

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 268 | Mayo 2023

ISSN: 2697-1631

Derecho de consumo y obsolescencia técnica o programada

Javier Avilés García

La nueva Carta de Derechos Digitales en España

Fernando Díez Estella y Beatriz Oliver García

Vacunación covid: ¿obligatoriedad o voluntariedad?

María Victoria Álvarez Buján

El delito de malversación de caudales públicos

Ignacio Rodríguez de la Riva

Ahora **S****CURSOS****MAYO/JUNIO 2023****MODALIDADES: PRESENCIAL Y TELEPRESENCIAL****CONTABILIDAD Y FINANZAS**

- Contabilidad práctica
- Due diligence financiera en la adquisición de empresas
- Estado de flujos de efectivo
- Excel para contables
- Gestión de costes y control del resultado interno
- Perfeccionamiento profesional para el controller
- Planificación financiera y control presupuestario
- Práctico intensivo de bolsa

MARKETING Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS

- Análítica web
- Excel para profesionales y directivos
- SEO y SEM: marketing en buscadores

LABORAL Y RECURSOS HUMANOS

- Avanzado en gestión de nóminas
- Despidos
- Entrevista de evaluación
- Excel para recursos humanos
- Gestión de nóminas y seguros sociales
- Sistema RED
- Valoración de puestos, registro y auditoría retributiva

JURÍDICA

- Due diligence legal en la adquisición de empresas

TRIBUTACIÓN

- Consolidación fiscal
- Impuesto sobre sociedades
- Práctico de obligaciones contables y fiscales

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 268 | Mayo 2023

Directora editorial

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

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

Enrique Arnaldo Alcubilla. Magistrado del Tribunal Constitucional y catedrático de Derecho Constitucional. URJC

Xabier Arzo Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

José Luis Blanco Pérez. Adjunto a dirección. Asesoría Jurídica de la Sociedad Española de Sistemas de Pago

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

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

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

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

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

Nicolás González-Deleito y Domínguez. Socio de Cuatrecasas

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

Pablo Hernández Lahoz. Abogado del Estado y director de Asesoría Jurídica de AENA

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado del TSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Carlos Lema Devesa. Catedrático de Derecho Mercantil. UCM

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

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

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

Esther Muñiz Espada. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

Fabio Pascua Mateo. Catedrático de Derecho Administrativo. UCM y letrado de las Cortes

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

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

Javier Serra Callejo. Secretario del Consejo. Grupo Arcelor Mittal

Francisco Javier Silván Rodríguez. Socio de EY Abogados

Edita

Centro de Estudios Financieros

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

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Redacción, administración y suscripciones

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

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2023) (11 números) 185 € en papel / 95 € en digital

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

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistaceflegal@udima.es

Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/index>

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



Imprime

Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexación y calidad



Todos los derechos reservados.

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

CEFLegal. Revista práctica de derecho

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Estudios doctrinales

Civil-mercantil

La implementación del Objetivo de Desarrollo Sostenible 12 en el marco de la Unión Europea 5-38

The implementation of the Sustainable Development Goal 12 within the framework of the European Union

Javier Avilés García

Constitucional-administrativo

La nueva Carta de Derechos Digitales en España, y los nuevos reglamentos comunitarios DSA, DMA e IA: ¿hacia un constitucionalismo digital? 39-74

The new Charter of Digital Rights in Spain and the new EU DSA, DMA & IA Regulations: towards a digital constitutionalism?

Fernando Díez Estella y Beatriz Oliver García

Covid-19 y vacunación: la disyuntiva entre la obligatoriedad y la voluntariedad 75-110

Covid-19 and vaccination: the dilemma between obligatory nature and voluntariness

María Victoria Álvarez Buján

Penal

El delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal y su dificultad actual para luchar de forma práctica contra la corrupción 111-144

The crime of embezzlement of public funds of article 432 of the Penal Code and its current difficulty to fight in a practical way against corruption

Ignacio Rodríguez de la Riva

Comentarios de resoluciones

Civil-mercantil

- Interés del menor y retorno del menor desamparado a su familia de origen (Comentario a la STS de 21 de febrero de 2023) 145-152
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Casos prácticos

Civil

- LAU vs. LPH: mayorías precisas para aprobar la prohibición de pisos turísticos en las comunidades de propietarios 153-158
Adelaida Medrano Aranguren
- Inscripción en registro de insolvencia patrimonial: vulneración del derecho fundamental al honor 159-166
Casto Páramo de Santiago

Administrativo

- Procedimiento sancionador y contrato administrativo de servicios docentes 167-192
Julio Galán Cáceres

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

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

La implementación del Objetivo de Desarrollo Sostenible 12 en el marco de la Unión Europea

Javier Avilés García

*Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Oviedo (España)*

javiles@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0002-4374-4021>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos Lema Devesa, don José Luis Blanco Pérez, don Pablo Hernández Lahoz, doña Esther Muñiz Espada, don Javier Serra Callejo y don Francisco Javier Silván Rodríguez.

Extracto

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (ODS) constituyen la hoja de ruta avanzada en Europa de la sostenibilidad. La Unión Europea dirige las líneas maestras de su implementación, y el transcurso del tiempo evidencia el peligro de incurrir en una retórica hueca sobre las exigencias inevitables de esta «sostenibilidad» en parcelas tan importantes que afectan a los consumidores o usuarios. Parece imprescindible un mayor esfuerzo para explicar con mayor rigor sus objetivos y los previsibles cambios en la profusa reglamentación, normativa y los trabajos preparatorios en curso que inciden sobre la vida útil de los bienes o productos de consumo, que exigen medidas claras y precisas en la lucha efectiva contra la obsolescencia técnica o programada de miles de productos (contexto del ODS 12). Dentro de la copiosa y dispersa legislación nacional y europea vigentes, un análisis jurídico transversal del ciclo de vida útil mínima de los bienes de consumo nos permitirá identificar los problemas clave y vislumbrar soluciones a muchas disfuncionalidades actuales en la cadena de distribución entre productores, empresarios y consumidores, y ello en el contexto de esta materia gris que denominamos «derecho de consumo», indefectiblemente unida al derecho privado, elemento vertebrador indispensable. No cabe duda de que el principio de sostenibilidad de los bienes de consumo debe conjugarse necesariamente con la protección real y precisa de los derechos de los consumidores, en medio de una economía circular colaborativa más competitiva que facilite la lucha efectiva y real contra la obsolescencia técnica o programada.

Palabras clave: sostenibilidad; obsolescencia; bienes de consumo; durabilidad-reparabilidad; garantías; piezas de recambio; servicios posventa; ecodiseño de productos; mercado único europeo.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado (en avance *online*): 17-04-2023

Cómo citar: Avilés García, J. (2023). La implementación del Objetivo de Desarrollo Sostenible 12 en el marco de la Unión Europea. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 268, 5-38. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18753>



The implementation of the Sustainable Development Goal 12 within the framework of the European Union

Javier Avilés García

This paper has been selected for publication by: Mr. Carlos Lema Devesa, Mr. José Luis Blanco Pérez, Mr. Pablo Hernández Lahoz, Mrs. Esther Muñoz Espada, Mr. Javier Serra Callejo y Mr. Francisco Javier Silván Rodríguez.

Abstract

The United Nations Sustainable Development Goals (SDGs) constitute the advanced roadmap in Europe for the sake of the much-desired sustainability. The European Union directs the main lines of its implementation, and the passage of time shows the danger of incurring in empty rhetoric about the inevitable demands of this «sustainability» in such important areas that affect consumers or users. It seems essential to make a greater effort to explain more rigorously its objectives and the foreseeable changes in the profuse regulation, regulations and preparatory work in progress that affect the useful life of consumer goods or products, which require clear and precise measures in the effective fight against technical or planned obsolescence. Within the copious and scattered national and European legislation in force, through a transversal legal analysis of the minimum useful life cycle of consumer goods, it will allow us to identify the key problems and glimpse solutions to many dysfunctionalities that are observed in the distribution chain between producers, businessmen and consumers, in the context of this gray matter that we call «Consumer Law» inevitably linked to Civil Law, an essential backbone for the best solutions. There is no doubt that the principle of sustainability of consumer goods must necessarily be combined with real and precise protection of consumer rights, in the midst of a more competitive circular and collaborative economy that really facilitates the fight against technical or planned obsolescence.

Keywords: sustainability; obsolescence; consumer goods; durability-reparability; guarantees; inter-change parts; repair services; product eco-design; single European market.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2023 / Publicado (online preview): 17-04-2023

Cómo citar: Avilés García, J. (2023). La implementación del Objetivo de Desarrollo Sostenible 12 en el marco de la Unión Europea. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 268, 5-38. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18753>



Sumario

1. Justificación
 2. El fundamento de una producción y consumo sostenibles: un correcto ecodiseño legal de los bienes de consumo
 - 2.1. El nuevo concepto de «durabilidad» en el contexto de una economía circular
 - 2.2. Ecodiseño, obsolescencia y protección del consumidor: reformas legislativas en marcha
 3. Protección del consumidor e información sobre la vida útil y disponibilidad de las piezas de recambio y los servicios de reparación
 4. La dualidad de planos del concepto de «durabilidad» de los bienes de consumo: conformidad contractual y reparabilidad
 5. La aplicación uniforme e integral de la normativa europea sobre bienes de consumo sostenibles en los Estados miembros
 - 5.1. El derecho a la reparación de bienes de consumo y el libre acceso a las piezas de recambio
 - 5.2. La confirmación en España de una legislación discordante con la normativa europea de mercado único
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Justificación

Con la creciente preocupación por los problemas ambientales y el cambio climático, la Unión Europea (UE) y cada uno de los Estados miembros han asumido como propio el compromiso global de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible. Dentro de esta Agenda 2030, el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 12 sobre «producción y consumo responsables» puede calificarse de fundamental, por cuanto que su finalidad consiste en «garantizar modalidades de producción y consumo sostenibles». Esto presupone que toda una serie de metas y acciones legales transversales y complejas deberán ser asumidas por gobiernos, empresas y consumidores en la prosecución de un objetivo muy amplio y exigente (Keirsbilck y Rousseau, 2019, pp. 43 y ss.).

El contexto en que nació el ODS 12 de las Naciones Unidas fue la constatación de que el consumo y la producción, fuerzas impulsoras de la economía mundial, vienen siempre condicionadas por el *uso* del medio ambiente y sus recursos naturales, circunstancia que, indefectiblemente, seguirá teniendo efectos destructivos e irreversibles sobre el planeta. Se ha señalado, con acierto, que un consumo y producción sostenibles consisten en hacer más y mejor con menos. Este ODS 12 busca desvincular el crecimiento económico de la degradación medioambiental, aumentar la eficiencia de recursos y promover estilos de vida más sostenibles, teniendo en cuenta que estos objetivos van inevitablemente unidos al uso y adquisición de bienes dentro de la sociedad global de consumo. Partimos de que multitud de aspectos legales del vigente derecho de consumo europeo se verán irreversiblemente afectados por un adecuado uso y reciclaje de bienes, por lo que se hace preciso comprender mejor los efectos ambientales y sociales de los productos y servicios asociados a los parámetros de la nueva economía circular, para así legislar mejor en esta materia.

Este trabajo aborda algunos de los principales problemas legales a los que actualmente se enfrenta el derecho privado en esta materia, que inciden en la producción de bienes de consumo y en una más adecuada prestación de servicios en la sociedad del siglo XXI, problemas inherentes a una mejor protección del consumidor a escala global, en el contexto de lo que se viene denominando «taxonomía verde europea». Se analiza particularmente lo que subyace en los actuales cambios legales en curso, como es, por ejemplo, lo que ocurre a la hora de comprar y elegir tales o cuales bienes en lugar de otros distintos, en tanto esto permita o no al consumidor optar por soluciones sostenibles en el último eslabón de la cadena de distribución. Como apéndice crítico del trabajo vemos relevante mostrar cómo la tarea de los poderes nacionales en este contexto europeo de reformas en marcha no puede ser pasiva, sino que exige un esfuerzo adicional para adaptarse coherentemente con cada una de las propuestas y medidas normativas europeas inspiradas en el ámbito de la sostenibilidad y economía circular europeas, y, en nuestro caso, muy específicamente, con

muchas de las directrices vinculantes que va marcando la normativa europea en transformación (Hojnik, 2018, pp. 12 y ss.).

El ODS 12 de Naciones Unidas constituye, pues, la guía actual para la mejora de los derechos de los consumidores en el contexto de la normativa europea, al igual que ocurre con las instituciones que velan porque la protección del consumidor y usuario sea más eficaz y sostenible. Parejamente, de manera muy positiva, comprobamos que todo esto marcha inexcusablemente unido al incremento de la cadena de valor para todas las empresas fabricantes o productores de bienes de consumo¹.

Desde la perspectiva supranacional del ODS 12 de la Agenda 2030, la UE y cada uno de los Estados miembros vienen dedicando cada vez más recursos para mejorar la legislación europea de protección del consumidor. Entre los hitos más relevantes a tener muy en cuenta y que prefiguran lo que normativamente está por llegar en esta materia, en el año 2015 la Comisión Europea (CE) publicó su primer plan de acción para la economía circular, donde se subrayaba el papel crucial desempeñado por los actores económicos, adoptando como eje vertebrador de la economía el impulso y fomento de un consumo responsable y sostenible².

Posteriormente, tras ese primer plan de acción se invitó al Parlamento Europeo (PE), al Consejo, junto con todos los gobiernos y partes interesadas, a trabajar hacia ese amplio objetivo común. En julio del año 2017, el PE redactó la importante «Resolución sobre una vida útil más larga de los productos y sus beneficios específicos para consumidores y empresas», recomendando importantes cambios tanto en la normativa de la UE como en las legislaciones nacionales³. En mayo del año 2018, el PE aprobó otra resolución relacionada con la implementación progresiva de la trascendental Directiva 2009/125/CE sobre diseño ecológico de productos⁴. Pero no fue hasta marzo del año 2019 cuando la CE publicó su «Informe sobre la implementación del Plan de Acción de economía circular», afirmando, tal vez un tanto pretenciosamente, que la mayoría de las iniciativas previstas muy pronto verían la luz⁵. En diciembre del año 2019, la CE publicó su Pacto Verde Europeo, que justifica cómo esta transformación normativa supone realmente una oportunidad única e insoslayable para todos los Estados miembros⁶. Y fue en marzo del año 2020, por cerrar esta su-

¹ Objetivos y metas de desarrollo sostenible, Naciones Unidas, en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/> (13 de marzo de 2022), y directrices del *Marco decenal de programas sobre consumo y producción sostenibles* (10 YFP), marco de colaboración mundial para el cambio hacia un proyecto de consumo y producción sostenibles.

² COM (2015) 614 final, Bruselas, 2 de diciembre de 2015.

³ Resolución del PE, de 4 de julio de 2017, sobre una vida útil más larga de los productos: beneficios para los consumidores y las empresas (2016/2272 [INI]).

⁴ Resolución del PE, de 31 de mayo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva sobre los requisitos de diseño ecológico (2009/125/CE) (2017/2087 [INI]).

⁵ COM (2019) 190 final, Bruselas, 4 de marzo de 2019.

⁶ COM (2019) 640 final, Bruselas, 11 de diciembre de 2019.

cesión de hitos relevantes, cuando la CE publicó su «Nuevo Plan de acción de economía circular por una Europa más limpia y más competitiva», donde se fijan los objetivos que deben desbrozarse e implementarse legislativamente en esta materia en estos próximos años hasta 2030⁷. Finalmente, en el pasado año 2022, la Comisión ha presentado tres importantes propuestas normativas incardinadas en el Pacto Verde y el nuevo plan de acción, que ya empiezan a plasmarse en nuevas propuestas normativas⁸.

2. El fundamento de una producción y consumo sostenibles: un correcto ecodiseño legal de los bienes de consumo

Ante los problemas y soluciones que se están dilucidando en la UE partimos de la premisa contrastada de que más del 80 % del impacto ambiental de un bien o producto puesto en el mercado se determina *ex ante*, en la etapa decisiva de ecodiseño industrial, lo que inevitablemente juega un papel primordial con el impulso de la nueva economía circular⁹. Al diseñar cualquier bien o producto, se están tomando decisiones sobre el tipo y cantidad de materiales que pasan a integrarse en la cadena de suministro, muy señaladamente aquellas que inciden en su durabilidad, su facilidad de reparación y mantenimiento, así como en la eventual reciclabilidad de sus componentes (Jepsen *et al.*, 2015, p. 6). En otras palabras, parece una realidad incontestable el hecho de que «una vez que un producto se comercializa, es relativamente muy poco lo que puede hacerse para mejorar sus características medioambientales»¹⁰.

No olvidemos, además, que el reciente concepto legal básico de «durabilidad», reforzado con la nueva normativa europea sobre compraventa de bienes y suministro de contenidos y servicios digitales, afecta cada vez en mayor grado a la efectiva protección de los derechos del consumidor, donde el principio de sostenibilidad marcha indefectiblemente

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Nuevo Plan de acción de economía circular para una Europa más limpia y competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020.

⁸ Propuesta de Reglamento sobre requisitos de diseño ecológico, que deroga la Directiva 2009/125/CE, COM (2022) 142 final; Propuesta de Directiva para modificar las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE, para capacitar a los consumidores en orden a una mejor protección contra determinadas prácticas comerciales y una mejor información, COM (2022) 143 final; y Propuesta de Reglamento de condiciones armonizadas para la comercialización de productos de construcción, que deroga el Reglamento 305/2011/UE, COM (2022) 144 final, propuestas todas ellas de 30 de marzo de 2022. Así, este pasado 22 de marzo 2023 se ha publicado una Propuesta de Directiva sobre normas comunes que fomentan la reparación de bienes, COM (2023), 155 final, y otra segunda Propuesta de Directiva sobre alegaciones ecológicas, COM (2023) 166 final.

⁹ Resolución del PE de 31 de mayo de 2018 sobre la aplicación de la Directiva sobre diseño ecológico, considerando T); Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, apdo. 6.

¹⁰ Libro Verde sobre la Política Integrada de Productos, COM (2001) 68 final, Bruselas, 7 de febrero de 2001.

de la mano de la protección real y efectiva del consumidor¹¹. Valga advertir que, recientemente, el legislador europeo se ha decantado por utilizar preferiblemente el vocablo «bien» para referirse a los bienes tangibles de consumo (con o sin elementos digitales), aun cuando el término «producto» continúa siendo utilizado para referirse a la legislación específica atinente a los productos de consumo. Nosotros utilizaremos ambos sintagmas de manera análoga e indistinta, prevalentemente el de «bien» por ser este el actualmente predominante.

Aunque en el marco europeo algún legislador nacional parezca olvidarlo, ha sido esencialmente la Directiva 2009/125/CE, sobre requisitos de diseño ecológico, la que continúa permitiendo establecer toda una serie de requisitos legales obligatorios de diseño para la puesta en el mercado de una amplia categoría de bienes específicos relacionados, por el momento, preferentemente con la energía¹². Pero, aun cuando el enfoque legal principal hasta ahora ha sido establecer mejoras en la eficiencia energética de ciertos bienes, conviene subrayar que el actual proyecto normativo de la UE de marzo de 2022 en esta materia proyecta la ampliación de estos requisitos legales de diseño ecológico a una muy amplia gama de bienes no relacionados con la energía, ampliando así el espectro de perdurabilidad, reparabilidad y reciclabilidad de toda la cadena de valor¹³.

En este ámbito de la sostenibilidad del producto vinculado al concepto de «durabilidad», si bien la UE viene aplicando los requisitos mínimos de diseño ecológico sobre la perdurabilidad de algunos bienes, no ha sido hasta ahora cuando se amplifica a otras nuevas categorías o tipos de bienes afectados por la obsolescencia, como es el sector de las TIC, ordenadores y servidores informáticos¹⁴. Junto al objetivo de mejora de la perdurabilidad de los bienes de consumo, se une ahora en la UE la exigencia de incorporar una serie de requisitos informativos sobre cualidades específicas de más bienes de consumo, que van desde instrucciones precisas sobre cómo deben ser las operaciones de desmontaje hasta

¹¹ Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, de 20 de mayo de 2019 (DOUE de 22 de mayo de 2019), transpuestas unitariamente en España, sin discriminar la naturaleza de la prestación –compraventa o servicios digitales– (Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril [título VIII]). A propósito del derecho a la reparación, la reciente Resolución del PE de 7 de abril de 2022 insta con urgencia a la Comisión para tomar medidas legales que promuevan la reparación (frente a la sustitución) con ocasión de la revisión de la Directiva 2019/771/UE sobre compraventas, prevista por ley para antes del 12 de junio de 2024 (art. 25) (P9_TA (2022)0126, Derecho a la reparación, p. 6).

¹² No obstante, conviene advertir que existen directivas específicas no derogadas, anteriores a esta importante Directiva 2009/125/CE, pero que, en modo alguno, desvirtúan la potencialidad jurídica renovadora que sigue teniendo, incluso tras el plazo abierto tras la reciente aprobación de la Propuesta de Reglamento de requisitos de diseño ecológico, COM (2022) 142 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022.

¹³ Véase el nuevo Plan de trabajo de ecodiseño y etiquetado energético 2022-2024, C (COM) 2026 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022, medida transitoria hasta la entrada en vigor de la Propuesta de Reglamento sobre requisitos de diseño ecológico COM (2022) 142 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022.

¹⁴ Así, por ejemplo, los fabricantes deben garantizar que las técnicas de unión, sujeción o sellado no impidan el desmontaje para fines de reparación o reutilización de ciertos componentes vitales de tales productos.

el hecho de proporcionar las herramientas necesarias a quienes se ocupan del mantenimiento, reparación, reutilización, reciclaje y actualización de los servidores y productos de almacenamiento de datos, cuestiones que inciden particularmente en la problemática de la obsolescencia y los derechos del consumidor¹⁵.

Sea como fuere, la fecha clave ha sido a partir del 1 de marzo de 2021 cuando, para todo el ámbito de la UE, ha entrado en vigor una serie de requisitos legales de diseño ecológico sobre bienes o aparatos de uso ordinario y generalizado, particularmente relevantes por cuanto que, por vez primera, tales requisitos se acompañan de la obligación de proporcionar, en un plazo fijado de antemano y con la mayor facilidad posible, las piezas de recambio que se precisen, al igual que con la información al consumidor sobre aquellos aspectos esenciales sobre la vida útil de los mismos. Especialmente importante va a resultar el nuevo plazo exigido de disponibilidad para que las piezas de recambio estén a disposición del consumidor, al estar este plazo directamente relacionado con la vida útil estimada para cada tipo o categoría de aparatos. El legislador europeo ha optado por uniformar esos plazos, una medida de control de sostenibilidad en un mercado único (aparatos de refrigeración, pantallas electrónicas, lavavajillas, lavadoras y lavadoras-secadoras eléctricas y aparatos de refrigeración con función de venta directa)¹⁶.

Como decimos, junto a la ampliación y refuerzo de los trabajos de la UE de los requisitos de diseño ecológico se van incorporando nuevos requisitos legales de acceso a la información del consumidor para la reparación y mantenimiento efectivo de los bienes de consumo dentro de plazos razonables, para cuya efectividad será necesario implementarlo en cada una de las legislaciones específicas de cada Estado miembro. Al final del trabajo abordamos esta cuestión en nuestro país, por su particular incidencia en la normativa recientemente modificada del texto refundido de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios (TRLGDCU) (art. 127 bis, piezas de recambio), donde se evidencia la importancia del necesario esfuerzo armonizador por parte de cada Estado miembro para no desviarse de las directrices generales de la UE, que traen causa de la Directiva 2009/125/CE de diseño ecológico, y que, en trance de actualización, continúa constituyendo el eje angular para la ampliación e implementación de nuevos requisitos de diseño ecológico en la elaboración y puesta en el mercado de bienes o productos de consumo. Esto refuerza el principio de sostenibilidad, uno de cuyos efectos visibles será la comprobación de una lucha más fácil y efectiva contra la obsolescencia de los bienes de consumo, sea esta técnica o programada (Oehme y Jacob, 2017, p. 11; Huart, 2019, p. 42).

¹⁵ Reglamento 2019/424/UE, de 15 de marzo de 2019, por el que se establecen requisitos de diseño ecológico para servidores y productos de almacenamiento de datos de conformidad con la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, anexo II, apdo. 3.3.

¹⁶ En el DOUE L 315, de 5 diciembre de 2019, aparecen publicados estos reglamentos de ejecución relativos a los requisitos de diseño ecológico aplicables a cada uno de esos productos, en vigor desde el 1 de marzo de 2021, fecha en que por vez primera se establece un plazo obligatorio específico de disponibilidad para las piezas de recambio de cada tipo de aparato, por cuenta de fabricantes, importadores y distribuidores.

Parece que el logro del Objetivo ODS 12 de las Naciones Unidas dependerá, en última instancia, de la fabricación de bienes sostenibles, conformes y seguros en el contexto de un mercado único, que precisa de la adopción de nuevos requisitos de diseño ecológico para los distintos bienes de consumo, con nuevos requisitos legales de durabilidad y de reparación que incluyan una atención especial de los bienes con elementos digitales (actualizaciones de programas informáticos, disponibilidad de actualizaciones, interdicción de prácticas obsoletas), cuya implementación precisará del desarrollo en el TRLGDCU de un nuevo derecho a la información específica al consumidor sobre todos estos elementos¹⁷.

En esta línea, desde la perspectiva del derecho de consumo, la legislación europea sobre piezas y componentes de vehículos de motor, aunque ha tenido como objetivo fundamental fomentar sustantivamente la competencia, a nuestro juicio proporciona muchas de las claves jurídicas que permiten mejorar, a nivel interno, el mejor acceso a la información indispensable para la reparación y mantenimiento de vehículos para los agentes del sector de reparación y para los consumidores, incluyendo las herramientas necesarias (incluido el *software* y actualizaciones informáticas) que precisen los operadores independientes de los servicios postventa, o, en su caso, para la reutilización y recuperación total o parcial de su vida útil, lo que análogamente podrá trasladarse al tratamiento de otros muchos bienes de consumo¹⁸.

Pues bien, a fecha de hoy, existe un consenso generalizado en la UE sobre la iniciativa de adoptar requisitos de diseño ecológico más perfeccionados para una gama mucho más amplia que la de los productos relacionados con la energía, por lo que a corto plazo pasará a extenderse a sectores distintos. Si bien desde la aparición de la Directiva 2009/125/CE sobre diseño ecológico su alcance se viene proyectando progresivamente a muchos productos relacionados con la energía (excluidos los medios de transporte)¹⁹, por el momento

¹⁷ Véase la Resolución del PE sobre una vida útil más larga para los productos: ventajas para los consumidores y las empresas (2016/2272[INI], de 4 de julio de 2017), apdo. 9. La Resolución del PE de 7 de abril de 2022, sobre Derecho a la reparación (P9_TA[2022]0126), destaca la urgencia de la ampliación de estos requisitos de durabilidad junto con el acceso a la información de consumidores y agentes de los servicios de reparación, como pieza fundamental del mercado único que beneficia tanto a los consumidores como a las empresas, en línea con las medidas de ejecución iniciadas por la UE de 5 de diciembre de 2019 con efecto de 1 de marzo de 2021 arriba señaladas (DOUE L 315, 5 de diciembre de 2019).

¹⁸ Reglamento (CE) 595/2009, de 18 de junio de 2009, relativo a la homologación de los vehículos de motor y los motores en lo concerniente a las emisiones de los vehículos pesados (Euro VI) y al acceso a la información sobre reparación y mantenimiento de vehículos.

¹⁹ Esta proyección es ingente para un campo vastísimo. Baste ejemplificar a partir de 2015: aparatos de calefacción local (Reglamento 2015/1188/UE, 28 de abril de 2015), calderas de combustible sólido (Reglamento 2015/1189/UE, 28 de abril de 2015), armarios de conservación refrigerados profesionales, armarios abatidores de temperatura, unidades de condensación y enfriadores de procesos (Reglamento 2015/1095/UE, 5 de mayo de 2015), productos de calentamiento de aire, refrigeración, enfriadoras de procesos de alta temperatura y ventilo-convectores (Reglamento 2016/2281/UE, 30 de noviembre de 2016), motores eléctricos y variadores de velocidad (Reglamento 2021/341/UE, 1 de octubre de 2019), equipos de soldadura (Reglamento 2019/1784/UE, 1 de octubre de 2019).

no se ha roto la barrera para la inclusión de ningún producto que no utilice energía. Esto cambiará a corto plazo para evitar distorsiones de la competencia causadas por la eventual adopción de tales normas de diseño ecológico a nivel nacional²⁰. En esta línea, la propia UE acaba de aprobar en marzo de 2022 una Propuesta de Reglamento de requisitos de diseño ecológico, cuyo objetivo consiste en trasladar muchos de los actuales requisitos de la Directiva 2009/125/CE a otras muchas categorías de bienes de consumo afectadas por un serio impacto medioambiental, con especial atención al sector de la moda y textil y también al de la comercialización de los productos de construcción, lo que indudablemente llegará en estos próximos años con la acción armonizada de todos los Estados miembros de la UE²¹.

En definitiva, lo que la UE propone en el contexto del Objetivo ODS 12 es una amplia implementación de la Directiva 2009/125/CE sobre diseño ecológico, incluida metodología y criterios específicos de medición y cálculos, para lo que será imprescindible tener en cuenta los nuevos derechos del consumidor tras incorporar los requisitos legales de ecodiseño previstos dentro del Nuevo Plan de acción de economía circular de la UE de 2020, prefigurados en este momento en la Propuesta de Reglamento de requisitos de diseño de 30 de marzo de 2022. En este sentido, por ejemplo, ese nuevo plan propugna acertadamente que, a partir de ahora, el marco legislativo de diseño ecológico de los bienes no debe desarrollarse de forma separada de la legislación específica de protección de consumidores, asumiendo la idea de que una correcta legislación de ecodiseño de productos sostenibles debe tener siempre en cuenta la mejor y más eficiente protección del consumidor medio. En suma, la legislación de protección del consumidor de la UE debe marchar estrecha y coherentemente unida con la idea de sostenibilidad de cualesquiera bienes o productos de consumo. Así, por ejemplo, basta comprobar cómo en el seno de la UE, a pesar de su lentitud, acaban por abrirse paso iniciativas legislativas, como es, por ejemplo, la que afecta a la venta de cargadores comunes para teléfonos móviles y dispositivos similares, inserta en la denominada «Iniciativa sobre la Electrónica Circular» de la UE²².

²⁰ La Comisión de Asuntos Europeos del Parlamento francés ya advirtió sobre estos riesgos en su Informe sobre la ley francesa contra los residuos. Véase *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes (1) portant observations sur la transposition du droit européen par le Projet de loi relatif à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire*, 18 de julio de 2019, núm. 682, pp. 39 y 50.

²¹ Propuesta perfilada por Keirsbilck *et al.* (2020, p. 9). Con la Propuesta de Reglamento sobre requisitos de diseño ecológico, que deroga la Directiva 2009/125/CE, COM (2022) 142 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022, estamos ante la primera formalización al respecto, a la que acompaña una sugerente Propuesta de Reglamento de condiciones armonizadas para la comercialización de productos de construcción, que deroga el Reglamento 305/2011/UE, COM (2022) 144 final, y una Estrategia específica de la UE para textiles circulares y sostenibles COM (2022) 141 final. (Bauer *et al.*, 2018, p. 57).

²² Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final Bruselas, 11 de marzo de 2020, p. 8. El nuevo puerto USB-tipo C pasará así a convertirse en el puerto estándar armonizado para todos los teléfonos inteligentes, tabletas, cámaras, auriculares, altavoces portátiles y videoconsolas portátiles. Tras la aprobación del pleno PE de 4 de diciembre de 2022, antes de que acabe 2024, todos los teléfonos móviles, tabletas y cámaras que se vendan en la

En último lugar, a efectos de alcanzar de la mejor manera posible las metas de sostenibilidad en conexión con el derecho de consumo, parece congruente que, al mismo tiempo, se proponga un mayor desarrollo de las normas específicas vigentes sobre perdurabilidad y eficiencia de los recursos productivos (normas de medición, normas de prueba y métodos de verificación de productos), máxime cuando es sabido que algunas de estas normas en muchos Estados miembros limitan las posibilidades de utilizar materiales secundarios (Van Acker *et al.*, 2016, p. 25).

2.1. El nuevo concepto de «durabilidad» en el contexto de una economía circular

Es esencial partir de la estrecha conexión que existe entre el denominado «derecho a reparar» y el ecodiseño de bienes o productos sostenibles. En efecto, el mercado único proporciona la masa crítica suficiente que permite a la UE sentar las pautas en materia de sostenibilidad de los bienes de consumo e influir en el ecodiseño de nuevos bienes y en la gestión empresarial de toda la cadena de valor empresarial (Montalvo *et al.*, 2016, pp. 26 y ss.). La Directiva 2009/125/CE, de 21 octubre, fue transpuesta en España el 18 de febrero de 2011. Han pasado muchos años y el hecho más relevante en este momento es que la propia UE desde el año 2020 prepara una importante iniciativa legislativa sobre productos sostenibles, cuyo objetivo principal consiste en ampliar todo lo posible el alcance de la Directiva marco 2009/125/CE, con la reciente Propuesta de Reglamento de marzo de 2022, que va mucho más allá del ámbito de la sostenibilidad de los bienes relacionados con la energía, partiendo del presupuesto de que el próximo marco legal de los requisitos de diseño ecológico se debe ampliar a «la gama más amplia posible de productos (que) propicie la circularidad»²³.

Conviene subrayar que la Directiva-marco 2009/125/CE, 21 octubre 2009, cuya transposición pasó un tanto desapercibida en nuestro país constituye, paradójicamente, el punto de partida del marco normativo en transformación que regulará toda una serie de nuevos requisitos de diseño ecológico aplicables a muchas categorías de bienes de consumo, y que, tras un lapso de más de 10 años, sustancialmente a través de una serie de reglamentos de ejecución comunitarios de 1 de octubre de 2019 (en vigor desde 1 marzo 2021), por el momento, han implementado en la UE nuevos requisitos legales para una utilización eficiente y más sostenible de los recursos según tipos o categorías de productos²⁴. Pues bien, estos regla-

UE deberán incorporar un puerto de carga USB tipo C. A partir de la primavera de 2026, la obligación se extenderá a los ordenadores portátiles.

²³ Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, apdo. 2.1.

²⁴ Se trata de los cinco Reglamentos de ejecución 2019/2019/UE, 2019/2021/UE, 2019/2022/UE, 2019/2023/UE y 2019/2024/UE, todos de fecha 1 de octubre de 2019, donde se establecen los requisitos taxativos de diseño ecológico aplicables, respectivamente, a los aparatos de refrigeración, pantallas electrónicas, lavavajillas domésticas, lavadoras y lavadoras-secadoras domésticas y aparatos de refri-

mentos de 2019 suponen la última concreción de este nuevo «derecho a la reparación» de los bienes de consumo, cuyo fundamento legal último reside en la delimitación de una serie de parámetros de diseño ecológico relacionados con la perdurabilidad de muchos bienes o productos energéticos (determinados electrodomésticos fundamentalmente). En efecto, el limitado espectro de bienes ahora afectados (electrodomésticos), amparados por la vieja Directiva de ecodiseño de 2009/125/CE, quedará a corto plazo modificado con el proyecto de Reglamento de 2022 en curso, donde se incluirán otras muchas categorías de bienes perdurables distintos de los energéticos, tal y como avanzaba el Nuevo Plan de acción para la economía circular 2020, respaldado por la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2020 y ahora plasmado en la reciente Propuesta de Reglamento de 30 de marzo de 2022²⁵.

Tras el largo tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la relevante Directiva 2009/125/CE, una de las novedades más reseñables en este momento es que la voluntad del legislador comunitario, en esta nueva etapa, afronta decididamente la prosecución de un mercado único más sostenible, instigado por la estrategia común del Pacto Verde Europeo y el Nuevo Plan de acción para la economía circular 2020. El objetivo es implementar una economía circular que incida en la perdurabilidad de una ingente cantidad de bienes o productos, bajo una estrategia que se traslada también a los productos con elementos digitales al servicio de un mercado único sostenible, lo que concuerda con el objetivo de alcanzar, entre otros, el denominado «pasaporte digital del producto»²⁶. Como parece obvio, todo encaja con el ODS 12 de Naciones Unidas. Y como parte de esta ambiciosa iniciativa legislativa europea reactivada este 30 de marzo de 2022, es la propia UE quien propone normativizar principios y adoptar medidas específicas de sostenibilidad para «mejorar la durabilidad y la reparabilidad» de la más amplia categoría de bienes o productos de consumo que sea posible, contrarrestando la obsolescencia técnica o programada, tanto de los bienes corporales (con o sin elementos digitales) como de las actualizaciones, componentes electrónicos y programas informáticos²⁷.

Parte del problema a corregir en las normas internas reside en que la legislación sobre requisitos de ecodiseño sostenible de productos está pendiente de proyectarse como legislación específica protectora de los derechos del consumidor. A nuestro juicio, la legislación

geración con función de venta directa, de conformidad con la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 315, 5 de diciembre de 2019), con entrada en vigor el 1 de marzo de 2021. En la nota 74 se detallan los distintos plazos específicos aprobados en la UE para cada categoría o tipo de aparato de cada reglamento con entrada en vigor en 1 de marzo de 2021.

²⁵ Resolución del PE, de 7 de abril de 2022, sobre Derecho a la reparación (P9_TA [2022]0126), apdo. 4, acoge ahora en su integridad la Propuesta de Reglamento de requisitos de diseño ecológico de 30 de marzo de 2022.

²⁶ Resolución del PE, de 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores (2020/2021 [INI]), «Estrategia digital al servicio del mercado sostenible», considerandos 21 y siguientes.

