeta a Derecho administrativo, obre en poder del Senado, cualquiera que sea el formato o soporte de los contenidos o documentos, en los términos previstos en esta Norma.</p>	<p>Artículo 2. <i>Derecho de acceso a la información pública.</i></p> <p>1. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública que obre en poder del Congreso de los Diputados, sobre sus actividades sujetas a Derecho Administrativo, cualquiera que sea el formato o soporte de los contenidos o documentos, en los términos previstos en la Ley 19/2013.</p> <p>2. El derecho de acceso de los ciudadanos a la información sobre la actividad parlamentaria se regirá por lo dispuesto en el Reglamento del Congreso de los Diputados y en las normas y resoluciones de sus órganos.</p>

Como se comprueba fácilmente, en la regulación del Senado se incluye, como no puede ser de otra manera, la actividad parlamentaria. Sin embargo, la regulación del Congreso la defiere a una norma inexistente. Según la exposición de motivos:

Por razones similares, y sin perjuicio de los trabajos que se están desarrollando en la Ponencia para el estudio de una reforma más amplia del Reglamento del Congre-

so de los Diputados, es preciso adoptar las medidas necesarias para la aplicación de la Ley 19/2013, en lo relativo al derecho de acceso a la información pública del Congreso y a la publicación de los contenidos pertinentes en el nuevo Portal de Transparencia del Congreso.

Es decir, tenemos que esperar, *sine die*, a una reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados para que cobre plena efectividad el derecho de acceso, cuando todos sabemos lo complicado que es que sus señorías se pongan de acuerdo en este ámbito. No deberían mezclar las normas que rigen su comportamiento interno con las que afectan a los derechos de los ciudadanos.

A diferencia de lo que acontece en el Congreso de los Diputados, como ha quedado descrito, en el Senado se procede incluso a dar publicidad activa de documentos de la misma naturaleza de los que el Congreso oculta al público. Así, se ha publicado el «Informe de la Secretaría General del Senado sobre la inconstitucionalidad del Dictamen del Pleno del Congreso sobre la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña», publicado oficialmente junto al Acta de la reunión de la Mesa del Senado de 19 de marzo de 2024 (Reunión número 31. XV legislatura); páginas 267 y siguientes<sup>9</sup>.

Contrasta también esta anómala situación en el Congreso de los Diputados con la de otros parlamentos. A título de ejemplo, puede señalarse la norma del parlamento andaluz. Según el artículo 1.1 de esta disposición:

Este acuerdo tiene como objeto la regulación del derecho de acceso a la información en el Parlamento de Andalucía en lo que se refiere a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de esta Cámara.

No debe confundirse la no aplicación de la Ley de Transparencia con la sujeción al principio de transparencia pública y la debida autorregulación por parte, en este caso, del Congreso de los Diputados. Como han advertido Fernández Ramos y Pérez Monguió (2023), comentando la STS 502/2023, de 21 de abril:

Pero, en todo caso, aun cuando se considere que la información en cuestión no era relativa sujeta a Derecho Administrativo, como parece innegable en este supuesto (a diferencia del caso de la STS de 16 de febrero de 2021), ello supone simplemente que no es aplicable la Ley 19/2013, pero ello no debería significar que tal actividad no se rija por el principio de transparencia pública. ¿Habrá actividad más presidida por la publicidad que la parlamentaria, incluso históricamente? Dicho de

<sup>9</sup> <https://www.senado.es/web/composicionorganizacion/organossenado/mesa/actasmesasenado/index.html>

otro modo, la información parlamentaria podrá no ser información pública «sujeta a Ley 19/2013», pero no hay duda que es información pública.

Asimismo, con independencia de que la actuación parlamentaria no sea susceptible de revisión por parte de los tribunales, que es lo que parece preocupar a la Sala, ¿no será precisamente en tal caso, en el que no es posible el control judicial, aún más necesaria la transparencia de la actividad parlamentaria? Y, de cualquier modo, consideramos que es necesario desprender, de una vez, el acceso a la información pública de la viabilidad del control judicial sobre el fondo (que sea una actuación de gobierno o política, discrecional o no, etc.).

## **7. Los estatutos de la Comisión General de Codificación son contrarios a la Ley de transparencia**

Se solicitó al Ministerio de Justicia el acceso al expediente de la Comisión General de Codificación relativo a lo desarrollado por el grupo de trabajo de la Comisión para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

El Ministerio de Justicia denegó (vía inadmisión) la solicitud de acceso a todo el expediente relativo al trabajo desarrollado por dicho grupo de trabajo, argumentando que (Resolución de 28 de diciembre de 2021. Expediente 001-063815):

El Artículo 29 del Real Decreto 845/2015, de 28 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Comisión General de Codificación señala:

Una vez aprobada y elevada por la Sección correspondiente una propuesta normativa o informe al Presidente de la Comisión, este podrá decidir su publicación en la página web del Ministerio de Justicia y, en su caso, la apertura de un período de consulta pública. En su defecto, la publicación de las propuestas normativas se producirá con posterioridad a la tramitación y aprobación de la norma que corresponda y, si no fueran objeto de tramitación, cuando así lo decida el Presidente de la Comisión.

Según el artículo 33.3 de los Estatutos de la Comisión General de Codificación, aprobados por Real Decreto 845/2015, de 28 de septiembre:

La solicitud será inadmitida o denegada cuando proceda de conformidad con lo dispuesto por la ley en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás normas que resulten de aplicación.

Terminó invocando la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1 b) de la Ley de transparencia, que establece que se inadmitirán a trámite las solicitudes de acceso a la in-

formación pública, «referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como las contenidas en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas».

En mi opinión la referida norma reglamentaria (estatutos de la Comisión) es contraria a la Ley de transparencia, pues deja al discrecional criterio del presidente de la Comisión la publicación con anterioridad a la tramitación y aprobación de la norma que corresponda (y, si no fueran objeto de tramitación, cuando así lo decida el presidente de la Comisión); cuando la denegación del acceso –a petición de parte– debe estar motivada, para cada caso concreto, en alguna de las excepciones de la Ley de transparencia. Asimismo, la decisión sobre la publicidad activa debería sujetarse a los mismos criterios de transparencia.

## 8. Propuestas sobre «huella normativa» en los programas electorales del PSOE y PP para las elecciones generales de 2023

Partido Socialista Obrero Español (PSOE):

Culminaremos el proyecto de huella normativa, a fin de que la ciudadanía pueda participar activamente en los procesos de elaboración de normas, con especial atención a la participación de la infancia y adolescencia [...]. Contribuiremos a la reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados y del Senado, así como de los mecanismos internos de la Administración General del Estado, para asegurar la transparencia y publicidad de las relaciones con los grupos de interés y la incorporación de sistemas de huella legislativa para que la sociedad pueda conocer la influencia de cada entidad en las iniciativas normativas.

Partido Popular (PP):

Regulación de los lobbies y huella legislativa, es decir, una ficha pública para cada proyecto o proposición de ley en la que se señale quién intermedió o negoció durante el proceso, quien enmendó y quien votó, dejando constancia real de los procesos de influencia sobre cada texto legislativo.

De forma claramente fragmentaria, en el «Anteproyecto de Ley de Transparencia e Integridad en las Actividades de los Grupos de Interés»<sup>10</sup> se incluyó lo siguiente:

<sup>10</sup> Documento sometido a Trámite de Información Pública, 14 de noviembre de 2022. <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Ley-Transparencia-Ley-NT8-11-22-1.pdf>

**Artículo 11. Huella normativa.**

1. Las actividades realizadas por los grupos de interés con la finalidad de influir en la elaboración y adopción de cualquier proyecto normativo serán reflejadas por parte del Departamento competente en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, en el que constará la identidad del personal público que haya mantenido contactos con dichos grupos. También se hará constar detalladamente la identidad de las personas que, con dicha finalidad, actúen en representación de los grupos de interés, la identificación de estos, la fecha y el objeto del contacto así como la postura y pretensiones mantenidas por el mismo.
2. Todo ello se sustanciará sin perjuicio del resto de informes previstos en las normas que regulan la participación ciudadana o la audiencia pública en la elaboración de los proyectos normativos, incorporándose al expediente del respectivo proyecto, y publicándose en el portal de transparencia.

Este tipo de disposiciones, en mi opinión, no pueden ser limitativas (ni interpretadas como tales) del derecho de acceso íntegro a las contribuciones presentadas por los grupos de interés en los trámites de audiencia e información públicas, así como a las valoraciones de las mismas realizadas por el promotor de la iniciativa normativa.

En mi contribución a la información pública de referido anteproyecto señalé lo siguiente:

**PRIMERA.- Artículo 3. Actividad de influencia.**

En el apartado 3 se dice que no tienen la consideración de actividades de influencia:

- a) La intervención en procedimientos de participación pública previstos en normas legales o reglamentarias.
- b) Las actividades desarrolladas en el ejercicio del derecho de manifestación y de los derechos individuales de reunión y de petición.

La intervención en procedimientos de participación pública deviene de lo dispuesto en el artículo 105 de la Constitución española («La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten»).

Es plausible la exclusión, siempre que se mantenga lo dispuesto en el proyectado artículo 11.1 (Huella normativa), en cuanto al reflejo en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo de las actividades realizadas por los grupos de interés con la finalidad de influir en la elaboración y adopción de cualquier proyecto normativo.

Debería concretarse, no obstante, que se refiere a procedimientos de participación pública realizados *ex officio* y que no comprende las iniciativas de grupos de

interés tendentes a la elaboración de una norma legal o reglamentaria o la modificación de las ya existentes.

Debe suprimirse la mención «y de petición», pues la actividad lobbista es una clara manifestación del ejercicio del derecho fundamental de petición.

Cuando una persona, física o jurídica considerada grupo de interés lleva a cabo una actividad de influencia, está ejercitando el Derecho de petición.

Según el artículo 3. Objeto de las peticiones de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición:

Las peticiones podrán versar sobre cualquier asunto o materia comprendido en el ámbito de competencias del destinatario, con independencia de que afecten exclusivamente al peticionario o sean de interés colectivo o general.

No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley.

Según su exposición de motivos: «Las peticiones pueden incorporar una sugerencia, una iniciativa, una información, expresar quejas o súplicas.

Su objeto, por tanto, se caracteriza por su amplitud y está referido a cualquier asunto de interés general, colectivo o particular. Ahora bien, su carácter supletorio respecto a los procedimientos formales específicos de carácter parlamentario, judicial o administrativo obliga a delimitar su ámbito a lo estrictamente discrecional o graciable, a todo aquello que no deba ser objeto de un procedimiento especialmente regulado».

La actividad lobbista entra, además, en el ámbito de lo estrictamente discrecional o graciable.

#### SEGUNDA.- Artículo 4. Grupos de interés.

Se considera que no tienen la consideración de grupos de interés, los sindicatos, las asociaciones empresariales, los colegios profesionales y demás entidades de derecho público (por ejemplo, cámaras de comercio), cuando realicen funciones de defensa y promoción de los intereses que les son propios.

No tiene sentido esta exclusión, pues la experiencia demuestra que dichas entidades realizan habitualmente actividad lobbista o de influencia. Además, la exclusión no tiene parangón en el derecho comparado. Prueba de ello es que muchas entidades como las descritas mantienen delegaciones o representaciones ante las instituciones europeas y se considera que realizan actividades como grupos de interés, precisamente en lo relativo a las funciones de defensa y promoción de los intereses que les son propios.

A título de ejemplo, es posible que sobre un mismo asunto pueda realizar una actividad de influencia una organización empresarial (representativa de empresarios e intereses empresariales) constituida al amparo del artículo 22 de la Constitución (derecho de asociación) que una cámara de comercio (corporación de derecho público), también integrada por empresarios y que defiende intereses del mundo empresarial.

TERCERA.- Debería establecerse la obligación relativa al personal público destinatario de la actividad de influencia, sea a través de comunicación directa o indirecta y a través de cualquier medio de comunicación, de elaborar una nota, informe o memorándum sobre la comunicación establecida y sobre la posición expresada por el destinatario.

Esto es habitual, por ejemplo, en la Comisión Europea y, además, se da acceso a dichos documentos (notas, informes, memorándums, etcétera; así como la correspondencia remitida por el grupo de interés), cuando se solicita al amparo del Reglamento (CE) núm. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

## 9. Plan de Parlamento Abierto

En abril de 2024 la Mesa del Congreso de los Diputados encargó a la Secretaría General de la cámara una propuesta de Plan de Parlamento Abierto. En lo referente a la huella normativa, las aportaciones de los grupos parlamentarios fueron las siguientes<sup>11</sup>:

Enmiendas del PSOE. La huella normativa, que permitiría conocer a la ciudadanía todas las modificaciones que experimente una iniciativa legislativa a lo largo de su procedimiento de elaboración, también es una de las apuestas socialistas para el I Plan de Parlamento Abierto.

Enmiendas de Sumar. Al igual que sus socios de Gobierno, entre sus aportaciones destacan el registro y regulación de los grupos de interés y la publicación de la huella normativa de las iniciativas.

Enmiendas del PP. El PP también estaría a favor de esta medida, pero van un paso más allá al proponer que la huella normativa incluya una ficha con toda la información y documentación aportada por los grupos de interés involucrados en la tramitación. Entre las mejoras promovidas por el Grupo Popular para la web del Congreso destacan colocar en un lugar más visible los dossiers de documenta-

---

<sup>11</sup> Lucía Gutiérrez: «Las enmiendas de PSOE, PP y Sumar para el Plan de Parlamento Abierto del Congreso». *democrata.es*, 13 de julio de 2024.

ción complementaria de todas las iniciativas legislativas y las Actas de los acuerdos de la Mesa.

Contrasta este plan con la falta de transparencia sobre el mismo. El Congreso de los Diputados no ha publicado nada al respecto<sup>12</sup>.

El 2 de septiembre de 2024 se solicitó al Congreso el acceso a todos los documentos existentes hasta la fecha relacionados con el Plan de Parlamento Abierto.

El 3 de septiembre, el Congreso evacuó la siguiente contestación:

La Mesa de la Cámara, en su reunión del día 5 de junio de 2024, acordó abrir un plazo, hasta el 28 de junio, para que los grupos parlamentarios presentasen sus aportaciones a dicho Plan. Una vez recibidas las aportaciones, el documento se encuentra todavía en proceso de elaboración.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, no procede facilitar la documentación solicitada, dado que, conforme al apartado a) del artículo 10 de las Normas de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 20 de enero de 2015, para la aplicación de las disposiciones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a la Cámara, en relación con su actividad sujeta a Derecho Administrativo (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 595, de 23 de enero de 2015), se inadmitirán a trámite las solicitudes que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general, así como que el apartado b) del mismo precepto dispone que se inadmitirán a trámite las solicitudes referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos.

Resulta claramente contradictorio con los más elementales principios de transparencia que, precisamente y tratándose de un plan de parlamento «abierto», no se dé la oportuna publicidad a todo lo relacionado con mencionado «plan», desde el inicio de su tramitación. Máxime cuando dicho «plan» parece contener previsiones relativas a las relaciones de los ciudadanos con la institución parlamentaria.

El plan merece y requiere, por pura analogía desde los principios de la transparencia de la actividad sustantiva de una cámara parlamentaria, la misma publicidad que tienen, desde su inicio, las iniciativas legislativas que tramita. *Luz y taquígrafos*.

---

<sup>12</sup> Consultada la web del Congreso de los Diputados (congreso.es), al 1 de septiembre de 2024 no aparecía nada sobre este asunto.

## 10. Anuncio de elaboración de un criterio definitivo por el Consejo de Transparencia

Ante la queja por la tardanza en resolver los expedientes 762/2023 y 1727/2023, el Consejo de Transparencia, el 10 de septiembre de 2024, contestó lo siguiente:

En este caso, la tardanza en resolver sus expedientes núms. 762/2023 y 1727/2023 viene motivada por el hecho de que ambas reclamaciones están siendo objeto de un estudio detenido de las cuestiones que plantean, a fin de elaborar un criterio definitivo en relación con el acceso a la documentación que integra los expedientes normativos, respondiendo así a su propia sugerencia. Y la creciente carga de trabajo que viene soportando este Consejo hace difícil que se pueda dedicar el tiempo necesario al análisis de las cuestiones particularmente complejas.

Este Consejo ha resuelto ya otras reclamaciones presentadas por usted concernientes a la denegación de acceso a documentación que integra un expediente normativo. En todos esos casos, sin embargo, no fue necesaria la elaboración de nueva doctrina en la medida que versaban sobre procedimientos concluidos, o bien se concedía el acceso a lo solicitado o se especificaba de forma expresa la inexistencia de la información de forma tardía; o bien, se proporcionaba información incompleta sin la invocación de ninguna restricción prevista legalmente para aquella que no había sido entregada. Así ocurría en los siguientes expedientes:

[...]

En cambio, en los expedientes que se encuentran pendientes de resolver tienen por objeto la información obrante en el expediente de elaboración de un proyecto normativo que aún no ha sido aprobado definitivamente, por lo que se plantean cuestiones novedosas con importantes implicaciones prácticas, que deben ser objeto de un análisis detenido con el fin de fijar un criterio válido para todos los supuestos de la misma naturaleza.

## 11. Conclusiones

**Primera.** En el caso de España, el acceso oportuno a la «huella normativa», especialmente en los procedimientos legislativos en curso, entronca con el derecho fundamental de los ciudadanos a participar –directamente– en los asuntos públicos, reconocido en el artículo 23.1 de la Constitución.

**Segunda.** A los documentos prelegislativos («huella normativa») deben aplicárseles los más altos estándares de transparencia.

**Tercera.** Como cuestión de principio, no existen impedimentos legales para dar acceso a la denominada «huella normativa» de los expedientes legislativos, especialmente cuando se encuentran en curso.

**Cuarta.** Del examen casuístico de las decisiones gubernamentales sobre las peticiones de acceso a la «huella normativa», realizado en el presente estudio, se deduce la ausencia de una práctica coherente y respetuosa con el principio democrático, que no ha sido solventada todavía por un criterio interpretativo uniforme por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, bien *ad hoc* (art. 38.2.a de la Ley de transparencia), bien a través de la doctrina emanada en sus resoluciones, aunque ya ha anunciado que fijará un criterio válido para todos los supuestos de la misma naturaleza.

**Quinta.** Como sostiene el Defensor del Pueblo Europeo en diversas resoluciones, «el acceso retrasado es acceso denegado» y que «al tramitar las solicitudes de acceso del público a los documentos legislativos, las instituciones deben respetar los plazos legales, su deber de tramitar las solicitudes «con prontitud» y su deber de facilitar el acceso del público «a su debido tiempo» para que los solicitantes puedan influir en el proceso legislativo» (tanto *ex ante*, como *ex post*).

En su Informe del 25 de abril de 2024 sobre la labor de revisión del Defensor del Pueblo Europeo en el ámbito del acceso público a los documentos (años 2021 a 2023)<sup>13</sup>, la Defensora del Pueblo vuelve a insistir en ideas tan simples como esenciales:

Las personas que buscan acceso público a los documentos normalmente dependen de una divulgación rápida para poder utilizar los documentos para el propósito que pretendían. Por lo tanto, los solicitantes esperan que su solicitud de acceso se tramite rápidamente. Esto es especialmente cierto para las organizaciones de la sociedad civil, las empresas y los ciudadanos que desean participar en el proceso de toma de decisiones de la UE, y para los periodistas e investigadores que pueden estar interesados en escudriñar la administración de la UE<sup>14</sup>.

Si el acceso no es rápido, los documentos pueden perder su utilidad. El Defensor del Pueblo Europeo ha sostenido sistemáticamente que un acceso retrasado equivale a un acceso denegado.

<sup>13</sup> <https://www.ombudsman.europa.eu/es/document/en/185485>

<sup>14</sup> De gran interés también es la Recomendación del Defensor del Pueblo Europeo de 26 de abril de 2024, sobre la negativa de la Comisión Europea a dar acceso público a los documentos relativos a su propuesta de Reglamento para prevenir y combatir el abuso sexual de menores en línea (asunto 2421/2023/MIG), en la que reitera que «uno de los principios fundamentales de la UE es la apertura en la toma de decisiones. La apertura facilita la participación pública y garantiza una mayor rendición de cuentas de los responsables de la toma de decisiones. Esto es aún más importante cuando la toma de decisiones da lugar a una nueva legislación. La apertura a este respecto contribuye a reforzar la democracia al permitir a los ciudadanos examinar toda la información que ha constituido la base de un acto legislativo». <https://www.ombudsman.europa.eu/es/recommendation/es/185538>



**Sexta.** Es conveniente, como he defendido ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno –dada la importancia que tiene el acceso oportuno a los documentos legislativos («huella normativa») para el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la participación y el escrutinio en los asuntos públicos–, que por el presidente del Consejo de Transparencia se dicte un «criterio interpretativo» uniforme, al amparo de lo dispuesto en el artículo 38.2 a) de la Ley de transparencia.

## Referencias bibliográficas

Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J. M. (2023). Crónica de Jurisprudencia sobre transparencia y buen gobierno. <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1514336>

Rubio Núñez, R. (10 de mayo de 2023). Influencia, SA. ABC.

