

Revista de Jurisprudencia es una publicación en formato digital, quincenal, que apuesta por la innovación y evolución tecnológica. Cada número incluye dos Tribunas de actualidad con las firmas más destacadas, un Foro Abierto coordinado por relevantes miembros de la carrera judicial y una Respuesta de los Tribunales, además de Reseñas de Jurisprudencia, de Doctrina Administrativa y Novedades Legislativas. Todo ello con la posibilidad de acceder a los documentos de la base de datos de El Derecho, citados en los textos mencionados.

Sumario

TRIBUNA	2
La responsabilidad civil derivada del uso de inteligencia artificial	2
Criterios jurisprudenciales en el derecho sancionador en materia de prevención de blanqueo de capitales	16
FORO ABIERTO	23
¿Prescribe el derecho a las vacaciones negadas por la empresa?	23
RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES	30
La audiencia al condenado en el trámite de su expulsión del territorio nacional, conforme al art.89 CP	30
RESEÑA DE JURISPRUDENCIA	32
Exclusión del activo de sociedad de gananciales de bienes adquiridos por uno de los cónyuges	32
Absolución de revelación de secretos a policía local que envió por whatsapp un informe	33
Sistema de lista de interinos no limitador de los abusos en los nombramientos temporales	35
Práctica empresarial contraria a Derecho por recabar información sobre antecedentes penales	37
Vulneración del derecho a la libertad personal de una detenida en proceso de "habeas corpus"	39
Avalada por el TJUE la restitución íntegra de lo abonado por cláusulas abusivas	40
NORMATIVA MÁS RELEVANTE DEL PERIODO (27/05/2022 A 10/06/2022)	42
DOCTRINA ADMINISTRATIVA	43
Límites de inembargabilidad de sueldos, salarios o pensiones en el mes coincidente con paga extra	43
Gestión de la bonificación extraordinaria de productos energéticos a efectos del IVA	45
Exención del IRPF de las dietas percibidas por trabajadores desplazados a otro municipio	47
Contenidos vertidos en programas de TV y calificación de los mismos por edades	48

La responsabilidad civil derivada del uso de inteligencia artificial

Por: D. Antonio Aznar Domingo

Doctor en Derecho, PhD City University Los Ángeles (California, USA). Abogado

Por: Dña. María Patrizia Domingues Villarroel

Graduada en Derecho, Universidad de La Laguna (España)

RESUMEN

Con esta investigación se pretende dar a conocer las distintas problemáticas que surgen de la utilización de sistemas dotados con inteligencia artificial, en especial la responsabilidad civil derivada de un daño ocasionado principalmente por máquinas o artefactos dotados con inteligencia y que pueden ser considerados como "autónomos". Se analizará atendiendo a los conceptos básicos la aplicación de IA al mundo jurídico, su relación con el derecho y las características que hacen de esta tecnología tan compleja para su regulación específica o la posibilidad de aplicar la normativa ya conocida. Conoceremos las distintas problemáticas que dieron origen a este debate y las conclusiones que se han ido gestando sobre la responsabilidad de los robots dotados con IA. Por último, estudiaremos la factibilidad de las propuestas más novedosas para solventar la problemática jurídica con respecto a los daños causados por acciones u omisiones de máquinas con IA.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial, robots, responsabilidad civil.

CIVIL LIABILITY ARISING FROM THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

ABSTRACT

The aim of this research is to raise awareness of the various problems arising from the use of artificial intelligence systems, especially civil liability arising from damage caused mainly by machines or artefacts equipped with intelligence and which can be considered as "autonomous". We will analyse the application of AI to the legal world, its relationship with the law and the characteristics that make this technology so complex for its specific regulation or the possibility of applying the already known regulations. We will learn about the different problems that gave rise to this debate and the conclusions that have been drawn about the liability of robots equipped with AI. Finally, we will study the feasibility of the most innovative proposals to solve the legal problems regarding the damages caused by the actions or omissions of AI machines.

KEY WORDS: Artificial intelligence, robots, civil liability.

INTRODUCCIÓN

¿Podemos hacer que una máquina simule conductas humanas como el pensamiento? y si es así, ¿cuál sería su repercusión en la sociedad y el derecho? Estas son algunas de las preguntas que en los últimos años se han planteado los expertos con respecto a nuevas tecnologías cuya principal característica es la capacidad de pensar por sí misma. Pensemos en el Internet, hace tiempo atrás era una herramienta completamente desconocida para muchos, sin embargo, en la actualidad es imprescindible para nuestra sociedad; lo mismo ocurre con los robots y los sistemas de inteligencia artificial que se conciben ahora como una realidad incierta pero que está tomando gran relevancia estos últimos años, como la próxima tecnología transformadora. Por lo que, la inexistencia de una regulación específica para el sector ha generado distintas propuestas de resolución para el actual vacío legal.

Este fenómeno, aunque pensemos que es actual, hace ya tiempo que viene siendo debatido, desde 1956 con el nacimiento del término "INTELIGENCIA ARTIFICIAL" de la mano de **John McCarthy**, hasta la actualidad con accidentes de tráfico causados por vehículos que "nadie conducía" o incluso drones que de forma autónoma atacan personas [1]. La IA está siendo estudiada de manera progresiva tomando relevancia en los últimos tiempos, es por ello por lo que los legisladores internacionales, europeos e incluso de la doctrina española han venido mostrando interés en abordar los problemas jurídicos que la implementación de la robótica avanzada y la Inteligencia Artificial traen consigo.

En estos supuestos, en donde un sistema de conducción autónoma total basada en IA causa un accidente, ¿Quién responde por ese daño?, ¿Cómo determinamos la acción u omisión imputable?, por no decir, las dificultades de establecer la relación de causalidad. ¿Sería en todo caso acertado y necesario reconocer una personalidad jurídica a los robots?, y hacerlos responsables de los daños que podrían causar o tendremos que encontrar el origen de la anomalía para imputar a una persona física. Veremos que, para la gran mayoría, la verdadera incógnita está en determinar **quién será el responsable** de los daños ocasionados por un sistema inteligente ¿el productor, el usuario, el vendedor, la máquina en cuestión? y en consecuencia el sujeto que deberá hacerse cargo de la **indemnización** por el perjuicio ocasionado. **¿Serán responsables los sistemas de IA?**

1. CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN A LOS CAMPOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) Y EL DERECHO

Antes de adentrarnos en el objeto principal que es el análisis de la responsabilidad civil a raíz del uso de sistemas dotados con Inteligencia Artificial conviene precisar una serie de elementos y conceptos que serán de vital importancia.

1.1 Concepto de Inteligencia Artificial

Si tuviéramos que dar una aproximación de lo que significa **INTELIGENCIA ARTIFICIAL** (en adelante **IA**) "revolución tecnológica" sería la más acertada, a lo largo de la evolución humana, hemos sufrido grandes avances en muchos aspectos, pero sobre todo en el sector tecnológico. La IA hoy en día supone una forma nueva de concebir la tecnología, es sin duda uno de los cambios más importantes de la última década, y que, desde hace algunos años ha tomado especial relevancia para la sociedad y en especial el Derecho. Basándonos en su característica más destacada, la "IA es la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano" [2], es la nueva forma de que un **programa informático** o un **dispositivo físico**, ponga en práctica una tarea que le encomendamos de forma autónoma, simulando el pensamiento humano y su respectivo trabajo de racionalización.

Lo primero que debemos destacar con respecto a esta figura, es la dificultad que han tenido los autores a la hora de establecer un concepto común para esta disciplina, en la actualidad el término IA y todo aquello que conlleva su estudio y análisis se sigue debatiendo [3]. En efecto, el primer reto que tiene la doctrina con respecto a los campos de la Inteligencia Artificial es su **delimitación**, la consideración de un concepto unánime del que se desprendan las características básicas o necesarias para hablar de IA y que podamos tener como base o de común acuerdo cuando hablamos de sistemas inteligentes, es aún polémica.

La primera crítica será la complejidad existente en delimitar cuando estamos ante la presencia de IA y cuando no, esto es así, porque al estar ante una disciplina tan **cambiante** -no es lo mismo el primer modelo computarizado que los ordenadores del siglo XXI-, **moldeable** -puede ir desde un programa informático hasta un androide-, **amplia** -en el sentido que abarca multitud de características, sistemas, ámbitos en los cuales desarrollarse, etc.-, de algún modo todavía **desconocida** -muchos autores afirman que todavía no sabemos el alcance máximo que tiene esta disciplina, seguimos en terrenos inexplorados en tanto a inteligencia artificial se refiere, todavía los científicos y estudiosos tratan de descifrar cómo funciona nuestro cerebro y en consecuencia nuestra inteligencia- **¿Qué nos asegura que sabemos todo sobre la IA entonces?** Es imprescindible cuanto antes poder delimitar la IA, sobre todo para las disciplinas jurídicas ya que, en este ámbito es imprescindible la utilización de conceptos jurídicos que brinden una regularización más completa y segura para la sociedad y no caer entonces en la abstracción e incertidumbre como las que se están originando últimamente en este tema.

Comenzando con -según muchos- el pionero en IA, **John McCarthy** quien en 1956 se encargó de acuñar el primer concepto de IA conocido, definiéndola como "la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligente", concepto que para su época solo podría ligarse a una versión idílica, pero que ahora en el siglo XXI es insuficiente, aunque sigue siendo un comienzo algo revelador. La IA es una realidad, ya forma parte de nuestra cotidianidad, no debemos pensar en sistemas inteligentes como algo a futuro, sino que debemos ir planteándonos como una realidad omnipresente. Véase, por ejemplo, los vehículos autónomos, robots médicos, e incluso robots humanoides como Sophia.

Llegados a este punto lo principal será fijar un concepto de IA, por lo que, en principio, acuñando un término general, podríamos reconocer inteligencia artificial, como una *disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico* [4]. Aunque bien recibido por los estudiados en la materia como un primer paso en la conformación de un término, se le critica el hecho de su **"generalidad"** y **muy poco tecnicismo** a la hora de determinar cuando estamos ante un artefacto inteligente, cosa que para el legislador genera insuficiencia en una futura regulación.

El gran inconveniente para establecer un concepto formal de IA radica en establecer qué es la inteligencia. Para hablar de inteligencia es necesario que concurra una cierta capacidad de percibir **contextos de acción**, posteriormente una **capacidad de actuar** y finalmente la **capacidad de asociar** determinados contextos a determinadas acciones. Teniendo estas características ya podemos hablar propiamente de inteligencia, pero la pregunta a este punto sigue siendo **¿podemos verdaderamente hacer que una máquina simule el pensamiento?** Según Alberto García Serrano *"...lo cierto es que no hay un consenso entre los científicos e ingenieros sobre lo que es la Inteligencia Artificial, y mucho menos se ha llegado a una definición exacta y concisa que nos permita dirimir qué programas son o no inteligentes. El problema es que ni siquiera tenemos la certeza de que seamos capaces de definir qué es la inteligencia (no artificial)"* [5].

Es el informe con recomendaciones destinadas a la **Comisión Europea de 2020**, el que más se aproxima actualmente a una conceptualización de la IA cuando la define como *"todo sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que muestra un comportamiento que simula la inteligencia, entre otras cosas, mediante la recopilación y el tratamiento de datos, el análisis y la interpretación de su entorno y la adopción de medidas, con cierto grado de autonomía, para lograr objetivos específicos"* [6]. Esta noción es una de las más novedosas y acertadas que se maneja actualmente, por ello será el principal punto de referencia. Si bien, es cierto como se dijo al principio de este apartado, tomar este concepto como el correcto no deja la puerta cerrada a nuevos pensamientos ni ideas sobre la IA, más bien debe ser concebido como un punto de inflexión para los expertos en la materia a que sigan en la búsqueda de un concepto más técnico y unitario.

1.1.2 Conceptos fundamentales relacionados con la IA.

Comenzando con el modo de funcionamiento, percibimos la IA como algoritmos que a través del razonamiento pueden pensar, tomar decisiones y resolver problemas. La IA intenta de alguna manera imitar el pensamiento humano, la forma en la que funciona la IA -al igual que la inteligencia humana- es a través del aprendizaje de patrones de comportamiento, para, a partir de ellos, predecir y solucionar problemas futuros. Veremos que la IA emula un proceso bastante parecido al que realizamos los humanos cuando razonamos: lo primero es identificar el problema -**aprendizaje**-, para luego analizar las situaciones del pasado y estudiar todas las posibles variables relacionadas con el problema, posteriormente a través de un sistema de estadísticas -**entrenamiento**- predice el resultado futuro del problema y por último una vez el sistema tiene todos los datos, proporciona la solución -**resultados**- más factible para el problema. Dicho esto, podemos distinguir entre una IA **sencilla (o débil)**, que está diseñada para cumplir tareas concretas predefinidas. Un ejemplo de "IA débil" podrían ser los asistentes virtuales por voz de nuestros smartphones, como lo es Siri de Apple [7]. En otro término encontramos a la IA **compleja (o fuerte)** [8] que será aquella imitadora de las habilidades cognitivas humanas, este tipo de sistemas inteligentes son los más avanzadas porque implican poder encontrar soluciones a tareas desconocidas por estas máquinas, sin que previamente hayan conocido de su existencia (la variante "fuerte" de la IA, es la que por el momento no se ha desarrollado en gran medida). Tanto la Inteligencia Artificial débil como la fuerte son las que en la actualidad plantean desafíos legales múltiples e interesantes.

También podemos encontrar otra clasificación establecida por Start Russell y Peter Norving [9], quienes propusieron identificar los diferentes tipos de IA en sistemas artificiales del siguiente modo: **sistemas que actúan como humanos** -es el caso de los robots-, **sistemas que razonan racionalmente** -serían los sistemas expertos, que se encargan de percibir, razonar y actuar en consecuencia-, **sistemas que actúan racionalmente** -son los agentes inteligentes-, por último estarán los **sistemas que piensan como humanos** -como las redes neuronales artificiales-.

1.2 Breve contexto histórico. Nacimiento y evolución de la Inteligencia Artificial

Al igual que no hay un concepto unánime de lo que es IA, para los autores tampoco existe un punto en común a la hora de establecer cuál es el origen de esta disciplina. Lo que si podremos encontrar son pequeños bocetos que se fueron consolidando en la obra que hoy conocemos como IA. Si nos remontamos siglos atrás, ya los romanos hablaban de "tecnología" cuando expresaban el cumplimiento de la *tria iuris praecepta*, estos serán una serie de principios que deberá cumplir las actividades tecnológicas según el alcance de la sociedad que se presentaran en la época [10]. Para muchos, el concebir que una máquina actúe como un humano, tiene su origen con el matemático **Alan Turing**, quien en 1950 publicó su artículo "Computing machinery and intelligence", donde precisamente formulaba la incógnita sobre la posibilidad de asemejar el pensamiento humano con una máquina, preguntaba "¿puede una máquina pensar?". El padre de la ciencia de la computación -como también se le conoce- es más conocido por haber desarrollado el "Test de Turing" [11], además de formalizar los conceptos de algoritmos y computación, de esta manera sentando el precedente de las tecnologías del siglo XXI.

Es en 1956, en la conferencia de Dartmouth, cuando se comienza a notar la relevancia de máquinas capaces de comprender, razonar y decidir de la misma manera que la mente humana. Los científicos **Marvin L. Minsky**, **John McCarthy** y **Claude Shannon** fueron los continuadores de las ideas de Turing, siendo los precursores de dicha conferencia en donde además de reunir a expertos en la materia acuñaron por primera vez el concepto de IA, considerándose el principio de esta disciplina. Sin embargo, tendremos que esperar hasta 1997 cuando un ordenador ganó al entonces campeón mundial de ajedrez Garri Kasparov, en el histórico acontecimiento Deep Blue vs. Garri Kasparov, que se comienza otra vez con los trabajos de investigación en materia de IA.

Finalmente, luego de varios años y algunos acontecimientos relevantes históricamente, el hito que nos lleva a preguntarnos en este caso, sobre la responsabilidad que pueden alcanzar las máquinas dotadas de IA, es sin duda el año **2014**, cuando un bot computacional logró pasar el Test de Turing con éxito. A partir de este momento, la tecnología ha cobrado especial relevancia en nuestra sociedad, dejando atrás el enfoque tradicional para dar paso a una visión más innovadora donde los expertos se centran en la Inteligencia Artificial como una **imitación del comportamiento humano**.

1.3 Artefactos dotados de Inteligencia Artificial. Especial mención a los Robots inteligentes

En la actualidad son numerosos los sectores que aplican el uso de la IA, desde la movilidad y el transporte hasta robots sociales con inteligencia artificial, incluso su aplicación está a un paso de distancia de la sociedad común con la integración de asistentes inteligentes como "Alexa y Siri" en nuestros teléfonos. Por lo que podemos ver, la IA tiene un abanico de posibilidades en su aplicación, cosa que puede ser -a efectos jurídicos- muy beneficiosa o en extremo complicado. Lo primordial que queremos hacer ver con este apartado es la versatilidad de estos sistemas dotados de inteligencia que les proporcionan una interfaz más avanzada y que les otorga el pensamiento o razonamiento necesario para compararlos con las acciones e inteligencia humana.

Una de las aplicaciones más interesantes hoy en día es el uso de la IA en la movilidad y el transporte destacamos los vehículos autónomos de Tesla, que ha sido la primera empresa que los desarrolló y comercializó. Andrej Karpathy, director de inteligencia artificial y visión por ordenador de Tesla, explicó en una conferencia cómo entrenan las redes neuronales para crear el sistema de conducción autónoma conocido como Autopilot. A pesar de haber causado más de un accidente con graves consecuencias, es un claro ejemplo de implementación de IA [12]. En medicina, son muchas las empresas que se han lanzado a desarrollar softwares destinados a la salud incluso, podemos hablar de implementación de sistemas inteligentes como dispositivos de "Internet of Things" con los que recopilan datos en tiempo real de la temperatura y humedad de las cosechas. Una vez analizados, la IA gestiona los regadíos en función de las necesidades, obteniendo así un consumo de agua más eficiente y responsable con el medio ambiente [13].

Relacionado con la IA esta la robótica, en términos sencillos, este campo surge a raíz de que los diseñadores quieren materializar la inteligencia artificial en un soporte físico con la capacidad de interactuar en su entorno, es decir, puede haber IA sin robótica, pero nunca robots inteligentes sin un sistema de inteligencia. Uno de los ejemplos más interesantes actualmente es "SOPHIA" [14], desarrollada por Hanson Robotics. La real academia española define "Robot" como *aquella máquina o ingenio electrónico programable que es capaz de manipular objetos y realizar diversas operaciones*, sin embargo, esta definición es más inclinada a una opinión cinéfila de la versión de robot, por lo que, a los efectos de esta investigación, utilizar este concepto, podríamos decir, es incompleto o impreciso.

En nuestra doctrina **García-Prieto Cuesta** define robot como *"una máquina provista de cierta complejidad, tanto en sus componentes como en su diseño o en su comportamiento, y que manipula información acerca de su entorno para así interactuar con él"* [15]. Cuando nos preguntemos sobre qué tipo de daños puede ocasionar la IA -ya sea como un sistema o implantada en algún artefacto- debemos prestar atención a su versatilidad ya que, al no estar contemplados en la legislación, se dan casos, como la responsabilidad civil, en los que no sabemos cómo enfrentarnos.

2. CAPITULO SEGUNDO. NOCIÓN JURÍDICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

2.1 ¿Derecho de los Robots?: nuevo sistema "robot-law"

El crecimiento de la IA es imparable, las previsiones del IDC establecieron que en 2021 los ingresos en tecnología inteligente crecerán un 16,4%, además se espera que en los próximos años seguirá creciendo la implementación de sistemas inteligentes en un 17,5% [16]. La IA es una realidad en nuestras vidas, que ha cambiado la forma en que percibimos y nos relacionamos con la sociedad y consecuentemente el derecho. Con la globalización de las nuevas tecnologías y su uso en la cotidianidad se ha venido gestando la idea por algunos autores de concebir una nueva rama jurídica que englobe y desarrolle una materia tan compleja como lo es la IA y todo lo que conllevaría un futuro marco legal sobre esta disciplina. El Parlamento Europeo, en su resolución de 2017 ya se adelantaba a estos hechos cuando estableció *"considerando que, ahora que la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que robots, bots, andróides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial -que probablemente afecte a todos los estratos de la sociedad-, resulta de vital importancia que el legislador pondere las consecuencias jurídicas y éticas, sin obstaculizar con ello la innovación"* [17].

Para fortalecer este debate, algunos autores creen firmemente en que no es necesario alarmarnos por el creciente número de áreas afectadas por la robótica, ya que, con la normativa “tradicional” es suficiente para hacer frente a las nuevas realidades en cuanto a tecnología se refiere. Sin embargo, otro sector -más numeroso e innovador-, defiende el hecho de crear un nuevo marco legal para esta disciplina; la eurodiputada luxemburguesa **Mady Delvaux-Stehres**, en su momento fue una gran defensora de esta propuesta, al plasmar su opinión de forma rotunda cuando dijo que “*las reglas actuales son insuficientes y hay que actuar*”.

Es en este contexto, de necesitar una regulación especializada para la IA y robótica que surge como premisa lo que autores denominan “**el Proyecto Robolaw**” [18] la finalidad de este proyecto, denominado “*Regulación de las tecnologías emergentes en Europa: Robótica frente a la ley y la ética*” [19] surge de la necesidad de suplir las lagunas jurídicas que estaba dejando la implementación en diversos sectores cada vez más frecuente de IA, según **Jesús Cárcar** “*era la de realizar un estudio íntegro del “estado” legal de la robótica y establecer las bases para un futuro marco legal regulatorio de esta tecnología*”. Este proyecto cumple con ser uno de los precedentes más importantes -no solo a nivel europeo, sino también como referente para terceros estados- que se encarga de poner énfasis en una **legislación para las nuevas tecnologías**.

En la actualidad, viendo cómo se desenvuelve en muchos ámbitos de la sociedad el uso de la IA -desde una vivienda inteligente, automóviles que se conducen solos, redes sociales, hasta diagnósticos médicos- es necesaria una postura innovadora y que vaya a la par de nuestros tiempos, es precisa una actualización legislativa; en la normativa actual todavía se presentan lagunas jurídicas en torno a la aplicación de nuevas tecnologías, en especial la responsabilidad de los actos u omisiones que causen los robots y la IA. Si los drones autónomos están diseñados para operar de manera autónoma ¿Quién es responsable de un ataque a personas por un dron inteligente? ¿Quién responde de los accidentes causados por vehículos inteligentes? El programador, el diseñador, el usuario o tal vez será el propio vehículo quien sea considerado “responsable”; cuando la IA “crea arte” ¿quién puede ser designado como el autor? La compañía que orquestó el proyecto, los ingenieros o el algoritmo [20]. Estás y otras son algunas de las cuestiones que se plantean a la hora de hacer frente a esta problemática, estaremos de acuerdo en que, las normas “tradicionales” o que hemos venido aplicando en nuestros ordenamientos sobre responsabilidad por daños no será suficiente para estos casos, deberemos hacer un ejercicio de extremo razonamiento e interpretación para poder aplicar las normas vigentes. El proyecto “**Robot-law**” como se estableció en puntos anteriores marcaría un antes y un después en la regulación jurídica de los robots en la Unión Europea. Particularmente los que defendemos la postura de un nuevo marco legislativo enfocado en los sistemas inteligentes, pensamos en promover una base viable, ética y sólida para el futuro desarrollo tecnológico. Para nuestra disciplina, el derecho debe cuanto antes ocuparse de regular este acontecimiento, que muchos catalogan como la nueva “**revolución tecnológica**” de forma que, una vez lleguen al mercado podamos asegurar que no hay inconvenientes en su uso, en incluso antes de la llegada al mercado en sus diseños y fabricación.

Por otro lado, el hecho de concebir esta propuesta, también nos lleva a preguntarnos sobre los riesgos o desventajas que presentaría si llegara a materializarse. El inconveniente que supone la implementación de un nuevo régimen como este, además de su extenuante regulación y esperada seguridad jurídica -en cuanto a ser una materia muy cambiante y amplia- es la de no aplicar barreras demasiado excesivas que impidan a los empresarios, diseñadores y técnicos restringir el desarrollo de nuevas tecnologías como la IA. Sería contraproducente para nuestra economía y exigencias como sociedad, es decir, una regularización muy estricta y poco flexible que impida seguir desarrollando material para el avance de la sociedad [21]. En definitiva, dos son las opciones que nos ofrece la doctrina en cuanto a una nueva rama llamada “robot law”. La primera, el Derecho puede ofrecer las herramientas para dar respuesta a este fenómeno tecnológico, si bien queda mucho por hacer en un ámbito tan voluble, ya que requiere por sus características una actualización continua. Por otro lado, como segunda opción, veremos que se está gestando la idea de un nuevo marco jurídico bajo el nombre de “robot law” que se considera como una rama jurídica nueva.

2.2 Fundamentos a nivel legal sobre la IA: base legal y desarrollo

En el epígrafe anterior hemos podido constatar el conflicto que existe entre los autores por aplicar una nueva regularización o adaptar la normativa “tradicional” para los casos de IA. Por tanto, seguimos sin resolver una de las grandes incógnitas, **¿qué legislación que se aplica en la robótica?**, veremos entonces cuales son las bases legales que existen actualmente en torno a sistemas inteligentes. Lo primero que debemos saber es que no tenemos una normativa sólida o especializada ni a nivel internacional con respecto a la IA o robótica -aunque algunos de ellos sean potencias en tecnología como EE.UU., China, Japón y Alemania-. La gran mayoría de ordenamientos jurídicos carecen de regulación en esta materia, no existe una “regulación específica” para sistemas que puedan realizar tareas sin ningún control o de forma autónoma, por este motivo se ha planteado adaptar las normas vigentes a estos supuestos.

Esta última noción, puede sonar un poco pesimista en su afirmación, es impreciso el hecho de afirmar tajantemente la no regulación de sistemas inteligentes. Es desmedido en todo caso, la idea de no tener en absoluto una norma a la cual acudir cuando se presente algún inconveniente en materia de IA, contamos con una regulación, aunque basta, podría pasar como las bases para una posterior regulación. Siguiendo con esta idea tendremos las “**tres leyes de Asimov**” creadas a mitad del siglo XX por **Isaac Asimov** quien propuso regir la relación de humanos y robots mediante tres sencillas reglas.

En primer lugar “*un robot no hará daño a un ser humano o, por inacción, permitir que un ser humano sufra daño*” (**primera ley**). En segundo lugar, “*un robot debe hacer o realizar las órdenes dadas por los seres humanos, excepto si estas órdenes entran en conflicto con la 1ª ley*” (**segunda ley**). En tercer lugar, “*un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la 1ª o 2ª ley*” (**tercera ley**) [22]. Gracias a estas leyes no estamos desde cero en la creación de una legislación que se aplique a la robótica ya que, se suelen aplicar en la edad temprana de la realización de estos sistemas, es decir, estas leyes son una importante guía que deben cumplir los programadores, diseñadores, fabricantes, etc., a la hora de diseñar máquinas y programas inteligentes. No obstante, estas leyes siguen siendo insuficientes para los ordenamientos contemporáneos ya que, principalmente se ven enfocadas a la primera fase de la realización que es el diseño y la fabricación dejando de lado otros aspectos como su integración al mercado, su venta a empresarios o usuarios, ensamblaje, etc.

En la actualidad, solo a nivel internacional se ha comenzado a llevar a cabo los primeros estudios y propuestas sobre dicha normativa, como por ejemplo las recomendaciones e informes de la Unión Europea, así como un reglamento de IA aprobado recientemente. También en cuanto a terceros estados Corea del Sur destaca por ser el principal promotor de una regulación con la elaboración de “**Robot Ethics Charter**” (Carta de Ética Robótica) [23] o “**Korean law on the development and distribution of intelligent robots**” (Ley Coreana de promoción de desarrollo inteligente y distribución de robots) [24]; le siguen de cerca Japón y China que se centran en legislaciones éticas para estas máquinas. Así es que, a falta de una regulación directa o específica, son muchos los que optaron -y lo siguen haciendo- por la utilización de normas como la Ley de Marcas, Ley de Propiedad Intelectual, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, incluso la utilización del Código Civil para solventar la problemática jurídica alrededor de la utilización de sistemas inteligentes en nuestra sociedad. La premisa para utilizar estas normas y que según la doctrina “funcione” es catalogar la IA y los robots como objetos, punto importante a la hora de mantener un marco jurídico estable, puesto que dependemos de en qué figura jurídica se encuadre la IA para la aplicación de estas normas. El problema de la utilización de estas normas es el hecho de que no fueron creadas para estos supuestos, la suficiencia o insuficiencia de estas normas juega un papel relevante para suplir toda la problemática en torno a la utilización de sistemas inteligentes.

2.3 Características de la IA y la Robótica que pueden afectar a su régimen de responsabilidad civil

Normalmente los autores tienen la concepción de que estas tecnologías no tienen un reflejo exacto en el régimen de responsabilidad civil. Lo cierto es que, tanto la IA como la robótica cuentan con cualidades que son de vital importancia a la hora analizarlas bajo el lente del Derecho, concretamente de cara a la problemática en el ámbito de la responsabilidad civil desencadenada precisamente por sus singularidades. La IA, el internet de las cosas y la robótica comparten características como la conectividad, la autonomía y la dependencia de datos para llevar a cabo tareas con poco o ningún control o supervisión humanos [25]. Especialmente, desde el punto de vista jurídico, toma relieve la capacidad que tienen estos sistemas para “**aprender**” y que sumado a la automatización en la toma de decisiones implican un cierto grado de **imprevisibilidad**, en el sentido de no poder predecir o saber lo que estos sistemas decidirán hacer en un momento dado. Concretamente, el principal problema que suscita a raíz de estas dos características es la dificultad que existe a la hora de determinar la persona o sujeto que pueda ser considerada responsable del daño, por lo que, se ve afectada en gran medida la reclamación de responsabilidad civil, originando problemas para la imputación.

El problema principal es que la IA, propiamente dicha, resulta muy difícil de definir y si sumado a esto, agregamos características singulares, obtendremos un supuesto al que la normativa de responsabilidad clásica no puede dar respuesta. La pregunta que debemos hacernos llegado a este término es ¿qué ocurre si a una figura jurídica clásica como la es la Responsabilidad Civil se le agrega una variante como lo es la IA con sus propias características que individualizan? Lo más lógico será que cambie la ecuación principal, si se permiten la analogía. Por este motivo analizaremos cada una de las características que dan forma a esto que llamamos IA de la mano del informe de la Unión Europea *sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica*.

En este mismo orden de ideas, la Comisión Europea en su informe de 2020 [26] menciona como características para tener en cuenta, para el tratamiento de la responsabilidad civil: en primer lugar, la **complejidad** [27] de los componentes de estas nuevas tecnologías, es decir, los múltiples componentes, partes o sistemas que conforman una totalidad hacen de estos aparatos inteligentes complejos a la hora de determinar cuál de todos sus componentes es el que ha causado el daño. En segundo lugar, vemos que la **opacidad** [28] para entender el código de funcionamiento de estos dispositivos es difícilmente comprensible para la gran mayoría -incluso expertos-. Cuando se habla de opacidad se refieren al hecho de hacer más difícil predecir el comportamiento de un producto basado en la IA y comprender cuáles han podido ser las causas de los daños causados.

Otra de las características que en este caso afectará directamente al cambio en la noción clásica de lo que es un producto terminado según la Directiva por productos defectuosos, es lo que el informe denomina como “**apertura**” [29]. Supone la variabilidad de los sistemas de IA, es decir, no pueden concebirse como sistemas cerrados e invariables, sino que están sujetos a actualizaciones y mejoras posteriores a su puesta en circulación. Por lo que, de establecer un régimen de responsabilidad se deberá tener en cuenta la mutabilidad de los sistemas inteligentes en cortos periodos de tiempo.

Posteriormente tendremos la tan discutida **autonomía de estos sistemas y su consecutiva imprevisibilidad** [30], significa que los dispositivos robotizados e inteligentes han sido diseñados para trabajar de modo autónomo; prácticamente sin control o supervisión humana que, una vez más, dificulta la determinación de un responsable. Desde la perspectiva jurídico-civil, la utilización de sistemas autónomos es problemática, sobre todo considerando los criterios de imputación, y es que, a partir de un determinado grado de automatización ya no resulta posible afirmar con seguridad si las acciones que a través de un sistema así se desencadenan provienen del usuario de dicho sistema y le son imputables [31].

Las últimas características que veremos son la **vinculación a datos externos y la vulnerabilidad de estas tecnologías** [32]. La primera de ellas se refiere a que estos dispositivos pueden llegar a operar con datos que no eran conocidos en el momento de su diseño y fabricación; vinculada a esta veremos que también estos dispositivos gozan de vulnerabilidad ya que son susceptibles de ciber-ataques, los cuales a su vez pueden desencadenar un mal funcionamiento del sistema. Por lo que será en esta medida muy difícil reclamar la responsabilidad al diseñador, programador, fabricante o persona que se sirve de dicho artefacto.

3. CAPITULO TERCERO. RESPONSABILIDAD CIVIL EN SISTEMAS DE IA: RESPONSABILIDAD POR ACTOS Y OMISIONES DE LA IA

3.1 Responsabilidad civil derivada del uso de la IA

En ocasiones una figura jurídica de nuestro ordenamiento jurídico como lo es la responsabilidad civil se ve afectada en sus principios, características y concepto cuando entran en juego los sistemas inteligentes, pensemos por ejemplo en el Instituto Sheikh Zayed de Innovación en Cirugía Pediátrica, en EE.UU., que diseñó un robot inteligente llamado **"STAR"** que realiza cirugías sin intervención humana, al menos durante la operación [33]. El Parlamento Europeo en 2017 dijo en una resolución donde el tema principal eran las nuevas tecnologías que **"Gracias a los impresionantes avances tecnológicos de la última década, los robots, ya no sólo pueden realizar actividades que antes eran típica y exclusivamente humanas sino que el desarrollo de determinados rasgos cognitivos y autónomos -como la capacidad de aprender de la experiencia y tomar decisiones cuasi independientes- ha hecho que los robots se asimilen cada vez más a agentes que interactúan con su entorno y pueden modificarlo de forma significativa; que en este contexto, es crucial la cuestión de la responsabilidad jurídica por los daños que pueda ocasionar la actuación de los robots."** [34].

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la cuestión que debemos analizar desde este momento es **¿Cómo el sistema de responsabilidad civil abordará estos supuestos?**, supuestos en los que máquinas inteligentes puedan tomar sus propias decisiones y, en consecuencia, actuar de forma independiente a los mandamientos de sus operadores y creadores. Si un robot quirúrgico como **STAR** comete un fallo que tiene consecuencias negativas para el paciente, ¿quién asume la responsabilidad de dicho error?.

Y es que, como se estableció por parte de la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, sobre la responsabilidad por daños: **"La aparición de la IA, en particular el complejo ecosistema que la hace posible y la característica de la adopción autónoma de decisiones, exige una reflexión acerca de la idoneidad de algunas de las normas establecidas en materia de seguridad y de cuestiones de Derecho civil relativas a la responsabilidad. Por lo que, habida cuenta de la generalización de la utilización de la IA, es posible que sea necesario revisar las normas tanto horizontales como sectoriales..."** [35] La principal cuestión en este punto inicial será determinar si es factible construir o generar un nuevo sistema de responsabilidad civil que se acope a las características que originan un sistema inteligente. En efecto, la responsabilidad civil se ha convertido en los últimos tiempos en un tema controversial y recurrente cuando la trasladamos al ámbito de la IA.

Es evidente entonces, que la problemática de aplicar una figura jurídica "tradicional" como lo es la responsabilidad civil a nuevas tecnologías que cuentan, como hemos dicho, con características asimilables a la inteligencia de los seres humanos resulta complejo. En el supuesto que venimos analizando hasta ahora en que nuevas tecnologías inteligentes materializadas en vehículos, drones, robots quirúrgicos, humanoides **causen daños** -ya sean físicos o morales- que no puedan ser resarcidos por personas físicas o jurídicas, nos vemos en una encrucijada jurídica para darle respuesta a estos supuestos de la mano de normativas vigentes. Concebir adoptar nuevas normas que aporten más seguridad jurídica, sean más eficientes, actuales e innovadoras es una gran opción ya que puede acoplarse al desarrollo de las nuevas tecnologías y sus innovaciones sin dejar de lado una legislación que permita a los ciudadanos no verse perjudicados cuando interpongan las reclamaciones de responsabilidad cuando sufran un daño.

Últimamente el debate gira en torno a dos corrientes diferenciadas con respecto a este tema: una nueva normativa de responsabilidad aplicable únicamente a supuestos de IA y robótica; o la modificación y adaptación de la legislación vigente para que la problemática se vea resuelta sin necesidad de acudir a nuevas leyes. La primera, como anunciamos en el párrafo anterior, es partidaria de no atribuirle una responsabilidad directa a los robots o sistemas inteligentes -responsabilidad indirecta por el robot-; ya que considera extremista el hecho de responsabilizar a una "cosa" (aunque cuente con características de pensamiento que simulen las conductas humanas, como la inteligencia) de algún daño que esta cometa [36].

En una segunda línea, estarán los que apoyan una teoría más abierta e innovadora en ciertos términos que la anterior, ya que, consideran que las normas "tradicionales" de responsabilidad civil no son suficientes para generar responsabilidad jurídica por los daños ocasionados por el robot, pues no permiten determinar la parte que ha de hacerse cargo de la indemnización, ni exigir a dicha parte que repare el daño ocasionado [37].

De lo que si debemos estar completamente seguros -y en lo que muchos investigadores están de acuerdo- es en la creación de normas éticas firmes que combinadas con procedimientos de indemnización sólidos y justos aborden la problemática de los sistemas inteligentes eliminando el riesgo de los usuarios que sufran un menoscabo causado por IA a un sistema de indemnización injusto [38] como estableció el Parlamento Europeo en su resolución de 2020.

3.2 La IA causa el daño, pero, quién o qué deberá responder de ese daño

Normalmente lo que denominamos como "causante de un daño" y "responsable de un daño" jurídicamente hablando, no son la misma figura. En el ámbito jurídico es preciso distinguir ambas figuras, puesto que, en algunas ocasiones es necesario descubrir qué fue lo que causó un daño en la medida de poder determinar quién será el responsable de ese daño. Con la IA este hecho se ve difuminado, con la llegada de los sistemas inteligentes caracterizados por simular las conductas y el razonamiento humano, capaces de "pensar" y de tomar decisiones; esta idea se ve en ocasiones afectada, porque mientras más automática sea el sistema o máquina mayor capacidad de realizar acciones por su cuenta tendrá. En este sentido **¿Cómo atribuimos responsabilidad a una persona que por ejemplo, no estaba conduciendo el vehículo que causó un accidente?**.

En el condado de Harris (Texas, EE.UU.) ocurrió un accidente en donde un vehículo Tesla Model S colisionó con un árbol dejando dos personas muertas. El vehículo no era conducido por ninguno de sus ocupantes, por lo que se cree que el choque se produjo mientras estaba activado el piloto automático operado por la IA del vehículo [39]. Ahora bien, si seguimos la idea enunciada anteriormente, ¿Quién es el "causante del daño" y "responsable de este"? Es una máxima de nuestro Derecho que aquel que causa un daño a otro tiene el deber de repararlo, sin embargo, esto resulta inmensamente complicado en aquellos supuestos en los cuales el agente dañoso es propiamente un robot dotado de IA [40].

Como es lógico las "cosas" contribuyen al daño, o al menos en un sentido físico, tangible o material son las cosas las que causan el daño; sin embargo, la responsabilidad ha de atribuirse siempre a alguna persona, aunque la cosa haya podido intervenir en la cadena causal [41]. Esta premisa se ve dificultada en estos sistemas que como hemos establecido simulan el pensamiento humano y son autónomos en sus decisiones, no solo eso, sino que en ocasiones no solo son sistemas o programas a través de una pantalla de ordenador o teléfono móvil -como Alexa- sino que pueden ser aviones, robots, hogares y hasta ciudades -pueden realizar acciones de forma autónoma que lleguen a ser dañosas- la dificultad en los sistemas dotados con IA es que no podemos tratarlos como cosas inertes e inanimadas, ya que, estas máquinas suelen contar con movimiento propio, incluso muchas veces su actuación tiene la suficiente autonomía como para que se la pueda desvincular de una influencia humana directa [42]. La línea, por tanto, entre el causante del daño y el responsable del daño, se ve desdibujada cuando hablamos de IA y robótica, las personas se ven sesgadas muchas veces por las particularidades de estas nuevas tecnologías y suelen establecer como causante y subsiguiente responsable a esa "cosa" dotada de inteligencia.

Así, si seguimos el ejemplo anterior, si un conductor atropella a un peatón será claramente responsable del daño y "causante" del mismo. Pero si, ese peatón resultara atropellado como consecuencia de un vehículo dotado de IA que en el momento del hecho no estaba siendo conducido por "el conductor" tal vez haya un responsable del daño, pero será responsable por un daño que no se ha causado directamente.

Hasta los momentos ningún artefacto llamado inteligente o dotado con IA puede ser jurídicamente responsable -salvo algunas propuestas que no están del todo materializadas para dotarlos con personalidad jurídica-, en estos casos hay que realizar la tarea de buscar una persona ya sea física o jurídica que sea responsable por lo que haga o el daño que cause ese sistema de IA. Podríamos decir, entonces que, aunque el vehículo no esté siendo conducido por "nadie" sería el "supuesto conductor" el que debía estar al pendiente de las actuaciones del vehículo, por tanto, será el responsable. Esta es la teoría actual por la que se decantan varios autores a la hora de dar respuesta a este tipo de inconvenientes jurídicos, al no tener una normativa específica que resuelva la problemática se hace uso de un sistema que aboga por atribuir la responsabilidad como si de un objeto se tratara o en su caso lo alineáramos con la figura de responsabilidad de los animales, en donde el dueño es siempre el responsable de los daños que pueda causar el animal.

3.3 Presupuestos de la responsabilidad civil y su alteración a raíz de la implementación de la IA

¿Qué ocurre cuando le agregamos una variante a una figura tradicional como lo es la responsabilidad civil? si ponemos en relación la responsabilidad civil como la conocemos tradicionalmente con las características y especialidades con las que cuentan estas nuevas tecnologías o artefactos inteligentes -dotados con IA-, podremos ver que los elementos clásicos que conforman esta figura jurídica de alguna manera se ven afectados o modificados en tanto que, no podemos ajustar esta nueva realidad tecnológica con los elementos o presupuestos de la responsabilidad civil tal y como los enuncia la doctrina tradicional: la acción u omisión imputable, el daño y la relación causal. En este sentido, y visto desde una perspectiva más práctica, el éxito de toda demanda de responsabilidad civil derivada del uso de la IA exigirá que la parte demandante acredite los tres requisitos comunes a toda reclamación de responsabilidad civil, sin embargo, vemos que esto no es tan sencillo como debería serlo. [43]

a. La acción u omisión imputable

Como venimos analizando, en las nuevas tecnologías, priman una serie de características que dificultan seriamente la localización de un culpable, el responsable y la imputabilidad en estos casos

resulta difícil de determinar. Gracias a su marcado carácter de complejidad y opacidad, -al que ya nos hemos referido- [44] de alguna manera suelen dificultar el hecho de localizar con exactitud el componente, pieza o algoritmo que haya podido causar el daño a través de una acción o en su caso omisión.