²⁷ Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, p. 4. También se limita el uso de productos de un solo uso y se prohibirá la destrucción de bienes duraderos que no hayan sido vendidos.

reglamentaria europea sobre requisitos de ecodiseño de productos debe compatibilizarse con la normativa de consumo, sin que sea necesaria una reglamentación específica que explicita, paso a paso, su incidencia en los concretos derechos de usuarios y consumidores. Como puede comprobarse dentro de la estrategia común de sostenibilidad, tales directrices normativas europeas, aun cuando no lo expliciten formalmente, protegen de manera real al consumidor. Por ejemplo, en todo lo relativo a las medidas contra la obsolescencia y la estrategia de reparación de productos²⁸. Con todo, como se advirtió en el seno de la UE hace tiempo a propósito de los servicios posventa, si cualquier legislación nacional a la hora de proporcionar un adecuado servicio posventa para sus bienes impusiera obligaciones estrictas a los proveedores, incluida la obligación específica de almacenar durante un plazo las piezas de recambio necesarias para el mantenimiento y reparación de ciertos bienes, se «correrá el riesgo de ser ineficaz o incluso provocar distorsiones de la competencia o barreras al comercio»²⁹. Consumo y competencia en una economía sostenible también van de la mano (Keirsbilck y Rousseau, 2019, pp. 25 y ss.).

2.2. Ecodiseño, obsolescencia y protección del consumidor: reformas legislativas en marcha

Junto a la importancia de la disponibilidad de las piezas de recambio, cuestión directamente vinculada al problema de la perdurabilidad y la reparabilidad de los bienes de consumo, cabe enumerar una serie de medidas incluidas dentro del Nuevo Plan de acción UE y la Nueva Agenda del Consumidor, ambas de 2020, y que serán fáciles de llevar a término a propósito de esta necesaria complementariedad que debe darse entre el ecodiseño de productos de consumo y la protección efectiva de los derechos del consumidor.

En primer lugar, es evidente desde hace años que cada vez son más frecuentes los «reclamos ecológicos» o «ambientales» en la publicidad y presentación comercial de muchos bienes o productos de consumo (declaraciones medioambientales de «blanqueo ecológico»). Estas prácticas comerciales de «lavado verde» pueden definirse como aquellas que pretenden comercializar un producto como amigable con el medio ambiente, cuando realmente no cumplen con los estándares ambientales básicos, en buena medida porque algunos de estos son difíciles de reconocer con criterios objetivos y otros muchos están en este momento en vías de regulación específica. Este tipo de prácticas comerciales están muy extendidas a nivel internacional, siendo fácil comprobar cómo existen multitud de reclamos publicitarios comparativos que sugieren que un bien o servicio tiene un impacto positivo, nulo o hasta menos

²⁸ Por todas véanse Resolución del PE, de 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores (2020/2021 [INI]), y Resolución del PE, de 7 de abril de 2022, sobre Derecho a la reparación (P9_TA [2022]0126).

²⁹ Libro Verde sobre garantías para bienes de consumo y servicios posventa, COM (93) 509 final, Bruselas, 15 de noviembre de 1993, apdo. 80.

dañino para el medio ambiente con respecto a otros bienes o servicios de la competencia. Estos anuncios abarcan aspectos muy diversos del producto, y que van desde su proceso de producción, composición y ecodiseño, hasta del consumo de energía y contaminación causados, de perdurabilidad, reparabilidad, reciclabilidad, etc.³⁰. Acaba de darse un paso muy importante en este punto al aprobarse por la CE una Propuesta de Directiva sobre alegaciones ecológicas este 22 de marzo de 2023, que incluye el procedimiento para alcanzar una información fidedigna, comparable y verificable por parte de los consumidores, así como la manera de lograr normas y etiquetas medioambientales claras y armonizadas en el contexto del gran cambio que se prepara en el nuevo diseño de los bienes o productos sostenibles³¹.

Pues bien, entendemos que siempre que una declaración ecológica publicitaria de un bien no sea cierta o no pueda verificarse conforme a parámetros objetivos (acordes con requisitos de ecodiseño reglados), debería poder combatirse con mucha más facilidad de lo que actualmente acontece. La información clara, específica e inequívoca debería guiar esta información que se presume siempre veraz, y en ello avanzará la reciente Propuesta de Directiva sobre alegaciones ecológicas de 22 de marzo de 2023. Debería ser suficiente –que ahora no lo es– con invocar la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, concretamente sus artículos 6 y 7 sobre prácticas comerciales engañosas, o su artículo 12, que prevé la vía jurisdiccional o administrativa para combatir tales prácticas en cada Estado miembro, pero no es así. En consecuencia, parece que estos preceptos deberán ahora actualizarse pasando a regularse específicamente algunas de estas prácticas desleales ligadas a la obsolescencia técnica o programada de muchos bienes o productos. La Directiva 2019/2161/UE, de 27 de noviembre, ha dejado abierta la posibilidad de que los consumidores perjudicados por cualesquiera prácticas –incluidas esas prácticas obsoletas engañosas– tengan acceso a «medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufrido por el consumidor», medidas entre las que se incluyen «la reducción del precio» satisfecho o «la resolución del contrato» afectado por una de esas prácticas (art. 11 bis Directiva 2005/29/CE, actualizada por Directiva 2019/2161/UE).

Así todo, llamativamente, debe advertirse que el reciente Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de esa Directiva 2019/2161/UE, no ha tenido en cuenta ese nuevo artículo 11 bis incorporado a la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, de prácticas comerciales desleales. No obstante, al margen de esta laguna, la Directiva 2005/29/CE precisa de una actualización que permita combatir con facilidad la obsolescencia de muchos bienes de consumo, incluidos los digitales y electrónicos. Y, aun cuando ya se recogen como desleales algunas de estas prácticas comerciales dentro de la lista negra del Anexo I de la propia Directiva 2005/29/CE (apartados 20 y 26), ahora deberán ampliarse y tipificarse con mayor

³⁰ Véase «Guía sobre interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE», COM 2021/C 526/01, DOUE 29 de diciembre de 2021, p. 83.

³¹ Véase la Propuesta de Directiva sobre justificación y comunicación de alegaciones medioambientales explícitas (Directiva sobre alegaciones ecológicas), Bruselas, 22 de marzo de 2023, COM (2023), 166 final.

precisión técnica al objeto de alcanzar una más fácil operatividad y sostenibilidad de los productos, al objeto de superar de una vez por todas el actual carácter «complementario» de la Directiva 2005/29/CE supeditado a su interacción con otros muchos actos legislativos de la UE³².

De igual modo, a propósito de la prohibición de las omisiones engañosas del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE, en lo que respecta al suministro obligatorio de información en la fase de comercialización de los bienes, *de lege ferenda*, cabría tipificar explícitamente las omisiones informativas al consumidor sobre durabilidad, reparabilidad, etc., del bien, en la medida en que puedan calificarse como «información material»³³. Particular relevancia en este punto adquiere el propio artículo 7.4 a) de la Directiva 2005/29/CE, que exige proporcionar información sobre «las principales características del producto, en la medida adecuada al medio utilizado y al producto específico» de que se trate, lo que debería cubrir muchos tipos de información sobre nuevas características en pro de la sostenibilidad de muchos bienes de consumo (impacto ambiental, durabilidad, reparabilidad, etc.). Por su parte, conviene recordar asimismo que el artículo 7.5 de la Directiva 2005/29/CE establece que el incumplimiento de los requisitos de información establecidos por la legislación de la UE en relación con la publicidad y las comunicaciones comerciales constituye una omisión «sustancial» de información al consumidor, con lo que esto comporta³⁴.

Con todo, parece plausible la inclusión en la lista negra del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE de una más extensa y mejor descripción de estas nuevas prácticas de «lavado verde», que vendría a facilitar sin duda la lucha contra la obsolescencia prematura (técnica o programada), permitiendo que empresas y fabricantes puedan acreditar de manera fehaciente la veracidad o no de afirmaciones ecológicas infundadas sobre sus bienes de consumo («blanqueo ecológico»), utilizando los métodos de las denominadas huellas ambientales de los productos y las organizaciones. En este sentido, acertadamente, el Nuevo Plan de acción de 2020 propone efectuar comprobaciones sobre la integración de estos métodos dentro de la regulación de la etiqueta ecológica de la UE (Reglamento 66/2010, de 25 de noviembre, etiqueta ecológica de la UE), incluyendo de forma más clara los conceptos de durabilidad y reciclabilidad entre los criterios reguladores de la actual etiqueta ecológica. De ser así, los métodos de excelencia en la evaluación del ciclo de vida de los productos sostenibles garantizarán una forma más efectiva de medir el «desempeño ambiental», y, en consecuencia, se permitirá más fácilmente a empresas y fabricantes hacer declaraciones

³² Véase en detalle en la revisada «Guía sobre interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE», COM 2021/C 526/01, DOUE de 29 de diciembre de 2021, pp. 73 y ss.

³³ Véase Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión SWD (2016) 163 final, «Guía para la implementación / aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores», Bruselas, 25 de mayo de 2016.

³⁴ Anexo II Directiva 2005/29/CE, que recoge listado de disposiciones del derecho comunitario que establecen normas relativas a la publicidad y a las comunicaciones comerciales, a las que cabría incluir ahora también la Directiva 2009/125/CE sobre requisitos de diseño ecológico y el Reglamento 2017/1369 sobre etiquetado energético.

ambientales más confiables, reproducibles y comparables³⁵. Especial mención sobre el etiquetado merece el llamado «índice de reparabilidad» de los bienes de consumo, mecanismo ya puesto en marcha en algún país (Francia), articulado en torno a una puntuación numérica sobre distintos parámetros sostenibles, entre los que destacan el tiempo estimado de vida del bien (reflejado también en la documentación técnica de mantenimiento), y el plazo de disponibilidad de las piezas de recambio específicas para su reparación.

Con todo, en orden a una legislación de consumo que busque la sostenibilidad de los bienes, parece aconsejable incluir dentro de la actual lista negra de prácticas desleales del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE los casos más flagrantes de obsolescencia prematura (técnica o programada), como puede ser la omisión de información al consumidor sobre el efecto negativo que puedan tener determinados programas y actualizaciones (de seguridad o de conformidad de bienes con elementos digitales), o sobre la duración y rendimiento de dispositivos digitales de todo tipo, para lo que sería imprescindible proponer una definición jurídica precisa sobre la «obsolescencia prematura», que distinga la técnica de la programada, y que diferencie la que pueda recaer sobre bienes corporales o tangibles (con o sin elementos digitales) de la que afecte a actualizaciones de programas informáticos o *software* (Michel, 2021, p. 256; Bailleux, 2021, pp. 43 y ss.). En este sentido, estas prácticas deben definirse claramente con arreglo a una definición común y objetiva que tenga en cuenta la evaluación de todas las partes interesadas, como son los centros de investigación o las organizaciones de consumidores, empresariales o de carácter medioambiental (Montalvo *et al.* 2016, pp. 17 y ss.). Y, por otro lado, deberían ser perseguibles como prácticas obsoletas aquellas que potencialmente reduzcan la vida útil del bien, para lo que será preciso adoptar medidas legales efectivas contra el aumento artificial de la tasa de sustitución de los bienes y contra limitaciones de su reparabilidad, incluyéndose obviamente aquí los programas informáticos³⁶.

Por otra parte, teniendo en cuenta los nuevos requisitos obligatorios de información precontractual incluidos en la Directiva 2019/2161/UE, cabría apuntar que la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, a propósito de la obligación específica de información sobre «las características principales de los bienes o servicios», cabría ampliarla de manera visible y fácilmente comprensible a toda aquella información que recaiga sobre la vida útil y reparabilidad de cada bien o servicio (disponibilidad de piezas de recambio y acceso a la información sobre servicios de reparación), lo cual podrá ser así en la «medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios» de que se trate (artículos 5.1.a y 6.1.a Directiva 2011/83/UE)³⁷. En este aspecto, la reciente Directiva 2019/2161/UE, de 27

³⁵ Keirsbilck *et al.* (2020, p. 14), que recoge esta idea plasmada ahora dentro del Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, p. 7.

³⁶ Resolución de PE, de 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores (2020/2021 [INI]), apdo. 6, g).

³⁷ Un paso adelante en esta dirección puede verse en «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE», COM 2021/C 525/01, DOUE de 29 de diciembre de 2021.

de noviembre, ha sido un tanto pacata, por cuanto que se ocupa solamente de estos requisitos informativos en lo tocante a la ampliación del ámbito de aplicación del principio de conformidad contractual a los contenidos y servicios digitales, aun cuando esto tangencialmente afecta a la información al consumidor sobre la «funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad» de los bienes con elementos digitales (nueva redacción del art. 5 Directiva 2019/2161/UE). Al margen, parece claro que tras la venta del bien es el vendedor quien debe responsabilizarse de la información al consumidor acerca del periodo de tiempo durante el cual se compromete a proporcionar los programas informáticos o las actualizaciones del *software* suministrados con cada bien o producto³⁸.

En suma, dado que el artículo 5 de la Directiva 2011/83/UE se basa en una armonización mínima, los Estados miembros podrán mantener o, en su caso, adoptar nuevos requisitos adicionales de información al consumidor en el ámbito nacional, siempre que lo permita la legislación de la UE y que no exista distorsión de la competencia. En este sentido, la vigente lista de información precontractual obligatoria de sus artículos 5 y 6 cabría ampliarla con una exigencia específica que recaiga sobre los requisitos específicos de durabilidad y reparabilidad de los bienes de consumo comercializados. Como alternativa a esta inclusión de información sobre aspectos de la legislación de protección de los derechos del consumidor de la UE, hay quienes piensan que estos nuevos requisitos de información sobre durabilidad y reparabilidad de los productos podrían desarrollarse dentro del marco del Reglamento 2017/1369, de 4 de julio, sobre etiquetado energético, lo que nos parece *a priori* un tanto forzado (Keirsbilck *et al.*, 2020, pp. 15-16). No cabe duda de que la reciente Propuesta de Directiva sobre alegaciones ecológicas, de 22 marzo 2023, será un instrumento eficaz para estas medidas³⁹.

3. Protección del consumidor e información sobre la vida útil y disponibilidad de las piezas de recambio y los servicios de reparación

El Nuevo Plan de Acción 2020 de la economía circular en Europa, pieza clave de la política en marcha de bienes o productos sostenibles, busca incorporar progresivamente la participación activa del consumidor en la economía circular, para lo que se propone la revisión de la legislación de protección de los consumidores de la UE en esta materia, garantizando con ello una información más fiable sobre los bienes a la venta en el momento de su adquisición. Se hace relevante subrayar que se parte de la idea de que esta nueva *información* específica al consumidor precisará de la «inclusión de datos sobre la vida útil del producto y sobre la disponibilidad de servicios de reparación, piezas de recambio y manuales de reparación». Esto es lo que por el momento vemos que se va plasmando en la normati-

³⁸ Resolución del PE, de 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores (2020/2021 [INI]), apartados 6, a) y 7.

³⁹ Documento COM (2023), 166 final, Bruselas, de 22 de marzo de 2023.

va europea, por el momento parcialmente, con el denominado «índice de reparabilidad de los aparatos eléctricos y electrónicos», en vigor en Francia desde el pasado 1 de enero de 2021, pendiente de regulación en otros países como el nuestro⁴⁰.

Con todo, se evidencia la introducción paulatina de nuevos mecanismos de información al consumidor sobre la perdurabilidad y reparabilidad de los bienes o productos de consumo⁴¹. Así, por ejemplo, por lo que se refiere a la opción de implantar un etiquetado obligatorio específico sobre la vida útil del producto («índice de reparabilidad del bien»), se viene trabajando sobre distintos presupuestos contrastados. Así lo evidenció en el ámbito de la UE un primer estudio de 2016, demostrando la neta influencia del etiquetado de vida útil en las costumbres de una gran mayoría de consumidores, explicando cómo este etiquetado influye en las decisiones de compra sobre aquellos bienes que acrediten una vida útil mínima más larga⁴².

En esta línea, un segundo estudio del año 2018 sobre la participación de los consumidores en el ámbito de la UE en la economía circular justificaba que el suministro de información sobre la perdurabilidad y capacidad de reparación de productos permite explicar el cambio de muchas decisiones de compra del consumidor hacia opciones más sostenibles⁴³. Todo esto evidencia que la información sobre la perdurabilidad y la capacidad de reparación de los bienes es todavía algo susceptible de optimizar mucho más, por cuanto que todo indica que los consumidores desearían recibir esa mejor información al respecto. En particular, este estudio europeo de 2018 explica con claridad que cuando se proporciona una información específica sobre perdurabilidad o reparabilidad, los consumidores tienen hasta casi tres veces más probabilidades de elegir productos que ofrezcan una mayor «durabilidad», y más del doble de probabilidades de elegir productos con las calificaciones más altas de «reparabilidad». Estas averiguaciones, bien contrastadas, confirman la óptima disposición de los consumidores a pagar más por una correcta información sobre la perdurabilidad y capacidad de reparación en casi todas las categorías de bienes ofertados en el mercado (Tonner y Malcolm, 2017, pp. 7 y ss.)⁴⁴.

En este contexto, se hace necesario subrayar que es la propia UE quien se ha propuesto como objetivo avanzar en este nuevo «derecho a la reparación», incorporando derechos sustantivos de carácter horizontal para una mejor protección de los derechos de los con-

⁴⁰ Decreto francés núm. 2020-1757, sobre el índice de reparabilidad de los equipos eléctricos y electrónicos y su Reglamento, ambos de 29 de diciembre de 2020, en vigor desde el 1 de enero de 2021.

⁴¹ Por todos, Keirsbilck y Rousseau (2019, pp. 99 y ss.).

⁴² Final Report, *European Economic and Social Committee study on the influence of lifespan labelling on consumers* (2016). En https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/16_123_duree-dutilisation-des-produits_complet_en.pdf (30 de marzo de 2022).

⁴³ Final Report, *Behavioural Study on Consumers-Engagement in the Circular Economy*, octubre 2018 (En https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ec_circular_economy_final_report_0.pdf (30 de marzo de 2022)).

⁴⁴ Esta información está corroborada por la propia Comisión Europea, a propósito del «Informe sobre la implementación del Plan de Acción de Economía Circular», COM (2019) 190 final, Bruselas, 4 de marzo de 2019, apdo. 4, y también por la propia Resolución del PE de 4 de julio de 2017, apdo. 27.

sumidores, como son los que afectan a «la disponibilidad de piezas de recambio, el acceso a los servicios de reparación y, en el caso de las TIC y la electrónica, a la disponibilidad de programas y servicios de actualización» para cualesquiera equipos electrónicos y aplicaciones. Esta disponibilidad comporta la más adecuada y correcta información acerca de los servicios donde estén disponibles las piezas de recambio, o, en su caso, las actualizaciones de *software*, lo que mejorará la situación actual. A su vez, conllevará la posibilidad de informarse con facilidad sobre el precio medio de las piezas de recambio, los plazos aproximados de entrega y reparación, o la obtención de información adicional sobre los servicios de reparación y mantenimiento, al margen de que esta conste o no en la propia documentación del producto. Esta estrategia común europea de reparación implica avanzar asimismo en el acceso gratuito a toda la información necesaria sobre su reparación y mantenimiento, tanto para profesionales como para consumidores, en particular aquella que recaiga sobre herramientas de diagnóstico, programas informáticos o las actualizaciones necesarias para realizar reparaciones y mantenimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2016/943/UE, de 8 de junio de 2016, de secretos comerciales⁴⁵.

Por otra parte, este nuevo «derecho a la reparación» aparece lógicamente vinculado con el papel que viene desempeñando (en nuestro país desde el año 2003), la garantía legal de conformidad de los bienes de consumo, proponiéndose ofertas de bienes de consumo más *circulares*, lo cual se estima que deberá ser tenido necesariamente en cuenta en los próximos cambios legislativos como, por ejemplo, con la revisión de las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, sobre contratos de compraventa de bienes y de suministros de contenidos y servicios digitales, programadas por ley para antes del 12 de junio de 2024 (art. 25) (Michel, 2018, p. 221). La reciente Propuesta de sobre normas comunes que fomenten la reparación de bienes, de 22 de marzo de 2023, viene a plasmar estas ideas en un futuro muy próximo⁴⁶.

4. La dualidad de planos del concepto de «durabilidad» de los bienes de consumo: conformidad contractual y reparabilidad

En buena lógica es importante que el concepto de «durabilidad» se circunscriba estrictamente al ámbito específico y finalidad de la norma que lo tome en consideración. No es congruente ni razonablemente apropiado utilizar la «durabilidad» entendida como mera cualidad de un bien determinado (a propósito del principio de conformidad contractual), para, sin más, proyectarla al ámbito de sostenibilidad general de los bienes de consumo, para referirse a la regulación de la vida útil de todos ellos (producción sostenible). No obstante,

⁴⁵ Resolución del PE, de 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores (2020/2021 [INI]), apdo. 11, a).

⁴⁶ Véase Documento COM (2023) 155, final, Bruselas, 22 de marzo de 2023.

esta superposición y confusión de planos se ha producido en nuestro país con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/771/UE sobre ventas de bienes de consumo. Es acertado que el concepto de «durabilidad» sea tenido en cuenta como una de las cualidades del bien, como vemos que ocurre a propósito del nuevo plazo de conformidad contractual para las ventas de bienes de consumo (ahora tres años), pero esto es algo muy distinto de la idea de «durabilidad» entendida como mecanismo de prolongación general de la vida útil de los bienes de consumo, como vemos que ocurre con ocasión de la disponibilidad e información sobre piezas de recambio y mantenimiento en los servicios posventa de bienes de consumo, tal y como, por ejemplo, arguyen las directrices del Pacto Verde Europeo 2019 o el Nuevo Plan de acción 2020 en el contexto de la economía circular⁴⁷.

En consecuencia, debe advertirse que el plazo de manifestación de una falta de conformidad de los bienes en los contratos de compraventa de consumo por ausencia de alguno de los requisitos exigidos (arts. 115 bis y 115 ter TRLGDCU), por un lado, y el plazo estimado de duración (perdurabilidad) que permita mantener los bienes en condiciones normales de utilización (ligado a la disponibilidad de piezas de recambio y al mantenimiento de la «vida útil del bien»⁴⁸), por otro, constituyen dos planos jurídicos separados y superpuestos entre sí, a saber, el plano de la conformidad contractual del bien y el plano de la vida útil de los bienes unida a su eventual «durabilidad y «reparabilidad» general. Ambos planos van unidos en la realidad, aun cuando *de facto* se superponen funcionalmente entre sí⁴⁹. Pues bien, la consecuencia de esta confusión es indeseable. El laxo e impropio concepto de «perdurabilidad» del bien utilizado recientemente por el legislador comunitario ha tenido una desacertada traslación en nuestro país al superponerse y confundirse ambos planos, incurriendo con ello en una neta distorsión legal de nuestra normativa (art. 127 bis TRLGDCU) con respecto a lo dispuesto reglamenta-

⁴⁷ Pacto Verde Europeo, COM (2019)0640, Bruselas, 11 de diciembre de 2019 y Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, ambas avaladas por Resolución del PE, de 4 de julio de 2017, Una vida útil más larga para los productos: ventajas para los consumidores y las empresas (P8_TA [2017]0287), y, recientemente, por Resolución del PE, de 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores, 2020/2021(INI).

⁴⁸ Este plano aparece descrito con carácter general en la Directiva 2019/771/UE, separado de la conformidad contractual, como mera «capacidad de los bienes de mantener sus funciones y rendimiento requerido en condiciones normales de utilización durante el tiempo que sea razonable en función del tipo de bien» (art. 2, apdo. 13 Directiva 2019/771/UE; art. 59 bis 1.i TRLGDCU), que viene a ser una descripción precisa de lo que venimos denominando «vida útil del bien».

⁴⁹ Muestra de esta condicionalidad aparece reflejada con la reforma del artículo 116.1 d) del TRLGDCU, que hasta ahora no tenía en cuenta el criterio de perdurabilidad a efectos de la evaluación de la conformidad contractual. Sin embargo, ahora, los bienes de consumo comprados deben «presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad del bien, la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario», previsto en el artículo 7.1 d) de la Directiva 2019/771/UE.

riamente por la normativa UE, y ello a propósito de algo tan importante como son los plazos mínimos obligatorios de disponibilidad de piezas de recambio por cuenta de fabricantes, importadores y distribuidores en los servicios posventa de los bienes de consumo.

Aprovechando la novedosa idea de la «durabilidad» de los bienes de consumo, prevista estrictamente en la Directiva 2019/771/UE como un requisito más de los distintos requisitos para la *conformidad objetiva del bien*, el legislador nacional, erróneamente, lo ha trasladado sin motivación alguna a otro plano bien distinto, cual es el de la eventual reparabilidad de las piezas de recambio unida a la secuenciación de la vida útil mínima y mantenimiento de los bienes en los servicios posventa, plano diferente al estrictamente previsto por la Directiva 2019/771/UE a propósito del principio de conformidad contractual del bien. En consecuencia, el concepto de «durabilidad» del bien recogido en la nueva redacción del artículo 127 bis del TRLGDCU, a propósito de la disponibilidad decenal de piezas de recambio, al margen de soslayar la normativa europea vigente desde 1 de marzo de 2021, a nuestro juicio, no se corresponde con el concepto de durabilidad utilizado por la Directiva 2019/771/UE, en tanto que esta se ciñe simplemente a un requisito o cualidad más del bien de consumo, entre otros muchos, a fin de evaluar exclusivamente la puesta en conformidad contractual del bien tras su venta («durabilidad del bien» del art. 115 ter 1.d del TRLGDCU reformado según art. 7.1.d Directiva 2019/771/UE).

Cuestión distinta a la planteada es reconocer las relaciones e implicaciones de política legislativa del periodo de garantía legal de los bienes de consumo (principio de conformidad contractual) en la vida útil de estos. No en vano hay quienes consideran factible acometer una iniciativa legislativa integradora que permita cohesionar «una etiqueta voluntaria que incluya, en particular, la durabilidad del producto, el diseño ecológico y la capacidad de modulación de conformidad con el progreso técnico y la posibilidad de reparación», y el análisis o «estudio complementario de impacto de la armonización de la vida útil del bien con la duración establecida para la actual garantía legal». Y es que desde hace un tiempo, en esta materia, se viene recomendando «la adopción de iniciativas legislativas y medidas orientadas a mejorar la confianza de los consumidores, teniendo en cuenta la legislación relativa al diseño ecológico junto con el Derecho contractual sobre los productos relacionados con la energía para desarrollar un planteamiento de conjunto en materia de reglamentación del producto»⁵⁰. De esta manera, los consabidos requisitos de diseño ecológico, perdurabilidad y reparabilidad parece que podrían vincularse en el futuro con el periodo de garantía legal fijado para los bienes o productos de consumo, pero respetando siempre la dualidad de planos (Montalvo *et al.* 2016, p. 55).

En este contexto de conexión de las garantías (legales o comerciales) con la perdurabilidad general de bienes de consumo hay quienes sugieren la conveniencia de facilitar una definición más precisa de los bienes de segunda mano para evitar una aplicación demasiado amplia a tan solo un año, como ahora sucede. Por otra parte, con afán de mejorar la

⁵⁰ Resolución del PE, de 4 de julio de 2017, sobre una vida útil más larga para los productos: ventajas para los consumidores y las empresas (2016/2272[INI]), apartado 34.

perdurabilidad mínima, se insinúa que un sistema más amplio y flexible de responsabilidad directa del productor por desconformidad del bien, distinto del actualmente vigente en algunos Estados miembros como España (art. 125 TRLGDCU), podría incitar a los productores a distribuir productos más duraderos y sostenibles (Willet, 2009, pp. 203 y ss.). Esto comportaría imponer a los fabricantes la obligación de proporcionar una información sobre la vida útil esperada del producto en venta, con una declaración de garantía informada al consumidor acerca de si la vida útil esperada del bien está adecuadamente cubierta por la garantía comercial descrita (Keirsbilck *et al.*, 2020, p. 21).

En cuanto al propósito de alcanzar una mayor sostenibilidad dentro de la actual jerarquía de remedios legales por falta de conformidad del producto vendido (reparación o sustitución del bien), hay razones en favor de que en el futuro se priorice la reparación sobre la sustitución de un bien desconforme. Esta propuesta en la UE para que la reparación se constituya como remedio principal en lugar de la sustitución ha sido formalmente acogida por el PE (Terry, 2019, p. 857)⁵¹. Es decir, en caso de falta de conformidad contractual se propone estimular la elección de la reparación por parte del consumidor, tratando así de prolongar el periodo de garantía después de la reparación⁵².

En otro orden de cosas, se abre la posibilidad de modificar la legislación de protección del consumidor de la UE para que el comercio electrónico tenga una impronta más sostenible. Esto comportará la tarea de estudiar las posibilidades de estimular opciones de entrega más razonables, como sería, por ejemplo, establecer una diferenciación obligatoria de precios entre distintas opciones de entrega (sostenibles y no sostenibles), o una modulación del régimen actual del derecho de desistimiento. Esto comportará analizar las posibilidades dentro del comercio electrónico de limitar o incluso prohibir las devoluciones gratuitas, alentando a los consumidores a considerar sus compras con mayor atención, estimulando el uso de tecnologías que aseguren compras más adecuadas con la idea de sostenibilidad (Keirsbilck *et al.*, 2020, p. 20; Hojnik, 2018, pp. 13-14).

Así todo, entre las medidas comentadas sobre la durabilidad en el marco legal de productos más sostenibles, deberán prevalecer todas aquellas que buscan incentivar la prolongación de la vida útil de los productos del sector específico de la electrónica y las TIC. En esta fase actual de cambio uno de los objetivos prioritarios, tras los que tantas veces se esconden prácticas de obsolescencia prematura de todo tipo (programada o técnica), sería el garantizar que cualesquiera dispositivos electrónicos estén diseñados bajo criterios de mayor eficiencia energética, durabilidad, reparabilidad, mantenimiento, reutilización y reciclado, de conformidad con la pionera Directiva 2009/125/CE de requisitos de diseño ecológico, actualmente en expansión. La electrónica y las TIC constituyen sin duda un sec-

⁵¹ Véase Resolución del PE, de 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores (2020/2021 [INI]), apdo. 11, e).

⁵² Véase Resolución del PE, de 4 de julio de 2017, sobre una vida útil más larga para los productos: ventajas para los consumidores y las empresas (2016/2272[INI]), apdo. 9.

tor prioritario en la legislación comunitaria para la implantación de este nuevo «derecho a la reparación», donde posiblemente deberían atribuirse consecuencias más onerosas para todas aquellas infracciones sobre los requisitos establecidos sobre actualizaciones de *software* desfasadas u obsoletas, ya se trate de actualizaciones de seguridad o de programas que limiten o ralenticen su rendimiento, durabilidad y reparabilidad, estrechamente unidas a la funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad de sus componentes de fabricación⁵³.

Valga apuntar, finalmente, que la revisión prevista para antes del próximo 12 de junio de 2024 del nuevo plazo de la garantía legal de tres años en nuestro país (art. 25 Directiva 2019/771/UE) habrá de tener en cuenta la vida útil mínima del producto. Por lo que respecta a una segura controvertida ampliación del periodo de inversión de la carga de la prueba por falta de conformidad (ampliada a dos años en España desde el 1 de enero 2022, art. 121 TRLGDCU), cabe apostar por que cualquier modificación futura calibre adecuadamente los posibles efectos de estas soluciones sobre los precios de los bienes, para lo que habrá de tenerse en cuenta la vida útil, los sistemas alternativos que ofrecen las garantías comerciales y los servicios de reparación independientes disponibles. Cuestión aparte bien distinta es la recurrente cuestión sobre la viabilidad de reforzar la posición de los vendedores con respecto a los fabricantes, pues lo deseable es que esa revisión legislativa prevista para antes de 12 de junio de 2024 se aproveche para introducir un mecanismo de responsabilidad conjunta fabricante-vendedor en el marco del sistema de garantía legal (art. 117 TRLGDCU), lo cual es cuestión polémica y controvertida que sobrepasa este estudio (Willet, 2009, p. 16)⁵⁴.

5. La aplicación uniforme e integral de la normativa europea sobre bienes de consumo sostenibles en los Estados miembros

Desde el 1 de marzo de 2021 distintos medios de comunicación se hicieron eco de que el denominado nuevo «derecho a reparar» en manos del consumidor pasaba a obligar a todas las empresas (fabricantes, importadores y distribuidores o representantes autorizados) a que

⁵³ Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, pp. 8 y 9. Asimismo, se incluyen medidas reguladoras que van desde los cargadores de teléfonos móviles y otros dispositivos similares que incluyan la introducción de un cargador común, el aumento de la durabilidad de los cables para cargadores, incentivos para disociar la compra de cargadores de la compra de nuevos dispositivos, o de revisión de las normas aplicables a los vehículos al final de su vida útil con el fin de promover modelos de negocio más circulares que vinculen el ecodiseño al tratamiento aplicado al final de la vida útil, o de estudiar reglas sobre el contenido reciclado obligatorio de determinados materiales de las piezas, y de mejorar la eficiencia del reciclado (9). Estos criterios de funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad han entrado en vigor en toda la UE el 1 de enero de 2022 tras la transposición de las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, de 20 de mayo.

⁵⁴ Véase, asimismo, Resolución del PE, de 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores (2020/2021 [INI]), apdo. 6, e) y f).

sus electrodomésticos pudieran ser reparados al menos durante 10 años desde la fecha de su compra⁵⁵. En fin, fue un sector amplio de la opinión pública quien, erróneamente, atribuyó como causa de este cambio a la reforma de una «ley». Sin embargo, en realidad, lo que únicamente se hizo fue constatar la entrada en vigor, con fecha de 1 de marzo de 2021, del contenido de una serie de reglamentos comunitarios de fecha 1 de octubre 2019, que implementaban nuevos requisitos legales en la utilización eficiente y sostenible de recursos para una amplia categoría de bienes de consumo, y, más concretamente, se establecían a escala europea nuevos plazos de disponibilidad obligatorios de piezas de reparación para una serie de electrodomésticos convencionales por cuenta de fabricantes, importadores y distribuidores («derecho de reparación»)⁵⁶. Al mismo tiempo, de forma igualmente inexacta, tales medios daban por hecho que, a partir de entonces, entraba en vigor un nuevo plazo obligatorio único de disponibilidad de 10 años para todas las piezas de recambio, a contar desde la fecha en que dejaran de fabricarse, cuestión que no se corresponde con la realidad. El problema es que esta confusión trasciende a los medios.

En efecto, con fecha posterior a esa entrada en vigor de 1 de marzo de 2021 de los reglamentos comunitarios mencionados, el título VIII del Real Decreto-ley 7/2021, de 28 de abril, que transponía en nuestro país las directivas de suministro de contenidos o servicios digitales y contratos de compraventa de bienes (Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, de 20 de mayo de 2019), aprovechó la ocasión para introducir una reforma de los servicios posventa del TRLGDCU, particularmente relevante, por cuanto que cambió el plazo crucial de disponibilidad obligatoria de piezas de recambio hasta entonces existente para todos los bienes de consumo por cuenta de fabricantes, importadores o representantes autorizados. Esto pudiera parecer a simple vista algo de escasa trascendencia, pero realmente no es así. Esta reforma multiplicó por dos ese plazo mínimo de disponibilidad establecido hasta entonces en España, pasando de 5 a 10 años, para cualesquiera bienes de consumo a contar desde la fecha en que el bien deje de fabricarse, con efectos de 1 de enero de 2022. El problema se agrava cuando se observa que este cambio en nuestro país se realiza, además, sin distinción alguna entre las distintas categorías de bienes o aparatos sobre los que recae esta obligación decenal mínima de disponibilidad sobre dichas piezas de recambio por cuenta de fabricantes, importadores, distribuidores o representantes autorizados (art. 127 bis TRLGDCU). Es decir, el Real Decreto-ley 7/2021 parece ir más allá del objetivo previsto con la transposición de ambas Directivas de 2019, y, por encima de todo, no ha tenido en cuenta en absoluto la normativa europea vigente, que no se ciñe a los 10 años de disponibilidad de piezas para *todos* los bienes de consumo como hace nuestro legislador, normativa europea que, no olvidemos, ya había entrado en vigor 10 meses antes en toda la UE (1 de marzo de 2021).

⁵⁵ Por todos, véase, por ejemplo, *Libre Mercado*, La UE aprueba el «derecho a reparar» para que los electrodomésticos duren 10 años, 21 de marzo de 2021. (En <https://www.libremercado.com/2021-03-09/ue-obliga-fabricantes-crear-productos-puedan-ser-desmontables-reparables-6716930/>) (15 de mayo de 2021).

⁵⁶ Véase en la nota 30 estos cinco reglamentos comunitarios de 1 de octubre de 2019 sobre electrodomésticos convencionales publicados en el DOUE L 315, de 5 de diciembre de 2019.