**Isaac Ibáñez García.** Abogado. Licenciado en Derecho. Tiene varios másteres oficiales y otros títulos de posgrado en derecho procesal civil, administración concursal, derecho tributario y derecho empresarial. Ha publicado varios libros jurídicos y ha participado en otros de carácter colectivo. Ha publicado más de 400 artículos en las principales revistas jurídicas y en los principales diarios de información económica. Ha llevado con éxito, ante la Comisión Europea, procedimientos de infracción del derecho comunitario, que han supuesto la modificación de leyes y prácticas administrativas nacionales. Ha participado en diversos procedimientos legislativos en los que se han tomado en consideración sus opiniones jurídicas. <https://orcid.org/0000-0003-2290-1363>



# Consecuencias de la salida del Tratado de la Carta de la Energía: numerosos asuntos pendientes e incumplimiento de los laudos arbitrales que condenan a España

M.<sup>a</sup> Ángeles Díez Moreno

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)*

[mariadelosangeles.diez@udima.es](mailto:mariadelosangeles.diez@udima.es) | <https://orcid.org/0000-0003-3428-2715>

## Extracto

España ha abandonado el Tratado de la Carta de la Energía, desde el pasado 17 de abril de 2024. También la Unión Europea se ha retirado de este tratado, pues considera que es un obstáculo para lograr las ambiciones de la Unión en materia de clima y seguridad energética que marcan el Pacto Verde Europeo y el Acuerdo de París. Sin embargo, esta decisión no exonerará a España de cumplir con las indemnizaciones acordadas en las distintas sedes arbitrales internacionales sobre las reclamaciones que plantearon inversores de otros Estados parte del tratado por la supresión de las primas a las renovables, que llevó a cabo el Gobierno español de 2010 a 2013, pues esta salida no tiene efectos retroactivos sobre las condenas arbitrales ya falladas, ni sobre los arbitrajes pendientes de resolución. La retirada de España está cargada de incumplimientos de los laudos arbitrales resultantes de la aplicación del artículo 26 del TCE y dejará patente la inseguridad jurídica en materia de política energética, mermando su reputación ante la comunidad internacional y perjudicando su liderazgo ante futuras inversiones energéticas.

**Palabras clave:** laudos arbitrales; España; salida; Tratado de la Carta de la Energía.

Recibido: 19-11-2024 / Aceptado: 20-11-2024 / Publicado: 04-12-2024

**Cómo citar:** Díez Moreno, M.<sup>a</sup> Á. (2024). Consecuencias de la salida del Tratado de la Carta de la Energía: numerosos asuntos pendientes e incumplimiento de los laudos arbitrales que condenan a España. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 287, 119-146. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.24193>



# Consequences of the withdrawal from the Energy Charter Treaty: numerous pending cases and non-compliance with the arbitration awards condemning Spain

M.<sup>a</sup> Ángeles Díez Moreno

## Abstract

Spain has withdrawn from the Energy Charter Treaty as of April 17, 2024. The European Union has also withdrawn from this treaty, considering it an obstacle to achieving the Union's climate and energy security ambitions as outlined in the European Green Deal and the Paris Agreement. However, this decision will not exempt Spain from complying with the compensations agreed upon in various international arbitration rulings that resolved disputes raised by investors from other member states of the treaty due to the elimination of incentives for renewable energies, carried out by the Spanish Government from 2010 to 2013. This withdrawal will not have retroactive effects on already decided arbitration awards, nor on pending arbitrations. Spain's withdrawal is fraught with non-compliance with arbitration awards resulting from the application of Article 26 of the ECT, highlighting legal uncertainty in energy policy, damaging its reputation in the international community, and harming its leadership in future energy investments.

**Keywords:** breach of arbitration awards; Spain; exit; Energy Charter Treaty.

Received: 19-11-2024 / Accepted: 20-11-2024 / Published: 04-12-2024

**Citation:** Díez Moreno, M.<sup>a</sup>Á. (2024). Consecuencias de la salida del Tratado de la Carta de la Energía: numerosos asuntos pendientes e incumplimiento de los laudos arbitrales que condenan a España. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 287, 119-146. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.24193>



## Sumario

1. El arbitraje internacional como mecanismo de resolución de disputas entre inversores extranjeros y Estados
2. El origen y el declive del Tratado de la Carta de la Energía
3. Vías de solución de conflictos de aplicación del Tratado de la Carta de la Energía
4. Contenciosos arbitrales contra España en el CIADI relativos al recorte de las primas a las renovables
5. Posición de la Unión Europea en cuanto a las controversias planteadas respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas



## 1. El arbitraje internacional como mecanismo de resolución de disputas entre inversores extranjeros y Estados

Aunque la historia del arbitraje internacional se remonta hasta la antigua Grecia y la antigua Roma, donde ya se utilizaba este recurso en el ámbito del comercio interno e internacional con fines de mediación o conciliadores (López Huguet, 2021), fue con la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899 cuando el arbitraje se consolidó como mecanismo para resolver conflictos y disputas internacionales de forma pacífica (Ortiz de la Torre, 2016), en la que participaron 26 Estados. Fruto de esta conferencia nace la Convención del 29 de Julio de 1899 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales<sup>1</sup>, que fue revisada en la Segunda Conferencia de la Paz de La Haya, a la que concurrieron 44 Estados. En esta segunda conferencia se añadieron nuevas convenciones, como la relativa a limitar el empleo de la fuerza para recuperar deudas contractuales, y se establecieron 10 convenios internacionales sobre la guerra terrestre y marítima, con el objetivo de prevenir el recurso a la fuerza en las relaciones entre Estados y mantener la paz internacional. Este convenio define el arbitraje internacional como medio de solución para arreglar los litigios entre los Estados mediante jueces por ellos elegidos y sobre la base del respeto al derecho, lo cual obliga a las partes a conformarse de buena fe a la sentencia.

---

<sup>1</sup> <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Convenci%C3%B3n-de-1899-para-la-resoluci%C3%B3n-pac%C3%ADfica-de-controversias-internacionales.pdf>

El objetivo que persigue la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales ha permitido el desarrollo del derecho internacional y la firma de otros tratados y convenciones internacionales que persiguen mantener la paz y la seguridad entre la comunidad internacional.

Paralelamente a la necesidad de mantener la paz y seguridad, desde la edad antigua ya existieron tratados bilaterales comerciales para facilitar el comercio entre ciudades-estado o diferentes reinos y mantener rutas comerciales. Estos tratados fueron el instrumento mediante el cual las distintas potencias europeas protegieron el comercio de materias primas que obtenían en sus territorios coloniales, y tras la revolución industrial, los tratados internacionales fueron fundamentales para el desarrollo del comercio internacional, estableciendo un marco común para facilitar no solo intercambio de bienes y servicios a nivel global, sino también para promover la integración económica de las regiones y reducir barreras comerciales, así como los aranceles.

Entre todos estos tratados cabe destacar el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio<sup>2</sup> (GATT) firmado en 1947, que diseñó el marco del comercio mundial para fomentar el libre comercio, propiciando el crecimiento económico a nivel mundial, tratado que en 1995 fue absorbido por la Organización Mundial del Comercio (OMC), que lo amplió.

Con la creciente importancia del arbitraje internacional, en 1958, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Nueva York, se firmó la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras<sup>3</sup> como medio de resolver las controversias comerciales internacionales, cuya finalidad principal era evitar que las sentencias arbitrales fueran objeto de discriminación y, además, exige que los Estados parte ejecuten a través de sus órganos judiciales los acuerdos resultantes de los procedimientos de arbitraje y establece un sistema de recursos contra estos laudos.

Al final de la Guerra Fría varios Estados decidieron crear un marco específico para promover y proteger las inversiones transfronterizas en el sector energético, en especial aquellas que se proyectaban en los países de la antigua Unión Soviética, abordando aspectos como la inversión necesaria y la eficiencia energética, ya que estas inversiones resultaban necesarias debido a la pobreza energética de los países de Occidente, que buscaban colmar sus demandas con los recursos energéticos de Europa del Este. Como este tipo de inversiones no estaban tratadas con detalle en el GATT, tratado que se centraba en el co-

---

<sup>2</sup> [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>3</sup> <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>

mercio global y servicios en general, nace así en 1994 el Tratado de la Carta de la Energía de 1994<sup>4</sup> (en adelante, TCE).

## 2. El origen y el declive del Tratado de la Carta de la Energía

La dependencia energética de la Unión Europea (en adelante, UE) ha sido siempre uno de los puntos débiles del viejo continente. Desde la firma de los tratados fundacionales de Roma (Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE)<sup>5</sup> y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom)<sup>6</sup>, los países signatarios decidieron unirse para encontrar fuentes energéticas alternativas al petróleo. Tras la Segunda Guerra Mundial las importaciones de este combustible eran cada vez más significativas, y ello ocasionaba un fuerte desequilibrio de sus balances comerciales, ya que las importaciones de petróleo aumentaron considerablemente conforme crecía la demanda de energía para la reconstrucción de una Europa devastada por la guerra. Previamente se había constituido la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA)<sup>7</sup>, que estableció la libre circulación de acero y carbón entre sus territorios e inspiró la creación de estas dos nuevas alianzas, al objeto de establecer un mercado económico común en el caso del tratado CEE, así como una política de desarrollo de la energía nuclear con fines pacíficos para colmar la creciente demanda energética mediante el tratado Euratom.

La dependencia del petróleo crecía en Europa, ya que la oferta era elevada y el precio se mantuvo estable durante los años 60. Sin embargo, en los años 70 el precio se elevó mientras que la oferta se contrajo, lo cual llevó a los distintos países europeos a la firma del Acta Única Europea en 1986<sup>8</sup>, tratado en el que, junto a los primeros Estados firmantes de los tratados anteriores (Alemania Occidental, Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo), se unieron los otros países que ya se habían adherido a la CEE (Reino Unido, Dinamarca, Irlanda, Italia, España, Grecia y Portugal), con el fin de crear un mercado único europeo sobre la base de la libre circulación de mercancías y servicios, personas y capita-

---

<sup>4</sup> Decisión 94/998/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1994, relativa a la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía por parte de la Comunidad Europea, y Decisión 94/1067/EURATOM del Consejo, de 15 de diciembre de 1994, por la que se aprueba la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía mediante Decisión de la Comisión en nombre de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOCE de 31 de diciembre de 1994).

<sup>5</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CEE). Versión consolidada. (DOCE de 29 de diciembre de 2006).

<sup>6</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom). Versión consolidada. (DOUE C 203 de 7 de junio de 2016).

<sup>7</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). (DOCE de 18 de abril de 1951).

<sup>8</sup> Acta Única Europea. (DOCE de 29 de junio de 1987).

les. Mediante el Acta Única Europea se sentaron las bases para la creación de un mercado interior de la energía seguro y sostenible, que protegiera la seguridad energética en Europa, así como las inversiones necesarias en nuevas tecnologías energéticas para poder hacer frente a la gran vulnerabilidad europea frente a las fluctuaciones crecientes del petróleo, debido a su fuerte dependencia energética.

Para reforzar estos objetivos, en 1991, en La Haya, se firmó la Carta de la Energía, que culminó en 1994 con el TCE, firmado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, con el fin de facilitar el comercio, las inversiones, el tránsito y la resolución de controversias en el ámbito de las materias y productos energéticos. Con ello se pretendía desarrollar el potencial energético de los Estados miembros, contribuyendo, al mismo tiempo, a mejorar la seguridad del suministro, reforzando la protección del medio ambiente mediante el fomento de la eficacia energética, y al que España<sup>9</sup> quedó adherida desde el 17 de diciembre de 1994, aunque la entrada en vigor del mismo no se produjo hasta el 16 de abril de 1998, mediante la Decisión 98/181/CE, CECA y Euratom<sup>10</sup>.

El tratado fue firmado por 49 Estados, entre los que se incluyen antiguas repúblicas soviéticas, Japón y Australia, que se unieron junto a las Comunidades Europeas y a sus Estados miembros bajo el ámbito de este tratado, asentándose sobre los principios de cooperación política y económica, no discriminación y libre mercado, potenciando el marco de seguridad jurídica y evitando la doble imposición fiscal, a fin de impulsar y fomentar las inversiones privadas en materia energética.

Este tratado no constituye un instrumento financiero internacional ni tampoco determina las políticas energéticas que deben diseñar los Estados parte del TCE, ya que deja intacta su soberanía nacional respecto a sus recursos energéticos y al desarrollo de las tecnologías necesarias en las que basen su política energética. Su objetivo principal es proteger a las inversiones extranjeras en materia de energía contra riesgos no comerciales y de cualquier trato discriminatorio, estableciendo que las inversiones de inversores de otra parte contratante realizadas en otro Estado perteneciente al TCE deben obtener el mismo trato que las inversiones realizadas por inversores nacionales o la dispensada a los inversores de cualquier país tercero. Ofrece vías de resolución de disputas entre las partes contratantes y, en el caso de inversiones, entre los inversores y los Estados donde se ubican sus inversiones; y además promueve la eficiencia energética y el desarrollo de nuevas tecnologías energéticas que minimicen su impacto medioambiental.

---

<sup>9</sup> Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994. Aplicación provisional (BOE de 17 de mayo de 1995).

<sup>10</sup> Decisión 98/181/CE, CECA, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 23 de septiembre de 1997, relativa a la conclusión, por parte de las Comunidades Europeas, del Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados (DOCE de 9 de marzo de 1998).

La protección y promoción de las inversiones en el sector de la energía que ofrece el tratado se proyecta sobre todas las actividades económicas relacionadas con los materiales y de productos energéticos, desde su prospección a la comercialización, así como también sobre los servicios relacionados con las infraestructuras energéticas.

Sin embargo, el nuevo rumbo que ha tomado la política energética y climática a nivel mundial ha hecho que los objetivos de este tratado hayan quedado desfasados. Se ha intentado modernizarlo para impulsar la neutralidad de carbono y reforzar la seguridad energética, pero estos esfuerzos han quedado en punto muerto y varios de sus miembros han decidido abandonarlo, argumentando que el TCE protege inversiones energéticas fósiles que se emprendieron en una época anterior y no contempla nuevas inversiones en materia de hidrógeno o biomasa, por lo que consideran que este tratado resulta incompatible con el Pacto Verde Europeo.

Por otro lado, estos Estados que renuncian a seguir formando parte del este tratado consideran que la mayoría de sus normas sobre el comercio y el tránsito de energía replican las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y por tanto resulta innecesario mantenerlas. Finalmente, se pone en juicio la vía arbitral que se propone como mecanismo de solución de conflictos entre inversores y Estados por su falta de transparencia y porque favorece a los inversores sobre el interés público de los Estados, lo cual constituye un obstáculo para alcanzar la neutralidad climática, con el fin de proteger inversiones menos sostenibles.

Tal y como recoge la Resolución de 2022 del Parlamento Europeo<sup>11</sup>, bajo la común percepción de que el TCE es un instrumento obsoleto que ya no sirve a los intereses de la UE, en especial al objeto de alcanzar la neutralidad climática en 2050, en 2018 los Estados miembros negociaron su modernización. El requisito de la unanimidad de todas las partes contratantes necesaria para su aprobación ha hecho imposible alcanzar un nuevo texto, que tampoco se ajusta al Acuerdo de París, ni a la legislación europea sobre el clima, ni a los objetivos del Pacto Verde Europeo, así como tampoco respeta la prohibición de que los inversores en combustibles fósiles puedan demandar a los Estados miembros por aplicar políticas de eliminación progresiva de los combustibles fósiles, que se incluye en la Resolución de 23 de junio de 2022 del Parlamento Europeo<sup>12</sup>. Pero, esta nueva versión del TCE alarga la protección de las inversiones en combustibles fósiles hasta 2040, lo cual es insuficiente para alcanzar el objetivo del Acuerdo de París, y mucho más para alcanzar la neutralidad climática en 2050 que persigue el Pacto Verde. Por ello, en esta resolución se expresa que la vía a seguir más adecuada es la senda iniciada por los Gobiernos polaco,

<sup>11</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2022, sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía (2022/2934(RSP)). (DOUE de 11 de mayo de 2023).

<sup>12</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de junio de 2022, sobre el futuro de la política de la Unión en materia de inversión internacional (2021/2176(INI)). (DOUE de 27 de enero de 2023)

español, neerlandés, francés, esloveno, alemán y luxemburgués, que ya anunciaron su intención de retirarse del TCE, pasos que debe seguir la UE y la Euratom para aumentar la seguridad jurídica y remover los obstáculos que supone el TCE para las ambiciones de la Unión en materia de clima y seguridad energética.

En diciembre de 2014, Italia que sí había firmado el TCE en 1994, anunció su retirada, y esta se ha hecho efectiva el 1 de enero de 2016, siendo el primero de los Estados miembros de la UE en abandonar este tratado, aunque se mantiene dentro del marco de la Carta Internacional de la Energía, que firmó en mayo de 2015. Los pasos de Italia han sido seguidos por otros Estados miembros, como Polonia, Francia, Alemania, Países Bajos, Reino Unido, Eslovenia, Luxemburgo y España, que también han abandonado la lista de integrantes del TCE. España anunció su salida en 2022 y se ha materializado en abril de 2024.

Por otro lado, la Comisión y la Euratom han anunciado también su retirada del tratado, ya que consideran que no es compatible con los objetivos climáticos de la UE en el marco del Pacto Verde Europeo y del Acuerdo de París, debido a la continuidad de las inversiones en combustibles fósiles junto con sendas propuestas de 1 de marzo de 2024 de decisiones del Consejo sobre la posición a adoptar en nombre de la UE y de Euratom sobre la retirada del TCE. El pasado 30 de mayo de 2024, el Consejo adoptó dichas decisiones, que confirman la salida de la UE y de Euratom del TCE, debidamente notificadas al depositario de dicho tratado, que surtirán efecto pasado un año desde que el depositario haya recibido esta notificación.

Aunque todos los motivos de esta salida apuntan al desfase de este tratado respecto a los objetivos climáticos del Pacto Verde, a nadie se le escapa que son motivos económicos los que subyacen detrás de esta decisión.

Distintos Estados miembros, y España particularmente, se aferran a la posición de la UE frente al pago de las distintas condenas emanadas de diferentes tribunales arbitrales y utilizan esta salida como vía de escape para eludir el pago de las distintas indemnizaciones acordadas por los laudos arbitrales que dirimen los diversos conflictos generados durante la vigencia del tratado. Pero esta salida no tiene efectos retroactivos sobre las condenas arbitrales ya falladas, así como tampoco sobre los arbitrajes pendientes de resolución, y el propio tratado prevé que sus disposiciones seguirán siendo aplicables durante los 20 años siguientes a la fecha en la que surta efecto su denuncia respecto a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de otras partes contratantes y también respecto a las inversiones realizadas por inversores del Estado que abandona el tratado en territorios de otras partes contratantes.

Fuera del cerco del TCE, desde 2015 más de 65 países y organizaciones, incluida la UE y todos los países de la Unión, se unieron para aumentar el compromiso en la lucha contra el cambio climático, acentuando el enfoque sobre la sostenibilidad y la inversión en tecnologías limpias y renovables para alinearlos con la Convención Marco de las Naciones Uni-

das sobre Cambio Climático y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), adoptados en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible en 2015, llegando a una alianza mundial<sup>13</sup>. Se trata de la Carta Internacional de la Energía de 22 de mayo de 2015, que, aunque no contiene ninguna obligación legalmente vinculante, establece principios comunes para la cooperación internacional en el campo de la energía, sobre la base de los principios de la Carta de la Energía, creándose así mismo un foro para la «Solución de Controversias Energéticas Internacionales: Paz, Estabilidad y Seguridad».

### 3. Vías de solución de conflictos de aplicación del Tratado de la Carta de la Energía

Al respecto de los posibles conflictos que pudiera plantear la aplicación de este tratado, en el artículo 26 se establece que las controversias entre un inversor de una parte contratante (Estado u organización regional de integración económica que haya acordado vincularse a este tratado) y otra parte del TCE deben solucionarse de forma amigable en un plazo de tres meses, y en el caso de no llegar a una solución en dicho plazo los inversores pueden optar por acudir a los tribunales ordinarios o administrativos de la parte contratante implicada en dichas controversias, o a un procedimiento de solución de controversias previamente acordado.

Siempre que el inversor preste consentimiento por escrito de que la controversia se someta al arbitraje internacional, puede acudir:

- Al arbitraje o conciliación internacional ante el CIADI o Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, en caso de que tanto la parte contratante del inversor como la parte contratante en litigio sean parte en el convenio CIADI<sup>14</sup>.
- A un árbitro internacional o tribunal de arbitraje *ad hoc* establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>15</sup>, y que decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente tratado y a las normas del derecho internacional aplicables.

<sup>13</sup> Desde abril de 2017, la Carta Internacional de la Energía cuenta con 83 signatarios, pero no todos han accedido a la firma del Tratado de la Carta de la Energía de 1994, que tan solo ha sido firmada por 54 Estados, entre los que no se incluyen ni Canadá ni Estados Unidos, ni tampoco Rusia, que no ha formado parte de este tratado, ya que nunca llegó a ratificarlo.

<sup>14</sup> Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington, el 18 de marzo de 1965.

<sup>15</sup> El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI ha sido modificado en tres ocasiones desde que se aprobara en 1976. En 2010 se incorporan los arbitrajes multilaterales y la participación de terceros en un arbitraje,

- O bien, podrá acudir al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

El tratado prevé que en estos casos de arbitraje o conciliación internacional, los laudos serán firmes y vinculantes para las partes en litigio y además deberán ejecutarse sin demora y adoptando las medidas necesarias para dar efectivo cumplimiento de estos en el territorio del Estado o parte contratante afectada, y en el caso de que se refieran a una medida de un gobierno o autoridad de rango inferior de la parte contratante litigante deberán permitir que dicho Estado opte por indemnizar pecuniariamente al inversor en lugar de cualquier otra reparación.