Ahora bien, sabemos que en nuestro sistema jurídico rige mayoritariamente -fuera de los casos de responsabilidad objetiva- el criterio de imputación de la responsabilidad civil por una acción u omisión culpable [45], por lo que, para hallar este presupuesto deberemos hacer una abstracción de todos los componentes que se unen para formar la unidad -máquina o sistema inteligente en cuestión- y así poder determinar concretamente la acción u omisión que dio origen al daño, cosa que en muchos casos será difícil dadas las condiciones que anteceden al uso, fabricación, diseño, etc., de sistemas con IA.

Pensemos en un dron inteligente, capaz de realizar ataques autónomos militares [46], a personas causando graves daños a las víctimas y sus familiares. La forma en que funciona es simple, la cuestión está en lo que los militares denominan como "disparar y olvidar" lo que significa que una vez que el tirador lanza el dron, puede hacer otra cosa, como reubicarse, preparar otro ataque o incluso ir a comer. El problema para la responsabilidad en estos casos será determinar el culpable en cuestión; puede ser el militar que dejó sin supervisión al dron, o que el propio dron haya actuado de forma autónoma estableciendo un nuevo objetivo y atacando, puede ser un fallo en su diseño por parte del sujeto que debió diseñar el software, o en la fabricación, incluso un fallo del sujeto que remitió las coordenadas.

Muchos autores y en especial la Unión Europea han utilizado como solución a este problema la aplicación del régimen de responsabilidad por productos defectuosos, ya que, de aplicarlo responden tanto el productor de un componente como el del producto acabado. Aun así, hay que señalar que la característica de diseño abierto propia de estas tecnologías puede en ocasiones dificultar también la reclamación de responsabilidad, cuando no sea posible considerar que hay un "fabricante del producto completo" por haberse éste formado mediante la agregación de distintos componentes [47].

b. El daño.

Si bien, en el enunciado anterior establecimos que debe haber una acción u omisión, el elemento, podríamos decir, que da lugar a la responsabilidad es la existencia del daño. En el ámbito que venimos debatiendo de la IA no parece haber controversia a la hora de determinar dicho presupuesto. Esto es gracias a la propia entidad de ese perjuicio o menoscabo que un sujeto sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, que nos permite verificar rápidamente cuando existe o no este presupuesto jurídico.

Si seguimos el ejemplo del enunciado anterior, un dron autónomo e inteligente que toma la decisión de atacar a personas detonando explosivos, lógicamente causará un daño a las personas y sus familiares. Ya sea que hablemos de un daño físico o un daño moral como ocurre cuando un motor de búsqueda inteligente resulta que incurre en sesgos de género resultado de representaciones estereotipadas profundamente arraigadas en nuestras sociedades que pueden hacerte perder una oferta de trabajo [48]. El daño siempre será evidente, esa detección o lesión que experimenta un tercero por la conducta de otra -en estos casos los sistemas dotados de IA- que puede traducirse materialmente o en un sufrimiento o quebrantamiento padecido por el tercero, será siempre determinable [49].

El único inconveniente que podremos encontrar con respecto a la delimitación del daño en la responsabilidad será la del "tipo de daño" que estemos tratando. Es decir, debemos distinguir si se trata de un daño ocasionado por el accidente de un vehículo o avión autónomo o si por el contrario estaremos ante un daño causado por un programa informático inteligente como Siri; lo que se tiene es que valorar el tipo de daño en el que nos encontramos, la cuestión será la variedad de los dispositivos y sistemas que existen en la actualidad y que se utilizan para distintos fines. No podemos hablar de un solo tipo de dispositivo inteligente, existen variedades de artefactos y programas que gozan de tener como característica definitoria IA; esto nos lleva a pensar que, junto con la variedad de sus usos, estos son susceptibles paralelamente de provocar todo tipo de daños que nos será difícil determinar.

c. La relación de causalidad.

De los tres elementos clásicos que conforman la responsabilidad civil, a nivel jurídico es la relación de causalidad la que presenta más problemas en estos casos, al igual que sucede algunas veces en supuestos de normalidad tratar de establecer un nexo entre la acción u omisión y el daño resultante es en determinados supuestos difícil de conseguir. La cadena de responsabilidad que surge desde el diseño o fabricación de estos sistemas hasta que se ve materializado en las manos del usuario como una máquina o sistema finalizado dificulta la idea de establecer una relación de causalidad entre el artefacto inteligente y los demás presupuestos que conforman la responsabilidad. Muchas veces se ve truncada la idea de una relación causal por los múltiples intervinientes en estos sistemas que originan la gravosa tarea de hacer una abstracción para encontrar el momento, el sujeto y la etapa de estas máquinas donde se produjo la acción u omisión que produjo el daño y así lograr encontrar al responsable.

Según el informe del New Technologies Formation, detallado por Joaquín Ataz López en su artículo sobre "daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial" se establece que "cuanto más compleja sea la interacción de diversos factores que contribuyeron al daño, más difícil será para la víctima tener éxito en el establecimiento de la causalidad sin aliviar su carga de la prueba" [50]. En el citado informe, se establece un ejemplo sobre un detector de incendios para explicar cómo se ve afectada la relación de causalidad, es muy parecido a lo que podría ocurrir con el Dron que atacó personas en Libia; supongamos que es el usuario quien no programa de manera correcta las coordenadas del objetivo, este defecto puede ser identificable e incluso visible. Por el contrario, puede ocurrir que ese desvío en las coordenadas se deba a un fallo en el software inteligente de la máquina que estableció como mejor objetivo otro lugar distinto al convenido, puede que esto no se demuestre tan fácilmente.

La relación de causalidad nos indica cuándo existe entre dos eventos una relación de causa y efecto, o en su defecto, cuando coinciden, pero no hay relación. "Quien cause daño deberá repararlo y por tanto, la responsabilidad civil requiere una conducta humana, la producción de un daño y una relación de causalidad entre la conducta y el resultado producido" (magistrado José Luis Seoane Spieglberg), esto nos lleva a preguntarnos, ¿ocurriría si el causante del daño no es propiamente una persona física ni jurídica, sino una máquina, y no cualquier máquina, una diseñada o codificada para tomar decisiones por sí misma después de haber realizado el trabajo de "pensamiento" que cualquier humano hubiera hecho. Como consecuencia de las características únicas de estas tecnologías podrían hacer extremadamente costoso, o incluso imposible, determinar quién controlaba el riesgo asociado al sistema de IA o qué código, entrada o datos han provocado en última instancia su funcionamiento lesivo [51]. Como consecuencia de ello, el perjudicado por un sistema de IA podría tener dificultades para obtener una indemnización adecuada.

3.4 Detalle de la problemática jurídica con respecto a la implementación de la IA y su relativa consecuencia en el campo de la responsabilidad civil

En este punto resaltamos los problemas jurídicos más relevantes con respecto a la implementación de la IA en la sociedad y su relativa consecuencia en el campo del derecho. Estos serán los "problemas" a los que la doctrina pretende dar respuesta mediante una nueva regulación o el ajuste de las leyes existentes a estos supuestos. Sin duda serán los problemas que debemos tener presentes a la hora de determinar correctamente la responsabilidad civil de las nuevas tecnologías que tengan como enfoque principal la IA.

a. Pérdida de dirección y pérdida de control [52].

Cuando detallamos las características de estos sistemas, vimos que por su grado de aprendizaje y consecuente razonamiento para tomar decisiones autónomas había cierto grado de imprevisibilidad en sus acciones. Es por ello por lo que se ocasiona un obstáculo para que las personas ejerzan un control completo de las tecnologías dotadas de inteligencia. Además, estudiamos también que la "opacidad" de estos sistemas genera dificultad para predecir el comportamiento o las acciones de la IA; al hacer el mismo ejercicio que los humanos cuando pensamos genera un laberinto de capas y capas que nublan la intervención humana en estos sistemas. Pongo por caso, la concepción de lo que significa la vida para las personas; si hacemos una abstracción cada sujeto tendrá su propio concepto y manera en la que concibe la vida, podremos tener opiniones próximas o discrepar en todos los sentidos, al fin y al cabo, es un ejercicio filosófico y de pensamiento que realizamos cada uno de nosotros. Ahora bien, si trasladamos esta idea a los robots inteligentes, por ejemplo, ocurrirá lo mismo, llegados un punto nos será imposible saber con certeza lo que llevo a tomar cierta decisión gracias al ejercicio de pensamiento y razonamiento que le proporciona la IA. A raíz de la creciente utilización de sistemas autónomos y semiautónomos inevitablemente se conduce a una pérdida de dirección y de control de la persona sobre el sistema y sus "acciones" [53].

Llevado a términos jurídicos, este problema significa que, al ser máquinas y programas con un grado de autonomía alto, las personas no podemos influir en las decisiones que tomen estos sistemas, cosa que altera gravemente a figuras jurídicas como la responsabilidad, ya que, no tendríamos a una persona física o incluso jurídica que sea responsable del daño. No podremos de manera sencilla reconducir a un sujeto específico la responsabilidad de la lesión causada por haber perdido la dirección y el control del sistema inteligente en cuestión.

b. Complejidad en los criterios de imputación.

De acuerdo con lo analizado hasta ahora, el criterio de la imputación es el más repetitivo en cuanto a conflictos se refiere. Recalamos su carácter problemático en tanto que, el vigente concepto del Derecho Civil se basa en la premisa de que sólo las personas físicas y jurídicas tienen personalidad -capacidad-, y, con ello, devienen sujetos agentes [54]. Por lo que, una vez más resultara complejo, bajo este concepto, establecer una imputabilidad del daño a la IA.

Para el derecho, es imprescindible establecer quién o qué causó el daño, para seguidamente establecer un responsable que se encargue de resarcir la lesión. Cuando nos encontramos con tecnologías que de manera artificial se consideran "inteligentes" resulta imposible decir con certeza si es el usuario, el fabricante, el vendedor o la propia máquina o programa la que es imputable. Como establece Martin Ebers, debido a esto, es cada vez más difícil distinguir a los sujetos -personas físicas o jurídicas- actuantes e identificarlos individualmente como responsables de lesiones jurídicas. ¿Quién está obligado a indemnizar daños y perjuicios cuando una máquina, en gran medida autónoma, ocasiona un daño? ¿Su fabricante? ¿Su programador? ¿El que la ha usado? ¿Debe al final la víctima del daño soportarlo por no haber sido posible encontrar un responsable? [55]

Cierto es que, todavía no se ha alcanzado la máxima curva de desarrollo con respecto a la IA, por esto ¿debemos seguir esperando a que suceda para tener una regulación? Sophia un androide

que obtuvo la ciudadanía saudita y que puede mantener conversaciones fluidas sobre cualquier tema, podría ser responsable de los daños que pueda llegar a causar o deberemos culpar a su fabricante, diseñador, usuario -hasta cierto punto la teoría en este punto flaquea-. En lo que respecta a este tema, algunos autores han concluido en el mayor de los casos a reconducir la imputabilidad al usuario. Por ejemplo, el coche que se conduce por sí mismo no decide ni si se pone en marcha, ni sobre el lugar adónde va, sino que depende siempre de las especificaciones de su usuario. Con lo que permanece, como siempre, enlazado a la acción humana, lo que es jurídicamente relevante y significa que, en última instancia, siempre se deja ver una persona imputable [56].

3.5 Iniciativas de la UE en materia de IA

La IA se ha encargado de transformar nuestro mundo, desde teléfonos móviles inteligentes hasta robots que intervienen en cirugías como parte del equipo de médicos. Por esta razón, los Estados se han dado cuenta que la normativa vigente no podrá hacerle frente por mucho a este tipo de tecnologías que evolucionan diariamente y que ya se prevé que su desarrollo tendrá un importante avance en los próximos cinco años, es por ello por lo que han dado comienzo a un proceso legislativo para comenzar a dictar normas y tratar de ir regulado el ámbito tecnológico con normas especialmente creadas para las nuevas tecnologías. Por desgracia todavía nuestro ordenamiento español no cuenta con una normativa específica relativa a IA o cualquier tecnología emergente, por lo que debemos acudir a propuestas, informes, trabajos e incluso resoluciones extranjeras como las de la Unión Europea y muy pocos países que han iniciado el desarrollo legislativo de estos sistemas. Por ser, en términos jurídicos, el más cercano al Ordenamiento Español la normativa a considerar será muchas veces la de la UE -además, muchos prevén que antes que una normativa individualizada de cada país conviene más una legislación uniforme lograda a través de tratados o reglamento e europeos-.

La Unión Europea (**en adelante UE**) es la pionera en normativa sobre IA. Este es el marco regulatorio más actual y que más se acerca a una respuesta sobre la problemática tanto a nivel extranjero, es decir, los terceros estados fuera de la UE -muchos países no tienen consolidada aún una normativa sobre IA, menos todavía referente a la responsabilidad civil de estos sistemas- como a nivel interno, para cada uno de los estados miembros de la UE.

a. Resolución del Parlamento Europeo de 2017 [57]

Esta resolución se centra principalmente en áreas de estudio respecto de la robótica y la IA, hace alusión a la responsabilidad civil, en particular la responsabilidad por daños causados por robots autónomos y la de la condición jurídica de los robots.

En la Propuesta sobre robótica elevada al Parlamento Europeo (en adelante PE) se establecen una serie de recomendaciones que han de seguirse para regular a corto plazo la creación, uso y efectos de la robótica en nuestras comunidades. Se parte de la consideración de que "la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que robots, bots, androides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial -que va a afectar probablemente a todos los estratos de la sociedad-, resulta de vital importancia que el legislador tenga en cuenta todas las consecuencias que ello entraña" (ponencia de la eurodiputada luxemburguesa Mady Delvaux) [58].

La resolución pone especial énfasis en la responsabilidad, destacando que, en el contexto de la actuación perjudicial de un robot se debe analizar los elementos, características y principios que conforman la responsabilidad aplicable a estas máquinas. De este modo, se propone una Directiva para adoptar una legislación que abarque este tipo de ámbitos dando lugar a un marco legal claro y contundente de obligaciones y derechos dirigidos a los fabricantes de robots, a las instituciones, así como a los propietarios, usuarios y ciudadanos en general.

Considera que la futura regulación en materia de responsabilidad por actos u omisiones de robots ha de centrarse en determinar cómo una máquina puede considerarse parcial o totalmente responsable de su conducta y si la misma puede subsumirse en alguna de las categorías jurídicas ahora existentes -es decir, si los robots "deben considerarse personas físicas, personas jurídicas, animales u objetos"- [59]. Este será el punto cumbre de la resolución del 2017, ya que, como premisa se propuso en su momento una "personalidad electrónica" para los sistemas inteligentes, se hablaba de crear una personalidad jurídica especializada para máquinas inteligentes que pudieran causar daños. Esta propuesta, fue alabada por algunos, pero discutida y rechazada por muchos, ya que, lo que se pretendía era crear "una nueva categoría, con sus propias características y repercusiones en lo que se refiere a atribución de derechos y obligaciones". Se quería que los robots más autónomos y complejos fueran considerados "personas electrónicas" con derechos y obligaciones.

También hay que destacar, fuera de la creación de una "personalidad electrónica" -de la que hablaremos más adelante- que se propone una obligatoriedad de seguro, un fondo de compensación, un código ético, así como el establecimiento de una serie de conceptos como "robots autónomos inteligentes" que será de mucha importancia de cara a una futura regularización de esta materia. Estas últimas propuestas fueron bien recibidas como precedente o como un boceto de ideas para una muy buena regulación futura de la IA, sin embargo, la personalidad jurídica especial para robots todavía se sigue discutiendo si es realmente necesaria y posible-.

b. Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020 [60].

La reciente Resolución supone un nuevo paso -el más reciente- en el proceso de regulación de la robótica y la inteligencia artificial, es de las soluciones más novedosas en este ámbito a nivel mundial con su proposición de un reglamento sobre IA que incluye una normativa especializada sobre la responsabilidad civil cuando sea ocasionado un daño por algún sistema inteligente.

La Resolución como solución a la problemática apoya una Propuesta de Reglamento (en adelante PR) cuando estableció como objetivo principal "para aprovechar eficazmente las ventajas e impedir posibles malos usos de los sistemas de IA...es fundamental una legislación uniforme, basada en principios y preparada para el futuro en toda la Unión para todos los sistemas de IA; opina que,... parece necesario contar con un marco jurídico horizontal y armonizado basado en principios comunes con el fin de garantizar la seguridad jurídica, establecer una igualdad de normas en toda la Unión y proteger eficazmente nuestros valores europeos y los derechos de los ciudadanos" [61]. Se parte de la premisa de que cualquier marco jurídico en materia de responsabilidad civil orientado al futuro debe dotar de seguridad jurídica e infundir confianza en la seguridad, fiabilidad y coherencia de los productos y servicios, incluidas las tecnologías digitales.

Al contrario de la resolución del 2017, el PE reafirma la idea que los sistemas de IA no tienen personalidad jurídica ni conciencia humana, es tajante cuando rechaza la idea de una "personalidad electrónica" por lo que la responsabilidad civil será atribuida siempre a la persona física o jurídica que cree el sistema de IA, lo mantenga, lo controle o intervenga en él. Es decir, reconduce siempre la responsabilidad a sujetos "tradicionales" y nunca al sistema inteligente. En su considerando séptimo sobre "responsabilidad civil e inteligencia artificial", considera que "...todas las actividades, dispositivos o procesos físicos o virtuales gobernados por sistemas de IA pueden ser técnicamente la causa directa o indirecta de un daño o un perjuicio, pero casi siempre son el resultado de que alguien ha construido o desplegado los sistemas o interferido en ellos..." esto es un punto importante a tener en cuenta ya que desplaza totalmente la teoría de que son los artefactos dotados de IA los que deberían responder de los daños, en una línea más lógica analiza cada una de las vertientes de la tecnología estableciendo que aunque por las características de la IA - la opacidad, la conectividad y la autonomía- se podría dificultar o imposibilitar llegar a la "intervención humana o decisiones de diseño" que ocasiono la acción perjudicial, el concepto actual de responsabilidad civil no permite aceptar esta idea. La respuesta según la resolución será la de "hacer responsables a las diferentes personas de toda la cadena de valor que crean, mantienen o controlan el riesgo asociado al sistema de IA".

Esta resolución trae consigo también la importantísima tarea de conceptualizar los términos referentes a la IA -que no habían sido delimitados- como, por ejemplo, define el sistema de IA en el artículo 3.a de la PR. También establece que, autónomo, en el art.3.b. PR) [62]. Otro punto importante es que la propuesta de nuevo reglamento se centra en las reclamaciones interpuestas contra el operador de un sistema de IA, sea o no sea este último un sistema de IA de "alto riesgo". Según esta resolución "la persona que utiliza el sistema de IA está involucrado en el incidente que causa el daño, solo debe ser considerado responsable en virtud del presente Reglamento si el usuario también tiene la condición de operador. En caso contrario, el grado de contribución manifiestamente imprudente o dolosa del usuario al riesgo podría conducir a la responsabilidad subjetiva del usuario ante el demandante" [63].

Pensaríamos entonces que quedaría una laguna en tanto a los fabricantes y diseñadores de este tipo de tecnologías, ya que la responsabilidad en este reglamento solo se ciñe a los operadores. En su considerando octavo, ya nos da la respuesta a este asunto, cuando apuesta por seguir utilizando la normativa de productos defectuosos que se ha venido utilizando en los últimos treinta años, eso sí, promueve una reforma para que los sistemas inteligentes y su responsabilidad puedan ser adaptados a esta [64].

Las principales novedades pueden resumirse en lo siguiente: en primer lugar, se establece un régimen de responsabilidad objetiva para sistemas de IA de alto riesgo. Se establece que el operador de un sistema de IA de alto riesgo será objetivamente responsable de cualquier daño causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por dicho sistema de IA. En segundo lugar, se cree en establecer un límite en la indemnización de 2 millones de euros en caso de fallecimiento o de daños causados a su salud o a su integridad física; también se hace referencia a la creación de un seguro de responsabilidad civil obligatorio para todos aquellos operadores de sistemas de IA. Por último, también se tienen en cuenta aquellos sistemas de IA que no se acoplen a la categoría de "alto riesgo", por lo que se propone un régimen de responsabilidad subjetiva para estos casos.

4. CAPÍTULO CUARTO. ANÁLISIS DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS PARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE LA IA

A continuación, están las soluciones más novedosas e interesantes que se han propuesto por la doctrina para solventar la problemática que hemos venido analizando:

4.1 Quién asume la responsabilidad de los daños que pueda causar un sistema de IA? Posibles sujetos responsables

La controversia más importante hasta ahora con respecto a este tema es la imputabilidad o la determinación del sujeto responsable, es decir, la interrogante más grande será la de hallar quién asume la responsabilidad de los daños que pueda causar un sistema de inteligencia artificial. Debido a esto, y a las características de autonomía, capacidad de autoaprendizaje y adaptación al entorno que hacen de estas, unas tecnologías imprevisibles fuera del control humano, será preciso establecer, o al menos tratar, de establecer un responsable jurídico para los casos en que las nuevas tecnologías como la IA y los robots causen un perjuicio a un tercero.

En primer lugar, debemos descartar de forma automática la concepción de un robot como **persona física** y, por tanto, su tratamiento de la responsabilidad. Un robot o un programa inteligente no puede englobarse dentro de la naturaleza de persona física, porque si analizamos más de cerca esta figura vemos que cualquier máquina dotada de IA no cumple con los presupuestos necesarios para entrar en esta categoría jurídica. Hay un presupuesto esencial para que un sujeto adquiera personalidad jurídica, como advierte el art.30 de nuestro CC -EDL 1889/1- la personalidad jurídica se adquiere en el momento del nacimiento y para ello solo es necesario que el nacimiento haya sido viable, es decir, que se produzca el "entero desprendimiento del seno materno" [65]. ¿Un robot puede "nacer" o "morir"? de momento los avances tecnológicos no cuentan con un espécimen tan desarrollado que pueda cumplir con estos requerimientos biológicos; lo que sí podría hacer un robot o incluso un programa es ser desconectado o dejar de funcionar -si se le puede llamar así, muerte- y encenderse -como símil de vida- [66]. Hasta los sistemas más complejos y sofisticados como Hatsune Miku considerada como la primera artista virtual en 2007 no puede considerarse que ha "nacido". A pesar de que un robot o sistema dotado con IA tenga características humanas como la inteligencia, autonomía o razonamiento -hasta cierto punto-, no podrá encontrarse en principio a la par se los seres humanos. Se descarta también, bajo esta misma idea, equiparar los sistemas inteligentes con los **animales** a los efectos de la normativa en responsabilidad, ya que, en muchos ordenamientos son considerados como "seres vivos" o "seres vivos con sensibilidad", a pesar de que existen robots que simulan la conducta de animales, como el perro, todavía se alejan de la naturaleza de los animales.

Dejando de lado, la idea anterior si se considera a los **robots como cosas**; en principio el **art.333 CC -EDL 1889/1-** establece como "cosas" los objetos materiales muebles o inmuebles que pueden ser objeto de apropiación [67], si seguimos este concepto un robot perfectamente es un objeto, por lo que, los sistemas inteligentes y las cosas ostentan la misma condición jurídica a priori. El problema con respecto a esta categoría jurídica radicaría en delimitar si estamos ante un bien mueble o inmueble, la lógica nos lleva a atribuirle la condición mueble a estos sistemas, después de todo, hablamos de vehículos, aviones, submarinos, drones, robots, etc.; que en un principio cumplen con las características de un bien mueble. Sin embargo, nuestro código también establece en su **art.334.3º** que tendrá la consideración de bien inmueble *"todo lo que este unido a un inmueble de manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto"*, entonces, ¿podrían entrar en esta categoría las nuevas casa inteligentes?, son viviendas que tienen incorporado dispositivos que permiten la automatización de sus funciones, si este dispositivo fallara y por ejemplo hubiera una fuga de gas causando un incendio ¿sería responsable el dueño de la vivienda, y consecuente operario del sistema de IA?

No obstante, lo anterior, es de común acuerdo entre la doctrina que categorizar a las nuevas tecnologías como "cosas" es de momento, la aproximación más certera que existe. Dejando de lado, que la teoría flaquea en aspectos como el anterior, sobre la correcta delimitación entre "bienes muebles o inmuebles" o sobre las bases de la propia IA cuando se establece que los robots inteligentes y programas pueden interactuar con su entorno, llevar a cabo acciones, razonar y pensar por sí mismas; cosa que quita fiabilidad a establecer de forma segura que la IA son "cosas". Esta es de las teorías más acogida por el momento.

Para esto, en segundo término, tendremos que el Parlamento Europeo propone una personalidad jurídica específica de los robots, para dar alcance a la responsabilidad [68]. Bajo estas circunstancias se tomarán los **robots como "sujetos" responsables**, según esta propuesta que se llevó a cabo en 2017, se debería crear un status nuevo en el que los robots inteligentes y muchos de los sistemas dotados de IA deben ser sujetos con deberes y derechos. Bajo esta premisa, si se llegara a establecer que las nuevas tecnologías tienen lo que se denomina "personalidad electrónica" ¿Qué régimen de responsabilidad sería aplicable en estos casos? Se debería asimilar a una personalidad jurídica o deberán los legisladores crear desde cero un nuevo régimen de responsabilidad que se acople a estas situaciones.

Otros autores entre ellos, Santos González consideran que el hecho de que no se considere en la categoría de "cosa" al robot no debe impedir que se aplique el **régimen jurídico de responsabilidad por producto defectuoso** [69]. Esta normativa es muy importante para esta disciplina ya que, es la que se ha estado utilizando a lo largo de estos últimos años para suplir los vacíos que han dejado los aparatos inteligentes; lo interesante de esta norma es que concibe a la IA no como una cosa, sino que la establece en la categoría de "**producto**" siendo el responsable el fabricante de la máquina en estos casos.

En otro orden de idea, también se propone por la doctrina que el **propietario o el usuario** podría haber actuado con negligencia o dolo alterando o dando instrucciones inadecuadas al robot, en este caso sería el responsable del daño [70]. Lo que se quiere con este sistema de responsabilidad es buscar la vía más sencilla para establecer el sujeto que debe responder por el perjuicio causado por un sistema inteligente, como todas las teorías o propuestas, esta no es la excepción a críticas, sin embargo, junto a la categoría de los robots como "cosas" es de las más aceptadas. Esto es así, ya que, según los expertos los sistemas inteligentes siempre deben contar con un cierto grado de interacción humana para funcionar o realizar las tareas que le son encomendadas y si resulta que el operador o el usuario de estos sistemas se demuestra que actuó negligentemente o con malicia deberá responder de los daños causados y no podrá achacar la culpa al robot, máquina o sistema inteligente abogando por su autonomía o pensamiento. "En todo caso, al menos en la etapa actual, la responsabilidad debe recaer en un humano y no en un robot". [71] Como se puede observar, la mayor parte de las veces será posible remontarse hasta un agente humano concreto (fabricante, propietario o un usuario) y perfectamente imputable (responsable de lo ocurrido); la idea de una personalidad electrónica quedará para que los robots más avanzados y autónomos [72].

4.2 Discusión sobre una posible personalidad jurídica para los robots o máquinas dotadas de IA. ¿tienen o debe otorgarse ex novo personalidad jurídica a la IA con la consecuencia de atribuirle Derechos, obligaciones y responsabilidad?

Las características inherentes y el propio concepto que gira alrededor de la robótica inteligente han llevado a un interesante debate en los últimos años, el hecho de que una máquina sea capaz de tomar sus propias "decisiones" nos conduce a pensar sobre una alternativa para una nueva especie de "persona no humana". Otorgar personalidad jurídica a un robot y presentarlos como personas electrónicas, es decir, capaces de ser titulares de derechos y obligaciones se presenta también en la doctrina como un **escenario posible**.

La idea principal de esta propuesta planteada por la UE en su resolución de 2017 fue, en síntesis, no poder establecer o colocar la IA y nuevas tecnologías en una de las figuras jurídicas que ya tenemos. El panorama europeo y sus legisladores consideraron en su momento como mejor solución la posibilidad de otorgarle personalidad jurídica a los sistemas inteligentes, dotándolos consecuentemente de deberes y derechos. Solución que fue muy polémica en su momento teniendo tanto partidarios como detractores en la propuesta. Esta resolución estableció *"crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente"* [73]. Todavía sigue habiendo partidarios hacia esta postura, ponemos por caso a Sophia [74], la primera humanoide con inteligencia artificial avanzada que se ha creado en el planeta y que en 2017 le fue otorgada la ciudadanía saudí (es el primer robot que cuenta con nacionalidad) [75]. **¿será el primer paso para considerar una postura a favor de una personalidad jurídica electrónica?**

Los partidarios de crear una personalidad jurídica específicamente para los robots abogan por considerar a los robots como personas electrónicas -se desplaza la idea de considerarlos como "cosas" o "productos"-, especialmente a los robots autónomos más complejos, -como vimos en el ejemplo anterior con Sophia-, haciéndoles responsables de reparar los daños que puedan causar [76]. Según estos autores, la forma de llevar a cabo esta idea es abordarlo desde una perspectiva nueva, la de enmarcar dicha personalidad electrónica en una nueva rama jurídica denominada "Derecho de los Robots" (**Robot Law**), -como establecimos capítulos anteriores- para dar respuesta a los nuevos desafíos que se van a ir planteando y que desarrolle bajo las características del régimen asociado a las **personas jurídicas**. Sin embargo, como cualquier tesis, hay críticas sobre esta propuesta, ya que, si se diera el caso hipotético de concebir a los robots como personas físicas o jurídicas -o una figura muy próxima-, se les estaría otorgando capacidad suficiente para **contraer obligaciones y ejercer derechos**.

En cuanto a los autores que discrepan sobre la otorgación de una personalidad jurídica a los robots, cabe destacar que son muchos los partidarios en manifestar abiertamente el rechazo a esta idea. Los fundamentos para rechazar este proyecto se fundamentan en tres ideas principales: el estatus de un robot no puede derivarse del modelo de **persona natural**, ya que el robot tendría Derechos humanos, como el derecho a la dignidad, a su integridad, a la remuneración o el derecho a la ciudadanía, confrontando así directamente los derechos humanos. En segundo lugar, el estatus legal de un robot no puede derivarse del modelo configurado para las **personas jurídicas**, ya que el mismo implica la existencia de personas humanas detrás de la persona jurídica para representarlo y dirigirlo. En último lugar, por ser extremadamente complejo y propio de ciertos ordenamientos el estatus legal de un robot no puede derivarse del modelo anglosajón de "**trust**" o "**Fiducie**" o "**Treuhand**" en Alemania [77].

La solución para los autores que se niegan a la postura más innovadora de personalidad electrónica es continuar con las legislaciones vigentes y acoplarlas de cierta manera a las nuevas tecnologías. En opinión la idea de rechazar completamente esta propuesta es pesimista ya que, no debería estar descartada del todo, si bien es un poco ambiciosa en el sentido de que se deben pensar y realizar muchas cosas hasta llegar a una personalidad electrónica, llegará un momento en que será necesaria esta personalidad; no tanto como una personalidad física o jurídica a la que estamos acostumbrada, pero si una personalidad diseñada específicamente para las necesidades y protección de los sistemas inteligentes. El derecho no está preparado en este momento para esta gran reforma, pero sin duda dentro de más años será una propuesta bastante tentadora para los legisladores. Podríamos decir, que se puede balancear esta idea con una postura intermedia.

4.3 La aplicación de la Dir 85/374/CEE -EDL 1985/9972- sobre responsabilidad derivada de productos defectuosos, recogida en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

Se entiende por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación [78]. ¿Podríamos entonces aplicar esta normativa a los casos de responsabilidad civil derivada del uso de la IA? En efecto, sí. Por el momento, ha sido la normativa a la que se ha estado remitiendo estas situaciones para dar respuesta a la problemática de los aparatos inteligentes.

El problema con aplicar esta normativa es la complejidad y la cadena de suministros con la que cuentan estos sistemas. Sabemos que, para tener el "producto final" debemos pasar anteriormente por una multitud de sujetos que intervienen en la producción del resultado final al que denominamos robot, sistema o máquina dotada con IA. Por ello el fabricante en estos casos no sería responsable si probara que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. Tendremos la primera laguna jurídica. Se propone a la Comisión Europea en el informe emitido en 2020 sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial que *"evalúe si la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos debe transformarse en un reglamento, a que aclare la definición de «productos», determinando para ello si*

el contenido digital y los servicios digitales entran dentro de su ámbito de aplicación, y a que considere la posibilidad de adaptar conceptos como «daño», «defecto» y «productor»; opina que, en aras de la seguridad jurídica en toda la Unión, tras la revisión de la Directiva, el concepto de «productor» debe incluir a fabricantes, desarrolladores, programadores, proveedores de servicios y operadores finales” [79] el problema entonces vendrá cuando no sea el fabricante, el proveedor del servicio, el diseñador, etc.; quien haya cometido el error sino que sea un tercero (no operador por ejemplo) o incluso el propio dueño y operador de estas máquinas quien cometa la acción que origine el daño.

Otro inconveniente de aplicar esta normativa será la categorización como producto defectuoso de estas máquinas, como sabemos, esta directiva fue creada para otro tipo de supuestos y que, en aras de establecer seguridad jurídica a los sujetos que sufrieran un daño como consecuencia de las tecnologías se permitió interpretar esta norma para dar cabida a estos supuestos. Entonces, ¿Cómo sabemos cuándo un sistema de IA cumple los requisitos para ser considerado un producto con arreglo a dicha directiva? El constante cambio en las tecnologías inteligentes impide que se dé una respuesta correcta a esta pregunta. Es por ello por lo que se pide a la comisión en el informe ante citado que “...debe seguir utilizándose en relación con las reclamaciones por responsabilidad civil contra el productor de un sistema de IA defectuoso, cuando el sistema de IA cumpla los requisitos para ser considerado un producto con arreglo a dicha Directiva” [80].

Por último, la opción que dejo sobre la mesa el PE fue la de revisar esta directiva y adaptarla al “mundo digital”, por lo que se pide una reforma de dicha norma para que se ajuste a las nuevas exigencias de los sistemas inteligentes. Estableció entonces que, aunque haya quedado de alguna manera obsoleta, es una buena legislación para estos productos que se puede seguir aplicando para “así garantizar un elevado nivel de protección efectiva de los consumidores y de seguridad jurídica para los consumidores y las empresas, a la vez que se evitan elevados costes y riesgos para las pymes y las empresas emergentes” [81].

4.4 Soluciones de la normativa europea: Propuesta de reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020 [82]

La Unión Europea desde que se dictó el informe de 2017 -de la que ya hemos hablado- no ha parado de continuar con el desarrollo normativo en materia de IA. El objetivo principal de la UE es lograr es una mayor seguridad jurídica y respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, así como seguir promoviendo el desarrollo de sistemas inteligentes. El 20 de octubre de 2020 se aprueban tres documentos de especial relevancia en materia de IA, de los cuales nos interesa en este momento es una resolución centrada en las normas de responsabilidad civil “Civil liability régime for artificial intelligence” 2020/2014 (INL) [83], con el objetivo de proteger a los ciudadanos, a fin de generar confianza en el uso de las aplicaciones de IA en donde el punto más importante, es la propuesta de reglamento que se realizó en la resolución.

Lo primero que cabe destacar es que la Propuesta de Reglamento (**en adelante PR**) es muy distinta a la regulación que tuvo cabida en 2017 o, mejor dicho, se encarga de corregir los errores y vacíos jurídicos que dejo esta primera propuesta de legislación. El punto de inflexión para dejar atrás las ideas propuestas en el 2017 es el rechazo a la “personalidad electrónica” que fue promovida en ese tiempo. Establece no ser necesario atribuir personalidad jurídica a los sistemas de IA cuando dice de manera contundente que “Cualquier cambio necesario del marco jurídico vigente debe comenzar con la aclaración de que los sistemas de IA no tienen personalidad jurídica ni conciencia humana, y que su única función es servir a la humanidad...En última instancia, la gran mayoría de los sistemas de IA se utiliza para efectuar tareas triviales, sin riesgo o con riesgos mínimos para la sociedad” [84].

Si quedaban dudas sobre la personalidad electrónica, esa que permitía a la IA ser objeto de derechos y deberes, para así poder ser responsable de los daños que causara, en capítulo I sobre “disposiciones generales”, art. 1 de la PR aclara que “las demandas por responsabilidad civil de las personas físicas y jurídicas contra los operadores de sistemas de IA” [85]. Este es sin duda, el avance más importante de este futuro reglamento, ya que desecha la idea que muchos autores apoyaban de caracterizar a la IA con una personalidad jurídica. La doctrina en este caso se ha decantado por la categoría de producto como naturaleza jurídica de estos sistemas.

A. Régimen de responsabilidad.

El futuro reglamento establece dos regímenes de responsabilidad, en función del tipo de sistema de IA que haya causado el daño: por un lado, establece una responsabilidad objetiva para los daños causados con sistemas de IA de alto riesgo (art.3 PR), y por otro, una responsabilidad subjetiva para los daños causados con sistemas de IA que no supongan un alto riesgo (art.8 PR) [86]. Por tanto, el reglamento promueve una categorización de la IA en función del riesgo, es decir, según la categoría en la que se encuentren las máquinas, sistemas, programas o robots serán de aplicación una u otra responsabilidad. Se tendría que analizar caso por caso para saber si se trata de un supuesto de IA de alto riesgo o si por el contrario se trata de otro sistema de IA -que no sea de alto riesgo.

Para los sistemas de alto riesgo, el régimen de responsabilidad objetiva será el aplicable, en cambio para el resto de los sistemas inteligentes se aplicará una responsabilidad subjetiva. (art.4 y art.8 PR, respectivamente). Los sistemas de alto riesgo tendrán en cuenta la “la potencialidad de causar daños al público en general, afectando, en su caso, a un número de personas desconocidas e indeterminadas; la gravedad del daño por su efecto lesivo en los derechos fundamentales, y el valor total de perjuicios” [87]. Según el art.4.1 del PR todo operador de estos sistemas será responsable objetivamente de los daños causados por la actividad física o virtual de los dispositivos o procesos gobernados por dicho Sistema. Serán daños indemnizables: daños corporales, así como daños materiales y morales.

En segundo plano tendremos a los otros sistemas de IA que no se consideran de alto riesgo, para ello el art.8 nos dice que debemos interpretar sensu contrario lo que establece el art.3, letra c) y el art.4.2 sobre sistemas de alto riesgo. Es decir, todo lo que no sea sistema de alto riesgo será catalogado como “otros sistemas de IA”. Ante estos sistemas se aplicará la responsabilidad por culpa. Se trata de una responsabilidad cuasi objetiva, o con inversión de la carga de la prueba de la culpa, pues el art. 8.1 establece que el operador (inicial, final o ambos) estará sujeto a responsabilidad subjetiva respecto de todo daño o perjuicio causado por la actividad física o virtual del sistema [88].

B. Sujetos responsables.

Es muy importante como la propuesta de reglamento resuelve la problemática de la imputación de responsabilidad cuando hacemos uso de estos sistemas inteligentes, ya que, señala como responsable de los daños al operador. El art.3.d define operador como “tanto el operador final como el inicial, siempre que la responsabilidad civil de este último no esté ya cubierta por la Dir 85/374/CEE -EDL 1985/9972-”, esto quiere decir que en los casos en que sea de aplicación la normativa por productos defectuosos no cabra aplicar este reglamento, por lo que se deberá realizar un ejercicio en “cascada” para determinar al responsable del daño: primero se debe ver si el caso está cubierto por la directiva, en caso contrario se deberá acudir al reglamento y posteriormente calificar si estamos ante un supuesto de IA de alto riesgo o no, para saber cuál es la norma que debemos aplicar.

El operador final es “toda persona física o jurídica que ejerce un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de AI y se beneficia de su funcionamiento”. Por su parte, el operador inicial es la “persona física o jurídica que define, de forma continuada, las características de la tecnología y proporciona datos y un servicio final de base esencial y, por tanto, ejerce también un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y funcionamiento del sistema de IA”, es decir, el programador que ofrece su sistema como servicio y se mantiene vinculado a él por medio del trabajo continuado sobre el mismo. [89]

En conclusión, la Propuesta de Reglamento admite en principio que el sujeto responsable sea el productor, diseñador, fabricante, etc.; aquellos que se posicionan en la primera etapa de creación de estos sistemas. Lo que si aclara es que, se considera preferible para estos casos -cuando se cumpla con los presupuestos- aplicar la Dir 85/347 de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Con respecto a esta última idea la PR también establece la necesaria reforma de la directiva para que sea perfectamente adaptable a estos supuestos jurídicos.

En segundo orden de ideas, entrara el ámbito de aplicación del PR estableciendo como sujeto responsable -como ya hemos dicho- al operador. Al margen de los responsables antes citados, en caso de daños causados por un tercero, serían de aplicación las normativas de los Estados miembros relativas a la responsabilidad subjetiva. Solo habrá que introducir correcciones en caso de que el tercero no sea rastreado o sea insolvente, previsiblemente a través de fondos descompensación. [90]

5. CONCLUSIONES

Como se ha mostrado, el Derecho puede ofrecer las herramientas necesarias, de momento, para dar respuesta a esta problemática, si bien es cierto que todavía estamos en una etapa embrionaria donde todavía quedan vacíos que resolver, es importante saber que ya se está gestando la idea de una rama jurídica nueva, el “Derecho de los Robots”, una nueva visión que está intentando adaptar las normativas en vigor y además generando un nuevo marco jurídico que se ajuste a las exigencias de la sociedad con respecto a implementar IA en su vida diaria. La IA es un campo mutable, complejo y que evoluciona a pasos agigantados, normalmente el derecho siempre va un paso por detrás de los avances sociales, esto por las propias características de nuestra disciplina que impiden de alguna manera equiparar la realidad con las leyes, y nos hace preguntarnos si ¿Nuestro ordenamiento jurídico está capacitado para dar solución a los nuevos retos que plantea la inteligencia artificial? Lo que se quiere decir es que, ya los sistemas autónomos están aquí, en los hospitales, industrias, empresas, transportes, servicios básicos, música, incluso hay proyectos de IA sobre ciudades inteligentes o “Smarts Citys” [91], es por esto por lo que se debería eliminar la brecha que existe entre las leyes y el continuo avance de las tecnologías asumiendo una postura innovadora.