5.1. El derecho a la reparación de bienes de consumo y el libre acceso a las piezas de recambio

Pues bien, este cambio legislativo en nuestro país, merced a una disposición del título VIII del Real Decreto-ley 7/2021, ha tratado de justificarse por el Gobierno en razón de la implementación parcial de un nuevo «derecho a la reparación», caracterizado por la imposición de un plazo único de 10 años, sin excepción de ningún tipo. El presupuesto habilitante de esta decisión se sustenta tanto en una resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020⁵⁷, como en el informe «Estrategia Española de Economía Circular 2030»⁵⁸. No obstante, a nuestro juicio, desde una consideración de pura técnica legislativa, esta reforma del plazo mínimo de disponibilidad de piezas de recambio no trae causa ni de ambas directivas objeto de transposición (Directivas 2109/770/UE y 2019/771/UE), ni de la resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2020⁵⁹, ni tan siquiera de un informe estratégico nacional traído a colación para este fin⁶⁰. A nuestro entender, esta inexplicable modificación normativa no ha supuesto más que una decisión precipitada e intempestiva, muy posiblemente motivada por intentar llevar a término una actualización parcial de nuestra normativa estatal de servicios posventa de bienes de consumo, a rebufo de una lectura poco madurada de las distintas iniciativas y proyectos europeos en curso tan mencionadas en este estudio, y que, además, sin justificación alguna, no tuvo en cuenta que el plazo obligatorio de disponibilidad de piezas de repuesto al que nos referimos ya estaba regulado y en vigor en toda Europa desde el 1 de marzo de 2021, cuando menos parcialmente, en tanto que no afecta a todos los bienes de consumo. En consecuencia, por tratarse de una materia regulada por varios reglamentos de ejecución, necesariamente deberían haberse tomado por el legislador como referencia obligatoria para modificar el plazo legal anterior de los 5 años para pasar a los 10 años actuales. Se trata de una normativa europea vinculante para España desde su entrada en vigor.

En suma, esta pretendida actualización normativa operada en el artículo 127 bis del TRLGDCU no ha tenido en cuenta los distintos reglamentos de ejecución europeos re-

⁵⁷ Exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2021, 27 de abril, p. 25, que invoca en su justificación esta resolución del PE de 25 de noviembre de 2020 («Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores», P9_TA [2020]0318), pero que no puede ser en modo alguno objeto de transposición. Su contenido trata de una serie de estrategias y medidas generales presentadas al Consejo y la Comisión para una próxima implementación normativa en el ámbito europeo.

⁵⁸ España circular 2030, *Estrategia Española de Economía Circular* (EEEC), en https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/espanacircular2030_def1_tcm30-509532.PDF (25 de julio de 2021), documento inspirado en el Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020.

⁵⁹ Resolución del PE, de 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores (2020/2021 [INI]).

⁶⁰ Véase en la exposición motivos del Real Decreto-ley 7/2021, 27 de abril, p. 25, *in fine*, de transposición de las directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE en materia de defensa de los consumidores (BOE de 28 de abril de 2021), que esgrime esta proteica argumentación.

dactados al amparo de la Directiva 2009/125/CE de requisitos de diseño ecológico⁶¹. Nos encontramos así con la ampliación generalizada, como plazo obligatorio mínimo de disponibilidad de 10 años, sobre *cualesquiera* piezas de recambio por cuenta de fabricantes, importadores o distribuidores, plazo que no concuerda con los distintos plazos establecidos por la UE desde el 1 de marzo de 2021.

5.2. La confirmación en España de una legislación discordante con la normativa europea de mercado único

En efecto, la reforma del título VIII del Real Decreto-ley 7/2021 incurre en una neta desarmonía con lo regulado por la normativa europea en vigor desde 1 de marzo de 2021. Así, yendo a los pormenores, comprobamos que esta divergencia con la misma normativa europea sobre disponibilidad de piezas de recambio una vez que estas dejan de fabricarse, se hace por plazos diferentes, en razón de la naturaleza o categoría específica de los bienes sobre los que recae esta obligación. Pues bien, al menos por el momento, la normativa europea establece distintos plazos distintos de 7, 8 y 10 años de disponibilidad mínima obligatoria frente al plazo único de 10 años de nuestro artículo 127 bis del TRLGDCU, plazo este que, teóricamente, parece obligatorio en nuestro país para todos los bienes de consumo a partir del 1 de enero de 2022, en tanto que entra en desarmonía con los plazos establecidos en la normativa europea vigente⁶².

Ha sido una oportunidad perdida por parte de España la reforma por el Real Decreto-ley 7/2021, al margen de que con fecha de 30 de marzo de 2022 se ha puesto en marcha la iniciativa para completar el nuevo marco jurídico sobre requisitos de diseño ecológico, cuyo objetivo fundamental, tantas veces reseñado, es ampliar en todo lo posible el alcance de la Directiva de ecodiseño 2009/125/CE a la gama más amplia posible de productos que propicien la circularidad⁶³.

⁶¹ Todos publicados en el DOUE L 315, de 5 de diciembre de 2019.

⁶² Estos distintos plazos específicos fijados en la UE para cada categoría o tipo de bien son: Reglamento 2019/2019/UE, de 1 de octubre de 2019, para los aparatos de refrigeración, de 7 o 10 años, según naturaleza de piezas; Reglamento 2019/2021/UE, de 1 de octubre de 2019, para las pantallas electrónicas, de 7 u 8 años, según características; Reglamento 2019/2022/UE, 1 de octubre de 2019, para lavavajillas domésticos, de 7 o 10 años, según naturaleza de piezas; Reglamento 2019/2023/UE, 1 de octubre de 2019, para lavadoras domésticas y lavadoras-secadoras domésticas, de 10 años; Reglamento 2019/2024/UE, 1 de octubre de 2019, de 8 años. En el artículo 2 se contienen las definiciones que determinan, caso por caso, qué tipo de bienes concretos son los que se incluyen dentro de cada tipo de bien o producto (DOUE L 315, 5 de diciembre de 2019).

⁶³ Propuesta de Reglamento COM (2022) 142 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022, previsto dentro del Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, apdo. 2.1, ampliando así sustancialmente los objetivos contenidos en el Primer Plan de acción, COM (2015) 614 final, Bruselas, 2 de diciembre de 2015, apdo. 2.

Téngase en cuenta que esta normativa europea puntualiza detalladamente toda una serie de circunstancias muy novedosas para las reparaciones de los bienes de consumo, particularmente aquellas relacionadas con los deberes de información y con la facilidad y rapidez de aquellas. A nuestro juicio, habida cuenta del acervo y trabajo previo de la UE, tal cometido hubiera justificado sobradamente la redacción de un nuevo capítulo VI específico dentro del título IV del libro II del TRLGDCU sobre los «servicios posventa y piezas de recambio», lógicamente a continuación de los capítulos que actualmente regulan la garantía legal y comercial de los bienes de consumo en el mismo TRLGDCU. Se ha desaprovechado la ocasión, menos en algunos de los nuevos contenidos recogidos.

Es particularmente llamativo que el legislador nacional no haya tenido en cuenta la regulación comunitaria para tan amplia gama de bienes o aparatos electrodomésticos, obviando los distintos plazos de disponibilidad establecidos en la normativa UE para las piezas de recambio, establecidos de conformidad con las directrices de sostenibilidad de la Directiva 2009/125/CE de requisitos legales de ecodiseño⁶⁴. Estas directrices comunitarias apuntadas en este estudio –no tenidas en cuenta por nuestro legislador–, tienen su fundamento en informes y estudios «directamente relacionados con la energía y que representan un volumen notable de ventas y de comercio en la Unión», tras llegar a la conclusión de que «todos (los bienes o aparatos electrodomésticos seleccionados) tienen un impacto medioambiental muy importante y que, por su ecodiseño, revelan un gran potencial de mejora con relación a dicho impacto sostenible, sin que ello conlleve costes excesivos»⁶⁵.

En efecto, la incongruente regulación del artículo 127 bis del TRLGDCU no ha tenido en cuenta los estudios previos de diseño ecológico para una serie de productos, donde se seleccionaron aquellos bienes o aparatos que se consideraron «prioritarios» para, luego, de forma diferenciada, adoptar las medidas más adecuadas «para cada grupo o categoría de bienes»⁶⁶. Todo esto justifica la existencia de distintos reglamentos para cada tipo o categoría de bienes, cada uno con sus particularidades y plazos (7, 8 y 10 años), en donde se han tenido en cuenta tanto «los aspectos técnicos, medioambientales y económicos» de cada grupo, «así como el comportamiento de los usuarios en la práctica», lo que ha exigi-

⁶⁴ Plasmadas en la reciente Propuesta de Reglamento sobre requisitos de diseño ecológico, que deroga la Directiva 2009/125/CE, COM (2022) 142 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022, a la que acompaña la Propuesta de Reglamento de condiciones armonizadas para la comercialización de productos de construcción, que deroga el Reglamento 305/2011/UE, COM (2022) 144 final. Actualmente la UE trabaja en la implementación de un Reglamento para el diseño de teléfonos móviles y tabletas, prevista para el cuarto trimestre de este año 2022. En https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12797-Diseno-de-telefonos-moviles-y-tabletas-sostenibles-diseno-ecologico_es (30 de marzo de 2022).

⁶⁵ Directiva 2009/125/CE, de 21 de octubre de 2009, por la que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía.

⁶⁶ Considerandos 1 a 5 y 10 de cada uno de los reglamentos arriba citados, de 1 de octubre de 2019, publicados en el DOUE L 315, 5 de diciembre de 2019.

do –y no es baladí– que cada categoría sea «objeto de un Reglamento independiente sobre diseño ecológico»⁶⁷.

Es fácil aventurar que la nueva regulación en España, con la reciente reforma del artículo 127 bis del TRLGDCU («en todo caso» afirma), será causa inevitable de un futuro choque normativo y competencial, al menos con todos los Estados miembros de la UE que sigan la normativa europea en vigor en esta materia desde el 1 de marzo de 2021.

Sirva constatar que con la reforma realizada en esta materia mediante el Real Decreto-ley 7/2012 se ha desaprovechado la ocasión en nuestro país para ni tan siquiera apuntar, al menos, algunos de los nuevos contenidos recogidos en esa detallada normativa europea que afecta al mercado único, al margen de que con fecha de 30 de marzo de 2022 se acaba de poner en marcha la iniciativa para regular el nuevo marco jurídico sobre requisitos de diseño ecológico, cuyo objetivo fundamental es ampliar el alcance de la Directiva de ecodiseño 2009/125/CE a la gama más amplia posible de productos que propicien la circularidad⁶⁸.

6. Conclusiones

- ^{1.a} El Real Decreto-ley 7/2021 (título VIII), de 27 de abril, ha perdido la ocasión para afrontar, en materia de servicios posventa y piezas de recambio, la cuestión medular ligada al nuevo concepto de «perdurabilidad» [«durabilidad»] de los bienes en el contexto de una economía circular, al no tener en cuenta la legislación comunitaria vigente desde el 1 de marzo de 2021 y los muy avanzados trabajos y proyectos legislativos en curso del Parlamento y la Comisión Europea. El llamado nuevo «derecho a la reparación» de los bienes de consumo, inserto en la redacción del artículo 127 bis del TRLGDCU (en vigor desde el 1 de enero de 2022), debería haber separado y tenido en cuenta dos tipos de requisitos esenciales que inciden en una la correcta normativización futura contra la obsolescencia de los bienes de consumo: 1.º) Los nuevos requisitos de ecodiseño que forman parte de la eficiencia de los recursos productivos (incluidos los anejos a la disponibilidad y acceso a las piezas de recambio), lo que comportaría distinguir como hace la UE entre diferentes categorías o gamas de bienes de consumo, tal y como vemos que recoge reiteradamente

⁶⁷ Sin entrar en detalles, es pertinente apuntar que es la propia Comisión quien ha previsto los pasos y plazos a seguir para la propia revisión futura de tales Reglamentos, lo que se hará «a la luz del progreso tecnológico y presentará al Foro consultivo los resultados de dicha evaluación, en su caso, junto con un proyecto de propuesta de revisión de 25 de diciembre de 2025» (art. 8 Reglamento (UE) 2019/2019, sobre aparatos de refrigeración).

⁶⁸ Propuesta de Reglamento COM (2022) 142 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022, previsto dentro del Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, apdo. 2.1, ampliando así sustancialmente los objetivos contenidos en el Primer Plan de acción, COM (2015) 614 final, Bruselas, 2 de marzo de 2015, apdo. 2.

la normativa europea en esta materia desde el 1 de octubre de 2019, y 2.^o) Los requisitos específicos de información en materia de durabilidad y reparabilidad al consumidor y profesional dentro de cada categoría o gama de bienes de consumo ya tipificadas, inspirándose en las reglas básicas recogidas en los reglamentos comunitarios vigentes, al margen de los trabajos y proyectos preparatorios en curso⁶⁹.

- 2.^a Un correcto enfoque técnico-legal del nuevo «derecho a la reparación» de los bienes de consumo en nuestro país, de neta incidencia en la obsolescencia programada, exige que el legislador interno distinga y separe con claridad –como no ha hecho el título VIII del Real Decreto-ley 7/2021–, el concepto de «durabilidad» como uno de los nuevos requisitos objetivos de conformidad del bien con el contrato de compraventa –recogido en las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, de 20 mayo 2019–, y el concepto de durabilidad como medida de política legislativa de respeto al ciclo de vida útil mínima de los bienes de consumo, noción esta que aparece incardinada dentro del Plan de Acción específico europeo para la economía circular (2020), la Nueva Agenda del Consumidor y el ODS 12 de la Agenda 2030, estrechamente ligados a la idea de sostenibilidad proyectada con la última Propuesta de Reglamento de requisitos de diseño ecológico de 30 de marzo de 2022.
- 3.^a El nuevo «derecho a la reparación» de bienes o productos de consumo exige la adopción de medidas legislativas específicas de lucha contra la obsolescencia prematura (técnica o programada), objetivo que previsiblemente desencadenará problemas interpretativos en la normativa en vigor en el mercado transfronterizo de bienes de consumo, en razón de la indeterminada generalización llevada a cabo en nuestro país –sin matices– al establecer un plazo mínimo obligatorio de disposición sobre las piezas de recambio de 10 años por cuenta de fabricantes, importadores o distribuidores, en vigor desde el 1 de enero de 2022, en armonía con otros Estados miembros de la UE.

En esta línea de sostenibilidad, dentro de la actual lista negra de prácticas desleales del anexo I de la Directiva 2005/29/CE, parece aconsejable incluir los casos más flagrantes de obsolescencia prematura (técnica o programada), como es la omisión de información sobre el efecto negativo que pueden tener las actualizaciones digitales en el rendimiento de dispositivos de todo tipo, para lo que parece imprescindible incorporar una definición jurídica precisa sobre la «obsolescencia prematura», separando la «técnica» de la «programada», lo que debe afectar tanto a los bienes de consumo tangibles (con o sin elementos digitales) como a cualesquiera actualizaciones de programas informáticos o de *software*. Por su parte, a propósito de

⁶⁹ Véanse, por ejemplo, estos distintos reglamentos de 1 de octubre de 2019 en las notas 30 y 74 (DOUE L 315, 5 de diciembre de 2019). La ampliación proyectada de esta normativa de la que hablamos será sobre los actuales reglamentos comunitarios vigentes ahí recogidos. Tales reglamentos entraron en vigor el 1 de marzo de 2021, pocos días antes de la redacción del artículo 127 bis del TRLGDCU, que ha pasado a regular tan irregularmente esta materia en nuestro país con efectos de 1 de enero de 2022.

los requisitos obligatorios de información precontractual, cabría que la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, dentro de la obligación prevista de proporcionar una información visible y fácilmente comprensible de «las características principales de los bienes o servicios», incorporase con el mismo carácter obligatorio toda aquella información sobre la vida útil mínima estimada, que indefectiblemente va unida a la reparabilidad de los bienes de consumo (disponibilidad piezas de recambio, acceso a la información sobre servicios de reparación, etc.).

- 4.^a Una producción responsable en interés de los derechos de los consumidores exige una regulación pormenorizada de los servicios posventa dentro del TRLGDCU. Estos servicios están directa e indefectiblemente relacionados con las piezas de recambio, y debieran gozar de instrumentos idóneos asociados a la implementación de los imperativos de la economía circular y de la lucha contra la obsolescencia de bienes energéticos o electrónicos en el seno de la UE. Este objetivo programático pudiera encontrar su justo encaje jurídico en España dentro de un nuevo capítulo VI del título IV del libro II sobre «Contratos y garantías» del TRLGDCU, que viniera a incorporar los contenidos básicos de los «servicios posventa y piezas de recambio», materia con perfiles propios separada de la actual normativa de las garantías legales y comerciales de los bienes de consumo. Los capítulos I a V del libro II del TRLGDCU («Contratos y garantías») se mantendrían reservados exclusivamente a los aspectos vinculados a la garantía legal de conformidad de la compraventa de bienes de consumo (ampliados por Real Decreto-ley 7/2021 al suministro de contenidos y servicios digitales), mientras el nuevo capítulo VI del libro II del TRLGDCU pasaría a ocuparse de los aspectos arriba apuntados que afectan a la perdurabilidad de los bienes, en tanto premisa general reguladora del funcionamiento de los servicios técnicos dentro del ciclo natural de vida útil mínima de los bienes de consumo, objetivo específico del Plan de Acción europeo para la economía circular (2020) y los ODS 12 de la Agenda 2030, en fase de determinación definitiva con la Propuesta de Reglamento de requisitos de diseño ecológico de 30 marzo de 2022⁷⁰.

Ese nuevo capítulo VI del libro II del TRLGDCU sobre «servicios posventa y piezas de recambio» vendría a ser el emplazamiento normativo apropiado para incorporar en este, conforme a la normativa europea en transformación, por un lado, los nuevos requisitos sobre utilización eficiente y sostenible de los bienes (plazos sobre disponibilidad de piezas de recambio acordes con la legislación europea; condiciones de acceso a información sobre reparación y mantenimiento por profesionales y consumidores; plazos de entrega de piezas; etc.); y, por otro lado, los requisitos de información sobre aspectos detallados en los trabajos y proyectos UE sobre las condiciones y características de una reparación sostenible y accesible tanto para profesionales como para consumidores («índice de reparabilidad» de los bienes o productos de consumo pendiente de regulación

⁷⁰ Propuesta de Reglamento de requisitos de diseño ecológico, COM (2022) 142 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022.

en nuestro país; requisitos de acceso a información, manuales y folletos de instrucciones para instaladores y usuarios finales y páginas web de libre acceso por cuenta de fabricantes e importadores; etc.).

A este proyecto de reforma integradora dentro de nuestro TRLGDCU, en apoyo de una producción más responsable y sostenible en materia de reparaciones, piezas de recambio y servicios posventa, abogamos porque la arcaica y dispersa normativa de nuestro país relativa a determinados servicios de reparación también se incluyera coherentemente en el capítulo VI del libro II del TRLGDCU sobre «servicios posventa y piezas de recambio», materia que, como se recordará, recoge las reparaciones en los servicios de talleres de vehículos de motor, actualmente regulados por el Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico (arts. 3 y 4 sustantivamente), y por el Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, de regulación de la prestación de servicios en los talleres de vehículos automóviles de sus equipos y componentes (art. 9 sustantivamente, sobre las piezas de recambio). El objetivo sería actualizar y armonizar toda esta normativa que afecta a la perdurabilidad de bienes de consumo tan importantes en nuestra economía, a los que, además, acompañan ciertas garantías específicas que suelen ir asociadas a la prestación de servicios de mantenimiento y reparación relacionados con la vida útil, cuestión generadora de muchos problemas interpretativos (art. 6 RD 58/1988 y art. 16 RD 1457/1986).

En este orden de cosas, cabe advertir que aun cuando determinados bienes y componente en general del sector del vehículo de motor (y ahora eléctrico) puedan parecer productos diferenciados respecto de otras categorías, aunque solo fuera por lo tocante a un sector segmentado en torno a piezas de recambio muy específicas, *de lege ferenda*, podría pensarse que sería también la ocasión para integrar toda esta actividad dispersa dentro de la nueva normativa de productos sostenibles de consumo en curso en la UE y España, incluidas también las razones competenciales de una economía circular. Para este cometido, que pudiera antojarse problemático, tal vez bastaría con que el legislador comunitario propusiera abiertamente la tarea de armonizar más exhaustivamente toda esta materia de los vehículos de motor o eléctricos, aunque solo fuera por tratarse de una materia tan disgregada y que, muy frecuentemente, aparece supeditada a la prestación de servicios técnicos especializados, con exigua competencia en ocasiones (Maitre-Ekern y Dalhammar, 2019, p. 403)⁷¹.

- 5.^a A nuestro juicio, una armonización en materia tan transversal, a la luz de las recientes directrices europeas, debería pasar por acomodar urgentemente nuestra normativa a los plazos vigentes establecidos en los cinco reglamentos comunitarios de 5 diciembre de 2019 (en vigor desde 1 marzo 2021), lo que exigiría rea-

⁷¹ Estos autores justifican la prohibición de acceso al mercado de la UE de ciertos productos por ser «intrínsecamente insostenibles».

lizar una distinción y separación entre las distintas categorías o tipos de bienes dentro del TRLGDCU (incluidas las reglas básicas de medición y cálculos de carácter general), de conformidad con los parámetros señalados en la normativa y trabajos preparatorios de la UE. Esto obligará a reconocer, igual que al resto de Estados miembros, la existencia inequívoca de diferentes plazos mínimos obligatorios de disponibilidad para las piezas de recambio según distintas categorías de productos (7, 8 y 10 años), con especial referencia y detalle para las piezas de recambio electrónicas y eléctricas merced a la creciente digitalización de los bienes de consumo. De esta manera, debería facilitarse el derecho a un mejor acceso a todas aquellas actualizaciones de *software* y *firmware* que precise la puesta al día y mantenimiento de cualesquiera bienes de consumo ofertados con elementos digitales, materia recientemente modificada en nuestro país por el Real Decreto-ley 7/2021 (título VIII), de 27 abril. En suma, por la relevancia de una aplicación uniforme de la normativa sobre bienes de consumo dentro del mercado único europeo, parece imprescindible acometer de inmediato una nueva redacción del TRLGDCU (art. 127 bis), que impone a fabricantes, importadores y distribuidores de nuestro país, de manera desacorde con la normativa europea, un plazo único obligatorio de 10 años respecto a la disponibilidad de piezas de recambio de los bienes. Parece urgente la tarea de armonizar los diferentes plazos según las distintas categorías de productos, tal y como recogen los reglamentos de ejecución comunitarios de 1 de octubre de 2019, en vigor desde 1 de marzo de 2021.

Esta tarea necesaria de tipificación y agrupación de distintas categorías de bienes, productos o componentes en razón de su sostenibilidad, pudo y debió acometerse en nuestro país hace tiempo. La última ocasión ha sido el Real Decreto-ley 7/2021, que optó sin explicación alguna por la supresión de la arcaica definición de los «productos de naturaleza duradera», ciertamente vinculada a una garantía inexistente desde hace muchos años (art. 126 TRLGDCU derogado). No obstante, esto no es óbice para retomar la inclusión de una nueva definición actualizada de los «bienes de naturaleza duradera», para lo que sería imprescindible configurarla con base en los actuales requisitos de ecodiseño y sostenibilidad de los bienes de consumo en revisión en la UE, incluyéndose expresamente las características de durabilidad e incorporando detalladamente los bienes de consumo con contenidos o servicios digitales (incluidos programas informáticos, componentes electrónicos y actualizaciones de *software* o *firmware*). Otra idea discutida, pendiente de un análisis riguroso, sería configurar una garantía legal adicional específica para las piezas sustituidas en los talleres profesionales de reparación, cuando resulte que los bienes reparados no gocen de una garantía legal o, en su caso, comercial, lo cual podría estudiarse con ocasión de la revisión prevista para antes del 12 de junio de 2024 de la Directiva 2019/771/UE (art. 25)⁷².

⁷² Resolución del PE, de 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores (2020/2021 [INI]), apdo. 11 c).

- 6.^a La iniciativa en marcha en España acerca de la regulación del llamado «índice de reparabilidad de aparatos eléctricos y electrónicos» que afectará al etiquetado de los bienes de consumo, inspirada en el modelo francés vigente desde el 1 de enero de 2021, podría servir para afrontar la reforma integral de este «derecho de reparación» propuesto desde la UE y que marcha asociada al moderno perfil de los servicios posventa en nuestro país, reforma que permitiría incluir en el TRLGDCU algunas de las cuestiones apuntadas en este estudio, estrechamente ligadas asimismo a la Estrategia Española de Economía Circular (España Circular 2030) y a la Agenda 2030⁷³.

Sirva advertir, finalmente, que los parámetros precisos para el cálculo numérico del proyectado etiquetado sobre el «índice de reparabilidad» de los bienes de consumo deben fundamentarse en criterios objetivos, como son, señaladamente, el tiempo de vida razonable del bien (que figurará en la documentación técnica informativa relativa al mantenimiento), y el plazo de disponibilidad previsto para las piezas de recambio, de libre acceso tanto para reparadores profesionales como consumidores. Todo esto constituye, una vez más, prueba más que suficiente para justificar un nuevo capítulo VI del título IV del libro II del TRLGDCU sobre regulación pormenorizada y específica de los «servicios posventa y piezas de recambio», estrechamente ligados con los imperativos de la economía circular y la sostenibilidad de los bienes en un mercado único europeo.

Referencias bibliográficas

- Bailleux, A. (Dir.). (2021). La science juridique face aux défis d'une prospérité sans croissance. En *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance* (pp. 9-56). Presses de l'Université Saint-Louis.
- Bauer, B. et al. (2018). *Potential Ecodesign Requirements for Textiles and Furniture* (pp. 1-57). TemaNord.
- Hojnik, J. (2018). Ecological modernization through servitization: EU regulatory support for sustainable product-service systems. *Review of European, Comparative & International Environmental Law (RECIEL)*, 27, 1-14.
- Huart, C. (2019). *L'obsolescence programmée: une intervention législative nécessaire?* Université Catholique de Louvain. <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:18618>
- Jepsen, D. et al. (2015). *Delivering resource-efficient products. How Ecodesign can*

⁷³ La iniciativa actual del Ministerio de Consumo es una copia casi idéntica a la aprobada por el artículo 16 de la Ley francesa núm. 2020-205, de 10 de febrero 2020, sobre la lucha contra los residuos y la economía circular.

- drive a circular economy in Europe*. European Environmental Bureau (EEB).
- Keirsbilck, B. et al. (2020). *Legislación de consumo Sostenible y protección del consumidor*. Departamento de Políticas de Economía, Ciencia y Políticas de Calidad de Vida, Parlamento Europeo.
- Keirsbilck, B. y Rousseau, S. (2019). The marketing stage: fostering sustainable consumption choices in a 'circular' and 'functional' economy. En B. Keirsbilck y E. Terryn (Eds.), *Consumer Protection in a Circular Economy* (pp. 93-126). Intersentia.
- Maitre-Ekern, E. y Dalhammar, C. (2019). Towards a hierarchy of consumption behaviour in the circular economy. *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*, 26(3), 394-420.
- Michel, A. (2018). La directive 1999/44/CE sur la garantie des biens de consommation: un remède robuste contre l'obsolescence programmée? *REDC*, 207-236.
- Michel, A. (2021). Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée? Analyse de la loi française au regard des récentes décisions italiennes contre Apple et Samsung. En A. Bailleux (Dir.), *Le droit en transition*. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance (pp. 245-283). Presses de l'Université Saint-Louis.
- Montalvo, C., Peck, D. y Rietveld, E. (2016). *A longer lifetime for products: benefits for consumers and companies*. Estudio para Comité IMCO, IP/A/IMCO/2015-11.
- Terryn, E. (2019). A Right to Repair: Towards Sustainable Remedies in Consumer Law. *ERPL*, 851-874.
- Oehme, I. y Jacob, A. (2017). *Estrategias contra la obsolescencia. Garantizar una vida útil mínima del producto y mejorar la vida útil del producto, así como la información al consumidor*. Umwelt Bundesamt.
- Tonner, K. y Malcolm, R. (2017). *How an EU Lifespan Guarantee Model Could Be Implemented Across the European Union*. Parlamento Europeo.
- Van Acker, K. et al. (2016). *Economía circular*. Grupo de trabajo del documento de posición Metaforum, KU-Leuven Metaforum, 15.
- Willet, C. (2009). Responsabilidad directa del productor. En G. Howells y R. Schulze, *Modernizing and harmonizing Consumer Contract Law* (pp. 189-213). Sellier.

Javier Avilés García es catedrático de Derecho Civil (Universidad de Oviedo). Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá. Profesor visitante en diversas universidades europeas. Becado por Unidroit (Instituto para la Unificación del Derecho Privado, Roma), Erasmus Bureau y la Comisión Europea. Docente en las facultades de Derecho y Económicas en las Universidades de Alcalá y Oviedo. Colabora como profesor ordinario e investigador en másteres universitarios, y como ponente y conferenciante para congresos y reuniones científicas, preferentemente en materias de derecho patrimonial y de la contratación. Participa de manera continuada en proyectos nacionales de investigación financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación y por la Fundación para el Fomento de la Investigación Científica Aplicada y la Tecnología (FICYT). Ha trabajado como abogado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y como magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Asturias. <https://orcid.org/0000-0002-4374-4021>



La nueva Carta de Derechos Digitales en España, y los nuevos reglamentos comunitarios DSA, DMA e IA: ¿hacia un constitucionalismo digital?

Fernando Díez Estella (autor de contacto)

*Profesor titular (acreditado) de Derecho Mercantil. Universidad Villanueva
Presidente de la sección de Derecho de la Competencia. ICAM (España)*

fdieze@icam.es | <https://orcid.org/0000-0002-5011-0051>

Beatriz Oliver García

*Investigadora asociada del grupo TDIS
(tecnología, digitalización e innovación social).*

Universidad Villanueva (España)

beatrizolivergarcia24@gmail.com

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Nicolás González-Deleito Domínguez, don José Damián Iranzo Cerezo, don Fabio Pascua Mateo y don Ángel José Sánchez Navarro.

Extracto

El mes de julio de 2021 se presentó la Carta de Derechos Digitales en España, un documento que trata de dar respuesta a las inquietudes que han surgido en estos últimos tiempos ante el vertiginoso desarrollo tecnológico, que junto con sus innegables ventajas y oportunidades, en ocasiones presenta peligros y amenazas para los derechos fundamentales de los ciudadanos y los valores democráticos de nuestra sociedad. Con este trascendental hito nuestro país está alineado con la Unión Europea, que en enero del pasado año 2022 ha presentado su propia Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital. Esta declaración sigue la estela de recientes propuestas de reglamentos en el ámbito de los servicios digitales, los mercados digitales, la gobernanza de los datos y la inteligencia artificial, que serán igualmente analizados en estas páginas. Nuestra conclusión es que estamos en un cierto proceso de «constitucionalismo digital» que plantea la creación de nuevos derechos para hacer frente a estas nuevas realidades en que vivimos, nos relacionamos, trabajamos y nos entretenemos.

Palabras clave: Carta de Derechos de Digitales; DMA; DSA, IA; constitucionalismo digital.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-05-2023

Cómo citar: Díez Estella, F. y Oliver García, B. (2023). La nueva Carta de Derechos Digitales en España, y los nuevos reglamentos comunitarios DSA, DMA e IA: ¿hacia un constitucionalismo digital?. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 268, 39-74. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18805>



The new Charter of Digital Rights in Spain and the new EU DSA, DMA & IA Regulations: towards a digital constitutionalism?

Fernando Díez Estella (corresponding author)

Beatriz Oliver García

This paper has been selected for publication by: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Nicolás González-Deleito Domínguez, Mr. José Damián Irazo Cerezo, Mr. Fabio Pascua Mateo y Mr. Ángel José Sánchez Navarro.

Abstract

In July 2021, the Charter of Digital Rights was presented in Spain, a document that seeks to respond to the concerns that have arisen in recent times in the face of the dizzying technological development, which, along with its undeniable advantages and opportunities, sometimes presents dangers and threats to the fundamental rights of citizens and the democratic values of our society. With this momentous milestone our country is aligned with the European Union, which in January of last year 2022 has presented its own European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade. This declaration follows in the wake of recent proposals for regulations in the field of digital services, digital markets, data governance and artificial intelligence, which will also be analysed in these pages. Our conclusion is that we are in a certain process of «digital constitutionalism» that calls for the creation of new rights to deal with these new realities in which we live, interact, work, and entertain ourselves.

Keywords: Digital Rights Charter; DMA; DSA; AI; digital constitutionalism.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-05-2023

Citation: Díez Estella, F. y Oliver García, B. (2023). La nueva Carta de Derechos Digitales en España, y los nuevos reglamentos comunitarios DSA, DMA e IA: ¿hacia un constitucionalismo digital?. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 268, 39-74. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18805>



Sumario

1. Introducción
 2. La transformación digital: ¿nuevas realidades, nuevos derechos?
 - 2.1. Nuevos derechos... ¿fundamentales?
 - 2.2. RGPD: el gran protagonista (hasta ahora)
 - 2.3. Nueva regulación digital en la UE: los reglamentos DMA, DSA e IA
 - 2.4. La Declaración de Derechos y Principios Digitales de la Comisión Europea del 26 de enero de 2022
 3. La Carta de Derechos Digitales
 - 3.1. Derechos de libertad
 - 3.2. Derechos de igualdad
 - 3.3. Derechos de participación y conformación del espacio público
 - 3.4. Derechos del entorno laboral y empresarial
 - 3.5. Derechos digitales en entornos específicos
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Creemos en una transición digital centrada en el ser humano. Se trata de quiénes queremos ser, como europeos. Para representarlo mejor, vamos a formular un conjunto de principios digitales, como el acceso de toda persona a internet, un espacio digital seguro, el derecho a adquirir competencias digitales, unos algoritmos respetuosos de las personas y la protección de los niños en el entorno digital. Estos importantes principios completarán los derechos legales que ya protegen a los europeos en línea, como el derecho a la protección de los datos personales o la libertad de expresión.

Ursula von der Leyen, *Liderando la Década Digital*,
Sines, 1 de junio de 2021

1. Introducción

Como es evidente a estas alturas, estamos inmersos en una revolución digital que afecta a prácticamente todas las esferas de la actividad humana, como la economía, la forma de relacionarnos, los objetos que llevamos, o con los que trabajamos o nos entretenemos, la política y, naturalmente, el derecho.

Siendo innegables las ventajas y mejoras en todos los sentidos que esta revolución digital ha traído consigo –baste pensar en cómo las tecnologías de la comunicación a través de plataformas tipo Zoom o WhatsApp ayudó a mantenernos en contacto con nuestros seres queridos en lo más duro del confinamiento motivado por la pandemia de la covid-19–, no es menos cierto que la falta de una adecuada regulación jurídica de este fenómeno está provocando algunas externalidades negativas y déficits en la protección de las personas, la justicia y la igualdad, a las que urge dar una respuesta.

Así, asistimos a la actuación en los mercados de los nuevos gigantes tecnológicos que amenazan destruir la libre competencia con sus prácticas monopolísticas; el aumento acelerado y descontrolado de la brecha digital; la acentuación de las desigualdades sociales; la proliferación de mecanismos sutiles y algoritmos que no solo vigilan y monitorizan nuestro actuar diario, sino que condicionan nuestra forma de pensar; la difusión de noticias falsas y desinformación deliberada que se viraliza y puede provocar movimientos sociales y antidemocráticos; y, en fin, la sustitución de nuestro ser y actual real por la huella digital que dejamos en nuestras búsquedas en internet o actuación en redes sociales.

Si queremos que esta transformación digital tenga como principio vertebrador mejorar la calidad de nuestras democracias, así como asegurar el respeto de los derechos de las

personas, la respuesta a esta nueva era tiene que surgir de una nueva gama de «derechos digitales», ya sean con la categoría de derechos fundamentales¹, o simplemente derechos ordinarios. Pero, como desarrollaremos en el siguiente epígrafe, no se puede dar apariencia de derecho fundamental a algo que es simplemente un interés jurídico digno de tutela.

En el ámbito de la Unión Europea, para hacer frente a este reto, tras varios años de trabajos preparatorios y todo tipo de consultas y documentos de trabajo, en fechas muy recientes se han aprobados dos nuevos reglamentos –la *Digital Markets Act*² (en adelante, DMA) y la *Digital Services Act*³ (en adelante, DSA)–, que sin duda van a reconfigurar la realidad de los servicios y mercados digitales en la Unión Europea (UE) de los próximos años.

Tanto la DMA como la DSA forman parte del *Digital Services Act package*⁴, que es uno de los ejes de la Estrategia Digital Europea. Esta estrategia, presentada⁵ oficialmente en febrero de 2020, consta de dos documentos básicos: la Estrategia Europea de Datos⁶ y las opciones estratégicas destinadas a garantizar un desarrollo de la inteligencia artificial⁷ centrado en el ser humano. Esta centralidad de la persona es un punto que va a constituir el hilo conductor de las reflexiones y análisis desarrolladas en este trabajo.

Igualmente, el 26 de enero del pasado año 2022, la Comisión Europea publicó la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital⁸ (en adelante, la Declaración), que también será objeto de análisis en estas páginas.

¹ Como ha señalado nuestra doctrina constitucionalista, es esta una categoría jurídica que no puede tomarse a la ligera, y por tanto hay que ser muy cauto a la hora de crear nuevos catálogos de «derechos fundamentales». *Vid.*, entre otros, Bastida Freijedo *et al.* (2004), Baño León (1988) y Gallego Anabitarte, (1994).

² Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). DOUE núm. 265, de 12 de octubre de 2022, páginas 1 a 66.

³ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), DOUE L 277/1, de 27 de octubre de 2022.

⁴ Tiene como objetivo «una sociedad europea impulsada por soluciones digitales *que sitúan en el lugar preferente a las personas*, abre nuevas oportunidades para las empresas y da impulso al desarrollo de una tecnología fiable que fomente una sociedad abierta y democrática y una economía dinámica y sostenible», <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package> (la cursiva es nuestra).

⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_273

⁶ Disponible en la propia página web de la Comisión Europea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX:52020DC0066>

⁷ https://ec.europa.eu/info/files/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en

⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios

En el ámbito de nuestro país, y como no podía ser de otra forma, el punto de partida de esta nueva categoría de derechos ha de situarse en la Constitución española, que en su artículo 18.4 establece: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

A partir de este principio constitucional se ha desarrollado toda una batería de medidas legislativas y actuación de los poderes públicos encaminadas a la protección de los datos personales, un derecho fundamental que otorga a cada persona la facultad de decidir sobre el uso y destino de sus datos personales, intenta evitar el tratamiento ilícito o lesivo de dichos datos, y del que se derivan toda una serie de derechos como el de acceso, cancelación, rectificación, etc.

Sin embargo, la revolución digital que estamos experimentando reclama algo más, esta cobertura se demuestra insuficiente. Así, en palabras, del profesor Piñar Mañas (2021):

la Constitución de 1978 ofrece un marco suficiente para entender reconocidos los derechos que son imprescindibles para el desarrollo de la sociedad digital. Pero ello implica en ocasiones un esfuerzo de interpretación que quizá no deberíamos dejar solo en manos de los Tribunales. [...] es necesario reconocer unos derechos, quizá más específicos de la sociedad digital, como el derecho de acceso a Internet, el derecho a la identidad digital, o la garantía de los neuroderechos, que no pueden quedar a la labor de interpretación que pueda llevarse a cabo, sino que es conveniente que sean ya reconocidos y regulados por el legislador.

En este sentido, la necesidad de establecer un marco jurídico adecuado para este nuevo entorno digital va mucho más allá del derecho fundamental de la protección de datos⁹.

Por ejemplo, y ahora que conceptos como la «tokenización» o el «metaverso» han pasado a formar parte del diálogo jurídico y social habitual, surge el interrogante sobre si las herramientas legales con las que contamos para regular realidades digitales tan complejas son las adecuadas. Así lo pone de manifiesto una reciente –y desde luego pionera– resolución¹⁰ de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que resuelve un conflicto por la negativa de registro de una sociedad limitada que tenía como objeto social la gestión de criptomonedas.

Digitales para la Década Digital, Bruselas, 26 de enero de 2022, COM(2022) 27 final. <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/83053>

⁹ «Esta cobertura es insuficiente para tutelar los riesgos y amenazas de la sociedad digital. Así ocurre, entre otras, en estas materias: libertad de expresión, comercio electrónico, responsabilidad de las plataformas, sistema educativo, relaciones laborales, Administración electrónica, justicia predictiva, robótica, inteligencia artificial, Internet de las cosas, *blockchain* o neurociencias» (Barrio Andrés, 2022, p. 155).

¹⁰ Resolución de la DGSJ y FP, de 16 de diciembre de 2021, BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021, Sec. III, págs. 166382 a 166392.

Un paso hacia delante de gran envergadura se dio con la aprobación¹¹, en fechas relativamente cercanas, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), que sin duda constituye un avance respecto a nuestra LOPD de 1999, ya que trasciende y supera el ámbito de la mera protección de datos personales y regula, de modo mucho más amplio, los derechos y libertades que de una forma u otra están más presentes en el ecosistema digital: la neutralidad en la red, el acceso universal a internet, el derecho al olvido, la portabilidad en redes sociales, el testamento digital, el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, etc. Es también destacable, en esta normativa, la atención que se presta a la protección de los menores en internet o la importancia que da a la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones de los medios de comunicación digitales.

Sin embargo, lo que va a ser objeto de análisis en estas páginas es el siguiente paso, el que tuvo lugar el 14 de julio de 2021 con la presentación, por parte del Gobierno, de la Carta de Derechos Digitales de España¹² (en adelante, la Carta). Este documento, como desarrollaremos en un epígrafe posterior, contiene un catálogo de 25 derechos agrupados en 5 categorías¹³.

Para analizar este documento, y algunos otros que se han ido publicando estos meses, se seguirá el siguiente esquema: tras este apartado de introducción, en el epígrafe 2.º de este trabajo, se llevará a cabo un estudio del marco normativo que, en la actualidad, ampara a los derechos digitales, la regulación existente –o proyectada– en materia de protección de datos, inteligencia artificial, servicios de intermediación en línea, etc. A continuación, en el epígrafe 3.º, haremos un análisis específico de la Carta, atendiendo fundamentalmente al propósito y finalidad del texto publicado, así como a la fundamentación legal, jurisprudencial y doctrinal del repertorio de derechos digitales que contiene. Finalmente, en el epígrafe 4.º se ofrece una serie de conclusiones.

2. La transformación digital: ¿nuevas realidades, nuevos derechos?

El breve bosquejo que se acaba de hacer de la realidad tecnológica en la que nos hallamos inmersos, y cuyo ritmo de evolución y crecimiento no solo no se ralentiza, sino que crece exponencialmente, pone de manifiesto la necesidad de un debate que dé respuesta a la pregunta con la que introducíamos estas páginas: ¿son suficientes los derechos actualmente existentes para proteger a las personas, a las sociedades, a nuestras democracias, de este

¹¹ BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

¹² https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

¹³ 1. Derechos de libertad; 2. Derechos de igualdad; 3. Derechos de participación y de conformación del espacio público; 4. Derechos del entorno laboral y empresarial; y 5. Derechos digitales en entornos específicos.

tsunami digital que nos asedia? Baste pensar en la «conmoción» experimentada en fechas recientes por el desarrollo de las AI conversacionales, como el ChatGPT, que en cierta forma ha puesto en alerta a la comunidad científica y jurídica, por los evidentes riesgos que plantea.

Este epígrafe tratará de dar respuesta a ese interrogante, a partir de una premisa que es, en nuestra humilde opinión, irrenunciable: la centralidad de la persona humana¹⁴ en este proceso de transformación digital, y la consecuente evolución jurídica. También apuntaremos un bosquejo de respuesta al interrogante que plantea el título de este trabajo, pues la dignidad de la persona humana es precisamente la base moral de los derechos llamados «fundamentales» (Peces-Barba Martínez *et al.* 2004, p. 35). A partir de aquí, se examinarán, en primer lugar, los intentos que desde las instancias comunitarias se están llevando a cabo para hacer frente a estos retos, y que –de forma fragmentaria y a veces descoordinada– van dando respuesta a las nuevas realidades que se plantean. Así, en estos últimos años la Comisión y el Parlamento Europeo han ido publicando diversas propuestas normativas, con vocación de convertirse en reglamentos de la UE, entre los que destacaremos tres: las ya citadas DMA y DSA, y la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial.

Pese a las constricciones de espacio de este estudio, es ineludible hacer también referencia al texto legal que ha sido pionero en reconocer –y ajustar la regulación– estas nuevas realidades digitales, y en especial lo que hasta cierto punto constituye su esencia nuclear: los datos. Nos estamos refiriendo al Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), en vigor desde el 2016.

Por último, y no menos importante, daremos cuenta en estas páginas del hito que ha tenido lugar en el ámbito de la UE, y que guarda absoluto paralelismo con la aprobación de la Carta en España: la Declaración de Derechos y Principios Digitales de la Comisión Europea, aprobada, como ha quedado dicho en la introducción, el 26 de enero de 2022, y cuyo texto oficial fue firmado¹⁵ el pasado 15 de diciembre de 2022 por las presidentas de la Comisión y del Parlamento Europeo, Ursula von der Leyen y Roberta Metsola, y el presidente de turno del Consejo, el primer ministro checo Petr Fiala.

2.1. Nuevos derechos... ¿fundamentales?

El objetivo de la Carta en España, como ha apuntado el profesor De la Quadra-Salcedo (2021), coordinador de la elaboración del texto, no es el de convertirse en un proyecto de norma jurídica, y mucho menos «enmendar» la Constitución española, sino más bien ser-

¹⁴ Así lo indicaban las palabras de la presidenta de la Comisión Europea con las que hemos encabezado estas páginas, y que se recogen en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, Bruselas, 26 de enero de 2022 COM(2022) 27 final.

¹⁵ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/european-declaration-digital-rights-and-principles>

vir de referencia, de punto de debate, de arranque de un proceso que sí pueda culminar en una futura ley orgánica que actualice los derechos digitales, o, a mayores, una reforma expresa de nuestra Carta Magna. En sus palabras:

La Carta misma no tiene que ser desarrollada como tal, pero sí que aspira a ser fuente de inspiración para el desarrollo normativo de los derechos y libertades permanentes que se recogen en nuestra Constitución, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en la Carta Europea de Derechos Humanos.

En este diálogo entre la técnica y el derecho, la respuesta regulatoria a las nuevas realidades digitales, aunque no necesariamente hay que plantearla en términos de conflicto, hay que tener claro qué es lo prioritario. Como dijera hace años el profesor Martín Retortillo (2003, p. 10), «la técnica no tiene por qué arrumbar al Derecho». En palabras de hoy, referidas a la Carta: «Sería un error creer que las tecnologías digitales son una nueva fuente de derechos. Los derechos surgen de la dignidad de la persona. Esa una de las aportaciones de la Carta. Lo que es nuevo son las transformaciones que esos derechos experimentan en la sociedad digital» (Quadra-Salcedo, 2021).

La gran pregunta –y la gran crítica que se le puede hacer a la Carta– es: ¿qué rango normativo van a tener esos «nuevos» derechos? Con respecto al tema de los datos, no hay dudas: «la protección de datos no solo trata sobre la protección de datos, sino principalmente sobre la protección de las personas que hay tras los datos» (Piñar Mañas, 2018); y, como ha destacado nuestra doctrina constitucionalista ya hace un lustro, mucho antes de que nadie imaginara todo lo que iba a ocurrir en estos 10 años, precisamente por el hecho de que la configuración constitucional del derecho que analizamos no se define constitucionalmente «en abstracto» (Troncoso Reigada, 2010, p. 53), sino confiriendo toda una serie de facultades a su titular. Así, por ejemplo, la de limitar el uso de la informática, en los términos que el propio artículo 18.4 de la CE establece, y estableció la conocida STC 290/2000¹⁶; si nos encontramos con una normativa con rango de ley orgánica, como es la LOPDGDD, la lógica conclusión es que las medidas que supongan algún tipo de injerencia en dicho derecho fundamental deberían tener, al menos, rango de ley (Hernández Corchete, 2018).

Este fundamento del derecho a la privacidad, que es la dignidad de la persona, es también premisa axiológica del catálogo de derechos «fundamentales» en la UE contemplados en sus dos grandes cuerpos normativos en esta materia: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y como tal ha sido reconocido –precisamente en un asunto que tuvo a España como protagonista– por la jurisprudencia¹⁷ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Como

¹⁶ STC 290/2000, de 30 de noviembre (ECLI: ES:TC:2000:290).

¹⁷ Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 29 de mayo de 1997, *Valenzuela Contreras c/ España*, 27671/95

no podía ser de otra forma, esta doctrina es igualmente recogida en los pronunciamientos¹⁸ de nuestro Tribunal Constitucional.

Sin embargo, ¿qué categoría se da al resto de «derechos» reconocidos en la Carta en España? Por ejemplo, configurar el llamado «pseudonimato» como tal en una carta de derechos resulta confuso y probablemente excesivo, ya que más bien se trata solo de un interés jurídico protegido.

Como es sabido, un derecho subjetivo es un conjunto de facultades que un sujeto tiene sobre un objeto. Dicho objeto puede ser un bien o la conducta de otro sujeto. Por ejemplo, el dueño de una cosa puede hacer con dicha cosa una serie de cosas (usarla, prestarla, regalarla, transformarla, etc.), pero esas facultades son definidas por los propios actores del tráfico jurídico. El Estado suele limitar su intervención a prohibir algunas de ellas cuando son contrarias a la ley, la moral o el orden público. Y solo las ordena –legislativa o jurisprudencialmente, según las tradiciones jurídicas– cuando parece necesario por razón de claridad o para resolver controversias. Por las razones anteriores, cuando se dice que el arrendador tiene derecho al cobro de la renta, no se quiere decir que existe un «derecho al cobro de la renta», sino que cuando se constituye esa relación jurídica el que ocupa la posición de arrendador tiene derecho a cobrar la renta. Y de hecho solo podrá cobrarla si a su vez ha cumplido con sus obligaciones en esa relación.

Cuando se dice que todos tenemos «derecho a algo», no se está expresando lo mismo que en el caso anterior. Solo el arrendador tiene derecho al cobro de la renta. Pero todos tenemos derecho a la vida, a la intimidad o a la libertad religiosa. Y lo mismo sucede, aunque sea más complejo de armar, con derechos prestacionales como la educación o la salud. Consideramos que todo el mundo tiene derecho a ver respetada su esfera de libertad o a ver atendida esa necesidad esencial. Por eso (Garrido Falla, 2001, 973 y ss.) llamamos –en términos generales– fundamentales a esos derechos. Y en consecuencia entendemos que siempre pueden oponerse frente a la actuación de los poderes públicos o exigirse frente a su inacción. Finalmente, la garantía típica de esta clase de derechos es que solo pueden regularse por ley (lo que excluye la potestad reglamentaria del Gobierno) y que incluso el legislador ha de respetar su contenido esencial. Y lo que es más importante: solo pueden restringirse individualmente con autorización judicial. Para distinguir a los segundos de los primeros es por lo que suelen redactarse las cartas o declaraciones de derechos. En ellas se incluyen los derechos fundamentales, para dejar claro que no dependen de los compromisos que alcance la gente en el tráfico jurídico.

¿Es el derecho al pseudonimato un derecho fundamental? ¿Tenemos todos un derecho a ejercer nuestra libertad de expresión con la falta de responsabilidad que implica el anonimato? Si se respondiera afirmativamente, seguramente habría que entender que no sería

(ECLI: CE: ECHR:1998:0730), párrafo 46.

¹⁸ STC (Sala Primera) de 23 de marzo de 2013, FJ 3.º.

legal que las redes sociales exigieran un perfil auténtico para ser utilizadas. Tampoco en el caso de una biblioteca pública o de un periódico que quiera mantener un nivel de debate responsable entre quienes comenten sus noticias. Y además habría que considerar que debe ser un juez quien autorice el «levantamiento del velo» de ese anonimato. El texto parece afirmar, en efecto, que se trata de un derecho fundamental, como se desprende de la introducción, del texto de los ¿artículos? I y IV, y de su propia inclusión en una carta de derechos. Ahora bien, si se trata de un derecho fundamental, ¿cómo es posible que dependa –como se dice en el art. IV que lo define– «de las posibilidades técnicas disponibles»? ¿Y por qué no se dice expresamente que será necesaria la intervención de un juez para «reidentificar a las personas» (art. IV)?

La explicación más sencilla¹⁹ es que en realidad no se trata de un derecho fundamental –los cuales, desde una perspectiva positivista (Ibáñez Macías, 2021), solo son los que la Constitución reconoce como tales–, sino de un interés que puede ser razonable proteger jurídicamente²⁰ según las circunstancias. Y por eso puede ser confuso y contraproducente darle el tratamiento formal de derecho fundamental.

2.2. RGPD: el gran protagonista (hasta ahora)

Hemos empezado este trabajo destacando la aprobación, en el mes de marzo de 2021, por parte del Parlamento Europeo, del informe²¹ sobre la Estrategia Europea de Datos. Se trata de un ambicioso proyecto, y en el que se destaca cómo para aprovechar todo el potencial de la *Data-driven economy*; la normativa que se apruebe sobre esta materia debe diseñarse para facilitar el desarrollo tecnológico, la innovación y el libre acceso a los datos, así como su interoperabilidad, respetando en todo caso los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Si algún rasgo caracteriza la época actual, es la creciente sensibilidad hacia nuestros datos personales, con la exigencia de que existan leyes e instituciones encargadas de velar por su correcto uso, y la protección de nuestra privacidad. En el ámbito de la Unión Europea esto se plasmó en la aprobación²² del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD). Esta normativa ha sido

¹⁹ Contrariamente a lo que manifestó hace años la vicepresidenta de la CE, Nélie Kroes, cuando decía que todo eran derechos fundamentales, daba igual on-line que off-line, ya que el «mundo se había vuelto digital»: Kroes, N.: Speech/14/167: *A secure online network for Europe* (28 de febrero de 2014).

²⁰ *Vid.*, en este sentido, Garrido Falla (1979) y Fernández Rodríguez (1982, pp. 21-34).

²¹ Resolución de 25 de marzo de 2021, sobre una Estrategia Europea de Datos (2020/2217[INI]).

²² DOUE L 119, 4 de mayo de 2016, p. 1-88 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>).

de enorme trascendencia en la configuración de la Europa digital, y como tal ha sido acertadamente estudiada, en cuanto al modelo de privacidad que instaura²³ en la UE, como en influencia en las propuestas normativas en el ámbito digital (Gascón Marcén, 2021) que estamos citando en estas páginas.

Hemos señalado en la introducción como toda esta estrategia europea tiene como objetivo una sociedad europea impulsada por soluciones digitales que sitúan en el lugar preferente a las personas, y que por tanto las opciones estratégicas y normativas que se adopten, incluida la relativa a la inteligencia artificial, han de tener al ser humano, a la persona, en su centro.

En nuestro país este proceso culminó en 2018 con la aprobación de la LOPDGDD. En efecto, aunque el artículo 18.4 de la CE no lo reconoce explícitamente, la STC 292/2000²⁴ sentó que el derecho fundamental a la protección de datos se deriva de este precepto constitucional y que, además, es un derecho fundamental autónomo respecto del derecho a la intimidad (contemplado en el apartado primero del mismo artículo 18 de la CE).

A pesar de que ambos derechos comparten un fundamento común, que es la dignidad humana, cuyo respeto se reconoce en el artículo 10.1 de la CE (Martínez López-Sáez, 2018), el derecho a la protección de datos garantiza un control de la persona sobre ellos, así como el uso o destino que se vaya a realizar a partir de ellos, tal y como ya señaló la STC 94/1998²⁵. En el marco de esta interrelación, el Tribunal Supremo²⁶ ha apuntado en fechas relativamente recientes que el reconocimiento de la propia identidad es intrínseco al libre desarrollo de la personalidad, *ex* artículo 10.1 de la CE.

En este caso, y a diferencia del resto de derechos de la Carta que examinaremos en los epígrafes siguientes, sí puede afirmarse que «los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados» (Tajadura Tejada, 2015, p. 25). Igualmente debería ocurrir con los derechos digitales.

2.3. Nueva regulación digital en la UE: los reglamentos DMA, DSA e IA

Fuera de las películas o novelas de ciencia ficción, pocas personas hubieran imaginado la relevancia y el protagonismo que la inteligencia artificial iba a cobrar en el mundo tal cual hoy lo conocemos.

²³ *Vid.*, entre otras muchas obras de gran relevancia que podrían citarse aquí, por todas, Piñar Mañas *et al.* (2016).

²⁴ STC núm. 292/2000, de 30 de noviembre (ECLI: ES:TC:2000:292).

²⁵ STC núm. 94/1998, de 4 de mayo.

²⁶ STS (Sala Primera) de 28 de febrero de 2008.

En un movimiento que marcará sin duda un hito en este ámbito, el 21 de abril del año 2021 la Comisión Europea presentó una propuesta de reglamento de la IA²⁷, con la que aspira a no quedarse atrás y no dejar que se abra un espacio de realidad, con una trascendencia importantísima en la vida de las personas y el funcionamiento de los mercados, las empresas y la sociedad en su conjunto, que no esté mínimamente regulada (Esteban Ruiz, 3 de junio de 2021). Es muy reseñable que, en la línea de lo que venimos manteniendo en estas páginas, la preocupación que de momento se ha manifestado con más vehemencia respecto de esta propuesta de reglamento de la IA es si los derechos de las personas están suficientemente protegidos (Fernández Hernández, 1 de septiembre de 2021).

No podemos sin embargo dejar de destacar cómo algunos autores sostienen que el cambio normativo en este ámbito debiera introducir un derecho de los afectados, por la decisión de integrar sus datos personales en los algoritmos, a conocer su contenido, las variables y ponderación que se realiza de cada una de ellas, así como el tipo y clase de datos al que se le ha dado acceso al sistema de IA (Quadra-Salcedo, 2018).

Esta especie de proliferación de propuestas normativas en la UE en estos últimos años ha sido acertadamente caracterizada como una suerte de *constitucionalismo digital*:

En los últimos veinte años, la política de la Unión Europea en el ámbito de las tecnologías digitales ha pasado de una perspectiva económica liberal a un enfoque orientado al constitucionalismo. Este cambio de mentalidad se debe principalmente al auge de la sociedad de la información, que ha creado no solo nuevas oportunidades, sino también retos para los derechos fundamentales y los valores democráticos. Y lo que es más importante, este marco tecnológico impulsado por las ideas liberales ha permitido a las empresas transnacionales que operan en el entorno digital desempeñar funciones cuasi-regulatorias a escala mundial (De Gregorio, 2021, p. 41).

Precisamente como freno a esa asunción de funciones cuasipúblicas que las grandes plataformas digitales están asumiendo, se ha aprobado la DMA, a modo de regulación *ex ante* de estos nuevos mercados digitales (Prabhat Agarwal, 2022). Su objetivo declarado es hacer frente a las prácticas desleales y que socavan la competitividad de dichos mercados, y es evidente que pretenden reconfigurar la realidad de los servicios y mercados digitales (Ibáñez Colomo, 2021) en la UE de los próximos años. Esta nueva regulación, y en general la actitud que la Comisión Europea adopta en estos nuevos mercados (Díez Estella, 2020), parte del supuesto de que las grandes plataformas en línea (aunque en ningún momento del texto las menciona, es evidente que está pensando en las GAFA –Google, Amazon, Facebook y

²⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2021) 206 final. Texto disponible en la página web de la Estrategia Digital de la UE: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-european-approach-artificial-intelligence>

Apple-) actúan como *gatekeepers* (Geradin, 2021) (guardianes de acceso, en castellano) en los mercados digitales.

La singularidad de la DMA se deriva de varias de sus características. Una de ellas es la novedad inherente a su estructura y funcionamiento: las empresas sujetas a la DMA (los *gatekeepers*) deberán cumplir una serie de obligaciones «autoejecutables» que ellas mismas ya incorporan, el propio remedio imponible, a la plataforma. Un ejemplo claro de esto, en línea con lo que hemos visto en el epígrafe anterior sobre la protección de datos personales, es la prohibición a los *gatekeepers* de la combinación dichos datos personales en diferentes servicios, según el artículo 5(a) de la DMA. Sin el consentimiento del usuario final, esta disposición impide que los *gatekeepers* se aprovechen indebidamente de la gran cantidad de datos personales que han acumulado a expensas, no solo de los propios titulares, sino incluso de otros agentes del mercado en sus diferentes servicios. El hecho de que los remedios ya estén incorporados en las normas específicas supondrá un cambio rápido y clave en el funcionamiento de los mercados digitales.

Así, parece claro que se ha producido una concentración excesiva de poder de mercado por parte de estas grandes plataformas, que actúan como cuasirreguladores privados, dictando las normas de funcionamiento en sus ecosistemas. En un plano mucho más amplio, puede decirse que no solo peligran los mercados, también los valores europeos de la democracia y sus derechos y libertades fundamentales. Por eso, y como han señalado destacados expertos en nuestro país en derecho digital, «indirectamente, la norma es un intento de afirmar la soberanía digital de la UE» (Barrio Andrés, 14 de octubre de 2022).

Finalmente, respecto a la DSA, es evidente que el panorama de los servicios digitales es muy diferente en la actualidad a lo que era hace 20 años, cuando se adoptó la directiva sobre comercio electrónico²⁸. Los intermediarios en línea (y aquí no solo hablamos ya de las plataformas digitales) se han convertido en agentes fundamentales de la transformación digital. Así, como se reconoce que las plataformas en línea han creado importantes ventajas para los consumidores y la innovación, y sin duda han facilitado el comercio transfronterizo dentro y fuera de la Unión, brindando nuevas oportunidades a diversas empresas y comerciantes europeo, también pueden ser objeto de abusos como vehículo para difundir contenidos ilícitos o vender bienes o servicios ilegales *online*. Como se ha podido ver en casos recientes, como las elecciones americanas, el debate sobre el Brexit, o la revolución en Myanmar (Birmania) contra el gobierno, han surgido algunas plataformas de enorme difusión que conforman espacios casi públicos para el intercambio de información y el *e-commerce*. Estas plataformas (Facebook, Twitter, etc.) se han convertido en sistémicas y plantean, en ocasiones, especiales riesgos para los derechos de los usuarios, los flujos de información y la participación de la población en los procesos democráticos.

²⁸ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Diario oficial núm. L 178 de 17 de julio de 2000, p. 0001-0016).

De ahí que con la aprobación final de la DSA como un reglamento comunitario, se pueden aplicar obligaciones vinculantes a escala de la UE a todos los servicios digitales que conecten a los consumidores con bienes, servicios o contenidos, incluidos nuevos procedimientos para la retirada más rápida de los contenidos ilícitos, así como una protección completa de los derechos fundamentales de los usuarios en línea. En la línea de lo que venimos defendiendo en estas páginas, la nueva normativa reequilibrará los derechos y las responsabilidades de los usuarios, las plataformas intermediarias y las autoridades públicas de acuerdo con los valores europeos, tales como el respeto de los derechos humanos, la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de derecho. La propuesta complementa el Plan de Acción para la Democracia Europea²⁹, que se presentó por la Comisión el 3 de diciembre del 2020, y cuyo objetivo es mejorar la resiliencia de las democracias.

Cuando todavía era una propuesta de normativa, la DSA ha valorado (De Gregorio, 17 de mayo de 2021), en la línea de lo que estamos argumentando en este trabajo, impulsar la creación de una nueva serie de derechos que protejan a las personas y a las sociedades y sus valores en este nuevo ecosistema tecnológico, como ejemplo paradigmático de ese proceso de «constitucionalismo digital» en el ámbito de la UE, paralelo al que desde hace años se lleva observando (Gill *et al.* (2015) en los Estados Unidos.

2.4. La Declaración de Derechos y Principios Digitales de la Comisión Europea del 26 de enero de 2022

Si hay alguna institución que está comprometida con que el respecto a los derechos fundamentales de las personas y los valores éticos y democráticos sean lo que guía todo este proceso de transformación digital, esa es sin duda la Unión Europea.

Por ello, y tras contemplar un florecimiento de todo tipo de declaraciones y reconocimientos expresos de los derechos digitales a lo largo y ancho de la geografía comunitaria, como la Declaración de Tallin sobre la administración electrónica³⁰, de 2017, la Declaración de Berlín sobre la sociedad digital y el gobierno digital basado en valores³¹, de 2020, la Declaración de Lisboa sobre democracia digital con propósito³², de 2021 y, por supuesto, la Carta de Derechos Digitales en España, de 2021, el pasado 26 de enero de 2022 la Comisión Europea hizo pública su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité

²⁹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2250

³⁰ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ministerial-declaration-egovernment-tallinn-declaration>

³¹ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/berlin-declaration-digital-society-and-value-based-digital-government>

³² <https://www.lisbondeclaration.eu/>

Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital³³.

La declaración está estructura en seis grandes bloques temáticos: 1. Las personas, en el centro de la transformación digital; 2. Solidaridad e inclusión; 3. Libertad de elección; 4. Participación en el espacio público digital; 5. Seguridad, protección y empoderamiento; y 6. Sostenibilidad.

El punto de partida, situar a la persona en el centro, es algo con lo que desde luego no podemos estar más de acuerdo. Como ya ha apuntado la doctrina más atenta, que ha valorado este trascendental documento, «que la Declaración aspira a situar a las personas en el centro de la transición digital es la idea nuclear que sobrevuela todo el texto» (Piñar Real, 2021, p. 3).

De ahí se deriva el segundo capítulo, rubricado como «Solidaridad e inclusión», y que quiere expresar esa aspiración de que el acceso a la tecnología contribuya a unir a las personas, no a dividir las, y de esta forma se genere una estructura social y unos modelos económicos más justos. Tiene su cierto punto de ironía esto de la inclusión en el acceso a la tecnología, en esta época en la que en nuestro país estamos asistiendo a la exclusión de los mayores de los servicios bancarios más elementales, con motivo de la digitalización, y que ha tenido su expresión más mediática con la plataforma #SoyMayorNoldiota, encabezada por el pensionista Carlos San Juan de Laorden, y que en febrero de 2022 ha recogido más de 600.000 firmas en toda España para exigir atención personal en las sucursales bancarias³⁴.

El capítulo 3.º de la declaración, bajo la rúbrica «Libertad de elección», contempla las interacciones de los ciudadanos europeos con los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial, reclamando un entorno digital justo en el que se protejan los derechos fundamentales de las personas.

La participación en los procesos democráticos y la exigencia de un debate político plural, con una diversidad de contenidos y evitando las campañas de desinformación –las tristemente célebres *fake news*, entre otras–, que hemos visto que son cuestiones que vertebran la DSA, se contemplan en la declaración en su capítulo 4.º: «Participación en el espacio público digital».

Por otro lado, el núcleo del capítulo 5.º, «Seguridad, protección y empoderamiento», es todo lo relativo a la protección de datos personales, que hemos comentado ya al hablar del RGPD. En efecto, junto a la protección contra la ciberdelincuencia (creando un espacio digital protegido y seguro) y la protección y el empoderamiento de los niños y jóvenes en el

³³ Tanto la comunicación como el texto íntegro de la declaración se pueden consultar en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaracioneuropean-digital-rights-and-principles#Declaration>

³⁴ <https://www.lavanguardia.com/economia/20220208/8041676/entrega-firmas-campana-exclusion-mayores-banca.html>

entorno digital, se trata en este bloque de la intimidad de las personas, y el control individual que deben ejercer sobre sus datos, incluida la decisión sobre qué ocurre tras la muerte (el llamado «legado digital»).

Como no podía ser de otra forma, ya que este principio informa ahora mismo cualquier actuación pública o privada, empresarial o gubernamental (prueba de ello es la reciente aprobación, el pasado 23 de febrero de 2022 de una propuesta³⁵ de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad), la declaración dedica su último capítulo, el 6.º, a la sostenibilidad, para que el diseño, producción, uso, eliminación y reciclado de los productos y servicios digitales se haga minimizando su impacto negativo sobre el medio ambiente.

Baste señalar, como conclusión a este apartado, que aunque hay todavía muchos aspectos que matizar y corregir, lo cierto es que es un paso adelante en el marco de la UE de reconocimiento de que la persona –y sus derechos fundamentales– tiene que estar en el centro de la transformación digital. A tal efecto, y aunque no cabe ninguna duda entre la doctrina constitucionalista de que los mismos derechos que tenemos en el mundo real se aplican al ecosistema digital, lo cierto es que hay que ajustar para que las nuevas realidades no nos lleven al desamparo e indefensión.

3. La Carta de Derechos Digitales

Antes de comenzar con el estudio de la nueva Carta de Derechos Digitales publicada³⁶ por el Gobierno de España el 14 de julio de 2021, es preciso comprender sus orígenes y alcance jurídico. El actual presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, ha apostado por abanderar en España la protección de la ciudadanía en un ámbito vanguardista: la era digital y la inteligencia artificial.

Fue en junio de 2020 cuando salía a la luz una iniciativa tomada por el Gobierno para la elaboración de la Carta, creando un grupo de expertos que funcionasen como órgano asesor y aceptando la colaboración ciudadana a través de un procedimiento participativo. Este grupo de expertos estaría conformado por profesionales variados del ámbito digital: juristas, consultores tecnológicos y de ciberseguridad, catedráticos, especialistas de derechos digitales o representantes de usuarios y asociaciones de internautas³⁷.

³⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, Bruselas, 23 de febrero de 2022 COM(2022) 71 final 2022/0051 (COD).

³⁶ https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

³⁷ Borja Adsuara, profesor, abogado y consultor; Moisés Barrio, letrado del Consejo de Estado; Manuela Battaglini, CEO de Transparent Internet; Tomás de la Quadra-Salcedo, catedrático de Derecho Administrativo de

Esta Carta consta de cinco grandes grupos de derechos: derechos de libertad, derechos de igualdad, derechos de participación y de conformación del espacio público, derechos del entorno laboral y empresarial y derechos digitales en entornos específicos. Como siempre en cualquier «sistema» jurídico, a los derechos sustantivos se añade un sexto capítulo, el de «garantías y eficacia».

Uno de los aspectos que más llama la atención acerca de este proyecto es el carácter pionero que tienen algunos de los derechos recogidos en estos cinco apartados. Expresamente se ha querido recalcar este aspecto para «situar a España como un país de liderazgo» y demostrar que está «dispuesta a abrir el camino de la conquista de derechos en todo el mundo»³⁸. Asimismo, la Carta es uno de los instrumentos utilizados para cumplir con los objetivos de la Agenda España Digital 2025³⁹.

Como hemos dicho anteriormente, el objetivo que tiene esta carta es el de salvaguardar los derechos de la ciudadanía frente a la digitalización; de esta manera busca completar el título X de la LOPDGDD⁴⁰, que solo se centra en los derechos digitales.

No obstante, una de las grandes objeciones de esta carta es la ausencia de su carácter normativo, es decir, no tiene ninguna relevancia jurídica. Por lo tanto, podemos afirmar que el Gobierno ha caído en un pensamiento utópico al referirse a la carta como «un marco de referencia para la acción de todos los poderes públicos, que, siendo compartido por todos, permita navegar el entorno digital aprovechando y desarrollando todas sus potencialidades y oportunidades», aunque sí es más acertado afirmar que «pretende servir de guía para futuros proyectos legislativos y desarrollar políticas públicas más justas, que nos protejan a todos»⁴¹.

Una vez hecha esta breve introducción al contexto de la Carta de Derechos Digitales, y los objetivos que –por lo menos según sus propias declaraciones– persigue el Gobierno de España con su publicación, podemos pasar al análisis detallado de la misma.

la Universidad Carlos III; Susana de la Sierra, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha; Celia Fernández Aller, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Politécnica de Madrid; Enrique Goñi, del Instituto Hermes; Simona Levi, cofundadora de Xnet; Paloma Llana, CEO de Razona Legal Tech; Ricard Martínez, profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia; Miguel Pérez Subías, presidente de la Asociación de Usuarios de Internet; José Luis Piñar, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad CEU-San Pablo; Argelia Queralt, profesora de Derecho Constitucional, Universitat de Barcelona; Javier Ruiz Díaz, *policy director* de Open Rights Group; Emilia Saiz, secretaria general de United Cities and Local Governments (UCLG) y participante en CC4DR (Cities Coalition for Digital Rights de Naciones Unidas); Ofelia Tejerina, secretaria general de la Asociación de Internautas; y Carissa Véliz, investigadora de Ética y Humanidades en la Universidad de Oxford.

³⁸ <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2021/140721-derechos-digitales.aspx>

³⁹ https://portal.mineco.gob.es/ca-es/ministerio/estrategias/Paginas/00_Espana_Digital_2025.aspx

⁴⁰ BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2018, p. 119778.

⁴¹ <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/intervenciones/Paginas/2021/prsp14072021.aspx>

Nos centraremos en cada uno de los cinco grupos y los derechos que los integran, haciendo referencia especialmente a la Constitución española (CE), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el RGPD. Todo ello teniendo presente el necesario marco legal constitucional que todo proceso de «elaboración» de derechos ha de tener como premisa necesaria e irrenunciable, prevista por el artículo 1 de la CE: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

3.1. Derechos de libertad

Este primer bloque de la Carta está integrado por siete derechos:

- I. Derechos y libertades en el entorno digital.
- II. Derecho a la identidad en el entorno digital.
- III. Derecho a la protección de datos.
- IV. Derecho al pseudonimato.
- V. Derecho de la persona a no ser localizada y perfilada.
- VI. Derecho a la ciberseguridad.
- VII. Derecho a la herencia digital.

Antes de comenzar con el análisis de los derechos que integran este apartado, debemos hacer referencia al título que rubrica este capítulo: *derechos de libertad*. Se deduce de ello que los temas que se tratarán girarán en torno al artículo 10 de la CE, donde se recoge el libre desarrollo de la personalidad; así como del artículo 17.1 de la CE. Asimismo, cabe destacar también el gran peso que tiene el artículo 18 de la CE, pues todos los derechos tratan la protección del derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen, como es el caso, por ejemplo, del *derecho a la protección de datos*, que sí ha tenido un amplio tratamiento en nuestro país, tanto doctrinal (Hernández Corchete, 2018) como jurisprudencial⁴².

Una vez sentada la fundamentación constitucional de este grupo, es preciso también destacar el respaldo que estos nuevos derechos tienen en el CEDH y en la LOPD. Comenzando con el CEDH, su artículo 8 sobre el respeto a la vida privada y familiar es el que más acorde estaría en la línea de los derechos. Pues todos se mueven en la misma línea: buscar la mayor seguridad en el entorno digital para poder desarrollar las acciones con mayor privacidad y libertad.

⁴² Así, entre otras muchas que podrían citarse, en relación con el descubrimiento y la revelación de secretos, STS (Sala de lo Penal, Sec. 1.ª) núm. 328/2021, de 22 abril, FJ 3.º; y en relación con las intervenciones telefónicas, STS (Sala de lo Penal, Sec. 1.ª) núm. 727/2020, de 23 marzo, FJ 4.º.

Y siguiendo con la LOPD, podríamos adscribirlos como herederos de su artículo 5, «Deber de confidencialidad», basado en una protección para los usuarios digitales. No obstante, cabe destacar que el *derecho a la herencia digital* goza de un artículo propio en esta ley: el artículo 96 sobre el testamento digital (González ^{s.f.}).

Como hemos mencionado anteriormente, no cabe duda de que este proyecto va a revolucionar la configuración jurídica del entorno digital. Especialmente en este apartado se recogen conceptos concretos y muy relevantes, pues no podemos negar que el ámbito digital conforma una gran parte de nuestra realidad y es un medio por el cual desarrollamos numerosas actividades del día a día. Es por ello que el derecho a la protección de datos, como el de la ciberseguridad o el de no ser localizado ni perfilado, son importantes aspectos que el legislador debe tener en cuenta para buscar una mayor protección, pues el registro de datos que puede llegar a recoger internet puede incluso superar a los de «la vida real».