Por otro lado, en el caso de controversias sobre la interpretación o aplicación del tratado entre Estados o partes contratantes, el artículo 27 dispone que deberán dirimirse a través de los conductos diplomáticos, y en caso de no alcanzar solución podrán someterse a un tribunal arbitral *ad hoc*, conforme al procedimiento que en dicho precepto se establece.

Desde su creación más de 150 disputas se han sometido a este procedimiento, de los cuales cabe destacar el caso Vattenfall, que es una entidad pública empresarial sueca que desde 1974 cambió su objeto empresarial, desde la construcción de centrales hidroeléctricas hacia la energía nuclear, construyendo más de siete reactores en Suecia y expandiéndose hacia Alemania, Polonia y Países Bajos, hasta el punto de convertirse en el tercer productor de electricidad en Alemania. Fruto de esta expansión, Vattenfall llegó a participar en varias de las centrales nucleares de este país, y cuando el Gobierno alemán decidió cerrar sus centrales nucleares tras el desastre de Fukushima en 2011, esta entidad sueca demandó nuevamente al gobierno alemán.

Previamente, Vattenfall había demandado a Alemania ante el CIADI bajo el marco del TCE en 2009, ya que las restricciones ambientales en materia de emisiones impuestas por el país germano afectaron a su planta de carbón en Hamburgo<sup>16</sup>, hasta el punto de hacerla económicamente inviable, lo que vulneraba la protección de las inversiones perseguida por el tratado. En 2011, las partes llegaron a un acuerdo: Alemania suavizó algunas de las restricciones y Vattenfall retiró la demanda. Este litigio se llevó a cabo a puerta cerrada en Alemania, lo cual fue muy criticado tanto por los ciudadanos alemanes como por el resto de

---

así como otras disposiciones para aumentar la eficacia de los arbitrajes regidos por el reglamento. En 2013 se aprueba una nueva versión de este reglamento, conocida como el «reglamento de la transparencia», con el fin de incorporar el reglamento sobre la transparencia para los arbitrajes entablados en virtud de tratados de inversiones celebrados el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha. Finalmente, la última versión de este reglamento fue aprobada en 2021, para así incorporar el reglamento acelerado como apéndice del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

<sup>16</sup> Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/09/6).

la comunidad internacional, ya que, por un lado, los primeros desconocían el coste de dicha decisión para Alemania como contribuyentes, y por otro, los otros Estados que habían sido demandados bajo tratados de inversión internacional habían enmendado ya sus tratados y leyes para hacer públicas todas las fases y documentos en disputas de inversión, en aras de una mayor transparencia, y han comenzado a utilizar un lenguaje más restrictivo en sus tratados de inversión para evitar interpretaciones amplias de estándares, como el estándar de trato justo y equitativo o la expropiación (Bernasconi, 2009).

Esta falta de transparencia inicial ha sido superada mediante las reglas actualizadas del CIADI de 2022, transparencia que se proyecta sobre la publicación de órdenes, decisiones y laudos, así como la identificación de información confidencial que no puede ser revelada públicamente, aunque Alemania no ha implementado por completo dichas reglas, y muchos procedimientos siguen llevándose a cabo a puerta cerrada, lo cual supone uno de los mayores retos para el arbitraje comercial internacional, puesto que este se caracteriza por la confidencialidad y la privacidad, pero el elevado interés público que entrañan estos casos requiere una mayor transparencia en el procedimiento, siendo este uno de los mayores retos del arbitraje internacional (Febles Pozo, 2019).

En la segunda demanda que la empresa sueca Vattenfall interpuso frente al gobierno alemán<sup>17</sup> ante el CIADI, se denunciaba que la decisión del gobierno de cerrar las plantas nucleares constituía una expropiación injusta de sus inversiones y solicitaba una compensación de aproximadamente 4.700 millones de euros. En 2021, el CIADI falló a favor de esta empresa, condenando a Alemania al pago de una compensación de 1.400 millones de euros, significativamente menos de lo que la empresa había solicitado inicialmente, fallo que generó el aumento de la inseguridad de las inversiones energéticas frente a los cambios políticos. En este caso el cambio venía provocado por el grave accidente sufrido en la central de Fukushima, pero muchos de los conflictos que se han sometido a este órgano arbitral derivan de las mayores ambiciones de los Gobiernos en el plano climático y medioambiental, como ocurría en el caso que hemos comentado previamente sobre la central térmica de Hamburgo de Vattenfall.

Sin embargo, muchos de los casos resueltos o que están pendientes de decisión ante el CIADI están relacionados con energía renovable (aunque la energía nuclear también puede considerarse ya como tecnología baja en carbono), y por ello resulta palmario que el motivo que esgrimen los países que abandonan el TCE consistente en que no protege inversiones energéticas respetuosas con el medio ambiente. En estos casos no subyace la falta de alineación del TCE con los nuevos objetivos climáticos y energéticos de la UE, sino que estamos ante un problema de seguridad jurídica que compromete las inversiones acometidas en los Estados miembros del TCE por inversores de otra parte contratante, ya que

---

<sup>17</sup> Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/12/12).

estos conflictos derivan de los cambios operados por los Gobiernos, que diluyen los beneficios de estas inversiones.

El caso de España es el más destacado, ya que se ha enfrentado a más de 50 procedimientos, debido a los recortes en las primas a las energías renovables aprobados por el Gobierno español en 2013, de los cuales ya ha perdido 26; el coste de estas condenas asciende a más de 1.700 millones de euros. Estas demandas se vienen dirimiendo ante el CIADI, la Cámara de Estocolmo y otras cortes arbitrales, aunque en este trabajo nos centraremos en las que se han planteado ante el CIADI principalmente.

Por el contrario, España ha ganado en dos procedimientos arbitrales de 11 de octubre de 2024, en los que el CIADI reconoce que carece de jurisdicción para conocer las disputas entre inversores de dos Estados miembros (Bélgica y Dinamarca) y España, pues la UE ha introducido varias cláusulas y enmiendas al TCE para adaptarlo a las necesidades actuales y futuras del sector energético, bajo el principio de supremacía del derecho de la UE en el ámbito de las competencias transferidas por los Estados miembros a la UE. Solo en estos dos casos la cuantía reclamada ascendía a 27,4 millones más intereses en uno de ellos<sup>18</sup>, y casi 4 millones de costas, y en el otro los inversores solicitaban una indemnización de 45,1 millones más intereses, y otros 4 millones en costas<sup>19</sup>. El Reino de España, bajo la defensa del Departamento de Arbitrajes Internacionales de la Abogacía del Estado, ha conseguido evitar el pago de más de 72 millones de euros de las arcas del Estado, situación que tiene como antecedente la sentencia de la Corte Suprema de Suecia<sup>20</sup> que anula el laudo arbitral del tribunal de la Cámara de Comercio de Estocolmo, que dirimió el conflicto entre el Reino de España y una empresa luxemburguesa condenando a nuestro país a indemnizar con 53,3 millones de euros, más 1,5 % de intereses y las costas del proceso, a dicha mercantil por el recorte de las primas de las renovables.

Al margen de este tipo de reclamaciones, pende ahora mismo ante el CIADI la disputa planteada por Berkeley Exploration Ltd. contra el Reino de España<sup>21</sup> sobre el proyecto de una mina de uranio que esta sociedad tiene en Salamanca. El proyecto se ha visto truncado por la aprobación de la Ley 7/2021<sup>22</sup>, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que prohíbe nuevas concesiones para materiales radiactivos. Esta norma no permite otorgar nuevos permisos de exploración, de investigación o concesiones de

<sup>18</sup> Sapec, S.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/19/23).

<sup>19</sup> European Solar Farms A/S v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/18/45).

<sup>20</sup> Svea Court of Appeal, Section 02, Department 020114, Judgment, 13 December 2022, Stockholm, Case no. T 4658-18.

<sup>21</sup> Berkeley Exploration Ltd. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/24/22).

<sup>22</sup> Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (BOE de 21 de mayo y corrección de errores de 16 de julio de 2021).

explotación de minerales radiactivos, y por tanto tampoco admite nuevas solicitudes de autorización de instalaciones radiactivas. Esta prohibición fundamentó el rechazo del MITECO de la solicitud de Berkeley sobre la base de un informe desfavorable del Consejo de Seguridad Nuclear (en adelante, CSN). Esta empresa reclama más de 1.000 millones de dólares al Gobierno de España, puesto que inició sus inversiones para poder explotar la mina de uranio, para lo cual la mercantil había obtenido la declaración de impacto ambiental de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León en 2013<sup>23</sup> y la autorización concedida por la Orden IET/1944/2015<sup>24</sup> del Ministerio de Industria, Energía y Turismo para la fabricación de concentrados de uranio, a partir del mineral extraído de los yacimientos de Retortillo y Santidad, y además contaba con el informe favorable del CSN. En esta orden se indicaba que la autorización caducaría a los cinco años, pero que se permitiría solicitar su renovación. En 2020 Berkeley solicitó la prórroga de la autorización, pero el CSN emitió un dictamen desfavorable sobre la construcción de la planta de concentrados de uranio Retortillo y el almacén de los residuos radiactivos<sup>25</sup>. Berkeley presentó documentación adicional al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITECO) con las mejoras implementadas para solventar los problemas técnicos que había señalado el CSN en su informe desfavorable, solicitando el reexamen de su solicitud, pero la autorización para la construcción de la planta de concentrado de uranio en Salamanca le fue denegada<sup>26</sup>. Berkeley presentó un recurso ante la Audiencia Nacional contra la decisión del MITECO que aún no ha sido resuelto, y de forma paralela ha acudido al CIADI para resolver el bloqueo de su proyecto de forma amistosa, conforme al artículo 26.1 del TCE.

En su demanda, reclama al Reino de España casi mil millones de euros, pues considera que se ha vulnerado el artículo 10 relativo a la promoción, protección y tratamiento de las

<sup>23</sup> Orden FYM/796/2013, de 25 de septiembre, por la que se dicta la Declaración de Impacto Ambiental sobre el Proyecto de Explotación en la Concesión de Explotación para recursos de la Sección D), minerales de uranio, denominada Retortillo-Santidad n.º 6.605-10, en los términos municipales de Retortillo y Villavieja de Yeltes, provincia de Salamanca, promovido por Berkeley Minera de España, S.A. (BOCyL de 8 de octubre de 2013).

<sup>24</sup> Orden IET/1944/2015, de 17 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se concede a Berkeley Minera España, SL, la autorización previa como instalación radiactiva de primera categoría del ciclo de combustible nuclear de la planta de fabricación de concentrados de uranio de Retortillo (Salamanca). (BOE de 25 de septiembre de 2015).

<sup>25</sup> Informe desfavorable sobre la solicitud de autorización de construcción de la instalación radiactiva de primera categoría del ciclo del combustible nuclear «Planta de concentrados de uranio Retortillo», presentada por Berkeley Minera España, SA. (CSN/C/P/MITERD/SDPI-RETOR/21/01). <https://www.csn.es/documents/10182/2273505/1586+-+II.2.+Acuerdo+-CSN-C-P-MITERD-ADPI-RETOR-21-01-+censurado.pdf/8bab49b0-fc03-1bde-6132-76e4edeb33af>

<sup>26</sup> Orden TED/1328/2021, de 26 de noviembre, por la que se deniega a Berkeley Minera España, SLU, la autorización de construcción como instalación radiactiva de primera categoría del ciclo de combustible nuclear de la planta de fabricación de concentrado de uranio de Retortillo (Salamanca). (BOE de 1 de diciembre de 2021).

inversiones, y que establece que los Estados firmantes deben mantener condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otros Estados parte de este tratado realicen inversiones en su territorio, que gozarán de protección y seguridad completas y no podrán ser objeto de medidas exorbitantes o discriminatorias. Se establece que las partes del tratado deberán conceder a los inversores de otras partes contratantes el mismo trato concedido a sus propios inversores o a los inversores de otra parte contratante o tercer Estado. En este caso Berkeley fundamentaba este trato discriminatorio respecto a otros proyectos anteriores de instalaciones del uranio, como son las instalaciones radiactivas de La Haba (Badajoz) y Saelices El Chico (Salamanca), titularidad de ENUSA Industrias Avanzadas, SA.

Berkeley fundamenta también su demanda en la vulneración del artículo 13 del TCE, en el que se establece que las partes de este acuerdo no podrán nacionalizar, expropiar o establecer medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación de inversores energéticas de una parte contratante del TCE en el territorio de otra parte contratante, salvo que dicha expropiación se deba a un motivo de interés público, se haya establecido de forma no discriminatoria, se haya aprobado con arreglo al procedimiento legal debidamente establecido o mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva. Este precepto establece también que la indemnización deberá cubrir el valor de mercado que la inversión expropiada tuviera en el momento inmediatamente antes del anuncio de la expropiación o de la intención de llevar a cabo la expropiación, momento que se establece como «fecha de valoración», ya que al igual que ha ocurrido con Berkeley, una vez que se llevan a cabo los cambios programados por la parte del Estado receptor de la inversión, estos proyectos experimentan una gran pérdida de valor, que tiene su reflejo en los mercados.

En este caso, el bloqueo del proyecto de la mina de uranio de Berkeley ha sido el resultado de la decisión del MITECO a la vista del informe del CSN y de la prohibición establecida en la Ley de cambio climático y transición energética ya mencionada. Sin embargo, este proyecto puede cubrir más del 100 % de la demanda española de uranio y parte del uranio consumido en las centrales nucleares existentes en la UE, así como las que se están proyectando, por lo que el mineral extraído en esta mina constituye una de las materias primas estratégicas, y por ello, a la vista de la nueva legislación europea aprobada dentro del marco del Pacto Verde Europeo<sup>27</sup>, como es la nueva taxonomía y la Ley europea de materias primas fundamentales<sup>28</sup>, que forma parte de las propuestas contenidas en el Plan Industrial

<sup>27</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones. *El Pacto Verde Europeo*. COM (2019) 640 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1576150542719&uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN>

<sup>28</sup> Reglamento (UE) 2024/1252, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, por el que se establece un marco para garantizar un suministro seguro y sostenible de materias primas fundamen-

del Pacto Verde<sup>29</sup>, quizá resulte necesario replantearse la puesta en marcha de esta mina, ya que permitiría reducir la fuerte dependencia energética de la UE y además contribuiría al desarrollo auspiciado por la Unión de la energía nuclear como tecnología limpia y eficiente, de acuerdo con el Reglamento sobre taxonomía de la Unión Europea<sup>30</sup>.

#### 4. Contenciosos arbitrales contra España en el CIADI relativos al recorte de las primas a las renovables

Desde 2012 España encabeza la lista de los Estados más demandados en el CIADI. El motivo que dio pie a estos conflictos es el llamado «recorte de las primas a renovables», instrumentado por el Gobierno español al suprimir el marco retributivo aprobado por el Real Decreto 661/2007<sup>31</sup> con el que se impulsaba el desarrollo de las llamadas energías verdes en nuestro país mediante las primas a las renovables. Estas primas formaban parte de la retribución con la que se compensaba a los inversores por el mayor coste de las tecnologías sostenibles y se financiaban a través de la factura eléctrica de los consumidores, hasta que mediante la Ley 15/2012 de medidas fiscales para la sostenibilidad energética<sup>32</sup> se estableció que, a partir del 1 de enero de 2013, parte de estos incentivos para el fomento de energías renovables se financiarían por los Presupuestos Generales del Es-

---

tales y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1724 y (UE) 2019/1020 (DOUE de 3 de mayo de 2024).

<sup>29</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Un Plan Industrial del Pacto Verde para la era de cero emisiones netas*. Bruselas, 1 de febrero de 2023. COM (2023) 62 final. Dentro de este marco, se incluye la reforma del mercado eléctrico europeo (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2019/943 y (UE) 2019/942 y las Directivas (UE) 2018/2001 y (UE) 2019/944 para mejorar la configuración del mercado de la electricidad de la Unión. COM(2023) 148 final, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de fabricación de productos de tecnologías de cero emisiones netas (Ley sobre la industria de cero emisiones netas) COM(2023) 161 final y la Ley de materias primas críticas de la UE, ya mencionada.

<sup>30</sup> Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el reglamento (UE) 2019/2088 (DOUE de 22 de junio de 2020) y Reglamento Delegado (UE) 2022/1214 de la Comisión de 9 de marzo de 2022 por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2021/2139 en lo que respecta a las actividades económicas en determinados sectores energéticos y el Reglamento Delegado (UE) 2021/2178 en lo que respecta a la divulgación pública de información específica sobre esas actividades económicas. (DOUE de 15 de julio de 2022).

<sup>31</sup> Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE de 26 de mayo de 2007).

<sup>32</sup> Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética. (BOE de 28 de diciembre de 2012).

tado, con los ingresos obtenidos de la recaudación de los tributos que dicha ley creó, y que debían ser satisfechos por las empresas energéticas del país (impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, IVPEE, los impuestos sobre la producción y el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos en instalaciones centralizadas y el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica). Posteriormente, se publicó el Real Decreto-ley 9/2013 de medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico<sup>33</sup>, que establecía un nuevo marco retributivo que permitía a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, a las de cogeneración de alta eficiencia y residuos, cubrir los costes necesarios para competir en el mercado en nivel de igualdad con el resto de tecnologías y obtener una rentabilidad razonable; sistema retributivo que se concretó con la aprobación de la Orden IET/1045/2014<sup>34</sup>, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Desde la aprobación del aquel Real Decreto 661/2007 hasta 2012 en España se instalaron más de 19.000 megavatios de renovables, lo que colocó a España a la cabeza de las inversiones en energías renovables, pero también agravó el déficit estructural de nuestro sistema eléctrico. En 2010 el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 14/2010 de medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico y el Real Decreto 1614/2010<sup>35</sup>, que redujo en un 35 % las primas otorgadas a las renovables hasta el 31 de diciembre de 2012, pero llegada esa fecha, en vez de revertirse las primas de las energías renovables, estas volvieron a reducirse desde el 1 de enero de 2013, pues el déficit del sector eléctrico alcanzó un nivel insostenible.

En 2013 el sector eléctrico español fue objeto de una reforma que atacaba su déficit estructural y también erradicaba la «burbuja» de energías renovables que las primas inicialmente aprobadas crearon. Estas primas nacieron con el Real Decreto 436/2004<sup>36</sup>, que propulsaba el inicio de la energía renovable en España, pero con el tiempo la energía primada llegó

<sup>33</sup> Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. (BOE de 13 de julio de 2013).

<sup>34</sup> Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. (BOE de 20 de junio de 2014).

<sup>35</sup> Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoelectrónica y eólica. (BOE de 8 de diciembre de 2010).

<sup>36</sup> Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. (BOE de 27 de marzo de 2004).

a sobrepasar las limitaciones del sistema, de forma que se subvencionaba electricidad renovable que la red no podía absorber, por lo que se debía poner fin a estos incentivos incontrolados y mal dimensionados. Estos cambios legislativos minaron la rentabilidad de las instalaciones y nuevamente en 2015 volvieron a enturbiarse los beneficios de los inversores con el llamado impuesto al sol, aprobado mediante el Real Decreto 900/2015<sup>37</sup>, que terminó de hundir al sector renovable en España, pues obligaba a los autoconsumidores a pagar los peajes de conexión a la red por la energía generada y consumida, lo cual supuso un gran desincentivo y una gran barrera para el desarrollo de las energías renovables y menguó todavía más la rentabilidad de las inversiones existentes.

El prometedor horizonte que se había dibujado en España para las energías renovables (que en el 2012 llegaban a cubrir el 32 % de la demanda eléctrica) quedó totalmente enturbiado por estas reformas. Muchos inversores españoles acudieron sin éxito a los tribunales alegando la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Sin embargo, ninguna de estas alegaciones fue acogida ni por el Tribunal Supremo (en adelante TS) ni por nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC). El TS, en su sentencia de 13 de octubre de 2017<sup>38</sup>, resolvió que el Real Decreto 900/2015 no es una regulación arbitraria ni genera inseguridad jurídica. Destaca también el tribunal que no cabe hablar de un «impuesto al sol» que se oponga al fomento de las energías renovables, que debe impulsarse conforme a los nuevos objetivos energéticos y medioambientales recogidos en el derecho de la UE, o que constituya un obstáculo al mercado interior de la electricidad o a la eficiencia energética, concluyendo que los cargos para los consumidores acogidos al autoconsumo no resultan arbitrarios ni generadores de inseguridad jurídica y tampoco suponen un cargo diferente al que soporta el consumidor ordinario y se encuadran en el concepto denominado cargos por otros servicios del sistema (Patón García, 2017), cuya naturaleza parece ajustarse al pago de una contribución por la función de respaldo que ofrece el sistema eléctrico al autoconsumo.

Estas reformas, por un lado, parecían poner en entredicho el objetivo ambiental de fomentar el desarrollo de las energías renovables, y por otro, generaron una gran incertidumbre respecto a la retribución de la producción de energía a partir de fuentes renovables, además de poner en riesgo todas las inversiones realizadas por los inversores, que quedaron en un «limbo» jurídico en cuanto al régimen retributivo aplicable a la energía por ellos producida (Mora Ruiz, 2013), y también conllevaban el recorte de sus beneficios.

---

<sup>37</sup> Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo (BOE de 10 de octubre de 2015). El impuesto al sol estuvo en vigor hasta finales de 2018, que fue derogado mediante el Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores (BOE de 6 de octubre de 2018).

<sup>38</sup> STS de 13 de octubre de 2017, rec. núm. 4261/2015 (NFJ070270).