Algunos siguen sosteniendo la regulación como un “obstáculo para la innovación y el desarrollo tecnológico”, es un temor razonable que puede ser despejado con un marco jurídico acorde a las exigencias de la IA que pueda balancear la libertad de los creadores de estos sistemas y la seguridad de las personas de ver resarcida su responsabilidad en caso de daños. La regulación que se pretenda aprobar deberá ser proporcional y equilibrada, permitiendo el pleno desarrollo de la tecnología de la IA, pero a su vez garantizando la transparencia de los estudios e investigaciones y la seguridad para las personas. La postura que se mantiene es la de crear una legislación estable y especializada para la robótica y la IA, partiendo de una idea tan ambiciosa como esta, conviene detallar las opiniones y aportes relativos a esta disciplina:

Primera. ¿Personalidad jurídica de los robots? ¿Es conveniente?

La pregunta gira en torno a si es factible dotar a sistemas autónomos inteligentes con una personalidad jurídica que les atribuya deberes y derechos, ¿es verdaderamente necesario reconocer una "personalidad electrónica"? El otorgamiento de esta figura jurídica a los robots y programas inteligentes es uno de los temas más polémicos e importantes en el ámbito legislativo, no solo se trata de darle a estas máquinas una postura "legal" que pueda ser de ayuda para instaurar un marco normativo, sino que también estamos dándoles la oportunidad de ostentar tanto derechos como deberes. La premisa del Parlamento Europeo era otorgar una personalidad electrónica para así obligar a esta área tecnológica a hacerse cargo de los daños que pudieran causar, sin embargo, no dejaron muy claro como harían con respecto a las demás obligaciones y sus correlativos derechos que conlleva una personalidad jurídica, ¿deberían los vehículos autónomos tener derecho a la vida y ser inscritos en el registro civil? Según Pablo García Mexía, letrado de las Cortes un prestigioso experto nacional en derecho de las tecnologías *"la inteligencia artificial plantea numerosos problemas al Derecho, pero la atribución de una personalidad jurídica "electrónica" para resolver los supuestos de responsabilidad derivada del uso de estos sistemas, no es la solución, ya que erosiona el papel central de la persona humana ante estos casos"* [92]. La posibilidad de dotar a los robots de una personalidad jurídica para poder atribuirles la responsabilidad civil por los daños que causen, en opinión, es excesiva. El hecho de hacer que máquinas ostenten tanto derechos como deberes -cosa que se suele olvidar- en forma de "personalidad jurídica electrónica" trae consigo una dificultad innecesaria y extenuante en su regularización.

El problema con esta personalidad electrónica es su concreción, en tanto que, para intentar desarrollar una personalidad para los robots, estamos obligados a cuestionarnos varias cosas como, por ejemplo: ¿a qué se puede asemejar dicha personalidad?, ¿podremos adaptarla a alguna figura jurídica existente o necesitaremos de alguna nueva?, ¿Cuáles serán las características? ¿Qué sistemas de IA deben tener personalidad electrónica? ¿Desde qué momento surge esta figura? entre otras incógnitas que el derecho por el momento no está preparado para responder.

Esto no quiere decir que se descarte la idea por completo, aunque en opinión sería de las últimas posibilidades para tener en cuenta, ya que, el derecho por el momento no está capacitado para dar esta respuesta, quizás en un futuro si se sigue evolucionando el ámbito tecnológico -como se tiene previsto-. Se ha demostrado que la IA va más allá de una coraza que pretende aparentar una apariencia humana; hablamos de que la inteligencia lograda de forma artificial son sistemas, son coches, son drones, son teléfonos móviles, etc. ¿también se les atribuirán deberes y derechos?, un vehículo podrá tener derechos como el de la libertad, un dron tendrá derecho al trabajo, incluso se podría hablar de derecho a la vida de estos sistemas. Viéndolo desde esta perspectiva hiperbólica ni nuestro propio ordenamiento, ni me atrevo a pensar que ningún otro tenga la capacidad de afrontar este proyecto por el momento.

Segunda. ¿Se debe crear un nuevo régimen de Responsabilidad Civil o es posible adaptar nuestra normativa? ¿Es factible una postura más actual del Derecho?

El desarrollo tecnológico y la gran presencia social y económica que tienen los robots y la IA aumentará en muy poco tiempo, lo que obliga a establecer nuevas normas jurídicas que "se centren en cómo una máquina puede considerarse parcial o totalmente responsable de sus actos y omisiones, ya que, la actual legislación en materia de responsabilidad extracontractual no abarca las consecuencias de la robótica avanzada" [93]. El debate surge cuando nos preguntamos si es adecuada la aplicación de las leyes existentes -las que llamamos tradicionales- a los cambios tecnológicos estructurales que estamos experimentando, esto es, si los principios de nuestro Derecho son suficientes para afrontar la responsabilidad que surge de la utilización de sistemas dotados con IA, o si por el contrario debería ser necesaria una legislación completamente nueva para estas situaciones.

Ya sabemos que la mayoría de la doctrina está a favor de regularizar mediante un nuevo régimen la utilización de sistemas inteligentes, es una ardua tarea que se está llevando a cabo por distintos países que consideran como mejor opción la creación de nuevas normas jurídicas especializadas en dar respuesta a la problemática que conlleva la utilización de la IA en la sociedad. De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, es la solución más elocuente y acertada, pues ya son varios los estados que reconocen que una regularización temprana puede ayudar a solventar esta problemática jurídica. Un ejemplo, de esta posición doctrinal son principales países pioneros en el desarrollo de tecnología e inteligencia artificial China, Japón y Corea del Sur que centran sus políticas legislativas en la ética y el desarrollo de estos sistemas, además EE.UU. para el 2020 ya comenzó a plantearse preparar un texto legislativo que tiene como objetivo regular el uso de la inteligencia artificial, lo curioso de este proyecto es que se presenta como premisa diez principios que se deben tener en cuenta para poder desarrollar la IA [94]. Sin dejar atrás a la Unión Europea que en estos momentos es la primera en proponer una legislación contundente en materia de IA con una nueva propuesta de reglamento y demás recomendaciones e informes que lo preceden [95]. **Un nuevo régimen de Responsabilidad Civil que abarque supuestos de IA y robótica es inminente.**

Tenemos, por un lado, que el nuevo régimen de "robot law" es uno de los más ambiciosos a nivel legislativo, pero fuera de ello, la crítica de esta postura es la forma de enfocar esa nueva legislación, es decir, según el punto de vista que tenga el estado con respecto a la responsabilidad, se lograra una normativa u otra. Por una parte, nos encontramos sistemas como el europeo y mayormente el americano que abogan por una **normativa enfocada al daño y a la responsabilidad**, por lo que se dejaría de lado el enfoque "**preventivo**", lo que traería como consecuencias sistemas que solo se centran en el resarcimiento del daño y no en la aplicación de leyes para prevenir que dicho daño pueda llegar a suceder. Sin embargo, otras corrientes como la asiática estipulan sistemas enfocados no al daño y su consecuente responsabilidad, sino que promueven una normativa en donde lo principal será la regularización de todo el conglomerado de actos y sujetos que intervengan en las máquinas, robots y sistemas con IA antes de producido el daño.

Hay otros autores -la minoría- que se decantan por una teoría más tradicional consistente en la adaptación de los regímenes vigentes. En este punto, se establecen dos premisas generales del régimen de responsabilidad civil vigente en materia de IA que son: por un lado, la validez de los regímenes actuales sobre responsabilidad civil de los Estados, no precisan de una revisión completa -son normas que previamente ya han sido aprobadas según los métodos establecidos para ello en cada estado, y aunque no fueron creadas para estos sistemas son plenamente validas-. En segundo lugar, será necesaria como consecuencia, una reforma para adaptar dichos regímenes vigentes porque los sistemas de IA presentan características propias que requieren adaptaciones específicas y coordinadas de los regímenes de responsabilidad civil para evitar situaciones en las que personas que sufran un daño o un menoscabo a su patrimonio acaben sin indemnización por no encontrarse en el tipo jurídico establecido por la norma.

El inconveniente que podríamos encontrar a esta idea es que el marco jurídico del Derecho de los Robots requiere una renovación constante por sus propias características y principios, además que este nuevo marco normativo debe ser moldeado desde cero. "En **primer lugar**, tiene que abordar los efectos secundarios inesperados que las intervenciones regulatorias destinadas a salvaguardar determinados derechos o valores puedan tener sobre otros. En **segundo lugar**, debe mantenerse alerta ante la necesidad de poner al día, ampliar o cambiar el marco a la luz de los cambios en la sociedad y los sistemas de valores que se producen a través del proceso de conformación mutua de tecnologías, procesos sociales y perspectivas normativas" [96]. De momento, no es una idea fácil de materializar, hará falta mucho tiempo para lograr diseñar un sistema jurídico basado en la IA y la robótica, no obstante, es de las propuestas más acertadas que hay en la actualidad.

Tercera. Teoría preventiva.

"El riesgo consiste, en definitiva, en la posibilidad de que se causen daños que pueden afectar a la integridad o vida de las personas, daños materiales, impactos graves para la sociedad en su conjunto, o para actividades económicas de gran importancia, o distorsión en la prestación de servicios esenciales, o impactos negativos en los Derechos fundamentales" [97]. Según esta idea, utilizar algunos sistemas autónomos inteligentes como vehículos, drones, programas informáticos supone un riesgo para los derechos o bienes jurídicos protegidos por los ordenamientos jurídicos. En este sentido, son algunos autores los partidarios de que se utilice un sistema preventivo más que sancionador de la utilización de sistemas de IA que lleve a coaccionar a los empresarios, diseñadores y fabricantes el desarrollo de nuevas tecnologías como la IA y los robots. Es decir, normalmente la doctrina se centra en las consecuencias que se producen de la utilización de artefactos inteligentes más que poner atención a sistemas de previsión, que es por lo que abogan muchos juristas.

Según el artículo divulgativo publicado por Alejandro Hugo Lora sobre el proyecto de reglamento sobre inteligencia artificial "se pueden utilizar varios instrumentos o técnicas de intervención como la prohibición total o parcial de ciertas actividades para evitar los riesgos (siguiendo el principio de precaución), un régimen autorizatorio (control preventivo), otras formas de control preventivo (declaraciones responsables); en vez de un control exclusivamente posterior (responsabilidad civil y, en su caso, penal de quien causa daños utilizando esa técnica creadora de riesgos)". Además de utilizar mecanismos de inspección para facilitar el trabajo de investigación

Dicho de otro modo, no es que se prohíba cosas que ahora están permitidas -como la construcción de vehículos autónomos, drones de piloto automático, aeronaves e incluso androides con apariencia humanoide- sino que intenta prevenir que se produzcan esos resultados lesivos o dañinos a través de una regulación exhaustiva. Sin embargo, el hecho de establecer un sistema preventivo no escapa de que se debe establecer un control posterior como veíamos al principio. Si se producen daños a pesar de la utilización de las medidas preventivas especificadas, podría haber responsabilidad civil o, en su caso, penal.

Cuarta. Cadena de investigación.

Uno de los problemas jurídicos que presenta el uso de la IA y la correlativa responsabilidad civil que puede desencadenar es la dificultad para establecer quién es el responsable de los daños que se desprendan del uso de productos o de la prestación de servicios basados en IA (el fabricante, el operador, el empresario que se sirve de la tecnología, el cesionario, el usuario, etc.) Este fenómeno fue denominado por la doctrina como "cadena de responsabilidad" supone que, en el momento en que un artefacto dotado de IA ocasione un daño, se pondrá en marcha una labor de análisis de todos aquellos sujetos que estuvieron en contacto con el sistema inteligente, para así determinar en qué momento hubo el error que desencadenó el daño y así poder establecer un responsable.

Ante esto, se propone por parte de la comisión europea considerar la responsabilidad por capas del desarrollo de la tecnología, distinguiendo si se trata, por ejemplo, de un error en el análisis del diseño y la programación del algoritmo, o del producto final, o de los resultados por su manipulación. Podríamos entonces, hacer una analogía y proponer lo que denominamos una "**cadena de investigación**" [98]. Por ejemplo, los daños causados por un método de IA llamado machine learning encargado de diagnosticar enfermedades, los daños causados por un accidente de avión pilotado por un programa inteligente, o incluso los daños morales que puede causar sesgos de géneros en la IA que le llevan a elegir unas personas por sobre otras gracias a los estereotipos.

La duda se centra en determinar sobre quién recae la responsabilidad estos daños: ¿sobre el sujeto desarrollador del algoritmo de IA? ¿Sobre el vendedor? ¿O sobre la compañía aseguradora? O quizás, ¿deberemos hablar de una posible responsabilidad solidaria? Incluso sería posible preguntarnos si es el propio operador de estos sistemas el responsable. Con estos ejemplos, veremos que la teoría de implementar un seguimiento que inicie desde el operador hasta el punto de origen del desarrollo del artefacto dotado de IA es un poco ambiciosa y poco práctica en la realidad, puesto que supondría un exceso en la labor de investigación a la hora de determinar la responsabilidad civil para la víctima del daño ocasionado.

La idea para una mejor regularización es esquematizar en qué fase del desarrollo nos encontramos con respecto a las máquinas dotadas de IA, esto facilitaría una legislación más exhaustiva propuesta en "bloques" o de manera más sistemática para saber de qué problemas estamos hablando y su posible solución. Muchos encuentran factible que un diseño de un marco regulatorio construido en base a este diseño podría ayudar a una mejor seguridad jurídica y en consecuencia una mejor normativa que si la concebimos como una totalidad o unidad ya que de sus características se desprende que estos sistemas son muy complejos en su elaboración (diseño, fabricación, construcción, etc.) en su aprobación para su introducción en el mercado (test de expertos, pruebas de mercadeo, y de seguridad) en su venta a empresarios y finalmente los usuarios.

Quinta. Posible marco regulatorio.

Para finalizar con un breve aporte, consideramos la idea de una posible regularización de los sistemas inteligentes bajo la idea de la clasificación de la IA. Es decir, conviene crear en principio, una clasificación basada en los tipos riesgos de los sistemas inteligentes -no es lo mismo un daño causado por un dron autónomo que el "posible daño" que pueda causar un asistente de voz como Siri-, así los tipos de IA se determinarán en función de si suponen un riesgo bajo, medio o alto para la sociedad o seguridad de las personas. Esta idea, ya está siendo puesta en marcha a nivel europeo, la Comisión propone un marco jurídico basado en los tipos de riesgos: riesgo inadmisibles, alto riesgo, riesgo limitado y riesgo mínimo.

Por consiguiente, la regulación futura de los sistemas expertos, en materia de responsabilidad civil, debería hacerse de forma sectorial en los diferentes ámbitos a los que afecte -como se ha venido haciendo con los vehículos autónomos-. De esta manera evitamos una regularización general y abstracta por una que identifica el riesgo a raíz del grado de autonomía del sistema.

BIBLIOGRAFÍA

• 1. LIBROS CONSULTADOS.

- **BADILLO ARIAS, JOSÉ ANTONIO; ÁLVAREZ OLALLA, PILAR; DÍAZ DÍAZ, EFREN.** *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos: responsabilidades y aseguramiento. Responsabilidad civil y aseguramiento obligatorio de los robots.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. P. 25-66, 297-324.
- **BARRIO ANDRÉS, MOISÉS; FROOMKIN A. MICHAEL.** *Derecho de los robots.* Wolters Kluwer España, S.A. La Ley, Madrid, 2018.
- **DÍAZ ALABART, S.,** *Robots y Responsabilidad civil*, ed. Reus, Madrid, 2018.
- **GARCÍA SERRANO ALBERTO.** *Inteligencia artificial. Fundamentos, práctica y aplicaciones.* 1º ed. Madrid: RC. Libros. 2012.
- **NUÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL CARMEN,** profesora titular de derecho civil, Universidad Autónoma de Barcelona. *Inteligencia artificial y responsabilidad civil: régimen jurídico de los daños causados por robots autónomos con inteligencia artificial.* Colección: Scientia jurídica. Editorial Reus, Madrid 2019.
- **ROUHIAINEN LASSE.** *"Inteligencia artificial 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro".* Editorial Planeta, S.A., 2018.
- **ZAPATA SEVILLA, JOSÉ.** *Inteligencia artificial y responsabilidad civil: el caso de las organizaciones descentralizadas autónomas.* La regulación de los algoritmos, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2020 p. 349-364.

• 2. ESTUDIOS, INFORMES Y ARTÍCULOS CONSULTADOS:

- **ÁLVAREZ OLALLA PILAR,** Catedrática de Derecho Civil Universidad Rey Juan Carlos. Propuesta de reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del parlamento europeo, de 20 de octubre de 2020. *Revista CESCO de derecho de consumo*, N°38/2021, ISSN 2254-2582.
 - **ATAZ LÓPEZ. JOAQUÍN.** Universidad de Murcia (2020) "Daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial".
 - **BAEZA-YATES RICARDO Y KARMA PEIRÓ.** ¿Es posible acabar con los sesgos de los algoritmos? (1ª parte) por 17 de junio de 2019. Puede verse en: <https://www.karmapeiro.com/2019/06/17/es-posible-acabar-amb-els-biaiox-dels-algoritmes-1a-part/>
 - **BARRIO ANDRÉS, MOISÉS.** "Hacia una personalidad electrónica para los robots". *Revista de derecho privado.* 2018.
 - **BARROS GONZÁLEZ LAURA,** (octubre 2019). "El debate sobre la personalidad jurídica y la responsabilidad de los robots inteligentes. Especial referencia a la robótica sanitaria."
 - **CISNEROS MURUGARREN AMAIUR,** (2021) universidad complutense de Madrid. "robots dotados de inteligencia artificial su posible personalidad jurídica y responsabilidad por daños".
 - **EBERS, MARTÍN** humboldt-universität zu berlin "La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el Derecho de la responsabilidad civil?" *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, No 3. www.indret.com. Puede verse en: <file:///C:/Users/patri/OneDrive/Documents/CUARTO%20A%C3%91O/TFG/DOC%201.%20IMPORTANTE%20BUENA%20INFO.pdf>
 - **GARCÍA-PRieto CUESTA, JUAN (2019),** «¿Qué es un robot?», en BARRIO ANDRÉS (director), *Derecho de los robots*, 2ª edición, Wolter Kluwer 2019.
 - **LAMBEA RUEDA, ANA.** "Entorno digital, robótica y menores de edad", *Revista de Derecho Civil*, n° 4, 2018.
 - **RAMÓN FERNÁNDEZ, FRANCISCA.** *Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil?* Universitat Politècnica De València. Departamento De Urbanismo, 2019. Disponible en: <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/117875/Rob%3B3tica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
 - **SÁNCHEZ DEL CAMPO ALEJANDRO,** "Cuestiones jurídicas que plantean los robots", *Revista de privacidad y derecho digital*, n°2, 2019.
 - **SANTOS GONZÁLEZ, MARÍA JOSÉ,** "Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro", *Revista jurídica de la Universidad de León*, n° 4, 2017.
 - **TOMÁS MARTÍNEZ, GEMA** "¿Puede un robot ser responsable por causar daños?: primeras reflexiones ante el nuevo reto europeo de innovación legal". 2017
 - **ZORNOZA SOMOLINOS ALEJANDRO** "Breves apuntes a la propuesta de reglamento del parlamento europeo sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial". 2020
 - Comunicación de la comisión al parlamento el parlamento europeo, el consejo, el comité económico y social europeo y al comité de las regiones. **Fomentar un enfoque europeo de la Inteligencia Artificial. Bruselas, 21.4.2021.**
 - **Robot Law. Project title:** Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe: Robotics facing Law and Ethics. Project website address: www.robotlaw.eu. D6.2 Guidelines on Regulating Robotics, Delivery date: 22/09/2014. Organization name of lead contractor for this deliverable: SSSA. Puede verse en: http://www.robotlaw.eu/RoboLaw_files/documents/robotlaw_d6.2_guidelinesregulatingrobotics_20140922.pdf
 - **Informe sobre inteligencia artificial: cuestiones** de interpretación y de aplicación del Derecho internacional en la medida en que la UE se ve afectada en los ámbitos de los usos civil y militar, así como de la autoridad del Estado fuera del ámbito de la justicia penal **2020/2013.**
 - **ARTICULO: JASON MILLAR,** Universidad de Ottawa. **IAN R. KERR,** Universidad de Ottawa "Delegation, resignation and responsibility: the perspective of expert robots." Sección de derecho consuetudinario. Publicado: 18 mar 2013. Disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/56b8dbd62eeb817f29aa3265/t/5cf52260e9949a0001358f5f/1559568992965/Delegation%2C+relinquishment%2C+and+responsibility+%281%29.pdf>
 - **ARTICULO:** "El reconocimiento de una personalidad jurídica electrónica no es adecuada para regular la responsabilidad por daños causados por sistemas inteligentes". Diariolaley, Wolters Kluwer. CIBERDERECHO, (2019).
- ##### • 3. NORMAS CONSULTADAS.
- **Código Civil** (BOE 25 de julio de 1889).
 - **Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985,** relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (BOE 25 de julio de 1985).
 - **Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre,** por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE 30 de noviembre de 2007).
 - **Régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial.** Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)). Parlamento Europeo 2019-2024. Recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.pdf
- ##### • 4. NOTICIAS Y OTROS
- **MALDONADO ORTEGA, PEDRO J.** "Robots autónomos inteligentes y derecho civil. Reflexiones al hilo de las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica". (2017)
 - **PUYOL JAVIER,** "Robots: ¿Hacia un nuevo concepto de "personalidad jurídica"?", 17 diciembre, 2018. Disponible en: <https://conflegal.com/>
 - **RIUS MAYTE,** "¿Urge ya regular los derechos de los robots en Europa? 2018. Disponible en:

<https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20180417/442631680924/derechos-robots-ue-persona-electronica-ia.html>

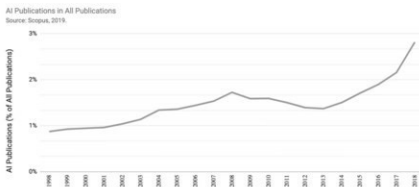
- **Parlamento Europeo. (2017) Robot Law:** las leyes de la robótica (Vídeo). Recuperado de: https://multimedia.europarl.europa.eu/es/robotlaw-regulatingrobotics_B01-ESN-170207INT_ev
- **El País.** Nueva York (18 de abril de 2021). "Dos fallecidos en un accidente de un Tesla sin conductor en Texas". Disponible en: <https://elpais.com/economia/2021-04-18/dos-fallecidos-en-un-accidente-de-un-tesla-sin-conductor-en-texas.html>

- **New Scientist.** "Los drones pueden haber atacado a los humanos de forma totalmente autónoma por primera vez". Por **David Hambling**, 27 de mayo de 2021. Disponible en: https://stringfixer.com/es/Drone_plane
- **Innovación y tecnología, (2020)** "¿Cómo debería regularse la relación entre robots y humanos?" podcast, José María Lassalle, director del Foro de Humanismo Tecnológico de Esade, e Iñigo Navarro, decano de la Facultad de Derecho de ICADE. Disponible en: https://dobetter.esade.edu/es/robots-humanos-legislacion?_wrapper_format=html
- **"¿Qué es la Inteligencia Artificial y para qué sirve la IA?" (2021)** Revista de robots. Disponible en: <https://revistaderobots.com/inteligencia-artificial/que-es-la-inteligencia-artificial/>
 - **5. TEXTOS CITADOS DE LA UNIÓN EUROPEA.**
 - **Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Region and the European Investment Bank.** Investing in a smart, innovate and sustainable Industry. European Commission, 13 de septiembre (2017). Recuperado de <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-479-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>
 - **Libro Blanco sobre la inteligencia artificial:** un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, Comisión Europea, COM (2020) 65 final, Bruselas, 19 de febrero (2020). <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/aace9398-594d-11ea-8b81-01aa75ed71a1>
 - **Informe** sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica. **Bruselas, 19.2.2020.** <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0064&from=ES>
 - 27 enero 2017, **Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica** [A8-0005/2017].
 - 16 febrero 2017, **Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017**, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)).
 - 25 abril 2018, **«Inteligencia artificial para Europa»**, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones [COM (2018) 237 final]
 - 12 febrero 2019, **Resolución del Parlamento Europeo de 12 de febrero de 2019** sobre «una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica» [P8_TA (2019)0081].
 - 27 noviembre 2019, **Informe del Grupo de Expertos en Responsabilidad y Nuevas tecnologías:** «Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies».
 - 20 de octubre de 2020, **Resolución del Parlamento Europeo** con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL)).

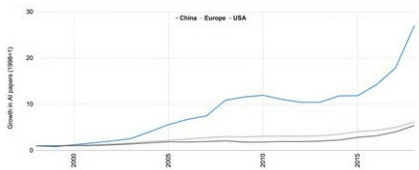
ANEXOS.

- **Artificial Intelligence Index Report 2019**, publicado por el Human-Centered Artificial Intelligence Institute de la Universidad de Stanford en el que se presentan los **resultados de los avances en materia de investigación sobre inteligencia artificial**. El informe es público y puede verse en:

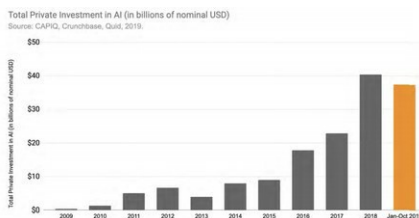
https://hai.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj10986/f/ai_index_2019_report.pdf



Crecimiento de los artículos relacionados con inteligencia artificial publicados en todas las publicaciones entre 1998 y 2018.

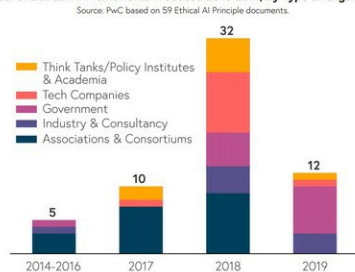


Crecimiento de las publicaciones sobre inteligencia artificial en China (azul), Estados Unidos (gris) y Europa (línea punteada).

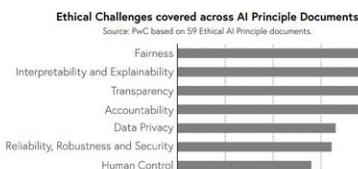


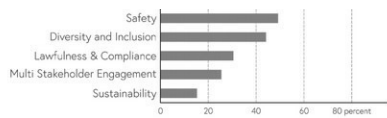
Crecimiento de la inversión privada en inteligencia artificial.

Number of Ethical AI Frameworks Produced 2016-2019, by Type of Organization



Número de marcos éticos sobre inteligencia artificial producidos entre 2016 y 2019, ordenados por tipos de organización.





Principales preocupaciones de los documentos sobre "Principios de la inteligencia artificial".

Notas:

- [1] HAMLING DAVID "Los drones pueden haber atacado a los humanos de forma totalmente autónoma por primera vez". *New Scientist*. 27 de mayo de 2021.
- [2] LASSE ROUHIAINEN. "Inteligencia artificial 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro". Editorial Planeta, S.A., 2018.
- [3] ALBERTO GARCÍA SERRANO. "Inteligencia artificial. Fundamentos, práctica y aplicaciones". 1º ed. Madrid: RC. Libros. 2012, pág. 1.
- [4] La inteligencia artificial (IA) según la RAE.
- [5] ALBERTO GARCÍA SERRANO, "Inteligencia Artificial. Fundamentos, práctica y aplicaciones" 2012.
- [6] Informe sobre inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del Derecho internacional en la medida en que la UE se ve afectada en los ámbitos de los usos civil y militar, así como de la autoridad del Estado fuera del ámbito de la justicia penal 2020/201.
- [7] Según el sitio web oficial de Apple, Siri es un asistente inteligente que te ayuda a hacerlo todo más rápido en tus dispositivos Apple. Incluso antes de que se lo pidas.
- [8] La Inteligencia Artificial Fuerte designa a un hipotético sistema capaz de emular el total funcionamiento de la mente humana incluyendo no solo la capacidad de resolución de multitud de tareas sino también los sentimientos, la creatividad y la autoconciencia.
- [9] Stuart Russell y Peter Norvig, en su libro *Inteligencia Artificial: Un Enfoque Moderno*, diferencian cuatro tipos de inteligencia artificial.
- [10] *Honeste vivere*. Tenemos que conseguir que la tecnología pueda vivir honestamente entre nosotros. La tecnología no puede apropiarse de lo que es nuestro, no puede mancillar nada de la propia honestidad humana. *Suum cuique tribuere*. La tecnología debe ayudarnos a dar a cada uno lo que le corresponde y debemos dar a la tecnología, y quitárselo también si fuera necesario. *Alterum non laedere*. La tecnología no puede dañar; no ha de servir para dañar. En *Innovación y tecnología*, (2020) "¿Cómo debería regularse la relación entre robots y humanos?" podcast, José María Lassalle, director del Foro de Humanismo Tecnológico de Esade, e Iñigo Navarro, decano de la Facultad de Derecho de ICADE.
- [11] Prueba de la habilidad de una máquina para exhibir un comportamiento inteligente similar al de un ser humano de tal manera que, interactuando con ella en una conversación, una persona pueda determinar si su interlocutor es una máquina o una persona.
- [12] "¿Qué es la Inteligencia Artificial y para qué sirve la IA?". *Revista de robots*. 2021 <https://revistaderobots.com/inteligencia-artificial/que-es-la-inteligencia-artificial/>.
- [13] *Ibidem*.
- [14] En 2015, la robot Sophia fue hecha ciudadana del Reino de Arabia Saudí. Se trata de la primera robot que adquiere una nacionalidad y con ello, una identidad.
- [15] GARCÍA-PRIETO CUESTA, JUAN, "¿Qué es un robot?", en BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Derecho de los Robots*. Madrid, Wolters Kluwer, 2018.
- [16] International Data Corporation, principal proveedor mundial de inteligencia de mercado, servicios de consultoría y eventos para los mercados de tecnología de la información, telecomunicaciones y tecnología de consumo. <https://www.idc.com/> en su estudio de 23 de febrero de 2021 sobre "el crecimiento mejorado para el mercado global de IA en 2021".
- [17] Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica. Normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html
- [18] Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012 (INL)).
- [19] "El proyecto *Robolaw*, marzo de 2012, por la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Unión Europea, podría decirse que fue el primer antecedente de regulación jurídica de los robots en la Unión Europea al tratar de estudiar y comprender las implicaciones legales y éticas de las tecnologías robóticas emergentes". JESÚS ESTEBAN CÁRCAR BENITO, "La inteligencia artificial (IA) como aplicación jurídica y razonable: la cuestión sanitaria".
- [20] En 2016, un cuadro de Rembrandt, "El Próximo Rembrandt", fue diseñado por una computadora y creado por una impresora 3D, 351 años después de la muerte del pintor.
- [21] Se nos pondría en un nivel de desventaja con respecto a las grandes potencias mundiales como lo son EEUU y China los cuales consideran que antes de una regularización restrictiva y castigadora se debe dar pie a normas que apoyen y promuevan la invención de estos sistemas antes que coaccionarlos.
- [22] Asimov, I. (1942). *Runaround*. *Astounding Science-Fiction*. Estados Unidos. Street & Smith.
- [23] ENRIQUE TORRES MARIANO, "Derechos y desafíos de la Inteligencia Artificial" El Ministerio de Comercio, Industria y Energía, mediante un órgano como la Comisión de ética de robots, creada específicamente para el tratamiento de esta temática, elaboró la "Carta de Ética Robótica" o "Robot Ethics Charter". Presentada como borrador en 2007 y concluida en 2012."
- [24] Esta legislación también busca contribuir a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y la economía nacional. Estableciendo y promoviendo una política para el desarrollo sostenible de la industria y facilitar el desarrollo y la distribución de robots inteligentes. MARIANO ENRIQUE TORRES, "Derechos y desafíos de la Inteligencia Artificial".
- [25] Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica. Bruselas, 19.2.2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0064&from=ES>
- [26] Informe de la comisión al parlamento europeo, al consejo y al comité económico y social europeo. "Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica" Bruselas, 19.2.2020. Características de las tecnologías de la IA, el internet de las cosas y la robótica. Pág. 2.
- [27] Ídem, Pág., 11.
- [28] Ídem, pág., 10.
- [29] Ídem, pág. 17
- [30] Ídem, pág. 8.
- [31] AGUSTÍ CERRILLO I MARTÍNEZ, "El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?" 2019.
- [32] Informe de la comisión al parlamento europeo, al consejo y al comité económico y social europeo. "Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica" Bruselas, 19.2.2020. Características de las tecnologías de la IA, el internet de las cosas y la robótica. Pág. 10.
- [33] MIGUEL ÁNGEL CRIADO, (2016) *El País*. "Este robot cirujano opera tejidos blandos sin intervención humana. STAR usa visión 3D y un algoritmo de sutura para igualar y hasta superar a los cirujanos humanos". https://elpais.com/elpais/2016/05/04/ciencia/1462377006_973719.html.
- [34] Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103 (INL)).
- [35] *Inteligencia artificial para Europa (COM/2018/237 final)*. Bruselas, 25.4.2018.
- [36] BARROS GONZÁLEZ LAURA, "El debate sobre la personalidad jurídica y la responsabilidad de los robots inteligentes. Especial referencia a la robótica sanitaria." (octubre 2019).

- [37] Ídem, pág. 20. En la misma línea MARÍA JOSÉ SANTOS GONZÁLEZ (2017) "regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos del futuro". Revista Jurídica de la Universidad de León núm. 4, 2017, pp. 25-50.
- [38] Parlamento Europeo. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014 (INL)). "Régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial" https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.pdf.
- [39] El Mundo (19.04.2021) "Dos muertos en un accidente con un auto Tesla "sin conductor" en EE.UU.". Recuperado de <https://www.dw.com/es/dos-muertos-en-un-accidente-con-un-auto-tesla-sin-conductor-en-ee-uu/a-57254573>
- [40] AMAIUR CISNEROS MURUGARRÉN, (2021) universidad complutense de Madrid. "robots dotados de inteligencia artificial su posible personalidad jurídica y responsabilidad por daños".
- [41] JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ. Universidad de Murcia (2020) "Daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial".
- [42] Ídem, pág., 8.
- [43] La siguiente clasificación fue realizada por JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ, en su texto "daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial".
- [44] Informe de la comisión al parlamento europeo, al consejo y al comité económico y social europeo. Bruselas, 19.2.2020. "Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica".
- [45] JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ. "daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial". Pág., 29. -El Art. 1902, Código Civil establece que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.-
- [46] New Scientist, DAVID HAMLING. (2021). "Los drones pueden haber atacado a los humanos de forma totalmente autónoma por primera vez" <https://www.newscientist.com/article/2278852-drones-may-have-attacked-humans-fully-autonomously-for-the-first-time/#ixzz73hZ8dUEp>.
- [47] JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ. "Daños causados por las cosas, una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial"
- [48] UNESCO. "Inteligencia artificial: ejemplos de dilemas éticos" www.unesco.org <https://es.unesco.org/artificial-intelligence/ethics/cases>.
- [49] LUIS MARTÍNEZ- CALCERRADA GÓMEZ. (2013) "la responsabilidad civil y el daño moral" Pág., 57.
- [50] Documento publicado el pasado 27 de noviembre, de 2019, titulado «Responsabilidad por inteligencia artificial y otras tecnologías digitales emergentes» (Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies), elaborado por un grupo de expertos en Responsabilidad y nuevas tecnologías llamado New Technologies Formation. En él se realizan propuestas dirigidas a la regulación del régimen de responsabilidad civil, «sin obstaculizar con ello la innovación».
- [51] Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014 (INL)). Considerando (H) Pág. 4.
- [52] Clasificación extraída de MARTIN EBERS. (2016) "La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el Derecho de la responsabilidad civil?". InDret, revista para el análisis del derecho. www.indret.com.
- [53] Ídem, Pág. 6
- [54] Ídem, Pág. 7
- [55] Ídem, Pág. 7-8
- [56] Ídem, pág. 8.
- [57] Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). P8_TA (2017)0051, Parlamento Europeo 2014-2019. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_ES.html.
- [58] Ver la "Opinión sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica" por parte de a MADY DELVAUX en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-AL-631777_ES.pdf.
- [59] Análisis de la propuesta del Parlamento Europeo en materia de robótica. 2017 "Los robots ya están de aquí y han venido para quedarse" <https://www.cremadescalvosotelo.com/noticias-legales/analisis-de-la-propuesta-del-parlamento-europeo-en-materia-de-robotica>.
- [60] Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014 (inl)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html.
- [61] Introducción (2) de la resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020. Pág. 5.
- [62] Artículo 3 de la resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020 sobre "definiciones". Pág. 25.
- [63] Considerando onceavo (11) del texto de la propuesta de reglamento. resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020.
- [64] Considerando octavo (8) sobre "Responsabilidad civil e inteligencia artificial" de la resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020. Pág., 6.
- [65] Código Civil, título II "del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil", Capítulo I "de las personas naturales", Art. 30 "la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno".
- [66] AMAIUR CISNEROS MURUGARRÉN, (2021) "robots dotados de inteligencia artificial su posible personalidad jurídica y responsabilidad por daños". Pág., 14
- [67] Código Civil, Libro II "de los bienes, la propiedad y sus modificaciones". Título I "de la clasificación de los bienes", Disposición preliminar, art. 333.
- [68] Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica.
- [69] LAURA BARROS GONZÁLEZ, (2019). "El debate sobre la personalidad jurídica y la responsabilidad de los robots inteligentes. Especial referencia a la robótica sanitaria" pág., 26.
- [70] Ídem, página 27.
- [71] Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, p. 16.
- [72] LAURA BARROS GONZÁLEZ, (2019) "El debate sobre la personalidad jurídica y la responsabilidad de los robots inteligentes. Especial referencia a la robótica sanitaria". En la misma línea: Santos González, María José, ob. cit., p. 44.
- [73] Parlamento europeo (2017). Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)).
- [74] "Sophia" es un robot humanoide (ginoide) desarrollado por la compañía, con sede en Hong Kong, Hanson Robotics.
- [75] Sophia tiene la capacidad de aprender nuevas respuestas, incrementar su bagaje de conocimiento cada vez que interactúa con un ser humano, lo que es ejemplo básico de Inteligencia Artificial y aprendizaje autónomo o machine learning.
- [76] LAURA BARROS GONZÁLEZ (2019). "El debate sobre la personalidad jurídica y la responsabilidad de los robots inteligentes. Especial referencia a la robótica sanitaria".
- [77] LAURA BARROS GONZÁLEZ (2019). "El debate sobre la personalidad jurídica y la responsabilidad de los robots inteligentes. Especial referencia a la robótica sanitaria" pág. 12.
- [78] Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes

complementarias. Entrada en vigor: 01/12/2007. Título II "Disposiciones específicas en materia de responsabilidad", capítulo I "Daños causados por productos". Artículo 137.

[79] Parlamento Europeo (2020) "*informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL))*" Responsabilidad civil e inteligencia artificial (8).

[80] Ídem, Pág. 8-9.

[81] Ídem, Pág. 8.

[82] Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)).

[83] ÁLVAREZ OLALLA PILAR. (2021). "Propuesta de reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del parlamento europeo, de 20 de octubre de 2020". *Revista CESCO de derecho de consumo*. Nº 38/2021.

[84] Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)). Considerando (6) Pág. 16.

[85] Ídem, Pág. 25. En la misma línea, ZORNOZA SOMOLINOS ALEJANDRO (2020) "*breves apuntes a la propuesta de reglamento del parlamento europeo sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial*"

[86] ZORNOZA SOMOLINOS ALEJANDRO (2020) "*breves apuntes a la propuesta de reglamento del parlamento europeo sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial*". R.E.D.S. núm. 17, Julio-diciembre 2020. ISSN: 2340-4647. Pág., 98.

[87] ÁLVAREZ OLALLA PILAR. (2021). "*Propuesta de reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del parlamento europeo, de 20 de octubre de 2020*". *Revista CESCO de derecho de consumo*. Nº 38/2021. Pág., 5.

[88] Ídem, Pág. 7-8.

[89] ZORNOZA SOMOLINOS ALEJANDRO 2020. "*Breves apuntes a la propuesta de reglamento del parlamento europeo sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial*".

[90] ÁLVAREZ OLALLA PILAR. (2021). "*Propuesta de reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del parlamento europeo, de 20 de octubre de 2020*". *Revista CESCO de derecho de consumo*. Nº 38/2021. Pag, 4.

[91] La base tecnológica de las ciudades inteligentes son las plataformas tecnológicas, conformados por software y hardware que permiten el intercambio de datos e información entre los diferentes sistemas y áreas, y proporciona así un lugar centralizado de control y gestión de la ciudad. <https://www.esmartcity.es/ciudades-inteligentes>.

[92] Diariolaley, Wolters Kluwer. CIBERDERECHO, (2019). "*El reconocimiento de una personalidad jurídica electrónica no es adecuada para regular la responsabilidad por daños causados por sistemas inteligentes*".

[93] Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103 (INL)).

[94] Diariolaley, Wolters Kluwer. CIBERDERECHO (2020) "*Estados Unidos presenta diez principios para el desarrollo de la inteligencia artificial*" <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/01/22/estados-unidos-presenta-diez-principios-para-el-desarrollo-de-la-inteligencia-artificial>:

[95] Para más información, consultar la web oficial de la UE sobre "*nuevas normas sobre la inteligencia artificial: preguntas y respuestas*" https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_21_1683.

[96] BARRIO ANDRÉS MOISÉS, (2018). "*Robótica, inteligencia artificial y Derecho*".

[97] HUERGO LORA ALEJANDRO. Almacén de Derecho. "*El proyecto de Reglamento sobre la Inteligencia Artificial*" <https://almacenderecho.org/el-proyecto-de-reglamento-sobre-la-inteligencia-artificial>.

[98] RUTH SALA, Abogada Penalista – Delitos Informáticos. (2020). "*Inteligencia Artificial: el reto de su regulación normativa*" <http://idpbarcelona.net/inteligencia-artificial-reto-regulacion-normativa/>.

Criterios jurisprudenciales en el derecho sancionador en materia de prevención de blanqueo de capitales

Por: D. César Tolosa Tribiño

Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

El interés general se traduce en un Estado de Derecho en normas que imponen límites a la actuación de los sujetos públicos y privados. La contravención de tales límites lleva aparejada la correspondiente sanción, cuya imposición no sólo es función exclusiva del poder judicial, sino que, de acuerdo con el art.25 CE -EDL 1978/3879-, la Administración pública asume igualmente dicha potestad, en la medida en que puede imponer sanciones por la comisión de infracciones administrativas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha confirmado la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración en diversos pronunciamientos, entre los que destaca la **STC 77/1983 - EDJ 1983/77-**.

Consecuentemente, debemos afirmar, en primer lugar, el interés público subyacente en la legislación en materia de blanqueo de capitales.

A este respecto, la trascendencia que para el interés público tiene la política de prevención de blanqueo de capitales, ha sido puesta de relieve tanto por los órganos jurisdiccionales internos, como por el propio TJUE.