Sin embargo, y desde una mirada crítica a este primer bloque de derechos, la Carta adolece de ciertos aspectos aún sin desarrollar suficientemente.

Por ejemplo, como omisión destacada, todo el tema de la identidad⁴³ en el entorno digital. En un primer momento podemos acercarnos a lo recogido en el artículo 18 de la CE sobre el derecho a la propia imagen. No obstante, ¿qué significa realmente el concepto de identidad en internet? ¿Es lo mismo que hablar de reputación *online* (Fernández Burgueño, 2012)? ¿O hablaríamos más bien de un «derecho a la vida» digital? Por razones obvias, un derecho a la vida digital no se ajustaría al concepto que esta Carta recoge. Entonces, nos podríamos referir mejor a lo que conocemos como el *documento nacional de identidad* (DNI) digital. Aun así, esto nos seguiría planteando dudas, ya que la tenencia del DNI es de obligado cumplimiento para todo ciudadano español, por lo que más que un derecho se convertiría en la obligación de todo usuario de internet a disponer de un documento de identificación en la red⁴⁴.

Otro ejemplo, al que ya hemos hecho referencia en un epígrafe precedente, es el del llamado *derecho al pseudonimato*. Si buscamos en el Diccionario de la Real Academia Española este término, veremos que no está recogido. Podemos decir que este derecho es uno de los más novedosos del proyecto, pues nace con la Carta. El concepto mismo ha abierto un gran debate, pues muchos asocian el pseudonimato a «falso anonimato» y a la capacidad de una persona a cometer delitos en la red bajo el amparo de un anonimato, para que no pueda ser identificado por las autoridades.

Sí encontramos una definición de este concepto en el artículo 4.5) del RGPD, donde establece que la «seudonimización» es

⁴³ Ha sido muy acertadamente tratado por Piñar Mañas (2018).

⁴⁴ STS núm. 328/2021 (Sala de lo Penal, Sec. 1.ª), de 22 abril, FJ 3.º.

el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable.

Según el «padre» de este derecho, Borja Adsuara, se trata una herramienta para proteger la libertad de expresión de las personas en internet, siempre sujeta a los límites legales⁴⁵. Por lo que Adsuara hablaría de un derecho a opinar libremente en internet sin la obligación de identificarse, pero con la seguridad de la capacidad de un juez a levantarlo en la investigación de un delito. Pero no podemos olvidar que internet es muchas veces territorio hostil, donde se comenten numerosos delitos por sentir la protección de nuestras pantallas, y que eso mismo es con lo que esta Carta quiere terminar. Por lo que el derecho al pseudonimato puede ser un arma de doble filo en la eterna discusión entre el derecho de libertad de expresión y el derecho al honor. Y reiteramos que el derecho al pseudonimato nacería de la propia Carta, por lo que encontrar jurisprudencia, doctrina o incluso bases legales en el ordenamiento español es de gran complejidad.

Para concluir este apartado, haremos una breve mención al *derecho a la herencia digital*. Al legislador no le ha pasado desapercibido el detalle de que las nuevas tecnologías traen consigo grandes cajones donde sus usuarios almacenan innumerables datos y documentos. Con este derecho se refleja el dilema del jurista frente a la duda de qué hacer con todos estos bienes tras el fallecimiento del usuario; quién tiene derechos a obtener todos esos registros, cuentas, datos, etc. Sin embargo, es preciso señalar que este derecho no nace de la Carta, sino que la legislación española ya contemplaba su regulación, aunque bastante dispersa. En efecto, la normativa sobre herencia digital se encuentra hasta el momento recogida en el Código Civil para herencias de bienes en general; la LOPD, en concreto en su artículo 96; el RGPD y la Ley Orgánica 1/1982⁴⁶, en lo relativo a la protección de datos personales.

Es, sin duda, un derecho problemático; su mayor controversia se encuentra en la sucesión de aquellas cuentas donde el usuario firmó un contrato de protección frente a terceros, creándola por tanto para su uso exclusivo. Además, se plantea otra duda acerca del contenido creado por el usuario a través de su cuenta, puesto que no son de su propiedad. En conclusión, para que este derecho sea efectivo, y los causahabientes puedan administrar su legado, se precisará que el usuario establezca en su testamento qué sucederá con todas sus «propiedades digitales» en internet, con indicación y referencia expresa de las correspondientes claves de acceso (Moralejo Imbernón, 2020).

⁴⁵ Conversación telefónica mantenida por los autores con el profesor Borja Adsuara el 3 de junio de 2021.

⁴⁶ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

3.2. Derechos de igualdad

Este bloque está integrado por los siguientes derechos:

- VIII. Derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital.
- IX. Derecho de acceso a internet.
- X. Protección de las personas menores de edad en el entorno digital.
- XI. Accesibilidad universal en el entorno digital.
- XII. Brechas de acceso al entorno digital.

En pleno siglo XXI, y tratándose nuestro país de una sociedad libre y desarrollada, donde el núcleo de la política y la opinión pública se desarrolla en la lucha por los derechos fundamentales⁴⁷, no pasa desapercibido para la Carta el derecho de igualdad. Todo Estado democrático tiene la obligación de salvaguardar la igualdad entre todos sus ciudadanos, y España lo hace en el artículo 9.2 de la CE:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

De igual modo, el artículo 14 de la CE recoge que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Podemos encontrar también especial protección en el artículo 14 del CEDH sobre la prohibición de la discriminación.

Recogiendo las palabras⁴⁸ de la letrada del Tribunal Constitucional Itziar Gómez Fernández, en una intervención en un seminario sobre la Carta, podemos condensar la valoración de este segundo bloque de derechos en cuatro palabras: protección, promoción, accesibilidad y brecha digital, concretándose en el principio de no exclusión.

Como en la sociedad, en esta Carta se han creado cuatro grandes grupos, entendidos como los más vulnerables y que por consecuencia requieren de mayor protección: las mujeres, los menores de edad, los discapacitados y las personas mayores.

⁴⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos como base para todo ordenamiento jurídico de los estados que conforman la ONU.

⁴⁸ Se puede acceder al contenido de la sesión en: https://www.youtube.com/watch?v=lj-YE0ET_xl

En el apartado VIII sobre el *derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital* se recoge que se promoverá la igualdad efectiva entre hombres y mujeres aplicando la perspectiva de género y adoptando en su caso medidas para garantizar la ausencia de sesgos de género en los datos y algoritmos usados. Atendiendo a la realidad, no es ninguna novedad afirmar que en ciertos aspectos este tema se ha politizado, por lo tanto, es de especial importancia que esta carta no se convierta en un instrumento más para la lucha política. No obstante, internet debe ser un lugar seguro para las mujeres, donde sus derechos deben ser protegidos y exista la igualdad entre hombres y mujeres.

Con respecto al *derecho de protección de las personas menores de edad en el entorno digital*, el legislador es siempre especialmente sensible ante la mayor necesidad de protección de los menores de edad. Se considera que su falta de madurez, la posibilidad de manipulación y la falta de capacidad jurídica en algunos aspectos son factores que les crean una mayor vulnerabilidad⁴⁹. Atendiendo a la legislación española, observamos como este derecho no es tampoco una novedad de la Carta, pues la protección a menores de edad viene ya recogida en, por ejemplo, la Ley orgánica de la protección jurídica del menor⁵⁰ o la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia⁵¹.

Esto evidencia que, pese a quedar un largo camino para la mejora del bienestar de este colectivo tan vulnerable, la sociedad está concienciada en la necesidad de una mayor protección al menor. De esta misma manera, y siendo las generaciones más recientes las que hacen un mayor uso de las tecnologías, la Carta considera que el entorno digital debe ser un terreno seguro para su desarrollo (Montero Molina, 2018). No obstante, la importancia de este derecho no termina aquí. Por un lado, se debe respetar y promover el derecho de los padres frente a sus hijos, otorgándoles el derecho y la obligación de supervisar las actuaciones de sus hijos en internet. Y, por otro, debemos ser conscientes de que internet es un medio que facilita la comisión de algunos delitos tipificados en nuestro Código Penal, y que atentan contra la seguridad y bienestar de los menores. Entre otros, podemos destacar el acoso sexual al menor por internet, conocido como *child-grooming*⁵², la pornografía infantil⁵³ o el *ciberbullying*⁵⁴.

Siguiendo con otro de los grupos vulnerables, es preciso referirse a las personas discapacitadas (Andreu Martínez, 2018). Gracias a la evolución de la sociedad en la actualidad, y a la gran campaña de concienciación acerca de este tema, las personas discapacitadas

⁴⁹ *Vid.*, de reciente publicación: Moralejo Imbernón, N.: *Los derechos de los menores y las redes sociales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2022.

⁵⁰ BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996.

⁵¹ BOE núm. 134 de 5 de junio de 2021.

⁵² Reforma del Código Penal del año 2015 (LO 1/2015 de 30 de marzo) que añade el artículo 183 ter.

⁵³ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011.

⁵⁴ Relacionado con el delito de *stalking* recogido en BOE núm. 274 de 12 de noviembre de 2010, pp. 94858 a 94879 (Convenio de Lanzarote de octubre de 2007).

gozan hoy en día de un adecuado respaldo legislativo para no ver quebrantados sus derechos y evitar su exclusión de la sociedad. Ejemplo de esta especial protección que el ordenamiento les otorga serían la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁵⁵ o la Convención de derechos de las personas con discapacidad⁵⁶. Asimismo, podemos observar como la Carta sirve al Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad⁵⁷ 2014-2020, que planteaba la necesidad de avanzar en un mayor desarrollo de la accesibilidad universal en todos los ámbitos de las personas con discapacidad y, en este sentido, su «objetivo operativo 1» es fomentar la accesibilidad en las tecnologías de la información y la comunicación (Piñar Mañas, 2018).

Para concluir este recorrido sobre la protección de los grupos más vulnerables en el ámbito digital, haremos una breve alusión a las personas mayores (Abad, 2018). En nuestra carta magna encontramos, en el artículo 50 de la CE, una especial mención a la protección de los derechos de los mayores, así como una normativa específica, la Ley de atención y protección a las personas mayores⁵⁸.

Debemos ser conscientes de la evolución a pasos agigantados que ha experimentado la tecnología. Para las generaciones más recientes esto no ha supuesto ninguna problemática, puesto que han nacido con ello, son los llamados «nativos digitales». Sin embargo, y como hemos destacado en la introducción a este trabajo, las personas mayores se han visto en ciertos aspectos perjudicadas por esta evolución, pues carecen de formación electrónica y no saben desenvolverse con facilidad en el ámbito digital. De ahí que existe una necesidad de garantizar la plena ciudadanía digital y la participación en asuntos públicos, para que las personas mayores no caigan en un grupo víctima de la exclusión social.

3.3. Derechos de participación y conformación del espacio público

Este tercer bloque de la Carta está integrado por:

- XIII. Derecho a la neutralidad de internet.
- XIV. Libertad de expresión y libertad de información.
- XV. Derecho a recibir libremente información veraz.

⁵⁵ BOE núm. 289 de 3 de diciembre de 2013.

⁵⁶ BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008. Sec. 1.º, pp. 20648 a 20659.

⁵⁷ Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad (PAEED) 2014-2020, Informe elaborado por el Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED). <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/wp-content/uploads/2016/12/Informe-Eval-Fase1-PAEED-OED-web.pdf>

⁵⁸ BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 1999, pp. 34670 a 34680.

- XVI. Derecho a la participación ciudadana por medios digitales.
- XVII. Derecho a la educación digital.
- XVIII. Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas.

El espacio público es un medio indispensable para representar los intereses de los ciudadanos, y existiendo una inseparable relación entre el espacio público y la ciudadanía, se precisa aquí abordar la idea de «ciudadano», su manera de participar en dicho espacio público y su manera de relacionarse en el entorno (González-Ulloa Aguirre, 2015).

Aunque podríamos citar varios artículos de nuestra Carta Magna donde vienen recogidas las bases de los derechos de este bloque, podemos destacar en especial el artículo 23 de la CE:

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Asimismo, en la propia LOPD podemos encontrar diferentes artículos donde se hace alusión a este precepto, como en el artículo 26 sobre el tratamiento de datos con fines de archivo de interés público por parte de las Administraciones públicas, o la disposición adicional séptima sobre la identificación de los interesados en las notificaciones por medio de anuncios y publicaciones de actos administrativos.

Cuando hablamos del derecho a participar en los asuntos públicos, cabe destacar que numerosas actuaciones que tienen que ver con la Administración se han digitalizado. Por lo que, como bien hace la carta en sus derechos XVI y XVIII, es preciso garantizar que toda la población goce de los medios necesarios para llevar a cabo una participación activa de manera satisfactoria. El derecho XVI recoge en su apartado segundo diferentes derechos ya comentados anteriormente como la igualdad o la accesibilidad, pero ahora frente a la Administración pública. En su apartado tercero se garantiza un elevado estándar de seguridad. ¿Por qué este énfasis? Pues bien, no debemos olvidar que uno de los derechos de participación de los ciudadanos desarrolla procedimientos que implican el sufragio⁵⁹.

Para que este procedimiento se lleve a cabo de manera efectiva es necesario el anonimato, que la carta lo garantiza con la seguridad, accesibilidad, fiabilidad, usabilidad, eficacia y eficiencia. Siguiendo con el derecho XVIII, podemos destacar diferentes modelos

⁵⁹ Artículo 23 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general.

de ayuda que han ido apareciendo para que resulte a las personas una tarea más sencilla realizar, por ejemplo, sus obligaciones con la Administración. Uno de estos ejemplos podrían ser los diferentes manuales o vídeos explicativos que la Agencia Tributaria cuelga en su página web⁶⁰, como el de la declaración de la renta.

Además, podemos añadir el *derecho a la educación digital* como el medio por el cual se puede conseguir de manera más eficaz la participación ciudadana y las relaciones con la Administración pública en el entorno digital.

Hay tres derechos en este apartado de la Carta que merecen una mención especial: el derecho a la neutralidad de internet⁶¹, la libertad de expresión y libertad de información (Whittingham, 2007), y el derecho a recibir libremente información veraz.

Podemos encontrar su base jurídica en el artículo 20 de la CE y en el 10 de la CEDH, en relación con la libertad de expresión. El derecho a una neutralidad de internet y a recibir información veraz podría concordar más con el artículo 9.2 de la CE o el 14 de la CEDH, pues lo que se intenta evitar es la discriminación. Analizando el *derecho a la libertad de expresión y la libertad de información*, queda claro que en un Estado democrático todos los ciudadanos deben sentirse libres a la hora de expresar su opinión sin ser discriminados por ello, siempre y cuando no sobrepasen los límites legales, es decir, sin quebrantar el artículo 18 de la CE. Asimismo, la libertad de información, siguiendo como ejemplo la libertad de prensa en el entorno digital.

Por otro lado, el derecho a la neutralidad de internet (Fuentes, 2018), que podríamos entender amparado por el artículo 14 del CEDH sobre prohibición de discriminación y recogido en el artículo 80 de la LOPD, lo entendemos como la obligación de los medios de internet de proporcionar servicios sin ningún tipo de discriminación. A colación de este derecho podemos añadir también el de recibir libremente información veraz, pues sin una neutralidad en internet, esto no sería posible. Sin duda que al analizar este derecho nos viene a la cabeza algo que, por desgracia, encontramos a la orden del día: las *fake news* o noticias falsas. Y es que, «una mentira repetida adecuadamente mil veces se convierte en una verdad»⁶². Pues es exactamente eso es lo que está pasando con estas noticias, que no son más que datos falsos que, alentados por la rápida distribución de internet, acaban calando en la sociedad y en cada uno de nosotros.

Como acertadamente señala el abogado general que presentó sus conclusiones ante el TJUE respecto al conocido asunto que dio lugar a la creación jurisprudencial del *derecho al olvido*,

⁶⁰ <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/Ayuda/20Manual/100.shtml>

⁶¹ STJUE, núm. 206/2020, de 15 septiembre, caso *Telenor Magyarország Zrt. contra és Hírközlési Hatóság Elnöke*.

⁶² Frase atribuida a Joseph Goebbels (1897-1945), político alemán que fue jefe de campaña de Hitler y ministro de Propaganda de la Alemania nacionalsocialista.

el derecho fundamental a la información merece protección particular en el Derecho de la Unión Europea, particularmente a la luz de la tendencia cada vez mayor de los regímenes autoritarios en todo el mundo a limitar el acceso a Internet o a censurar el contenido disponible en él⁶³.

En España los expertos en derecho digital están buscando cómo dar una solución a este problema, pues el control y la retirada de noticias falsas acarrea no poca controversia. Y es que, para frenar este fenómeno, un algoritmo debería detectar y eliminar noticias que fuesen presuntamente falsas. Ahora bien, ¿dónde queda entonces la libertad de expresión?, ¿se quebrantarían así los principios democráticos de una sociedad donde el único autorizado para limitar un derecho fundamental es un juez o tribunal y no una máquina?, ¿qué pasa si resulta que esa noticia al final resulta que era veraz? Son cuestiones que se plantean en este nuevo ecosistema digital y que el legislador deberá responder cuanto antes.

3.4. Derechos del entorno laboral y empresarial

Este bloque de derechos de la Carta está integrado únicamente por un ámbito jurídico propiamente dicho –el laboral–, mientras que lo que se recoge bajo el epígrafe XX, *La empresa en el entorno digital*, es meramente una declaración de principios:

- XIX. Derechos en el ámbito laboral,
- XX. La empresa en el entorno digital.

Respecto del primero de ellos, la Carta no deja en el olvido el ámbito laboral como aspecto relevante a proteger en el marco de la digitalización y el auge de la robótica (Mercader Uguina, 2018). Este apartado engloba una larga lista de derechos relativos al trabajador, fundamentados –una vez más– en la dignidad de la persona y el respeto a los derechos fundamentales.

Continuando con el esquema seguido hasta ahora, podemos hacer referencia en primer lugar a la base legal de estos derechos. Encontramos relación con diferentes artículos de la CE, como por ejemplo el 18 sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, o el artículo 14 sobre la igualdad. En relación con el CEDH, podemos destacar también el artículo 8 sobre el derecho a la vida privada y familiar o el 14 sobre la prohibición de la discriminación.

⁶³ Conclusiones del abogado general Niilo Jääskinen ante el TJUE, presentadas el 25 de junio de 2013, C-131/12, *Google Spain, S.L., Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, párrafo núm. 121.

No obstante, cabe señalar aquí la importante relación que encontramos con la normativa de protección de datos, pues numerosos derechos mencionados en este apartado de la Carta los encontramos recogidos en la LOPD, como los artículos 87, 88, 89 y 90. En estos preceptos, al igual que en la Carta, se recogen derechos como la desconexión digital, la intimidad y el uso de dispositivos digitales, la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos⁶⁴ o la intimidad ante la utilización de sistemas de digitalización; todos ellos en el ámbito laboral.

Aunque todos ellos se brindan a un análisis exhaustivo, debido a la nueva realidad tras la pandemia provocada por la covid-19 (Martínez *et al.* 2020), nos centraremos únicamente en el análisis del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, junto al acceso al teletrabajo, regulado recientemente por la conocida como «ley del teletrabajo»⁶⁵.

Ya no supone ninguna novedad afirmar que, tras la pandemia, la manera de trabajar ha cambiado radicalmente. Aunque en diversos países del mundo el teletrabajo se había implantado desde hace años, lo cierto es que en España rara vez encontrábamos a alguien que trabajase desde su casa con un portátil sin ir a la oficina. Por lo que, tras vernos sumergidos en la necesidad de desarrollar nuestras actividades laborales sin salir de casa, el teletrabajo se ha convertido en nuestro día a día. Ahora bien, ¿es esto una ventaja o una desventaja? Ciñéndonos a un análisis jurídico de la situación, el teletrabajo puede acarrear la violación de ciertos derechos del trabajador recogidos en el Estatuto de los Trabajadores⁶⁶, en concreto en su artículo 20 bis: «Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión».

Y es que, antes de la pandemia, este derecho no se veía tan amenazado, pues, una vez salía uno de la oficina, se desconectaba del ordenador y el teléfono del trabajo hasta el comienzo de la próxima jornada laboral. Asimismo, la exposición del hogar y los familiares en el entorno laboral dependía de uno mismo. Pero ahora, el ordenador del trabajo lo utilizamos desde casa y fijar unos horarios para organizar a una plantilla que está trabajando en lugares diferentes puede generar la violación del derecho de desconexión del trabajador, pues ahora el hogar es el lugar de trabajo y tus compañeros no se percatan de si estas todavía ocupando tu lugar de trabajo o has terminado la jornada laboral.

Por un lado, la violación del derecho a la intimidad puede darse de manera más fácil, ya que, al fin y al cabo, numerosas reuniones se llevan a cabo por plataformas de videollamadas, dejando al descubierto el hogar. Por estas razones, España ha empezado a regular esta situación, como podemos ver con la Ley del trabajo a distancia⁶⁷. Por otro lado, numerosos trabajadores

⁶⁴ STSJ de Galicia, de 15 de febrero de 2021, FJ 3.º.

⁶⁵ BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021, pp. 82540 a 82583.

⁶⁶ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

⁶⁷ Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

se han acomodado al teletrabajo para mejorar su capacidad de conciliar el ámbito laboral y familiar; sin embargo, una vez tomadas las medidas de seguridad por la covid-19, no se le puede exigir a la empresa que establezca la manera de trabajar semipresencial u online completa⁶⁸.

Con respecto a la empresa en el entorno digital, aquí la Carta no hace más que enunciar una serie de principios generales, sin detallar lo más mínimo ni ofrecer propuestas concretas. Sí lo hace, como hemos señalado en un epígrafe precedente, la de DMA en el ámbito de la UE. Esa normativa⁶⁹ prevé un sistema de «designación» que reconoce el amplio alcance en que operan las plataformas digitales. Esto permite a la Comisión Europea identificar las plataformas que desempeñan un papel crucial en los mercados digitales y designarlas como *gatekeepers*.

Otra característica importante de la DMA es su papel complementario de velar por y mantener la salud de los mercados digitales junto con otras herramientas legales que están actualmente a disposición de la Comisión y las autoridades nacionales de los Estados miembros. Quizá el ejemplo más claro de esto es el tema del *big data* en su peculiar «interfaz» con el derecho de defensa la competencia (Herrero Suárez, 2018), donde la actividad de la Comisión en relación con los mercados digitales ha ocupado los titulares de los medios de comunicación en los últimos años. En efecto, empezando por los tres casos contra Google⁷⁰ (uno de los cuales ha sido resuelto recientemente a favor de la Comisión por el Tribunal General)⁷¹, y pasando por la apertura de investigaciones contra Apple⁷² y Amazon⁷³, la Comisión ha mostrado una feroz determinación para hacer frente al supuesto comportamiento anticompetitivo de las plataformas digitales que gozan de una posición dominante y, por tanto, tienen una «especial responsabilidad» de no dañar el proceso. competitivo.

3.5. Derechos digitales en entornos específicos

Finalmente, este último apartado está integrado por una serie de derechos de lo más variado y heterogéneo:

- XXI. Derecho de acceso a datos con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica, fines estadísticos, y fines de innovación y desarrollo.

⁶⁸ SJS núm. 31 6563/2021 que aborda el derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente (ECLI:ES:JSO:2021:6563).

⁶⁹ Vid. un acertado análisis del documento en Tamayo Velasco (2021).

⁷⁰ Asunto AT.39740 *Google Search (Shopping)*, June 27, 2017; Asunto AT.40099 *Google Android*, July 18, 2018; Asunto AT.40411 *Google Search (AdSense)*, March 20, 2019.

⁷¹ Asunto T-612/17, *Google and Alphabet v. Commission* (Google Shopping), ECLI: EU:T:2021:763.

⁷² Asunto AT.40452 *Apple (Mobile payments-Apple Pay)*; Asunto AT. 40437 *Apple-App Store Practices (music streaming)*; y Asunto AT.40652 *Apple-App Store Practices (e-books/audiobooks)*.

⁷³ Asunto AT.40703 *Amazon-Buy Box*.

- XXII. Derecho a un desarrollo tecnológico y un entorno digital sostenible.
- XXIII. Derecho a la protección de la salud en el entorno digital.
- XIV. Libertad de creación y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital.
- XV. Derechos ante la inteligencia artificial.
- XVI. Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías.

Este apartado puede ser considerado como un cajón de sastre, donde el legislador ha creado un último grupo con derechos que no encajaban en los demás bloques. Naturalmente, ya se ha contemplado por la doctrina el encaje de estos «entornos específicos» digitales en las actuales categorías jurídicas, como pueden ser la propiedad intelectual (Cuerva de Cañas, 2018), la industrial (Castán Pérez-Gómez, 2018), o la protección de la salud (Laukyte, 2018). Y desde un ámbito más ético que jurídico, ya se ha escrito (Goering y Yuste, 2016) también sobre las neurotecnologías, pese a lo recientísimo de su aparición. Pero está claro que no hay todavía un acervo doctrinal o jurisprudencial sobre los derechos que este heterogéneo apartado de la Carta enuncia. Además, al no tener lazos en común unos con otros, es complicada la referencia a una base constitucional concreta de este último catálogo.

Siendo todos los derechos recogidos aquí de igual importancia, vamos a enfocar nuestra atención –por su especial relevancia– en uno de ellos muy específico: *derechos ante la inteligencia artificial*. Ya hemos señalado en un epígrafe precedente cómo este fenómeno está transformando en profundidad gran parte de la realidad en que vivimos, y es por ello por lo que el derecho tiene que darle una respuesta –en términos regulatorios– adecuada.

¿Qué es la inteligencia artificial? John McCarthy⁷⁴ la define como «la ciencia y la ingeniería de crear máquinas inteligentes, especialmente programas de computación inteligentes. Está relacionada con la tarea similar de utilizar ordenadores para comprender la inteligencia humana, pero la IA no se limita a métodos que sean observables biológicamente».

Poco a poco, este concepto de IA va siendo más común en el día a día de los ciudadanos. Por ello, Europa ha visto necesario dotarse de una regulación acerca de este fenómeno, y crear una normativa fundamentada en los pilares de la UE⁷⁵ y velando siempre por el interés general. Sin embargo, hasta ahora toda la normativa existente sobre la IA destaca por tratarse de normativa no vinculante, y carece por tanto de fuerza coercitiva.

⁷⁴ Documento publicado en 2007 por la Universidad de Stanford, recogido en el obituario del autor, auténtico pionero en la computación y desarrollo de la inteligencia artificial. Publicado en el diario *El País*, el 17 de octubre de 2011: «John McCarthy, el arranque de la inteligencia artificial». https://elpais.com/diario/2011/10/27/necrologicas/1319666402_850215.html

⁷⁵ Conforme al artículo 2 del TFUE, se consideran como valores fundamentales de la UE: el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y el respeto de los derechos fundamentales, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías.

Cabe destacar, en este sentido, como ya hemos apuntado en el epígrafe introductorio de este trabajo, dos textos claves: el Libro Blanco sobre la IA⁷⁶, publicado en el 2020 y la propuesta de Reglamento sobre IA⁷⁷ del pasado 21 de abril de 2021.

- Libro Blanco sobre la IA: es un documento publicado por la Comisión Europea que busca situar a Europa como pionera en este fenómeno. El texto cuenta con un doble enfoque: el primero sería la promoción de la IA, y el segundo, velar por la no violación de los derechos de los ciudadanos en el mismo ámbito. Es decir, vertiente de inversión y vertiente de regulación. Parece claro que la Comisión entiende que para que se produzca un gran desarrollo de este sector dentro de la UE, debe acompañarle una regulación de las mismas características. Los puntos más vulnerables en la realidad de la IA son los derechos fundamentales, en concreto la protección de datos y la no discriminación. Por esta razón, el marco normativo del Libro Blanco previene el uso de determinados algoritmos de la IA que generen prejuicios raciales o de género⁷⁸.
- Propuesta de Reglamento sobre la IA: siguiendo los pasos del Libro Blanco de IA, la finalidad declarada de la normativa es establecer unas pautas para determinar el nivel de riesgo de las herramientas de la IA y cumplir con la Estrategia para el Mercado Único digital de la UE⁷⁹. En esta división encontramos los sistemas de IA prohibidos y los sistemas de IA de alto riesgo.

4. Conclusiones

De todo lo dicho anteriormente podemos extraer las siguientes conclusiones.

1. En primer lugar, el auge de la sociedad de la información, las nuevas tecnologías y las herramientas digitales de que ahora disponemos ha creado no solo nuevas oportunidades, sino también retos para los derechos fundamentales y los valores

⁷⁶ Se puede encontrar en la web de la oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

⁷⁷ Se puede encontrar en la página web de EUR-Lex.

⁷⁸ Pie de página número 35 del Libro Blanco: «El Comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de la Comisión está preparando en la actualidad un dictamen sobre la inteligencia artificial, que analiza, entre otras cuestiones, las repercusiones de esta última en la igualdad de género, y cuya adopción por el Comité está prevista a principios de 2020».

⁷⁹ La base jurídica de la propuesta es el artículo 114 del TFUE, que trata de la adopción de medidas para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Su objetivo primordial es garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de normas armonizadas, en particular en lo que respecta al desarrollo, la introducción en el mercado de la Unión y el uso de productos y servicios que empleen tecnologías de IA o se suministren como sistemas de IA independientes (página 6 de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo).

democráticos, que obligan al legislador a dar una respuesta de tipo regulatoria. Un ejemplo reciente, que en estas páginas solo se ha apuntado, es la reciente aparición de los «bots conversacionales», del estilo de ChatGPT, que ha planteado un debate sin precedentes sobre sus potenciales riesgos jurídicos, morales, sociales, etc., y ante los que hasta este momento no había tenido que enfrentarse la normativa.

2. Esta respuesta, plasmada en la política de la UE en el ámbito de las tecnologías digitales, en los últimos 20 años ha pasado de una perspectiva económica liberal a un enfoque orientado al «constitucionalismo», con la publicación de una serie de propuestas normativas –habitualmente en la forma de reglamentos– y, en fechas muy recientes, la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital. Este es, con carácter general, el rasgo que querríamos destacar como conclusión a estas páginas: el avance hacia una suerte de «constitucionalismo digital» como respuesta ante los nuevos fenómenos.
3. En tercer lugar, junto a las amenazas percibidas con carácter general, este marco tecnológico impulsado precisamente por las ideas liberales y la libertad de empresa ha permitido a las empresas multinacionales que funcionan en el entorno digital –las plataformas digitales como Google, Apple, Facebook o Amazon– desempeñar funciones cuasirregulatorias a escala mundial, que han puesto en entredicho la soberanía de los Estados en los que operan. Parte de la normativa que hemos analizado está enfocada a poner coto a este excesivo poder. Sería la vertiente más económica de ese nuevo constitucionalismo digital, que a la vez que respeta –como señala nuestro art. 38 de la Constitución Española– la economía de mercado y la libertad de empresa, vela también por la adecuada protección de los consumidores, y del propio mercado, así como de las empresas que operan en él. A este fin responden los nuevos reglamentos sobre mercados digitales (DMA) y servicios digitales (DSA).
4. En cuarto lugar, y desde una óptica ya puramente del derecho privado, las nuevas realidades digitales conforman un ecosistema en el que aparecen nuevas herramientas (tokenización, criptomonedas, *blockchain*, el metaverso, etc.) ante las que el ciudadano puede estar inermes, máxime si se trata de colectivos especialmente vulnerables, como ancianos, niños o discapacitados. Y, sin tener necesariamente que tratarse de colectivos vulnerables, parece evidente que hay una cierta sensación de no estar preparados –y protegidos– ante los riesgos que plantea la IA, como acertadamente pone de manifiesto la propuesta de Reglamento de la UE.
5. En quinto lugar, y en referencia a un grupo muy especial de colectivos de los que hemos mencionado en el apartado anterior, cabe criticar que la actual regulación –tanto en la UE como en España– parece a veces no ser consciente de la importancia de articular una especial atención a los menores de edad ante las nuevas realidades digitales, de las que por desgracia tantas veces son víctimas. Los avances que estamos contemplando a pasos agigantados deberán ir parejos a una regulación que proteja a las nuevas generaciones, instrumentando medios eficaces que los mantengan a salvo de cualquier ataque a su integridad.

6. En sexto lugar, junto a afirmar la necesidad de una regulación en el ámbito digital, para la protección de los derechos de los ciudadanos, y alabar el paso que se ha dado en España con la publicación de la Carta de Derechos Digitales, y en el ámbito de la Unión Europea con los nuevos reglamentos que hemos examinado en estas páginas, es preciso también señalar sus límites y carencias, en cuanto al alcance material de su contenido. La Carta en España, y lo mismo se puede decir de los nuevos reglamentos comunitarios, deja abierto un debate de hondo calado sobre qué dirección debe seguir el legislador para conformar un entorno digital seguro, inclusivo y al alcance de todos, o no se justifica adecuadamente por qué se prima un determinado bien jurídico en detrimento de otro, cuando ambos son igualmente dignos de protección y tutela.
7. Como última conclusión, y respecto a los instrumentos jurídicos adoptados para implementar los principios anteriormente citados, hemos de señalar que en nuestro país la Carta de Derechos Digitales cuenta con numerosos hándicaps, como la no inclusión de numerosos derechos que perfectamente se podían haber incluido, o su difusa relevancia jurídica al no gozar de carácter vinculante. Esta es, sin duda, la crítica más severa que se le puede hacer a la Carta: a diferencia de los reglamentos comunitarios, que sí establecen un nuevo catálogo de derechos –llámense y considérense fundamentales, o no-, el texto español es una mera declaración de principios, pero no son jurídicamente «accionables», y por tanto carecen de fuerza coercitiva y tutela judicial. Es por ello que tenemos, de momento, un déficit en el avance que sí contemplamos en el ámbito de la UE hacia ese nuevo «constitucionalismo digital».

Referencias bibliográficas

- Abad, L. (2018). Capítulo 20. Mayores y ciudadanía digital. En J. L. Piñar Mañas y T. de la Cuadra Salcedo (Dirs.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 439-454). BOE.
- Andreu Martínez, M. B. (2018). Capítulo 19. Los menores y sus derechos en la sociedad digital. En J. L. Piñar Mañas y T. de la Cuadra Salcedo (Dirs.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 417-438). BOE.
- Baño León, J. M. (1988). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24.
- Barrio Andrés, M. (14 de octubre de 2022). El nuevo Reglamento europeo de Mercados Digitales. *Diario La Ley*, 150.
- Barrio Andrés, M. (2022). La Carta de derechos digitales de España. *El Notario del s. XXI*, 101.
- Bastida Freijedo, F. J., Villaverde Menéndez, I., Requejo Rodríguez, P., Presno Linera, M. A., Aláez Corral, B. y Fernández Sara-

- sola, I. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos.
- Castán Pérez-Gómez, A. (2018). Capítulo 36. La propiedad industrial en el ecosistema digital. En J. L. Piñar Mañas y T. de la Cuadra Salcedo (Dirs.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 755-770). BOE.
- Cuerva de Cañas, J. A. (2018). Capítulo 34. La propiedad intelectual en el mundo digital. En J. L. Piñar Mañas y T. de la Cuadra Salcedo (Dirs.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 719-740). BOE.
- Díez Estella, F. (2020). Regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa? *CEF Legal. Revista Práctica de Derecho*, 229, 5-40.
- Esteban Ruiz, A. (3 de junio 2021). La propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial de la UE, a examen. *Blog Cuatrecasas de Propiedad Intelectual y Tecnologías*. <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/propuesta-reglamento-ue-inteligencia-artificial>
- Fernández Burgueño, P. (2012). Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación online. *Revista AdComunica*. Universidad Jaume I, 3, 125-142.
- Fernández Hernández, C. (1 de septiembre de 2021). ¿Están suficientemente protegidos los derechos de las personas en la propuesta de Reglamento sobre IA? *Diario La Ley*, 53.
- Fernández Rodríguez, T. R. (1982). Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos. *Revista de Derecho Político*, 15, 21-34.
- Fuertes, M. (2018). Capítulo 23. Defensa de Derechos y neutralidad en la red. En J. L. Piñar Mañas y T. de la Cuadra Salcedo (Dirs.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 491-510). BOE.
- Gallego Anabitarte, A. (1994). *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Civitas.
- Garrido Falla, F. (1979). El artículo 53 de la Constitución. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 21, 173-188.
- Garrido Falla, F. (2001). Garantías de las libertades y derechos fundamentales. En *Comentarios a la Constitución*. (3.ª ed.). Civitas.
- Gascón Marcén, A. (2021). El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 209-232.
- Geradin, D. (2021). What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a Digital Market Act? https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3788152
- Gill, L., Redeker, D. y Gasser, U. (2015). Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. Berkman Center Research Publication No. 2015-15. <https://ssrn.com/abstract=2687120>
- Goering, S. y Yuste, R. (2016). On the Necessity of Ethical Guidelines for Novel Neurotechnologies. *Cell*, 167(4), 882-885.
- González, A. (s. f.). El derecho al testamento digital. *Uría Menéndez*. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6000/documento/Tribuna-Empresa-Familiar.pdf?id=11934>
- González-Ulloa Aguirre, P. (2015). Ciudadanía ante el espacio público. La difícil y necesaria relación para fortalecer a las instituciones. *Confines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, 11(21), 87-106.
- Gregorio, G. de (17 de mayo de 2021). The Digital Services Act: A Paradigmatic Example of European Digital Constitutionalism *Diritti Comparati*. <https://www>

- diritticomparati.it/the-digital-services-act-a-paradigmatic-example-of-european-digital-constitutionalism/
- Gregorio, G. de (2021). The rise of digital constitutionalism in the European Union. *International Journal of Constitutional Law*, 19(1), 41-70.
- Hernández Corchete, J. A. (2018). Capítulo 12. Expectativas de privacidad tutela de la intimidad y protección de datos. En J. L. Piñar Mañas y T. de la Cuadra Salcedo (Dirs.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 290-293). BOE.
- Herrero Suárez, C. (2018). Capítulo 31. Big Data y Derecho de la Competencia. En J. L. Piñar Mañas y T. de la Cuadra Salcedo (Dirs.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 659-682). BOE.
- Ibáñez Colomo P. (2021). The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis. <https://ssrn.com/abstract=3790276>
- Ibáñez Macías, A. (2021). Identificando Derechos Fundamentales en la Constitución Española. *Derechos y Libertades*, 44, época II, 277-315.
- Laukyte, M. (2018). Capítulo 41. Robots y Sanidad. En J. L. Piñar Mañas y T. de la Cuadra Salcedo (Dirs.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 865-878). BOE.
- Martín Retortillo, L. (2003). Presentación. En *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del derecho administrativo hoy*. Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Thomson Aranzadi.
- Martínez López-Sáez, M. (2018). Capítulo 2. La dignidad humana y los derechos personalísimos como punto de partida de un derecho a la protección de datos de carácter personal. En *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal* (pp. 22-24). Tirant lo Blanch.
- Martínez, M.^a del M., Fernández, S., Francés, D. y Marcos, I. (2020). España post COVID-19: de la resiliencia a la reinvencción. *Informe McKinsey*.
- Mercader Uguina, J. (2018). Capítulo 29. El futuro del trabajo y del empleo en la era de la digitalización y la robótica. En J. L. Piñar Mañas y T. de la Cuadra Salcedo (Dirs.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 611-632). BOE.
- Montero Molina, J. A. (2018). Capítulo 21. Discapacidad y ciudadanía digital. En J. L. Piñar Mañas y T. de la Cuadra Salcedo (Dirs.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 455-467). BOE.
- Moralejo Imbernón, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *Anuario de Derecho Civil*, LXXIII(1), 241-281.
- Moralejo Imbernón, N. (2022). *Los derechos de los menores y las redes sociales*. Tirant lo Blanch.
- Peces-Barba, G., Asís Roig, R. y Barranco Avilés, M. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Dikynson.
- Piñar Mañas, J. L. (2018). Capítulo 3. Identidad y persona en la sociedad digital. En J. L. Piñar Mañas y T. de la Cuadra Salcedo (Dirs.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 95-112). BOE.
- Piñar Mañas, J. L. (2021). Derechos digitales, perseverando en la lucha por el valor permanente de la dignidad de la persona en el mundo digital. *Diario La Ley de Ciberderecho*, 50.
- Piñar Mañas, J. L. (Dir.), Álvarez Caro, M. y Recio Gayo, M. (Coords.). (2016). *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Reus.