El TC se pronunció también en su STC 270/2015<sup>39</sup> sobre el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia sobre diversos preceptos del Real Decreto-ley 9/2013 de medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. Los recurrentes alegaron la vulneración del principio de jerarquía normativa y de sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento jurídico (arts. 9.1 y 3 CE), pues consideraban que los preceptos impugnados contravenían los artículos 10 y 13 del TCE, que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. Sin embargo el tribunal reiteró que los tratados internacionales no son en sí mismos un parámetro de contraste para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes, pues «la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de estas», y «no corresponde a este tribunal determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional, ni estos pueden erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad». Este tribunal reconoce que el TCE establece la necesidad de ofrecer seguridad a las inversiones energéticas y prohíbe la adopción de medidas con efectos equivalentes a la expropiación, pero ello no nos coloca ante un problema de constitucionalidad, pues no se ha fundamentado que la norma impugnada conlleve la vulneración de los artículos 10 y 13 del TCE al haber incumplido el Estado español sus obligaciones contraídas con inversores extranjeros, ya que esta mera alegación no se ha acompañado de las razones por las cuales entienden que las disposiciones cuestionadas vulneran el orden constitucional. También se alegaba la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, así como el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), lo cual tampoco se admite por el tribunal, pues el principio de confianza legítima no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en el contexto de dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico en que fue aprobado el Real decreto-ley impugnado, norma que no posee carácter sancionador o restrictivo de derechos, por lo que no concurre un supuesto de retroactividad constitucionalmente prohibida.

Esta misma línea jurisprudencial ha sido mantenida por el TS, que ha afirmado que no cabe reconocer *pro futuro* un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el marco retributivo para los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica de origen renovable<sup>40</sup>, pues estos productores han optado por no acudir al mercado y acogerse a un sistema público de fijación de sus retribuciones.

Esta decisión del TS no fue unánime, y la sentencia contiene un voto particular del magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, cuya discrepancia principal tiene que ver con los

<sup>39</sup> STC de 17 de diciembre de 2015, rec. núm. 5347/2013 (NFC060741).

<sup>40</sup> STS de 12 de abril de 2012, rec. núm. 40/2011 (NCJ057108).

principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, quien considera que en este caso las expectativas de los interesados, protegidas por este principio de confianza legítima, aparecen vinculadas a la existencia de un sistema de incentivos estatales primados para las energías renovables, cuyo objetivo es conseguir unas tasas de rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Al haberse reducido el régimen retributivo mediante la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2013, este nuevo régimen de incentivos supuso la frustración de la confianza legítima de los inversores, pero las medidas aprobadas con dicha normativa resultan a su juicio proporcionadas con la consecución de los superiores intereses públicos perseguidos por la modificación.

Mientras que los inversores nacionales vieron agotadas sus expectativas frente al TC y TS, los inversores internacionales han acudido a tribunales internacionales de arbitraje, hasta el punto de que España es el Estado que cuenta con más denuncias ante el CIADI, y tras Venezuela y Rusia es el país que cuenta con más demandas en las distintas cortes de arbitraje. España ha sido condenada al pago de más 1.300 millones de dólares mediante distintos laudos arbitrales firmes contra el recorte a las renovables, y junto con Venezuela es el país con mayor número de laudos condenatorios pendientes de pago, por encima de Rusia, motivo por el cual el Estado español ha visto como las empresas afectadas han embargado las cuentas del Instituto Cervantes en el Reino Unido, y se preparan para hacerse con otros bienes del Reino de España localizados en los Estados Unidos o Australia (Cruz Peña, 2024).

Por otro lado, están pendientes de resolución múltiples reclamaciones que exigen el pago por parte del Reino de España de más de 10.000 millones de dólares<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> WOC Photovoltaik Portfolio GmbH & Co. KG and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/22/12); Spanish Solar 1 Limited and Spanish Solar 2 Limited v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/21/39); Mitsui & Co., Ltd. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/20/47); VM Solar Jerez GmbH and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/19/30); Canepa Green Energy Opportunities I, S.à r.l. and Canepa Green Energy Opportunities II, S.à r.l. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/19/4); Itochu Corporation v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/18/25); DCM Energy GmbH & Co. Solar 1 KG and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/17/41); Portigon AG v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/17/15); Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/16/27); Infracapital F1 S.à r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/16/18); Eurus Energy Holdings Corporation v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/16/4); Landesbank Baden-Württemberg and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/45); E.ON SE, E.ON Finanzanlagen GmbH and E.ON Iberia Holding GmbH v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/35); Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/34); KS Invest GmbH and TLS Invest GmbH v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/25); Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/23). El laudo condenatorio de España en el caso Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/13/36) ha sido anulado ante la falta de imparcialidad de uno de los árbitros.

El último de los casos que hasta ahora se han resuelto en el CIADI contra el recorte de las primas a las renovables llevado a acabo por el Gobierno de España<sup>42</sup> ha sido abandonado por las partes (*vid.* TS Villalba GmbH and others v. Kingdom of Spain [ICSID Case No. ARB/21/43]). En los tres anteriores a este (*vid.* Sapec, S.A. v. Kingdom of Spain [ICSID Case No. ARB/19/23], European Solar Farms A/S v. Kingdom of Spain [ICSID Case No. ARB/18/45] y EBL (Genossenschaft Elektra Baselland) and Tubo Sol PE2 S.L. v. Kingdom of Spain [ICSID Case No. ARB/18/42]) el CIADI ha fallado a favor de España, debido al cambio de interpretación del derecho de la UE que ha sido asumido por el CIADI de forma reciente, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sobre la incompatibilidad de las cláusulas de arbitraje entre Estados miembros de la UE y el Derecho de la UE. La propia Comisión Europea viene respaldando a España y a otros Estados miembros, que son condenados bajo el TCE, argumentando que los arbitrajes intra-UE son contrarios al derecho de la UE y, por tanto, el CIADI se atiene a la primacía del derecho de la UE y a la falta de competencia del tribunal arbitral para juzgar disputas de inversión puramente europeas.

Hasta entonces, el resto de los laudos obtenidos en el CIADI por España eran condenatorios (Requena Casanova, 2019). Estas demandas se sustentan sobre la violación de los artículos 10 (trato justo y equitativo) y 13 del TCE (prohibición de la expropiación directa). El CIADI fallaba a favor de los inversores, pues aunque el TCE permite a las partes modificar la regulación sobre las inversiones, esta norma obliga a que dichos cambios sean justos y equitativos, y el Estado receptor de las inversiones debe protegerlas de dichos cambios,

<sup>42</sup> TS Villalba GmbH and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/21/43); Sapec, S.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/19/23); European Solar Farms A/S v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/18/45); EBL (Genossenschaft Elektra Baselland) and Tubo Sol PE2 S.L. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/18/42); Sun-Flower Olmeda GmbH & Co KG and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/16/17); Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/44), Hydro Energy 1 S.à r.l. and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/42), SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/38), OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/36); JGC Holdings Corporation (formerly JGC Corporation) v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/27); Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/20); BayWa r.e. AG v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/16); 9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/15); STEAG GmbH v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/4); Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/1); RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/34); RENERGY S.à r.l. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/18); InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/12); NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/11); Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/1); Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/13/31); RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/13/30).

por lo que estimaba que resultaba procedente la indemnización reclamada por los distintos inversores. El concepto de «trato justo y equitativo» está sujeto a diferentes interpretaciones, sin que el TCE establezca los criterios para eliminar la discreción del tribunal arbitral. Al objeto de estas decisiones los árbitros deberán ponderar los intereses de los Estados y los de los inversores en circunstancias específicas, para lo que pueden acudir a la doctrina de la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Estado receptor de la inversión (Bagnulo Cedrez, 2021). Sin embargo esta cuestión relativa a la discrecionalidad todavía no se ha solventado de forma unívoca.

Estos laudos condenatorios han venido siendo recurridos alegando la extralimitación competencial del tribunal arbitral, de acuerdo con el artículo 52 del Convenio del CIADI, que prevé un proceso de anulación de los laudos a través de un comité *ad hoc* compuesto por tres de los árbitros nombrados por el presidente del Consejo Administrativo CIADI, cuando concurra alguna de estas causas: que el tribunal arbitral se hubiere constituido de forma incorrecta; extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal; existencia de corrupción por parte de alguno de los árbitros; quebrantamiento grave de una norma procedimental, o falta de motivación del laudo. Conforme a las Reglas de Arbitraje CIADI, los laudos son obligatorios automáticamente y las partes deben acatarlo y cumplirlo, conforme al artículo 53 del Convenio del CIADI<sup>43</sup>, aunque las partes pueden solicitar, además de su anulación, la suspensión de la ejecución «de manera provisional hasta que el tribunal o el comité decida sobre la solicitud de anulación».

Hasta ahora, solo uno, el laudo recaído en el caso *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/13/36), por el cual se condenaba a España al pago de 128 millones de dólares, ha sido anulado ante la falta de imparcialidad advertida en uno de los árbitros, lo cual implica volver a comenzar la batalla ante el CIADI de nuevo (Méndez, 2020).

Llama la atención que todos estos casos en los que se ha visto involucrada España guardan relación con los sucesivos recortes a las renovables, y entre las razones que alega el Gobierno de España, así como la propia UE y otros Estados miembros, es la incompatibilidad del TCE con los objetivos climáticos del Acuerdo de París y el Pacto Verde Europeo, lo que supone un obstáculo para la transición hacia la neutralidad climática, pues protege inversiones en combustibles fósiles, argumento que no debe ser esgrimido por el Gobierno español, ya que todas las disputas a las que se ha enfrentado y las que tiene pendientes, a salvo de la referida a la mina de uranio, tienen que ver con inversiones en energía fotovoltaica, que vieron truncada su rentabilidad con los cambios operados respecto a la retribu-

---

<sup>43</sup> El Convenio del CIADI es un tratado ratificado por 157 Estados contratantes. Entró en vigor el día 14 de octubre de 1966, 30 días después de la ratificación por parte de los primeros 20 Estados. Convenio CIADI, Reglamento y Reglas ([CRR\\_Spanish\\_CRA.qxd](#)).

ción de la misma, así como con la creciente presión fiscal aprobada para reducir el déficit tarifario existente hasta 2012.

El abandono del TCE por parte de la UE envía un mensaje negativo a los inversores y refleja la falta de apoyo de a UE a los inversores en energías renovables que localizaron sus proyectos en España, que se ven desprotegidos por las instituciones comunitarias (Morcillo, 2023).

## 5. Posición de la Unión Europea en cuanto a las controversias planteadas respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía

El Parlamento Europeo<sup>44</sup> ha puesto de manifiesto que el TCE es incompatible con los tratados de la Unión «en la medida en que permite a los tribunales de inversiones interpretar y aplicar el Derecho de la Unión sin introducir las salvaguardias necesarias que preservan la autonomía reguladora de la Unión y afecta de forma negativa al funcionamiento de las instituciones de la Unión de conformidad con el marco constitucional de la Unión».

Este mismo planteamiento es el que viene manifestando el TJUE desde su Sentencia de 6 de marzo de 2018, asunto Achmea<sup>45</sup>, en la que concluyó que las cláusulas arbitrales entre inversores y Estados en los acuerdos internacionales celebrados entre los Estados miembros de la Unión son contrarias al derecho de la UE. El tribunal culmina afirmando que los artículos 267 y 344 del TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un tratado internacional celebrado entre Estados miembros permita a un inversor de uno de esos Estados, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra ese Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro. Estos tribunales arbitrales no forman parte del sistema jurisdiccional de la UE, y el sometimiento a los mismos viene fijado por un tratado no celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembros, por lo que este sistema de resolución de controversias puede vulnerar el principio de confianza mutua entre los Estados miembros, el principio de cooperación legal y también la preservación del carácter propio del derecho establecido por los tratados.

---

<sup>44</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2022, sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía (2022/2934[RSP]), que ha puesto de manifiesto la falta de coherencia en las posiciones de algunos Estados miembros en lo respecta al Tratado sobre la Carta de la Energía y a sus tratados bilaterales de inversión (TBI), que todavía protegen las inversiones en combustibles fósiles, y sus disposiciones obsoletas contrarias a los objetivos y valores de la Unión. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0421\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0421_ES.html)

<sup>45</sup> STJUE de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16 (NFJ070237).

Esta sentencia marcó el pistoletazo de salida para justificar el incumplimiento de los distintos laudos arbitrales que se han venido sustanciando en el CIADI por parte del Reino de España, lo cual no está exento de consecuencias jurídicas, económicas y políticas (Cals Vaquer, 2024).

A esta primera sentencia le siguió la STJUE de 2 de septiembre de 2021 en el asunto *Komstroy*<sup>46</sup>, en la que se analizaba la compatibilidad del procedimiento establecido en el artículo 26.2 c) del TCE con el derecho de la UE. En esta sentencia el tribunal reiteró que dicho precepto no es aplicable a los litigios entre un Estado miembro de la Unión y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este último en el primero. Al ser el TCE parte del derecho de la UE, los tribunales arbitrales deben interpretar, e incluso aplicar, el derecho de la Unión, y el hecho de que un tribunal creado por Estados miembros esté integrado en el sistema jurisdiccional de la UE supone que sus resoluciones estén sometidas a mecanismos que permitan asegurar la plena eficacia de las normas de la UE. De esta manera, y basándose en lo ya manifestado en la sentencia *Achmea*, el TJUE pone de manifiesto que el tribunal arbitral *ad hoc* previsto en el artículo 26.6 del TCE no constituye un elemento del sistema judicial de un Estado miembro. Por otro lado, el ejercicio de la competencia de la Unión en materia internacional no puede permitir la previsión en un acuerdo internacional de una disposición por la que una controversia entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro, relativa al derecho de la Unión, pueda quedar excluida del sistema jurisdiccional de la Unión, poniendo en peligro la autonomía del derecho establecido por los tratados. Debido a ello, aunque el TCE puede obligar a los Estados miembros a respetar los mecanismos arbitrales que prevé en sus relaciones con los inversores de terceros Estados, la autonomía y del carácter propio del derecho de la UE se opone a que el TCE pueda imponer las mismas obligaciones a los Estados miembros entre sí. Por ello, se zanja esta cuestión en el sentido de que el procedimiento del artículo 26.6 del TCE no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primero. Finalmente, el tribunal estimó que la adquisición, por una empresa de una parte contratante del TCE, de un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad, no relacionado con una inversión, del que es titular una empresa de un tercer Estado ajeno al TCE, frente a una empresa pública de otra parte contratante del mismo tratado, no constituye «una inversión» en el sentido del TCE.

A propósito de esta sentencia, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros y de la UE el 26 de junio de 2024 emitieron una declaración<sup>47</sup> sobre sus consecuencias

<sup>46</sup> STJUE de 2 de septiembre de 2021 en el asunto C-741/19 (NFJ086557).

<sup>47</sup> Declaración sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Komstroy* y entendimiento común sobre la inaplicabilidad del artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía como base para los procedimientos de arbitraje en el interior de la Unión. (DOUE de 6 de agosto de 2024).

jurídicas y sobre la inaplicabilidad del artículo 26 del TCE como base para los procedimientos de arbitraje en el interior de la Unión. Es esta declaración los signatarios se subrayan que el artículo 26 del TCE no puede ni podría servir nunca de base jurídica para los procedimientos de arbitraje en el interior de la Unión, ya que este mecanismo no sirve, y nunca debería haberse invocado, como base para los procedimientos de arbitraje en el interior de la UE, ya que lo impide la primacía del derecho de la UE.

Posteriormente, en la STJUE de 14 de marzo de 2024<sup>48</sup> el tribunal volvió a reiterar la incompatibilidad del arbitraje de inversiones con el derecho de la UE, y resolvió que la sentencia controvertida del Tribunal Supremo del Reino Unido que se pronunció sobre la interpretación del derecho de la Unión y la aplicación de este a la ejecución del laudo arbitral, a pesar de que la cuestión referida a esa interpretación había sido resuelta mediante una decisión de la Comisión y estaba pendiente ante los órganos jurisdiccionales de la Unión, incumplió la prohibición de no ejecutar ayudas de Estado mientras la Comisión no haya adoptado una decisión definitiva sobre ellas. En este caso el laudo del CIADI, dictado tras la adhesión de Rumanía a la UE, resolvió que al suprimir las ayudas al derogar el régimen de ayudas en cuestión, Rumanía había quebrantado la confianza legítima de los inversores, que pensaba que los incentivos fiscales aprobados no habían dispensado un trato justo y equitativo a las inversiones realizadas, y condenó a Rumanía a abonar una indemnización a los inversores. Los inversores, desde 2014, intentaron ejecutar este laudo arbitral en Bélgica, Francia, Luxemburgo, Suecia, el Reino Unido y los Estados Unidos, habiendo intervenido la Comisión Europea oponiéndose a ello, y conminando a Rumanía a no abonar dicha indemnización, al considerarla incompatible con las prohibición de ayudas de Estado. Por ello, en la medida en que se exigió que Rumanía abonase la indemnización a los inversores, pese a que la decisión de la Comisión era objeto de un litigio ante el Tribunal de Justicia. Por tanto, el tribunal declara que, a consecuencia de la sentencia controvertida, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha incumplido las obligaciones que le incumben, en virtud del artículo 4.3 del TUE y de los artículos 108.3, 267 y 351 del TFUE en relación con el artículo 127.1 del Acuerdo de Retirada.

Estas decisiones ponen de relieve el rechazo por parte del TJUE del mecanismo establecido en el artículo 26 del TCE como base jurídica para los procedimientos de arbitraje en el interior de la Unión, pues lo impide la primacía del derecho de la UE.

El 16 de junio de 2022, el TJUE no llegó a pronunciarse sobre la solicitud de un dictamen sobre el Proyecto de TCE modernizado por el Reino de Bélgica<sup>49</sup>, en relación con la compatibilidad de este, y en particular de su artículo 26, con los tratados. En aquel momento el TJUE, a la vista de que en las negociaciones no se contemplaba ninguna modificación del

<sup>48</sup> STJUE de 14 de marzo de 2024, asunto C-516/22 (NFJ092372).

<sup>49</sup> Dictamen del TJUE 1/20, de 16 de junio de 2022 (NFJ086556).

artículo 26 en la versión modernizada del TCE, no emitió dictamen alguno, dado el carácter prematuro de la solicitud.

Por otro lado, la Comisión Europea ya ha advertido de que el pago de las indemnizaciones acordadas en estos laudos arbitrales puede conllevar la infracción de la normativa europea que prohíbe las ayudas de Estado en materia de medioambiente y energía, conforme al artículo 107 del TFUE, por lo que deben ser notificadas a la Comisión, ya que conceden una ventaja económica al inversor indemnizado (Iruetagoiena Agirrezabalaga, 2021).

Esta posición no resulta muy acertada, ya que con este planteamiento la UE y sus Estados miembros quedan desconectadas del derecho internacional de inversiones, dada la gran inseguridad jurídica que se proyectará en la comunidad internacional, perdiendo liderazgo económico y jurídico en esta fase de globalización de la economía.

## 6. Conclusiones

La Resolución del Parlamento Europeo de 24 de noviembre de 2022 ha anunciado la retirada de la UE y la Euratom del TCE para aumentar la seguridad jurídica y remover los obstáculos que supone este tratado para las ambiciones de la Unión en materia de clima y seguridad energética. Sin embargo, ni la retirada de la UE ni la de España del TCE en abril de 2024 han exonerado a España de las condenas que ha venido recolectando en distintas sedes arbitrales internacionales por las numerosas demandas que diferentes grupos inversores han planteado por la supresión, por el Gobierno español, del marco retributivo de las energías renovables. Estas indemnizaciones impagadas ensombrecerán los airosos y deslumbrantes proyectos que pudieran localizarse en España en un futuro, ya que queda patente la inseguridad jurídica que reina en nuestro país en materia de política energética, y deja en entredicho, cuando no por los suelos, la reputación de España y de la propia UE, al retirarse del TCE sin haber cumplido con las obligaciones derivadas de dicho tratado y no acatar los laudos sustanciados, conforme al procedimiento establecido en dicho tratado, por lo que puede interpretarse por parte de la comunidad internacional como una salida por la puerta de atrás.