Como afirma la **sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016 -EDJ 2016/211132-** "la lucha contra el blanqueo de capitales constituye uno de los objetivos nucleares de las políticas de transparencia económica de la Unión Europea, cuya implementación y ejecución requiere de la colaboración de las entidades financieras y aseguradoras que están obligadas a poner en conocimiento de las autoridades cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales, debiendo para ello contar con los mecanismos organizativos y procedimentales adecuados e idóneos para desarrollar esa función, que deberán ser proporcionados."

Por su parte, en la **STJUE 25 abril 2013 (Asunto C-212/11) -EDJ 2013/52620-**, se pone de relieve la trascendencia, por su interés público, de avanzar en el objetivo de erradicar el blanqueo de capitales, en los siguientes términos:

«[...] La prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo constituyen objetivos legítimos que los Estados miembros han asumido tanto a nivel internacional como a nivel de la Unión. [...] "los flujos masivos de dinero negro pueden dañar la estabilidad y la reputación del sector financiero y poner en peligro el mercado único, y el terrorismo sacude los cimientos mismos de nuestra sociedad".

La Dir 2015/849 -EDL 2015/84219- establece que "Sin perjuicio de su derecho a prever e imponer sanciones penales, los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones y medidas administrativas, velarán por que sus autoridades competentes puedan imponer dichas sanciones y medidas respecto a la conculcación de las disposiciones nacionales que transponen la presente Directiva, y garantizarán la aplicación de tales sanciones y medidas".

En nuestro país, en materia de blanqueo de capitales, el legislador ha optado, siguiendo la línea marcada por la normativa de la UE, por dotar de un doble tratamiento, penal y sancionador, a los incumplimientos de los sujetos obligados por la citada normativa.

De esta forma, la normativa penal, en el Capítulo XIV, del Título XIII, del Libro II del Código Penal, regula en su art.301.1 -EDL 1995/16398- el denominado tipo básico de blanqueo de capitales, que consiste en adquirir, poseer, utilizar, convertir, o transmitir bienes, "sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos".

Por su parte, el régimen administrativo sancionador, en relación con el blanqueo de capitales, ya desde la Dir 91/308, del Consejo, de 10 junio 1991 -EDL 1991/14039-, había de ser concretado por cada Estado miembro en particular. La citada Directiva fue inicialmente transpuesta, por nuestro legislador mediante la Ley 19/1993 -EDL 1993/19390- y actualmente, se encuentra recogida esencialmente en los art.50 y siguientes de la L 10/2010 -EDL 2010/36169-, constituyendo por su contenido un régimen que puede ser en la práctica más contundente y eficaz para la prevención de determinadas infracciones, que el propio sistema penal.

El hecho de que los estados gozaran de autonomía para regular el régimen sancionador en esta materia, dio lugar a que, los Estados miembros castigaran con muy diversas sanciones y medidas administrativas las infracciones de las principales disposiciones preventivas contenidas en las Directivas comunitarias, diversidad que ha tratado de ser corregida en las últimas Directivas comunitarias en la materia, que incluyen, medidas administrativas y sanciones de que han de dotarse los Estados miembros como mínimo, tratando de establecer un régimen más homogéneo (art.59 Directiva 2015 -EDL 2015/84219-).

En cualquier caso, conviene aclarar que la distinción entre injusto penal y administrativo no es cualitativa, ni tampoco cuantitativa, sino puramente formal, a partir de una opción legislativa, no obstante, si examinamos las conductas infractoras, podemos comprobar, como la gran mayoría suponen incumplimientos de obligaciones impuestas y establecidas en la propia Ley, muchas de ellas de naturaleza puramente formal, por ejemplo "El incumplimiento de la obligación de establecer órganos adecuados de control interno" o "La resistencia u obstrucción a la labor inspectora", conclusión que se ve reforzada por el hecho de comprobar como la mayoría de las infracciones se remiten a un precepto concreto de la Ley en el que se establecen determinadas y concretas obligaciones, utilizando la técnica de los tipos sancionadores en blanco, a los que luego haremos referencia.

En este sentido, señala la **STS 30 septiembre 2013 -recurso de casación núm. 5633/2009 -EDJ 2013/192523-** que: «es evidente que la finalidad de dicha Ley (la de blanqueo) es de carácter meramente preventivo, de modo que el sujeto afectado por la misma está obligado a cumplir las obligaciones en ella contenidas, con independencia de que se produzca o no el blanqueo de capitales, lo cual es un delito."

2. REGULACIÓN DE LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES Y SU CONTENIDO SANCIONADOR

En la actualidad, como ya se ha señalado, rige en esta materia la L 10/2010, de 28 abril -EDL 2010/36169-, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Esta ley, como es suficientemente conocido, fue objeto de modificación por el RDL 11/2018, de 31 agosto -EDL 2018/117321-, de transposición de la Dir 2015/849, de 20 mayo -EDL 2015/84219-.

La Exposición de Motivos de la modificación legislativa, es suficientemente expresiva de su incidencia en el campo sancionador.

Se destaca con carácter general que "La importancia de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo debe llevar a los Estados miembros a establecer en su Derecho Nacional sanciones y medidas administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales que se adopten en transposición de la presente Directiva. Los Estados miembros castigan actualmente con muy diversas sanciones y medidas administrativas las infracciones de las principales disposiciones preventivas. Esta diversidad puede resultar perjudicial para los esfuerzos realizados en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y puede fragmentar la respuesta de la Unión. Por tanto, la presente Directiva debe incluir una serie de sanciones y medidas administrativas de las que deban dotarse, como mínimo, los Estados miembros, aplicables en caso de infracciones graves, reiteradas o sistemáticas de los requisitos relativos a las medidas de diligencia debida con respecto al cliente, la conservación de documentos, la comunicación de las transacciones sospechosas y los controles internos. Esta serie de medidas debe ser suficientemente amplia para permitir a los Estados miembros y a las autoridades competentes tener en cuenta las diferencias entre entidades obligadas, en particular entre las entidades de crédito y las entidades financieras y las demás entidades obligadas, por lo que se refiere a su tamaño, características y naturaleza de su actividad. Al transponer la presente Directiva, los Estados miembros deben velar por que la imposición de sanciones y medidas administrativas, con arreglo a la presente Directiva, y de sanciones penales, con arreglo al Derecho nacional, no vulnere el principio ne bis in idem".

Expresamente se señala que "Dentro de las modificaciones derivadas de la trasposición de los elementos pendientes de la Dir (UE) 2015/849, de 20 mayo -EDL 2015/84219-, destacan especialmente las cuestiones atinentes al régimen de sanciones en sentido amplio".

Así, 1) se incrementan los importes máximos de las sanciones, en línea con lo dispuesto por la Directiva (art.59 -EDL 2015/84219-), aunque se mantienen los importes mínimos, al no existir armonización en ese punto y considerarse adecuado el mantenimiento de ese importe mínimo para garantizar la correcta aplicación de la norma.

Por lo que se refiere a 2) la publicidad de las sanciones (art.60 Directiva -EDL 2015/84219-), si bien la normativa española ya contemplaba la opción de publicidad en el caso de infracciones graves

y muy graves, se incorpora el elemento adicional de la publicidad anónima de las sanciones impuestas, en el caso de que no se acuerde la publicación.

Otro aspecto de la Dir (UE) 2015/849 -EDL 2015/84219- que se orienta a la mejora de la supervisión y sanción de las infracciones de la normativa de prevención es 3) el establecimiento de los canales de denuncias, tanto públicos, como en el ámbito de los propios sujetos obligados de la ley (art.61 Directiva). Los sujetos obligados deberán contar con canales específicos para la denuncia interna de conductas contrarias a la ley o a los procedimientos internos de la entidad aprobados para dar cumplimiento a aquélla. De forma paralela, se crearán canales de denuncia a la Administración de potenciales incumplimientos por los sujetos obligados de las exigencias de la normativa administrativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

En conclusión, se modifica el régimen sancionador en los siguientes aspectos:

- 1) se amplía el importe máximo de las multas manteniéndose el importe mínimo de las mismas;
- 2) se introduce la publicación anónima de las sanciones graves o muy graves impuestas (en aquellos casos en los que no se imponga la sanción de amonestación pública), y
- 3) se establece como obligación para los sujetos obligados, que estos implanten canales específicos para la denuncia interna de conductas contrarias a la ley o a los procedimientos internos de la entidad aprobados para dar cumplimiento a aquélla.

3. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Establece con claridad el art.61 de la Ley de 2010 -EDL 2010/36169- que "El procedimiento sancionador aplicable al incumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley será el previsto, con carácter general, para el ejercicio de la potestad sancionadora por las Administraciones Públicas".

Consecuentemente y dado lo escaso de la regulación contenida en la Ley de 2010, hay que llegar a la conclusión de que con carácter general el procedimiento aplicable es el actualmente regulado en la L 39/2015 -EDL 2015/166690-.

No obstante, la Ley, si contempla algunas previsiones específicas:

4. Competencia en el procedimiento sancionador

Se establece la determinación del órgano competente para resolver en cada una de las fases del procedimiento, dando cumplimiento de tal modo, a una de las manifestaciones del principio de legalidad en materia sancionadora

- Para iniciar o sobreseer el procedimiento sancionador
- Para instruir el procedimiento sancionador
- Para imponer la sanción
- Para ejecutar la sanción

Por otro lado, la Ley de 2010, establece algunas normas específicas en materia sancionadora, esencialmente en lo relativo al incumplimiento de la obligación de declaración establecida en el art.34 de la Ley -EDL 2010/36169-.

5. Adopción de medidas provisionales

Según el art.61 -EDL 2010/36169-: "El órgano competente para la incoación del procedimiento sancionador podrá acordar, al tiempo de iniciarse el procedimiento o durante su tramitación, la constitución de garantía suficiente para hacer frente a las responsabilidades a que hubiera lugar. En el caso de los procedimientos por incumplimiento de la obligación de declaración establecida en el art.34 -EDL 2015/84219-, la cantidad intervenida de conformidad con el art.35.2 se entenderá constituida en garantía, pudiendo acordarse por el secretario de la Comisión durante la instrucción del procedimiento sancionador la ampliación o reducción de la referida garantía".

Sobre la intervención de cantidades por ausencia de declaración, se ha pronunciado la SAN 11 julio 2017 -EDJ 2017/156513-, razonando que " las sumas intervenidas quedan afectas, por disposición del art.61.2 L 10/2010 -EDL 2010/36169- al abono de la multa, por lo que una vez fijada esta y concluido el procedimiento sancionador la cautela se extinguiría y quedaría sin efecto (art.72, 136 y 111.4 L 30/1992 de 26 noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -EDL 1992/17271-; hoy art.117.4 L 30/2015 de 1 octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas); y salvo que quedara afecta a otras responsabilidades debería entregarse al interesado. De ahí, que la petición que hace el apelante -no resuelta en la instancia- debe considerarse legítima en todo lo que exceda del importe de la multa impuesta. La sentencia apelada, considera correctamente practicada la intervención, a tenor del art.35 L 10/2010 -EDL 2010/36169-, pero no va más allá y no aclara la razón por la que no es procedente la devolución de la cantidad intervenida que había solicitado la demandante. Por consiguiente, de la cantidad total intervenida -45.500 €- será preciso devolver, en su caso, la cantidad que exceda de la multa".

6. Especialidades por la naturaleza del sujeto inculcado

La ley establece una especialidad cuando el inculcado sea una entidad financiera o precise de autorización administrativa para operar, al disponer que será preceptivo para la imposición de sanciones por infracciones graves o muy graves solicitar de la institución u órgano administrativo responsable de su supervisión informe sobre la posible incidencia de la sanción o sanciones propuestas sobre la estabilidad de la entidad objeto del procedimiento.

7. Especialidades para la sanción de amonestación pública

La sanción de amonestación pública, una vez sea firme en vía administrativa, será ejecutada en la forma que se establezca en la resolución, siendo en todo caso publicada en el Boletín Oficial del Estado y en la página web de la Comisión, donde permanecerá disponible durante el plazo de cinco años, del Servicio Ejecutivo de la Comisión y de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. En el supuesto en que la sanción publicada haya sido recurrida en vía jurisdiccional, se publicará, sin demora, información sobre el estado de tramitación del recurso y el resultado del mismo.

8. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA

En el momento de sistematizar la doctrina general y la jurisprudencia existente en materia sancionadora por blanqueo de capitales, creo conveniente optar por examinar la incidencia y peculiaridades que, en esta materia, tienen los distintos principios generales que en la regulación general de la potestad sancionadora de la Administración establece la L 40/2015 -EDL 2015/167833-.

En efecto, como manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, en materia de blanqueo de capitales, resultan de aplicación los principios generales, si bien con algunas matizaciones que, a continuación, vamos a analizar.

9. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

El art.28 L 40/2015, de 1 octubre -EDL 2015/167833-, regula el principio de responsabilidad de la potestad sancionadora, al establecer que "1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa".

Por el contrario, el art.54 de la Ley de 2010 -EDL 2010/36169-, contiene una regulación de este principio, cuya interpretación puede resultar más problemática, al señalar que: "Además de la responsabilidad que corresponda al sujeto obligado aun a título de simple inobservancia, quienes ejerzan en el mismo, cargos de administración o dirección, sean unipersonales o colegiados, serán responsables de las infracciones cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente".

Se trata de un precepto ciertamente confuso por cuanto parece establecer distintos títulos de imputación de responsabilidad, la responsabilidad a título de simple inobservancia, en el caso del sujeto obligado y la responsabilidad dolosa o negligente, en el caso de quienes ejerzan en el mismo, cargos de administración o dirección.

El título de imputación por la mera inobservancia era el concepto utilizado por el hoy derogado art.130.1 L 30/92 -EDL 1992/17271-, si bien el Tribunal Constitucional, venía estableciendo de manera insistente (STC 76/1990 -EDJ 1990/4435-) que, en la imposición de sanciones era necesario, de forma inequívoca, que la conducta incumplidora pudiera ser imputada al infractor a título de dolo o culpa.

Por ello, no era infrecuentes, los problemas que planteaba la determinación en el caso concreto, del incumplimiento a título de mera inobservancia y su posible entendimiento como una apertura

a criterios objetivos de determinación de la responsabilidad. Tales problemas tratan de ser clarificados en la nueva Ley, 40/2015 -EDL 2015/167833-, cuando se afirma, como hemos señalado, recuperando la terminología más segura, que sólo se será responsable de las infracciones administrativas «a título de dolo o culpa», suprimiéndose la anterior referencia a la responsabilidad «a un título de simple inobservancia» (art.28.1).

En este sentido y en el campo del blanqueo de capitales, conviene destacar lo dispuesto por la **STS 15 marzo 2012 -EDJ 2012/36298-** al afirmar, que "Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva", añadiendo que "En este sentido el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y en la valoración del grado de diligencia ha de ponderarse especialmente la profesionalidad o no del sujeto..."

Por su parte, sobre la culpabilidad de la parte infractora en relación con la diligencia exigible, la **STS 31 marzo 2010, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 2/2009 -EDJ 2010/37642-**, FJ 3.º, dispone que, "el estándar a aplicar en la valoración de la diligencia no es el grado medio de cumplimiento en el sector, sea cual sea este nivel de cumplimiento, sino la especial diligencia a que todo el sector está obligado en el cumplimiento de sus obligaciones y, muy especialmente, de aquellas especialmente sensibles, como las que se refieren al blanqueo de capitales procedentes de actividades ilícitas, lo que, en el caso concreto, conduce a estimar la existencia de dicha culpabilidad".

Como causa excluyente de la responsabilidad, no resulta infrecuente la alegación en esta materia de la concurrencia del error de prohibición.

Sobre la alegación del error de prohibición excluyente de la responsabilidad, debemos referirnos a la **STSJ Madrid nº 1/2016, de 5 enero -EDJ 2016/7645-** (En julio de 2013, en la aduana del aeropuerto de Madrid-Barajas, fue levantada acta de intervención de moneda a D. Bartolomé, al ser portador de 261.700 euros, sin haberlos declarado con anterioridad a su salida del territorio nacional, con destino a Colombia y procedente de Bruselas).

En vía judicial se esgrime que el interesado, desconocía la obligación de declarar el dinero que portaba, dado que en Madrid únicamente hacía escala, sin salir ni del aeropuerto, ni siquiera de la zona de tránsito del mismo. Esto es, alega un error de prohibición.

Sobre este tipo de error, recuerda la sentencia que "la conciencia de la antijuricidad de la conducta no exige el conocimiento concreto de la norma administrativa sancionadora, ni tampoco el conocimiento genérico de que el hecho ejecutado está castigado como infracción, es decir, no es necesario que el sujeto tenga plena seguridad de que actúa ilícitamente y de cuáles son las consecuencias jurídicas de sus actos, sino que basta con que sepa, a un nivel intelectual elemental, que lo que hace u omite está prohibido por la ley, o con que le resulte indiferente que su conducta sea, o no, lícita."

Por su parte y, en lo relativo a la carga de la prueba del error, afirma la sentencia que "para que el error de prohibición excluya o disminuya la responsabilidad no es suficiente con su mera alegación sino que ha de ser probado por quien lo invoca, por lo que, para valorar la existencia de error en un caso concreto, es preciso tener en cuenta las circunstancias culturales y psicológicas concurrentes en quién afirma haber obrado bajo un error de derecho, y también las posibilidades que pudo tener de recibir asesoramiento para conocer la trascendencia antijurídica de su conducta".

Añade la Ley, en materia de responsabilidad, dos previsiones específicas:

a) Esta responsabilidad administrativa, conforme al art.55, será exigible aun cuando con posterioridad al incumplimiento el sujeto obligado hubiera cesado en su actividad o hubiera sido revocada su autorización administrativa para operar.

b) En el caso de sociedades disueltas, conforme al mismo art.55, los antiguos socios responderán solidariamente de las sanciones administrativas pecuniarias impuestas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad de los directivos, administradores o liquidadores.

Por su parte la **STS 25 noviembre 2021 -EDJ 2021/760128-**, afronta una importante cuestión al abordar el problema de la sucesión de la responsabilidad entre entidades bancarias (Banco Popular y Banco Santander)

Según dicha sentencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha admitido con carácter general la sucesión entre personas jurídicas de la responsabilidad por infracciones cometidas por una de ellas.

En tal sentido, acude a la **STJUE 24 septiembre 2009 (asunto C-125/07) -EDJ 2009/204503-** que se refiere al principio de responsabilidad personal en la imposición de sanciones, al indicar (apartado 77) que: "Cuando una empresa infringe las normas de la competencia, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esta infracción", si bien, acto seguido, el TJUE contempla (apartado 78) la posibilidad de que una entidad que no sea la autora de la infracción pueda ser sancionada por ella, incluyendo dentro de este supuesto "la situación en que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente", añadiendo al respecto (apartado 79) que "cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad ente ambas entidades."

De la jurisprudencia examinada puede llegarse a la conclusión de que el TJUE y el Tribunal Supremo, vienen admitiendo la transmisión de responsabilidad por infracciones administrativas en los casos de fusión por absorción y otros supuestos de sucesión entre personas jurídicas, cuando concurren las notas de identidad económica, de permanencia o de continuidad de la actividad económica, sobre la base de la consideración de que las sanciones pecuniarias forman parte del pasivo transmitido, sin que ello pueda considerarse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas.

10. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Un aspecto destacado y polémico de la Ley y que ha sido objeto de una reciente reforma, es que contiene el art.61 de la Ley cuando establece, el principio de publicidad de las sanciones una vez sean firmes en vía administrativa, sin perjuicio de que, en el supuesto en que la sanción publicada haya sido recurrida en vía jurisdiccional, se publique, sin demora, información sobre el estado de tramitación del recurso y el resultado del mismo.

Esta previsión supone incorporar lo dispuesto en el art.60 de la Directiva de 2015 -EDL 2015/84219-, cuando señala que "Los Estados miembros velarán por que toda decisión firme que imponga una sanción o medida administrativa por incumplimiento de las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva sea publicada por las autoridades competentes en sus sedes electrónicas oficiales inmediatamente después de que se haya informado a la persona sancionada de dicha decisión. La publicación incluirá, como mínimo, información sobre el tipo y la naturaleza de la infracción y la identidad de la persona responsable".

Sobre la publicidad de las sanciones, recordar que la **Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, mediante Auto de fecha 2 de octubre de 2015**, rechazó la **petición de una entidad bancaria de no dar publicidad en el Boletín Oficial del Estado (BOE) a una multa por importe de un millón de euros**, con amonestación pública, impuesta a la entidad como responsable de una infracción muy grave.

En su solicitud, el Banco alegaba que, si la multa se publicaba en el BOE, el recurso contencioso-administrativo que tenía pensado plantear "perdería su finalidad legítima" debido a que la publicación ocasionaría a la sociedad "una serie de perjuicios de carácter irreparable", puesto que **sufría "el prestigio y la imagen de la entidad"** frente a los mercados financieros y sus clientes.

El banco también afirmaba que había que tener en cuenta que "no existe ningún interés público que exija la inmediata publicación" de esta sanción.

El TS rechaza la medida cautelar solicitada porque **concorre un evidente interés público** en que **estas sanciones sean publicitadas**, poniendo en **conocimiento del mercado** los hechos.

En este sentido, cita un auto anterior de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Supremo de 31 de marzo de 2015 en el que se especifica que **"el legislador ha querido** mediante la L 19/1993, sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales -EDL 1993/19390- **que la publicidad de las sanciones** impuestas a las entidades financieras en esta materia, se atenga a lo dispuesto en la L 26/1988, de 29 julio, de Disciplina e Intervención de las entidades -EDL 1988/12662-", en la que se dispone que las sanciones por infracciones muy graves será publicadas en el BOE una vez que sean firmes.

Sostiene el Tribunal Supremo igualmente que:

a) "La firmeza a la que se refiere el precepto legal es aquella que se produce cuando se ha agotado la vía administrativa".

b) «También afirmamos que **la decisión legislativa contenida en el art.61 L 10/2010 -EDL 2010/36169-**, corrobora que existe un indudable interés público en la citada publicación.»

c) La resolución mantiene que **la alegación del banco** relativa a la producción de "efectos irreversibles" derivados de la pérdida de prestigio de la entidad sancionada frente a los mercados financieros y a sus clientes como consecuencia de la publicación en el BOE de la sanción **"no resulta suficiente para acordar la medida cautelar solicitada"**.

El citado auto concluye que "Esto supondría un cambio de criterio en nuestra jurisprudencia, que consideramos no justificado, ya que cabe partir de la premisa de que **la transparencia en los mercados** financieros y aún los intereses de los clientes actuales y potenciales no se compadecen con el ocultamiento de un hecho relevante, cual es el que las autoridades supervisoras han sancionado, tras un procedimiento contradictorio, una determinada conducta en la actividad bancaria como la que se realiza".

En todo caso, advierte que «no obstante el citado interés público, **en algunos casos podrá accederse a suspender** la publicación oficialmente decretada si una razonable ponderación entre aquél y los perjuicios derivados de la ejecución inmediata determina que el balance sea favorable a la medida cautelar, ante la gravedad de estos últimos perjuicios y su irreversibilidad».

En este sentido, el art.56.5 L 10/2010 -EDL 2010/36169-, establece que, en aquellos casos en los que, ya sea por la comisión de una infracción muy grave o de una infracción grave, se acuerde la imposición de una sanción de amonestación pública y se determine que ésta puede perjudicar una investigación en marcha o poner en peligro la estabilidad de los mercados financieros, podrá acordarse:

- 1) El retraso de la publicación hasta el momento en que cesen los motivos que justificaron la suspensión; o
- 2) La no publicación de la sanción de forma definitiva en aquellos casos en los que la estabilidad de los mercados financieros no pueda garantizarse.

Recientemente, el **Tribunal Constitucional en sentencia de 23 de febrero de 2022 -EDJ 2022/515727-**, avala la decisión de dar publicidad oficial a una sanción administrativa, al considerar que cuenta con expresa habilitación legal y que respeta el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales (art.18.4 CE -EDL 1978/3879-).

El TC descarta que la publicación desatienda el principio de temporalidad al que se halla sujeto el tratamiento de datos personales, dado que su mantenimiento y disponibilidad de acceso está sometido a las exigencias de supresión que impone el derecho al olvido al que se refiere la STC 58/2018, de 4 de junio -EDJ 2018/505005-, y se encuentra reconocido en las normas que desarrollan el derecho a la protección de datos personales.

La sentencia indica que, en el caso concreto, se responde a fines directamente relacionados con las funciones legítimas de la CNMV y del BOE, para cuyo cumplimiento es "idónea, necesaria y proporcionada".

En cuanto a la decisión impugnada, se destaca que la publicación en el BOE de la sanción impuesta constituye una consecuencia anudada a la imposición de las sanciones graves prevista por la ley, que tiene como finalidad primordial advertir a los inversores de una actuación que puede afectar al buen funcionamiento del mercado financiero en particular el abuso del mercado y el uso de información privilegiada, garantizando así la transparencia y eficacia en la labor de supervisión que lleva a cabo la CNMV.

11. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y ACREDITACIÓN INDICIARIA DE LOS HECHOS INTEGRANTES DE LA INFRACCIÓN

La Jurisprudencia, como en toda la materia sancionadora ha tenido que dar respuesta a la reiterada alegación de la presunción de inocencia, también en la materia que estamos analizando.

A título de ejemplo en la STS 23 abril 2010, recaída en el recurso de casación núm. 3347/2007 -EDJ 2010/62082-, el Tribunal da respuesta al alcance del concepto «indicio» para justificar la imposición de una sanción, al tomar como indicios simples rumores e informaciones de prensa.

Por su parte la **STS 23 abril 2010 -EDJ 2010/62082-**, FJ 4, y otra precedente, de 21 de noviembre de 2007, recaída en el recurso de casación núm. 5135/2004 -EDJ 2007/223032-, rechazaron sendos motivos de casación fundados en la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En la primera de las sentencias citadas entendió el TS que la solidez y suficiencia de las sospechas o indicios de que las operaciones efectuadas en la entidad podían estar relacionadas con el blanqueo de capitales eran suficientes para desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Y en el caso contemplado en la segunda de las sentencias citadas, el TS distinguió, para rechazar la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, entre las conductas activas y las conductas omisivas enjuiciadas, de cara a la exigencia de la prueba de su comisión, negando respecto de las conductas omisivas -por el incumplimiento de deberes de hacer- que ello supusiera obligar al obligado a una prueba imposible de hechos negativos.

Respecto de la carga de la prueba, el TS desestima un recurso de casación y confirma la sanción impuesta por la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales superior a 300.000 euros.

El sujeto sancionado, un hombre a quien fue levantada acta de intervención de moneda por los Servicios de Aduana del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, cuando pretendía subir a un vuelo con destino a Italia, por ser portador de más de 300.000 euros sin haber realizado la correspondiente declaración de movimientos de medios de pago.

El dinero no declarado lo llevaba guardado en cajas de galletas y de patatas fritas en el interior del equipaje y fue detectado por el escáner. Al ser preguntado por el dinero, contestó que lo había traído de Italia a España y en ese momento lo retornaba al país transalpino para meterlo en una caja fuerte.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la sanción impuesta por la Comisión porque "el sancionado llevaba el dinero oculto, por el alto importe de la cantidad intervenida y porque no había quedado acreditado suficientemente el origen lícito de los fondos".

El Supremo, en sentencia de 30 de septiembre de 2014 -EDJ 2014/177892-, descarta que se pueda desplazar la carga de la prueba a la Administración acerca del origen de los fondos, porque, como señala la sentencia, haciendo suyo el razonamiento de instancia "Una derivación de la presunción de inocencia en materia sancionadora consiste en que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción pesa sobre la Administración. Pero esta consecuencia no abarca a todos y cada uno de los hechos que pueden ser relevantes en el seno del proceso, regidos por los principios generales distributivos de dicha carga que se recogen en el art.217 LEC -EDL 2000/77463-. Conforme a éstos, cada parte está gravada con la carga de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, regla condicionada a la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio.

La justificación del origen de los fondos es un hecho positivo cuyas consecuencias son favorables a la sancionada y cuyos medios de prueba se hallan, de existir, a su plena disposición por tratarse de operaciones económicas en las que hubo intervenido. Es indiscutible entonces que la falta de prueba de ese específico hecho debe repercutir en perjuicio de su pretensión. Para cumplir con esta carga procesal no representa ningún inconveniente la motivación de la resolución sancionadora, cuyos fundamentos de Derecho tercero y sexto tratan profusamente sobre la insuficiencia de los documentos exhibidos por la interesada con tal objeto, indicando las carencias y defectos de la prueba documental que bien pudo suplir y corregir la demandante durante el proceso judicial".

12. PRINCIPIO DE TIPICIDAD Y LEGALIDAD DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES

Este principio viene recogido en el art.27 L 40/2015 -EDL 2015/167833-, según el cual: "Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley".

La STS 5-2-1990 -EDJ 1990/1075-, se ha encargado de señalar que el principio de legalidad y el principio de tipicidad son diferentes, aunque ambos tengan su tronco común en el art.25 CE -EDL 1978/3879-. El principio de legalidad se colma con la previsión de las infracciones y las sanciones en una norma con rango de ley, mientras que el principio de tipicidad exige la precisa definición de lo que la ley considera como conducta constitutiva de infracción; en definitiva se consagra el principio de predeterminación normativa de las conductas constitutivas de infracciones administrativas y de las sanciones aplicables a las mismas, de forma tal que junto al principio de "lex previa", aparece el principio de "lex certa".

El segundo problema que es necesario deslindar, es el de la exigencia de concreción en los tipos, esto es, el problema del cumplimiento del principio de tipicidad en los supuestos en los que la norma utiliza la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados o las cláusulas abiertas y genéricas.

Si bien los preceptos legales o reglamentarios que tipifican las infracciones deben definir los actos, las omisiones o las conductas sancionables, no se vulnera la exigencia de la "lex certa" cuando se incorpora en la regulación de tales supuestos ilícitos los conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia.

Como ha reconocido la doctrina constitucional, STC 116/1993, de 29-3 -EDJ 1993/3111-, para que fuera aceptable a la luz del art.25 CE -EDL 1978/3879- la utilización de una ley sancionadora, es necesario que "la concreción del citado concepto sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada". En el mismo sentido la STS 21-3-1991 afirma que: "la jurisprudencia constitucional no permite en esta materia una remisión en blanco, pero se aviene, por lo expuesto, a tolerar cierta cuota de flexibilidad en la actividad reglamentaria de desarrollo, cuando la Ley de cobertura aborda el núcleo esencial del régimen sancionador".

Las infracciones en la Ley de 2010, se dividen en muy graves, graves y leves según el art.50 de la Ley, estableciendo, a continuación, la descripción de los distintos tipos de infracciones que cumplen con las exigencias del principio de tipicidad.

13. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Según la redacción actual del art.59 de la Ley, tras la reforma introducida por el art.2.28 RDL 11/2018, de 31 agosto -EDL 2018/117321- se diferencian entre criterios de graduación para el conjunto de las infracciones y criterios de graduación para infracciones específicas (las previstas en los art.56.3, 57.2 y 58).

Estableciendo como cláusula de cierre que "En todo caso, se graduará la sanción de modo que la comisión de las infracciones no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas".

Sobre la cuantificación de las sanciones económicas en la legislación española, es oportuno hacer referencia a la **STJUE 31 mayo 2018 (Asunto C-190/17) -EDJ 2018/82294-**, cuando concluye que la libertad de circulación de capitales, **se opone a una normativa** de un Estado miembro, como la española, que establece que el incumplimiento de la obligación de declarar sumas elevadas de dinero efectivo que entren o salgan de su territorio, se sancione con una **multa de hasta el doble del importe no declarado**.

Esta sentencia responde así a la cuestión planteada por el **Tribunal Superior de Justicia de Madrid** y aunque el Tribunal concluye en su sentencia que la lucha contra el blanqueo de capitales constituye un objetivo legítimo que puede justificar una restricción de las libertades fundamentales, también llama la atención sobre el principio de proporcionalidad que debe regir toda normativa sancionadora.

Sobre esta base, afirma que "las referidas sanciones de la normativa española no son proporcionadas, porque exceden de lo que resulta necesario para garantizar el cumplimiento de la obligación de declaración. Es decir, si el objetivo de la sanción es castigar el mero incumplimiento de no declarar y no eventuales actividades fraudulentas o ilícitas, resulta desproporcionado que la multa pueda ser tan elevada. Y por este motivo, se debe entender que la normativa española vulnera la libertad de circulación de capitales".

Una segunda sentencia relevante del TJUE, en materia de proporcionalidad de las sanciones es la reciente **STJUE 8 marzo 2022** en el asunto C-205/20 -**EDJ 2022/515730-**, en la que la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art.20 Dir 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014 -**EDL 2014/73913-**, relativa a la garantía de cumplimiento de la Dir 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Rgto. (UE) n.º 1024/2012 -**EDL 2012/234537-** relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IML») (DO 2014, L 159, p. 11) y se presenta en el contexto de un litigio entre NE y la Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Administración del Distrito de Hartberg-Fürstenfeld, Austria) en relación con la multa que esta impuso a aquel por diversas infracciones de disposiciones austriacas en materia de Derecho laboral.

Sobre esta misma cuestión y recogiendo la doctrina del TJUE se ha pronunciado la **STS 23 septiembre 2019 -EDJ 2019/695357-**, razonando que "La compatibilidad de este tipo de sanciones con la normativa de la Unión Europea, analizada desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, ya fue valorada en una inicial **STJUE 16 julio 2015** (asunto C/255-14) -**EDJ 2015/123718-** y recientemente ha vuelto a pronunciarse en la sentencia de 31 de mayo de 2018, (asunto C-190/2017) -**EDJ 2018/82294-**, en la que se resuelve una cuestión prejudicial de interpretación planteada por el TSJ de Madrid en la que se cuestionaba la misma norma nacional que justifica la sanción objeto de este recurso"

Sin embargo "Debe destacarse, no obstante, que el art.57.3 L 10/2010 -**EDL 2010/36169-** ha sido recientemente modificado por el RDL 11/2018, de 31 agosto -**EDL 2018/117321-**, y en su nueva redacción el incumplimiento de la obligación de declaración establecida en el art.34 de dicha norma se castiga con «a) Multa, cuyo importe mínimo será de 600 euros y cuyo importe máximo podrá ascender hasta el 50 por ciento del valor de los medios de pago empleados». Norma que, al menos en el aspecto controvertido, se ajusta a las exigencias impuestas por la jurisprudencia del TJUE y que resulta aplicable al recurrente en base al principio de aplicación retroactiva de las normas sancionadoras más favorables, que deriva del art.9.3 CE -**EDL 1978/3879-** y que se recoge expresamente en el art.26.2 L 40/2015 -**EDL 2015/167833-**".

Por fin, la **Sala Tercera del Tribunal Supremo expresa en su Sentencia núm. 457/2021, de 29 marzo -EDJ 2021/528715-**, que los cambios legislativos que beneficien al infractor se aplican también a las sanciones ya impuestas que no sean firmes, e incluso a estas cuando no estén totalmente ejecutadas, en base al principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable, que dimana del art.9.3 CE -**EDL 1978/3879-** y que además se recoge expresamente en el apartado 2 art.26 L 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -**EDL 2015/167833-**.

Así, el principio de proporcionalidad implica individualizar la sanción concreta que se impone, adaptándola a la gravedad del hecho, tomando en consideración las circunstancias concurrentes dentro del margen legalmente previsto. Por ello, los cambios normativos que impliquen la reducción del límite máximo de la sanción que puede imponerse, afectan a la proporcionalidad de las sanciones ya impuestas, pues la individualización de la sanción ha de apreciarse sobre la totalidad del espectro aplicable.

Indica el Tribunal Supremo que tiene razón el recurrente cuando afirma que una multa que se estimó proporcionada sobre la base de un margen cuantitativo definido en la norma no puede mantenerse invariable cuando ese margen se reduce sustancialmente por un cambio normativo sobrevenido.

La **sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional 11 julio 2017 -EDJ 2017/156513-**, se ha pronunciado sobre dos de las circunstancias de agravación contenidas en el art.59 de la Ley y más frecuentemente utilizadas:

1) Notoria cuantía del movimiento, considerándose en todo caso como aquella que duplique el umbral de la declaración"

La sentencia recoge el criterio de la **STS 30 septiembre 2014 -EDJ 2014/188249-**, según la cual, para la fijación de la cuantía ha de tenerse en cuenta la totalidad de la suma intervenida y no sólo aquella que exceda de la cantidad exenta de declaración.

No obstante, la sentencia de la Audiencia Nacional matiza que tal doctrina resulta aplicable cuando no medió declaración de ningún tipo, pero no, cuando se declaró parcialmente determinada cantidad.

2) Ocultación e intencionalidad

Según la Audiencia Nacional, para su apreciación es necesario "La circunstancia de ser hallados los medios de pago en lugar o situación que muestre una clara intención de ocultarlos". Los medios de pago deben encontrarse en una ubicación o bien rodeados de unas circunstancias que revelen "clara intención de ocultarlos". Y como elemento que se integra en el tipo infractor para su agravación es precisa una prueba inequívoca de la concurrencia de esa circunstancia.

La parte apelante sostiene que no existía esa intención porque portaba la cantidad no declarada en el bolsillo del pantalón, pese a que el acta no lo especifica. El examen del acta revela que no es muy elocuente, porque se limita a afirmar que "el dinero lo portaba en unos sobres en su equipaje de mano y también portaba 10.000 euros ocultos dentro del pantalón" (folio 2 del expediente).

La falta de declaración que conforma el tipo infractor comporta por la propia definición del injusto una ocultación, en el sentido de callar o disimular que se realiza un movimiento de dinero. Por lo tanto, la agravación demanda un plus que permita deducir una clara intención de ocultación, de evitar que salga a la luz el citado movimiento, ya mediante el empleo de dobles fondos u otros instrumentos o medios específicos que permitan eludir el control de las autoridades.

14. PRESCRIPCIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

Conviene empezar por deslindar adecuadamente ambas instituciones, dado que debe distinguirse entre la prescripción de las infracciones y la de las sanciones, esto es, el tiempo de que dispone la Administración para su ejecución una vez impuestas.

El artículo 30 de la nueva legislación -**EDL 2010/36169-**, esto es, la L 40/2015 -**EDL 2015/167833-**, realiza una remisión expresa a lo que en cada caso venga a disponer la Ley que regule el procedimiento sancionador, en otro caso, con carácter supletorio el art.132 establece unos plazos de prescripción asociados al tipo de infracción.

El art.60 de la Ley de Blanqueo -**EDL 2010/36169-** establece respecto de las infracciones, un régimen propio de prescripción, señalando que:

1º) Las infracciones muy graves y graves prescribirán a los cinco años, y las leves a los dos años, contados desde la fecha en que la infracción hubiera sido cometida.

Respecto de la determinación del día inicial del cómputo de dichos plazos, se regulan estos supuestos específicos:

a) En las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de la finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consume.

B) En el caso de incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida el plazo de prescripción se contará desde la fecha de terminación de la relación de negocios, y

c) en el de conservación de documentos desde la expiración del plazo al que se refiere el art.25 -**EDL 2010/36169-**, cuando establece que "Los sujetos obligados conservarán durante un período de diez años la documentación en que se formalice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente ley, procediendo tras el mismo a su eliminación. Transcurridos cinco años desde la terminación de la relación de negocios o la ejecución de la operación ocasional, la documentación conservada únicamente será accesible por los órganos de control interno del sujeto obligado, con inclusión de las unidades técnicas de prevención, y, en su caso, aquellos encargados de su defensa legal."

Conforme a igual precepto, la prescripción se interrumpirá por

1) Cualquier acción de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias o de sus órganos de apoyo, realizada con conocimiento formal de los sujetos obligados, conducente a la inspección, supervisión o control de todas o parte de las obligaciones recogidas en esa Ley.

2) Por la iniciación, con conocimiento de los interesados, del procedimiento sancionador o de un proceso penal por los mismos hechos, o por otros cuya separación de los sancionables sea, con arreglo a esa Ley, racionalmente imposible.

En el caso de la prescripción de las sanciones, se producirá a los tres años en caso de infracciones muy graves, a los dos años en caso de infracciones graves, y al año en caso de infracciones leves, contados desde la fecha de notificación de la resolución sancionadora.

La prescripción se interrumpirá cuando se acuerde administrativa o judicialmente la suspensión de la ejecución de la resolución sancionadora.

Pese a que el precepto de la Ley de Blanqueo no lo establezca expresamente, el cómputo de la prescripción de las sanciones, sólo puede computarse realmente no desde la fecha de la notificación, sino desde su firmeza (art.61.5 de la Ley -EDL 2010/36169- "La ejecución de las resoluciones sancionadoras firmes en vía administrativa corresponderá a la Secretaría de la Comisión"), firmeza que habrá de referirse a la vía administrativa.

Con carácter general, la novedad más importante, se establece en la regulación de la prescripción de las sanciones en los supuestos en los que el recurso contra la resolución sancionadora ha sido desestimado por silencio. En este sentido, la L 39/2015 -EDL 2015/166690-, ha establecido que «en el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso».

15. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO

Establece el art.61.4 de la Ley -EDL 1992/17271- que "En los procedimientos sancionadores instruidos por la Secretaría de la Comisión el plazo máximo para resolver el procedimiento y notificar la resolución será de un año a contar desde la fecha de notificación del acuerdo de incoación, sin perjuicio de la posibilidad de suspensión por el instructor del cómputo del plazo en los supuestos señalados en el art.42.5 L 30/1992, de 26 noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la ampliación en seis meses adicionales de dicho plazo máximo que podrá acordarse motivadamente por el Secretario de la Comisión, a propuesta del instructor, al amparo de lo previsto en el art.49 de la misma Ley.

El transcurso de los plazos establecidos en el apartado precedente determinará la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, debiendo procederse a dictar nuevo acuerdo de incoación en tanto no haya prescrito la infracción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60".

El Tribunal Supremo (sentencia de 13 enero 2010 rec. 1279/2007 -EDJ 2010/9990-) ha declarado que la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, por entender el legislador que los sujetos expedientados se encuentran en una situación desfavorable que no ha de alargar indebidamente la Administración.

La caducidad, por tanto, es la consecuencia inmediata que se produce ante el incumplimiento de los plazos máximos que tiene la Administración para resolver y notificar un procedimiento.

En cualquier caso, recordar que el hoy vigente art.25.1 L 39/2015 -EDL 2015/166690-, establece que "El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento".

Pues bien, en este caso, la Ley amplía ese plazo a un año desde la incoación del procedimiento, previendo, no obstante, tanto la suspensión del plazo en los supuestos ahora previstos en art.22 L 39/2015 -EDL 2015/166690-, como la ampliación del plazo, prevista en el art.23.1 del citado texto legal -EDL 2015/166690-.