- Piñar Real, A. (2021). La Declaración de derechos y principios digitales de la Comisión Europea. ¿Hacia un marco constitucional de los derechos digitales en Europa? *Revista de Derecho Digital e Innovación. La Ley*, 10.
- Prabhat Agarwal, G. (2022). The EU's proposal for a Digital Markets Act – An Ex-Ante landmark. *Competition Policy International. TechReg Chronicle*.
- Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. de la. (2018): Capítulo 1. Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital. En J. L. Piñar Mañas y T. de la Cuadra Salcedo (Dirs.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 44-45). BOE.
- Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. de la. (2021). Derechos digitales, perseverando en la lucha por el valor permanente de la dignidad de la persona en el mundo digital. *Diario La Ley de Ciberderecho*, 50.
- Tajadura Tejada, J. (2015). *Los derechos fundamentales y sus garantías*. Tirant lo Blanch.
- Tamayo Velasco, J. (2021). *Los retos de la economía digital y la propuesta de «Ley de mercados digitales» de la Unión Europea*. Comares.
- Troncoso Reigada, A. (2010). Capítulo primero. La configuración constitucional de un derecho fundamental a la protección de datos personales y su desarrollo por el legislador. En *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*. Tirant lo Blanch.
- Whittingham, J. (2007). Libertad de información. *Revista Derecho del Estado*, 20, 33-48.

Fernando Díez Estella es profesor titular (acreditado) de Derecho Mercantil. Licenciado en Derecho y Económicas por la Universidad Pontificia de Comillas. Autor de numerosas publicaciones en el ámbito del derecho de defensa de la competencia. Copresidente de la sección de Derecho de la Competencia del ICAM. <https://orcid.org/0000-0002-5011-0051>

Beatriz Oliver García es alumna del Grado en Derecho y diploma en Relaciones Internacionales por la Universidad Villanueva (Madrid). Investigadora asociada al grupo TDIS (tecnología, digitalización e innovación social), en la Universidad Villanueva.



Covid-19 y vacunación: la disyuntiva entre la obligatoriedad y la voluntariedad

María Victoria Álvarez Buján

Profesora contratada doctora. Universidad Internacional de La Rioja

Abogada en ejercicio (ICA Ourense) (España)

mariavictoria.alvarezbujan@unir.net | <https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Nicolás González-Deleito Domínguez, don José Damián Iranzo Cerezo, don Fabio Pascua Mateo y don Ángel José Sánchez Navarro.

Extracto

La posibilidad de plantear como obligatoria la vacunación frente a la covid-19 suscita en la actualidad una importante polémica social y jurídica que los medios de comunicación explotan candentemente. La respuesta a tal cuestión debe ofrecerse de forma técnica y clara, de la mano del derecho y especialmente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico, lo que requiere un análisis del marco normativo aplicable, de las peculiaridades científico-sanitarias intrínsecas tanto al virus como a la vacunación y, en última instancia, de los riesgos-beneficios desde la óptica del interés general y la salud pública. Todo ello nos conduce inexcusablemente al estudio del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad (con sus exigencias), tomando en consideración su aplicación práctica y las potenciales consecuencias que tendría la implementación de la vacunación obligatoria ante la actitud renuente de los ciudadanos y la posibilidad de que podamos encontrarnos ante un cambio de paradigma.

Palabras clave: covid-19; vacunación; legalidad; proporcionalidad; coerción.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-05-2023

Cómo citar: Álvarez Buján, M.^a V. (2023). Covid-19 y vacunación: la disyuntiva entre la obligatoriedad y la voluntariedad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 268, 75-110. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18807>



Covid-19 and vaccination: the dilemma between obligatory nature and voluntariness

María Victoria Álvarez Buján

This paper has been selected for publication by: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Nicolás González-Deleito Domínguez, Mr. José Damián Iranzo Cerezo, Mr. Fabio Pascua Mateo y Mr. Ángel José Sánchez Navarro.

Abstract

The possibility of making vaccination against covid-19 mandatory is currently raising an important social and legal controversy that the media are hotly exploiting. The answer to this question must be offered in a technical and clear way, hand in hand with the law and especially with the principles that make up our legal system, which requires an analysis of the applicable regulatory framework, of the scientific-sanitary peculiarities intrinsic to both the virus and to vaccination and, ultimately, of the risks-benefits from the point of view of general interest and public health. All this inexorably leads us to the study of the principle of legality and the principle of proportionality (with its requirements), taking into account its practical application and the possible consequences that the implementation of compulsory vaccination will have in the face of the reluctant attitude of citizens, as well as the possibility that we may find ourselves facing a paradigm shift.

Keywords: covid-19; vaccination; legality; proportionality; coerción.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-05-2023

Citation: Álvarez Buján, M.^ªV.(2023). Covid-19 y vacunación: la disyuntiva entre la obligatoriedad y la voluntariedad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 268, 75-110. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18807>



Sumario

1. Planteamiento de la cuestión
 2. Aproximación al marco normativo general
 3. A propósito del principio de proporcionalidad y su aplicación
 4. Análisis de la obligatoriedad a partir del supuesto de hecho concreto: comparativa entre covid y otras patologías
 5. A modo de reflexión final
- Referencias bibliográficas

1. Planteamiento de la cuestión

Desde que se declaró en nuestro país el primer estado de alarma con motivo de la crisis sanitaria derivada de la enfermedad covid-19, en marzo de 2020, se han ido adoptando una batería de normas comprensivas de diferentes medidas que atañen a diversos ámbitos (sanitario y de salud pública, económico, laboral, social, educativo, etc.) con el objetivo de enfrentar la pandemia y sus consecuencias. En este orden de composición, una de las cuestiones más controvertidas y, a la vez, en boga es la relativa a la vacunación (obligatoria).

Se ha levantado una ardiente polémica en torno a las vacunas promovidas por los distintos laboratorios, su seguridad, eficacia y efectos secundarios (todavía desconocidos o no suficientemente contrastados, en atención al perfil de edad y patologías previas de cada paciente/ciudadano). Parece que subyacen intereses económicos y difusos, propios, entre otros entes, de las distintas farmacéuticas (y sus diseños de vacunas) y el bombardeo de información a través de los medios de comunicación y las redes sociales, así como la diversidad de opiniones de índole contradictoria (incluso de expertos sanitarios) que genera confusión, inseguridad jurídica e incerteza en la ciudadanía.

Ha surgido así un colectivo, popularmente denominado como «negacionistas», que rechaza algunas de las medidas implementadas con motivo de la crisis sanitaria, entre ellas, la de inocularse las vacunas. Y paralelamente otro porcentaje de población se decantó por no acudir a las citas de vacunación realizadas mediante llamadas y envíos de SMS, optando no tanto por rechazar las vacunas, cuanto por posponer su administración, se entiende a la espera de una mayor seguridad, que venga de la mano de una mayor claridad informativa y unificación de criterio¹.

¹ De modo similar, existe un porcentaje de población que se ha administrado la primera y segunda dosis de la vacuna, pero ha rechazado la inoculación de la tercera dosis (ante dudas, inseguridades, temor de efectos secundarios o reacciones a la vacuna, etc.).

A título de ejemplo, el 9.º Informe de Farmacovigilancia sobre Vacunas COVID-19, emitido por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, actualiza la información sobre los siguientes asuntos de seguridad:

«Comirnaty (BioNTech/Pfizer): se han identificado como posibles reacciones adversas las siguientes: eritema multiforme, parestesias/hipoestesias, astenia, letargia, disminución del apetito y sudoración nocturna. Tras la evaluación de la información disponible, se ha concluido que no puede establecerse una relación causal entre la administración de esta vacuna y la aparición de glomerulonefritis/síndrome nefrótico, ni de trastornos menstruales.

Spikevax (Moderna): se ha identificado como posible reacción adversa el eritema multiforme. Tras la evaluación de la información disponible, se ha concluido que no puede establecerse una relación causal

En este contexto y aun cuando, a fecha de elaboración del presente artículo, en España las estadísticas muestran que un alto porcentaje de la población ya ha sido vacunada (y de forma voluntaria), se mantiene como idea el atisbo puesto sobre la mesa desde hace largos meses de establecer la vacunación obligatoria y tal extremo se plantea como punto de debate en los foros sociales y políticos². Así, se han venido publicando noticias al respecto, se comenta la cuestión y su controversia a escala social, los programas televisivos se hacen eco del tema, se ha apuntado incluso como posibilidad o pretensión desde determinados Gobiernos (autonómicos), como el de la Xunta de Galicia, la de sancionar a quienes rehúsen vacunarse y se consulta a expertos de la esfera jurídica su opinión sobre tal extremo.

Pues bien, tal idea relativa a la implementación de la vacuna contra la covid-19 con carácter obligatorio no resulta baladí y, para poder dar una respuesta meridiana, debe atenderse al conjunto de principios que integran nuestro sistema jurídico y social. *A priori* parece que la vacunación obligatoria tendría un difícil encuadre constitucional en nuestro ordenamiento. No obstante, algunos expertos, particularmente de derecho administrativo, han señalado que podría hallarse el encaje necesario, si bien consideran que la regulación de esa vacunación se encuentra muy fragmentada amén de dispersa³. Parten de la Ley de bases de sanidad nacional (RIUS: 2021), que data del año 1944 y que, por ende, no solo es preconstitucional y carente de los principios

entre la administración de esta vacuna y la aparición de glomerulonefritis/síndrome nefrótico, ni de trastornos menstruales.

Vaxzevria (AstraZeneca): se ha identificado como posible reacción adversa la trombocitopenia inmune.

COVID-19 Vaccine Janssen: se han identificado como posibles reacciones adversas la trombocitopenia inmune, el tromboembolismo venoso y la mielitis transversa.

Hasta el 3 de octubre de 2021, se han administrado en España 70.186.758 dosis de vacunas frente a la COVID-19, habiéndose registrado 46.573 notificaciones de acontecimientos adversos. Los acontecimientos más frecuentemente notificados son los trastornos generales (fiebre y malestar), del sistema nervioso (cefalea y mareos) y del sistema musculoesquelético (mialgia y artralgia)».

Dicho informe se encuentra disponible en <https://www.aemps.gob.es/informa/boletines-aemps/boletin-fv/2021-boletin-fv/9o-informe-de-farmacovigilancia-sobre-vacunas-covid-19/?lang=eu>

Además, se están estudiando otros posibles efectos secundarios, inflamación del corazón (miocarditis) o de la membrana que recubre el corazón (pericarditis) o síndrome de Guillain-Barré. Véase la información disponible en: <https://www.ocu.org/salud/medicamentos/noticias/notificaciones-farmacovigilancia-vacunas-covid19>

La AEMPS seguirá analizando los datos disponibles y proporcionando cualquier nueva información relevante que pudiera surgir sobre la seguridad de estas vacunas.

² A fecha 3 de marzo de 2022 las estadísticas muestran que existen 92.774.397 dosis administradas, 41.083.791 personas vacunadas, 39.103.590 personas completamente vacunadas. Dichas cifras se traducen en un 82,62 % de personas completamente vacunadas.

Los referidos datos se encuentran disponibles en <https://datosmacro.expansion.com/otros/coronavirus-vacuna/espana>

³ En efecto, existen autores que mantienen que la vacunación con carácter obligatorio podría tener cabida constitucional en el ordenamiento jurídico español. Entre ellos, destacan Martín Ayala (2014) y González López (2016).

inspiradores e informadores de un Estado social y democrático de derecho, sino que además debe ser comprendida e interpretada dentro del contexto sociopolítico en el que se dictó⁴.

Ahora bien, lo que resulta indiscutible es que la instauración de una vacunación obligatoria afectaría a derechos fundamentales no solo desde el punto de vista de la condición de una persona como paciente, sino de su condición como ciudadano de un Estado de derecho. Como pone de manifiesto Cotino Hueso (2021) «las consecuencias de la estrategia de vacunación afectan a la vida e integridad (art. 15 CE) y pueden constituir una discriminación (art. 14 CE)»⁵. Y entonces, debemos acudir a las premisas fundamentales que sirven de aplicación para cualquier limitación de derechos fundamentales: el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad (entendido en sentido amplio, esto es, englobando los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto). En tal contexto, el principio de legalidad implica que para adoptar la vacunación con carácter obligatorio sería necesaria la aprobación de una ley orgánica a tal efecto, con arreglo a lo preconizado en el artículo 81.1 de nuestra Carta Magna (Rius, 2021)⁶. De hecho, el propio Blanquer Criado (2021, p. 208) reconoce que

⁴ La necesidad de reforma de esta norma (y los intentos frustrados) fue objeto de comentario por la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, lo que debe ser puesto en relación con el tenor de la disposición final primera de dicha ley.

⁵ Una medida de vacunación obligatoria encajaría en la categoría de intervención corporal y, consecuentemente, requeriría una regulación acorde con el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad y, *mutatis mutandis*, similar a la de las intervenciones corporales y la práctica de pruebas de ADN en el marco del proceso penal, que en la actualidad es todavía parca y se encuentra pendiente de reforma y mejora *de lege ferenda* (Álvarez Buján, 2018), existiendo propuestas a tal efecto en el anteproyecto para una nueva LECrim de 2011 (intento de reforma frustrado), en el borrador de Código Procesal Penal de 2012 (intento también frustrado) y en el anteproyecto de nueva LECrim de 2020 (actualmente en tramitación).

Vid. SSTC 37/1998, de 15 de febrero y 207/1996, de 16 de diciembre. En esta última sentencia (relativa a una medida de investigación penal) se afirma que «la necesidad del cumplimiento del principio de legalidad en relación con las injerencias en el derecho a la integridad física (intervenciones corporales) en los procesos civiles de investigación de la paternidad (STC 7/1994, FJ 3.º): «... debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia» (caso en el cual también reconocimos la existencia de habilitación en el art. 127 CC, en consonancia con el art. 39.2 CE). Y, finalmente, también lo hemos hecho en relación con los sacrificios del derecho a la integridad física en el ámbito penitenciario: en la STC 120/1990 (FJ 8.º), en relación con la asistencia médica obligatoria a internos en huelga de hambre, el Tribunal declaró que venía amparada por el deber impuesto a la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia (art. 3.4 LOGP), y en la STC 35/1996 (FJ 2.º) que la práctica de observaciones radiológicas sobre internos como medida de vigilancia y seguridad tenía su fundamento legal en el art. 23 LOGP». Además, dicha resolución pone de relieve que la intervención corporal ha de llevarse a cabo «con respecto a la dignidad de la persona sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10 y 15 CE)».

⁶ En este sentido, podemos hacernos eco de Cierco Seira (2018, p. 95), cuando señala que, a su juicio, existe «un llamamiento implícito a la inmunización. Pero que luego sea necesario imponer a los ciudadanos vacunarse constituye un salto que no la CE y que queda a expensas de la estrategia definida en el marco de la política ordinaria de prevención de enfermedades. En resumidas cuentas: que la pelota está en el tejado del legislador».

la simple imposición de multas coercitivas puede ser una medida disuasoria de la desobediencia a la orden imperativa, pero al margen de la escasa efectividad o utilidad práctica de esa medida para lograr la vacunación obligatoria, en nuestro ordenamiento no hay una ley que dé cobertura expresa a esa medida sanitaria, por lo que no se satisfacen las exigencias del artículo 103 de la LPAC 19/2015.

En lo que concierne al principio de proporcionalidad, tendríamos que analizar la coyuntura provocada por la covid-19, poniéndola en relación con cada uno de los subprincipios reseñados y con los efectos perseguidos y conseguibles con la vacunación obligatoria, tomando en cuenta, entre otros aspectos, la gravedad de la patología, la incidencia poblacional, la tasa de mortalidad, la tasa de secuelas y alcance de las mismas, la certeza científica sobre la inmunidad de grupo que se puede alcanzar con las vacunas y la existencia de otras medidas alternativas con menor injerencia en los derechos fundamentales. Al hilo de lo anterior no podemos perder de vista que la obligatoriedad de la vacunación implicaría consecuencias para quien se negase a que le administrasen la misma. ¿Cuáles serían o podrían ser esas consecuencias? De forma imprecisa se apuntan algunas, tales como discriminaciones a la hora de suscribir contratos laborales, asignar puestos de trabajo, realizar viajes, limitando la salida al extranjero de personas no vacunadas, etc. (Rius, 2021).

Por su parte, De Montalvo Jääskeläinen (2014, pp. 23-24) pone de manifiesto que ya existen normas autonómicas en materia de educación que para el acceso a centros escolares exigen la acreditación de que los menores han cumplido con el calendario de vacunas de la Comunidad. Entiende el autor que esto no implica una cláusula de vacunación obligatoria porque la consecuencia del incumplimiento es la inadmisión en el centro y no una imposición de la vacunación. Pero el propio autor refiere que «en la medida que los menores están obligados a estar escolarizados hasta determinada edad, en muchos casos, a través del acceso a la escuela se ha podido imponer la vacunación». Evidentemente se trata de una imposición indirecta dentro de lo que podría denominarse coacción jurídica, pero una imposición al fin y al cabo, que en la práctica se ha dado en el escenario de la covid-19 y que puede provocar situaciones de discriminación entre padres que no puedan optar por escoger otro centro u otro tipo de formación privada y con un coste elevado donde no se exijan vacunas⁷.

De similar modo, podría considerarse que se han producido y producen casos de «discriminación» a partir de la implementación del denominado certificado «covid» digital de la

⁷ Vid. con respecto a esta cuestión, la STSJ de Cataluña, de fecha 28 de marzo de 2000, que avaló la decisión de una Comisión Escolar de «dejar sin efecto» la matrícula de una alumna, por cuanto sus progenitores habían rehusado que fuera vacunada, considerando que este era un requisito necesario para que pudiera acceder al centro educativo, de forma que al no acreditar la menor las vacunaciones sistemáticas que le correspondían por su edad, se incurría en un incumplimiento de obligaciones de finalidad de prevención de enfermedades. Una línea similar adoptó la STSJ de La Rioja, de fecha 2 de abril de 2002.

Unión Europea, implantado teóricamente con el objetivo de «facilitar con seguridad» la libre circulación entre países dentro de la Unión Europea (Cierco Seira, 2021)⁸, pero pudiendo limitar al mismo tiempo, al menos indirectamente, la libre circulación de las personas que no disponen de dicho certificado, ya sea porque han rehusado vacunarse, ya sea porque no pueden hacerlo, ya sea porque por errores burocráticos no han podido obtenerlo, pese a haberse administrado todas las dosis de la vacuna⁹.

En suma, para poder proporcionar una respuesta al planteamiento de la posibilidad de llegar, en un futuro bien próximo, a disponer la vacunación obligatoria, en el presente trabajo analizaremos, por un lado, el marco normativo general aplicable a la cuestión y, por otro lado, confrontaremos la obligatoriedad con la voluntariedad de la vacunación y sus presupuestos, con la finalidad de discernir o inferir si podríamos estar aproximándonos a un cambio de paradigma, visto que si se aceptase y efectuase la vacunación obligatoria (con sus respectivas consecuencias frente a la negativa de vacunarse) para la covid-19 y sus nuevas cepas y variantes, desde luego se estaría abriendo la puerta para extender la obligatoriedad de la vacunación en relación con cualquier otro virus que tuviese incidencia poblacional.

En esta coyuntura parece oportuno traer a colación la reflexión de Crespo Barquero (2021, p. 49) cuando tras más de un año desde la eclosión de la situación de crisis sanitaria provocada por la covid-19, indicaba que «uno de los elementos definidores de todo lo sucedido es nuestra insospechable capacidad de asimilación y de adaptación a la quiebra de tantas

⁸ Con una validez de 9 meses (o 270 días) después de transcurridos 14 días tras el primer ciclo de vacunación. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/coronavirus/eu-digital-covid-certificate/>

El autor citado *ut supra* ya hacía referencia a «la eventualidad de que el certificado verde digital, una vez puesto en circulación, desborde su funcionalidad primigenia y pase a convertirse, esta vez sí, en una condición de acceso a otros servicios o prestaciones en el plano interno. Circunstancia esta que, en el peor de los casos, podría producirse de extranjis y acabar modificando al cabo la percepción social de la voluntariedad. Hasta el punto de que si el certificado de vacunación adquiere mucho peso en lo cotidiano puede irse a parar a una obligatoriedad indirecta, caracterizada por la convicción social de que, en la práctica, vacunarse es imperativo para desenvolverse en el día a día» (Cierco Seira, 2021).

⁹ Existen casos de personas que han pasado el covid, pero que aun cuando tal circunstancia conste en su historia clínica, no han podido obtener el certificado digital de la UE donde figure que han superado el covid, al ser diagnosticados con un test de antígenos (efectuado de forma privada o pública) y no con una PCR. La realidad es que muchos centros de salud no pautan la realización de PCR a través del servicio de salud pública de su comunidad autónoma y diagnostican y prescriben incluso baja laboral, sin dicha prueba (basándose en el resultado del test de antígenos público o privado y ahora incluso con el test de antígenos adquirido en la farmacia).

También han tenido lugar casos de personas que se han inoculado una o dos dosis de la vacuna en un sistema de salud de una comunidad autónoma y otra dosis en otros sistema de salud, teniendo notables dificultades para poder obtener después el certificado digital, al no constar la pauta completa en un mismo servicio de salud público autonómico. Pensemos en personas que se han mudado de comunidad autónoma por motivos laborales o de estudios universitarios o incluso personas que se han administrado alguna dosis de la vacuna al inicio de la campaña de vacunación en puntos de vacunación *ad hoc* fuera del ámbito de su servicio de salud autonómico, verbigracia, en un aeropuerto.

certezas y al derrumbamiento de tantas premisas». Y además, no puede olvidarse tampoco la circunstancia que igualmente pone de relieve este autor de que si bien el derecho suele ir por detrás (con notable demora) de las necesidades o demandas sociales, lo cierto es que en este contexto se ha innovado y hasta «reinventado» derecho. Añade el citado autor que «en este caso la magnitud y la precipitación de los acontecimientos han puesto seriamente a prueba la consistencia del sistema legal y la capacidad de respuesta del mundo judicial» (Crespo Barquero, 2021, p. 49). Ahora bien, lo que todavía no podemos saber y no sabremos hasta que transcurra un considerable periodo de tiempo y se puedan analizar con detenimiento los efectos y trascendencia de las normas y decisiones aplicadas a todos los niveles (de comunidades autónomas, nacional, comunitario, europeo, internacional...), es si los sistema legal y judicial han superado la prueba y si la han superado de forma óptima.

2. Aproximación al marco normativo general

Con el propósito de poder comprender el panorama regulatorio que nos asiste en nuestro ordenamiento, debemos efectuar apriorísticamente una exposición sintética del contenido literal de los preceptos más reseñables de las diferentes normas existentes en materia de sanidad, para poder, después, comentar su sentido, alcance y relevancia. Empero, con carácter previo, hemos de reseñar que España se enmarca dentro de los Estados de Europa occidental, entre los que las epidemias y brotes (hasta ahora) parecían ya superados desde hace décadas, motivo por el cual su regulación en lo que respecta a la vacunaciones se rige por la voluntariedad, y ello, al contrario de lo que sucede en la parte de Europa oriental, donde se prima el interés colectivo frente a la autonomía de la voluntad, al existir un sentimiento latente de epidemias y brotes (debido al menor desarrollo económico de estas zonas). En la línea de estos países se encuentran otras regulaciones como la existente en los Estados Unidos, donde se recoge un régimen jurídico que dispone la obligatoriedad de las vacunaciones y que, además, en lo que respecta a las personas menores de edad, se controla a través de los centros escolares (*school-entry laws*), al conformar la vacunación una condición necesaria para poder escolarizarse, obligando así (in)directamente a que los progenitores cumplan con los calendarios de vacunación. Asimismo, en los Estados Unidos existen medidas legales que imponen a ciertos colectivos la obligación de vacunarse, especialmente, a profesionales sanitarios que tengan un contacto más directo con determinados tipos de enfermos. Y en caso de no hacerlo, dichos profesionales corren el riesgo de perder el puesto de trabajo (De Montalvo Jääskeläinen, 2014, pp. 21-24)¹⁰.

¹⁰ Si bien, el régimen de obligatoriedad estadounidense contempla excepciones en supuestos de objeción de conciencia, para eximir de la vacunación por motivos médicos (falta de inmunocompetencia, antecedentes alérgicos, enfermedades de base, etc.), requiriendo preceptivamente un informe médico que justifique la negativa. 48 Estados permiten, además, exenciones por razones religiosas y otros 18 por motivos ideológicos o filosóficos, aunque los Estados no tienen obligación constitucional de aceptar normativamente rechazos no fundamentados en razones estrictamente médicas. Y en este modelo las vacunas no son gratuitas ni siquiera aun cuando tengan carácter obligatorio para acceder a la escolari-

La vacunación se enmarca dentro de las políticas de salud pública de prevención de enfermedades, pero ¿existe o no un deber legal de vacunación en nuestro ordenamiento jurídico? Las normas que regulan la vacunación expresan su singularidad e importancia en el ámbito de la prevención de enfermedades y de la salud pública, pero no incluyen ninguna cláusula de obligatoriedad. La Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, que ni siquiera tiene el carácter de ley orgánica, no habilita al Estado constitucional a imponer una medida pública, ya sea individualizada o colectiva de vacunación obligatoria. Es más, esta norma se basa en la voluntariedad de las vacunas. De facto, como bien explica Cierco Seira (2018, pp. 32-33), en virtud de la Ley 22/1980 de 24 de abril, de modificación de la base IV de la Ley de bases de la sanidad nacional, de 25 de noviembre de 1944, después de que la OMS en 1979 declarase erradicada en nuestro plantea la viruela, tras casi 200 años de vacunación, se produjo un cambio de modelo y se pasó de la obligación a la recomendación en materia de política de vacunación¹¹.

Y si la Ley general de salud pública, tal y como refiere De Montalvo Jääskeläinen (2014, p. 14) otorga preponderancia al principio de autonomía de la voluntad y los términos en los que proclama el mismo son prácticamente idénticos a los que preconiza la Ley 41/2002, podría inferirse que esto es así porque así lo quiso el legislador, y ello, aun cuando la salud pública conforma o puede conformar uno de los principales límites a esa libertad individual en defensa o protección del interés colectivo. Pero el hecho de que sea un límite no supone que el principio de autonomía de la voluntad desaparezca o pierda por completo su virtualidad, puesto que ello podría derivar en atentados contra la dignidad e indemnidad de las personas al abrigo del interés común.

El hecho de que la salud pública configure un límite a la autonomía de la voluntad no implica ni necesariamente ni mucho menos automáticamente que este último principio haya de sacrificarse totalmente en pos del interés común (De Montalvo Jääskeläinen, 2014, p. 15).

Como ya ponía de relieve Cobreros Mendazona (1996, p. 342),

el principio de la voluntariedad tiene su fundamento último en la dignidad de la persona, en los derechos inviolables que le son inherentes y en el libre desarrollo de su personalidad –a que se refiere el art. 10.1 CE– y viene también expresamente recogido en el ordenamiento sanitario.

zación, aunque existen programas públicos de vacunación gratuita para familias de escasos recursos (De Montalvo Jääskeläinen, 2014, p. 24).

¹¹ Critica este autor que «pasar de la obligación a la recomendación representa un cambio muy profundo en el signo de una política de vacunación, máxime si tenemos en cuenta que las raíces normativas de la obligatoriedad en España eran profundas y habían desembocado con el paso del tiempo en una recia recepción legal –cuyo último exponente lo constituía la referida Ley de Bases de la Sanidad Nacional–. Siendo esto así, era de esperar que un viraje así de significativo se adornase con una escenificación normativa a la altura. Ocurrió, sin embargo, que, lejos de toda liturgia, la abolición de la vacunación obligatoria se saldó de una forma extraordinariamente discreta».

La autonomía de la voluntad es, sin duda, un paradigma en nuestra sociedad contemporánea y proponer la posibilidad de asumir y promover la vacunación como obligatoria podría implicar un cambio de paradigma¹². En relación con tal extremo, Cotino Hueso (2021) explica que

hay muchas dudas sobre la conveniencia de la obligatoriedad de la vacuna de la COVID. La OMS la desaconseja. La obligatoriedad puede disuadir a más personas a vacunarse y generar una gran resistencia por quienes no quieren vacunarse, lo cual puede ser peor para la salud pública¹³.

En definitiva, por el momento se ha optado por priorizar la persuasión para convencer a la población de los efectos positivos de la vacuna, pero no se descarta el uso de cierta «coacción» si se procede a la restricción de derechos de aquellos que no dispongan de un pasaporte de vacunación, lo que se correspondería con un tipo de coacción jurídica o indirecta, sin forzar de forma física la administración de la vacuna (Cotino Hueso, p. 2021)¹⁴.

Al hilo de lo anterior, si dirigimos nuestra mirada a la Ley 22/1980, podemos observar que en su artículo único se recoge una doble hipótesis de vacuna obligatoria: el supuesto de epidemias y el de las vacunaciones sistemáticas¹⁵. En este último caso, la norma indica

¹² Hasta el momento, la autonomía de la voluntad unida al respeto a otros derechos y libertades individuales (incluida la libertad religiosa) ha presidido nuestro sistema, hasta el punto de que incluso un menor de edad falleció por no haber aceptado recibir una transfusión de sangre basándose en motivos religiosos. Inicialmente fueron sus padres quienes rechazaron dicho tratamiento habida cuenta de los dogmas inherentes a la confesión de los testigos de Jehová. La transfusión fue entonces acordada judicialmente, pero no llegó a practicarse, puesto que posteriormente el propio menor la rechazó alegando las mismas razones de índole religiosas. *Vid.* STC 154/2002, de 18 de julio.

¹³ Y no podemos ignorar que la implementación de la medida de vacunación obligatoria podría generar el efecto contrario al pretendido, en el sentido de que, como apuntaba Cobreros Mendazona (1996, p. 344) en su dictamen sobre la posibilidad de acudir a esta medida en relación con la tuberculosis en la comunidad autónoma vasca, «aun existiendo un peligro cierto para la salud de terceros, puede resultar que el establecimiento de un tratamiento sanitario obligatorio llegue a tener unos efectos contraproducentes, en el sentido de que los sujetos enfermos o susceptibles de transmitir la enfermedad "oculten" esta circunstancia (fundamentalmente, por temor al rechazo o estigma social, aunque también podría ser por miedo a someterse a un tratamiento, en especial si conlleva el internamiento) y no acudan a los servicios sanitarios, con lo que el riesgo de transmisión puede ser mucho mayor. Por tal razón, en estos casos deben tenerse muy en cuenta tanto el tipo de personas afectadas y sus circunstancias concretas, como la clase de enfermedad y sus vías de transmisión, así como la presentación pública de las medidas sanitarias previstas y las formas de ejecución de tales medidas por parte de las autoridades sanitarias».

¹⁴ En este contexto y como medida de coerción indirecta en la praxis cabe traer a colación el caso de Novak Djokovic, tenista de reconocido prestigio a escala mundial, que no ha podido competir en el Open de Australia, siendo deportado, al no haberse vacunado contra la covid.

Información al respecto se encuentra disponible en: <https://elpais.com/deportes/2022-01-05/djokovic-tendra-que-justificar-que-no-puede-ser-vacunado-contra-la-covid-19-dice-el-gobierno-australiano.html>

¹⁵ Establece literalmente que «las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repeti-

que podrán ser recomendadas y, en su caso, impuestas, pero condiciona tal eventual posibilidad a que los medios de vacunación sean de reconocida eficacia total o parcial y que no supongan peligro alguno¹⁶, por lo que su redacción no es contundente en relación con la posibilidad de una imposición obligatoria. Empero, esta norma, como ya apuntábamos, tiene el rango únicamente de ley ordinaria, por ello no parece que pueda justificar en ningún caso la adopción de una decisión administrativa que imponga forzosamente una medida que afecta a derechos fundamentales contemplados en los artículos 15 a 29 de la CE, y ello, en virtud de las exigencias del principio de legalidad. Y tampoco se recoge ninguna previsión específica de obligatoriedad/imposición de la vacunación en la normativa de prevención de riesgos laborales, ni siquiera en lo que respecta a la vacunación a los profesionales sanitarios¹⁷ (De Montalvo Jääskeläinen 2014, pp. 22-24).

Parece, pues, existir una regulación dispersa, además de un vacío legal en lo que respecta a la posibilidad de adoptar como medida la vacunación obligatoria. Y en este contexto, cabe destacar que la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública permite a las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, con la finalidad de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro y, en el ámbito de sus competencias, adoptar las medidas necesarias y previstas en esta ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. Y dentro de esas medidas, la norma alude en su artículo 2 a medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

Pero de especial interés en el tema que nos concierne se presenta el contenido del artículo 3 de la referida ley, que con el objetivo de controlar las enfermedades transmisibles, faculta a las autoridades sanitarias, además de a realizar las acciones preventivas generales, a adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, las personas que estén o

dos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que esta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso impuestos, por las autoridades sanitarias».

También alude a esta previsión Cotino (2021), cuando viene a decir que el Comité de Bioética de España no olvida que es ineludible una ley orgánica para imponer la obligatoriedad y colige que de ello se deriva que dicho comité considere dudosamente aplicable la única ley que impondría la vacunación en nuestro ordenamiento, es decir, la Ley 22/1980, de 24 de abril, que tiene el carácter de ley ordinaria, no orgánica.

¹⁶ Cabe reseñar aquí que las vacunas contra la covid todavía pueden tildarse de experimentales, habiéndose detectado ya efectos secundarios (en algunos casos incluso graves, como la trombocitopenia inmune). Nos remitimos aquí a lo expuesto en la nota a pie de página núm. 1 del presente trabajo.

¹⁷ No parece que exista ninguna previsión explícita en el sentido de poder imponer la vacunación obligatoria a este colectivo ni en la Ley general de salud pública, ni en ninguna otra norma aplicable a la materia.

hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible¹⁸.

Así pues, al abrigo de la citada Ley Orgánica 3/1986 parece claro que solo cabría justificar la vacunación obligatoria en una situación extraordinaria o excepcional, que excepcione el principio general de autonomía que se infiere de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad y de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (Cotino Hueso, 2021).

En efecto, la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad prevé en su artículo 28 que todas las medidas preventivas contenidas el capítulo V, relativo a la intervención pública en relación con la salud individual colectiva, deben atender a los principios de preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias y de proporcionalidad a los fines que en cada caso se persigan. Además, dicho precepto indica que no se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida y que deberán utilizarse las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados, lo que guarda una estrecha conexión con el subprincipio de necesidad (como elemento del principio de proporcionalidad).