## Referencias bibliográficas

- Bagnulo Cedrez, M. E. (2021). Arbitraje de inversión en el sector energético. *Revista de Derecho*. <https://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/812/994>
- Bernasconi, N. (2009). Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration. International Institute for Sustainable Development. [www.iisd.org/system/files/publications/background\\_vattenfall\\_vs\\_germany.pdf](http://www.iisd.org/system/files/publications/background_vattenfall_vs_germany.pdf)
- Canals Vaquer, R. (2024). Imperialismo jurisdiccional contra arbitraje de inversiones: ¿está el Tribunal de Justicia conduciendo en sentido contrario? *La Ley. Mediación y arbitraje*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9628500>
- Cruz Peña, J. (19 de enero de 2024). España afronta la mayor derrota por el recorte a renovables tras perder con la alemana E.ON. *El Confidencial*. [https://www.elconfidencial.com/empresas/2024-01-19/espana-sufre-la-mayor-derrota-por-el-recorte-a-las-renovables-pagar-casi-300-m-a-la-alemana-e-on\\_3814776/](https://www.elconfidencial.com/empresas/2024-01-19/espana-sufre-la-mayor-derrota-por-el-recorte-a-las-renovables-pagar-casi-300-m-a-la-alemana-e-on_3814776/)
- Febles Pozo, N. (2019). Un análisis crítico de las normas sobre transparencia en los reglamentos de arbitraje internacional: La CCI, el CIADI y la CNUDMI. *Cadernos de Derecho Actual*, 57-95.
- Iruretagoiena Agirrezabalaga, I. y Alonso Moreda, N. (2021). Los laudos derivados de las controversias relativas a las inversiones en fuentes de energía renovables y el régimen de las ayudas estatales en la Unión Europea. *La Ley. Mediación y arbitraje*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8219989>
- López Huguet, M. (2021). *Proceso y ADR: Herencia romana en la solución actual de conflictos*. Atelier.
- Méndez, R. (12 de junio de 2020). España desata un conflicto de interés en la justicia del Banco Mundial en un laudo verde. *El Confidencial*. [https://www.elconfidencial.com/economia/2020-06-12/espana-renovables-anulacion-laudo-ciadi-eiser\\_2636019/](https://www.elconfidencial.com/economia/2020-06-12/espana-renovables-anulacion-laudo-ciadi-eiser_2636019/)
- Mora Ruiz, M. (2013). La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?. *Actualidad Jurídica Ambiental*. [https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2014/02/2014\\_02\\_17\\_Manuela\\_Mora\\_Energias-renovables.pdf](https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2014/02/2014_02_17_Manuela_Mora_Energias-renovables.pdf)
- Morcillo, N. (31 de julio de 2023). La salida de la UE de la Carta de Energía aumenta la «incertidumbre» de los inversores. *Cinco Días*. <https://cincodias.elpais.com/companias/2023-07-31/la-salida-de-la-ue-de-la-carta-de-energia-aumenta-la-incertidumbre-de-los-inversores.html>
- Ortiz de la Torre, A. (2016). Pasado y presente: el Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya y el laudo de 12 de julio de 2016 sobre el mar de China Meridional. *Anuario de la Real Academia de Doctores de España*, 28-63.
- Patón García, G. (2017). El derecho de autoconsumo eléctrico versus el «impuesto al sol»: Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2017. *Actualidad Jurídica Ambiental*. [https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2017/12/2017\\_12\\_18\\_Paton\\_Autoconsumo-electrico.pdf](https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2017/12/2017_12_18_Paton_Autoconsumo-electrico.pdf)
- Requena Casanova, M. (2019). Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*. <https://web.ua.es/en/ciee/documentos/mrequena-publications/los-arbitrajes-de-inversiones-contraspana-por-los-recortes-a-las-energias-renovables.pdf>



**M.<sup>a</sup> Ángeles Díez Moreno.** Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora de Derecho Financiero y Tributario en el Máster Universitario en Asesoría Fiscal y en el Máster en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA y del Máster del Derecho de la Energía del Club Español de la Energía. Miembro de las asociaciones Aemener (Asociación Española de Mujeres de la Energía) y WIN (Women in Nuclear) de la Sociedad Nuclear Española. <https://orcid.org/0000-0003-3428-2715>

# Tratamiento psicológico de menores adoptada por uno de los progenitores sin consentimiento del otro

Comentario al AAP de Madrid de 23 de junio de 2022

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

[castoparamo@gmail.com](mailto:castoparamo@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

1. En los procedimientos de familia en el que deba explorarse a un menor de edad solo con el juez y el fiscal, no es inhabitual que por alguna de las partes se solicite la entrega de la exploración realizada –normalmente está grabada y la entrega se realizaría en un CD– para conocer el contenido de la misma, y es lo que sucede en el presente procedimiento. Con la exploración y la prueba practicada se tienen los elementos necesarios para valorar el interés del menor y decidir la cuestión debatida.

La sentencia de la audiencia, que desestima el recurso de apelación, con carácter general indica que se protege el interés del menor con la resolución dictada por el juzgado, sin embargo, analizar el procedimiento ayuda a comprender las decisiones de ambas instancias y, tras examinarlo, concluir si la sentencia es conforme con el interés mencionado.

En resumen, el presente procedimiento se inició con la interposición por el actor de un procedimiento de jurisdicción voluntaria interesando que se acordara que el padre decidiera sobre el tratamiento psicológico, ante la negativa de la madre. Se destaca una situación conflictiva entre los progenitores, así como que la demandada, madre de la menor, reside en el extranjero.

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 1 al 15 de noviembre de 2024).

Se realizó la exploración de la menor, que era mayor de 12 años, por el juez y el fiscal, siendo la representación de la demandada la que interesó que se le diera conocimiento del contenido de la exploración, que fue finalmente denegada, tanto durante el procedimiento como posteriormente, para salvaguardar el derecho a la intimidad de la menor, que no les fue entregada, pero sí se informó a las partes de lo más relevante de la misma, y en consideración del resultado de la prueba admitida y la exploración, decidió estimar la solicitud del actor.

Contra la resolución se interpuso recurso de apelación por la demandada, interesando que se desestimara la solicitud, indicando que se le había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, al no accederse en la instancia a la prueba interesada, que consistía en un procedimiento penal incoado, y el desconocimiento del contenido de la exploración realizada, resolviendo la audiencia provincial, que decidió confirmar la resolución apelada, por estimar que era ajustada a derecho.

**2.** El interés superior del menor aparece en toda la normativa internacional, estatal y autonómica como el criterio determinante para solicitar y adoptar cualquier medida que afecte a los menores de edad, y forma parte de su estatuto jurídico, que como norma de orden público, no puede ser desconocida por ningún poder público y, por tanto, tampoco por los tribunales de justicia, y que se inserta en el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes a que se refiere el artículo 24. 1 y 2 de la Constitución.

En relación con la normativa que integra este interés superior del menor pueden mencionarse las siguientes normas internacionales y normas internas.

En el ámbito internacional debe mencionarse la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3, párrafo 1 señala que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, como consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño».

En la normativa española destaca la Constitución, que en su artículo 39.4 dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Además, es preciso mencionar el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que en relación con este derecho del menor a que se tenga en consideración su interés, dispone que:

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás

normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

Por otro lado, la Instrucción 1/2007, de 15-2, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores, «con fundamento en el art. 235 LOPJ y en el art. 2.2 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre (actuaciones en archivos) y 234 LOPJ, 140 LEC y 5 Reglamento 1/2005 (actuaciones en tramitación) en procesos en los que se resuelva sobre aspectos relativos a la vida familiar de los menores habrá de entenderse que la necesidad de preservar la intimidad de los mismos puede erigirse en legítimo límite frente al derecho de información de los interesados», que entró a valorar la STC 64/2019, de 9 de mayo, alegada, no cuestionándose la constitucionalidad del artículo 18 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, en relación con la intimidad de los menores.

El Tribunal Supremo en sentencia 720/2022, de 2 de noviembre dispone que:

«El interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico, que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso (STS 13 de febrero de 2015). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor». Por otra parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, norma, en su art. 11, como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, en lo que ahora nos interesa: «a) La supremacía de su interés superior; [...] d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal; [...] i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico».

**3.** En este procedimiento lo que se discute es hasta qué punto el interés del menor ha de prevalecer frente a las solicitudes realizadas para poder conocer la exploración realizada al menor.

El artículo 18.2.4 de la Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria, establece que:

2. La comparecencia se sustanciará por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la vista del juicio verbal con las siguientes especialidades:

[...]

4.ª Cuando el expediente afecte a los intereses de una persona menor de edad o persona con discapacidad, se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

La autoridad judicial o el Letrado de la Administración de Justicia podrán acordar que la audiencia de la persona menor de edad o persona con discapacidad se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, debiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Del resultado de la exploración se levantará, en todo caso, acta por el Letrado de la Administración de Justicia, expresando los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, en la que reflejará las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.

Por otro lado, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, considera primordial el derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.

Destaca la doctrina constitucional sobre la motivación de las resoluciones judiciales y la consideración del interés superior del menor, con referencia a las SSTC 178/2020, de 14 de diciembre (Norma CEF NCJ065273); 81/2021, de 19 de abril, FJ 2; 144/2021, de 12 de julio, y 5/2023, de 20 de febrero, FJ 3, en la que se indica que

cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que la STC 120/1984, de 10 de diciembre, FJ 2, reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el art. 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos.

En relación con el artículo 18.2.4 de la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria, el Tribunal Constitucional, en la STC 64/2019, de 9 de mayo (Norma CEF NCJ064064), el pleno de este tribunal resolvió que:

- a) Las cautelas recogidas en el párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 18.2 de la Ley 15/2015 contribuyen a la preservación del derecho a la intimidad

del menor y, en aras de proteger su interés, se pueden permitir excepciones a la audiencia pública, siempre que la intervención efectiva del Ministerio Fiscal garantice la tutela judicial efectiva, en cuanto garante del interés prevalente de los menores (STC 17/2006, de 30 de enero, FJ 5).

- b) En los supuestos que, por decisión del juez, la exploración judicial se desarrolla en ausencia de las partes para garantizar el derecho de audiencia en condiciones que preserven el interés superior del menor, la posterior entrega del acta detallada a las partes concilia esa decisión judicial con los derechos fundamentales de las partes en el proceso (artículo 24 CE), en la medida en que el interés prevalente del menor debe ponderarse con el de sus progenitores que, aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 enero, FJ 7, y 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4).
- c) La entrega del acta detallada a las partes responde a las exigencias derivadas del principio procesal de contradicción (art. 24 CE), compensando la amplísima libertad del juez en un expediente que afecta a los intereses de un menor, que puede fundar su decisión en cualquiera de los hechos de los que hubiera tenido conocimiento, por cualquier medio.

Por ello, resulta imprescindible la garantía de que los hechos en los que se funda la resolución judicial resolutoria no permanezcan en la esfera del conocimiento privado del decisor, pues, de otro modo, quedaría irremediablemente sacrificado el derecho a la tutela judicial efectiva.

No obstante, expuesta así la ponderación de derechos en conflicto, el tribunal estableció dos precisiones relevantes, relativas a la exploración judicial en sí misma, según la cual el juez o letrado de la administración de justicia debe cuidar de preservar la intimidad del menor en el momento de la celebración de la exploración judicial, a puerta cerrada e, igualmente, deben velar para que las manifestaciones del menor se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos, de modo que la exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente. Además, el acta de la exploración judicial debe incluir únicamente aquellas manifestaciones del menor que sean imprescindibles por significativas y, por ello, estrictamente relevantes para la decisión del expediente.

Por tanto, el contenido del acta había de ser puesto en conocimiento de las partes para que pudieran efectuar sus alegaciones sobre el objeto de la controversia, una vez conocido el contenido de la exploración judicial.

Estas conclusiones jurisprudenciales han sido tomadas en consideración por el legislador en la reforma del apartado cuarto del artículo 18.2 de la ley reseñada (disposición final decimoquinta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia

y la adolescencia frente a la violencia), en cuanto la ley especifica ahora cuál ha de ser el contenido del acta de la exploración judicial, determinando que expresará «los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, en la que reflejará las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad».

La titular del juzgado preservó el carácter reservado de dicha exploración, en exclusivo beneficio de la menor, como señala el artículo 2.5 c) de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, y se deriva igualmente del artículo 9 de la misma norma, y la naturaleza de la autorización solicitada para que la menor recibiera un tratamiento psicológico, y la implicación de la figura del menor en el conflicto planteado, se protegió la intimidad de la menor, sin entender vulnerado el precepto mencionado, y mantener la resolución recurrida en ese punto, tanto más cuando ninguna indefensión puede extraerse de la denegación.

Por ello, la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, que ratificó la sentencia del juzgado de primera instancia, fue conforme a derecho, sin que se vulnerase el derecho a la tutela judicial efectiva, al haberse cumplido por la titular del juzgado lo establecido por la ley de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional de dar conocimiento a las partes de los datos significativos e importantes de la exploración de la menor, preservando su derecho a la intimidad. El único límite de la revisión es que el superior del menor no se haya respetado o que su protección sea solo aparente, puramente formalista o estereotipada, lo que no ha tenido lugar.

# Modificación de medidas definitivas en procedimiento de divorcio. Limitación temporal del uso de la vivienda familiar

Comentario a la STS de 29 de mayo de 2024

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía del Tribunal Supremo (España)*

[jesquivias1959@gmail.com](mailto:jesquivias1959@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

La STS núm. 7579/2024, de 29 de mayo de 2024, rec. núm. 4313/2023, con ponencia del Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg, «sobre modificación de medidas definitivas de procedimiento de divorcio y limitación temporal del uso de la vivienda familiar adjudicada a la madre e hijo con discapacidad», tiene transcendencia porque, tras analizar la jurisprudencia derivada de los supuestos que se han ido produciendo a lo largo del tiempo, derivados de la ruptura de la convivencia de la pareja o del matrimonio, relativos a la adjudicación de la vivienda que fuera conyugal, aclara la nueva situación que provoca la reforma del artículo 96 del CC, tras la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Reforma que permite, una vez alcanzada la mayoría de edad y en los supuestos de personas con discapacidad, la prórroga en el uso de la vivienda en función de las circunstancias concurrentes. Es decir, hasta la reforma indicada, no había una previsión expresa sobre la atribución de la vivienda conyugal a personas que ostentaban la guarda de un hijo con discapacidad una vez alcanzada la mayoría de edad, pero sí una construcción doctrinal para responder a este tipo de situaciones. Construcción que colmaba la laguna legal –también denunciada en los supuestos de custodia compartida e imprevista en el antiguo artículo 96 CC–. Aprovecha el ponente para ilustrarnos sobre la casuística y la doctrina y sobre las soluciones a los distintos tipos de ruptura con hijos menores de edad, en caso de atribución en exclusiva de la custodia, compartida, viviendas de terceros, cuando otra pareja entra a vivir en la

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 1 al 15 de noviembre de 2024).

casa, etc. Aprovecha asimismo para ilustrarnos sobre el «concepto de vivienda familiar», tan importante para saber qué hemos de atribuir y acerca de otras cuestiones no menos interesantes, por ejemplo, la limitación de la disposición de la vivienda grabada –vamos a decirlo así–, al ser susceptible de inscripción en el registro de la propiedad la atribución por la autoridad judicial en la sentencia. Finalmente, es importante destacar que se recuerda la prohibición de la asignación ilimitada en el tiempo del inmueble y la previsión, cuando ya se alcanza la mayoría de edad de los hijos, de subvenir a todas las necesidades por la vía del los artículos 142 y siguientes del CC, dentro del título VI del libro. Todas las necesidades son: sustento, habitación, vestido y asistencia médica; pues esa obligación recíproca se refiere a los cónyuges, ascendientes y descendientes (art. 143 CC).

Existe, por tanto, una clara relación entre la afirmación de la limitación del uso de la vivienda y la obligación de los alimentos entre los parientes, de manera que la decisión de extinguir el uso tiene la protección legal complementaria, perfectamente aplicable a hijos que alcancen la mayoría de edad, con o sin discapacidad; o a las madres que, ostentando la custodia compartida y reclamando el mantenimiento de la vivienda al ser mayores de edad los hijos, veían satisfechas sus demandas, en atención a la interpretación del interés más digno de protección, pero durante un tiempo limitado y por la razón de permitir el tránsito hasta la adaptación necesaria, sin merma de un derecho de la propiedad del otro progenitor susceptible también de protección.

Al final, tras un orden adecuado y una claridad expositiva encomiable, el Tribunal Supremo proporciona la solución a futuro de este nuevo supuesto de personas con discapacidad, que al alcanzar la mayoría de edad, pueden seguir en la vivienda, pero por un tiempo determinado. No se trata, en realidad, de algo nuevo, pero sí de confirmar una doctrina que se venía anunciando a falta de cobertura legal hasta la reforma del precepto.

Contextualizando el caso, la sentencia de 10 de marzo de 2014, dictada por el juzgado de primera instancia de Picassent, en lo autos de divorcio 883/2011, resuelve, de mutuo acuerdo, que el uso de la vivienda familiar sea otorgado a la madre con el hijo con discapacidad. Apelada la sentencia, no se cuestiona, por consiguiente, el uso de la vivienda previamente convenido, sino la pensión de alimentos del discapacitado, que se eleva a 350 euros. También se procede a instar la liquidación del régimen económico matrimonial, valorándose los bienes y procediéndose a su adjudicación, en un 50 % la vivienda. Como es lógico, después se procede a la ejecución, que queda paralizada hasta que se resuelva cuál es el estado posesorio de la vivienda. Tengamos en cuenta que es aquí donde radica la petición judicial de la extinción del uso de la misma concedido de mutuo acuerdo, como hemos dicho en el procedimiento de divorcio, y que hay un menor (ahora ya mayor edad) con una discapacidad, que fue la causa, unido al hecho de la asignación de la custodia a la madre, de la atribución del uso.

Lógicamente, estando en fase de ejecución de la liquidación, si existe el uso, no existe disponibilidad para su enajenación, pues, además, esa limitación estará gravada con la

conveniente inscripción registral (art. 96.3 CC actual). Es por eso que el padre interpone demanda ante el mismo juzgado para la pedir la extinción del uso y la cancelación registral y la nueva inscripción registral de la sentencia que se dicte.

El juzgado núm. 1 de Picassent estima parcialmente la demanda, declarando extinguido el uso, pero concediendo un periodo de dos años para el desalojo, a contar desde la fecha de la sentencia, acordándose, como es lógico, el aumento de la pensión del hijo con discapacidad a 500 euros desde la fecha del desalojo de la vivienda. El fundamento esencial de la sentencia es que el acuerdo de habitabilidad de la vivienda por la madre y el hijo no era indefinido, sino hasta la liquidación. Esto es importante, porque el juzgado de Picassent está aceptando la limitación temporal del uso al tiempo que la voluntad de las partes, lo cual es conforme con lo indicado en el actual artículo 86 del CC cuando dice:

En defecto de acuerdo entre los cónyuges [...]. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, al autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho en función de las circunstancias concurrentes.

Es decir, que el juzgado ha sido sensible a la situación de vulnerabilidad y a la doctrina existente del Tribunal Supremo para casos de este tipo antes de la modificación legal, aplicando el nuevo artículo 96, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, porque la fecha de la demanda es anterior a la misma. Por eso el Tribunal Supremo remarca aquí, al referirse a la sentencia del juzgado de Picassent, que haya aplicado el nuevo artículo 96 del CC, tras la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, mencionando asimismo la STS de 19 de enero de 2017. Dice así:

La sentencia se fundamentó en la aplicación del art. 96 del CC, tras la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que entendió recogía la doctrina de la sentencia de esta sala de 19 de enero de 2017, que no consideraba que cupiese una atribución indefinida de tal uso en tanto en cuanto «[...] impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad o, al menos, lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia o vulnerabilidad».

Vemos, por tanto, que maneja los conceptos, ahora concretados en esta sentencia que comentamos, y que son los básicos para no conceder indefinidamente el uso de la vivienda.

Pero, una vez recurrida en apelación, la sección 10.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia dicta nueva sentencia de 15 de febrero de 2023 en el rollo 411/2022, que acuerda revocar

la 1.<sup>a</sup> instancia, manteniendo, por tanto, el uso de la vivienda tal y como había sido acordado en el divorcio; es decir, intemporalmente porque la sentencia del juzgado solo atribuye el uso de la vivienda sin especificación de plazo. El argumento esencial será el siguiente:

Por tanto, en el presente caso, y dadas las circunstancias concurrentes, la decisión no puede fundarse en la posible situación económica de los progenitores, sino en la determinación de si la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar resulta ser una medida que vela y protege el interés más necesitado de protección, el de José, pues solo en ese caso quedaría justificado que el discapacitado quedara privado del uso de la vivienda. No habiéndose acreditado tal extremo, no cabe más que mantener la medida que fue acordada en la sentencia de divorcio.

Se aparta de toda la doctrina indicada en la STS de 19 de enero de 2017 y utiliza como concepto jurídico indeterminada el interés más necesitado de protección. Pero, como luego veremos, al analizar toda la casuística sobre la atribución de la vivienda, la audiencia yerra, al con tener en consideración los nuevos parámetros legales o criterios de decisión, que constituirán, si son doctrina, los datos relevantes a tener en cuenta en asuntos de esta naturaleza. Porque esta sentencia del Tribunal Supremo, que va a casar la de la audiencia, al final contiene una serie de conclusiones aplicables a este tipo de casos, que nos van a servir de guía en el futuro; incluso se nos proporcionan los criterios de ponderación para la determinación del plazo de prórroga.

Pues bien, advertido todo lo anterior, parece lógico continuar con la fundamentación ordenada de la sentencia, mencionando los motivos y cuál fue la posición del fiscal en casación: En cuanto a los motivos,

el primero de ellos, por interés casacional, por infracción del artículo 96.1 CC, en su texto modificado por Ley 8/2021, de 2 de junio, al tratarse de la aplicación de una norma con menos de cinco años de vigencia.

El segundo, por la infracción de los artículos 96.1 y 142 CC, y vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en las sentencias 31/2017, de 19 de enero, 167/2017, de 8 de marzo y 390/2017, de 20 de junio.

El Ministerio Fiscal interesó la estimación de la casación. Partió, para ello, del examen del artículo 96 del CC, en su actual redacción, lo que le lleva a la conclusión de que el legislador no quiso, en los casos de hijos discapacitados, que el uso de la vivienda familiar se atribuyese sin limitación temporal. El fiscal citó la doctrina de esta sala, expresada en las sentencias 31/2017, de 19 de enero, y 167/2017, de 8 de marzo, de las que resulta que no cabe, en tales casos, una adjudicación ilimitada en el tiempo y, además, existen otras medidas tuitivas, como es la prestación de alimentos. Se está refiriendo a la previsión legal del artículo 96.3 del CC, una vez extinguido el uso (los alimentos entre parientes, título VI del libro I CC).