La **sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2007 -EDJ 2007/177816-**, analiza un supuesto de ampliación del plazo para resolver y pone el acento en la necesidad de motivación de la ampliación del plazo, cuando razona que "la voluntad expresa del legislador es que la Administración motive sus decisiones de prorrogar de los plazos establecidos por las normas de procedimiento, lo que resulta claramente del art.54.1 LRPAC -EDL 1992/17271-, que establece la obligación de motivar "...con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho..." los actos que seguidamente enumera, entre los que se encuentran, en la letra e) "...los acuerdos de ampliación de plazos..."

Sobre la caducidad del procedimiento y el cómputo del plazo en el caso de solicitarse informes externos, se ha pronunciado la **STS 18 julio 2013 -EDJ 2013/151811-**.

16. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y PROCEDIMIENTO PENAL

La concurrencia de sanciones, a la que al inicio de mi intervención me he referido, se disciplina en el art.62.1, según el cual las infracciones y sanciones establecidas en esa Ley se entenderán sin perjuicio de las previstas en otras leyes y de las acciones y omisiones tipificadas como delito y de las penas previstas en el Código Penal y leyes penales especiales, salvo lo establecido en los apartados siguientes de igual precepto.

La denominada vinculación con el orden penal se establece en el art.62.2, de modo que no podrán sancionarse con arreglo a esa Ley las conductas que lo hubieran sido penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico.

En consecuencia y desde una perspectiva procesal, la prohibición de bis in idem, se concreta en dos reglas.

a) La primera es la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito según el Código Penal [STC 77/1983 -EDJ 1983/77-; 2/2003 -EDJ 2003/1418-, que corrige la STC 177/1999 -EDJ 1999/29139-]

b) La segunda regla radica en la vinculación de la Administración a la determinación de los hechos llevada a cabo por los órganos judiciales penales [STC 77/1983 -EDJ 1983/77-].

No obstante, se admite la coexistencia de la doble vía penal y administrativa, cuando se trate de proteger diferentes bienes jurídicos. En este sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 6 de junio de 2016 señala que "la sanción impuesta al recurrente responde a distinta conducta tipificada por el legislador como infracción administrativa diferenciada del tipo penal del blanqueo de capitales, precisamente con la finalidad de coadyuvar en la prevención de tales actuaciones delictivas. Es por ello que no existe infracción del principio ne bis in idem ni, en consecuencia, era obligada la suspensión del procedimiento administrativo sancionador por cuestión prejudicial penal lo que, a su vez, conlleva la desestimación de las alegaciones sobre nulidad de pleno derecho de tal procedimiento".

En este sentido la STC 234/1991, de 10 diciembre -EDJ 1991/11703-, recordaba que para que sea constitucionalmente admisible la dualidad de sanciones es necesario que cada normativa contemple los mismos hechos desde "la perspectiva de un interés jurídicamente protegido" distinto de la otra normativa

A efectos de establecer reglas de coordinación entre las jurisdicciones, la Ley establece que "En cualquier momento del procedimiento administrativo sancionador en que se estime que los hechos pudieran ser constitutivos de ilícito penal, la Secretaría de la Comisión dará traslado de los mismos al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas al efecto y acordará la suspensión de aquél hasta que se reciba la comunicación a que se refiere el primer párrafo del apartado siguiente o hasta que recaiga resolución judicial.

Si el Ministerio Fiscal no encontrara méritos para proceder penalmente contra todos o alguno de los sujetos obligados, lo comunicará a la Secretaría de la Comisión para que pueda continuar el procedimiento administrativo sancionador.

Si, por el contrario, el Ministerio Fiscal interpusiera denuncia o querrela, comunicará dicha circunstancia a la Secretaría de la Comisión, así como, cuando se produzca, el resultado de tales actuaciones.

Consecuentemente, en principio, la sanción administrativa impuesta en tanto se tramita un proceso penal por los mismos hechos es nula por incumplimiento del deber de la Administración de paralizar el procedimiento sancionador.

Al respecto, la STSJ Madrid nº. 85/2016, de 16 febrero -EDJ 2016/37510-, declara vulnerada "la regla de preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta". En consecuencia, se anula la sanción por vulnerar el art.25.1 CE -EDL 1978/3879-.

Por otra parte, se concluye que "La resolución que se dicte en el procedimiento administrativo sancionador deberá respetar, en todo caso, los hechos declarados probados en la sentencia".

17. PECULIARIDADES DE LA RECURRIBILIDAD CASACIONAL DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN ÚNICA INSTANCIA REFERIDAS A IMPUGNACIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS "DE NATURALEZA PENAL" (DOCTRINA "SAQUETTI" DEL TEDH)

Con carácter general, podríamos partir, a la hora de resolver acerca de la posibilidad de recurrir en casación las sanciones en materia de blanqueo de capitales, de que la doctrina de la Sección Primera de la Sala Tercera es sumamente restrictiva en cuanto a la posibilidad de admisión, basándose, esencialmente, en el hecho de que en numerosas ocasiones lo que está en discusión son simples cuestiones de hecho, cuando de la recurribilidad de las sanciones administrativas se trata.

De otra parte, los órganos encargados y competentes para imponer las sanciones, no pueden entenderse comprendidos en el supuesto del art.88.3 b) LJCA -EDL 1998/44323-, cuando considera que se presume el interés casacional objetivo "Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional"

Como dice el **ATS 18/4/2017, RC 114/2016 -EDJ 2017/39206-**: "Ahora bien, el mismo precepto circunscribe su ámbito de aplicación a los actos o disposiciones emanados de organismos reguladores o de supervisión "cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional"; y este inciso debe ser interpretado en el sentido de que el precepto se refiere sólo a los recursos tramitados y resueltos en instancia única por la Sala de la Audiencia Nacional, no extendiéndose por consiguiente a las sentencias dictadas por dicha Sala en apelación.

Esta apreciación se corrobora si atendemos a la redacción del precepto, pues en él se contempla literalmente el escenario de que la sentencia impugnada ha enjuiciado y resuelto el recurso contra el acto o disposición del regulador, lo que sólo puede hacer referencia a la sentencia dictada en instancia única, ya que la sentencia de apelación no resuelve el recurso contra el acto o disposición sino contra la resolución judicial de instancia dictada por el Juzgado.

En definitiva, el citado art.88.3.d) LJCA -EDL 1998/44323- se refiere solamente aquellos actos de reguladores, supervisores o agencias para los que exista una específica atribución competencial revisora en única instancia (y no en apelación) a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (y no a los Juzgados centrales). Para las sentencias de la misma Sala dictadas en apelación, aunque se refieran a actos dictados por organismos reguladores o agencias, no cabrá más vía para sostener su interés casacional que su eventual incardinación en otros supuestos de los contemplados en este artículo 88."

No obstante, lo anterior, la Sentencia Saquetti Iglesias contra España, de 30 de junio del 2020 -EDJ 2020/583085-, está llamada a tener un importante impacto en la regulación de los recursos contra las sanciones en el orden contencioso-administrativo al haber declarado que el derecho a la doble instancia jurisdiccional, reconocido por el artículo 2 del Protocolo número 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos -EDL 2009/224977- y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma, resulta de aplicación a las sanciones administrativas y en concreto, la sentencia se refiere precisamente a una sanción impuesta en materia de blanqueo de capitales.

En efecto, la sentencia declara que España ha infringido este derecho a la doble instancia respecto al señor Saquetti Iglesias, que fue sancionado por la Dirección General de Política Financiera con una multa de 153.800 euros por no haber declarado la salida de España de un dinero de la misma cuantía (en aplicación de la L 10/2010, de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo -EDL 2010/36169-).

Frente a esta resolución, el señor Saquetti interpuso un recurso contencioso-administrativo, de conformidad con el antiguo modelo casacional, que fue desestimado por una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La sentencia indicaba que contra aquélla no cabía interponer recurso de casación por razón de la cuantía. El recurrente formuló entonces recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero fue inadmitido por falta de justificación suficiente de la «relevancia constitucional» del recurso.

El señor Saquetti se quejó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid no fue revisada por una jurisdicción superior conforme a lo previsto en el art.2 del Protocolo número 7 del citado convenio -EDL 2009/224977-, que establece lo siguiente:

1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior.

Para entender el pronunciamiento de esta sentencia hay que tener en cuenta el «concepto autónomo» de la materia penal que puede incluir sanciones administrativas.

Esta doctrina fue iniciada por la Sentencia Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976. Desde entonces, la calificación de «penal» de una infracción debe determinarse «sobre la base de tres criterios, conocidos como "criterios Engel": a) la clasificación de la disposición a nivel interno; b) el tipo de infracción; y c) la gravedad de la sanción impuesta al interesado

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos procede, en consecuencia, a analizar la infracción que dio lugar a la multa impuesta al señor Saquetti a la luz de los tres «criterios Engel»:

- a) Por lo que respecta al primer criterio -relativo a la calificación de la infracción a nivel interno-, la sentencia reconoce que los actos por los que se acusó al demandante se tipificaban como una «infracción administrativa» en la L 10/2010 -EDL 2010/36169-, pero recuerda que esta calificación por el derecho interno «es sólo un punto de partida» a efecto de la valoración del ilícito.
- b) Para valorar el segundo criterio -relativo a la naturaleza de la infracción-, el tribunal tiene en cuenta «la magnitud del colectivo al que va dirigida la norma infringida, el tipo y la naturaleza de los intereses protegidos y la existencia de un objetivo de disuasión y represión». Estos elementos, a juicio de la sentencia, concurren en el presente caso atendiendo a que la L 10/2010 -EDL 2010/36169- tiene alcance general (los destinatarios del precepto infringido son indeterminados) y a que la sanción no se limita a proteger una eventual pérdida de capital por parte del Estado (esto es, no tiene un carácter meramente resarcitorio), sino que persigue esencialmente disuadir y castigar al demandante por haber incumplido la obligación legal.
- c) Y, por último, el tercer criterio se refiere a la gravedad de la sanción impuesta. La sentencia afirma que, en este caso, si bien el impago de la multa no puede traducirse en una medida de privación de libertad, dada la elevada cuantía de la multa -que ascendió a 153.800 euros y que se correspondía con la casi totalidad de la cantidad descubierta-, debe conferirse carácter penal al procedimiento seguido.

La valoración de estos tres criterios lleva por tanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a concluir que debe considerarse que la infracción en cuestión tiene carácter penal a efectos de la aplicación del derecho a la doble instancia del artículo 2 del Protocolo número 7 del convenio -EDL 2009/224977-, de tal forma que se declara que el ordenamiento procesal contencioso-administrativo español infringe el artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por no garantizar el derecho a la revisión de las sentencias dictadas en única instancia, en relación con sanciones administrativas de las que pudiera afirmarse su "naturaleza penal", en atención a su gravedad (entendida esta gravedad en función de los criterios que la misma sentencia apunta).

Sobre la incidencia de esta sentencia del TEDH en el sistema de recurso propio de la jurisdicción contencioso-administrativa, se han dos recientes sentencias del Pleno de la Sala Tercera, **SSTS 25/11/2021, RRC 8156/2020 -EDJ 2021/772101- y 8158/2020 -EDJ 2021/772113-**, que, tras explicar que el recurso de casación configurado en la vigente redacción de la LJCA constituye un instrumento procesal idóneo para salvaguardar la garantía de doble enjuiciamiento, añaden que:

"la exigencia de revisión por un tribunal superior de la sentencia confirmatoria de una resolución administrativa por la que se impone una sanción de naturaleza penal, a que se refiere el art.2 del Protocolo nº 7 del CEDH -EDL 2009/224977-, en la interpretación dada por la STEDH 30 junio 2020, en el asunto Saquetti c. España -EDJ 2020/583085-, puede hacerse efectiva mediante la interposición de recurso de casación, para cuya admisión habrá de valorarse si en el escrito de preparación se justifica la naturaleza penal de la infracción que ha sido objeto de sanción en los términos establecidos por el TEDH y el fundamento de las infracciones imputadas a la sentencia recurrida al confirmar la resolución administrativa sancionadora".

¿Prescribe el derecho a las vacaciones negadas por la empresa?

Por: D. Francisco Javier Lluch Corell

Presidente de la Sala de lo Social del TSJ Comunidad Valenciana

1. Cuestión debatida

En el art.38 ET -EDL 2015/182832- se regula el derecho a las vacaciones anuales de las personas trabajadoras, señalando que deben ser retribuidas, no sustituibles por compensación económica y de duración no inferior a treinta días naturales.

De la lectura del precepto también se desprende que, como regla general, las vacaciones deben ser disfrutadas en el año en que se devengan, y que cada persona debe conocer las fechas que le corresponden, al menos, con dos meses de antelación al comienzo del disfrute.

Este art.38 ET -EDL 2015/182832- contempla dos excepciones a esta regla general: (i) cuando el periodo fijado en el calendario coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato previsto en los apartados 4, 5 y 7 del art.48, en cuyo caso se tendrá derecho a disfrutar de vacaciones al finalizar el periodo de suspensión, "aunque haya terminado el año natural a que correspondan". Y (ii) cuando coincida con una incapacidad temporal por contingencia distinta de la anteriores que imposibilite disfrutarla durante el año natural a que corresponda, la persona trabajadora podrá hacerlo "una vez finalizada la incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado."

Junto a ello, el derecho a las vacaciones retribuidas está expresamente reconocido en el art.31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -EDL 2000/94313-, a la que el art.6 TUE -EDL 1957/52- reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados, y en el art.7 Dir 2003/88 -EDL 2003/198134-. Esto ha llevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a establecer una contundente línea jurisprudencial expresada, entre otras, en las sentencias de 29 noviembre 2017 (C-214/16, asunto King) -EDJ 2017/240557- y 16 noviembre 2018 (C-684/16, asunto Shimizu) -EDJ 2018/124991- según la cual: a) el derecho a las vacaciones anuales retribuidas no puede ser objeto de una interpretación restrictiva; b) es el empresario el que debe de velar de manera concreta y transparente para que el trabajador disfrute efectivamente de sus vacaciones pagadas, incitándole e informándole formalmente a hacerlo; y c) corresponde al empresario la carga de probar que ha actuado con toda la diligencia necesaria para que el trabajador pueda disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas. De manera que, en caso contrario, dice el TJUE, "la extinción de los derechos de vacaciones anuales retribuidas adquiridos por el trabajador implicaría un comportamiento que daría lugar a un enriquecimiento sin causa del empresario que sería contrario al objeto mismo de la citada Directiva de preservar la salud del trabajador"; y que el art.7 la Dir 2003/88 -EDL 2003/198134- "se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador no puede aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de su relación laboral, derechos a vacaciones anuales retribuidas no ejercidos correspondientes a varios periodos de devengo consecutivos por negativa del empresario a retribuir sus vacaciones (sentencia 29 noviembre 2017, King, C-214/16, apartados 64 y 65 -EDJ 2017/240557-).

La cuestión que se plantea a los expertos de este foro es la siguiente: en qué medida esta doctrina del TJUE incide sobre el instituto de la prescripción del art.59 ET -EDL 2015/182832-, y permite, reclamar una compensación económica por vacaciones no disfrutadas más allá del último año de trabajo, en aquellos supuestos en que el empresario no pruebe haber actuado con la diligencia a la que aluden las sentencias del TJUE. Y ello, teniendo en cuenta que nuestra legislación procesal, en los art.125 y 126 LRJS -EDL 2011/222121-, regula una modalidad procesal específica para fijar la fecha de disfrute de las vacaciones.

Dña. Teresa-Pilar Blanco Pertegaz Para resolver la cuestión planteada resulta de interés acudir a lo establecido en el art.38.3 ET -EDL 2015/182832- según el cual "El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute". De dicho precepto se desprende la obligación del empresario de establecer las fechas de disfrute de vacaciones al menos con dos meses de antelación al comienzo de dicho disfrute, lo cual no supone necesariamente una fijación unilateral de las indicadas fechas por parte de la empresa, ya que el art.125 a) LRJS -EDL 2011/222121- contempla la posibilidad de que las fechas de disfrute de las vacaciones estén previstas en convenio colectivo, o se establezcan por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, si bien dicho precepto también contempla la posibilidad de que sea el empresario el que fije unilateralmente las fechas de disfrute de las vacaciones.

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ Comunidad Valenciana

Así las cosas, no cabe duda que corresponde a la empresa, de conformidad con lo establecido en el art.217 LEC -EDL 2000/77463-, la acreditación del cumplimiento de la referida obligación y acreditado el establecimiento de las fechas de disfrute de vacaciones en el calendario, será el trabajador que reclame la compensación económica de dichas vacaciones por no haberlas disfrutado el que tendrá que acreditar los hechos que han impedido, por causa no imputable a él, el disfrute de las vacaciones fijadas en el calendario empresarial, conforme se desprende de las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el art.217 LEC -EDL 2000/77463-. En el caso de que el trabajador no haya podido disfrutar de las vacaciones en el periodo fijado en el calendario de la empresa, por causa no imputable al mismo, el plazo para ejercitar su derecho a disfrutarlas será de un año a contar desde que cesó la causa que impedía el indicado disfrute y ello en aplicación de lo establecido en el art.59.2 ET -EDL 2015/182832-, salvo que la causa que haya impedido el disfrute de las vacaciones anuales sea la suspensión del contrato derivada de una situación de incapacidad temporal del trabajador, en cuyo caso el trabajador podrá disfrutarlas una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado. Bien entendido que este plazo de dieciocho meses no es aplicable cuando las vacaciones no hayan podido disfrutarse por tener el trabajador el contrato suspendido por el embarazo, el parto o la lactancia natural o por el disfrute de los permisos por nacimiento de hijos, por adopción, por guarda con fines de adopción o por acogimiento, o por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, en cuyo caso rige el plazo de un año a contar desde que finalizó la suspensión. En todos estos supuestos de suspensión del contrato por la situación de incapacidad temporal propiamente dicha o por disfrute de los permisos establecidos en los apartados 4, 5 y 7 del art.48, lo que procederá una vez finalizada la causa de suspensión, será el disfrute de las vacaciones, conforme se desprende de lo establecido en el art.38.3 ET y no su compensación económica. Solo cuando dicho disfrute no sea posible por haberse extinguido el contrato de trabajo procederá la compensación económica, la cual se tendrá que reclamar dentro del plazo de un año a contar desde la finalización de la relación laboral, de acuerdo con lo establecido en el art.59.2 ET, conclusión que no es contraria a la doctrina establecida por el TJUE en las sentencias de 29 de noviembre de 2017 (C-214/16, asunto King -EDJ 2017/240557-) y 16 noviembre 2018 (C-684/16, asunto Shimizu) -EDJ 2018/124991-. Conviene recordar que la primera de las indicadas sentencias contempla un supuesto en el que la empresa demandada niega el derecho del trabajador al disfrute de vacaciones retribuidas por considerar que el vínculo existente entre las partes no constituye relación laboral, por lo que al no haber posibilitado la empresa dicho disfrute el TJUE entiende que el trabajador lo ha ido aplazando año tras año hasta la extinción de la relación laboral en que al no ser ya posible su disfrute, se ha de sustituir el mismo por el derecho a percibir la compensación económica del total de las vacaciones no disfrutadas ni retribuidas, descartando por consiguiente la prescripción alegada por el empresario. A su vez, la segunda de las sentencias referidas (C-684/16, asunto Shimizu -EDJ 2018/124991-) contempla un supuesto en el que la empresa niega el derecho del trabajador a la compensación económica de las vacaciones una vez finalizado el contrato de trabajo sin haberlas disfrutado por no haber solicitado el mismo su disfrute antes de la extinción, en este caso el TJUE entiende que si bien el empresario no puede imponer al trabajador el disfrute de las vacaciones, como el trabajador es la parte débil de la relación laboral corresponde a la empresa acreditar que le ha informado de su derecho al disfrute de vacaciones retribuidas y al no haberlo acreditado en ese caso, entiende que el trabajador tiene derecho a la compensación económica de dichas vacaciones tras la finalización de su contrato de trabajo sin haberlas disfrutado.

Como es de ver dichas sentencias contemplan supuestos en que la empresa no ha fijado el calendario de vacaciones, fijación que en nuestro derecho es obligatoria de conformidad con lo establecido en el art.38.3 ET -EDL 2015/182832-.

Dicho lo anterior, es evidente que si la empresa no acredita el cumplimiento de la obligación establecida en el art.38.3 ET -EDL 2015/182832- y el contrato de trabajo se extingue antes de que el trabajador haya disfrutado de sus vacaciones, el mismo tiene derecho a la compensación económica de dichas vacaciones, aunque no haya solicitado su disfrute durante la vigencia de su contrato de trabajo, esta es la conclusión que se obtiene de las sentencias reseñadas del TJUE. Doctrina que es extrapolable al supuesto en que el trabajador reclame la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas correspondientes a varios años, de modo que si el empresario no acredita que al menos informó al trabajador de su derecho a vacaciones retribuidas durante esos años, no quepa entender prescrito el derecho a dicha compensación económica, aunque hayan transcurrido los años en que debieron disfrutarse puesto que no es sino hasta la finalización de la relación laboral cuando el trabajador está en condiciones de exigir la sin las presuntas presiones empresariales existentes mientras estuvo vigente su contrato de trabajo.

D. Rubén López-Tames Iglesias

Es cierto que, cuando se produce la extinción de un contrato, la empresa suele pagar sólo las vacaciones no disfrutadas del último año y no se permite, reclamar una compensación económica por tal concepto más allá de ese último año de trabajo. La práctica de satisfacerla durante la vigencia de la relación laboral, si no se

han disfrutado las vacaciones, no encuentra, en cambio, salvo supuestos excepcionales, acomodo legal.

Sin embargo, la STJUE 29 noviembre 2017 (asunto C-214/16 -asunto "King"-) -EDJ 2017/240557- y otras posteriores, obligan a replantearse este criterio. En esta primera resolución entiende que, en un conflicto entre un trabajador y un empresario sobre el derecho a vacaciones retribuidas, supone una interpretación contraria al Derecho de la Unión Europea considerar que el trabajador venga obligado a disfrutar sus vacaciones cuando ignoraba si se le iban a retribuir.

Es decir, si el trabajador no disfruta de la totalidad o de parte de las vacaciones anuales a las que tiene derecho en el año de devengo durante el cual debe ejercerse el derecho, en circunstancias en las que lo habría hecho, pero en las que no lo hizo porque el empresario se negaba a retribuirlos, el trabajador puede alegar que se le ha impedido ejercer su derecho a disfrutar de las vacaciones retribuidas y aplazar dicho derecho hasta el momento en que tenga la oportunidad de ejercerlo.

El motivo, y esto es lo importante, para resolver la pregunta concreta que se nos formula, es que, como indica tal doctrina "el derecho a vacaciones no puede interpretarse de modo restrictivo" y que "el empresario pudo beneficiarse de que el trabajador no interrumpiera sus períodos de actividad profesional", tras lo que concluye que es contrario al mencionado art.7 Dir 2003/88 -EDL 2003/198134- una práctica o norma que no permita aplazar y acumular hasta la conclusión de la relación laboral los derechos de vacaciones anuales retribuidas no ejercidos durante varios períodos de devengo por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones.

Éste es también el criterio de la STJUE 6 noviembre 2018 (C-619/16 -asunto Kreuziger, sobre Los Rechtsreferendar, juristas en prácticas en Alemania) -EDJ 2018/125005-. Entre el 13 de mayo de 2008 y el 28 de mayo de 2010, el Sr. Kreuziger realizó, como jurista en prácticas, su período de prácticas como preparación para el ejercicio de profesiones jurídicas en el estado de Berlín. Al superar, el 28 de mayo de 2010, la prueba oral del segundo examen de Estado, la formación y el período de prácticas en dicho estado federado llegaron a su fin.

El Sr. Kreuziger decidió no tomar vacaciones anuales retribuidas entre el 1 de enero de 2010 y la fecha de finalización de su formación. El 18 de diciembre de 2010 presentó una solicitud de compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas que fue denegada. La negativa se basó en una norma del Derecho nacional, en cuya virtud el derecho a dichas vacaciones se pierde debido a que el Sr. Kreuziger no solicitó disfrutarlas durante la relación laboral.

La segunda resolución, que se nos cita en la pregunta, es la STJUE del mismo día (C-684/16 -asunto Shimizu-) -EDJ 2018/124991-. Se trataba un trabajador que prestó servicios para una empresa desde el año 2001 hasta el año 2013. En octubre de 2013, se le ofreció que disfrutara de sus vacaciones antes de que se extinguiese la relación laboral. El Sr. Shimizu decidió no tomar más que dos días y, extinguida la relación laboral, solicitó compensación por las vacaciones de los años 2012 y 2013. Conforme a la normativa alemana, el derecho a vacaciones se extingue, como decíamos, si no se ejercen durante el año de devengo.

Partiendo del asunto "King" antes expuesto, se expresa que: "deben evitarse las situaciones en las que el cometido de velar por el ejercicio efectivo del derecho a vacaciones anuales retribuidas recaiga por completo sobre el trabajador y en las que el empresario tenga, por su parte, la posibilidad de liberarse de cumplir sus propias obligaciones alegando que el trabajador no ha presentado una solicitud de vacaciones anuales retribuidas".

El TJUE entiende que: "el empresario debe, en particular, velar de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales pagadas incitándole, en su caso formalmente, a hacerlo, e informarle de manera precisa y oportuna para asegurar que tales vacaciones sigan pudiendo garantizar al interesado el descanso y el ocio a los que pretenden contribuir, de manera que, si no las toma, se perderán al término del período de devengo o de un período de prórroga, o al extinguirse la relación laboral, cuando la extinción tiene lugar durante ese período".

Por ello, esta doctrina del TJUE incide inevitablemente sobre el instituto de la prescripción del art.59 ET -EDL 2015/182832-, y permite, reclamar una compensación económica por vacaciones no disfrutadas más allá del último año de trabajo, en aquellos supuestos en que el empresario no pruebe haber actuado con la diligencia a la que aluden las sentencias del TJUE, es decir, no haya velado adecuadamente por el ejercicio de los derechos por parte del trabajador.

Especialmente, porque como se considera en los Asuntos Kreuziger y Shimizu, debe considerarse que el trabajador es la parte débil de la relación laboral, de modo que es necesario impedir que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos y deben evitarse las situaciones en las que el cometido de velar por el ejercicio efectivo del derecho a vacaciones anuales retribuidas recaiga por completo sobre el trabajador y en las que el empresario tenga, por su parte, la posibilidad de liberarse de cumplir sus propias obligaciones alegando que el trabajador no ha presentado una solicitud de vacaciones anuales retribuidas.

En el asunto Shimizu se dice bien claro: "El art.7 de la Dir 2003/88/CE -EDL 2003/198134- [...], y el art.31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -EDL 2000/94313- deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual, si el trabajador no ha solicitado ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el período de referencia de que se trate, al término de dicho período pierde, automáticamente y sin que se verifique previamente si el empresario le ha permitido efectivamente ejercer ese derecho, en particular informándole de manera adecuada, los días de vacaciones anuales retribuidas devengados por dicho período en virtud de esas disposiciones y, correlativamente, su derecho a una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas en el caso de que se extinga la relación laboral. Corresponde, a este respecto, al órgano jurisdiccional remitente comprobar, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, si puede realizar una interpretación del citado Derecho que garantice la plena efectividad del Derecho de la Unión".

Para que fuera entonces operativa la prescripción del art.59 ET -EDL 2015/182832-, sería el empresario quien debiera probar que ha actuado con toda la diligencia necesaria y con la finalidad de que el trabajador pudiera efectivamente tomar las vacaciones anuales retribuidas. Es decir, informándole de manera adecuada acerca de los días de vacaciones anuales retribuidas devengados por dicho período en virtud de esas disposiciones y, correlativamente, su derecho a una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas en el caso de que se extinga la relación laboral.

Solo si el empresario consigue acreditar que cumplió sus obligaciones, y fue el trabajador el único responsable de que no disfrutara de sus vacaciones, y con pleno conocimiento de causa, la operatividad del plazo prescriptivo sería conforme con Derecho de la Unión Europea.

Sin que baste entonces la posibilidad genérica, que el trabajador ostenta, de acudir al proceso ordinario para reclamar el derecho a las vacaciones o al proceso especial de los art.125 y 126 LRJS -EDL 2011/222121-, en los que se regula una modalidad procesal específica para fijar la fecha de disfrute de las vacaciones. Porque la conducta activa, y consecuente responsabilidad, se exige al empresario, no al trabajador.

Además, ninguna operatividad puede tener el plazo de prescripción del art.59 ET -EDL 2015/182832-, que debería quedar arrumbado, si esta última resolución dispone con claridad que: "En el caso de que sea imposible interpretar una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal en un sentido conforme con lo dispuesto [...] el órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre un trabajador y su antiguo empresario, que tiene la condición de particular, debe dejar inaplicada dicha norma nacional y velar por que, si el empresario no puede demostrar haber actuado con toda la diligencia necesaria para que el trabajador pudiera efectivamente tomar las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho en virtud del Derecho de la Unión, dicho trabajador no se vea privado de sus derechos adquiridos a vacaciones anuales retribuidas ni, consiguientemente, en caso de extinción de la relación laboral, a la compensación económica por vacaciones no disfrutadas cuyo abono incumbe, en tal caso, directamente al empresario de que se trate".

Con mayor sentido cuando el plazo del art.59 ET -EDL 2015/182832-, de nuestro derecho, es un plazo prescriptivo que, como tal, y según reiterada jurisprudencia, al basarse más en razones de seguridad jurídica que de justicia intrínseca, debe ser interpretado restrictivamente.

Incluso considero que esta doctrina puede afectar a otros plazos que mantienen los Estados miembros si el trabajador no ha disfrutado de las vacaciones. Como sucede, por ejemplo, según el art.38.3 ET -

La Dir 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 noviembre 2003 -EDL 2003/198134-, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, dispone en su artículo 7 que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de, al menos, cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales, precisando en su apartado 2 que el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.

El derecho de la Unión Europea impone que los conceptos de tiempo de trabajo, descanso, tiempo de presencia y trabajo efectivo, deben ser interpretados de manera uniforme en todo el ámbito comunitario, para garantizar eficazmente la aplicación de la normativa y la seguridad y salud de los trabajadores (STJUE 1-12-2005, C-14/2004 -EDJ 2005/188232-). A destacar que el derecho a vacaciones retribuidas ha sido declarado reiteradamente como un principio del derecho social comunitario asociado a la garantía de seguridad y salud de los trabajadores y frente al que no es admisible ningún tipo de excepción, oponiéndose al art.7 de la Dir

93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993 -EDL 1993/18641-, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en su versión modificada por la Dir 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000 -EDL 2000/88100-, una disposición nacional que permita, durante la vigencia del contrato de trabajo, que los días de vacaciones anuales no disfrutados en un año determinado se sustituyan por una indemnización económica en un año posterior (STJUE 6 abril 2006, C-124/2005 -EDJ 2006/28379-).

El art.31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 -EDL 2000/94313-, reconoce a todo trabajador el derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas, y ya antes la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, establecido en su artículo 2.3 el derecho a las vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas como mínimo. El Convenio 132 de la OIT -EDL 1972/2516-, de aplicación a todas las personas empleadas por cuenta ajena, reconoce también el derecho a las vacaciones anuales pagadas, cuya finalidad es que el trabajador disponga de un tiempo de ocio y esparcimiento y descanse.

Con todo, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas no responde como finalidad exclusiva a la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral, dado que ello supondría reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. De ahí que la STC 27 de octubre de 2003, nº 192/2003 -EDJ 2003/108861-, otorgue el amparo solicitado por un trabajador despedido por trabajar durante sus vacaciones para otra empresa, anulando la sentencia del Juzgado y Sala de suplicación que declararon su despido de procedente por transgresión de la buena fe contractual, pues resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art.10.1 CE -EDL 1978/3879- (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho.

La Constitución de 1978 recoge de manera muy clara este derecho a las vacaciones en su art.40.2 -EDL 1978/3879- al ordenar que "los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados".

La diferente finalidad entre lo que son las vacaciones y periodos de baja por enfermedad se percibe de manera muy concluyente en el apartado 3 del art.38 ET -EDL 2015/182832- dando oportunidad de disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal cuando sean coincidentes, pues si el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincide en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en los apartados 4, 5 y 7 art.48 ET -EDL 2015/182832-, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan. En el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las anteriormente señaladas que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, "el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado".

El legislador permite, en efecto, posponer el disfrute de las vacaciones en una serie de supuestos que ya habían sido admitidos por la jurisprudencia nacional y comunitaria (art.38.2.3º y 4º ET -EDL 2015/182832-):

A).- Cuando coincida el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa alternativamente con:

- una incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural.
- con las suspensiones de la relación laboral por permiso de maternidad y paternidad.

En estos casos el trabajador tiene derecho a disfrutar de vacaciones en una fecha alternativa al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural al que se corresponda y que con carácter general es el plazo de caducidad. Es decir, no es aplicable aquí la interpretación efectuada por los tribunales de que las vacaciones deben disfrutarse dentro del año al que correspondan y que hacen el derecho caduque el 31 de diciembre de cada año.

B).- Respecto al resto de situaciones de incapacidad temporal (por contingencias comunes o profesionales) coincidentes total o parcialmente con las vacaciones, siendo irrelevante que la IT comience antes o durante las vacaciones (STS 19 marzo 2013, rec. 528/2012 -EDJ 2013/50397- y STJUE 21 junio 2012, C-78/2011, Asunto ANGED -EDJ 2012/114491-) el trabajador puede disfrutar sus vacaciones una vez finalice su incapacidad siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se hayan originado, por cuanto, y en definitiva, el art. 7, apartado 1, Dir 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 noviembre 2003 -EDL 2003/198134-, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral.

Es jurisprudencia reiterada la de que el derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede interpretarse de manera restrictiva (STJUE 22 abril 2010, C-486/08 -EDJ 2010/30709-). En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido interpretando el art.7 Dir 2003/88 -EDL 2003/198134- en un sentido no restrictivo y favorable a los trabajadores, y así ha entendido que es contrario al Derecho de la Unión que se prive de la compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas a quien accede a la jubilación sin que haya podido disfrutar la totalidad de sus vacaciones, incluso cuando haya sido por estar de baja por enfermedad, lo que no impide, si se ha llegado a un acuerdo, que el empleado pueda sustituir esta compensación dejando de acudir a trabajar un tiempo anterior a la jubilación percibiendo su salario (STJUE 20 julio 2016 C-341/15, asunto Maschek -EDJ 2016/118542-).

En esta misma línea de interpretación tuitiva del derecho a las vacaciones retribuidas la STJUE 12 junio 2014, C-118/132, asunto Bollacke -EDJ 2014/86371-, enjuiciando el supuesto de un trabajador fallecido que tenía 140 días pendientes de disfrute de vacaciones, reclamando en su nombre la viuda, ha considerado que el derecho a una compensación económica de las vacaciones por extinción del contrato de trabajo no puede supeditarse a una solicitud previa del interesado. Es por ello contrario a la Dir 2003/88 -EDL 2003/198134- una normativa que disponga el derecho a las vacaciones anuales retribuidas se extingue sin dar derecho a una compensación financiera por las vacaciones no disfrutadas, cuando la relación laboral llega a su fin por el fallecimiento del trabajador, lo que resulta indispensable para garantizar el efecto útil del derecho a las vacaciones anuales concedidas al trabajador en virtud de la citada Directiva.

En la STJUE 30 junio 2016, C-178/15, asunto Sobczyszyn -EDJ 2016/93124-, entendió en el caso de una trabajadora a la que se concedió por su empresario, del 28 de marzo al 18 de noviembre de 2011, un periodo de descanso por convalecencia para que siguiese un tratamiento pautado por un médico, y que reclamó tras el alta su derecho a disfrutar los días de vacaciones anuales adquiridos en 2011, de los que no había podido disponer debido a que coincidió con dicho descanso por convalecencia, que es posible reclamar el derecho al disfrute de esas vacaciones en un momento posterior dado que las finalidades del descanso por convalecencia y el de las vacaciones no son coincidentes, la recuperación de la salud en el primero y la concesión de un tiempo esparcimiento y ocio en el segundo.

Respondiendo a la cuestión de si se puede aplazar y acumular el derecho a vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas cuando un empresario no permite su ejercicio por considerarlo trabajador autónomo no dependiente la STJUE 29 noviembre 2017, C-214/16, asunto KING -EDJ 2017/240557-, ha llegado a la conclusión de que el art.7 Dir 2003/88 -EDL 2003/198134- no puede interpretarse en sentido restrictivo y concluye que son contrarias a derecho comunitario las disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador no puede aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de su relación laboral, su derecho a vacaciones anuales retribuidas correspondientes a varios periodos de devengo consecutivos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones. En el supuesto de la sentencia anotada el Sr. King trabajó para su empresa en virtud de un "contrato por cuenta propia únicamente a comisión" (autónomo) entre el 1 junio 1999 y el 6 octubre 2012. Al concluir la relación laboral por jubilación, el Sr. King reclama a su empresario el pago de una compensación económica por sus vacaciones anuales, tanto las disfrutadas y no retribuidas, como las no disfrutadas correspondientes a la totalidad del periodo por el que trabajó para la empresa. El art.7 Dir 2003 -EDL 2003/88-, a juicio del Tribunal europeo, se opone a que el trabajador tenga que disfrutar de sus vacaciones antes de saber si tiene derecho a que estas se le retribuyan.

Resulta evidente que esta sentencia ha producido un importante impacto al ser previsible un número exponencial de reclamaciones por parte de trabajadores que podríamos encuadrar como "falsos autónomos" al llegar a su término el vínculo contractual con la empresa, con un potencial coste en relaciones de larga duración, porque el TJUE declara que no es posible limitar el aplazamiento o acumulación de los períodos de vacaciones retribuidas, cuando la causa de no haberlas disfrutado es porque el empresario no lo ha permitido, debiéndose reparar que el art.4 bis LOPJ -EDL 1985/8754- (en la redacción procedente de la LO 7/2015, de 21 Julio -EDL 2015/124945-), precisa que "1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea." Lo que es tanto como poner en tela de juicio la pervivencia en nuestro ordenamiento, cuando de vacaciones aplazadas y acumuladas se trata, la prescripción del art.59 ET -EDL 2015/182832- y la caducidad del artículo 38 del mismo texto legal, amén de la jurisprudencia que los interpreta, si se

llega a demostrar que el trabajador autónomo no es tal sino que se encubre una relación dependiente y por cuenta ajena del art.1 ET. Nótese que el plazo de prescripción para reclamar la compensación económica por los períodos vacacionales no disfrutados, en la autorizada opinión de la Sala de lo Social del TS, era de un año, y el cómputo de dicho plazo se inicia con la propia extinción de la relación laboral, o al menos así se venía interpretando por inconcusa doctrina judicial en España (véase en este sentido STS 28 mayo 2013, rec. 1914/2012 -EDJ 2013/127625-, y STSJ Madrid, Sección 1ª, 2 diciembre 2011, rec. 1083/2011 -EDJ 2011/324023-). Antes de ese momento, con la relación laboral viva, el trabajador carecería de acción, pues sólo podría reclamar su disfrute y no su abono.

Una vuelta de tuerca más en esta interpretación tuitiva, no restrictiva y favorable al derecho de los trabajadores, ha sido la STJUE 6 noviembre 2018 (C-684/16) -EDJ 2018/124991-: el empresario debe, en particular, velar de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales pagadas incitándole, en su caso, formalmente a hacerlo, e informarle de manera precisa y oportuna para asegurar que tales vacaciones sigan pudiendo garantizar al interesado el descanso y el ocio a los que pretenden contribuir, de manera que, si no las toma, se perderán al término del período de devengo o de un período de prórroga autorizado.

En aplicación de esta última doctrina contenida en la STJUE 6 noviembre 2018 (C-684/16) -EDJ 2018/124991- la reciente STSJ Madrid 31 enero 2022, nº 41/2022, recurso 691/2021 -EDJ 2022/512682-, contemplando el supuesto de un guionista de BOOMERANG TV S.A que reclamaba compensación económica de los días de vacaciones no disfrutados durante la vigencia del contrato, es decir, 25 días del año 2011, 15 días del año 2012, 18 días del año 2013, 18 días del año 2014, 18 días del año 2015, 13 días del año 2016, 10 días del año 2017, 13 días del año 2018 y 2 días del año 2019, es decir, en total 128 días de vacaciones no disfrutadas por causas imputables a la empresa que no fueron abonadas en el momento de finalizar la relación laboral, reclamándose la suma de 29.012,48 euros brutos, interpreta que su compensación económica al final de la relación laboral no se verá enervada por la caducidad anual de las vacaciones, y será posible a menos que la empresa pruebe que ha tenido una conducta activa de ofrecimiento al trabajador del disfrute de las vacaciones con la advertencia de que, de no hacerlo dentro del año, puede perder los derechos correspondientes. Ello modifica la postura tradicional de la jurisprudencia nacional respecto a que el art.38.1 ET -EDL 2015/182832- establece la obligatoriedad de su concesión, así como la retribución de este período en la misma forma y cuantía que si hubiera sido de trabajo efectivo y, para que no se frustrase la aludida finalidad, previene también este precepto que el disfrute real del descanso no será susceptible de sustitución por una retribución en metálico, de tal suerte que si el trabajador no hace uso de la vacación dentro del año natural, no sólo pierde el derecho a disfrutarla en la anualidad siguiente, sino que tampoco le resulta posible percibir una remuneración dineraria a cambio de la falta de disfrute (SSTS 4º 25 febrero 2003, rec. 2155/02 -EDJ 2003/7204-, y 14 marzo 2019, rec. 466/17 -EDJ 2019/551338-).

En el caso analizado por la STSJ Madrid 31 enero 2022, nº 41/2022, recurso 691/2021 -EDJ 2022/512682-, se declaraba probado que la empresa no indicaba los días de vacaciones que tenían que tomar los guionistas ni los períodos máximos a disfrutar, y que las vacaciones estaban en función de las necesidades de producción. El actor como guionista tenía libertad para organizar su disfrute de vacaciones sin control por parte de la empresa. Los trabajadores rellenaban el modelo de solicitud y lo remitían a la empresa, que no sellaba ni firmaba las hojas, tampoco denegaba las vacaciones, sino que las asumía en los términos que resultaban de las solicitudes y los guionistas eran conocedores de que debían solicitar sus vacaciones. Los guionistas no remitían las solicitudes con normalidad y el jefe de producción solía pedir que se las remitieran al menos dos veces al año, en verano y Navidad, y por correo electrónico de 5-3-19 pidió a todos los trabajadores, especialmente a los guionistas, la documentación porque no la remitían. La empresa no denegó vacaciones al trabajador ni le impidió su disfrute y este no había reclamado con anterioridad a la extinción de su relación laboral dicho disfrute.