Las medidas recogidas en el capítulo V de la citada Ley 14/1986, de 25 de abril, se corresponden fundamentalmente con acciones de intervención pública ligadas a la salud individual y colectiva, pudiendo destacarse la exigencia de autorizaciones sanitarias, la obligación de someter a registro por razones sanitarias a las empresas o productos (art. 25. 1 y 2), prohibiciones y requisitos mínimos para el uso y tráfico de los bienes, cuando supongan un riesgo o daño para la salud (art. 25.3)¹⁹, medidas preventivas que se estimen pertinentes, verbigracia, la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras consideren sanitariamente justificadas (art. 26), control de la publicidad y propaganda comerciales para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma, con especial atención a la protección de la salud de la población más vulnerable (art. 27); amén de establecimiento de regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios (art. 29.3).

¹⁸ Esta ley solamente se halla conformada únicamente por cuatro artículos, prescindiendo de preámbulo o exposición de motivos, lo que obedece, como explica Crespo Barquero (2021, p. 51), a que «es fruto de un desgajamiento de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), cuyo proyecto incorporaba dos artículos, 22 y 29, de redacción muy parecida».

¹⁹ Igualmente, el apartado 4 del artículo 25 establece que «cuando la actividad desarrollada tenga una repercusión excepcional y negativa en la salud de los ciudadanos, las Administraciones públicas, a través de sus órganos competentes podrán decretar la intervención administrativa pertinente, con el objeto de eliminar aquella. La intervención sanitaria no tendrá más objetivo que la eliminación de los riesgos para la salud colectiva y cesará tan pronto como aquellos queden excluidos».

A modo de comparanza y teniendo en cuenta el papel (protagonista) que las comunidades autonómicas desempeñan en el ámbito sanitario, podemos traer a colación que, en el ámbito de la comunidad autónoma gallega, donde el Gobierno autonómico anunció y dispuso, de la mano de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, la vacunación obligatoria contra la covid-19 mediante la imposición de sanciones a las personas que rechazasen la vacuna (Del Olmo, 2021)²⁰, el artículo 11.2 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes dispone que los facultativos podrán efectuar intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin que resulte preceptivo su consentimiento, en los siguientes casos:

- a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias legalmente previstas y así se declare expresamente por acuerdo del delegado provincial de la Consellería de Sanidad o del director general de Salud Pública (si afectara a más de una provincia)²¹.
- b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física y psíquica del paciente y no resulta posible obtener la autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

En resumidas cuentas, del conjunto de preceptos anteriores podemos deducir que existen y se contemplan supuestos excepcionales de salud pública (relacionados fundamental-

²⁰ Hemos de señalar aquí que el Gobierno central planteó recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sobre el apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia (Piña, 2021). Este recurso ya ha sido admitido a trámite.

Sin perjuicio de la decisión sobre el fondo del asunto, en el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional, de 20 de julio de 2021 se acuerda mantener la suspensión núm. 5.º del artículo 38.2 b) de la Ley 8/2008, de salud de Galicia, en la redacción dada por el apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, por cuanto el mismo faculta a las autoridades sanitarias autonómicas para imponer la vacunación obligatoria a la ciudadanía gallega, bajo la pretensión de controlar las enfermedades infecciosas transmisibles (cualquiera, no solo la covid-19), en situaciones de grave riesgo para la salud pública. Considera el Alto Tribunal que la vacunación obligatoria no es una medida preventiva expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública (en la línea apuntada en este trabajo), y entiende que supone una intervención corporal coactiva y practicada al margen de la voluntad del ciudadano, que sufrirá sanción, en caso de negativa injustificada a vacunarse, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 44 bis de la Ley de salud de Galicia, en relación con los artículos 41 bis d), 42 bis c) y 43 bis d) de la misma ley. Aprecia el Tribunal Constitucional que, en este caso, si se levantase la suspensión del precepto impugnado, ello provocaría perjuicios ciertos y efectivos que podrían resultar irreparables o de difícil reparación, toda vez que podría imponerse de facto la vacunación en contra de la voluntad del ciudadano.

²¹ Tras adoptar las medidas pertinentes y con arreglo a lo dispuesto en la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, deberá comunicarse la situación a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que las medidas dispongan el internamiento obligatorio de personas.

mente con enfermedades transmisibles graves, que supongan un peligro de orden general contrastado) en los que cabe adoptar medidas extraordinarias, que deben ser ulteriormente convalidadas por la autoridad judicial competente. Todas esas medidas han de ser proporcionadas, en atención a las circunstancias que concurren y no pueden ser obligatorias si suponen un riesgo para la vida, debiendo priorizarse siempre la voluntariedad.

En este sentido, habrían de distinguirse dos escenarios de vacunación obligatoria. La primera, por presencia de una epidemia y la segunda relativa a supuestos en que se pretende evitar justamente el riesgo potencial de epidemia (vacunas correspondientes al calendario ordinario de vacunación). La obligatoriedad se justificaría únicamente en el primer caso y no en el segundo. Además, también podrían y deberían diferenciarse escenarios en los que concurre un riesgo efectivo para la salud pública, esto es, la salud de terceras personas, de los casos en los que el riesgo solo existe para la propia salud de la persona interesada. Obviamente solo podría justificarse una medida impositiva en el primero de los escenarios (De Montalvo Jääskeläinen, 2014, p 26)²².

Lo anterior nos permite realizar una composición de lugar y dibujar un marco teórico, pero a nuestro juicio, el busilis de la cuestión reside en analizar la situación concreta, ya que las normas en materia de salud pública son de redacción genérica/amplia y dispersa. Y esa situación concreta solamente puede analizarse de la mano del principio de proporcionalidad²³.

3. A propósito del principio de proporcionalidad y su aplicación

La proporcionalidad implica, en primer término, que debe existir un peligro grave y fundado de afectación a la salud pública. Constatado ese peligro, debe identificarse la medida idónea o adecuada para combatirlo, que además tiene que ser necesaria, de modo que no pueda acudir a ninguna otra menos lesiva que resulte apta para la consecución del mismo fin. Asimismo, las medidas han de ser proporcionadas en sentido estricto, lo cual implica que de su aplicación no pueden derivarse más perjuicios para la esfera de los derechos individuales que beneficios para el interés colectivo/público que se pretende proteger. Esto resulta de capital importancia, toda vez que «el desarrollo de la teoría de la *herd immunity* obliga, sí o sí, a abordar el tratamiento del fenómeno de la no vacunación toda vez que traslada una carga colectiva a cualquier decisión individual relativa a la vacunación» (Cierco Seira, 2018, p. 81).

²² En este contexto, Cotino Hueso (2021) hace mención a la SAN de 29 de septiembre de 2010 y pone el acento en la circunstancia de que «el Comité de bioética de España en 2016 y la Audiencia Nacional consideran que solo excepcionalmente es posible la vacunación obligatoria en España».

²³ A este principio aludía, como canon de validez de aplicación, en su dictamen elaborado en relación con la problemática del Servicio de Salud del País Vasco en materia de tuberculosis (Cobrerros Mendazona, 1996, pp. 344 y ss.)

El principio de proporcionalidad (también denominado, en ocasiones, de razonabilidad) es uno de los acuñados como límite de los «límites a los derechos fundamentales». En suma, «opera como uno de los criterios empleados para controlar la actividad de los poderes públicos que incide en la órbita de tales derechos» (Lopera Mesa, 2006, p. 45). Si bien es un principio no escrito, se halla reconocido a todos los niveles²⁴, deviniendo, por ende, vinculante para todos los poderes públicos (Alexy, 2011, p. 19). Su germen reside en la jurisprudencia alemana surgida para controlar los excesos de los poderes públicos (Legislativo y Ejecutivo), sobre la máxima de que el derecho no puede albergar leyes arbitrarias ni respaldar actos administrativos que constriñen de modo desproporcionado los derechos de los ciudadanos (Riofrío Martínez-Villalba, 2016, p. 284). Se trata, en definitiva, de un parámetro clave²⁵, en el marco de un Estado de derecho, a la hora de ponderar las medidas que afectan a derechos fundamentales y se encuentra integrado por tres subprincipios, cuyo significado sintetizamos a continuación²⁶.

La idoneidad o adecuación supone que la medida adoptada debe responder o procurar la consecución de un fin constitucionalmente y tiene que ser apta a tal efecto (Bernal Pulido, 2007, p. 693).

La necesidad (o subsidiariedad) implica, como explica Bernal Pulido (2007, p. 740), que «toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir o alcanzar el objetivo propuesto».

Y en este orden de cosas, podemos preguntarnos particularmente qué sucede con la vacunación contra la covid-19, al menos hasta el momento, cuando parece que de las vacunas, en determinados casos, se pueden derivar efectos secundarios (algunos graves) y cuando no ha habido un criterio único por parte del Gobierno en relación con qué vacuna administrar, cuándo (en qué tramos de edad), quiénes son las personas que por sus patologías no pueden inyectarse el compuesto, etc. En definitiva, ¿qué sucede cuándo parece haber una lucha de intereses difusos entre las farmacéuticas (amén de otros entes) y cuando, a la postre, lo que fundamentalmente se hace es generar dudas y confusión a la población mediante el bombardeo y la manipulación mediática?

²⁴ En el ámbito del proceso penal resulta de especial interés la obra de González-Cuéllar Serrano (1990), que desgana todos los entresijos del principio de proporcionalidad en esta esfera, tomando en consideración el derecho comparado.

²⁵ Según Perelló Doménech (1997), «la proporcionalidad encuentra su consagración explícita en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en la medida que las injerencias a las libertades que consagra solo son admisibles en cuanto constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para los objetivos que se precisan en el apartado segundo de los arts. 8, 9, 10 y 11 del Convenio» (p. 70).

²⁶ Se hace mención al principio de proporcionalidad y su aplicación en relación con la declaración de los estados de alarma decretados por causa de la covid-19 en España en Álvarez Buján (2021, pp. 223-240).

En sintonía con esta cuestión, no podemos obviar que si la exención médica actúa como una razón de exoneración que debe respetarse en cualquier caso, incluso de implementarse la vacunación obligatoria (Cierco Seira, 2018, pp. 119-120), podríamos correr el riesgo de generar eventuales discriminaciones, en función de los recursos económicos de los ciudadanos. Dicho en otras palabras, podría suceder que personas con amplios recursos que no desearan someterse a la vacunación obligatoria recabasen certificados médicos que los eximieran, acudiendo a médicos privados, mientras que personas sin recursos no podrían acogerse a tal posibilidad. Y no hablamos aquí de emitir certificados de forma fraudulenta (como ocurría y así se retransmitió en los medios de comunicación durante la vigencia del Estado de alarma con algunos certificados que se emitían para eximir a pacientes de portar mascarilla)²⁷. Nos referimos a que la medicina no es una ciencia exacta, existen distintos criterios médicos y científicos que se pueden sostener, sobre todo en función de determinadas particularidades que puede revestir un paciente.

Aunque una medida cumpla los mencionados requisitos de idoneidad y necesidad, no podrá considerarse constitucional si no observa al mismo tiempo el principio de proporcionalidad en sentido estricto (Aguado Correa, 1999, p. 100). Este principio se corresponde con la ponderación²⁸ de beneficios que derivan de la actuación para el interés general o colectivo (que deben ser mayores) con los perjuicios que afectan a los derechos fundamentales individuales (que deben ser menores) (De Domingo, 2007, p. 260).

Con fundamento en toda esta batería de preceptos y normas, no faltan autores que sostienen, al margen del criterio mantenido por el Tribunal Constitucional, la falta de necesidad de la adopción de los estados de alarma con motivo de la covid-19, al entender que la gestión de la crisis sanitaria, incluyendo las medidas preventivas y algunas limitaciones de derechos (como el cierre de locales o el uso de mascarillas, por ejemplo), podrían haberse acordado sobre la base de la normativa de salud pública, sin tener que acudir a un instituto configurado como extraordinario o excepcional que, habida cuenta de todo el tiempo que se mantuvo vigente²⁹,

²⁷ Información al respecto puede consultarse en los siguientes enlaces: <https://www.lavanguardia.com/television/20200902/483276237085/todo-es-mentira-risto-mascarillas-doctor-clinica-certificado-medico-negacionistas.html>. <https://elpais.com/espana/madrid/2020-09-03/madrid-investiga-a-un-medico-por-expedir-certificados-falsos-para-no-usar-mascarilla.html>

²⁸ Por ponderación puede entenderse jurídicamente «una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales» (Prieto Sanchís, 2007, p. 220).

²⁹ El primer estado de alarma estuvo vigente, teniendo en cuenta sus sucesivas prórrogas, desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 9 de junio de 2020, dando paso a continuación al mantenimiento de la mayoría de medidas restrictivas de prevención, contención y coordinación adoptadas con el mismo, con la finalidad de seguir controlando la pandemia, para declarar después un segundo estado de alarma en fecha 25 de octubre de 2020, cuya duración inicial se había fijado hasta el día 9 de noviembre de 2020, pero que se prorrogó directamente hasta el 9 de mayo de 2021. https://administracion.gob.es/pag_Home/atencion-Ciudadana/Crisis-sanitaria-COVID-19.html

parece haberse desvirtuado (Álvarez Buján, 2021; Boix, 2020³⁰; Teruel Lozano, 2020). Ello sin olvidar que se puso en tela de juicio la declaración del estado de alarma al considerar que las medidas adoptadas en el marco del mismo pudieran corresponderse más bien con la declaración de un estado de excepción³¹ que, a nuestro parecer, en ningún caso cabría en el ámbito de una crisis sanitaria³².

No puede perderse de vista que los tres estados excepcionales, alarma, excepción y sitio se prevén como mecanismos de protección para situaciones extraordinarias y tienen un carácter estrictamente restringido, ya que están pensados para eventualidades concretas que no pueden interpretarse en sentido amplio, toda vez que la adopción de tales estados lleva aparejada la limitación de derechos fundamentales³³.

³⁰ Este autor explica, desde la óptica jurídica, alternativas al estado de alarma, sin caer en el caos.

³¹ Esta fue, de hecho, la postura mantenida por la STC de 14 de julio de 2021.

³² La STC de 14 de julio de 2021 declaró inconstitucionales (por seis votos contra cinco) varios preceptos del Real Decreto 463/2020 por el que se adoptó el primer estado de alarma en España a causa de la crisis sanitaria derivada del SARS-CoV2. En síntesis, el Tribunal Constitucional consideró que las medidas adoptadas eran proporcionadas, pero estimó que deberían haberse adoptado en el marco de un estado de excepción.

A posteriori, por seis votos frente a cuatro, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 27 de octubre de 2021, declaró nuevamente nulos determinados preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró (por seis votos frente a cuatro) el segundo estado de alarma. Ambas sentencias siguen una línea similar, si bien, en el caso de la segunda, a diferencia de lo sucedido con la primera STC, el Alto Tribunal abrió la posibilidad de acudir a la vía legal para reclamar los daños y perjuicios que las medidas restrictivas de derechos fundamentales por parte de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas hubieran podido causar a los ciudadanos. La segunda sentencia pone especialmente el énfasis en la duración del segundo estado de alarma vigente desde el 9 de noviembre de 2020 hasta el 9 de mayo de 2021. Deben existir prórrogas periódicamente, sin que las medidas puedan prolongarse por más tiempo del estrictamente necesario. El real decreto solo determinaba en este contexto que el estado de alarma podría levantarse transcurridos cuatro meses desde su entrada en vigor, a petición de los presidentes autonómicos y el Tribunal Constitucional (al margen de los votos particulares en sentido diverso) consideró que esto suponía una renuncia indebida del parlamento a controlar la necesidad de la duración del estado de alarma y, vulneraba, por ende, las previsiones constitucionales.

Obviamente, las particularidades de ambas sentencias del Tribunal Constitucional (en relación con su contenido, efectos, ajustadas mayorías de votos y votos particulares) requeriría un estudio en mayor profundidad, en el que no podemos concentrar ahora nuestra atención, toda vez que ello excedería los límites de extensión previstos en el presente trabajo.

³³ Espín López (2018, p. 118), haciéndose eco de Lafuante Balle y Fernández Segado, afirma que «el Derecho de excepción es una garantía frente a las situaciones de crisis constitucionales imprevistas, por la que se suspende la vigencia del orden constitucional de ciertos derechos y libertades. A través de este mecanismo, se procede a concentrar en manos del Gobierno, poderes o funciones que, en tiempo normal deben estar divididas o limitadas. Por tanto, con esta situación se altera el régimen normativo de la Constitución, pudiendo el Gobierno, cuando se den excepcionales circunstancias, dejar en suspenso determinados derechos a través de Decreto –aunque más adelante veremos que nuestro Tribunal Constitucional ha conferido a esta norma el rango de Ley–».

Ahora bien, dicho lo anterior, debemos distinguir entre la vacunación obligatoria a nivel individual y masivo o de grandes colectivos. En nuestro contexto normativo, no parece controvertida la posibilidad de adoptar la medida individualizada, en relación con personas concretas, a través de la LOMESP. En este sentido, como menciona a título de ejemplo Cotino Hueso (2021) «los jueces ya han ratificado la imposición particular de la vacuna Covid respecto de una anciana sin facultades o de una anciana frente a la negativa de su hijo»³⁴. Se entiende que estas resoluciones han evaluado, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la situación riesgo-beneficio.

Sin embargo, también nos encontramos con casos como el del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de lcod de los Vinos (Tenerife) de 10 de diciembre de 2021, del que en contra de las pretensiones del padre y de la opinión proclive a vacunarse del hijo, otorga la razón a la madre al considerar que «se desconocen los efectos de la vacuna a medio y largo plazo, ya que los ensayos clínicos no han terminado». Igualmente tuvo en cuenta un estudio de la Universidad Carlos III sobre la mortalidad y los ingresos en UCI de menores de 19 años en España y de un doctor en Ciencias Químicas (al que se le otorgó valor de dictamen pericial). Hizo mención a la abundante jurisprudencia acerca de

³⁴ En una línea similar, resalta la SAP de Orense, núm. 191/2021, de 22 de noviembre (rec. núm. 805/2021). El JPI núm. 6 de Orense dictó resolución en fecha 30 de agosto de 2021, cuyo fallo disponía la autorización al Centro Domus VI Ourense-Barbadás (un geriátrico o centro de la tercera edad) a administrar por personal sanitario especializado, en las fechas previstas y en las dosis necesarias, la vacuna contra la covid-19 a una paciente allí internada, en situación de discapacidad, respecto de la cual su tutora había rechazado firmar el consentimiento para suministrarle el fármaco. Por parte del Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación en ambos efectos, al que se adhirió la tutora de la persona afectada, aduciendo que las vacunas son experimentales y que no pueden ser administradas a humanos por prohibirlo el Código de Nuremberg. El Ministerio Fiscal consideró que toda vez que la vacunación en España no es obligatoria, la medida podría suponer una discriminación vulneradora del artículo 14 de la CE. Además, manifiesta que no se efectuó una valoración o un juicio de proporcionalidad en el caso en concreto, entre el derecho a la integridad física de la persona que se pretende vacunar sin su consentimiento y las específicas razones de su especial vulnerabilidad o de salud pública. La sala acordó desestimar sendos recursos y confirmar el auto recurrido en su integridad, basándose en la avanzada edad, delicada salud de la paciente y su deterioro cognitivo grave (ya que padecía alzhéimer), así como en el hecho de que residiese en un geriátrico donde la covid ha tenido especial incidencia. Asimismo, se basa en la aprobación de las vacunas por la Agencia Europea del Medicamento y la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, coligiendo que las mismas se han desarrollado con garantías de calidad, seguridad y eficacia, habiéndose sometido a pruebas rigurosas en diferentes fases de los ensayos clínicos y siguen evaluándose regularmente una vez comercializadas, siendo las reacciones a las mismas leves y temporales.

Indica además la sentencia de apelación que «no consta que la misma hubiera manifestado, verbalmente o por escrito, su oposición a la vacunación o su criterio u opinión sobre las vacunas, ni que hubiera transmitido órdenes concretas sobre cualquier tipo de tratamiento o intervención médica. Tampoco consta que no hubiera recibido otras vacunas, de administración frecuente, como la de la gripe en años anteriores». No obstante, entendemos que este argumento resulta en cierta medida incongruente, dado que si se reconoce que la paciente padece un grave deterioro cognitivo, difícilmente resulta posible que pueda manifestar su oposición, opinión o criterio sobre las vacunas, lo que en cambio sí hizo su tutora (su hija).

condenas a farmacéuticas y Administraciones públicas. Y recordó que los riesgos y efectos adversos de la vacuna contra la covid, como ocurre con respecto a cualquier medicamento, fármaco o vacuna, no tienen por qué ser inmediatos o a corto plazo, sino que pueden aparecer muchos años después de su ingesta o inoculación. Finalmente recuerda esta sentencia que ninguna de las vacunas existentes hasta ahora en el mercado inmuniza contra el virus, ni evita el contagio ni la transmisión y, además, recuerda la escasa incidencia que el virus tiene en la salud de personas menores de edad. Descarta las razones de solidaridad (es decir, de prevenir contagios a otras personas, como los abuelos del menor) teniendo en cuenta que existen otras medidas de prevención aptas para evitar contagios y que han sido utilizadas desde el inicio de la pandemia (como mascarillas, distancia social, desinfección, etc.). Y apostilla que «son los usuarios los que toman la decisión de vacunarse o no y asumen los riesgos inherentes a la misma». Cosa que el menor, por su propia condición, por ahora no puede hacer³⁵. A fin de cuentas, el auto objeto de comentario viene a lanzar un mensaje que, a nuestro entender, resulta plenamente acorde con las exigencias del principio de proporcionalidad, una vez ponderados los riesgos-beneficios del caso concreto y que vendría a ser: «ante la incertidumbre, prudencia»³⁶.

En todo caso, más polémica y controvertida, teniendo en cuenta el marco normativo actual, resulta la posibilidad de que se pueda imponer la vacunación masiva, habida cuenta del conjunto de derechos que resultan afectados y de la necesaria ponderación del riesgo-beneficio, directamente ligado con el ya mencionado principio de proporcionalidad, en virtud del cual debe efectuarse la oportuna ponderación de derechos. Entra pues, aquí, en juego, la otra cara de la moneda, esto es, los derechos de los pacientes y, por extensión, de los ciudadanos en el ámbito sanitario o de la salud.

³⁵ En relación con la postura mantenida por esta jueza, cabe resaltar que el jefe del servicio de alergología del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense, el Dr. Carlos González de la Cuesta, solicitó al colegio médico de Orense que exija que la vacuna infantil sea prescrita por un pediatra y que los padres firmen un consentimiento informado, teniendo en cuenta que, bajo su criterio médico, los efectos secundarios «a medio y largo plazo, potencialmente graves, no son conocidos en esta población». Información al respecto puede consultarse en https://www.lavozdegalicia.es/noticia/ourense/2022/01/14/jefe-servicio-chuo-pide-colegio-medico-exija-vacuna-infantil-prescrita/0003_202201014C1991.htm

³⁶ En línea opuesta, acordando la vacunación covid de menores cuando hay desacuerdo entre los progenitores, destacan, entre otras, la línea de la SAP de Murcia, núm. 934/2021, de 16 de septiembre (rec. núm. 1202/2021), de las resoluciones del JPI núm. 12 de Vigo, especializado en familia, y del JPI núm. 51 de Barcelona.

La citada sentencia de apelación murciana resulta singularmente llamativa por cuanto confirma la resolución del JPI, de 30 de marzo de 2021, de atribuir la custodia compartida a ambos progenitores y, en cambio, otorga en exclusiva al padre la patria potestad respecto de las cuestiones psicológicas y médicas de la menor, incluyendo las relativas a alimentación y vacunaciones, siendo el padre proclive a la vacunación covid. La resolución se basa, sustancialmente, en un informe pericial psicológico empleado como prueba en el procedimiento que recoge las manifestaciones de la madre «respecto a la alimentación vegetariana que dispensa a la menor, así como en relación a su postura contraria al uso por su hija de mascarillas en el centro escolar por resultar perjudicial para su salud, y su oposición a la vacunación contra la covid-19».

Entre los derechos básicos pueden destacarse, como más elementales, los siguientes: el derecho a la información (sanitaria, asistencial, etc.), que es además el presupuesto esencial del consentimiento informado, el derecho a la historia clínica, el derecho a decidir sobre su salud, el derecho a la intimidad y privacidad³⁷, el derecho a que se respete su voluntad, el derecho a ser acompañado de persona de confianza, el derecho a reclamar. Tales derechos aparecen consagrados en la Constitución española, que preconiza la protección de la salud (art. 43), pero además se contienen y desarrollan en Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, y ello sin olvidar las leyes que en el ámbito de su competencia fueron aprobadas por cada comunidad autónoma y que se encuentran vigentes, como por ejemplo, Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes.

Obviamente, la vacunación obligatoria en el caso de pacientes que rehúsen recibir la misma voluntariamente supone un conflicto entre derechos o intereses. Como derechos individuales entrarían en escena el derecho a la integridad (física y moral), el derecho a negarse a un tratamiento, el derecho a la autonomía del paciente y el consentimiento informado *versus* interés colectivo de salud pública³⁸. De implementarse esa coacción, ese interés colectivo de salud pública pondría también en jaque el derecho a la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa a nivel individual, en función de las consecuencias jurídicas y fácticas que la no vacunación tendría para quien rechazase la misma, pudiendo derivarse supuestos de discriminación, en el sentido de que quien no se haya vacunado no pueda realizar determinados viajes dentro de la Unión Europea, no pueda acudir a determinados lugares (hostelería, colegios, etc.). En este supuesto, nos encontraríamos más bien ante la denominada vacunación condicionante. Según explica Cierco Seira (2021),

se entiende este modelo como aquel que articula la vacunación a la manera de un requisito o presupuesto capaz de condicionar una determinada utilidad o beneficio que se pretende: acceder a un lugar, disfrutar de un servicio, ejercer una actividad o profesión o, también, viajar. Es un género que tiene, por lo demás, una larga y rica trayectoria en el mundo de la vacunación, destacando, por encima de todos, los vínculos, de intensidad y modulación variable, con la escolarización de los niños, aunque también en el ámbito de los viajes internacionales existe un recorrido a tener muy en cuenta a propósito de la *carte jaune* o *yellow card* y el Reglamento Sanitario Internacional».

³⁷ Relacionado con el derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE).

³⁸ Como ya venía a explicar Cobreros Mendazona (1988, pp. 235-236 y 248), la verdadera relevancia o problemática de los tratamientos sanitarios obligatorios reside en que precisamente afectan o comprometen a la propia persona, al soporte físico de su personalidad.

Ahora bien, entendemos que la única forma de imponer la vacunación (sea como obligatoria, sea como condicionante) al considerar que el interés colectivo deba ceder en detrimento de los mencionados derechos individuales, conformando por tanto un límite a esos derechos, sería la existencia de efectos perjudiciales y graves constatados para la salud pública que no pudieran evitarse de ningún otro modo distinto a la administración de la vacunación.

Así las cosas, el conglomerado de derechos reseñados que suponen garantías fundamentales para la ciudadanía en el marco de un Estado de derecho debe sincronizarse, habida cuenta del objeto de estudio del presente trabajo, con el fenómeno de que

las vacunas no proporcionan una inmunidad infalible y tampoco la inmunidad de grupo garantiza la ausencia total de riesgo de contagio. Al igual que los demás medicamentos, la capacidad de respuestas de la vacuna, su propiedad profiláctica, puede revelarse insuficiente para una concreta persona en un determinado lance por causa que, de antemano, difícilmente pueden pronosticarse. La inmunización puede no resultar efectiva al 100 por 100 y, teniendo esto presente, parece prudente minimizar el riesgo de exposición a la enfermedad a través de la inmunidad de grupo. En la misma línea, hay que decir que, por mucho que ciertas enfermedades hayan sido relegadas, por efecto de la vacunación sistemática, a un plano marginal, ello en modo alguno significa que haya que descartarlas sin más, dándolas por amortizadas o cantando la victoria de su erradicación antes de hora. El riesgo de la reemergencia está ahí y algunos de los episodios suponen un aldabonazo que así viene a recordarlo. (Cierco Seira, 2018, pp. 81-82).

Si tomamos en consideración los puntos de carácter científico, a los que alude, entre otros, Cierco Seira, (2018), parece que no se justifica (ni puede justificarse) una medida restrictiva de derechos y libertades (y, en particular, de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos en su calidad de pacientes de un sistema público de salud), como es la vacunación, como método de profilaxis, y ello, por cuanto, si falla el presupuesto científico de base, la ponderación de los intereses colectivos e individuales sobre la base del principio de proporcionalidad pierde su sentido más esencial. A nuestro juicio, desde un prisma filosófico-jurídico no se sostiene la idea de perjudicar derechos y libertades individuales (de manera global), es decir, exigir un sacrificio al paciente de tan elevado calibre, para tratar de preponderar un interés colectivo, cuya consecución no se puede asegurar (al menos en un alto grado, aunque no sea de forma absoluta).

4. Análisis de la obligatoriedad a partir del supuesto de hecho concreto: comparativa entre covid y otras patologías

Si bien todavía no contamos con muchos trabajos académicos de carácter pormenorizado o exhaustivo que aborden la temática relativa a la posibilidad de implementar la vacuna-

ción obligatoria, habida cuenta de que nos encontramos ante una problemática relativamente reciente, Blanquer Criado (2021, pp. 197-244) sí ha elaborado un estudio completo sobre la responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia, haciendo hincapié entre otras cuestiones, en la regulación de la vacunación obligatoria. El autor parte de la premisa de poder considerar la obligatoriedad de la vacunación, con independencia de la responsabilidad patrimonial en que pudiese incurrir el Estado de ocasionarse algún perjuicio en la salud de algún ciudadano (alguien que, por ejemplo, sufriese alguna patología incompatible con alguno de los componentes de la vacuna).

En este contexto hace cita de la sentencia de la Corte Constitucional italiana 5/2018, de 18 de enero y alude a la distinción entre *soft law* y *hard law*, al considerar que la vacuna como medida preventiva de salud pública es, en ocasiones, voluntaria, debiendo tornarse obligatoria en otras. De hecho, como reseña De Montalvo Jäaskeläinen (2014, p. 15) la Constitución italiana (que data de 1947), dispone en su artículo 32.2 que «nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley». Sin embargo, no hallamos previsión similar en la Carta Magna española³⁹.

Blanquer Criado (2021, pp. 215-216) opina que

a pesar de su incidencia en la libertad individual y la integridad física del paciente (hay que recordar que el derecho del paciente al consentimiento informado incide en su capacidad de autodeterminación, y se enmarca en el artículo 15 CE, según ha declarado el Tribunal Constitucional), o del impacto también en la libertad religiosa de algunas personas, o en del derecho a la educación, nuestro ordenamiento jurídico habilita a la Administración para imponer la vacunación obligatoria cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad (según se infiere de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, a pesar de su muy escasa densidad normativa).

La pregunta en relación con esta afirmación es si realmente esta norma alberga tal posibilidad y, en caso de contemplarla, en qué sentido y bajo qué requisitos. El propio autor añade a renglón seguido que «hay que reconocer que es Ley Orgánica que tiene un contenido excesivamente genérico y no satisface adecuadamente las exigencias de densidad normativa exigidas para limitar los derechos fundamentales y libertades públicas» (Blanquer Criado, 2021, pp. 216-217). Consiguientemente, ya puede deducirse (según apuntábamos con anterioridad) que para instaurar la vacunación obligatoria necesitaríamos,

³⁹ Quizás porque, como explica el citado autor De Montalvo Jäaskeläinen (2014, p. 15), nuestro texto constitucional, a diferencia de lo que sucede con otros más recientes o con el italiano, no hace mención expresa a la categoría de los denominados derechos de cuarta generación (relacionados con los avances tecnológicos y científicos que afectan, obviamente, entre diversos ámbitos, al de la salud).

en todo caso, o bien una reforma de dicha norma, o bien la aprobación de una nueva ley orgánica a tal efecto⁴⁰.

Concluye en su trabajo De Montalvo Jääskelainen (2014, p. 27) que nuestro régimen jurídico sí permitiría atender a determinados supuestos de vacunación obligatoria, haciendo mención a los de brote epidémico, pero considera que el panorama normativo «se muestra hartamente insuficiente» y que esa parquedad recomienda una reforma de la Ley general de salud pública, así como del resto de normas que completan el régimen jurídico, a fin de permitir la incorporación de medidas coactivas en aras de proteger la salud pública, como sería la vacunación sistemática de determinados colectivos. Y al hilo de esta reflexión emerge la pregunta de si de implementarse la vacunación obligatoria, cabría que la misma pudiera efectuarse masivamente. A nuestro entender, la respuesta a esta cuestión debería ser negativa, por cuanto la observancia de las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad escapa a la generalización y a la masificación, de forma que lo lógico y proporcionado sería, en su caso⁴¹, atender a colectivos determinados (analizando riesgos e incidencia).

Sea como fuere, habría que regular con claridad y cautela la reacción ante la oposición del paciente a la vacuna obligatoria, lo que requeriría en primer término de una autorización judicial, además de la articulación de determinadas medidas para forzar la administración del fármaco. Es obvio que la obligatoriedad implicaría en caso de negativa por parte de un paciente la imposición de sanciones o multas coercitivas y prohibiciones o limitaciones de acudir a determinados lugares⁴² (lo que tendría un papel más bien disuasorio de la elusión de la vacuna) o, inclusive, el recurso a la *vis física*⁴³, actuación que ha de estar amparada por una autorización judicial debidamente motivada, conforme a los principios de

⁴⁰ El Comité de Bioética de España no olvida que es ineludible una ley orgánica para imponer la obligatoriedad. «De ahí que entienda dudosamente aplicable la única ley que impone la vacunación, esto es, la Ley 22/1980, de 24 de abril, en cuyo artículo único dispone que «las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno»» (Cotino Hueso, 2021).

⁴¹ De implementarse de algún modo *de lege ferenda* la obligatoriedad de la vacunación.

⁴² Léase, prohibir los viajes entre distintas comunidades autónomas o viajes internacionales a personas que no estén vacunadas sin causa justificada.

⁴³ Precisa el autor que «la autorización judicial no es un permiso en blanco que permite a la Administración realizar la intervención sanitaria a su libre antojo. En caso de otorgar la autorización, el auto judicial debería fijar los condicionantes y límites que correspondan en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso. Una vez ya obtenida la autorización judicial, los responsables del centro sanitario pueden requerir el auxilio administrativo de las fuerzas policiales para materializar la vacunación. En cualquier caso no es admisible un trato inhumano, degradante o contrario a la dignidad de cualquier persona (art. 10.1 CE)» (Blanquer Criado, 2021, p. 224). La afirmación de este autor recuerda, *mutatis mutandis*, al tenor y aplicación en la práctica judicial del art. 520.6 c) inciso segundo de la LECrim, en relación a la práctica de pruebas de ADN sobre personas investigadas en el ámbito de un proceso penal.

legalidad y proporcionalidad relacionados con el caso y las particularidades del paciente en concreto. En relación con estos avatares, el referido autor hace cita del artículo 8.6 de la LJCA 29/1998, barajando inclusive la posibilidad de que ante razones o circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, la vacunación forzosa pueda realizarse de manera inmediata, sometiéndose ulteriormente la medida a la eventual convalidación o ratificación judicial (Blanquer Criado, 2021, p. 218).

En efecto, de la mano de la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la covid-19 en Justicia, se han reformado, entre otros extremos, aquellos relativos a la competencia, de forma que se traslada la misma a la Audiencia Nacional cuando la medida sea impuesta por la autoridad estatal. En el caso de que la medida sea impuesta por la autoridad sanitaria autonómica o local y de carácter general (es decir, sin identificar a un ciudadano en concreto), la competencia recaerá en el Tribunal Superior de Justicia que territorialmente corresponda. En consecuencia, la competencia en favor de los juzgados de lo contencioso-administrativo se preservará residualmente para aquellos supuestos en que la medida se imponga respecto a una persona concreta, esto es, identificada individualmente (Blanquer Criado, 2021, pp. 218-2020).

Haciendo alusión al antes referido artículo 8.6 de la LJCA, el citado autor afirma que el control judicial de las medidas sanitarias impuestas debe realizarse cuando la medida sanitaria implique, como sería el caso, una privación o restricción de derechos o libertades fundamentales y con la finalidad de supervisar no solo si la misma es urgente y necesaria, sino también si es proporcionada con esa privación de derechos y libertades, entre los que se encuentra el de autodeterminación (autonomía de la voluntad) del paciente (Blanquer Criado, 2021, pp. 220-221). Y no nos engañemos, en la ponderación, a la hora de verificar si concurren o no los subprincipios integrantes del principio de proporcionalidad (necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto), se esconde el quid de la respuesta a si procedería, aún con reforma legislativa, la adopción de la vacunación obligatoria en el caso de la covid-19.

En efecto, los derechos y libertades tienen límites y la salud pública conforma uno de esos límites, pero ¿dónde está el equilibrio? La respuesta, sin duda, la hallamos a través del principio de proporcionalidad y su aplicación real o práctica.

Ciertamente, el interés colectivo que se perseguiría con la vacunación de carácter obligatorio sería tratar de razonar que la finalidad de la vacunación masiva (y obligatoria) es la búsqueda de la denominada «inmunidad de rebaño», lo que conlleva trascender de medidas individuales e implementar obligaciones generales o *erga omnes*. Empero, si tenemos en cuenta la explicación de Cierco Seira (2018, pp. 81-82), reseñada al final del epígrafe anterior, se infiere que esa inmunidad de rebaño no se puede garantizar. Ello nos conduce necesariamente a preguntarnos qué ocurre entonces con aquellas personas que expresen su objeción de conciencia y no quieran vacunarse (los denominados mediáticamente como «negacionistas» o simplemente aquellas personas que teman los eventuales efectos secun-

darios o personas con determinadas creencias religiosas)⁴⁴ ¿Se adoptaría aquí una postura paternalista desde el Estado?⁴⁵ De hacerlo, correríamos el riesgo de caer en el error de

que se haga de la vacunación pública un asunto rutinario en el peor de los sentidos, esto es, que se administre por mera práctica y de forma automática sin prestar atención a su profunda significación (4.1) y, al mismo tiempo, a las circunstancias individuales de cada caso (4.2) (Cierco Seira, 2018 p. 115).