El artículo 96.1 dice:

En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

[...] Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

El artículo 143 del CC, dentro del título VII, del libro I del Código Civil: «Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1.º Los cónyuges. 2.º Los ascendientes y descendientes».

Lógicamente, alabando una vez más el orden y la claridad de esta sentencia, se parte de concretar o definir perfectamente qué debe entenderse por vivienda familiar o conyugal, pues el precepto por el inmueble empieza, y nos hallamos ante un supuesto de acuerdo parcial limitado en el tiempo (hasta la liquidación de los bienes, en cuya sentencia de ejecución estamos).

Se aclara su naturaleza: Se trata de un derecho «de naturaleza familiar, y no real», no se puede atribuir ilimitadamente, «sino solo por un tiempo determinado de disposición (sentencia del pleno de la Sala 1.ª 859/2009, de 14 de enero de 2010), atendiendo a diversos factores de ponderación: la especial protección de los hijos con discapacidad combinada con los intereses de los progenitores, relacionados con el valor de la vivienda y su titularidad (común, privativa o de terceros); incluso en previsión de situaciones de precario en la cesión de la vivienda que fuera conyugal». Es decir, la casuística que no ha podido prever el legislador y que ha ido descubriendo la práctica de los tribunales ante los supuestos de hecho que se han ido produciendo.

Se aclara también su concepto:

Conforme reiterada jurisprudencia se entiende por vivienda familiar la habitada por los progenitores e hijos hasta la ruptura del matrimonio (sentencias 42/2017, de 23 de enero; 517/2017, de 22 de septiembre, y 356/2021 de 24 de mayo), sin que quepa en los procedimientos matrimoniales hacer atribución de viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar (sentencias 340/2012, de 31 de mayo, 129/2016, de 3 de marzo, 598/2019, de 29 de octubre y 654/2019, de 11 de diciembre). Por tanto, la ruptura elimina el concepto de vivienda con-

yugal que constituía la unidad familiar, en tanto que ya no sirve para los fines del matrimonio con carácter de estabilidad y permanencia (STS de 19 de noviembre de 2013, o la núm. 641/2018).

Desde el momento en que se produce el divorcio, se produce la desafección de la vivienda como familiar o conyugal, que al no ser un derecho real, no es oponible frente a terceros erga omnes, sino protegible, por lo que dice el Tribunal Supremo. Al ser un derecho familiar, los factores que entran en juego son la minoría de edad, la discapacidad, la especial protección o el interés más digno de protección, pero no la oponibilidad indefinida, que colisiona también con el derecho del propietario.

Conviene no perder la perspectiva de que la vivienda es un domicilio y que lo que se adjudica es el uso de un domicilio; por ello, el Tribunal Supremo nos recuerda también qué debemos entender por domicilio: el lugar de residencia habitual elegido de mutuo acuerdo por la pareja, o por decisión judicial y en interés de la familia. Domicilio que tiene su fuente legal en los artículos 40 y 70 del CC, en la que se inspira la jurisprudencia de la sentencia: «domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual» (art. 40 CC) y «los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia» (art. 70 CC). Es el lugar «en donde la unidad familiar satisface sus indeclinables necesidades de habitación», y es un «bien patrimonial», que puede ser de un titular de los dos o simplemente poseído, pero de cuyo uso se ocupa el artículo 96 del CC en caso de ruptura de la convivencia.

Respecto de las limitaciones de disposición del uso de la vivienda para el titular, la sentencia nos ilustra con la siguiente doctrina de la sentencia 526/2023, de 18 de abril:

La inscripción del derecho de uso en el registro de la propiedad, como restricción de las facultades dispositivas del cónyuge titular de la vivienda, tiene como finalidad hacer efectiva dicha limitación del dominio, y garantizar, de esta manera, su oponibilidad frente terceros a través de la garantía que implica la publicidad registral.

Como pudimos ver más arriba, tanto la sentencia original del juzgado de Picassent del año 2014 por la que se decidió el divorcio de mutuo acuerdo y el uso de la vivienda hasta la liquidación, como la posterior de extinción del uso tras la suspensión de la ejecución (de la que tren causa la casación), la inscripción es una previsión legal que limita la libre disposición de un derecho real durante un tiempo, pero como una restricción por disposición de la autoridad judicial.

Como el caso plantea una vivienda que ha dejado de ser conyugal, según hemos visto, la STS precisa que, de ser una vivienda de terceros, no sería de aplicación el artículo 96 del CC, como es lógico, sino «el marco legal del derecho de la propiedad (SSTS del pleno de 18 de enero de 2010 [rec. núm. 1994/2005], 178/2011, de 18 marzo y 695/2011, de 10

de octubre)». Podría pensarse que esta observación es innecesaria, porque el caso es típico de vivienda que constituyó morada de la familia, lugar de residencia habitual y proyecto de vida en común; pero la sentencia no hace sino informarnos a todos de la casuística tan extraordinaria que ha ido resolviendo el Tribunal Supremo, a la que ha ido dando respuesta con estos argumentos.

Si nos halláramos ante un supuesto de atribución de la vivienda familiar a los hijos comunes en los supuestos de guarda y custodia monoparental, se nos recuerda la sentencia 1153/2023, de 17 de julio, que reafirma el criterio de la temporalidad. Aquí importa destacar que, siendo menores los hijos, la vivienda puede adjudicarse hasta la mayoría de edad sin límite, pero entiéndase que la norma y el concepto sin límite está condicionado a la minoría de edad, mientras no se alcancen los 18 años. Coincide con el resto de los supuestos, tanto si son mayores de edad como si tienen una discapacidad, que esa edad (18 años) puede superarse, pero solo por acuerdo entre los progenitores y tras la autorización judicial (obsérvese que el actual precepto 96 dice: «aprobado por la autoridad judicial»). El control existe y la valoración de las circunstancias también. Es evidente que aquí la modificación legal no ha afectado a la jurisprudencia. En la custodia compartida se tiene en cuenta la crisis de la pareja y el interés del menor hasta los 18 años, siempre que la vivienda siga siendo usada por la familia o que no hay otra manera de encontrar satisfechas «las necesidades de habitación a través de otros medios» (SSTS 695/2011, de 10 de octubre, 426/2013, de 17 de junio, 284/2016, de 3 de mayo, 861/2021, de 13 de diciembre, y 1153/2023, de 17 de julio, entre otras).

Cuando la atribución del uso de la vivienda familiar en los «casos de custodia compartida», el Tribunal Supremo nos recuerda:

En estos casos, no es de aplicación el párrafo primero del art. 96 del CC, que se refiere a la custodia exclusiva. Tampoco el párrafo segundo del art. 96 (matrimonio sin hijos). Con lo que se acude, por razón de analogía, al actual párrafo cuarto del apartado 1 del art. 96 (atribución de la custodia de los hijos entre los progenitores), en cuyo caso «la autoridad judicial resolverá».

Y así, con esta finalidad de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida, se han fijado plazos de uso temporal, con valoración de las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde un año (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 251/2016, de 13 de abril; 545/2016, de 16 de septiembre; 314/2022, de 20 de abril; 556/2022, de 11 de julio y 138/2023, de 31 de enero), dos años (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre; 15/2020, de 16 de enero; 558/2020 y 870/2021, de 20 de diciembre, y 835/2022, de 25 de noviembre), tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre, y 294/2017, de 12 de mayo), uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero), o, en fin, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales (sentencia 183/2017, de 14 de marzo). En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado y atención a lo postulado por las partes.

Finalmente, analiza los supuestos de casa nido y convivencia con una nueva pareja. En el primer caso, la solución es considerada más bien como solución indeseada, por costosa y difícil de llevar a la práctica por la necesidad de entendimiento y colaboración entre los progenitores. Medida que, si bien se adopta en algunas resoluciones, una vez aclarada la jurisprudencia, según la casuística que se iba produciendo, ha ido de más a menos en su atribución (STS 870/2021, de 20 de diciembre; 343/2018, de 7 de junio; 215/2019, de 5 de abril; 15/2020, de 16 de enero, y 396/2020, de 6 de julio, todas ellas citadas en la más reciente sentencia 438/2021, de 22 de junio). En el segundo, porque si se introduce un nuevo miembro en el domicilio que fuera conyugal, conforme hemos visto antes, la vivienda deja de ser familiar y provoca su pérdida con un tiempo límite de desalojo por razones de adaptación (STS de Pleno 641/2018, de 20 de noviembre –doctrina reiterada en las SSTS 568/2019, de 29 de octubre, y 488/2020, de 23 de septiembre; la núm. 166/2024, de 23 de septiembre de 2024, rec. núm. 7859/2022. Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán).

Llegados hasta aquí, la jurisprudencia exhibe un criterio uniforme: la vivienda no puede adjudicarse, en ningún supuesto, con carácter indefinido, pues contraviene el sentido jurídico del artículo 96 del CC, anterior y actual (sentencias 73/2014, de 12 de febrero; 176/2016, de 17 de marzo; 31/2017; 33/2017; 34/2017, de 19 de enero; 390/2017, de 20 de junio, y 527/2017, de 27 de septiembre).

Ni se puede atribuir para siempre a la esposa ni a los hijos cuando alcanzan la mayoría de edad. Las razones se hallan claramente definidas en la siguiente STS 138/2023, de 31 de enero:

La jurisprudencia de la sala también ha entendido, para cuando se supera la menor edad de los hijos, que la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refería el del art. 96.III CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido [...] «parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro».

Ahora el artículo 96 ha venido a colmar esa laguna, pues el precepto dice literalmente:

En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad.

Pues bien, hasta ahora nos hemos centrado en las distintas soluciones para hijos menores, mayores (sin discapacidad) o madres con custodia exclusiva o compartida, dedu-

ciéndose de toda la exposición jurisprudencial que, con matices, según los casos, lo que es inequívoco es la limitación temporal con «prórrogas» (vamos a llamarlo así para anticiparnos al término previsto para los que padecen discapacidad).

Ahora nos centramos en el tratamiento que el Tribunal Supremo ha dado a los supuestos de hijos con discapacidad antes de la reforma del artículo 96 por la Ley 8/2021, y veremos que las soluciones a futuro para estos casos en el fondo ya fueron anunciadas por estas sentencias e influyeron en el legislador para que se produjera el cambio legislativo.

Dos sentencias son básicas en esta materia: la 31/2017 de 19 de enero, y 167/2017, de 8 de marzo, antes de la reforma del artículo 96 por Ley 8/2021, de 2 de junio (la reproducimos por su interés):

El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad.

Cuando ello ocurre, estaremos en una situación de igualdad entre y marido y mujer, en la que resulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 96, atribuyendo el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije, como hizo la sentencia recurrida. Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad.

No se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna. Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del

menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad.

Esta equiparación la hizo esta sala en las reseñadas sentencias en supuestos muy concretos de prestación de alimentos y con un evidente interés de que puedan superar esta condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos puedan ser atendidos por el alimentante en su casa. «Sin que ello suponga ninguna disminución (que trata de evitar la Convención), antes, al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico», dice la sentencia 372/2014, de 7 de julio.

El interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores: depende de su estado y grado, físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de su estado; del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, que proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión, para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado, y un respeto a su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria, siempre que sea posible, lo que supone, como en este caso ocurre, que la toma de decisiones derivadas del divorcio de los padres sea asumida por la hija y no por su madre.

Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores.

El alcance del deber alimenticio de cada uno, transcurrido el tiempo de uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, estará en función de los recursos y medios

del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos.

La limitación temporal hasta la mayoría de edad radica en la certidumbre jurídica que proporciona seguridad jurídica, así como en la eliminación de un sentimiento expropiatorio de la vivienda a su titular. Sería contrario al espíritu y finalidad del artículo 96 del CC.

Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad.

Por ello, se insiste en que con la mayoría de edad del discapacitado decae ese interés porque ya no es menor, y entonces entran en juego los artículos 142 y siguientes de los alimentos entre parientes ascendientes o descendientes con unos padres en posición de igualdad de obligaciones para atenderlos, sean lo hijos mayores personas con o sin discapacidad, y en el caso de estas en función de las medidas de apoyo que pudieran necesitar. De tal suerte que la prorroga se fijará atendiendo todas estas circunstancias.

La conclusión, en definitiva, de la interpretación del nuevo artículo 96 del CC es la siguiente:

1. Para hijos comunes del matrimonio o de la pareja el límite temporal será hasta que alcancen la mayoría de edad. Límite temporal en todo caso.
2. En los casos de discapacitados, alcanzada la mayoría de edad, se fijará un «uso adicional» que, si bien permite que no opere la automaticidad del límite de la mayoría de edad, tampoco la atribución indefinida.
3. Las necesidades del discapacitado, concluido el uso de la vivienda, se satisfarán con el régimen de alimentos entre parientes del artículo 142 del CC.
4. La ponderación de las circunstancias por los tribunales serán determinantes para asignar ese «uso adicional». Entre ellas, deben valorarse:

El grado de discapacidad, las concretas deficiencias intelectuales, mentales, físicas o sensoriales que padezca, la adaptación de la vivienda a sus limitaciones, la proximidad a los centros de atención, asistencia e integración laboral, las posibilidades económicas de los progenitores, entre otras, en función de las cuales deberá motivarse la decisión que se adopte.

La sentencia de la audiencia, al no haberse pactado un uso ilimitado, sino hasta la liquidación de los bienes, con arreglo a la doctrina expuesta, solo podía ser casada porque la

voluntad era de uso temporal. Tras estudiar los ingresos de cada parte, su situación laboral, de jubilación o desempleo, el tiempo de estancia en la casa (ya más de 10 años), las ayudas que percibe el discapacitado, etc., el Supremo asume la instancia y acuerda mantener la pensión acordada en la instancia a partir del momento en que abandone la vivienda (350 €), «que deberá ser abandonada por la demandada e hijo con 15 días de antelación a la fecha designada para su subasta, o, en su caso, de la fecha fijada para su venta por medio de notario o en documento privado».

# Transparencia y acceso a la información pública. Protección de datos en propiedad horizontal

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa  
Profesor del CEF.- (España)*

[juliogalancaceres@hotmail.com](mailto:juliogalancaceres@hotmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

## Enunciado

PRIMERO. Doña Colette, de nacionalidad francesa, dirigió solicitud al ministerio competente en materia de transporte, al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG), para que se le facilitara la siguiente información en estos términos literales: «SOLICITO que se me facilite la base de datos de información sobre líneas regulares de transporte de viajeros por carretera, que actualmente se puede consultar de forma individualizada en el siguiente enlace: XXX/000/rrr/».

Concretamente, solicitó que se le facilitara una copia de la base de datos en formato reutilizable, es decir, un formato que permita analizar y explotar los datos.

Señala la solicitante que esta petición se refiere tanto a la información contenida en el apartado de conexiones directas como a la que presenta el detalle de cada recorrido [...].

Cabe destacar que el portal de consulta de viaje ya permite acceder a los datos individualmente.

El artículo 13 de la Ley 19/2013 dispone que se entiende por información pública

los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

Además, tal como se deduce del funcionamiento del propio buscador del portal web citado anteriormente, es imprescindible que exista una base de datos que agrupe toda la información que se solicita. En este sentido, no sería necesaria una acción previa de reelaboración para facilitar la información, por lo que no sería de aplicación la causa de inadmisión del artículo 18.1 c) de la Ley 19/2013.

En caso de que el ministerio con competencia en materia de transportes no disponga de esta base de datos, solicito, en base al artículo 19.1 de la Ley 19/2013 que se remita la solicitud al órgano competente y se me informe de esta circunstancia [...].

Es de hacer constar que, a través de la aplicación a la que se refiere, la reclamante puede realizar una búsqueda de las rutas para ir de una población de origen a otra de destino, ofreciéndose información de las paradas del recorrido, del precio, de las horas de salida y llegada a las paradas, así como del tiempo del trayecto. También se ofrece información de los datos de las empresas de transportes regulares y de las estaciones de autobuses.

El ministerio, en concreto la Dirección General de Transporte, dictó resolución con fecha 10 de abril de 0004 en la que contestó a la solicitante lo siguiente:

[...] La base de datos que se utiliza en la consulta de viajes en el portal indicado por la persona solicitante tiene más de tres millones de registros. Esto no solo convierte el documento en inmanejable, sino que supone un problema técnico que deberían resolver los servicios informáticos del Ministerio con un esfuerzo muy considerable en tiempo, recursos humanos y materiales. Por tanto, por un lado, procede alegar la inadmisión prevista en el artículo 18.1 c), pues sería necesaria una acción previa de reelaboración. De acuerdo con la letra c) del apartado 1 del artículo 18 de la citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, se inadmitirán a trámite las solicitudes de acceso a la información pública que se refieran a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración.

Además, la solicitud requiere una atención que afecta al normal ejercicio de las funciones encomendadas de la Dirección General de Transporte Terrestre. Igualmente, esta solicitud debe analizarse desde la perspectiva del control de la acción de la Administración y la rendición de cuentas por las decisiones públicas. Los objetivos del Consejo de Transparencia son, conforme a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), la de proporcionar información relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública, para poder participar en la misma y exigir responsabilidades por las decisiones de los organismos públicos. Sin embargo, esta solicitud de información persigue otros intereses, de carácter privado o profesional, que no encajan en la finalidad perseguida por la LTAIBG. Por tanto, procede alegar la inadmisión, ya que de acuerdo con la letra e) del apartado 1 del artículo 18 de la citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, se inadmitirán a trámite las solicitudes de acceso a la información pública que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de la ley [...].

Por otra parte:

a) La base de datos que se utiliza en la consulta de viajes tiene como objetivo principal el facilitar la labor de gestión de la Dirección General de Transporte Terrestre en los servicios públicos de transporte regular de uso general de viajeros por carretera. La información contenida en esta base de datos se publica para que el

ciudadano pueda conocer las oportunidades de viaje que ofrecen estos servicios públicos. Para atender esta petición, la información de la base de datos debe ser preparada, extractada suprimiendo las posibles alusiones a aspectos protegidos por la Ley de protección de datos, diseccionada en distintos ficheros y preparado su formato para su uso con herramientas informáticas de general uso. Esto requiere la intervención y revisión manual con una importante utilización de recursos humanos muy escasos en esta dirección general.

b) La solicitud es indiscriminada y abusiva y no parece atender al control del funcionamiento de esta Administración, sino más bien a la realización de un trabajo de preparación de información para un uso distinto al previsto para la base de datos que nos ocupa. Se está ante una solicitud que no pretende el control de la actividad pública, sino la obtención de una cantidad enorme de información y documentación para la cual no está pensada la LTAIBG y que podría dar lugar a una instrumentación de la normativa de transparencia no compatible con los fines de la Ley [...].

c) Además, la petición no está motivada y, finalmente, se trata de una persona extranjera, aun con domicilio en España, lo que, facilitar lo que pide, podría afectar a bienes jurídicos protegidos por la ley, tales como la seguridad del Estado.

Mediante escrito registrado el 11 de abril de 0004, la solicitante interpuso una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en aplicación del artículo 24.2 de la LTAIBG en la que pone de manifiesto lo siguiente:

Si bien es cierto que la exportación de la base de datos solicitada requiere probablemente la intervención de alguien con conocimientos informáticos, el resto de los argumentos no parecen ajustarse a la realidad:

a) Tres millones de registros no convierten, por sí mismos, el documento en inmanejable. La viabilidad de gestionar este volumen de información la demuestra el propio buscador y la existencia de otros registros públicos de datos de gran volumen. A modo de ejemplo, enlace la información sobre tráfico que el portal de datos del Ayuntamiento de Madrid actualiza con una periodicidad de unos cinco minutos y concentra en un histórico de archivos desde 2013 donde cada mes puede superar los 10 millones de registros, en total, más de 1.000 millones de registros que, pese a su volumen, son manejables.

b) El citado «esfuerzo muy considerable en tiempo, recursos humanos y materiales» sería innegable si los datos no estuvieran ya estructurados para ser utilizados por el buscador que se enlaza en la solicitud. La mera existencia de este sistema demuestra que la dirección tiene que tener acceso a los datos que alimentan dicha aplicación. Esa información, en el formato en que se encuentre y sin mediar relaboración, es la que estoy solicitando.

c) Si el volumen de la información solicitada excediera la capacidad de los soportes que estén al alcance de la Dirección General de Transporte Terrestre, no sería problema cargar con el coste del dispositivo de almacenamiento que corresponda [...].

d) En su resolución, la Dirección General de Transporte Terrestre presume conocer la motivación de mi solicitud de información. Por un lado, en la petición no se especificaba motivación alguna, dado que la propia Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno recoge que «solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información». Por otro, si el problema detectado por esta entidad fuese el hecho de que la solicitud no está motivada, el mismo texto establece que «la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud».

Además, la información que se pide sí permitiría analizar la distribución y alcance de un servicio público que el propio ministerio competente en materia de transportes describe como «clave para garantizar una movilidad sostenible de todos los grupos de población».

Con fecha 17 de abril de 0004, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno trasladó la reclamación al Ministerio solicitando la remisión de la copia completa del expediente derivado de la solicitud de acceso a la información y el informe con las alegaciones que considere pertinentes.

SEGUNDO. Con fecha 18 de abril de 0004, la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento de actuaciones previas a comunidad de propietarios R.R.R., mediante el Acuerdo correspondiente como consecuencia de que con fecha 1 de abril de 0004, los propietarios A y B interpusieron reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra comunidad de propietarios del edificio de la calle Cáceres número 806.