Partiendo de estas premisas, la interpretación jurisprudencial habitual del art.38 ET -EDL 2015/182832-, en opinión del TSJ de Madrid, sin duda habría conducido a la desestimación de la demanda, ya que el trabajador tiene cauces para reclamar judicialmente el disfrute de las vacaciones teniendo en cuenta que su disfrute debe ser anual y no constaba negativa de la empresa ni obstáculo impeditivo del disfrute. Pero, como se ha dicho, la doctrina del TJUE en relación con la normativa comunitaria de efecto directo establece otra interpretación más exigente según la cual se requiere que la empresa lleve a cabo una conducta activa que, sin llegar a la imposición de las vacaciones, consista en una indicación de la necesidad de la solicitud del disfrute de las vacaciones con la advertencia de que el trabajador puede perder el derecho correspondiente, y solo de esta forma se puede evitar que tenga éxito la reclamación de compensación económica a la finalización de la relación laboral. Por ello, estima el recurso parcialmente, al quedar fijada la cuantía adeudada en 26.879,58 €.

En corolario, esta doctrina del TJUE incide directamente sobre el instituto de la prescripción del art.59 ET -EDL 2015/182832- permitiendo reclamar una compensación económica por vacaciones no disfrutadas más allá del último año de trabajo, en aquellos supuestos en que el empresario no prueba haber actuado con la diligencia debida, velando de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales pagadas, incitándole, en su caso, formalmente a hacerlo, e informarle de manera precisa, transparente y oportuna para asegurar que tales vacaciones sigan pudiendo garantizar al interesado el descanso y el ocio a los que pretenden contribuir, de manera que, si no las toma, se perderán al término del período de devengo.

D. Jesús Sánchez Andrada
Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla)

Para resolver la cuestión que se nos plantea, lo primero que deberemos hacer es traer a colación los preceptos más inmediatos de aplicación sobre la misma, art.7.1 y 2, sobre vacaciones anuales, de la Dir 2003/88/CE -EDL 2003/198134- del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 noviembre 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, *"Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales"* y *"El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrán ser sustituidas por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral"*, artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -EDL 2000/94313-, *"todo trabajador tiene derecho a un período de vacaciones anuales retribuidas"*, art.38.3.º ET -EDL 2015/182832-, que establece, *"En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado"*, incluido por la DF 1º RDL 3/2012, de 10 febrero -EDL 2012/6702-, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, trasladando las conclusiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la y Tribunal Supremo sobre la coincidencia del disfrute de vacaciones con la incapacidad temporal, art.59 ET -EDL 2015/182832-, en sus apartados uno y dos, al disponer que *"las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación, considerándose terminado el contrato, el día en que expire el tiempo de duración convenido o fijado por disposición legal o convenio colectivo, el día en que termine la prestación de servicios continuados, cuando se haya dado esta continuidad por virtud de prórroga expresa o tácita y si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse"*, así como los art.1961 y 1969 CC -EDL 1889/1-, *"las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley"* y el art.1969 que *"El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse"*.

Pues bien, la Doctrina del TJUE, en aplicación de la Dir 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 4 noviembre 2003 -EDL 2003/198134- y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre 2000, ya incidió en la legislación Española a la hora de regular el derecho de los trabajadores a las vacaciones anuales retribuidas, doctrina que se ha seguido dictando en ese mismo sentido y así la STJUE, Sala 5ª, 29 noviembre 2017, asunto C-214/16 -EDJ 2017/240557-, precisa en su apartado 51 que *"es preciso recordar, en primer lugar, que la Dir 2003/88 -EDL 2003/198134- no permite que los Estados miembros excluyan la existencia del derecho a vacaciones anuales retribuidas ni que establezcan que el derecho a vacaciones anuales retribuidas de un trabajador que no haya podido ejercer su derecho se extingue al término del período de devengo o de un período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional (sentencia de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff y otros, C-350/06 -EDJ 2009/794- y C-520/06, EU:C:2009:18, apartados 47 y 48 -EDJ 2009/794- y jurisprudencia citada)"* y en el 52 que *"Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que un trabajador que, por razones ajenas a su voluntad, no haya estado en condiciones de ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas antes de finalizar la relación laboral, tiene derecho a una compensación económica, con arreglo al art.7, apartado 2 Dir 2003/88 -EDL 2003/198134-. La cuantía de esa compensación deberá calcularse de tal modo que el trabajador ocupe una situación comparable a aquella en la que se habría encontrado si hubiera ejercido el mencionado derecho durante su relación laboral (sentencia de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff y otros C-350/06 -EDJ 2009/794- y C-520/06, EU:C:2009:18, apartado 61 -EDJ 2009/794-)"*.

Reiterando su doctrina la STJUE (Gran Sala), de 6 de noviembre de 2018, en el asunto C-684/16 -EDJ 2018/124991-, Procedimiento prejudicial -Política social- Ordenación del tiempo de trabajo -Dir 2003/88/CE -EDL 2003/198134- Art.7 -Derecho a vacaciones anuales retribuidas- Norma nacional que establece la pérdida de las vacaciones anuales no disfrutadas y de la compensación económica por dichas vacaciones si el trabajador no ha presentado una solicitud de vacaciones antes de la extinción de la relación laboral -Dir 2003/88 -EDL 2003/198134- Art.70 -Obligación de interpretación conforme del Derecho nacional- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -Art.31, apartado 2- Invocabilidad en el marco de un litigio entre particulares, nos viene a realizar una serie de precisiones de muchísimo interés, en lo aquí tratado y así, en su apartado 19, precisa que *"Con carácter previo, es preciso recordar que, con arreglo a jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia el derecho de cada trabajador a disfrutar vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, que no admite excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente"*

puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la Dir 2003/88 -EDL 2003/198134- (véase, en este sentido, la sentencia de 12 junio 2014, Bollacke, C-118/13 -EDJ 2014/86371-, EU:C:2014:1755, apartado 15 y jurisprudencia citada). En el 20 que "Por otro lado, el derecho a vacaciones anuales retribuidas no solo tiene una importancia especial por su condición de principio del Derecho social de la Unión, sino que también está expresamente reconocido en el art.31, apartado 2, de la Carta, a la que el art.6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados (sentencia de 30 junio 2016, Sobczyszyn, C-178/15 -EDJ 2016/93124-, EU:C:2016:502, apartado 20 y jurisprudencia citada)" y que sin perjuicio, que, apartado 35 "A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha precisado, concretamente, que el art.7, apartado 1, de la Dir 2003/88 -EDL 2003/198134- no se opone, en principio, a una normativa nacional que establezca modalidades de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas que atribuye expresamente esta Directiva, aun cuando tal normativa disponga incluso la pérdida de dicho derecho al término del período de devengo de las vacaciones anuales o del período de prórroga, siempre y cuando el trabajador que pierde el derecho a vacaciones anuales retribuidas haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le atribuye la Directiva (sentencia de 20 enero 2009, Schultz-Hoff y otros, C-350/06 -EDJ 2009/794- y C-520/06, EU:C:2009:18, apartado 43 -EDJ 2009/794-)", en el apartado 58 indica que "es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE -EDL 1957/52-, párrafo tercero (sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez, C-282/10, EU:C:2012:33 -EDJ 2012/1331-, apartado 24 y jurisprudencia citada)" y que, apartado 59, "El principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (sentencia de 24 enero 2012, Domínguez, C-282/10 -EDJ 2012/1331-, EU:C:2012:33, apartado 27 y jurisprudencia citada)", incluso que, apartado 60 "Como también ha declarado el Tribunal de Justicia, la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva. Por lo tanto, el tribunal nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, haya interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho (sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257 -EDJ 2018/39942-, apartados 72 y 73 y jurisprudencia citada)".

Por último, traer aquí por su importancia la STJUE 17 mayo 2022 en el asunto C-600/19 -EDJ 2022/559935- IBERCAJA BANCO que aunque sobre cláusulas suelo, incluye una declaración importantísima sobre la aplicación del derecho europeo que prima incluso sobre la cosa juzgada que se basa en los principios de seguridad jurídica y tutela efectiva que consagran los art.9.3 y 24.1 CE -EDL 1978/3879-, cuando precisa que "Los art.6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Dir 93/13/CEE del Consejo, 5 abril 1993 -EDL 1993/15910-, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior".

Esta primacía del derecho europeo obedece a una construcción jurisprudencial y fue consagrada por vez primera por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 15 de julio de 1964 en el asunto "Costa c. ENEL", declarando que "Considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; que la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad; que, en consecuencia, procede aplicar el artículo 177, no obstante cualquier ley nacional, cuando se plantea una cuestión de interpretación del Tratado", declarando la STC, núm. 1, de 13 diciembre 2004, BOE 3/2005, de 4 enero 2005, rec. 6603/2004 -EDJ 2004/301458-, que "Primacía y supremacía son categorías que se desdibujan en órdenes diferenciados. Aquella, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación" y que "La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art.93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art.93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art.1-6 del Tratado".

Como vemos, tal primacía lo es sobre cualquier tipo de norma interior contraria al Derecho creado por el tratado, nacido de una fuente autónoma, incluso como hemos dicho, sobre la cosa juzgada y en este sentido, también como hemos dicho, la doctrina del TJUE, incidió de manera directa en la legislación, dado que "el RDL 3/2012, de 10 de febrero -EDL 2012/6702-, de reformas urgentes para la reforma del mercado laboral -convalidado por la L 3/2012, de 6 julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral -EDL 2012/130651-, introdujo la actual redacción del art.38.3.3º ET -EDL 2015/182832- precisamente para adecuar la legislación española a esa interpretación de la Directiva desarrollada y consolidada. No hay en ella -y no podía haberla sin riesgo de contravenir el mandato de la Directiva, distinción alguna respecto a diferentes periodos vacacionales y ninguna duda ofrece su absoluta aplicabilidad a la integridad del derecho a vacaciones de los trabajadores", con exégesis extensa de distintas sentencias sobre ello, del TJUE, STS. IV, núm. 711, 4 julio 2018, rec. 1619/2017 -EDJ 2018/563259-, por ello, desde mi punto de vista, tal doctrina no incide sobre el instituto de la prescripción del art.59 ET, pues aunque permite, reclamar una compensación económica por vacaciones no disfrutadas más allá del último año de trabajo, el citado precepto dispone que "el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse" y "En el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado", dentro de los parámetros establecidos en el precepto estatutario y en el citado art.1969, CC -EDL 1889/1-, "El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse", por lo que la referida doctrina y la modificación legal que acompañó a la misma, en lo único que inciden es en la ampliación del plazo para el ejercicio de la acción del disfrute de vacaciones, cuando se trata de disfrutar dicho período vacacional que no se pudo hacer efectivo por causas ajenas al trabajador y se aplica de manera estricta, un año, cuando se trata de compensación económica, ya que en IT, no cabe ejercitar la acción, al estar el contrato suspendido, con alguna incidencia interpretativa respecto a los preceptos procesales que regulan la fijación de las vacaciones, pues, si las mismas están expresadas en convenio colectivo, o por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, o hubiera sido fijada unilateralmente por aquél, art.125.a) LRJS -EDL 2011/222121-, el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, pero no a partir de aquel en que tuviera conocimiento de dicha fecha, limitación imposible, encontrándose en IT, sino desde que se pueda ejercitar la acción, tras el alta y si no estuviera señalada la fecha de disfrute de las vacaciones, ninguna incidencia concurre a la aplicación general, art.125.b), LRJS, en cuanto a que la demanda deberá presentarse, al menos, con dos meses de antelación a la fecha de disfrute pretendida por el trabajador, lo que no debe representar óbice alguno para que con esa previsión se soliciten.

Así lo ha entendido la jurisprudencia y en la STS IV, núm. 220, de 14 de marzo 2019, rec. 466/2017 -EDJ 2019/551338-, en un asunto en el que se trata sobre un demandante que no había disfrutado de las vacaciones de 2010, 2011, ni 2012, por estar en IT y reclama la cantidad de 3.114,04 euros, en concepto de compensación económica de las vacaciones no disfrutadas correspondientes a los años 2010 y 2011, completos, y al período comprendido desde el 1/01/2012 hasta el 12/12/2012, fecha en la que fue declarado en IP, en la que tras recoger lo declarado en las distintas sentencias del TJUE y del TS, sobre vacaciones e IT, concluye que "Esta Sala IV/TS ha sido respetuosa con la doctrina expuesta, reiterándola en las posteriores y más recientes, entre otras, de 5 noviembre 2014 -rec. 210/2013- -EDJ 2014/287439-, 4 febrero 2015 -rcud. 2085/2013- -EDJ 2015/12135-, y 4 julio 2018 -rcud. 1619/2017- -EDJ 2018/563259-... En el caso, la cuestión litigiosa quedó centrada y fijada en determinar primero, si un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal, que le imposibilita para trabajar de forma continuada durante varios años, y que no ha podido disfrutar de su derecho a vacaciones anuales, habiéndosele extinguido su contrato de trabajo como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente total para su profesión habitual, tiene derecho al disfrute de estas vacaciones o a una compensación económica a partir del momento de la extinción de la relación laboral; y en segundo lugar en determinar el día a quo para el cómputo del plazo de prescripción de la acción formulada. Partiendo de ello, la doctrina expuesta es de aplicación al supuesto ahora enjuiciado, pues como queda dicho, el trabajador no pudo disfrutar de sus vacaciones por causa de fuerza mayor, cual es encontrarse en situación de incapacidad temporal, por lo que ha de reconocerse

su derecho a una compensación económica a partir del momento de la extinción de la relación laboral, que tuvo lugar como consecuencia de su declaración en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual en fecha 14 de diciembre de 2012, momento en el que ha de fijarse el día a quo para el ejercicio de la acción", por lo que concluye estimado el recurso interpuesto por el demandante, revocando la sentencia de instancia y estimando la demanda, condenando a la demandada a que abone al demandante la cantidad reclamada.

D. Juan Martínez Moya
Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ Murcia

1. La STJUE 29 11 17, King C 214/16 -EDJ 2017/240557-, avanzó en relevantes aspectos sobre las condiciones de ejercicio del derecho al disfrute de vacaciones y la posibilidad de reclamar acumulativamente, vía compensación económica, periodos no disfrutados. En síntesis, el TJUE viene a permitir que los trabajadores puedan aplazar y acumular los derechos a vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas cuando un empresario no les deja ejercer su derecho ellas. Y, es más, en dicha sentencia se precisa que el Derecho de la Unión se opone a que el trabajador tenga que tomar vacaciones antes de saber si tiene derecho a que dichas vacaciones sean remuneradas. El TJUE concluye declarando dos cosas: (1ª) que es contraria la normativa nacional al ordenamiento de la Unión Europea que en caso de controversia entre un trabajador y su empresario a la hora de determinar si tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas obliga al trabajador a disfrutar sus vacaciones antes de saber si tiene derecho a que éstas se le retribuyan; (2ª) que también es contraria al Derecho de la UE aquella práctica o normativa nacional que impide a un trabajador aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de su relación laboral, derechos a vacaciones anuales retribuidas no ejercidos correspondientes a varios periodos de devengo consecutivos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones. Recordemos que la empresa Sash WW denegó la solicitud del Sr. King porque consideraba que éste tenía el estatuto de trabajador por cuenta propia.

2. La repercusión de este pronunciamiento en los ordenamientos nacionales para conflictos como el que se plantea en la cuestión del foro es muy evidente. El impacto de la doctrina del TJUE en el caso King del TJUE permitirá que «falsos autónomos», o trabajadores con condiciones de contrato muy flexibles, ocasionales e intermitentes trastoque cuanto menos -si no derogue, aunque parece complejo que sea así por lo que diremos- el momento de fijación del día a quo del cómputo del plazo de prescripción de un año para disfrutar las vacaciones conforme a la legislación española. Está claro que esta sentencia dejó este cabo suelto, entre otras razones, porque no era objeto de la consulta, y no tenía por qué ir más allá.

3. El TJUE ha abordado con posterioridad dos cuestiones sobre caducidad en el disfrute de vacaciones en dos sentencias de la misma fecha (STJUE 6-11-18 Sebastian W. Kreuziger/Land Berlin C-619/16 -EDJ 2018/125005-, y STJUE 6-11-18 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV/Tetsuji Shimizu C-684/16 -EDJ 2018/124991-). Los datos fácticos en uno y otro caso resultan de interés para comprender la respuesta del tribunal.

3.1 La STJUE 6-11-18 Sebastian W. Kreuziger/Land Berlin C-619/16 -EDJ 2018/125005- se aborda el caso del Sr. Kreuziger (jurista en prácticas), que había realizado su período de prácticas como preparación para el ejercicio de profesiones jurídicas en Berlín, en el marco de un programa de formación de Derecho público pero sin estar sujeto a la normativa en materia de función pública, formación que terminó tras el correspondiente período de prácticas. Decidió no tomar vacaciones anuales retribuidas entre el 1 de enero de 2010 y la fecha de finalización de su contrato de formación. Al término de la relación laboral presentó solicitud de compensación económica por aquéllas, que le fue denegada. Desestimada su pretensión en la instancia y en los correspondientes recursos, el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Berlín-Brandemburgo planteó cuestión prejudicial. El TJUE considera que la normativa de la Unión Europea se opone a una normativa nacional que establezca la pérdida automática del derecho al disfrute de vacaciones si el trabajador no ha solicitado ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas antes de la fecha de extinción de la relación laboral, y sin que se verifique previamente si el empresario le ha permitido efectivamente ejercer su derecho a vacaciones anuales antes de dicha extinción, en particular informándole de manera adecuada, los días de vacaciones anuales retribuidas a los que tenía derecho en virtud del Derecho de la Unión cuando se produjo dicha extinción, y, consiguientemente, su derecho a una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas.

3.2 En la STJUE 6-11-18 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV/Tetsuji Shimizu C-684/16 -EDJ 2018/124991-, se examina el caso del Sr. Shimizu que prestaba servicios para el Max-Planck en virtud de varios contratos de duración determinada. La institución le dirigió carta invitándole a disfrutar de sus vacaciones (sin imposición de días) antes de que se extinguiera la relación laboral, y el Sr. Shimizu tomó dos días. Posteriormente solicitó el abono de una compensación económica por los 51 días de vacaciones anuales no disfrutados correspondientes a los años 2012 y 2013, demandando al Max-Planck en reclamación de la cantidad adeudada por este concepto, lo que fue estimado en la instancia y recurrido por el demandado. En este contexto, el Tribunal Supremo de lo Laboral alemán pregunta al TJUE si se oponen el art.7, apartado 1, Dir 2003/88 -EDL 2003/198134- o el art.31, apartado 2, CDFUE -EDL 2000/94313- a una norma nacional como la del Estado alemán que, como requisito para el disfrute del derecho a vacaciones, dispone que el trabajador debe solicitarlas indicando sus deseos respecto de las fechas de disfrute, para no perder su derecho al final del período de devengo sin posibilidad de compensación, y que no obliga al empresario a establecer por su propia iniciativa, unilateralmente y de forma vinculante para el trabajador el calendario de vacaciones dentro del período de devengo. El TJUE concluye señalando que, si es contraria a la normativa UE la normativa nacional con arreglo a la cual la circunstancia de que un trabajador no haya solicitado ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas, durante el período de referencia tiene como consecuencia automática que dicho trabajador pierda ese derecho y, correlativamente, su derecho a la compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas en caso de extinción de la relación laboral. En cambio, hace una importante matización: si el trabajador se inhibió, deliberadamente y con pleno conocimiento de causa en cuanto a las consecuencias que podían derivarse de su abstención de tomar sus vacaciones anuales retribuidas tras haber podido ejercer efectivamente su derecho a estas, la normativa UE no se oponen a la pérdida del derecho ni, en caso de extinción de la relación laboral, a la consiguiente falta de compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, sin que el empresario esté obligado a imponerle el ejercicio efectivo del citado derecho, incumpliendo al Tribunal nacional la comprobación de si su normativa puede ser objeto de dicha interpretación.

4. La matización contenida en la sentencia Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV/Tetsuji Shimizu C-684/16 -EDJ 2018/124991- nos arroja algunas pistas para clarificar la cuestión. Como regla general una normativa nacional puede establecer condiciones de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas y prever en su regulación interna la pérdida de tal derecho al término de un período de referencia, siempre y cuando el trabajador que pierda su derecho a vacaciones anuales retribuidas haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar ese derecho (TJUE 10 9 09, Vicente Pereda C 277/08 -EDJ 2009/189935-, apartado 19 y jurisprudencia citada). Por tanto, nada impide que una legislación nacional regule plazos de ejercicio para la reclamación de esa compensación económica en los casos en que la relación laboral haya quedado extinguida. En este sentido, la jurisprudencia social (STS 14 marzo 2019 rec núm. 466/2017 -EDJ 2019/551338- ha cuidado en mantener el modo de determinar el día a quo para el cómputo del plazo de prescripción de la acción formulada para interesar el derecho a una compensación económica en situaciones en las que un trabajador, que no pudo disfrutar de sus vacaciones por encontrarse en situación de incapacidad temporal, durante largo periodo, tiene derecho a dicha compensación económica a partir del momento de la extinción de la relación laboral, que tuvo lugar como consecuencia de su declaración en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual. Será la fecha de esa declaración de IPT la que marque el momento en el que ha de fijarse el día a quo para el ejercicio de la acción a fin de determinar si estaba o no prescrita dicha acción para el caso de que haya transcurrido el plazo de un año previsto en el art.59.2 ET -EDL 2015/182832-.

5. Dejando claro que es la negociación colectiva es vía adecuada para regular, conforme a lo dispuesto en el art.9 del Convenio núm 132 de la OIT -EDL 1972/2516-, el periodo de disfrute de vacaciones, su caducidad, posible aplazamiento y acumulación con periodos vacaciones de años sucesivos, hay que dejar sentado: a) que una cosa es impedir que la legislación nacional prevea reglas para la pérdida del derecho (normas sobre plazo de ejercicio de la acción, a los efectos de prescripción), lo que considero que no se opone al Derecho de la Unión Europea por lo ya indicado a propósito de la regla general; y b) que otra cosa bien distinta es que en situaciones como la planteada en el foro, relativa a que se haya declarado probado que la empresa no facilitó el derecho al disfrute de las vacaciones de la persona trabajadora, se pueda valorar como solución conforme al Derecho de la UE que se desplace el día a quo de ese plazo anual hasta el momento de constatación de ese incumplimiento empresarial para con el trabajador con relación al ejercicio del disfrute de las vacaciones. Esto último daría la posibilidad de que se pudieran reclamar compensaciones económicas correspondientes a periodos no disfrutados por causa imputable al empresario. Esta última consideración abocaría a considerar interpretación conforme al Derecho de la UE que sí que sería posible reclamar una compensación económica por vacaciones no disfrutadas más allá del último año de trabajo puesto que la acción no estaría prescrita si se solicitan dentro del periodo de un año a contar desde la declaración de ese incumplimiento. La casuística en este punto es enormemente variada: desde los supuestos más simples como sería declaración de una relación laboral hasta el momento no reconocida, o bien solicitudes no realizadas en situaciones de precarización contractual. Por eso, los datos fácticos son determinantes y relevantes a estos efectos.

6. Ahora bien, en términos generales, las dudas subsisten, y éstas conducirían a consultar al TJUE la cuestión. Podría sostenerse que el descanso responde no a un aspecto económico sino a una necesidad fisiológica que ha de cumplirse dentro de cada año, por lo que no sería procedente compensar la falta de disfrute a metálico ni tampoco acumular en un en una sola anualidad las no disfrutadas en años anteriores, si no hubo pacto con relación a éste último extremo. Debemos tener presente que el TJUE fue va más allá al señalar que si bien el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un periodo posterior (TJUE 6 4 06, Federatie Nederlandse Vakbeweging C 124/05 -EDJ 2006/28379-, apartado 30, y 20 1 09, Schultz Hoff y otros, C 350/06 y C 520/06 -EDJ 2009/794-, apartado 30). Se podría ponderar a los efectos de la cuestión prejudicial interpretativa hasta qué punto el establecimiento de

un plazo de reclamación con el contemplado en los art.59.2 ET -EDL 2015/182832- y en los previstos para la fijación de fechas de disfrute en la regulación procesal (art.125 y 166 LRJS/2011 -EDL 2011/222121-) es contrario a la finalidad del derecho a las vacaciones si su mecánica o automática aplicación sirve para neutralizar un derecho. Cabría interpretar que en estos casos el plazo anual solo se activa una vez que queda despejada la incierta situación jurídica determinante del incumplimiento empresarial en el ejercicio del derecho y del disfrute del mismo por la persona trabajadora.

La audiencia al condenado en el trámite de su expulsión del territorio nacional, conforme al art.89 CP

Por: Dña. Gemma Gallego

Magistrada de la Audiencia Provincial de Madrid

"La expulsión no puede ser automática y en todo caso, los efectos de esta decisión que entraña la sustitución de una pena grave, no pueden adoptarse sin tenerse en cuenta todos los intereses en conflicto". STS 1231/06, de 23 noviembre 2006 -EDJ 2006/345617-.

Siendo indiscutible que la expulsión del territorio nacional que se prevé en el art.89 CP -EDL 1995/16398-, incide en los derechos fundamentales de la persona afectada y *los expone a grave peligro de violación* -en términos del más Alto Tribunal- el legislador ha ido reformando el precepto citado que, en su actual redacción, reza así:

"El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena".

Fue la reforma operada en dicho precepto por LO 5/2010 -EDL 2010/101204-, la que estableció la facultad del Juez de posponer la resolución sobre la expulsión de aquél a quien condena, manteniendo siempre la previa audiencia del penado. De hecho, parte de la doctrina y de la jurisprudencia menor, entendieron que tal novedad, respondía al hecho de que, en los juicios celebrados en ausencia del acusado, era obvio que no podría escucharse al interesado previamente a resolver sobre su expulsión; con lo que, al reformar el precepto, se reforzaba a su vez la necesidad de audiencia de aquél facultando al Juez el dictado de la oportuna resolución en condiciones *"constitucionalmente aceptables"*.

Es precisamente en aquel tipo de procedimientos donde se contrasta la discrepancia jurisprudencial que hoy se aborda, que versa acerca de si la celebración del acto de juicio en ausencia del acusado -ex art.786 -EDL 1882/1- que estando debidamente citado se acoge a su derecho a no comparecer, colma las exigencias de la salvaguarda del derecho de audiencia sobre su expulsión del territorio nacional, que prevé el art.89 CP -EDL 1995/16398-.

Y es que, ante la ausencia de un criterio explícito asentado por el Tribunal Supremo, los tribunales vienen desarrollando en la última década, dos líneas de pronunciamientos nutridas de respuestas claramente opuestas al resolver la cuestión de forma que, aun en el seno de una misma Audiencia, las ofrecidas han sido diferentes. También en el presente estudio de la jurisprudencia menor, se contrasta que las respuestas de los tribunales de fecha más reciente, van alineándose a favor de salvaguardar los derechos en conflicto confirmando audiencia al condenado y resto de partes, en orden a orden a resolver si procede la expulsión del condenado.

Supuestos en los que se valida la expulsión del condenado sin haber comparecido a juicio

EDJ 2010/116751. SAP Madrid, sec 1ª, 20-5-10, núm 207/2010, rec 137/10. Pte.: Perdices López, Araceli

Como se ha indicado la petición de expulsión se formuló en las conclusiones provisionales, habiéndose permitido al recurrente y a su defensa realizar una contradicción efectiva, ya efectuando las alegaciones que considerasen oportunas, ya articulando pruebas, por lo que el trámite de audiencia exigido por la doctrina jurisprudencial ha quedado cumplimentado, sin que para esa cumplimentación sea imprescindible la comparecencia personal del acusado cuando como ha sido el caso se ha celebrado el juicio en su ausencia, de conformidad con las previsiones legales.

A este respecto, si dentro del procedimiento abreviado se autoriza la celebración del juicio en ausencia del acusado con la eventualidad de un posible fallo condenatorio, es porque mediante su citación se le ha dado la posibilidad de ser oído y de poder defenderse.

Con igual motivo cabe resolver sobre su expulsión, cuando también se le ha dado la misma posibilidad de ser oído, posibilidad que, con su conducta, al no comparecer voluntariamente al llamamiento judicial, ha renunciado a ejercitar.

Adoptar una decisión contraria a la anterior no solo carecería de cobertura legal sino que provocaría el riesgo de que se tuviera que exigir en todos los juicios con extranjeros en situación irregular en España a los que se pide pena de prisión inferior a los dos años su presencia física en el juicio oral, con la posibilidad de solicitar medidas restrictivas de su libertad para garantizarla, y no dejar en manos del acusado la posibilidad de que se resuelva sobre una posible expulsión dependiendo de su comparecencia al juicio oral.

De lo anterior debemos concluir que se ha cumplimentado el trámite de audiencia.

EDJ 2013/134988. SAP Santa Cruz de Tenerife, sec 5ª, 16-5-13, núm 201/2013, rec 318/13. Pte.: Mulero Flores, Francisco Javier

... denunciándose por el recurrente el no haberse oído, es lo cierto que, como tiene señalado el TS desde antiguo, *"la necesidad de audiencia del penado es preceptiva, en base al derecho del extranjero a la tutela judicial efectiva garantizado en el art.24 CE -EDL 1978/3879-, por ser un derecho imprescindible para la dignidad humana.* (Vid. STS 8 Julio 2004 -EDJ 2004/184826-), pero entendemos que tal requisito se colma con posibilitar al órgano judicial la misma (audiencia) citándole personalmente para ello, tal y como ha venido entendiendo el TC a propósito de actualizar la contradicción o audiencia contradictoria, puesto que en alguna ocasión ha precisado que *«el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable»* (STC 187/2003, de 27 de octubre -EDJ 2003/136205-, F. 4).

Como igualmente ocurre en la misma celebración del juicio en ausencia. Y en el presente caso, el acusado citado personalmente a juicio con conocimiento de tal petición contenida en el escrito de acusación, dejó voluntariamente de acudir a la vista, no exponiéndose nada acerca de la misma (de la expulsión).

EDJ 2014/28067. SAP Barcelona, sec 3ª, 25-2-14, núm 150/2014, rec 10/14. Pte.: Valle Esqués, Fernando

En el presente caso, este tribunal no discrepa, evidentemente, de la jurisprudencia que sobre la materia se cita en el recurso. Pero sí lo hacemos respecto de que no se haya cumplido el principio de audiencia. Dicha sustitución de la pena por la expulsión ya figuraba solicitada por el Ministerio Fiscal en el su escrito de conclusiones provisionales, por lo que tanto el acusado como su defensa letrada tenían conocimiento de ello. El que el acusado decidiera, por su libérrima decisión, no asistir al acto del juicio es algo que no hace desvanecer el cumplimiento de ese principio de audiencia, pues al mismo se le dado la oportunidad de ser oído; pero ha declinado la posibilidad de ejercitar ese derecho y no puede hablarse, por tanto, de indefensión causada por el órgano *a quo*. Por todo ello procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada.

EDJ 2014/173911. SAP Castellón, sec 2ª, 4-6-14, núm 208/2014, rec 83/14. Pte.: Antón Blanco, José Luis

En este caso, todos los requisitos se cumplen para poder accederse a la sustitución interesada por el Fiscal... y el requisito de la audiencia al acusado, como bien apunta el Fiscal, la expulsión ya venía solicitada en la calificación provisional emitida y notificada debidamente pues se trataba de un procedimiento de urgencia donde se evacuó de inmediato, antes de la puesta en libertad de los acusados y de la oportuna citación al inminente juicio oral, al que el acusado Luis Carlos no quiso acudir.

Parece obvio que cuando alguien declina en defender sus intereses al momento procesal que se le concede, no puede alegar indefensión por falta de la audiencia que ha menospreciado. Ello equivale al voluntario silencio.

Con la ausencia voluntaria de un acusado al acto del juicio, impidiendo que las partes puedan -ya que él no lo hace de motu proprio- inquirir sobre su situación personal y familiar a efectos de la sustitución ex art.89 CP -EDL 1995/16398- interesada, no puede bloquear el pronunciamiento sobre el particular.

Por lo tanto, respetado el principio de audiencia, no cabe por tanto analizar circunstancias personales, familiares o sociales nunca alegadas, y por lo tanto ignoradas. Ni la propia dirección letrada alude en el recurso a qué arraigos habría que atender y prestarse a preservar, limitándose a indicar, sin fortuna como se ha visto, que el requisito de la audiencia al afectado no se ha cumplido.

EDJ 2018/540040. SAP Jaén, sec 2ª, 17-4-18, núm 98/2018, rec 288/18. Pte.: García Pérez, María Fernanda

el art. 89 CP -EDL 1995/16398- establece con carácter general y obligatorio la sustitución de las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero, y sólo excepcionalmente cuando interese a la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito el Juez podrá acordar la ejecución de la parte de la pena que no podrá

ser superior a dos tercios y la sustitución del resto por expulsión.

Si bien el apdo. 4 dispone que no se acordará la expulsión cuando a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, especialmente a su arraigo en España (...) en el caso, el penado recurrente no compareció ni siquiera a juicio por lo que no pudo ser interrogado acerca de sus circunstancias personales ni tampoco con el recurso aporta acreditación alguna de estar integrado en el territorio nacional, estudiando y trabajando, realizando una mera alegación formal sin soporte probatorio, por lo que no puede accederse a la aplicación de la excepción de no expulsión solicitada.

Supuestos en los que se rechaza la expulsión del condenado sin haber comparecido a juicio

EDJ 2015/201264. SAP Tarragona, sec 2ª, 25-9-15, núm 355/2015, rec 116/15. Pte.: Espiau Benedicto, María

La sentencia de instancia, en su fundamento de derecho quinto, señala que "conforme al art.89 CP -EDL 1995/16398-, procede la expulsión del acusado, al haberse celebrado el juicio oral, donde tenía conocimiento de la petición de la sustitución, con lo que sirve de audiencia, para determinar el arraigo del acusado en España. Nada se acreditó por la defensa, y tampoco el acusado quiso comparecer. Procede por tanto la expulsión por hallarse en situación irregular en territorio nacional. Se establece la prohibición de entrada en territorio nacional en plazo de cinco años".

En relación con ello, debe hacerse referencia a las siguientes consideraciones: de acuerdo con la redacción anterior a la última reforma del Código Penal, la argumentación contenida en la sentencia de instancia no se comparte por esta Sala. Sobre esta cuestión se pronunció la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona en la sentencia nº 181/2013 de fecha 5 de abril de 2013 en el rollo de apelación penal nº 1109/2012 -EDJ 2013/125947-. En la misma se venía a poner de manifiesto que "atendiendo al estándar constitucional sobre la compatibilidad de dicho procedimiento con las exigencias del proceso justo, deberá convenirse que la consecuencia penal sustitutiva prevista en el art.89 CP -EDL 1995/16398-, por la extrema gravedad material que puede comportar, también resulta inapropiada a los fines y límites de dicho mecanismo procedimental (referido a la celebración del juicio en ausencia). No puede soslayarse que la residencia ilegal en España generalmente presupone, por un lado, una opción vital, muchas veces, dolorosa y comprometida condicionada por una situación socialmente desventajada en los países de origen y, por otro, un proyecto de mejora de dichas condiciones en nuestro país.

La expulsión y la consiguiente prohibición de regreso por un plazo de diez años (en aquel caso) implica, en buena medida, retornar a la realidad vital que estimuló la salida y la frustración de unas expectativas de progreso personal y familiar en el país al que emigró.

No es difícil imaginarse, por tanto, la trascendencia humana de la decisión de expulsión y la gravedad de la misma. Por ello, precisamente, el Tribunal Supremo en una relectura constitucionalizada del precepto (SSTS 8 julio 2004 -EDJ 2004/184826-) ha venido, también, a exigir de forma preceptiva la previa audiencia del inculpado como condición necesaria para ordenar, en sentencia, la sustitución y justificar de forma adecuada la procedencia de la opción legal. Las Sentencias del Tribunal Supremo antes citadas patentizan la vigencia de indeclinables condiciones decisionales propias de un sistema respetuoso con los derechos fundamentales. Ni más ni menos. El legislador del 2003, es cierto, no previene expresamente una audiencia ad hoc como presupuesto de la decisión de expulsión, pero de ahí no puede deducirse, sin riesgo a desconocer imperativos categóricos de naturaleza constitucional, que la excluya o la prohíba.

Tres razones, tal vez acumulables, pueden explicar la opción regulativa. La primera, relacionada con el hecho de que la medida de expulsión, al compartir la naturaleza de la pena, debe formar parte de la pretensión acusatoria por lo que el inculpado podrá defenderse de la misma como plasmación evidente de su derecho fundamental a conocer la acusación. La segunda, relativa a que el legislador, por razones sistemáticas, no está obligado en cada regulación concreta a precisar la necesidad de audiencia, en cuanto aquélla se decanta como una preconditione necesaria de todo proceso decisional que afecta a derechos fundamentales. Como tercera razón, en íntima relación contextual con la anterior, porque lo que el legislador establece es un estándar de decisión que nada tiene que ver con las condiciones procesales en que la misma debe adoptarse.

El art.89 CP -EDL 1995/16398-, establece, ciertamente, un principio, más o menos discutible en términos de racionalidad ética o teleológica, *pro expulsatio* pero, como apuntábamos, ello lo que determina es la propia decisión no si la misma debe venir precedida de audiencia al interesado. La referencia que en el texto legal se contiene a que sólo en el caso de que la decisión no sea sustitutiva de la pena por expulsión se oirá al Ministerio Fiscal debe interpretarse constitucionalmente en el sentido de no excluir la audiencia del inculpado, entre otras finalidades pragmáticas para evitar, de seguirse el tenor literal de la norma, una segura condena de España en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, Caso Ezzouhdi contra Francia de 13 febrero 2001 -EDJ 2001/304-; Caso Yılmaz contra Alemania, de 17 abril 2003 -EDJ 2003/7452-).

Resulta obvio que el enjuiciamiento en ausencia también impide que pueda imponerse la sustitución de la pena por expulsión y prohibición de regreso a territorio nacional, en condiciones constitucionalmente aceptables.

EDJ 2009/69145. SAP Madrid, sec 2ª, 19-12-19, núm 113/2009, rec 1060/08. Pte.: Romera Vaquero, María Consuelo

...el Tribunal Supremo (en las resoluciones anteriormente citadas, así como en la de 7 de junio de 2005) en una relectura constitucionalizada del art.89 CP -EDL 1995/16398-, ya anticipada por el Tribunal Constitucional (SSTC 24/2000 -EDJ 2000/403-, 99/85 -EDJ 1985/99-, 242/94 -EDJ 1994/10590- y 203/97 -EDJ 1997/8131-) ha venido a exigir de forma preceptiva la previa audiencia del acusado como condición necesaria para acordar en sentencia la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión y motivar o justificar de forma adecuada la procedencia de esa opción legal. Solo mediante esa audiencia podrá lograrse la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, siendo para ello imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que, en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad (STS 901/2004 -EDJ 2004/82689-).

De acuerdo con la doctrina expuesta y dado que en el caso que nos ocupa no se ha procedido a oír al acusado, pues, como señala la resolución de instancia solo se ha contado al respecto con la declaración de la coimputada al afirmar que tanto su esposo como ella se encontraban en España de forma irregular y sus hijos en Bolivia, no habiéndose, pues, concediendo audiencia al acusado sobre sus circunstancias personales, desconociéndose, por tanto, las circunstancias, necesarias para poder realizar el juicio valorativo de los intereses en liza ha de concluirse con que la decisión de la sustitución por expulsión, no puede ser acordada, procediendo, por ello, revocar la sentencia en el particular de la pena sustitutoria de expulsión del territorio español, dejándola sin efecto.

EDJ 2019/873991. SAP Barcelona, sec 3ª, 23-12-19, núm 7/20, rec 65/19. Pte.: Navarro Blasco, Eduardo

En aplicación de estos criterios hemos venido exigiendo tenga lugar siempre una audiencia efectiva del penado, sin que baste al afecto tan solo una audiencia formal o la mera oportunidad no atendida de haber sido oído en el acto de juicio oral. Así lo resolvimos en el rollo de apelación 65/2019, en el que concurriendo un caso idéntico al ahora analizado indicábamos; "el necesario trámite de audiencia no puede considerarse satisfecho al haberse celebrado el juicio en ausencia del acusado. Aunque el apartado tercero del mismo precepto establece que la sustitución se acordará en la sentencia cuando resulte posible, es evidente que se ha acordado sin contar con los elementos necesarios para su valoración. La sentencia adolece por tanto de una ponderación de las circunstancias del hecho y del culpable, exigencia que la doctrina de la Sala 2ª del TS considera imprescindible y cuya omisión debe conducir a dejar sin efecto la sustitución acordada, pues la sustitución de la pena es también objeto de la "litis" y ha de ser valorada y justificada en sentencia..."

En este sentido concluimos por tanto en que el enjuiciamiento en ausencia no autoriza que pueda imponerse la sustitución de la pena por expulsión y prohibición de regreso a territorio nacional, en condiciones constitucionalmente aceptables. En el mismo sentido cabe citar la SAP Tarragona de 25 septiembre 2015, o la SAP Bilbao 447/2017.

STS 1ª, 05/04/2022. Rec. 5651/2019. Ponente: Parra Lucán, Dª María de los Ángeles

Separación de hecho prolongada

Exclusión del activo de sociedad de gananciales de bienes adquiridos por uno de los cónyuges

Ver Jurisprudencia al completo

"...En su desarrollo argumenta que no concurren los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para considerar que el régimen económico se disolvió con la separación, pues para ello es preciso que exista una definitiva y prolongada ruptura de la convivencia conyugal que, además de consentida por ambas partes, ponga de manifiesto una inequívoca voluntad de ponerle fin y vaya acompañada de la consiguiente ruptura económica que revele una irrevocable y mantenida voluntad de ambas partes de llevar una vida económicamente independiente.

2. En el segundo motivo, al amparo de los arts. 477.2.3º y 477.3 LEC, por interés casacional, se denuncia la infracción por la sentencia de apelación de los arts. 95, 1392.1º y 1392.1º del Código Civil y la oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que lo interpreta.

En su desarrollo cita las sentencias 278/1997, de 4 de abril, 1266/1998, de 31 de diciembre, 15/2004, de 30 de enero, 216/2008, de 18 de marzo, y 297/2019, de 28 de mayo. En su desarrollo insiste en que la disolución del régimen de gananciales se produce con la firmeza de la sentencia de divorcio que, según dice, en el caso sería la sentencia de esta Sala de fecha 14 de febrero de 2019.

3. Dada la estrecha relación entre los dos motivos se analizarán de manera conjunta, lo que haremos partiendo de la doctrina de la Sala sobre la cuestión planteada.

QUINTO.- La sentencia 136/2020, de 2 de marzo, sintetizando la doctrina de la Sala, recuerda que la cuestión referida al momento en el que se produce la disolución de la sociedad de gananciales está expresamente regulada en los arts. 95 [redactado por la Ley 15/2015, de 2 de julio (EDL 2015/109914)], 1392 y 1393 CC (EDL 1889/1). En particular, conforme a esta regulación, en caso de divorcio judicial la disolución de la sociedad de gananciales produce la firmeza de la sentencia como un efecto legal.