Los motivos en que basa la reclamación son los siguientes: reclaman por haber remitido a todos los comuneros un correo electrónico, con motivo de la próxima junta de propietarios, donde se adjunta un listado con los consumos individualizados mes a mes de calefacción, identificados por piso y letra. Junto a la reclamación se aporta copia del listado recibido.

De conformidad con el artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), se dio traslado de dicha reclamación a la parte reclamada, para que procediese a su análisis e informase a esta agencia en el plazo de un mes, de las acciones llevadas a cabo para adecuarse a los requisitos previstos en la normativa de protección de datos. El traslado, que se practicó conforme a las normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, LPAC), fue recogido en fecha 30 de abril de 0004 como consta en el acuse de recibo que obra en el expediente. Con fecha 5 de mayo de 0004 se recibe en la agencia escrito de respuesta indicando entre otras cosas lo siguiente:

[...] en el 2019 y a raíz de la instalación de los repartidores de costes de calefacción, varios propietarios solicitaron, el envío del listado de los consumos, con el objeto de justificar y acreditar la reducción de los costes tras la misma, debido a

las continuas quejas por parte de varios vecinos al respecto. Con dicho listado se justificaba y quedaba acreditado que en la mayoría de las viviendas se pagaba igual o menos que con anterioridad a los repartidores de coste.

Uno de los supuestos que contempla el Reglamento General de Protección de Datos que legitima el tratamiento de datos personales es la satisfacción del interés legítimo aducido por el responsable o un tercero. Creemos que este interés se aplicaría en este supuesto al dar a conocer el ahorro que la instalación de los repartidores de costes ha supuesto para los propietarios.

Con fecha 22 de mayo de 0004 se procedió al archivo de las actuaciones, ya que, de las actuaciones realizadas y de la documentación obrante en el expediente, no se infirió la existencia de una actuación infractora de la parte reclamada en el ámbito competencial de la Agencia de Protección de Datos, por lo que se procedió al archivo de la reclamación. En concreto, se respalda y legitima el envío de listado realizado por la comunidad de propietarios de la calle Cáceres, número 806, debido a la solicitud de varios propietarios, incluida la vicepresidente, por las continuas quejas que había tras la instalación de los repartidores de costes de calefacción. Con dicho listado se justificaba y quedaba acreditado que en la mayoría de las viviendas se pagaba igual o menos que con anterioridad a los repartidores de costes. Hacemos hincapié en que el envío del listado solo tuvo la finalidad de satisfacer el interés legítimo aducido por el responsable.

Con fecha 5 de junio de 0004 la parte reclamante solicitó copia del expediente que le fue remitido el día 6 de junio de 0004 junto con la notificación del archivo de las actuaciones previas.

Con fecha 5 de julio de 0004 la parte reclamante interpuso recurso de reposición en el que alega que se ha producido un error en la calificación jurídica de los hechos denunciados, que ha habido ausencia de actividad investigadora por parte de la Agencia Española de Protección de Datos, que los datos de consumo energético individualizados por cada punto de suministro pueden ser considerados datos de carácter personal en cuanto referidos a una persona identificable, que se ha incumplido la normativa de protección de datos del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD).

Solicita la anulación de la resolución de archivo y que se abra un procedimiento sancionador por presunta infracción administrativa en materia de protección de datos de carácter personal, donde se investiguen los hechos en profundidad, se haga una correcta calificación jurídica de los hechos denunciados, que se declare la ilegalidad de la actuación de la parte reclamada, se sancione al o a los responsables de los hechos y que se prohíba la reiteración del tratamiento denunciado a futuro.

Con fecha 8 de septiembre de 0004 se estimó el recurso de reposición interpuesto por A.A.A. contra la resolución de esta agencia archivando las actuaciones precias y por la que se acordaba el archivo de la reclamación referida a la comunidad de propietarios R.R.R., a fin de que prosiga su tramitación, procediendo dictar el acuerdo de iniciación del oportuno procedimiento sancionador.

La notificación, que se practicó conforme a las normas establecidas en la LPAC, fue recogida en fecha 9 de septiembre de 0004 como consta en el acuse de recibo que obra en el expediente.

Cuestiones planteadas:

A usted, como destinado en la Asesoría Jurídica de la Entidad Pública Empresarial se le solicita informe razonado sobre las siguientes cuestiones:

### **En relación con los hechos descritos en el apartado primero**

Realice un informe fundamentado sobre:

- a) Si es impedimento el tener nacionalidad francesa para ejercer el derecho de información.
- b) Dentro del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, requisitos para que la información sea calificada como pública, quién es el órgano competente para resolver y si debe estimarse o no la solicitud de doña Adelaida respecto a la información solicitada al ministerio competente en materia de transporte, y razones, en su caso, para ello.

### **En relación con los hechos descritos en el apartado segundo**

- 1 a) ¿Cabe, en general, recurso de reposición contra lo resuelto por la Agencia de Protección de Datos?
  - b) ¿Cuál es el órgano competente, en concreto, para resolver este procedimiento?
  - c) Indique cuál será la normativa aplicable para resolverlo.
  - d) ¿Cabía recurso de reposición cuando se decidió acordar el archivo de las actuaciones ya que, de las actuaciones realizadas y de la documentación obrante en el expediente, no se infirió la existencia de una actuación infractora de la parte reclamada en el ámbito competencial de la Agencia de Protección de Datos?
2. ¿Estamos en presencia de datos personales, realmente, en el presente caso?
3. ¿En qué condición la comunidad de propietarios realiza la recogida, registro, organización y conservación de los datos para el fin previsto?
4. ¿Constituyó una violación de la seguridad de los datos personales la remisión a los comuneros, mediante correo electrónico de la información, con carácter previo, a la junta de propietarios en la que figura el consumo mes a mes de calefacción?

ción individualizado, mediante el indicador planta/puerta, de todos y cada uno de los vecinos?

5. En su caso, ¿cuál sería la presunta infracción cometida, plazo de prescripción de la misma y qué sanción, en su opinión, sería la correcta, habida cuenta de las circunstancias?
6. Si se confirmase la sanción, ¿qué medida, aparte de la sanción, habría de adoptarse y qué consecuencias se ocasionarían de no adoptarse?
7. Si la resolución es favorable a los dos propietarios que efectuaron la reclamación a la Agencia de Protección de Datos, ¿a qué tendrían estos derechos?
8. Redacte, de forma completa, el contenido de la resolución de incoación del procedimiento sancionador, tras la resolución estimatoria del recurso de reposición interpuesto, que debe adoptar, en el presente caso, por parte del órgano competente, a la vista de las circunstancias constatadas teniendo en cuenta que, en caso de apreciarse infracción administrativa, la multa propuesta sería de 600 euros.

## Solución

En relación con los hechos descritos en el apartado primero

Realice un informe fundamentado sobre:

- a) Si es impedimento el tener nacionalidad francesa para ejercer el derecho de información.

Toda persona puede ejercer el derecho de acceso a la información pública. Este derecho garantiza la posibilidad de llevar a cabo consultas sobre datos e información pública. Utilizar los canales apropiados facilita la tramitación de su solicitud y disminuye los plazos de respuesta.

En este sentido, el artículo 12 de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, dispone: «Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución española, desarrollados por esta ley». Con carácter previo al ejercicio del derecho de acceso, se podrá consultar en el Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado la información contenida en el mismo.

Desde su fundación en octubre de 2006, la Coalición Pro-Acceso trabaja en la promoción y protección del derecho de acceso a la información en España, así como en la adopción de una ley que facilite el pleno reconocimiento y ejercicio de este derecho, cumpliendo con los estándares europeos e internacionales. Algunas de las demandas de la Coalición Pro-

Acceso se materializaron en diciembre de 2014, con la entrada en vigor de la LTAIBG), que señala que: «1. El derecho a la información es un derecho de todos. 2. El derecho se aplica a todas las entidades públicas, a todos los poderes del Estado y a todas aquellas entidades privadas que realicen funciones públicas».

En 2009 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo emitió dos fallos que confirman que hay un derecho de acceso a la información que está en manos de entidades públicas amparado por el artículo 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

La exposición de motivos de la Ley 19/2013, de 9 diciembre, establece que el derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas, solamente se verá limitado en aquellos casos en que sea necesario por la propia naturaleza de la información o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos, y, en fin, que, en todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad.

A tal efecto, ha señalado

[...] La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información.

Solo son aceptables las limitaciones que resulten justificadas y proporcionadas, así lo dispone el artículo 14.2 de la Ley 19/2013 «[...] 2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso». Por tanto, la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración y solo resulta posible cuando concorra uno de los supuestos legalmente establecido, que aparezca debidamente acreditado por quien lo invoca y resulte proporcionado y limitado por su objeto y finalidad (STS 1547/2017, de 16 de octubre de 2017 (rec. 75/2017) y STS 344/2020, de 10 de marzo de 2020 (rec. 8193/2018; Normacef NCJ064723).

Y como afirma la STS 748/2020, de 11 de junio de 2020 (rec. 577/2019) «la aplicación de los límites al acceso a la información requiere su justificación expresa y detallada que permita controlar la veracidad y proporcionalidad de la restricción establecido».

Por tanto, en principio, no se ajusta la denegación de la Administración a derecho restringiendo este por razón de la nacionalidad y sin estar implicado en ninguno de los límites que marca la Ley 19/2013, en su artículo 18, ni en otras leyes como, por ejemplo, la Ley de secretos oficiales.

b) Dentro del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, requisitos para que la información sea calificada como pública, quién es el órgano competente para resolver, y si debe estimarse o no la solicitud de doña Adelaida respecto a la información solicitada al ministerio competente en materia de transporte y razones para ello.

### **A. Órgano competente**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.2 c) de la LTAIBG y en el artículo 8 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el presidente o presidenta de esta autoridad administrativa independiente es competente para resolver las reclamaciones que, en aplicación del artículo 24 de la LTAIBG, se presenten frente a las resoluciones expresas o presuntas recaídas en materia de acceso a la información.

### **B. Requisitos para que la información sea pública**

La LTAIBG reconoce en su artículo 12 el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendiendo por tal, según dispone en el artículo 13,

los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

De este modo, la LTAIBG delimita el ámbito material del derecho a partir de un concepto amplio de información, que abarca tanto documentos como contenidos específicos y se extiende a todo tipo de «formato o soporte».

Al mismo tiempo, acota su alcance, exigiendo la concurrencia de dos requisitos que determinan la naturaleza «pública» de las informaciones: (a) que se encuentren «en poder» de alguno de los sujetos obligados, y (b) que hayan sido elaboradas u obtenidas «en el ejercicio de sus funciones».

Cuando se dan estos presupuestos, el órgano competente debe conceder el acceso a la información solicitada, salvo que justifique de manera clara y suficiente la concurrencia de una causa de inadmisión o la aplicación de un límite legal.

### C. Estimación o desestimación de la solicitud. Argumentos para la estimación

La presente reclamación trae causa de una solicitud, formulada en los términos que figuran en los antecedentes, en la que se pide el acceso a la base de datos de información sobre líneas regulares de viajeros por carretera en formato reutilizable. El ministerio requerido resuelve denegar el acceso a la información por la concurrencia de las causas de inadmisión de las letras c) y e) del artículo 18.1 de la LTAIBG, por requerir una labor previa de reelaboración y por tratarse de una solicitud abusiva con respecto a la finalidad de la ley, respectivamente.

La resolución de esta reclamación debe partir de la premisa de que la información cuyo acceso se solicita está disponible a través de la página web ministerial, aunque sea de forma individualizada (utilizando el motor de búsqueda). Así, a través de la aplicación a la que se refiere la reclamante se puede realizar una búsqueda de las rutas para ir de una población de origen a otra de destino, ofreciéndose información de las paradas del recorrido, del precio, de las horas de salida y llegada a las paradas, así como del tiempo del trayecto. También se ofrece información de los datos de las empresas de transportes regulares y de las estaciones de autobuses. Por tanto, de lo anterior se desprende con claridad que se trata de información pública, circunscribiéndose la cuestión a determinar si, con independencia de la consulta individualizada que ya se puede realizar a través de la aplicación, el derecho de acceso a la información ampara la obtención de una copia de la base de datos que nutre al aplicativo, en un formato reutilizable y, por tanto, susceptible de explotación.

Son argumentos para la estimación:

l) Desde la perspectiva apuntada, alega el ministerio, en primer lugar, que concurre la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1 c) de la LTAIBG en la medida en que proporcionar el acceso solicitado, atendiendo al volumen de datos que conforman la base de datos (más de tres millones de registros), implica una tarea previa de reelaboración que requeriría, además, de un esfuerzo muy considerable en tiempo, recursos humanos y materiales (por parte, especialmente, de los servicios informáticos del ministerio) que afectaría al normal funcionamiento de la Dirección General de Transportes Terrestres. La verificación de la aplicabilidad del artículo 18.1 c) de la LTAIBG, la inadmisión debe partir de la premisa de la interpretación estricta, cuando no restrictiva, de las causas de inadmisión y de los límites previstos en la ley, dada la formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información —por todas, STS de 16 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3530)—.

En particular, por lo que concierne a lo que deba entenderse por reelaboración, el Tribunal Supremo ha señalado que

[...] el suministro de información pública, a quien ha ejercitado su derecho al acceso, puede comprender una cierta reelaboración, teniendo en cuenta los documentos o los datos existentes en el órgano administrativo. Ahora bien, este tipo de reelaboración básica o general, como es natural, no siempre integra, en cualquier caso, la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1 c) de la Ley 19/2013. La acción pre-

via de reelaboración, por tanto, en la medida en que a su concurrencia se anuda una severa consecuencia como es la inadmisión a trámite de la correspondiente solicitud, precisa que tales datos y documentos tengan un carácter complejo, que puede deberse a varias causas [...] —STS de 3 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:810)—.

El carácter complejo aludido puede venir determinado por la necesidad de realizar el tratamiento a partir de «una información pública dispersa y diseminada», que requiera de una «labor consistente en recabar, primero; ordenar y separar, después, lo que es [en el caso enjuiciado en la sentencia] clasificada o no; sistematizar, y luego, en fin, divulgar tal información», o que la misma se encuentre en soportes (físicos e informáticos) diversos.

Se incluye, también, en el concepto de reelaboración aquella información que, al no encontrarse en su totalidad en el órgano al que se dirige la solicitud, ha de ser recabada de otros órganos —STS de 25 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1256).

En la misma línea, el Consejo ha señalado que el tratamiento de información voluminosa o la anonimización que resulte necesaria, no integra la noción de reelaboración que justifica la aplicación de lo previsto en el artículo 18.1 c) de la LTAIBG.

La aplicación de la jurisprudencia y la doctrina que se acaban de reseñar conduce necesariamente a declarar inaplicable la causa de inadmisión del artículo 18.1 c) de la LTAIBG, estimándose la reclamación en este punto. En efecto, resulta evidente que no se trata de una información dispersa, diseminada o que no se encuentre en su totalidad en el órgano ante el que se ha formulado la petición. Por el contrario, se trata de un conjunto de datos que ya se encuentra sistematizado en una base de datos, siendo el único argumento utilizado para fundamentar la inadmisión por reelaboración de la información el volumen de tales datos y el trabajo que supondría a los servicios técnicos de la unidad poner a disposición del reclamante la información pretendida. Sin embargo, como se acaba de apuntar, el Consejo ya ha subrayado que el carácter voluminoso de la información no comporta necesariamente que su acceso implique una tarea previa de reelaboración (como tampoco el proceso de anonimización se acaba de aclarar por parte del ministerio cuáles son los datos de carácter personal que figuran en la base de datos y a cuya presencia alude de forma genérica en las alegaciones en este procedimiento), a lo que se une que, en este caso, no se ha explicado en qué consiste la dificultad para manejar tales datos por parte de los servicios informáticos, en la medida en que se trata de un conjunto de datos que ya ha sido organizado, precisamente, para conformar esa base de datos. A todo ello se añade que, en su caso, la Administración podrá aplicar lo previsto en el artículo 22.4 de la LTAIBG, máxime cuando la solicitante ha manifestado su disposición a «cargar con el coste del dispositivo de almacenamiento que corresponda».

Por otra parte, no puede desconocerse la vigencia del principio general de que los datos públicos deben ser reutilizables (para fines comerciales o no comerciales) con arreglo a la Directiva (UE) 2019/1024 relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público; principio que también se proyecta sobre los llamados datos dinámicos (definidos como aquellos documentos en formato digital, sujetos a actualizaciones frecuentes

o en tiempo real, debido, en particular, a su volatilidad o rápida obsolescencia, según la definición del artículo 2.8 de la mencionada directiva) como puedan ser los ahora pretendidos.

En este sentido, el artículo 3 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público (modificado por el Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre, que transpone la citada directiva) define como reutilización el uso por personas físicas o jurídicas de documentos elaborados o custodiados por los sujetos definidos en la forma, con fines comerciales o no comerciales distintos del propósito inicial que tenían esos documentos en la actividad de servicio público para la que se produjeron —por lo que, desde esta perspectiva, resulta irrelevante que la finalidad de la publicación de esos datos por la Dirección General sea la de que el ciudadano pueda conocer las oportunidades de viaje que ofrecen estos servicios públicos—, entendiéndose como documento, en la línea de la directiva,

[t]oda información o parte de ella, cualquiera que sea su soporte o forma de expresión, sea esta textual, gráfica, sonora visual o audiovisual, incluyendo los metadatos asociados y los datos contenidos con los niveles más elevados de precisión y desagregación.

Además, en cualquier caso, según dispone el artículo 4.7 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre,

la utilización de los conjuntos de datos se realizará por parte de los usuarios o agentes de la reutilización bajo su responsabilidad y riesgo, correspondiéndoles en exclusiva a ellos responder frente a terceros por daños que pudieran derivarse de ella.

II) En segundo lugar, y por lo que concierne a la pretendida concurrencia de la causa de inadmisión del artículo 18.1 e) de la LTAIBG por tratarse de una solicitud abusiva no justificada con la finalidad de la ley, la reclamación también debe ser estimada. En efecto, en este caso se justifica el pretendido carácter abusivo de la solicitud en el hecho de que, a juicio del ministerio, el acceso a la información «persigue otros intereses, de carácter privado o profesional, que no encajan en la finalidad perseguida por la LTAIBG». Esta conclusión, sin embargo, no tiene en cuenta que el Tribunal Supremo, en su STS de 12 de noviembre de 2020 ha señalado que, para constatar la ausencia de justificación con la finalidad de la ley, no resulta suficiente la apreciación de la persecución de un interés meramente privado por parte del solicitante pues «en la delimitación subjetiva establecida por el artículo 12 de la LTAIBG examinado, no se hace mención alguna sobre la exclusión de solicitudes de acceso por razón del interés privado que las motiven», añadiendo a continuación que «el concepto de información pública definido por el artículo 13 de la LTAIBG, [...] no hace ninguna distinción por razón del interés público o privado que presente la solicitud»; y remarcando, finalmente, que el interés meramente privado no puede reconducirse en todo caso a la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1 e) de la LTAIBG. En cualquier caso, resulta evidente que, en este caso, tampoco se ha justificado que el ejercicio del derecho de acceso tenga un carácter abusivo por constituir una extralimitación derivada de una ausencia de finalidad

seria y legítima y de una voluntad de perjudicar —debiéndose recordar, en este punto, que el órgano requerido se ha limitado a afirmar que proporcionar la información supondría un gran esfuerzo que perjudicaría el desarrollo de su actividad ordinaria, sin cuantificar ni acreditar en este procedimiento cuál es el impacto real que la atención de la solicitud de información tendría en el funcionamiento de la Dirección General de los Transportes Terrestres, por lo que no se dispone de elementos objetivos y verificables para valora ese impacto—.

En conclusión, con arreglo a lo expuesto, procede la estimación de la reclamación al no apreciarse la concurrencia de las causas de inadmisión invocadas por la Administración y se debe instar al ministerio a que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, remita a la reclamante la siguiente información: «[...] la base de datos de información sobre líneas regulares de transporte de viajeros por carretera, que actualmente se puede consultar de forma individualizada en el siguiente enlace: XXXXXXXXXXXX».

#### **D) Recurso pertinente**

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la reclamación prevista en el artículo 24 de la misma tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas. Contra la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso administrativo, en el plazo de dos meses, directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de conformidad con lo previsto en el apartado quinto de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En relación con los hechos descritos en el apartado segundo

1. a) ¿Cuál es el órgano competente, en concreto, para resolver este procedimiento? b) Indique cuál es la normativa aplicable para resolverlo. c) ¿Cabía recurso de reposición cuando se decidió acordar el archivo de las actuaciones ya que, de las actuaciones realizadas y de la documentación obrante en el expediente, no se infirió la existencia de una actuación infractora de la parte reclamada en el ámbito competencial de la Agencia Española de Protección de Datos?

a) Órgano competente para resolver la reclamación?

En cuanto al órgano competente, de acuerdo con los poderes que el artículo 58.2 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, otorga a cada autoridad de control y según lo establecido en los artículos 47, 48.1, 64.2 y 68.1 de la LOPDGD, es competente para iniciar y resolver este procedimiento el director o directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

b) Indique cuál es la normativa aplicable para resolverlo

En relación con la normativa aplicable, el artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que:

Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo –sobre todo el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal– y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos.

También, resulta de aplicación la Constitución española.

c) ¿Cabía recurso de reposición cuando se decidió acordar el archivo de las actuaciones ya que, de las actuaciones realizadas y de la documentación obrante en el expediente, no se infirió la existencia de una actuación infractora de la parte reclamada en el ámbito competencial de la Agencia Española de Protección de Datos?

Respecto al recurso de reposición interpuesto, según el artículo 44.1 de la Ley 3/2018,

La Agencia Española de Protección de Datos es una autoridad administrativa independiente de ámbito estatal, de las previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones.

Su denominación oficial, de conformidad con lo establecido en el artículo 109.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, será «Agencia Española de Protección de Datos, Autoridad Administrativa Independiente».

El artículo 109.1 de la Ley 40/2015 señala:

1. Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de ley.

2. Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial.

Forman parte del sector público institucional, según el artículo 84.1 b).

El artículo 114.2 d) de la LRJPAC señala que ponen fin a la vía administrativa

En los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa.

Las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos tienen la característica de poner fin a la vía administrativa, es decir, si una persona o entidad no está conforme con una resolución dictada en su contra por la Agencia Española de Protección de Datos y quiere recurrirla, únicamente tiene dos vías:

- Recurso de Reposición ante el director de la Agencia Española de Protección de Datos.
- Recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

Estos dos recursos no son excluyentes entre ellos. Se puede interponer recurso de reposición y, si no se nos da la razón, podemos interponer recurso contencioso-administrativo o interponer directamente recurso contencioso-administrativo.

Por tanto, cabía recurso de reposición contra la decisión primera de su presidente ordenando el archivo al no observar presunta infracción de la Ley 3/2018, LPDGDD y, como se trata de un recurso ordinario, no exige motivo o razón concreta para su interposición, sino que puede basarse bien en motivos de nulidad del artículo 47 de la Ley 39/2015, LPAC o bien, en motivo de anulabilidad del artículo 48; es decir, cualquier infracción del ordenamiento jurídico. Por tanto, la afirmación de la pregunta sobre si cabe este recurso, habida cuenta de que, «de las actuaciones realizadas y de la documentación obrante en el expediente, no se infirió la existencia de una actuación infractora de la parte reclamada en el ámbito competencial de la AEPD», no tiene incidencia alguna para poder interponer tal recurso basado en el motivo que estime pertinente el recurrente porque la realidad es que se ha desestimado o no admitido la solicitud.

## 2. ¿Estamos en presencia de datos personales, realmente, en el presente caso?

La STS 2484/2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (SAN 1711/2018) establece en su fundamento de derecho tercero *in fine* que:

[...] estimamos que las mediciones referidas al consumo individual de energía eléctrica asociadas a cada punto de suministro y su código, que las empresas distribui-

doras están obligadas a remitir al operador del sistema, en cuanto contienen una información concerniente a los hábitos de conducta de una persona física identificable, son datos personales —art. 2 a) de la Directiva 95/46/CE y el art. 3 a) de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999, de 13 de diciembre—, y, como tales, se encuentran protegidos por las garantías establecidas por la normativa de protección de datos.

Señala el artículo 4.1 y 2 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos):

1. Datos personales: Toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado») se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

2. Tratamiento: Cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción [...].

Por tanto, extrapolando al consumo energético de cada residente, cabe apreciar que estos datos se encuentran protegidos por la normativa de protección de datos. En el presente caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.1 y 4.2 antes citados del RGPD, consta la realización de un tratamiento de datos personales, toda vez que la parte reclamada realiza la recogida, registro, organización y conservación de, entre otros, los siguientes datos personales de personas físicas: nombre, número de identificación y datos de localización, entre otros tratamientos.

3. ¿En qué condición la comunidad de propietarios, en concreto, la junta directiva, realiza la recogida, registro, organización y conservación de los datos para el fin previsto?

La parte reclamada realiza esta actividad en su condición de responsable del tratamiento, dado que es quien determina los fines y medios de tal actividad, en virtud del artículo 4.7 del RGPD que señala como «responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros,

determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

4. ¿Constituyó una violación de la seguridad de los datos personales la remisión, mediante correo electrónico, a los comuneros de la información, con carácter previo, a la junta de propietarios en la que figura el consumo mes a mes de calefacción individualizado, mediante el indicador planta/puerta, de todos y cada uno de los vecinos?

El artículo 4, apartado 12, del RGPD define, de un modo amplio, las violaciones de seguridad de los datos personales como «todas aquellas violaciones de la seguridad que ocasionen la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos».

Rige el principio de integridad y confidencialidad; así en el artículo 5.1 f) «Principios relativos al tratamiento» del RGPD establece:

1. Los datos personales serán: [...] f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

En el presente caso, consta que los datos personales de la parte reclamante, considerando los consumos de gas como datos personales (como ha quedado argumentado en el fundamento anterior), han sido indebidamente expuestos a todos los comuneros, pues se han enviado por correo electrónico como informe, previamente a la celebración de la junta, en el que figura el consumo mes a mes de calefacción individualizado, mediante el indicador planta/puerta, de todos y cada uno de los vecinos produciéndose una pérdida de confidencialidad.

5. En su caso, ¿cuál sería la presunta infracción cometida, plazo de prescripción y sanción prevista, en su opinión, sería la correcta, habida cuenta de las circunstancias?

Señala el artículo 6.1 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales que,

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre,

específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.

Y el artículo 8,

1. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 c) del Reglamento (UE) 2016/679 —supuestos de tratamiento lícito de datos—, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento 2016/679.

2. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley).

De conformidad con las evidencias de las que se dispone en este acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, se considera que los hechos conocidos podrían ser constitutivos de una infracción, imputable a la parte reclamada, por vulneración del artículo 5.1 f) del RGPD.

Parece que se ha vulnerado el principio contenido en el artículo 5.1 f) del RGPD,

tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

Ello, podría suponer la comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 83.5 del RGPD que bajo la rúbrica «Condiciones generales para la imposición de multas administrativas» dispone:

Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado, con multas administrativas de 20.000.000 de euros como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose

por la de mayor cuantía: a) los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9 [...].

A efectos del plazo de prescripción, el artículo 72 «Infracciones consideradas muy graves» de la LOPDGDD indica:

1. En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (UE) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquel y, en particular, las siguientes: a) El tratamiento de datos personales vulnerando los principios y garantías establecidos en el artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/679 [...].

Propuesta de sanción por la infracción del artículo 5.1 f) del RGPD. A efectos de decidir sobre la imposición de una multa administrativa y su cuantía, de conformidad con las evidencias de que se dispone en el presente caso en el sentido de que la actuación de la encargada del tratamiento ha sido en la creencia de la licitud de lo que hizo y su conexión con unas facultades que la ley le otorga como junta de propietarios al estar relacionado con un suministro necesario para la comunidad, de acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, se considera que el balance de las circunstancias contempladas en el artículo 83.2 del RGPD y 76.2 de la LOPDGDD, con respecto a la infracción cometida al vulnerar lo establecido en el artículo 5.1 f) del RGPD, permite fijar inicialmente una sanción de 600 euros.

6. Si se confirmase la sanción, ¿qué medida, aparte de la sanción, habría de adoptarse y qué consecuencias se ocasionarían de no adoptarse?

La adopción de medidas si se confirmase la infracción, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 58.2 d) del RGPD, según el cual cada autoridad de control podrá «ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado...», en la resolución que se adopte, se podrá requerir a la parte reclamada para que en el plazo de un mes se acredite ante esta agencia la adopción de las medidas necesarias para evitar que se difundan los datos personales relativos a los consumos de gas, sin perjuicio de otras que pudieran derivarse de la instrucción del procedimiento.

Se advierte que no atender la posible orden de adopción de medidas impuestas por este organismo en la resolución sancionadora podrá ser considerado como una infracción administrativa conforme a lo dispuesto en el RGPD, tipificada como infracción en su artículo 83.5 y 83.6, pudiendo motivar tal conducta la apertura de un ulterior procedimiento administrativo sancionador.

7. Si la resolución es favorable a los dos propietarios que efectuaron la reclamación a la Agencia de Protección de Datos, ¿a qué tendrían estos derecho?

Los artículos 78 a 82 del RGPD Se refieren a esta cuestión.

En primer lugar, el artículo 78, relativo al derecho a la tutela judicial efectiva contra una autoridad de control, señala que:

1. Sin perjuicio de cualquier otro recurso administrativo o extrajudicial, toda persona física o jurídica tendrá derecho a la tutela judicial efectiva contra una decisión jurídicamente vinculante de una autoridad de control que le concierna.
2. Sin perjuicio de cualquier otro recurso administrativo o extrajudicial, todo interesado tendrá derecho a la tutela judicial efectiva en caso de que la autoridad de control que sea competente en virtud de los artículos 55 y 56 no dé curso a una reclamación o no informe al interesado en el plazo de tres meses sobre el curso o el resultado de la reclamación presentada en virtud del artículo 77.
3. Las acciones contra una autoridad de control deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que esté establecida la autoridad de control.
4. Cuando se ejerciten acciones contra una decisión de una autoridad de control que haya sido precedida de un dictamen o una decisión del Comité en el marco del mecanismo de coherencia, la autoridad de control remitirá al tribunal dicho dictamen o decisión.

Por su parte, el artículo 79, relativo al derecho a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento, establece que:

1. Sin perjuicio de los recursos administrativos o extrajudiciales disponibles, incluido el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control en virtud del artículo 77, todo interesado tendrá derecho a la tutela judicial efectiva cuando considere que sus derechos en virtud del presente reglamento han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales.
2. Las acciones contra un responsable o encargado del tratamiento deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento. Alternativamente, tales acciones podrán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual, a menos que el responsable o el encargado sea una autoridad pública de un Estado miembro que actúe en ejercicio de sus poderes públicos.

Y, finalmente, el artículo 82 relativo al derecho a indemnización y responsabilidad, señala:

1. Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente reglamento tendrá derecho a

recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

2. Cualquier responsable que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente reglamento. Un encargado únicamente responderá de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del presente reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable.

3. El responsable o encargado del tratamiento estará exento de responsabilidad en virtud del apartado 2 si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios.

4. Cuando más de un responsable o encargado del tratamiento, o un responsable y un encargado hayan participado en la misma operación de tratamiento y sean, con arreglo a los apartados 2 y 3, responsables de cualquier daño o perjuicio causado por dicho tratamiento, cada responsable o encargado será considerado responsable de todos los daños y perjuicios, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado.

5. Cuando, de conformidad con el apartado 4, un responsable o encargado del tratamiento haya pagado una indemnización total por el perjuicio ocasionado, dicho responsable o encargado tendrá derecho a reclamar a los demás responsables o encargados que hayan participado en esa misma operación de tratamiento la parte de la indemnización correspondiente a su parte de responsabilidad por los daños y perjuicios causados, de conformidad con las condiciones fijadas en el apartado 2.

6. Las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes con arreglo al Derecho del Estado miembro que se indica en el artículo 79, apartado 2.

8. Redacte, de forma completa, el contenido de la resolución de incoación del procedimiento sancionador, tras la resolución estimatoria del recurso de reposición interpuesto, que debe adoptar, en el presente caso, por parte del órgano competente, a la vista de las circunstancias constatadas teniendo en cuenta que, en caso de apreciarse infracción administrativa, la multa propuesta sería de 600 euros.

Por lo tanto, a tenor de lo anteriormente expuesto, por la directora de la Agencia Española de Protección de Datos, SE ACUERDA:

**PRIMERO:** Iniciar procedimiento sancionador a Comunidad de propietarios R.R.R., con NIF \*\*\*, por la presunta infracción del artículo 5.1 f) del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.

SEGUNDO: Nombrar como instructora a B.B.B. y, como secretaria, a C.C.C., indicando que podrán ser recusadas, en su caso, conforme a lo establecido en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

TERCERO: Incorporar al expediente sancionador, a efectos probatorios, la reclamación interpuesta por la parte reclamante y su documentación, así como los documentos obtenidos y generados por la Subdirección General de Inspección de Datos en las actuaciones previas al inicio del presente procedimiento sancionador.

CUARTO: QUE a los efectos previstos en el art. 64.2 b) de la LPAC, la sanción que pudiera corresponder sería de 600 euros, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

QUINTO: Notificar el presente acuerdo a Comunidad de Propietarios R.R.R., con NIF XXXX, otorgándole un plazo de audiencia de diez días hábiles para que formule las alegaciones y presente las pruebas que considere convenientes. En su escrito de alegaciones deberá facilitar su NIF y el número de expediente que figura en el encabezamiento de este documento. Si en el plazo estipulado no efectuara alegaciones a este acuerdo de inicio, el mismo podrá ser considerado propuesta de resolución, según lo establecido en el artículo 64.2 f) de la LPAC.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la LPAC, podrá reconocer su responsabilidad dentro del plazo otorgado para la formulación de alegaciones al presente acuerdo de inicio; lo que llevará aparejada una reducción de un 20 % de la sanción que proceda imponer en el presente procedimiento. Con la aplicación de esta reducción, la sanción quedaría establecida en 480 euros, resolviéndose el procedimiento con la imposición de esta sanción. Del mismo modo podrá, en cualquier momento anterior a la resolución del presente procedimiento, llevar a cabo el pago voluntario de la sanción propuesta, lo que supondrá la reducción de un 20% de su importe. Con la aplicación de esta reducción, la sanción quedaría establecida en 480 euros y su pago implicará la terminación del procedimiento, sin perjuicio de la imposición de las medidas correspondientes. La reducción por el pago voluntario de la sanción es acumulable a la que corresponde aplicar por el reconocimiento de la responsabilidad, siempre que este reconocimiento de la responsabilidad se ponga de manifiesto dentro del plazo concedido para formular alegaciones a la apertura del procedimiento. El pago voluntario de la cantidad referida en el párrafo anterior podrá hacerse en cualquier momento anterior a la resolución.

En este caso, si procediera aplicar ambas reducciones, el importe de la sanción quedaría establecido en 360 euros. En todo caso, la efectividad de cualquiera de las dos reducciones mencionadas estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción. En caso de que optara por proceder al pago voluntario de cualquiera de las cantidades señaladas anteriormente 480 euros o 360 euros, deberá hacerlo efectivo mediante su ingreso en la cuenta n.º IBAN: ES00 XXX, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos, en la entidad bancaria MMMM, indicando en el concepto el número de referencia del procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento y la causa de reducción del importe a la que se acoge. Asimismo, debe-

rá enviar el justificante del ingreso a la Subdirección General de Inspección para continuar con el procedimiento en concordancia con la cantidad ingresada.

El procedimiento tendrá una duración máxima de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de inicio. Transcurrido ese plazo sin que se haya dictado y notificado resolución se producirá su caducidad y, en consecuencia, el archivo de actuaciones; de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la LOPDGDD.

En cumplimiento de los artículos 14, 41 y 43 de la LPAC, se advierte de que, en lo sucesivo, las notificaciones que se le remitan se realizarán exclusivamente de forma electrónica, a través de la Dirección Electrónica Habilitada Única (XXXXXX), y que, de no acceder a ellas, se hará constar su rechazo en el expediente, dando por efectuado el trámite y siguiéndose el procedimiento.

Se le informa que puede identificar ante esta Agencia una dirección de correo electrónico para recibir el aviso de puesta a disposición de las notificaciones y que la falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida.

Por último, se señala que conforme a lo establecido en el artículo 112.1 de la LPAC, contra el presente acto no cabe recurso administrativo alguno.

SEGUNDO: En fecha 27 de abril de 2024, la parte reclamada ha procedido al pago de la sanción en la cuantía de 480 euros haciendo uso de una de las dos reducciones previstas en el acuerdo de inicio transcrito anteriormente. Por tanto, no ha quedado acreditado el reconocimiento de responsabilidad.

TERCERO: El pago realizado conlleva la renuncia a cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción, en relación con los hechos a los que se refiere el acuerdo de inicio.

CUARTO: En el acuerdo de inicio transcrito anteriormente se señalaba que podría acordarse imponer al responsable la adopción de medidas adecuadas para ajustar su actuación a la normativa mencionada en este acto, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 58.2 d) del RGPD, según el cual cada autoridad de control podrá «ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente Reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado...».

Fundamentos de derecho

### **I. Competencia.**

De acuerdo con los poderes que el artículo 58.2 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), otorga a cada autoridad

de control y según lo establecido en los artículos 47, 48.1, 64.2 y 68.1 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), es competente para iniciar y resolver este procedimiento la directora de la Agencia Española de Protección de Datos. Asimismo, el artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que:

Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos.

## II. Terminación del procedimiento.

El artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPAC), bajo la rúbrica «Terminación en los procedimientos sancionadores» dispone lo siguiente:

1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.
2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.
3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estos acumulables entre sí. Las citadas reducciones deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción. El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente. Habiéndose procedido al pago de la sanción de carácter pecuniario, de conformidad con el apartado 2 de este artículo, el pago voluntario implica la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada.

Por tanto, procede la imposición de las medidas necesarias para que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción.

De acuerdo con lo señalado, la directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Resuelve:

**PRIMERO:** Declarar la terminación del procedimiento EXP0000, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la LPAC.

**SEGUNDO:** Ordenar a Comunidad de propietarios R.R.R. para que en el plazo de un mes desde que la presente resolución sea firme y ejecutiva, notifique a la Agencia la adopción de las medidas que se describen en los fundamentos de derecho del acuerdo de inicio transcrito en la presente resolución.

**TERCERO:** Notificar la presente resolución a Comunidad de propietarios R.R.R.. De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa según lo preceptuado por el artículo 114.1 c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer recurso potestativo de reposición en el plazo de un mes ante este mismo órgano o bien, recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida ley.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 105.
- Ley Orgánica 3/2018 (protección de datos personales y garantía de los derechos digitales), arts. 6.1, 8, 18.4, 44.1, 47, 48.1, 50, 63.2, 64.2, 65.4, 68.1, 72 y 76.
- Ley 29/1998 (LJCA), disp. adic. cuarta.
- Ley 37/2007 (reutilización de la información del sector público), arts. 3 y 4.7.
- Ley 19/2013 (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 12, 13, 14, 18.1, 19, 22.4, 23, 24.2 y 38.2.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 47, 48, 85, 112.2 y 114.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 23, 24, 84.1 y 109.
- Real Decreto 919/2014 (Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno), art. 8.
- Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos), arts. 4, 5, 58.2, 78, 79, 82 y 83.

- SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de julio de 2002; 27 de octubre de 2009; 28 de octubre de 2015; 20 de julio de 2016; 1547/2017, de 16 de octubre (rec. núm. 75/2017); 2484/2019; 3 de marzo de 2020; 344/2020, de 10 de marzo (rec. núm. 8193/2018).
- Resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno 0014/2024, S/REF: 001.- Expediente 2023/04214 de la Agencia Española de Protección de Datos.
- Informe 45/23 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado.

## NOTA INFORMATIVA

Estimado lector:

Le informamos de que la Editorial del CEF.- ha decidido finalizar la publicación de la revista CEFLegal. Este número, el 287, correspondiente al mes de diciembre de 2024, es el último que se publica. A partir del 1 de enero de 2025, por tanto, la revista concluirá su edición.

Desde el año 2001, CEFLegal ha sido el medio utilizado por el CEF.- para dar cabida a los contenidos más novedosos y prácticos del ámbito jurídico, una de las áreas formativas de la escuela de negocios, ofreciendo siempre artículos de la mayor calidad y casos prácticos y comentarios jurisprudenciales de utilidad para profesionales y estudiosos. Una larga trayectoria que, después de más de dos décadas, finaliza ahora su recorrido.

Queremos agradecer la participación de todos los actores implicados. En primer lugar, a los suscriptores, sin los que nunca hubiera sido posible la propia permanencia de la revista. A los autores, que durante todos estos años han contribuido con sus trabajos a hacer de CEFLegal un medio de prestigio. Y, por supuesto, a los todos los lectores, que siempre son la razón de existir de cualquier publicación.

El equipo editorial del CEF.- espera haber contribuido a la difusión del conocimiento jurídico y manifiesta su satisfacción por haber podido participar en el desarrollo de esta revista, que ahora llega a su término. Gracias por todo.





# MÁSTERES Y CURSOS

Potenciamos el talento  
que **transforma** empresas

## FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

---

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Tributación

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta nuestra oferta formativa completa en [www.cef.es](http://www.cef.es)



# AHORA ES EL MEJOR MOMENTO PARA OPOSITAR

## Administración General

- Administradores Civiles del Estado
- Gestión de la Administración Civil del Estado
- Administrativos de la Administración del Estado

## Administración Local

- Interventores-Tesoreros
- Secretarios (de Entrada)
- Secretarios-Interventores

## Banco de España

- Técnicos (Banco de España)
- Inspectores del Banco de España

## Seguridad Social Empleo

- Inspectores de Trabajo y Seguridad Social
- Interventores y Auditores de la Seguridad Social
- Técnicos de la Seguridad Social
- Gestión de la Seguridad Social
- Gestión de la Seguridad Social (Especialidad Auditoría y Contabilidad)
- Subinspectores Laborales (Escala de Empleo y Seguridad Social)
- Administrativos de la Seguridad Social

Asesoramiento  
personalizado:

91 44 44 920  
[www.cef.es](http://www.cef.es)

## Hacienda / Tribunal Cuentas

- Inspectores de Hacienda del Estado
- Inspectores de Seguros del Estado
- Interventores y Auditores del Estado
- Técnicos de Auditoría y Contabilidad
- Técnicos de Auditoría y Control Externo del Tribunal de Cuentas
- Técnicos de Hacienda
- Agentes de la Hacienda Pública

## Justicia

- Jueces y Fiscales
- Letrados de la Administración de Justicia
- Gestión Procesal y Administrativa
- Tramitación Procesal y Administrativa

## Comunidades Autónomas

- Comunidad Valenciana
- Comunidad de Madrid
- Cataluña