En las sentencias 297/2019, de 28 de mayo, y 501/2019, de 27 de septiembre, citadas a su vez por la sentencia 136/2020, de 2 de marzo, también dijimos:

"la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que cuando media una separación de hecho sería y prolongada en el tiempo no se integran en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro".

Además, de acuerdo con la sentencia 297/2019, de 28 de mayo:

"la separación duradera mutuamente consentida a la que se refiere la doctrina de la Sala para rechazar pretensiones abusivas de un cónyuge, matizando el tenor del art. 1393.3º CC, no es la que deriva de la situación que se crea tras la admisión de la demanda de divorcio (art. 102 CC) ni con el dictado de las consiguientes medidas provisionales (arts. 103 CC y 773 LEC)".

Por tanto, no deben equipararse a las situaciones de separación que permiten rechazar pretensiones abusivas de un cónyuge la mera admisión a trámite de la demanda de divorcio ni el dictado del auto de medidas provisionales (sentencia 297/2019, de 28 de mayo), ni la salida del domicilio familiar de uno de los esposos seguida de la presentación de la demanda de divorcio (sentencia 501/2019, de 27 de septiembre), ni el dictado de un auto que acuerda la orden de protección (sentencia 136/2020, de 2 de marzo).

Pero sí es posible rechazar las pretensiones de un cónyuge dirigidas a reclamar derechos sobre bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando, en atención a las circunstancias del caso, se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario al principio de buena fe proclamado en el art. 7 CC (sentencias 226/2015, de 6 de mayo, y las anteriores que en ellas se citan; 297/2019, de 28 de mayo; 501/2019, de 27 de septiembre; y 136/2020, de 2 de marzo).

SEXTO.- La aplicación al caso de la doctrina de la Sala determina la desestimación conjunta de los dos motivos del recurso de casación, pues la sentencia recurrida no es contraria a la jurisprudencia.

Conviene advertir previamente que la recurrente ha ido modificando su argumentación a lo largo del procedimiento. En la apelación solicitó que se tuviera en cuenta el auto de medidas y ahora considera que el momento de disolución del régimen de gananciales a efectos de la confección del inventario en la liquidación debe ser cuando se dictó nuestra sentencia de fecha 14 de febrero de 2019, por la que se resolvió su recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia que, en el procedimiento de divorcio, desestimó su impugnación de las medidas acordadas. Vaya por delante que este planteamiento en ningún modo podría admitirse, pues la impugnación que afecta únicamente a los pronunciamientos sobre medidas no impide la declaración de la firmeza del pronunciamiento sobre el divorcio (art. 774.5 LEC), como ocurrió en el caso, por lo que a efectos del art. 95 CC la sentencia del juzgado que declaró el divorcio era sentencia firme.

Tampoco son admisibles los argumentos de la recurrente acerca de que nos encontramos ante normas imperativas que determinan que necesariamente deba estarse a la fecha de la sentencia de divorcio a la hora de liquidar el régimen de gananciales con independencia de la postura procesal mantenida por las partes. Es evidente que de la misma manera que si las partes están de acuerdo en atribuir carácter privativo o ganancial a determinado bien, o acerca de que uno de ellos asuma el pago de deudas comunes, también pueden ponerse de acuerdo en liquidar atendiendo a determinada fecha, o renunciar a alguno de los derechos que les reconoce la ley, quedando siempre a salvo los derechos de terceros.

Dicho lo cual, también debemos afirmar que la decisión de la sentencia recurrida no es contraria a la jurisprudencia. Ciertamente, la sentencia del tribunal provincial, al reproducir sentencias anteriores de ese mismo tribunal, contiene algunas afirmaciones que podría entenderse que no se ajustan a la doctrina de esta Sala. Sin embargo, la razón por la que en el caso la Audiencia confirma el criterio del juzgado y rechaza la impugnación de la ahora recurrente no es contraria a nuestra doctrina.

La sentencia no declara la retroacción de la disolución de la sociedad de gananciales por el mero hecho de que el esposo se marchara del domicilio familiar. De manera previa a pronunciarse sobre las concretas pretensiones de las partes referidas a la inclusión en el activo y en el pasivo del inventario de diversas partidas, y para rechazar la pretensión de la esposa referida a determinados bienes, la sentencia advierte que en atención a las concretas circunstancias concurrentes constan "actos propios, libres, palmarios y efectivos" de ambos cónyuges que muestran una "voluntad separativa personal y patrimonial" a partir de noviembre de 2013, fecha que coincide con la salida del esposo del domicilio común. Luego aplica este criterio a distintas partidas que se discuten.

La sentencia recurrida llega a esta conclusión a partir de una serie de datos, meramente fácticos algunos, expresivos de una voluntad de separación personal, pero con un componente jurídico indudable en otros casos, reveladores de una desvinculación patrimonial libremente consentida. Así, en particular, tiene en cuenta que la esposa llegara a prohibirle al esposo el acceso al domicilio después de su salida; o que, desde noviembre de 2013, ya no mantuvieran cuentas conjuntas, según admitió la propia actora en su demanda; también que, en virtud de una "escritura de revocación", la esposa revocara, en atención al deterioro de su relación, la donación del usufructo de la hasta entonces vivienda familiar, donación otorgada en la escritura previa por la que donó a sus hijos la nuda propiedad del inmueble con reserva de usufructo y donación al marido del usufructo, de modo que no se extinguiría hasta el fallecimiento del cónyuge que sobreviviera al otro.

Partiendo de las circunstancias de este supuesto, la conclusión de la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de la Sala, puesto que la voluntad de separación personal y económica que resulta del comportamiento de ambos cónyuges permite apreciar que nos encontramos ante una previa y significativa separación fáctica con desvinculación personal y patrimonial que hace de difícil justificación con arreglo a criterios éticos y de buena fe la reclamación por parte de la esposa de derechos sobre bienes a cuya adquisición no ha contribuido...".

STS 2ª, 18/05/2022. Rec. 5425/2020. Ponente: Puente Segura, D. Leopoldo

Absolución de revelación de secretos a policía local que envió por whatsapp un informe

Ver Jurisprudencia al completo

"...1.- Consideramos que razones de método aconsejan esclarecer primeramente cuáles de entre los hechos que se contienen en el relato de los probados resultan objetivamente imputables a la acusada. Las resoluciones impugnadas parecen entender, sin que consideraran preciso profundizar particularmente en esta cuestión, que, si Socorro no hubiera remitido a su marido la información que a ella le fue transmitida por su cabo, la misma no habría podido llegar finalmente al conocimiento del grupo que integraba el chat de las madres del colegio, ni hubiera sido posible su posterior distribución indiscriminada. Fue así su inobservancia del exigible sigilo lo que determinó que la mencionada información, reservada al ámbito de conocimiento policial, desbordase este cauce.

2.- Ciertamente, en el plano de la mera causalidad natural, la conclusión referida resulta inobjetable. Asumiendo en este ámbito la doctrina conocida como de la equivalencia de las condiciones, - que plásticamente se expresa en la máxima: quien es causa de la causa, es causa del mal causado-, no cabe duda de que, suprimida mentalmente la primera transmisión de la noticia o información, hubiera resultado imposible la producción de las demás. No basta con ello, sin embargo, para que el resultado finalmente producido, la difusión en el chat de las madres del colegio, resulte objetivamente imputable a la conducta de la acusada. Sería necesario para eso que su innegable contribución causal, en el plano meramente naturalístico, hubiera comportado la creación (o incremento relevante) del riesgo de que tal eventualidad tuviese lugar, y que su conducta pudiera identificarse como contraria al fin de protección de la norma. Además, resultaría preciso que, en el devenir o desarrollo de la relación causal, no hubiera interferido la conducta dolosa posterior de un tercero (prohibición de regreso).

En efecto, no resulta suficiente con la mera existencia de una relación de causalidad natural para arribar en la responsabilidad penal de quien aportó cualquier clase de intervención en ese plano de análisis. Es preciso, además, que se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal (valoración normativa), que el resultado es objetivamente atribuible, imputable, a la acción o conducta, por mediar entre ambos un vínculo normativo o axiológico.

(...)

3.- A partir del anterior relato, es claro que, si se prescindiera idealmente de la actuación realizada por la acusada aquí, el informe policial no habría podido llegar ni al marido de ésta ni, por tanto, al compañero de él, ni a la ex esposa de este último ni, en fin, al grupo de DIRECCION000. No es cuestionable así que en el plano de la mera causalidad natural la conducta de la acusada contribuyó a la producción del resultado final, consecuencia última de la cadena de transmisiones. Sin embargo, tan solo resulta a la acusada, a nuestro parecer, objetivamente imputable la llegada del mensaje al conocimiento de su marido y es, por eso, la tipicidad de esta sola conducta la que deberá ser abordada más adelante. El resto de las comunicaciones que integraron la cadena quedaba por entero fuera de su conocimiento y control, de su ámbito de actuación, de su propio dominio. El relato de hechos probados no presta fundamento para atribuir a la única acusada en este procedimiento ninguna clase de participación en las decisiones autónomas que adoptaron después los sucesivos transmisores. Impide así el referido criterio de prohibición de regreso que le resulte objetivamente imputable el resultado de todas las comunicaciones posteriores a la que ella misma realizó.

(...)

Por estas razones, debe quedar sentado que la única conducta típica que aquí resulta objetivamente imputable a la acusada es la transmisión del informe que recibió de su cabo en el ejercicio de sus atribuciones profesionales, a su marido, agente, a la sazón, de la policía nacional.

TERCERO.- 1.- Así las cosas, el error en el juicio de subsunción que se denuncia en el motivo único de este recurso deberá reputarse concretado a los hechos consistentes en la remisión del informe policial que la acusada recibió de su superior y envió a su marido, agente de la policía nacional, el pasado día 15 de febrero de 2018. Se trata, en definitiva, de determinar si dicha conducta puede alcanzarse para colmar las exigencias del tipo básico del delito de revelación de secretos, contemplado en el artículo 417.1 del Código Penal (EDL 1995/16398). Se expresa el precepto en los siguientes términos: "La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados".

2.- Analizando este concreto precepto, nuestra reciente sentencia número 278/2022, de 23 de marzo, señala: «En lógica consecuencia, vinculada al carácter fraccionario de la norma penal, el artículo 417 CP selecciona de entre todas las informaciones a las que puede acceder un funcionario por razón de su oficio o cargo, y respecto de las que puede exigírsele un deber genérico de reserva, solo a dos: las que constituyen secreto y las que no deban ser divulgadas.

Respecto a la primera, su condición secreta dependerá de la naturaleza de la información. Así, si se trata de información relativa a particulares constituirá secreto si abarca informaciones sensibles o relevantes que afecten a la esfera íntima, en los términos a los que se refiere el artículo 197.7º CP. Por su parte, si la información es relativa a la Administración o a intereses públicos, para que pueda ser considerada secreta es necesario que tal calificación venga fijada por una norma jurídica o mediante su declaración de conformidad al correspondiente procedimiento que permita atribuir dicha calificación.

Por lo que se refiere a las informaciones penalmente protegidas, esta Sala, ante la ausencia de una precisa definición normativa y la no posible traslación del concepto de información privilegiada que se contiene en el artículo 442 CP -"toda información de carácter concreto, que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada"- ha exigido como indispensable una ponderación, a la luz de los valores en juego, de los bienes jurídicos que podrían verse afectados o comprometidos si la información se propagara.

Como precisa la STS 887/2008, "a (EDJ 2008/187248) diferencia del secreto, cuya calificación jurídica como tal delimita con claridad el ámbito de tutela, la determinación del nivel de protección penal de las simples informaciones requiere un esfuerzo ponderativo que asegure la aplicación del precepto dentro de los límites que son propios del derecho penal". Exigencia en la que se insiste en la STS 180/2018 de 13 de abril que, con cita de la STS 1114/2009, de 14 de noviembre, recuerda la necesidad de que la información cuya divulgación pueda ser castigada penalmente deba ser equiparable a la del secreto, al menos en la condición de no divulgable, "pues no en vano el legislador trata ambos objetos en pie de igualdad, lo que comporta la necesidad de no incriminar la mera infracción de un deber estatutario del funcionario público".

Esta medición de la relevancia desde los fines de protección obliga a tomar en cuenta, entre otros, los riesgos de ineficacia que pueden derivarse de la divulgación indebida para el buen fin de una determinada actuación de particular relevancia, de afectación de la confianza pública en el buen funcionamiento de la Administración, de la preservación de los principios de neutralidad, igualdad y objetividad que deben determinar la actuación de los órganos administrativos (...), de lesión de los derechos a la reputación y a la vida privada y familiar de terceros.

Lo anterior coliga, también, con la cuestión relativa al resultado de lesión que reclama el tipo. En efecto, la previsión de un tipo agravado si la revelación comportara un "grave daño" obliga, en lógica consecuencia, a identificar un nivel mínimo de lesividad en el tipo básico. Daño que, como ha mantenido esta Sala, no exige una frustración total o parcial de los fines a los que atañe la información revelada, pudiendo incluso considerarse ínsito a la propia revelación si afecta a materias relevantes en las que el mantenimiento de la confidencialidad constituye presupuesto imprescindible del correcto funcionamiento de la Administración -Vid. STS 493/2014, de 11 de junio-».

Complementariamente, nuestra sentencia 214/2020, de 22 de mayo, incide también en la necesidad de que el reproche penal se reserve, -con independencia de la posible infracción administrativa en que pudiera haberse incurrido-, para aquellos casos en que la revelación hubiera supuesto una efectiva afectación material del bien jurídico protegido...

(...)

3.- En el caso, la acusada, policía municipal de Pamplona durante aproximadamente dieciocho años, recibió, en el ejercicio y desempeño de sus funciones profesionales, de su superior jerárquico, la cabo número NUM001, un informe relativo a la solicitud de colaboración policial que, verbalmente, se le había realizado a la policía municipal por parte de la policía foral de Navarra. Se ponía de ese modo en su conocimiento la posible existencia de un preocupante suceso relacionado con un menor, acaecido en las proximidades de un cierto centro escolar. Al parecer, una persona, hablando en inglés, había tratado de que el menor le acompañara a su domicilio, vinculándose a esa persona con una determinada furgoneta. A su vez, se facilitaban los datos de identificación de un ciudadano extranjero, de quien se afirmaba tenía antecedentes penales por pederastia que, según se expresaba, pudiera hallarse en Pamplona. Dicha solicitud de colaboración, más allá de las concretas competencias de la policía local en atención a la demarcación del referido centro escolar, no podía tener otro objeto que el de interesar de ese cuerpo policial, una particular atención, vigilancia o cierto control sobre el referido escenario y en relación con la información facilitada.

La acusada procedió a fotografiar el informe y lo remitió a su marido. Ambos tenían un hijo menor que acudía a ese colegio, al que, precisamente, iba a desplazarse el segundo para llevar o recoger al niño. El marido de la acusada es agente de la policía nacional. Ciertamente, la información de este modo compartida, trasciende el mero acto de colaboración policial, habida cuenta de que ni fue transmitida por el conducto reglamentario, ni tampoco tenía por destinatario a un determinado cuerpo policial (solo a uno en particular de sus agentes), ni aun dicha decisión (compartir la información con la policía nacional), formaba parte de las competencias de la acusada. Eso sentado, no puede desconocerse tampoco que, al poner en conocimiento de su marido, agente éste de la policía nacional, la información recibida, la misma, la información, no desbordaba objetivamente el círculo de conocimiento reservado a la actuación policial colaborativa.

Por otro lado, desde el paradigma del adecuado funcionamiento de la Administración pública, el conocimiento así transmitido a un agente de la policía nacional que, además, conocidamente iba a desplazarse ese mismo día al centro escolar, no solo no resultaba perturbador, sino que en nada mermaba o podía frustrar la eficacia de la investigación. Antes al contrario, habiéndose requerido a la policía municipal por la foral para el desempeño de una discreta labor de vigilancia y supervisión de lo que pudiera suceder en las inmediaciones del centro escolar, que un agente de la policía nacional, que había de acudir conocidamente al lugar, conociese la información, podría contribuir, aunque fuera por esta vía heterodoxa o irregular, al desarrollo de la colaboración solicitada. Tampoco los datos de identidad y los antecedentes penales que pudieran constarle a la persona aludida en dicha información, rebosaron el ámbito del conocimiento meramente policial, sin que la transmisión de la noticia provocara efecto alguno perjudicial en la persona concernida, distinto del que derivaría, en hipótesis, de que los actos de colaboración hubieran sido solicitados también de la policía nacional.

No identificamos, en definitiva, a partir del relato de los hechos que se declaran probados, que la conducta imputable a la acusada creara o incrementara de ningún modo el riesgo de que se frustrase la relevante actuación policial, ni en términos generales comprometiese de un modo significativo el buen funcionamiento de la Administración. Tampoco se advierte que dicha conducta supusiera perjuicio alguno para la persona referida en la tan citada información, que permaneció siempre reservada y sin trascender el ámbito meramente policial, aun cuando hubiera discurrido su transmisión al margen de los cauces estrictamente reglamentarios; infracción que, por lo ya explicado, no desbordaría los límites del derecho administrativo sancionador.

Es consecuencia de actuaciones posteriores efectuadas por tercera persona, -no objetivamente imputables a la aquí acusada-, que aquellas informaciones, progresivamente transmitidas de unos a otros, fuera ya del control y dominio de la recurrente, llegaron, ahora sí por descontento de manera llanamente impropia, al grupo de DIRECCION000 formado por los padres del centro escolar (suponemos que de un solo curso o clase), creando la natural incertidumbre y temor entre ellos y propiciando la conveniencia de emitir ciertos comunicados llamando a la tranquilidad de la comunidad escolar...".

STS 3ª, 12/05/2022. Rec. 5613/2020. Ponente: Pico Lorenzo, Dª Celsa

Personal docente no universitario

Sistema de lista de interinos no limitador de los abusos en los nombramientos temporales

[Ver Jurisprudencia al completo](#)

"...Aduce que se ha constatado un uso abusivo de los nombramientos de carácter interino, en la medida en que el actor ha encadenado sucesivos vínculos para prestar servicios en la misma especialidad y centro educativo, al menos desde el 27 de septiembre del año 2010. Así ha venido cubriendo necesidades estructurales y permanentes de la Administración educativa, algo que viene a corroborar la inexistencia de procesos selectivos durante un largo período.

Defiende que la solución más ajustada al espíritu y contenido del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70 (EDL 1999/66412) sería la transformación de los sucesivos nombramientos temporales del actor en un nombramiento de carácter fijo o indefinido, lo que parece deducirse .

(...)

Por otra parte, conviene efectuar algunas precisiones antes de afrontar el problema de fondo.

La primera es que no deja de ser sorprendente que la temporalidad en el empleo público en el ámbito de la educación no universitaria en La Rioja llegue a una tercera parte del total, según nos dice la recurrente en su escrito de preparación. Cualquiera que sea la razón o las razones que se ofrezcan para explicar tal circunstancia, está claro que entra en conflicto con la legislación en materia de función pública, con la anterior y con la vigente. Si la regla es que el servicio público se preste por funcionarios de carrera y el recurso a los interinos sea excepcional, tiene difícil explicación jurídica que se eleve a la magnitud indicada la tasa de interinidad.

(...)

Ya fuera bajo la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, ya sea bajo el Estatuto Básico del Empleado Público en 2007 y luego en 2015, así como en la actualidad, tras la reforma de 2021, el legislador ha mantenido la regla de que la función pública la desempeñen funcionarios de carrera.

Por otra parte, tanto el texto de 2007 cuanto el de 2015 han circunscrito el nombramiento de interinos a la existencia de vacantes y mientras estas se cubren, a la sustitución transitoria de los titulares y a la ejecución de programas temporales o a hacer frente a exceso o acumulación de tareas también de forma temporal. Y han fijado límites a la utilización de los nombramientos de interinos. En la actualidad, por un máximo de tres años para cubrir vacantes (antes no había tope); también de tres años para los programas temporales, ampliable por doce meses por las leyes de función pública que desarrollen el Estatuto Básico; y nueve meses en un período de dieciocho (antes de seis meses en un período de doce), para afrontar el exceso o acumulación de tareas.

Ha permanecido invariable desde 2007, no obstante, la exigencia de que el nombramiento de interinos responda a razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

No desconoce la Sala, pues ha tenido sobradamente ocasión de referirse a ello, que ha adquirido carta de naturaleza la expresión en sí misma contradictoria "interinos de larga duración". Igualmente, se ha debido ocupar de la concatenación de nombramientos interinos en el mismo puesto o del mantenimiento de uno solo de manera prácticamente indefinida. A ello respondieron las sentencias n.º 1425 y n.º 1426/2018, de 26 de septiembre, la primera a propósito del personal estatutario de los servicios de salud y la segunda respecto de la función pública. Asimismo, a finales de 2021 hemos tenido que examinar variadas situaciones de reiteración de nombramientos temporales en el ámbito del personal estatutario en varias de las cuales, como en las sentencias de 2018, hemos advertido abuso en los términos del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE aunque no hayamos llegado a reconocer indemnizaciones en los casos de cese por no ser objeto de los recursos de casación o por no haberse justificado su fundamento.

En la actualidad, el propio legislador ha intervenido para reducir la temporalidad en el empleo público: el Real Decreto-Ley 14/2021, primero, y la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, fruto de su tramitación como proyecto de ley, que lo ha sustituido después, y reconoce palmariamente en su exposición de motivos que la tasa de temporalidad en el empleo público, superior a la del sector privado, "no sólo se aleja de forma manifiesta del modelo de función pública configurado por nuestra Constitución (...) sino que compromete la adecuada prestación de los servicios públicos en la medida en que la temporalidad impide articular políticas de recursos humanos dirigidas a garantizar la calidad de los servicios públicos". En parecidos términos se expresaba el preámbulo del Real Decreto-Ley 14/2021.

Cabe, pues, establecer algunas conclusiones.

La primera es evidente. La propia recurrente en casación admite que la concatenación de nombramientos no se ajusta ni a las previsiones de la legislación española sobre función pública, ni a las exigencias del Acuerdo Marco que, por cierto, deben ser cumplidas en contra de lo que parece sostener el escrito de interposición. Es un abuso en los términos de la cláusula 5 de aquél.

Es menester, en consecuencia, examinar antes de entrar en otros extremos, si puede, como nos dice el escrito de interposición, considerarse al sistema de la Orden 3/2016 una medida que prevenga la utilización sucesiva de contratos o relaciones de duración determinada.

B) El régimen de la Orden 3/2016, de 31 de marzo, de la Consejería de Educación y Empleo de La Rioja (EDL 2016/30484).

Aunque la recurrente en casación se haya esforzado en argumentar que efectivamente, la solución prevista en esta disposición responde a los criterios a que, según la cláusula 5 del Acuerdo Marco, deben observar las medidas dirigidas a evitar el uso abusivo de nombramientos temporales -según ella misma explica: vinculatoriedad; objetividad; transparencia; eficacia; y negociación- lo cierto es que el mecanismo que prevé descansa en el recurso sistemático a la interinidad y, según todos los indicios, no ha conseguido paliar la temporalidad que aqueja al empleo público en el ámbito educativo no universitario riojano.

(...)

La Orden 3/2016 se dirige a proveer interinamente necesidades urgentes e inaplazables para cuya atención no existan funcionarios de carrera. Y no hay duda de que establece un procedimiento adecuado de selección de los aspirantes a formar parte de las listas a las que recurrir de ser necesario efectuar nombramientos interinos.

Ahora bien, de cuanto se ha expuesto se desprende que las necesidades no son coyunturales sino permanentes, estructurales, y que se utilizan las listas de aspirantes a interinos de forma sistemática. Ciertamente, la Administración riojana subraya que los nombramientos son para cursos académicos y para el ejercicio de programas temporales, iguales a un curso académico. Sin embargo, el recurso continuado a este procedimiento que se viene produciendo revela lo que, por otra parte, parece suficientemente claro: un déficit estructural de profesorado al que se le quiere poner remedio parcial con una suerte de cuerpo de aspirantes a la interinidad al que es preciso acudir regularmente por no haber funcionarios de carrera. Falta de los mismos la cual, a su vez, guarda relación con la inexistencia de convocatorias de los procesos selectivos en las especialidades del caso.

Tal estado de cosas, hay que insistir, no responde a las exigencias del artículo 10 del Estatuto Básico del Empleado Público, ni muestra que se hayan tomado medidas eficaces para poner fin a la utilización de nombramientos de duración determinada -que, tiene razón el escrito de interposición, no están prohibidos- pero que no son los que han de utilizarse para atender necesidades permanentes. Tanto el Derecho interno cuanto el de la Unión Europea lo excluyen.

Recordemos que la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo Marco que incorpora se dirigen a prevenir la utilización sistemática de relaciones de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos. En ello insiste la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,...

C) La desestimación del recurso de casación.

Tal como se ha visto, el esfuerzo argumental de la representación de la Comunidad Autónoma de La Rioja, se ha centrado en afirmar la conformidad con la cláusula 5 del Acuerdo Marco de la Orden 3/2016. Y, según hemos visto, también, tal adecuación no se da en el sentido de que no previene sino confirma la utilización abusiva de las relaciones de empleo de duración determinada. Descartadas esas razones, observamos que la Administración autonómica no ha negado los hechos a partir de los cuales tanto la sentencia del Juzgado cuanto la de la Sala de Logroño entendieron que debía darse a la controversia la misma solución alcanzada por nuestra sentencia n.º 1426/2018, de 26 de septiembre (casación n.º 1305/2017), ni ofrecido elementos para resolver de otro modo. Por tanto, no encontramos motivos para afirmar que no debe seguirse aquí ese camino de manera que se impone la desestimación del recurso de casación."

Lo anterior es extrapolable al demandante en instancia profesor de la especialidad 0590.104 (Construcciones Civiles y Edificación) que viene prestando sus servicios ininterrumpidos desde el 27 de septiembre de 2010, en el IES Batalla de Clavijo de Logroño si bien con anterioridad había prestado servicios como profesor interino desde el 19 de septiembre de 2007.

SEXTO.- La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.

De acuerdo con cuanto hemos expuesto, hemos de responder a la cuestión que nos sometió el auto de admisión diciendo que el sistema de las listas de personal docente interino no universitario para nombramientos temporalmente limitados no constituye una medida legal equivalente, desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para prevenir y sancionar los abusos en los nombramientos interinos, y que no es contrario a Derecho que la relación mantenida en dicho régimen de interinidad se prolongue en el tiempo hasta tanto la plaza sea ocupada por funcionario de carrera o se amortice...".

STS 4ª, 12/05/2022. Rec. 70/2020. Ponente: García Paredes, Dª Mª Luz

Trabajadores de empresas de seguridad

Práctica empresarial contraria a Derecho por recabar información sobre antecedentes penales

[Ver Jurisprudencia al completo](#)

"...El motivo cuarto del recurso, con amparo en el apartado e) del art. 207 de la LRJS, denuncia la infracción del art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (EDL 1982/9072), de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, arts. 6.1 y 9 del Reglamento (UE) 2016/679 (EDL 2016/48900) 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), y las sentencias del Tribunal Constitucional (STC) de 3 de marzo de 2016 y 30 de noviembre de 2000, y de esta Sala, de 10 de abril de 2019, en el entendimiento de que los datos personales tratados por la empresa han sido voluntariamente cedidos por los trabajadores y con su expreso consentimiento.

El motivo del recurso se centra en eludir lo que identifica como intromisión ilegítima en los derechos de intimidad del trabajador ante la existencia de su consentimiento del trabajador que no se ha tachado de viciado u obtenido de forma ilícita. Es más, entiende que el consentimiento ni siquiera sería necesario por ser preciso conocer dicho dato para el cumplimiento de las obligaciones del contrato y, en definitiva es necesario para su ejecución y el cumplimiento de una obligación legal.

Con el mismo amparo procesal que el anterior, el motivo quinto del recurso denuncia la infracción de la doctrina constitucional recogida en la STC 186/2000 y la de esta Sala, de 10 de junio de 2015, al no ser la práctica empresarial atentatoria del derecho fundamental a la intimidad, por ser necesaria, proporcionada y respetuosa con el contenido del referido derecho.

Ambos motivos deben ser resueltos conjuntamente por cuanto que, en realidad, están combatiendo con los mismos argumentos lo decidido en la sentencia recurrida que, en definitiva, ha entendido que la actuación de la empresa no tiene encaje en la legalidad y atenta a las protección de datos personales, de ámbito penal.

Entrando a resolver los motivos debemos referirnos a las razones ofrecidas por la Sala de instancia para estimar la demanda. Así, la sentencia recurrida razona, por un lado, sobre la naturaleza de los antecedentes penales como datos de carácter personal, protegidos por el derecho fundamental a la protección de datos del art. 18.1 y 4 de la Constitución Española (CE) (EDL 1978/3879), y que en este caso se tratan en el marco del contrato de trabajo por lo que, con cita del art. 6.1 b) del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, y STS de 10 de abril de 2019, rec. 227/2017, por lo que su licitud que se supedita a que sea necesario su tratamiento para la ejecución del contrato. Más concretamente, tratándose de datos personales de naturaleza penal, sigue diciendo la sentencia de instancia, ha de estarse al mandato del art. 10 del Reglamento y el correlativo de la Ley Orgánica. Ello le lleva a la Sala de instancia a tener que mirar la normativa en materia de seguridad privada que transcribe (arts. 11, 12, 21, 26, 27, 28 y el RD 2364/1994 (EDL 1994/18582), en los apartados respectivos), para concluir afirmando que las empresas de seguridad no están facultadas para recabar los antecedentes penales de los vigilantes de seguridad en tanto que el control de aquellos datos es materia competencia de la Administración Pública (Ministerio del Interior) y no de la empresa que solo debe comunicar las altas y bajas de sus trabajadores a dicho Ministerio. En definitiva, no hay marco legal que ampare su actuación y no es necesario para la ejecución del contrato de trabajo. A ello une el hecho de que la información que reclama la empresa excede lo que sería la propia para mantener la habilitación profesional.

(...)

No es preciso recordar, ya que así lo expresa la sentencia aquí impugnada, que los antecedentes penales son datos de carácter personal que están sujetos al deber de confidencialidad por lo que su conocimiento no es público, y se trata de datos protegidos por el derecho fundamental a la protección de datos que emana tanto del artículo 18.4 de la CE como del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (respeto a la vida privada y familiar).

(...)

Esto es, el tratamiento de los antecedentes penales para fines distintos a la prevención investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales sólo puede realizarse cuando esté amparado por una Ley. Y en este caso, no estamos ante una situación en la que la empresa tenga una ley que le ampare para requerir de los trabajadores sus antecedentes penales.

En efecto, en el marco de la relación laboral que afecta a vigilantes de seguridad se olvida que los antecedentes penales son requisito de acceso a las pruebas de selección para la obtención de las habilitaciones profesionales de quienes aspiran a ser, en este caso, vigilantes de seguridad. Esto es, no es un elemento que incida en la contratación ni en la ejecución del contrato de trabajo, sino que es un dato que debe manejar exclusivamente quien tiene competencia para otorgar las habilitaciones en el marco de una convocatoria para obtener esa habilitación que va a permitir ejercer como vigilante de seguridad. Es más, los antecedentes penales que se refieren para participar en la convocatoria ya es en relación con delitos dolosos y no de cualquiera otras infracciones penales de distinta naturaleza (art. 28.1 e) de la Ley de Seguridad Privada y art. 13.13 y 4 de la Orden INT/318/2011, de 1 de febrero, sobre personal de seguridad privada). Esto es, la posesión de la tarjeta de identidad profesional, como documento público de acreditación profesional, habilita para el ejercicio de las funciones, lo que revela como innecesario que el empresario recabe información penal que resulta innecesaria para el contrato de trabajo. Al vigilante de seguridad le basta con acreditar estar en posesión de la tarjeta de identidad profesional para poder atender las funciones que con ella pueda desarrollar, de forma que hasta que no se le retire ese documento público de acreditación profesional, por el procedimiento correspondiente, ya sea para inhabilitarle u otra situación que le aparte de poder desempeñar dicha actividad, no tiene por qué poner de manifiesto ante el empleador otros datos distintos a la de estar en posesión del documento de habilitación. La expedición de habilitación profesional solo es competencia administrativa, como se infiere del art. 12.1 c) de la Ley de Seguridad Privada (EDL 2014/41595)...

Es cierto que la exigencia de la carencia de aquellos antecedentes penales también lo es para el ejercicio de las funciones de vigilante de seguridad y no solo es exigible a la hora de obtener la habilitación sino que los requisitos para su obtención deben mantenerse durante todo el tiempo de su vigencia ya que, de conformidad con el art. 28.3 de la Ley de Seguridad Privada, "La pérdida de alguno de los requisitos indicados producirá la extinción de la habilitación, y la cancelación de oficio de la inscripción en el Registro Nacional", y, en esa línea, el art. 53 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada Reglamento de Seguridad Privada señala, entre los requisitos generales, la carencia de antecedente penales "para la habilitación del personal y en todo momento para la prestación de servicios de seguridad privada ...". Ahora bien, ello lo que va a provocar es que tan pronto como la Administración competente tenga el conocimiento fehaciente de la existencia de antecedentes penales ésta deba actuar en consecuencia y, en definitiva, tramitar el correspondiente procedimiento administrativo para extinguir las habilitaciones que fueron concedidas. Esto es, la competencia de control del cumplimiento de los requisitos necesarios para mantener la habilitación del personal de seguridad privada lo es de tipo administrativo y solo mediante esta intervención se puede proceder a la extinción de la habilitación que va a impedir el desempeño de la actividad profesional a la que se anuda.

...Todo ello revela que la empresa no tiene competencias de control, a efectos de ejecución del contrato de trabajo, sobre el mantenimiento de los requisitos para mantener la habilitación o acreditación profesional y, en concreto, de la ausencia de antecedentes penales por delitos dolosos que se configura como elemento para obtener y mantener la habilitación administrativa.

En consecuencia, no hay norma de rango legal que ampare la actuación de la empresa para recabar los datos personales relativos a condenas o infracciones penales dolosas, que son las que refiere la Ley de Seguridad Privada.

Es cierto que el consentimiento del interesado no es exigible cuando pudiera venir amparada la cesión de esos datos personales por razón de ley, pero aquí, no solo no hay norma alguna que avale ese proceder empresarial ya que la relación laboral solo precisa de que se acredite la habilitación profesional y su vigencia sino que, además, tratándose de antecedentes penales, ha de estarse al art. 10 de la Ley Orgánica, al que se refiere la sentencia de instancia y aquí hemos recogido anteriormente, del que se desprende que estamos ante derechos de la persona que están especialmente protegidos por ser de ámbito penal.

En todo caso, lo que se está cuestionando no es la validez de la información que se solicita por estar consentida sino si la empresa tiene necesidad de recabar esa información para la ejecución del contrato de trabajo, aunque lo sea con el consentimiento del trabajador. Y en ese sentido, esa actuación no se presenta como necesaria a esos fines. Es más, si la propia recurrente admite que por las reglas de subrogación debe asumir al personal afectado, sea cual sea su situación penal personal, la petición de esa información no tendría finalidad alguna, sería superflua de cara al contrato de trabajo que asume en todo caso, y, por el contrario, estaría recabando datos personales que gozan de protección, carente de efecto alguno y colocando al trabajador en una tesitura que afecta a sus derechos fundamentales y que es innecesaria, posición que es más comprometida para el trabajador que lo es de nueva contratación y tiene su habilitación en vigor.

(...)

Y sobre el alcance de la habilitación en la relación de trabajo ya esta Sala señaló que "la carencia de esa autorización administrativa es aquí, pues, esencial y afecta a la recta configuración de la relación jurídica contractual entre trabajador y empresario, por lo que a la adjudicataria entrante respecta, que no puede verse compelida a efectuar el servicio con trabajadores carentes de los requisitos legalmente exigidos para el desarrollo de la específica actividad, con independencia de que conste que ya posee en su plantilla personal afectado por la misma irregularidad, circunstancia que no puede servir para imponerle la perseverancia en un modus operandi carente de acomodo legal" (STS de 25 de febrero de 2014, rcud 4374/2014), no siendo esto lo que la

empresa requiere de los trabajadores a efectos de incorporarlos a su plantilla sino otro dato que no le compete valorar para integrar en su plantilla al trabajador al no ser ella la que debe otorgar o revocar las habilitaciones administrativas. Cuestión distinta será el proceder que deba tener la empresa si, durante la relación laboral, advierte que el trabajador ha perdido esa habilitación, como sucede en la doctrina de referencia, u otras situaciones especiales, o que llega a su conocimiento la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de infracción...".

STC 2ª, 04/04/2022. Rec. 3494/2020. Ponente: Arnaldo Alcubilla, D. Enrique

Vulneración del derecho a la libertad personal de una detenida en proceso de "habeas corpus"

[Ver Jurisprudencia al completo](#)

"...Por tanto, conforme a la doctrina constitucional indicada, la queja que se dirige en la demanda de amparo frente al auto por el que deniega la incoación del procedimiento de habeas corpus será examinada única y exclusivamente desde la perspectiva del derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 y 4 CE (EDL 1978/3879).

En reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional ha resuelto sobre las consecuencias derivadas de la denegación de la incoación procedimiento de habeas corpus por razones de fondo, en la consideración de que no concurre ninguno de los supuestos contemplados en el art. 1 LOHC (EDL 1984/8553). Este tribunal ha desautorizado repetida y categóricamente ese proceder. Concretamente, en la reciente STC 73/2021, de 18 de marzo, FJ 4 (EDJ 2021/521504), recordamos que "aun cuando la Ley Orgánica de regulación del procedimiento de habeas corpus posibilita denegar la incoación del correspondiente procedimiento, fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, por no concurrir ninguno de los supuestos del art. 1 LOHC, vulnera el art. 17.4 CE, ya que implica una resolución sobre el fondo que solo puede ser valorada y enjuiciada después de sustanciado el procedimiento y oído el detenido, con intervención del Ministerio Fiscal. Los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de habeas corpus son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el art. 4 LOHC. Esta jurisprudencia es reiterada, constante e inequívoca (...)".

De acuerdo con la doctrina constitucional referida, el motivo que ahora nos compete resolver debe ser estimado. El juzgado dictó un auto por el que inadmitió la solicitud de habeas corpus por un motivo de fondo como era la legalidad de la detención, al declarar que, examinada la solicitud formulada y el informe del Ministerio Fiscal, el presente caso no puede encuadrarse en ninguno de los apartados del art.1 LOHC. Como se acaba de exponer, una decisión de ese tipo solo puede acordarse tras la incoación del procedimiento (art. 6 LOHC), para tras oír a la persona detenida y al Ministerio Fiscal (art. 7 LOHC), adoptar finalmente, mediante auto, alguna de las decisiones previstas en el art. 8 LOHC. Por ello, al denegar el juzgado la incoación del procedimiento de habeas corpus, so pretexto de que no concurría ninguna de las circunstancias prevenidas en el art. 1 LOHC, procede declarar que esa resolución vulneró el derecho a la libertad de la demandante, en su vertiente de control judicial de la privación de libertad (art. 17.1 y 4 CE).

6. CONCLUSIÓN. OTORGAMIENTO DEL AMPARO

La estimación de la queja referida al control judicial de la privación de libertad debe comportar la declaración de nulidad del auto de 26 de abril de 2020 del Juzgado de Instrucción núm. 41 de Madrid, por el que se denegó la incoación del procedimiento de habeas corpus instado por la demandante; así como del auto de 4 de junio de 2020, por el que se acordó desestimar el incidente de nulidad, en tanto que no reparó la vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 y 4 CE) ocasionada por aquella resolución judicial...".

Avalada por el TJUE la restitución íntegra de lo abonado por cláusulas abusivas

[Ver Jurisprudencia al completo](#)

"...Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (EDL 1993/15910) debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud el tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades.

20

Procede recordar que, a tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional.

21

Además, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, a establecer medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (...).

22

A falta de regulación en el Derecho de la Unión, corresponde a cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, establecer en su ordenamiento jurídico interno los procedimientos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que ese Derecho confiere a los justiciables. No obstante, dichos procedimientos no deben ser menos favorables que los aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni estar concebidos de modo que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (...).

23

Por lo que se refiere al principio de equivalencia, como recordó el Abogado General en el punto 44 de sus conclusiones, incumbe al juez nacional comprobar, a la luz de la regulación procesal de los recursos aplicables en Derecho interno, el respeto de dicho principio habida cuenta del objeto, la causa y los elementos esenciales de los recursos de que se trate (...).

24

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (...).

25

De lo anterior se desprende que, conforme al principio de equivalencia, cuando, en virtud del Derecho interno, el juez nacional que resuelve en apelación esté facultado u obligado a apreciar de oficio la legalidad de un acto jurídico a la luz de las normas nacionales de orden público, también debe estar facultado u obligado, aun cuando la cuestión de la legalidad de dicho acto a la luz de esas normas no se haya planteado en primera instancia, a apreciar de oficio la legalidad de tal acto desde el punto de vista de la referida disposición de la Directiva 93/13. Por lo tanto, en tal situación, desde el momento en que los elementos de los autos que obran en poder del juez nacional lleven a interrogarse sobre el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual, dicho juez está obligado a apreciar de oficio la legalidad de esa cláusula a la luz de los criterios establecidos en la citada Directiva (...).

26

Las partes que, en el presente procedimiento, han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia discrepan en cuanto a la existencia de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo en virtud de la cual la aplicación de oficio de las normas de orden público constituye una excepción a los principios procesales objeto de controversia. Dado que el artículo 6 de la Directiva 93/13 constituye una disposición equivalente a una norma nacional de orden público, de ello se deduce que, si, en virtud de la jurisprudencia nacional, tales normas de orden público se consideran una excepción a la aplicación de los principios procesales de que se trata, el juez nacional que conoce del recurso de apelación debe poder examinar de oficio un motivo basado en la infracción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13.

27

Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar la existencia de tal jurisprudencia nacional. Si se confirma la existencia de dicha jurisprudencia, el órgano jurisdiccional remitente estará obligado, de conformidad con el principio de equivalencia, a dejar sin aplicación dichos principios procesales y deberá o bien permitir que el consumidor ejerza los derechos que le confiere la Directiva 93/13 y su derecho a invocar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o bien hacerlo de oficio.

28

Por lo que se refiere al principio de efectividad, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, su desarrollo y sus peculiaridades vistas como un todo, así como, en su caso, los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (...). Desde esta perspectiva, el Tribunal de Justicia ha estimado que el respeto del principio de efectividad no puede llegar al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor afectado (...).

29

Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables implica, en particular en relación con los derechos derivados de la Directiva 93/13, una exigencia de tutela judicial efectiva, reafirmada en el artículo 7, apartado 1, de esa Directiva y consagrada también en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es aplicable, entre otros aspectos, a la definición de la regulación procesal relativa a las acciones judiciales basadas en tales derechos (...).

30

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en ausencia de control eficaz del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas del contrato de que se trate, no puede garantizarse el respeto de los derechos conferidos en la Directiva 93/13 (sentencia de 4 de junio de 2020, Kancelaria Medius, C-495/19, EU:C:2020:431, apartado 35 y jurisprudencia citada).

31

De lo anterior se deduce que las condiciones establecidas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no pueden menoscabar el contenido sustancial del derecho, que la citada disposición confiere a los consumidores, a no quedar vinculados por una cláusula considerada abusiva (...).

32

Dicho esto, es preciso recordar la importancia que reviste el principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales. Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (...).

33

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En particular, ha considerado que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (...), siempre que, no obstante, se respeten los principios de equivalencia y efectividad, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 22 de la presente sentencia.

34

Así, en el apartado 72 de su sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980), el Tribunal de Justicia consideró que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las «cláusulas suelo», que el Tribunal Supremo había acordado en su sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de dicha cláusula durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

35

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia declaró que una jurisprudencia nacional -como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo-, relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una «cláusula suelo» con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo, por lo que tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado ni eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (...).

36

En tales circunstancias, el Tribunal de Justicia estimó que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión (...).

37

En el asunto principal, queda acreditado que el consumidor no interpuso recurso de apelación ni impugnó la sentencia de primera instancia que imponía una limitación en el tiempo de los efectos restitutorios en relación con las cantidades percibidas en virtud de la cláusula abusiva.

38

Sin embargo, es preciso subrayar que, en las circunstancias del presente asunto, el hecho de que un consumidor no haya interpuesto recurso en el plazo oportuno puede imputarse a que, cuando el Tribunal de Justicia pronunció la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980), ya había transcurrido el plazo en el que se podía interponer recurso de apelación o impugnar la sentencia en virtud del Derecho nacional. En estas circunstancias, no cabe considerar que el consumidor haya mostrado una pasividad total, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 28 de la presente sentencia, al no cuestionar ante un tribunal de apelación la jurisprudencia hasta entonces mantenida por el Tribunal Supremo.

39

De ello resulta que la aplicación de los principios procesales nacionales de que se trata, al privar al consumidor de los medios procesales que le permiten hacer valer sus derechos en virtud de la Directiva 93/13, puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de tales derechos, vulnerando de este modo el principio de efectividad.

40

Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este...".

NORMATIVA MÁS RELEVANTE DEL PERIODO (27/05/2022 A 10/06/2022)

BOE 118/2022 de 18 de Mayo de 2022

[Ver Novedad Legislativa al completo](#)

Trascendencia y finalidad

El objeto de esta norma es la transposición parcial de la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, y en particular.

Ámbito material

El título I se refiere a la sostenibilidad y la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de la energía procedente de los biocarburantes, biolíquidos, combustibles de biomasa y carburantes líquidos y gaseosos renovables de origen no biológico, así como la eficiencia energética de las instalaciones eléctricas.

El título II establece la creación de un sistema de garantías de origen del gas procedente de fuentes renovables, estableciendo la definición de estas garantías, su contenido, las condiciones de expedición, así como la aprobación de un procedimiento de operación del citado sistema.

Modificaciones Legislativas

Esta norma deroga el Real Decreto 1597/2011, de 4 de noviembre, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad de los biocarburantes y biolíquidos, el Sistema Nacional de Verificación de la Sostenibilidad y el doble valor de algunos biocarburantes a efectos de su cómputo, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el presente real decreto.

También modifica las siguientes normas:

- Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.
- Real Decreto 1085/2015, de 4 de diciembre, de fomento de los Biocarburantes.
- Real Decreto 235/2018, de 27 de abril, por el que se establecen métodos de cálculo y requisitos de información en relación con la intensidad de las emisiones de gases de efecto invernadero de los combustibles y la energía en el transporte; se modifica el Real Decreto 1597/2011, de 4 de noviembre, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad de los biocarburantes y biolíquidos, el Sistema Nacional de Verificación de la Sostenibilidad y el doble valor de algunos biocarburantes a efectos de su cómputo; y se establece un objetivo indicativo de venta o consumo de biocarburantes avanzados.
- Real Decreto 960/2020, de 3 de noviembre, por el que se regula el régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica.
- Orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre, por la que se regula el primer mecanismo de subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables y se establece el calendario indicativo para el periodo 2020-2025.

Vigencia

La presente norma ha entrado en vigor el 19 de mayo de 2022.

TEAC, Resolución 1975/2022 de 17/05/2022

Límites de inembargabilidad de sueldos, salarios o pensiones en el mes coincidente con paga extra

Ver Doctrina Administrativa al completo

"...SEGUNDO: La cuestión controvertida en el presente recurso extraordinario de alzada concierne al modo de determinar el límite de inembargabilidad de sueldos, salarios o pensiones a que se refiere el artículo 607 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463) en el mes en que se percibe junto a la mensualidad ordinaria una gratificación o paga extraordinaria. En concreto, debemos pronunciarnos sobre si dicho límite está constituido por el importe mensual del SMI o por el doble de dicho importe.

(...)

Por tanto la regulación relativa a embargos de sueldos, salarios y pensiones contenida en la LEC es directamente aplicable a los embargos realizados en el procedimiento administrativo de apremio por remisión expresa del RGR. A su vez, el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de crédito está sujeto a las limitaciones establecidas por la LEC para el embargo de sueldos, salarios o pensiones, cuando éstos se abonen en aquellas, por aplicación del artículo 171.3 de la LGT (EDL 2003/149899).

A este respecto, no está de más recordar, en palabras del Auto del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2019 por el que se inadmite el recurso de casación 889/2019, que "las limitaciones que se establecen en la LEC se aplican exclusivamente sobre el importe que deba considerarse sueldo, salario o pensión, y no sobre el exceso que pudiera haber en la cuenta bancaria, al margen de su origen y procedencia".

Es cuestión pacífica que, en el caso analizado en el presente recurso, la pensión del obligado tributario se abonaba en la cuenta bancaria embargada por la Administración tributaria...

(...)

Se observa, pues, que los únicos ingresos de la citada cuenta bancaria están constituidos por la pensión mensual y que en el mes de junio de 2021 el obligado tributario percibió junto con la pensión mensual una de las dos pagas extraordinarias, la correspondiente al mes de junio.

En tales circunstancias resulta claro que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 171.3 de la LGT, en el embargo del dinero existente en la cuenta bancaria deben respetarse los límites establecidos en el artículo 607 de la LEC, aplicándolos sobre el importe que deba considerarse sueldo, salario o pensión del deudor, que será la cantidad ingresada en la cuenta por ese concepto en el mes en que se practique el embargo o, en su defecto, en el mes anterior.

La Administración tributaria embargó la cantidad de 55,14 euros, saldo existente en la cuenta bancaria a 29 de junio de 2021, fecha de la traba practicada por la entidad financiera. Se trata de conocer si, en virtud de lo dispuesto en el artículo 171.3 de la LGT, dicho embargo respetó los límites establecidos en el artículo 607 de la LEC.

El primer límite que contempla el artículo 607 de la LEC es el del salario mínimo interprofesional (SMI): es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el SMI. El exceso del sueldo, salario o pensión respecto del SMI está sometido a un segundo límite de embargabilidad constituido por los porcentajes a que se refiere el apartado 2 del artículo 607 de la LEC.

(...)

Debe señalarse que el SMI fijado para el año 2020 por el Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero (EDL 2020/1710), se prorrogó para el año 2021 por la Disposición Adicional 6 del Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre (EDL 2020/41154), que dispuso que "Hasta tanto se apruebe el real decreto por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el año 2021 en el marco del diálogo social, en los términos establecidos en aquel, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (EDL 2015/182832), se prorroga la vigencia del Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020". El SMI para el año 2021 se aprobó mediante el Real Decreto 817/2021, de 28 de septiembre (EDL 2021/34362), con efectos desde el 1 de septiembre de 2021, cambio que no afectó, en consecuencia, al SMI del mes de junio de 2021 en que se produjo el embargo aquí examinado y que fue el mismo que el fijado para el año 2020.

CUARTO: Llegados a este punto y para dar respuesta a la cuestión controvertida se hace necesario recordar las posturas de las distintas partes sobre la aplicación de los límites de embargabilidad en el caso examinado.

Para la Oficina gestora y el Director recurrente el embargo efectuado en junio de 2021 del saldo existente en la cuenta bancaria (55,14 euros) respetó los límites de embargabilidad del artículo 607 de la LEC. Así, en efecto, de la resolución del recurso de reposición y de las alegaciones del Director se colige que, a su juicio, siendo la pensión mensual del obligado tributario de 776,97 euros y habiéndose abonado en la cuenta en el mes de junio de 2021 dicha cantidad junto con igual importe en concepto de paga extraordinaria, el importe total ingresado por el concepto de "pensión" fue de 1.553,94 euros en el mes de la traba, cantidad ésta que al amparo del artículo 171.3 de la LGT debe ser tomada como pensión a efectos del cálculo de los límites de embargabilidad del artículo 607 de la LEC. La diferencia entre esta cantidad y el importe mensual del SMI que, para el año 2021, asciende a 950 euros, arroja una cifra de 603,94 euros. La aplicación de los límites del artículo 607.2 de la LEC a la cuantía de 603,94 euros supone que era embargable el 30% de dicha cantidad, esto es, 181,182 euros, por lo que, habiéndose embargado un importe inferior (55,14 euros), el embargo se ajustó a Derecho según la Oficina gestora y el Director recurrente.

Para el TEAR, del artículo 3.1 del Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, se infiere que en el SMI en cómputo anual hay que incluir las dos pagas extraordinarias a que se refiere el artículo 31 del Estatuto de los Trabajadores. De ello deduce que en el caso de que las pagas extraordinarias se abonen de forma prorrateada mensual, debe tenerse por inembargable el importe que resulte de multiplicar por 14 el SMI mensual y dividido por 12, y que, cuando las pagas extras se abonen en los meses de junio y diciembre, se tenga por inembargable el doble del SMI. En el presente caso, como en el mes de junio de 2021 se percibieron 1.553,94 euros, que se corresponde con la mensualidad y la gratificación, resulta inembargable según el TEAR la cantidad de 1.900 euros (950,00*2), razón por la cual el embargo efectuado por la Administración tributaria fue improcedente.

El Director recurrente apoya su postura en diversas consultas de la Dirección General de Tributos (DGT).

(...)

La argumentación, a nuestro juicio, de las consultas de la DGT, anteriormente expuesta, es completada por el Director recurrente señalando que la mención a un cómputo anual del SMI contenida en el artículo 3.1 del Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, en virtud del cual en ningún caso puede considerarse una cuantía anual para el SMI inferior a 13.300 euros, lo es a los solos efectos de aplicar lo dispuesto en el artículo 27.1, último párrafo, del Estatuto de los Trabajadores, de forma que ninguna repercusión tiene respecto a la inembargabilidad, que se regula en el artículo 27.2 de esta última norma.

El razonamiento del Director no resulta concluyente, en opinión de este Tribunal Central, por los motivos siguientes considerados en su conjunto:

- El carácter de exclusividad que pretende atribuir a la referencia a la cuantía anual del SMI contenida en el artículo 3.1 del Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, en cuanto que limitada a lo concerniente a las consecuencias de la revisión del SMI, no se desprende literalmente de lo dispuesto en el mencionado precepto. Y es que el artículo utiliza la expresión "A efectos de aplicar..." y no "A los solos efectos de aplicar..." ó "A los exclusivos efectos de aplicar..."
- De los artículos 1 y 3.1 del Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, se infiere con claridad que si la cuantía mensual del SMI es de 950 euros y su cuantía anual no puede ser inferior a 13.300 euros, ello significa que en cómputo anual el SMI se compone de 12 mensualidades de 950 euros y dos gratificaciones extraordinarias de igual importe cada una. Es decir, que los importes del SMI fijados por día y por mes en el artículo 1 del Real Decreto no incluyen la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias.
- En orden a determinar qué salario mensual resulta embargable considera este Tribunal que han de compararse cantidades homogéneas. Tal circunstancia no se produciría si, como considera el Director, a efectos de determinar la cantidad embargable en un mes en el que el interesado percibe junto con su sueldo mensual una de las pagas extraordinarias, se compara la retribución total que percibe en dicho mes (sueldo + paga extraordinaria) y el importe mensual del SMI sin inclusión de la gratificación extraordinaria correspondiente.
- No parece lógico, a juicio de este Tribunal, que cuando (i) estando constituida la pensión anual del obligado tributario en el año 2021 por 12 mensualidades de 776,97 euros cada una y dos

gratificaciones extraordinarias por el mismo importe, es decir, ascendiendo la pensión anual del interesado a 10.877,58 euros, y (ii) siendo el SMI en cómputo anual de 13.300 euros (11.400 euros, si como postula el recurrente, no se toman en cuenta a efectos de inembargabilidad las pagas extraordinarias del SMI), esto es, estando la pensión recibida por el interesado por debajo del SMI en todo caso, se sostenga la posibilidad de embargar el salario del interesado en el mes de recepción de la paga extraordinaria cuando tanto el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores (EDL 2015/182832) como el 607 de la LEC declaren la inembargabilidad del SMI.

- La jurisprudencia social y civil a la que más adelante nos referiremos sostiene el criterio de inclusión de las pagas extraordinarias en la noción de SMI. Este Tribunal no encuentra razón para interpretar de modo más restrictivo para el interesado esa noción cuando del embargo de sueldos, salarios o pensiones se trata, supuesto en el que lo que está en juego es ese mínimo vital existencial que representa el SMI.

Por último, en el caso de que en el sueldo mensual percibido estuviera incluida la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias, la parte que habría que detraer en el mes como inembargable sería el importe del SMI en cómputo anual (13.300 euros en el año 2021) prorrateado entre 12 meses.

(...)

Obsérvese que el razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo para concluir que no están comprendidas las pagas extraordinarias dentro de la noción de SMI está en la distinción entre el SMI en sentido estricto (que es al que se refiere el tope legal) y los salarios mínimos adicionales que surgen como consecuencia de añadir, en cada caso, al SMI en sentido estricto los conceptos que enumeran los Decretos anuales de fijación, entre ellos las pagas extraordinarias. En el caso examinado en la sentencia de 16 de mayo de 1995 (recurso de casación para unificación doctrina nº 2517/1994), parcialmente transcrita en la STS de 1 de junio de 1998, resultaba de aplicación el Real Decreto 8/1991, de 11 de enero (EDL 1991/12653), por el que se fijó el SMI para el año 1991, cuyo artículo 2 establecía que al SMI en sentido estricto se adicionarán, entre otros conceptos, las pagas extraordinarias. Sin embargo, el Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, aplicable en el caso examinado en el presente recurso extraordinario de alzada, establece en su artículo 2 que "Al salario mínimo consignado en el artículo 1 se adicionarán, sirviendo el mismo como módulo, en su caso, y según lo establecido en los convenios colectivos y contratos de trabajo, los complementos salariales a que se refiere el artículo 26.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, así como el importe correspondiente al incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción". Entre los complementos salariales del artículo 26.3 del ET no se encuentran las pagas extraordinarias. Así pues, los argumentos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para concluir que no están comprendidas las pagas extraordinarias dentro de la noción de SMI no pueden mantenerse, en nuestra opinión, en el caso analizado en el presente recurso extraordinario de alzada.

(...)

La Sala Cuarta no se ha pronunciado sobre la cuestión relevante para este recurso, ya sea con relación a las normas de la Ley Concursal que establecen las diversas preferencias de los créditos laborales, ya sea con relación al art. 32 del Estatuto de los Trabajadores.

(...)

Pues bien, en tanto el Tribunal Supremo no dicte sentencia en el recurso de casación anteriormente mencionado (a la fecha de la presente resolución no consta su publicación en la colección legislativa del Centro de Documentación Judicial) fijando doctrina sobre la cuestión de interés casacional, cuestión coincidente con la controvertida en el presente recurso extraordinario de alzada, este Tribunal Central, por las razones anteriormente expuestas, considera que el límite de inembargabilidad de sueldos, salarios o pensiones a que se refiere el artículo 607 de la LEC en el mes en que se percibe junto a la mensualidad ordinaria una gratificación o paga extraordinaria está constituido por el doble del importe del SMI. Dicho límite estará constituido por el importe del SMI en cómputo anual (SMI mensual x 14) prorrateado entre 12 meses cuando en el sueldo mensual percibido estuviera incluida la parte proporcional de las pagas o gratificaciones extraordinarias...".

DGT, Consulta nº V977/2022, de 04/05/2022

Gestión de la bonificación extraordinaria de productos energéticos a efectos del IVA

Ver Doctrina Administrativa al completo

"...2.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 78, apartado uno, de la Ley 37/1992 (EDL 1992/17907), la base imponible de dicho Impuesto correspondiente a las operaciones sujetas al mismo estará constituida por el importe total de la contraprestación de dichas operaciones procedente del destinatario o de terceras personas.

En virtud de lo dispuesto en el número 2º del apartado tres del citado artículo 78, no se incluirán en la base imponible del Impuesto los descuentos y bonificaciones que se justifiquen por cualquier medio de prueba admitido en derecho y que se concedan previa o simultáneamente al momento en que la operación se realice y en función de ella, salvo en el caso en que las minoraciones en el precio constituyan remuneraciones de otras operaciones.

Por su parte, el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo (EDL 2022/9366), por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania (BOE de 31 de marzo), ha aprobado una bonificación extraordinaria y temporal del precio final de determinados productos energéticos que se regula en el Capítulo VI del Título I del citado Real Decreto-ley en los siguientes términos:

"Artículo 15. Objeto y ámbito de aplicación.

1. Se aprueba una bonificación extraordinaria y temporal en el precio de venta al público de determinados productos energéticos y aditivos, en los términos establecidos en este capítulo.
2. Serán beneficiarios de esta bonificación las personas y entidades que adquieran los productos a que se refiere el apartado 3, siempre que los adquieran, entre los días 1 de abril y 30 de junio de 2022, ambos incluidos, a los colaboradores en la gestión de esta bonificación.
3. Los productos cuya adquisición dará derecho a la bonificación regulada en este capítulo son los siguientes, tal y como se definen en los anexos de la Orden ITC/2308/2007, de 25 de julio, por la que se determina la forma de remisión de información al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio sobre las actividades de suministro de productos petrolíferos:

(...)

4. La bonificación tendrá un importe de 0,20 euros y se aplicará sobre el precio de venta al público por cada una de las siguientes unidades de medida:

- a) Por cada litro de los productos previstos en las letras a), b), c), d), e), h), i) y j) del apartado 3, así como del aditivo AdBlue.
- b) Por cada kilogramo de los productos previstos en las letras f) y g) del apartado 3.

5. En el caso de los productos adquiridos a los operadores sujetos a la prestación patrimonial de carácter público no tributario regulada en el artículo 21 de este real decreto-ley, la bonificación será de 0,15 euros por litro o por kilogramo, llegando con el correspondiente descuento a un mínimo de 0,20 euros por litro o por kilogramo en total.

Artículo 16. Colaboración en la gestión de la bonificación.

1. Serán colaboradores en la gestión de esta bonificación quienes ostenten la titularidad de los derechos de explotación de las instalaciones de suministro de combustibles y carburantes al por menor, así como las empresas que realicen ventas directas a los consumidores finales de los productos objeto de la bonificación.

La colaboración consistirá en efectuar, en cada suministro que se realice en las condiciones señaladas en el artículo anterior, un descuento sobre el precio de venta al público, impuestos incluidos, equivalente al importe de la bonificación.

Los colaboradores en la gestión de la bonificación podrán solicitar la devolución de las bonificaciones efectuadas, en los términos previstos en el artículo siguiente.

2. El colaborador en la gestión deberá hacer constar en todos los documentos que expida con ocasión del suministro al menos una de las siguientes informaciones:

- El importe de la operación, distinguiendo el precio antes de aplicar el descuento y después de aplicar la bonificación, así como el importe de la bonificación aplicada.
- Referencia expresa a la aplicación de la bonificación recogida en este real decreto-ley.

La obligación a la que se refiere este apartado resultará exigible a los colaboradores a partir del 15 de abril de 2022.

3. En las instalaciones de suministro de combustibles y carburantes al por menor de los productos objeto de la bonificación, se deberá publicitar el precio de venta al público del producto antes de aplicar la bonificación.

4. Los colaboradores, beneficiarios y, en general, todas las personas y entidades participantes en la aplicación de la bonificación estarán obligados a colaborar con la Administración a los efectos de la correcta aplicación de la misma.

(...).

3.- La base imponible correspondiente a las entregas de combustibles y carburantes que efectúen los colaboradores en la gestión de la bonificación a los que se refiere el artículo 16 del Real Decreto-ley 6/2022, entre los que se encuentran las gasolineras destinatarias de los programas informáticos comercializados por la consultante, estará constituida por el importe de la contraprestación obtenida en dichas entregas procedente del destinatario o de terceras personas. Dicha base imponible no se ve alterada por la bonificación extraordinaria y temporal, aprobada por el Real Decreto-ley 6/2022, que lo que instrumenta es un descuento en el momento del cobro de la operación sobre la cantidad a pagar, impuesto sobre el Valor Añadido incluido, por parte de los destinatarios de las entregas. En consecuencia, parte del importe de la contraprestación será satisfecho por un sujeto distinto del destinatario de la entrega de carburante, sin que, como se ha señalado, modifique la base imponible de dicha entrega.

4.- Por otra parte, el artículo 164 de la Ley 37/1992 regula las obligaciones de los sujetos pasivos y en su apartado Uno.3º dispone que, en concreto, deberán expedir y entregar factura de todas sus operaciones, ajustada a lo que se determine reglamentariamente.

El desarrollo reglamentario de dicho precepto se ha llevado a cabo por el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre (EDL 2012/256184) (BOE de 1 de diciembre).

El artículo 2, del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, establece lo siguiente:

"1. De acuerdo con el artículo 164.Uno.3.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, los empresarios o profesionales están obligados a expedir factura y copia de esta por las entregas de bienes y prestaciones de servicios que realicen en el desarrollo de su actividad, incluidas las no sujetas y las sujetas pero exentas del Impuesto, en los términos establecidos en este Reglamento y sin más excepciones que las previstas en él. Esta obligación incumbe asimismo a los empresarios o profesionales acogidos a los regímenes especiales del Impuesto sobre el Valor Añadido.

(...).

En relación con el contenido de las facturas, el artículo 6 del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, dispone que:

"1. Toda factura y sus copias contendrán los datos o requisitos que se citan a continuación, sin perjuicio de los que puedan resultar obligatorios a otros efectos y de la posibilidad de incluir cualesquiera otras menciones:

(...)

Además, el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación prevé la posibilidad de expedir factura simplificada en los siguientes términos:

"1. La obligación de expedir factura podrá ser cumplida mediante la expedición de factura simplificada y copia de esta en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Cuando su importe no exceda de 400 euros, Impuesto sobre el Valor Añadido incluido, o
- b) cuando deba expedirse una factura rectificativa.

(...)

Por tanto, los colaboradores en la gestión de la bonificación previstos en el artículo 16 del Real Decreto-ley 6/2022, entre los que se encuentran las gasolineras a las que se refiere el escrito de consulta, como sujetos pasivos del impuesto, que efectúen las entregas de productos energéticos y aditivos a las que se refiere la bonificación, sujetas al impuesto sobre el valor añadido, estarán sujetos a las obligaciones de facturación previstas en el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación. En concreto, deberán expedir facturas completas o simplificadas, en los términos previstos en el artículo 4 del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, con el contenido regulado en los artículos 6 y 7 de dicho reglamento, respectivamente. Del mismo modo, de conformidad con el artículo 16 del Real Decreto-ley 6/2022, en los documentos que expidan deberán hacer constar al menos una de las siguientes informaciones:

- El importe de la operación, distinguiendo el precio antes de aplicar el descuento y después de aplicar la bonificación, así como el importe de la bonificación aplicada.
- Referencia expresa a la aplicación de la bonificación recogida en este real decreto-ley.

La obligación a la que se refiere este apartado resultará exigible a los colaboradores a partir del 15 de abril de 2022...".

DGT, Consulta nº V929/2022, de 29/04/2022

Fuera del centro de trabajo

Exención del IRPF de las dietas percibidas por trabajadores desplazados a otro municipio

[Ver Doctrina Administrativa al completo](#)

"...En la empresa existen trabajadores que ocupan puestos de trabajo que por su naturaleza realizan su trabajo de forma habitual, y durante todo el año, en municipio distinto del centro de trabajo de la empresa y del que constituya su residencia. Teniendo estos trabajadores las categorías profesionales de conductor repartidor, y vendedor viajante, sus tareas se desarrollan en distintos municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin pernoctar en ellos, pero soportando gastos de manutención. Dichos trabajadores deben almorzar en municipio distinto del centro de trabajo de la empresa, y del que constituya su residencia, durante todas las jornadas de trabajo del año.

(...)

En lo que a la materia tributaria concierne, cabe señalar que las «asignaciones para gastos de locomoción y para gastos de manutención y estancia» se incluyen con carácter general entre los rendimientos íntegros del trabajo, pero, excepcionalmente y al amparo de la habilitación contenida en el artículo 17.1.d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades (EDL 2006/298871), sobre la Renta de los no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE de 29 de noviembre), el artículo 9 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo (EDL 2007/15093), en adelante RIRPF, exonera de gravamen estas asignaciones cuando las percibe el trabajador por cuenta ajena que, en virtud del poder de organización que asiste al empresario, debe desplazarse fuera de su centro de trabajo para desarrollar el mismo; ello bajo la concurrencia de determinados requisitos reglamentarios, entre los que se encuentra, básicamente, que el empleado o trabajador se desplace fuera del centro de trabajo para realizar su trabajo en un lugar distinto.

De lo determinado en el artículo 17.1.d) de la Ley del Impuesto y en la letra b) de su apartado 2 cabe concluir que el régimen de dietas previsto en el artículo 9 del Reglamento únicamente es de aplicación a los contribuyentes que perciben rendimientos del trabajo como consecuencia de una relación laboral (estatutaria en el caso de los funcionarios públicos) en la que se dan las notas de dependencia y alteridad.

Para resolver esta consulta se va a partir de la premisa de que, en este caso, tanto los "conductores repartidores" como los "vendedores viajantes" objeto de consulta, perciben rendimientos del trabajo como consecuencia de una relación laboral en la que se dan las notas de dependencia y alteridad, por lo que, que respecto a la pregunta que se plantea en cuanto a sus desplazamientos como consecuencia de su trabajo, es de aplicación el régimen de dietas que se regula en el artículo 9.A.3 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, en adelante RIRPF.

De acuerdo a ello, las cantidades que abone la empresa a sus trabajadores, y que deriven del desplazamiento del trabajador a un municipio distinto de su lugar de trabajo habitual y del que constituya su residencia, no estarán sujetas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ni a su sistema de retenciones a cuenta, en la medida que cumplan de acuerdo al artículo 9.A.3 del RIRPF, los siguientes requisitos:

- a) Que traten de compensar gastos de manutención y estancia en establecimientos de hostelería.
- b) Que en cada uno de los municipios distintos del habitual del trabajo no se permanezca por el perceptor más de nueve meses (límite temporal) y,
- c) Que tales dietas no superen los límites cuantitativos señalados en dicho artículo 9.A.3, letra a), del Reglamento del Impuesto, y que actualmente en vigor son:
 - a.- Cuando se haya pernoctado
 - Por gastos de estancia, los importes que se justifiquen.
 - Por gastos de manutención, 53,34 euros diarios por desplazamiento dentro del territorio español, o 91,35 euros diarios por desplazamiento al extranjero.
 - b.- Cuando no se haya pernoctado

Se considerarán exceptuadas de gravamen las asignaciones para gastos de manutención que no excedan de 26,67 ó 48,08 euros diarios, según se trate de desplazamiento dentro del territorio español o al extranjero, respectivamente.

La norma reglamentaria exige que tiene que tratarse de desplazamientos a un municipio distinto del lugar habitual del trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia. Toda cantidad que se satisfaga por este concepto de asignaciones para gastos de manutención y estancia que no responda a los términos reglamentarios señalados, estaría sometida en su totalidad a tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Debe insistirse que tiene que tratarse de desplazamientos a un municipio distinto del lugar habitual de trabajo, interpretando dicha expresión o término en el sentido de que el trabajador debe estar destinado en un centro de trabajo y salir o desplazarse fuera del mismo para realizar en otro centro de trabajo su labor.

Además de lo anterior, debe precisarse al respecto que a efectos de lo dispuesto en el artículo 9.A.3 del Reglamento del Impuesto, las cantidades satisfechas por gastos de manutención en desplazamientos con pernocta o no dentro del territorio español o al extranjero, a municipios distintos del lugar de trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia, no necesitan acreditación en cuanto a su importe, en referencia a los límites cuantitativos que en dicho precepto se señalan, para su consideración como asignaciones para gastos normales de manutención exceptuadas de gravamen, sin perjuicio de la acreditación por parte del pagador del día y lugar del desplazamiento, así como su razón o motivo.

Respecto a la justificación que deberá efectuarse por el pagador de la realidad de los desplazamientos, la misma podrá realizarse por medio de cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, si bien corresponderá a los órganos de gestión e inspección de la Administración Tributaria su valoración.

En referencia a las cuantías que tienen la consideración de asignaciones para gastos normales de manutención y estancia en hoteles, restaurantes y demás establecimientos de hostelería, para los casos en que se pernocta en municipio distinto, el Reglamento del Impuesto considera exceptuadas de gravamen los gastos de estancia los importes que se justifiquen.

Debe señalarse que, a estos efectos, los justificantes admisibles son únicamente los correspondientes a estancia en hoteles y demás establecimientos de hostelería, sin que puedan asimilarse a los mismos las cantidades destinadas al alquiler o arrendamiento de una vivienda.

A su vez, el apartado 5 señala que "las cuantías exceptuadas de gravamen en este artículo serán susceptibles de revisión por el Ministro de Economía y Hacienda, en la proporción en que se revisen las dietas de los funcionarios públicos", mientras que el apartado 6 señala que "las asignaciones para gastos de locomoción, manutención y estancia que excedan de los límites previstos en este artículo estarán sujetas a gravamen".

Por tanto, y ciñéndonos a la pregunta planteada en su escrito de consulta, de acuerdo con el artículo 9.A.3 del RIRPF, para que los gastos de manutención estén exceptuados de gravamen deberán devengarse por desplazamientos a municipios distintos del lugar del trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia habitual. Cumplida esta doble condición, quedarán exceptuadas de gravamen las asignaciones para gastos de manutención que no superen las cantidades previstas en el precepto reglamentario transcrito, no siendo necesario que estos gastos se realicen en establecimientos de hostelería, sino simplemente el pagador deberá acreditar el día y lugar del desplazamiento, así como su razón o motivo.

Debe mencionarse que el exceso percibido, en su caso, sobre las cantidades que se acaban de indicar está plenamente sujeto a gravamen en concepto de rendimientos del trabajo, y en lo que se refiere a la retención aplicable, al tratarse de rendimientos del trabajo, la misma se determinará de acuerdo con el procedimiento general establecido en el artículo 82 y siguientes del Reglamento del Impuesto."

CNMC, Resolución SNC/D TSA/076/21 y SNC/D TSA/127/21, 19/04/2022

Procedimientos sancionadores

Contenidos vertidos en programas de TV y calificación de los mismos por edades

[Ver Doctrina Administrativa al completo](#)

"...II.- Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos

El presente procedimiento sancionador tiene como objeto determinar si MEDIASET, por las emisiones del programa "SÁLVAME NARANJA", de 15 de abril de 2021, ha incumplido lo dispuesto en el artículo 7.2, párrafos tercero y octavo, de la LGCA (EDL 2010/18630), por la emisión de contenidos presuntamente perjudiciales para los menores en horario de protección reforzada; y en el artículo 7.6, en relación a lo dispuesto en el artículo 12, ambos también de la LGCA, por la presunta vulneración de las obligaciones que establece esta norma en relación con la protección de los menores, al haber calificado el mencionado programa como "no recomendado para menores de 7 años" (NR7).

III.- Tipificación de los hechos probados

3.1.- Consideraciones generales

El artículo 7.2 de la LGCA, párrafo segundo, prevé que los contenidos "que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse en abierto entre las 22 y las 6 horas, debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente." Mas adelante, en el párrafo tercero del mismo artículo, prevé tres franjas horarias consideradas de "protección reforzada" en las que no pueden emitirse contenidos calificados para mayores de 13 años:

- Entre las 8:00 y las 9:00 horas de los días laborables.
- Entre las 17:00 y las 20:00 horas de los días laborables.
- Entre las 9:00 y las 12:00 horas de los sábados, domingos y festivos de ámbito estatal.

En consecuencia, la emisión de contenidos que infrinjan dichas reglas, como emitir contenidos que pueden ser perjudiciales para los menores (+13 años ≤ 18 años) en horarios de protección reforzada o emitir contenidos calificados para mayores de +13 años entre las 6h y las 22h, puede ser constitutiva de una infracción grave de conformidad con el artículo 58.3 de la LGCA, que tipifica de esa manera la vulneración de la prohibición y, en su caso, de las condiciones de emisión, de contenidos perjudiciales para los menores, previstas en el artículo 7.2 de la LGCA.

(...)

De conformidad con lo previsto en el artículo 7.6 de la LGCA, se establece la obligación de que todos los productos audiovisuales distribuidos a través de servicios de comunicación audiovisual televisiva deben disponer de una calificación por edades, de acuerdo con las instrucciones sobre su gradación que dicte la CNMC a quien le corresponde la vigilancia, control y sanción de la adecuada calificación de los programas por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva.

Así, de acuerdo con las gradaciones por edad, según los criterios de gradación previstos en el Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia, los contenidos emitidos en las franjas de protección reforzada no pueden tener una calificación de "NR-122" o superior. Es decir, han de tener una calificación de "NR-7" o inferior.

El Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia, aparte de contener la gradación de los contenidos prevé también, entre otros aspectos, y en forma de anexo que no figura actualmente publicado, de una serie de criterios moduladores que permiten a los prestadores adheridos valorar las emisiones y calificarlas de conformidad con aquéllos y que coinciden con los previstos en la Resolución de 9 de julio de 2015 para calificar contenidos potencialmente perjudiciales para la infancia (CRITERIOS/D TSA/001/15). 2

El artículo 58.12 de la LGCA prevé que "El incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de esta Ley." Pues bien, el artículo 12 de la LGCA, en su apartado 3, establece que "Las autoridades audiovisuales deben velar por el cumplimiento de los códigos y, entre éstos, del Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia."

Por lo tanto, en tanto que un contenido emitido que haya sido calificado por parte de un prestador de servicios de comunicación audiovisual adherido al Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia de forma contraria o inobservando los criterios de calificación de contenidos audiovisuales que ahí se integran, no solo supone un incumplimiento de lo previsto en el artículo 7.6 sino que, además, supone incumplir con el código de autorregulación por lo que, a su vez, supondría la realización de la conducta tipificada como grave por el artículo 58.12 de la LGCA.

(...)

IV.- Antijuridicidad de la conducta

De conformidad con todo lo previsto en el apartado III de esta resolución, los hechos probados cumplen con los requisitos del tipo infractor previsto en los como infracción grave en los apartados 3 y 12 del artículo 58 de la LGCA.

El bien jurídico protegido por el artículo 7.2 de la LGCA, segundo y tercer párrafo, se dirige a la protección de los menores frente a la programación emitida, prohibiendo la emisión en abierto de determinados contenidos perjudiciales y estableciendo, respecto de los potencialmente perjudiciales, una norma sobre su emisión. En relación a lo que interesa al presente procedimiento, el párrafo tercero prohíbe la emisión de contenidos en horarios de protección reforzada que tengan una calificación como recomendados para mayores de trece (+13).

Por lo tanto, en la medida en que se haya emitido un programa en horario de protección reforzada con contenidos inadecuados para menores de 13 años, produce el resultado antijurídico que la prohibición busca evitar: evitar la exposición de los menores a contenidos audiovisuales que pueden resultar perjudiciales para su desarrollo físico, mental o moral.

Por su parte, el bien jurídico protegido por el párrafo octavo del mismo artículo 7.2 de la LGCA, es evitar que las comunicaciones comerciales puedan afectar al desarrollo físico, mental o moral de los menores por representar ideales inadecuados e irreales que presuntamente llevan al éxito y, a su vez, pueden tener la capacidad de generar rechazo la autoimagen o promover el rechazo social respecto de aquellos elementos que puedan suponer un obstáculo para la consecución de dichos ideales.

(...)

Por su parte, el artículo 7.6 de la LGCA establece el deber de información sobre la calificación por edades. Así, se trata de un derecho a la información dirigido a los padres y responsables de los menores por lo que su contravención conlleva un resultado pluriofensivo: no solo a los menores expuestos a contenidos mal calificados sino también a los padres y responsables de los menores al impedirles realizar un correcto control de los contenidos susceptibles de afectar a los menores. Ahora bien, el hecho de se haya calificado la conducta de forma contraria a los criterios homologados por esta Comisión y que esos criterios formen parte del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia, conlleva a su vez el resultado antijurídico de contravenir lo previsto en los códigos de autorregulación de conducta a los que se refiere el artículo 12 de la LGCA. Pero además, todo lo anterior supone que la emisión del programa emitido confronta directamente con el principio previsto en el apartado II.1.b del citado Código, en cuanto que impide el control parental impidiendo a los padres o tutores una selección crítica de los programas que ven los niños. Téngase en cuenta que, tal y como lo establece el propio código en su preámbulo, al exigir una clasificación por edades se pretende "dotar a los padres y tutores de una herramienta eficaz para que puedan ejercer su responsabilidad de controlar los contenidos televisivos seguidos por los menores a su cargo".

(...)

En definitiva, cabe apreciar la antijuridicidad de las conductas de MEDIASET. Por una parte, por haber vulnerado el artículo 7.2, párrafo tercero, de la LGCA; y por otra, por vulnerar el artículo 7.6 en relación con el artículo 12, ambos de la LGCA, tipificados como infracciones graves por los artículos 58, apartados 3 y 12 de la LGCA.

EDD 2022/18899

II.- Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos

El presente procedimiento sancionador tiene como objeto determinar si ATRESMEDIA, por los contenidos emitidos en los capítulos de la serie "TIERRA AMARGA" los días 6 de agosto, 30 de

septiembre y 18 de octubre de 2021, ha podido incumplir con lo dispuesto en el artículo 7.2, párrafos tercero, de la LGCA, por la emisión de contenidos presuntamente perjudiciales para los menores en horario de protección reforzada; y por el artículo 7.6, en relación a lo dispuesto en el artículo 12, ambos también de la LGCA, por la presunta vulneración de las obligaciones que establece esta norma en relación con la protección de los menores, al haber calificado el mencionado programa como "no recomendado para menores de 7 años" (NR7).

(...)

V.- Sobre la responsabilidad y culpabilidad por la conducta infractora

En aplicación de lo establecido en el art. 61 de la LGCA (EDL 2010/18630), la responsabilidad por las infracciones le corresponde a ATRESMEDIA por ser el prestador del servicio de comunicación audiovisual al que se le imputa una conducta antijurídica consistente en el incumplimiento de sus obligaciones que se derivan de los artículos 7.2 y 7.6 de la LGCA por ser el titular del canal ANTENA 3, medio por el que se difundió capítulos de la serie de televisión "TIERRA AMARGA" los días 6 de agosto de 2021, en horario de 17:45:22 horas a 19:06:44 horas, 30 de septiembre, en horario 17:46:14 a 19:01:42 horas, y 18 de octubre de 2021, en horario de 17:42:54 a 18:56:32.

No obstante lo anterior, en derecho administrativo sancionador actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que requiere que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto). Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 28 de la LRJP, establece que "sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, [...], que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa".

Como se desprende del precepto anterior, no es necesario el dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia. En consecuencia, cabe atribuir culpabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Para determinar si ATRESMEDIA es culpable por las infracciones que se le atribuyen, bien sea a título de dolo o culpa, corresponde atender a sus alegaciones relativas a los precedentes de actuación de esta Comisión respecto de hechos similares y en virtud de los cuales, alega, tenía depositada su confianza legítima de que su conducta se ajustaba a la legalidad, que cambiar la forma de actuación por parte de esta Comisión previo a la incoación de un procedimiento sancionador por los tipos infractores que aquí se aplican sin que se haya producido algún cambio en el régimen jurídico de aplicación u otro motivo que lo justifique, afecta al principio de seguridad jurídica pues podría suponer una actuación arbitraria prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución española que conculcaría, a su vez, el principio de confianza legítima previsto en el artículo 3.1 de la LRSP.

En efecto, tal y como lo señala ATRESMEDIA, en este caso la CNMC ha actuado de forma distinta respecto de la misma conducta infractora observada con anterioridad pues, de conformidad con lo previsto por el artículo 9.3 de la LGCA y en sintonía con lo previsto en el anexo del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia donde indica que "En el caso de que una calificación sea cuestionada por la CNMC, será debidamente revisada (...)", se instó al prestador responsable de la emisión a que adecuara sus calificaciones y horarios de emisión a las disposiciones del código de autorregulación: REQ/D TSA/863/14 (...).

Así, una vez requerida la adecuación de los programas al sistema de calificación de contenidos audiovisuales previstos y, en su caso, al horario de emisión previsto para esos contenidos, únicamente en el supuesto de que el prestador requerido continuase emitiendo los mismos o similares contenidos sin haber adecuado su calificación y, en su caso, el horario en que se emite, esta Comisión ha procedido a incoar el correspondiente procedimiento sancionador por infringir lo previsto en los artículos 7.2 y 7.6 de la LGCA.

En el presente caso, ante el conocimiento de que ATRESMEDIA podría estar emitiendo contenido que podría resultar perjudicial para los menores calificado como no recomendado para menores de 7 años (NP7) y en horario de protección reforzada, esta Comisión no ha requerido a este prestador para que adecuara la calificación por edades de la serie "TIERRA AMARGA" y el horario de su emisión sino que ha incoado directamente el presente procedimiento sancionador.

Por lo tanto, atendiendo a lo anterior y a las alegaciones de ATRESMEDIA relativas al contenido de la serie, cabe apreciar la ausencia del elemento volitivo e intelectual de la culpabilidad pues se considera que la presunta infractora actuó con la diligencia debida convencida de que el mencionado producto audiovisual estaba bien calificado y, en consecuencia, que se estaba emitiendo en un horario adecuado.

En definitiva, no cabe reprocharle el resultado antijurídico de la conducta infractora de ATRESMEDIA por la emisión de los capítulos de la serie "TIERRA AMARGA" con la calificación por edades con la que fue emitida sin que previamente esta Comisión le haya requerido revisar la calificación asignada y el horario de emisión de la misma...".