Se podría partir de la premisa referida por De Montalvo Jääskeläinen (2014, p. 18) relativa a que «la decisión del paciente que, con fundamento en su autonomía de voluntad pone en peligro su salud con menoscabo del sistema público de asistencia sanitaria no puede

⁴⁴ El célebre actor español José Sacristán declaró públicamente, en relación con quienes él apoda como antivacunas: «No me cabe en la cabeza estos estúpidos, estos necios que asesinan, que matan, que no se quieren vacunar, que la gente está muriendo». <https://www.elmundo.es/f5/comparte/2021/12/02/61a87622e4d4d87e2f8b45c7.html>. Al margen de la libertad de expresión y sus límites (lo que no corresponde como objeto de estudio en el presente trabajo), a nuestro parecer, con la retransmisión de este tipo de ideas y comentarios por parte de personas con cierta celebridad o repercusión social se cae en el grave error de fomentar una suerte de violencia que se concretaría en discriminación y odio hacia personas no vacunadas, atentando así a la postre contra la paz social y obviando, además, de forma evidente, la coexistencia de derechos, los límites del ejercicio de los mismos y las exigencias que derivan del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad (comentadas en el presente trabajo).

⁴⁵ Siguiendo a Seoane (2008), podemos señalar que «la actitud paternalista consiste en decidir por y sobre el otro sin el otro o sin tomar en consideración al otro» (p. 79). Si nos centramos en el ámbito sanitario, «el paternalismo equivale en la relación clínica a que el paciente, al igual que un niño menor de edad, es incapaz de distinguir lo beneficioso o perjudicial para él, y se ve obligado a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando el juicio del profesional asistencial acerca de cómo debe ser feliz». (p. 80).

Existen determinadas situaciones en relación a las cuales las actuaciones paternalistas se consideran justificadas, destacando, por ejemplo, la forma en la que el Estado obliga a los ciudadanos, con la finalidad de proteger su vida e integridad física, a llevar el cinturón de seguridad cuando viajan en automóvil bajo la advertencia o coacción de que si no lo hacen, podrán ser sancionados mediante la imposición de una multa, o el caso de efectuar una transfusión de sangre a un paciente cuando está en estado de inconsciencia y su vida corre peligro, aunque se haya negado a que se le realice dicha intervención o, sin ir más lejos, el referido suministro de alimentación forzosa a los presos en huelga de hambre previa solicitud de la oportuna autorización judicial, que ha sido avalado por el Tribunal Constitucional (Alemany, 2011). *Vid.* también aquí las SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio, y 11/1991, de 17 de enero, relativas a la huelga de hambre emprendida por unos reclusos del grupo terrorista Grapo, amén del AAN de 25 de enero de 2007, atinente a la huelga de hambre realizada por el terrorista De Juana Chaos. En estas resoluciones se amparan prácticas consistentes en intervenciones médicas coactivas, a pesar del rechazo de los propios pacientes. Se justifica como medida excepcional, autorizada mediante resolución judicial motivada, la alimentación forzosa o coercitiva de estos sujetos, tomando en consideración esencialmente la tutela que debe prestar a los mismos, en su calidad de individuos, al considerar que la Administración penitenciaria debe velar por la protección de los bienes jurídicos de los reclusos, especialmente, su salud y su vida, estimando que tales bienes jurídicos o valores han de colocarse por encima de la autonomía de la voluntad de la persona afectada por la medida (Seuba Torreblanca, 2011, p. 462; Jerónimo Sánchez-Beato y Martín Vida, 2002, pp. 169-171).

ser indiferente para el Estado social». Pero ¿quién rehúsa vacunarse por la covid-19 pone en riesgo la salud o el sistema público?

Por el momento, parece que no se podría considerar que los individuos que rechazan la vacunación supongan una amenaza o un peligro directo para la salud pública. Existen otros medios preventivos (uso de mascarillas, distancia social, higiene, uso de hidroalcohol, etc.) que vienen utilizándose desde el inicio de la pandemia y que han resultado eficaces, motivo por el cual entraría aquí en escena el subprincipio de necesidad o subsidiariedad (cuyos postulados, a nuestro entender, no concurren). La vacunación no es el único método apto para evitar contagios ni frenar la crisis sanitaria, y además no resulta infalible⁴⁶. Los datos e información disponibles revelan que personas vacunadas contraen igualmente la enfermedad y la contagian (y en algunos casos la padecen también con síntomas graves)⁴⁷. Se han constatado contagios de personas vacunadas y de contactos estrechos con personas vacunadas, especialmente con la variante ómicron⁴⁸. Incluso, recientemente, se ha acordado que las personas no vacunadas ya tampoco tendrán que guardar cuarentena obligatoria cuando sean contacto estrecho de un positivo en covid⁴⁹. Todas estas circunstancias nos conducen, por extensión, a colegir que tampoco se pueden considerar cumplidos (estrictamente) los requisitos de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Si considerásemos aplicable la máxima de proceder a la vacunación obligatoria como técnica o medida de prevención para combatir los contagios o propagación de la covid-19, ello podría extrapolarse (al menos indirectamente) a barajar también la posibilidad de implementar medidas predictivas o preventivas con respecto a otras enfermedades de mayor incidencia poblacional, tasa de mortalidad y generación de secuelas que suponen una de las principales causas de discapacidades y situaciones de dependencia, como ictus, infartos de miocardio o cáncer⁵⁰, estableciendo por ejemplo la obligatoriedad/coerción de

⁴⁶ Las vacunas no son 100 % efectivas.

⁴⁷ Y parece que las estadísticas de muertes por covid no ayudan tampoco a sostener la obligatoriedad de la vacuna por razones de preservación de la salud pública, habida cuenta de la existencia e incidencia de otras patologías como causas de muerte acuciantes. Así, a título ejemplificativo y a pequeña escala, destacan los datos de Orense, donde se han difundido estadísticas, a través del diario provincial *La Región*, que arrojan que durante el año 2021 fallecieron 1.147 orensanos por cáncer, mientras que los muertos por covid fueron siete veces menos en comparativa, esto es, 158 personas. También a modo ilustrativo y a escala nacional, según el INE, en el 2020, el 24,3 % de los fallecimientos fueron debidos a patologías del sistema circulatorio y el 22,8 % a tumores, mientras que las enfermedades infecciosas, entre las que se incluyen la covid-19 identificado y la covid-19 sospechosa (sin confirmar), supusieron la tercera causa de muerte (16,4 % del total).

⁴⁸ <https://espanol.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/effectiveness/why-measure-effectiveness/breakthrough-cases.html>. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-59863523>

⁴⁹ Vid. al respecto la noticia publicada en <https://cadenaser.com/2022/03/05/las-personas-no-vacunadas-no-tendran-que-guardar-cuarentena-obligatoria-cuando-sean-contacto-estrecho-de-un-positivo-en-covid/>

⁵⁰ Acerca del ictus, vid. la información contenida en <https://www.sen.es/saladeprensa/pdf/Link223.pdf> y <https://ictusfederacion.es/infoictus/codigo-ictus/>

someterse a test/cribados genéticos (especialmente ligados a esta última enfermedad de carácter multifactorial) mediante la reforma, entre otras normas, de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica⁵¹.

En efecto, las enfermedades citadas no son de carácter epidemiológico⁵², pero sí representan una cuestión de interés general, por cuanto suponen un importante riesgo para la población en general y, consiguientemente, para el Estado y la sociedad, además de un gasto de recursos para el sistema sanitario. En este sentido, debe aclararse que el concepto epidemia guarda relación con la propagación y el contagio de la enfermedad, pero no lleva implícita *per se* la nota de gravedad. Efectivamente existen enfermedades graves y muy graves, por su incidencia poblacional, la tasa de mortalidad que revisten y las secuelas que provocan, que no tienen la característica de conformar una epidemia.

La vacunación no deja de ser una actuación sanitaria preventiva y si considerásemos su obligatoriedad, *mutatis mutandis*, podría llegar a plantearse también la obligatoriedad de otras actuaciones preventivas, como, por ejemplo, el sometimiento por colectivos de población a prueba de ADN (*screenings* poblacionales) orientadas a la investigación, predicción y prevención de enfermedades endogámicas de importante incidencia, como es, verbigracia, el caso de la variante autóctona de cáncer de mama hereditario existente en Galicia, una vez detectado el perfil de potenciales personas afectadas por una concreta predisposición genética a desarrollar una particular enfermedad.

Del mismo modo, no podemos obviar que se están realizando recopilaciones de datos para confeccionar estadísticas acerca de la situación de los distintos perfiles poblacionales

Sobre el infarto de miocardio, *vid.* las consideraciones plasmadas en <https://www.revespcardiol.org/en/incidencia-diez-anos-infarto-miocardio-articulo-13127845>

Una síntesis concerniente a la situación del cáncer en España (análisis en relación con el año 2020) puede consultarse en <https://criscancer.org/es/cancerespana2020/>

Destacan también los siguientes datos difundidos en relación con la provincia de Orense en el diario *La Región*: «El observatorio de AECC muestra que Ourense es la segunda provincia española con la tasa de incidencia más alta. La entidad calcula la tasa en 858 casos por 100.000 habitantes, solo superada por los 873 de Zamora». <https://www.laregion.es/articulo/ourense/cancer-mato-veces-mas-que-covid-2021/202202042250371103891.html>. En la misma noticia se indica que «en 2019, Ourense superó a Zamora en este listado y desde entonces contabiliza en torno a 1.150 muertes anuales. Esto supone que tres personas mueren cada día por culpa del cáncer».

⁵¹ Acerca de la importancia de la práctica de pruebas de ADN en relación con enfermedades cardiovasculares y otro tipo de patologías, como aquellas degenerativas del sistema nervioso (parkinson, alzhéimer), mentales (epilepsia, trastornos psicóticos, etc.) o, inclusive, enfermedades infecciosas o metabólicas, *vid.* Abellán García-Sánchez (2009, p. 200) y Millán Núñez-Cortés (2004, pp. 200-204).

⁵² Entendiendo por epidemia «enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas», según la acepción recogida en el Diccionario de la Real Academia Española. <https://dle.rae.es/epidemia?m=form>. Debe matizarse que una de las particularidades de la covid, como epidemia, es su propagación global, a escala mundial y no limitada a un país.

en relación a la covid-19, incluyendo número de personas que han recibido la vacuna, número de personas que no han acudido a la cita/llamada de vacunación, etc. ¿Cómo y para qué se está utilizando esta información? ¿Y cómo y para qué podría utilizarse en caso de convertirse la vacuna en obligatoria? Es decir, ¿podría llegar a confeccionarse un registro obligatorio de personas vacunadas o sin vacunar? ¿Con qué finalidad? ¿Controlando, por seguridad y salud pública, la movilidad a lo largo y ancho del país o la salida al extranjero?

A título comparativo, podemos dirigir nuestra mirada al supuesto del registro obligatorio de portadores de VIH, enfermedad que representa no solo una cuestión de salud pública, sino que puede catalogarse como epidemiológica, a pesar de los avances alcanzados en los últimos tiempos. Dicho registro ha sido objeto de estudio por parte de Garriga Domínguez (2011), quien explica que

la finalidad que justifica la existencia de un registro obligatorio de portadores de VIH, según las normas que le dan cobertura legal es aportar información a la administración sanitaria sobre la incidencia y evolución de los nuevos diagnósticos de infección por VIH, para conocer los factores que la determinan y definir estrategias de prevención. También para la realización de estadísticas periódicas y para contribuir a la investigación científico-médica. Asimismo, para la realización de estudios epidemiológicos para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud, así como la planificación y evaluación sanitaria (p. 197).

Asimismo, esta autora matiza que

la información epidemiológica debe servir para detectar problemas, valorar los cambios en el tiempo y en el espacio, contribuir a la aplicación de medidas de control individual y colectivo de los problemas que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional, así como para difundir la información a sus niveles operativos competentes (p. 197).

Todas estas ideas podrían, *a priori* y según cómo evolucione en el futuro próximo la covid-19, trasladarse potencialmente al tratamiento sociopolítico y jurídico de este virus, pero por el momento no podemos ignorar que, como bien precisa la citada autora,

el interés de la salud pública no justificaría las pruebas o la inscripción del VIH con carácter obligatorio, salvo en casos muy concretos: donaciones de sangre, órganos o tejidos en los que no se analiza a la persona sino al producto humano antes de utilizarlo en otra persona (Garriga Domínguez, 2011, p. 204).

De manera similar y, a nuestro juicio, el interés de la salud pública en caso de prevención de la propagación de la covid no justificaría la implementación de la vacunación obligatoria. Para poder justificar tal actuación, tendríamos que hallarnos ante un virus de otras caracte-

rísticas e incidencia (más grave) y ante una vacunación que garantice la inmunidad y la irrelevancia de efectos secundarios, recordando lo ya advertido por Cierco Seira (2018, pp. 81-82).

Como otra suerte de comparanza y en conexión indirecta con el tema que nos atañe, podemos acudir a De Miguel Beriain (2012, p. 61), autor que se pregunta «si el derecho a la autonomía debe amparar también otras conductas sumamente insolidarias». Su planteamiento hace alusión en concreto «a aquellos casos en los que una persona se niega a cooperar en una investigación biomédica de gran importancia para la sociedad en la que vive amparándose en su derecho a la autonomía»⁵³. A su entender, la solidaridad es un parámetro a tomar en consideración a la hora de llevar a cabo la ponderación de los intereses individuales de una persona y aquellos ligados al bien común y al interés general en el desarrollo de la investigación científica.

De Miguel Beriain (2012, p. 62), para ilustrar su idea y mucho antes de saber ni poder vacunar lo que sucedería con la covid-19, menos de una década después de haber realizado su trabajo, de forma tímida y poco concluyente, tomaba como base un supuesto hipotético basado en que en un futuro próximo se produjese una epidemia (refiriéndose particularmente a la gripe aviar)⁵⁴, que se propagase con una gran rapidez y provocase la muerte de miles de personas, sucediendo además que una de las personas contagiadas lograse superar la enfermedad sin dificultad y sin consecuencias.

Lógicamente, para los profesionales de la salud que estuviesen trabajando en combatir dicha epidemia sería de enorme utilidad científica analizar la estructura del genoma de esa persona, puesto que estaría dotada de un sistema inmunológico más eficiente que el de otra persona, al menos para combatir esta concreta enfermedad, de forma que una vez analizadas sus muestras biológicas en laboratorio, las mismas podrían servir para diseñar y desarrollar un remedio o vacuna que contribuyese a luchar contra la epidemia o incluso a curar a las personas afectadas por la misma. Pero se plantea el autor como problema la negativa de la persona a facilitar voluntariamente sus muestras biológicas por diversos motivos, por miedo a que se pueda hacer algún extraño experimento con las mismas, porque no quiere difundir información acerca de su salud o configuración biológica o, inclusive, porque cree que puede llegar a recibir una importante suma de dinero de dicha información.

⁵³ Disertaba también Cavoukian (1995, pp. 67-69), sin concluir nada en firme, sobre la posibilidad de que en determinados supuestos en relación con los cuales exista un interés relevante para la sociedad (por ejemplo, la obtención de un beneficio para la salud de determinadas poblaciones, como aquellas que resultan proclives a padecer la enfermedad de Tay-Sachs o la talasemia) se pudiera llegar a establecer la obligación jurídica de que una persona se someta a la realización de pruebas genéticas. Venía a entender esta autora que la clave aquí pasaría por dilucidar cómo hallar el correcto equilibrio entre los derechos del individuo en particular (autonomía, intimidad y autodeterminación informativa) y los derechos de la sociedad, tarea que es harto compleja.

⁵⁴ Que podría asimilarse, *mutatis mutandis*, a la covid-19.

La investigación biomédica, que, en este caso, perseguiría un fin claro de salud pública, se vería claramente truncada y ya no parecería tan desorbitado plantearse aquí la posibilidad de obligar a este sujeto a prestar su consentimiento o a proceder a la toma de su muestra biológica sin consultarse o contra su voluntad, es decir, por medio de la utilización de medidas coactivas, entendiéndose que se cumplirían las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, por cuanto a la postre se estaría sacrificando la autonomía personal del individuo y su derecho a la intimidad genética en favor de un bien común, esto es, la salud y la vida de miles de personas.

Somos conscientes de que este ejemplo pudiera parecer extraído de ciencia ficción, si bien todo semeja producto del cine hasta que ocurre de manera efectiva. De hecho, aunque nada está más lejos de nuestra intención que adivinar el futuro, teniendo en cuenta factores tales como la superpoblación humana, la fabricación de armas biológicas, los avances en el campo de la ciencia y la tecnología, así como los riesgos y peligros que los mismos suscitan y que son desconocidos para la población común y la experiencia que estamos viviendo con la covid-19, no sería de extrañar que en un futuro y –quizás no tan lejano– se produjese algún tipo de amenaza sanitaria (que implique una importante tasa de mortalidad o gravedad de secuelas), en relación a la cual pudiera resultar necesario que una o varias personas facilitasen sus muestras biológicas para la fabricación de vacunas o fármacos destinados a combatir la enfermedad en cuestión, para lo cual podría ponerse sobre la mesa la posibilidad de obligar a esas personas a que se sometiesen a la extracción de las muestras biológicas, teniendo en cuenta que lo que se encontraría aquí en juego sería la salud pública, y entendemos que la vida de un gran número de ciudadanos.

Podría aquí llevarse a efecto, *mutatis mutandis*, un razonamiento semejante al que, sobre la base de los principios de legalidad y proporcionalidad, avala la práctica de pruebas de ADN –incluso de modo coactivo– en el seno de las investigaciones criminales y los procesos penales, por cuanto se considera que existe un conflicto entre intereses individuales (los derechos fundamentales del sujeto pasivo en cuestión) y colectivos (particularmente, relativos al interés público en la persecución delictiva, el ejercicio del *ius puniendi* y la realización de la justicia), concluyéndose tras la pertinente ponderación que deben primar los segundos (Álvarez Buján, 2018, pp. 119-390). Si la imposición de pruebas de ADN de forma coactiva llegase a implementarse, debería hacerse siempre empleando medidas proporcionadas y dispensando la debida información acerca de la utilización tanto de las muestras biológicas como de la información genética obtenida a partir de las mismas⁵⁵.

Centrándonos de nuevo en la covid-19, es claro que todo lo que gira en torno a este virus se presentó como un imprevisto para los Gobiernos de toda índole y ámbito y, en efecto, la coyuntura de la pandemia (su origen y tratamiento en todos los sentidos) guarda

⁵⁵ Resultan de singular interés las reflexiones plasmadas en De Miguel Beriain (2012, pp. 61-62) y, especialmente, lo expuesto en la nota a pie de página núm. 35.

relación con los avances científicos y tecnológicos (digitales). Nos encontramos ante nuevas circunstancias que no estaban (y siguen sin estar en su mayoría) previstas en el texto constitucional y en el conjunto del ordenamiento.

Con todo, siguiendo *mutatis mutandis* a Díaz Revorio (2009, p. 115), no podemos perder de vista que, aun cuando lo ideal sería que la declaración de derechos de la Constitución se adecuase a las circunstancias (científicas, tecnológicas, digitales, etc.) de la nueva era en la que nos hallamos y, por consiguiente, concretase más los valores aplicables, la respuesta a los retos surgidos puede obtenerse a partir de la interpretación y desarrollo de los valores comprendidos en nuestra Carta Magna, en las declaraciones internacionales y en el patrimonio constitucional común. Tal y como explicita el citado autor,

en definitiva el germen de las respuestas que deben darse a los retos y problemas que en tiempos recientes plantean los avances científicos y tecnológicos puede encontrarse en los valores constitucionales fundamentales (dignidad, vida, libertad, igualdad), aunque los mismos deben ser desarrollados para establecer las soluciones de forma más específica (Díaz Revorio, 2009, p. 115).

Al margen de todo lo anterior y retomando la idea de la responsabilidad patrimonial, explica Cierco Seira (2018, p. 124) que

está fuera de orden exigir al servicio público de vacunación una información comprensiva de efectos adversos o reacciones remotas o de carácter impredecible: «Es bastante –por usar las palabras del Tribunal Supremo– con que en el acto de la inoculación del virus se advierta verbalmente a la persona que lo recibe de aquellas consecuencias leves que pueden presentarse y que desaparecerán en breve tiempo y se indiquen los medios para paliar sus efectos»⁵⁶.

Y claro, ello nos lleva precisamente a preguntarnos lo siguiente: ¿cómo se aplicaría esta doctrina a una vacuna (contra la covid-19) de supuesta reciente creación, cuyos efectos todavía no se ha tenido tiempo de ser estudiados y analizados, especialmente atendiendo a patologías previas que puedan tener los pacientes. En caso de consecuencias adversas en la salud, integridad o vida de las personas vacunadas, ¿no podría exigirse responsabilidad patrimonial? Es decir, ¿se entendería que no hay responsabilidad porque cuando se acude a las citas de vacunación, antes de administrar la vacuna al paciente, se le explican de forma genérica los efectos secundarios leves que se pueden sufrir (como dolor de cabeza, fiebre o febrícula, dolor o inflamación del brazo, etc.) y los medios para paliar los mismos (verbigracia, la ingesta de paracetamol)? La respuesta a esta última cuestión sería objeto de otro trabajo de investigación, habida cuenta de los límites de contenido y extensión previstos para el presente.

⁵⁶ Este autor hace cita de la STS de 9 de octubre de 2012, rec. núm. 6878/2010, FD 5.º.

5. A modo de reflexión final

El debate en torno a la posibilidad de imponer la vacunación obligatoria y su base o fundamentación jurídica no son cuestiones baladíes o menores⁵⁷. La covid-19 es una realidad que parece haber llegado para quedarse, dejando a su paso cambios sociales permanentes. Se trata de un virus que, al igual que otros muchos, como sucede con la gripe, muta, motivo por el cual, entre otros, es de suponer que se realizarán próximas y periódicas campañas de vacunación de cara a la prevención de nuevas o distintas cepas.

Aunque desconocemos qué ocurrirá en el futuro próximo, no sería improbable que en nuestro ordenamiento jurídico se aprobasen (al menos de manera paulatina) reformas que permitan, entre otras medidas, la imposición de la vacunación obligatoria para casos de pandemia⁵⁸, y ello quizás no tanto con la aplicación de vis física (en cuyo caso habría que analizar quién podría ejercitar la misma y de qué modo, esto es, con qué medidas), sino más bien con una suerte de coerción jurídica o indirecta, que se basaría en determinadas prohibiciones o limitaciones de derechos y libertades, como, por ejemplo, la restricción de libre circulación (tanto a nivel nacional –entre comunidades autónomas– como internacional) de aquellos ciudadanos que no se hayan vacunado (sin causa de salud justificada)⁵⁹.

Por los motivos *ut supra* expuestos, lo cierto es que podría llegar a sostenerse y hallarse el encaje constitucional para avalar la vacunación obligatoria (con diversas consecuencias derivadas de la negativa a vacunarse), si bien, a tal efecto, a nuestro juicio, no cabe duda de que sería necesario reformar el panorama legislativo (en los términos ya indicados en este trabajo), al estimar que la normativa actual no avala la vacunación obligatoria/coercitiva. Ahora bien, entendemos que esa reforma que eventualmente pudiera implementarse,

⁵⁷ Si dirigimos la mirada a los países de nuestra contorno, podemos observar que en algunos de ellos, y más en particular en Italia, Estados Unidos o Francia, se han emprendido medidas para tratar de instaurar la vacunación obligatoria en lo que respecta a determinados ámbitos, especialmente el laboral y el sanitario, que son dos (sino los principales) de los de mayor trascendencia social. Información al respecto puede consultarse en: <https://elpais.com/sociedad/2021-09-16/italia-se-convierte-en-el-primer-pais-occidental-en-imponer-la-vacunacion-a-todos-los-trabajadores.html>

<https://www.france24.com/es/francia/20210914-francia-vacunacion-obligatoria-sanitarios-protestas>

<https://www.europapress.es/internacional/noticia-suspendidos-3000-sanitarios-entrada-vigor-vacunacion-obligatoria-francia-20210916134914.html>

https://www.eldiario.es/internacional/biden-ordena-vacunacion-mayoria-empleados-ee-uu_1_8288888.html

⁵⁸ Con la finalidad de estar «preparados» para futuras y eventuales pandemias al margen de la covid-19.

⁵⁹ En relación con este extremo, Cierco Seira (2018, p. 96) matiza que «la efectividad de la vacunación obligatoria no se hace descansar sin más en la amenaza de la coacción forzosa y el empleo postrero de la fuerza física llegado el caso, sino en la disuasión asociada a otro tipo de repercusiones». De este autor se hace eco también Blanquer Criado (2021, p. 209).

con la que no concordamos habida cuenta de los peligros y riesgos (léase discriminaciones, vulneración del derecho a la protección de datos, etc.) que podría conllevar, pero que serviría para dar cumplimiento a las exigencias del principio de legalidad (requisito *sine qua non* para imponer de manera lícita y válida la vacunación obligatoria), debería observar y exigir también el estricto cumplimiento, en el caso concreto, de los presupuestos del principio de proporcionalidad entendido en toda su amplitud, esto es, con los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, en los términos arriba expuestos⁶⁰.

Referencias bibliográficas

- Abellán-García Sánchez, F. (2009). Los análisis genéticos dentro de la ley de investigación biomédica. *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, 11, 22-42.
- Aguado Correa, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Edersa.
- Aleman, M. (2011). El paternalismo médico. En M. Gascón Abellán, M. C. González Carrasco y J. Cantero Martínez (Coords.), *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*. Tirant lo Blanch, 745-788.
- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 31(91), 11-29.
- Álvarez Buján, M. V. (2018). *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*. Tirant lo Blanch.
- Álvarez Buján, M. V. (2021). A propósito del Estado de alarma decretado en España por causa del COVID-19: el olvido del principio de proporcionalidad. *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, 209-248.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Blanquer Criado, D. V. (2021). La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19). Tirant lo Blanch.
- Boix, A. (2020). La alternativa al estado de alarma no es el caos. *Valencia Plaza*. (Entrevista realizada por Rafa Lupión). <https://>

⁶⁰ A título comparativo, hemos de reseñar que Blanquer Criado (2021, p. 200-201) hace mención a algunas inactividades administrativas, esto es, casos en que se omitió un programa de vacunación obligatoria aun cuando existían importantes indicios para determinar la imposición de esa medida de salud pública con una finalidad preventiva. No obstante, si acudimos a una de las sentencias que cita en este contexto, la STS de 14 de febrero de 2012 (rec. de casación 6424/2010), podemos constatar como ni siquiera en los años 1966 y 1967, en pleno régimen franquista, se instauró la vacunación obligatoria contra el virus de la poliomielitis (era voluntaria). Si bien quizás aquí lo que ocurrió fue una falta de implementación de recursos públicos para que la vacunación llegase a todos los estratos de la población y a todos los lugares del país. Y curiosamente esa STS de 14 de febrero de 2012 viene a razonar que al no existir un protocolo de vacunación obligatoria no se puede achacar la omisión de no haber vacunado a la recurrente en casación, que a los 11 meses de edad contrajo poliomielitis y quedó con graves secuelas, como un funcionamiento anormal de la Administración.

- valenciaplaza.com/andres-boix-la-alternativa-al-estado-de-alarma-no-es-el-caos
- Cavoukian, A. (1995). La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a «no saber». *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, 2, 55-69.
- Cierco Seira, C. (2018). *Vacunación, libertades individuales y Derecho público. Ensayo sobre las principales claves para la regulación de la vacunación pública en España*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Cierco Seira, C. (2021). La pandemia y la vacunación (II). Algunas reflexiones sobre el certificado verde digital y la vacunación contra la COVID-19. *Revista Catalana de Dret Públic*. <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2021/04/14/la-pandemia-y-la-vacunacion-ii-algunas-reflexiones-sobre-el-certificado-verde-digital-y-la-vacunacion-contra-la-covid-19-cesar-cierco-seira/>
- Cobrerros Mendazona, E. (1988). *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*. Instituto Vasco de Administración Pública (HAEE-IVAP).
- Cobrerros Mendazona, E. (1996). La voluntariedad y los tratamientos sanitarios y su excepción por riesgo para la salud pública. Especial referencia al caso de la tuberculosis en la Comunidad Autónoma Vasca. *Revista Vasca de Administración Pública*, 44, 345-346. <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/t59auEjemplares/page>
- Cotino Hueso, L. (2021). La pandemia y la vacunación (I). Estrategia y obligatoriedad de la vacunación COVID-19: constitucionalidad y Comunidades Autónomas. *Revista Catalana de Dret Públic*. <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2021/04/07/la-pandemia-y-la-vacunacion-i-estrategia-y-obligatoriedad-de-la-vacunacion-covid-19-constitucionalidad-y-comunidades-autonomas-lorenzo-cotino-hueso>
- Crespo Barquero, P. (2021). La autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias urgentes en la pandemia de COVID-19. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 54, 45-103. <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/Publicacion/1285055508526/Redaccion>
- Díaz Revorio, F. J. (2009). *Los derechos humanos ante los avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*. Tirant lo Blanch.
- Domingo Pérez, T. (2007). Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad. *Persona y Derecho*, 56, 245-280.
- Espín López, I. (2018). Estado de alarma en el sistema constitucional español: espacio aéreo. *Revista Acta Judicial*, 2, 115-131.
- Garriga Domínguez, A. (2011). El registro obligatorio de los portadores del VIH. En A. Garriga Domínguez, S. Álvarez González (Dirs.), *Historia clínica y protección de datos personales. Especial referencia al registro obligatorio de los portadores de VIH* (pp. 181-206). Dykinson.
- González-Cuéllar Serrano, N. (1990). *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso Penal*. Colex.
- González López, J. J. (2016). Análisis de la admisibilidad constitucional de la vacunación obligatoria de menores. *Derecho y Salud*, 26, 160-168.
- Jerónimo Sánchez-Beato, E. y Martín Vida, M. A. (2002). *Los derechos fundamentales en las relaciones sanitarias*. Grupo Editorial Universitario.
- Lopera Mesa, G. P. (2006). Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Martín Ayala, M. (2014). Vacunación infantil. *Derecho y Salud*, 24, 169-178.

- Miguel Beriain, I. de (2012). El derecho a la investigación biomédica. Intereses en conflicto. En R. Junquera de Estéfani y J. de la Torre Díaz (Ed.), *Dilemas bioéticos actuales: investigación biomédica, principio y final de la vida*. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Dykinson, Universidad Pontificia de Comillas.
- Millán Núñez-Cortés, J. (2004). Las pruebas genéticas en la clínica. Fundamentos y aplicaciones. En J. Masiá Clavel y J. Masiá Clavel (Eds.), *Pruebas genéticas. Genética, Derecho y Ética*. Universidad Pontificia Comillas, Desclée de Brouwer.
- Montalvo Jääskeläinen, F. de (2014). El paradigma de la autonomía en salud pública ¿una contradicción o un fracaso anticipado? El caso concreto de la política de vacunación. *Derecho y Salud*, 24, núm. extraordinario XXIII congreso, 14-27.
- Olmo, L. del (2021). La vacunación Covid en Galicia, obligatoria desde el sábado 27 de febrero. *Redacción Médica*. <https://www.redaccionmedica.com/autonomias/galicia/vacunacion-covid-galicia-obligatoria-sabado-27-de-febrero-7477>
- Perelló Doménech, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la Democracia*, 28, 69-75.
- Piña, R. (2021). El Gobierno lleva al Constitucional la ley gallega que abre la puerta a la vacunación obligatoria contra el coronavirus. *El Mundo*. <https://www.elmundo.es/espana/2021/03/30/606325ddfc6c8309198b45f5.html>
- Prieto Sanchís, L. (2007). El constitucionalismo de los derechos. En M. Carbonell Sánchez, (Coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* (pp. 213-236). Trotta.
- Riofrio Martínez-Villalba, J. C. (2016). Alcance y límites del principio de proporcionalidad. *Revista Chilena de Derecho*, 43(1), 283-309.
- Rius, M. (2021). ¿Nos pueden obligar a vacunarnos de la covid? *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/vivo/lifestyle/20210117/6183238/obligar-vacunar-covid.html>
- Seoane, J. A. (2008). La relación clínica en el siglo XXI: cuestiones médicas, éticas y jurídicas. *Derecho y Salud*, 16, extra 1, XVI Congreso «Derecho y Salud», 79-86.
- Seuba Torreblanca, J. C. (2011). Rechazo de tratamientos médicos. En M. Gascón Abellán, M. C. González Carrasco y J. Cantero Martínez (Coords.), *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales* (pp. 459-492). Tirant lo Blanch.
- Teruel Lozano, G. M. (2020). El revestimiento jurídico de la «desescalada» ¿Estado de alarma? *Hay Derecho. Expansión*. <https://hayderecho.expansion.com/2020/05/05/el-revestimiento-juridico-de-la-desescalada-estado-de-alarma/>

María Victoria Álvarez Buján es doctora en Derecho por la Universidad de Vigo, habiendo impartido docencia durante su etapa predoctoral. Se licenció en la misma Universidad en 2013, donde también cursó el Máster en Abogacía (2013-2015). Actualmente ejerce la abogacía y es profesora contratada doctora en la Universidad Internacional de La Rioja. Cuenta con diversas publicaciones, así como intervenciones en congresos y jornadas. Ha realizado estancias de investigación en Portugal e Italia. En 2017 obtuvo el I Premio «Manuel Olivencia». <https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>

El delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal y su dificultad actual para luchar de forma práctica contra la corrupción

Ignacio Rodríguez de la Riva

Abogado. De la Riva y Pastor Abogados (España)

ignacio@delarivaypastor.com | <https://orcid.org/0009-0006-4123-4948>

Extracto

En el ordenamiento jurídico español el tipo básico penal de la lucha contra la corrupción es el delito de prevaricación, si bien no es tan importante a efectos de punición como otros tipos penales que le acompañan, en especial el delito de malversación, el fraude o el cohecho, a diferencia de otros ordenamientos en los que existe un tipo genérico de delito de corrupción. Esta diversidad de tipos no ayuda a una lucha eficaz contra el fenómeno endémico de la corrupción, no tanto por la dificultad de insertar hechos punibles en tipos, sino sobre todo por la falta de una prevención general real y la dificultad de restituir los efectos económicos del delito, existiendo en la sociedad española no solo la percepción de que la corrupción existe en todos los estamentos, sino que las conductas corruptas salen a cuenta por no ser adecuadamente sancionadas. España tiene el reto de mejorar sus normas penales y la aplicación de las mismas para que tales percepciones cambien sustancialmente en los próximos años. Para ello el presente artículo analiza la configuración actual del delito de malversación, la problemática en su aplicación por los tribunales, descendiendo a la práctica forense reciente, y propone modificaciones *de lege ferenda* que permitan terminar con esta lacra.

Palabras clave: malversación; corrupción; fraude; decomiso; prevaricación; Administración.

Recibido: 29-03-2023 / Aceptado: 17-04-2023 / Publicado: 05-05-2023

Cómo citar: Rodríguez de la Riva, I. (2023). El delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal y su dificultad actual para luchar de forma práctica contra la corrupción. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 268, 111-144. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18773>



The crime of embezzlement of public funds of article 432 of the Penal Code and its current difficulty to fight in a practical way against corruption

Ignacio Rodríguez de la Riva

Abstract

In the Spanish legal system, the basic criminal type of the fight against corruption is the crime of prevarication, although is not as important, in terms of griefs as other criminal types such as embezzlement, fraud or bribery, unlike other systems in which there is a generic type of crime of corruption. This diversity of types does not help in an effective fight against the endemic phenomenon of corruption, not so much because of the difficulty of inserting punishable acts into types, but above all because of the lack of real general prevention and the difficulty of restoring the economic effects of corruption crime, existing in Spanish society not only the perception that corruption exists in all levels, but also that corrupt behaviors are worthwhile for not being adequately sanctioned. Spain has the challenge of improving its criminal laws and their application so that such perceptions change substantially in the coming years. This article analyzes the current configuration of the embezzlement type, the problem in its application by the courts, descending to recent forensic practice and proposes *de lege ferenda* modifications that allow ending this scourge.

Keywords: embezzlement; corruption; fraud; prevarication; Administration.

Received: 29-03-2023 / Accepted: 17-04-2023 / Published: 05-05-2023

Citation: Rodríguez de la Riva, I. (2023). El delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal y su dificultad actual para luchar de forma práctica contra la corrupción. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 268, 111-144. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18773>



Sumario

1. Introducción
 2. Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal
 - 2.1. Una breve pero necesaria referencia previa al delito de prevaricación
 3. Malversación de caudales públicos
 - 3.1. Antecedentes normativos
 - 3.2. Naturaleza y bien jurídico protegido
 - 3.3. Elementos del tipo
 - 3.4. Responsabilidad civil *ex delicto*. Especial referencia a la determinación de la misma por el Tribunal de Cuentas
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Los delitos contra la Administración pública son tipos arraigados en nuestro ordenamiento penal que son de actualidad recurrente, dado que son la *ultima ratio* de que disponemos para castigar conductas de corrupción en la Administración, y por desgracia en los últimos años se han multiplicado en los medios de comunicación las noticias de corrupción. Se trata de una cuestión de máxima actualidad si tenemos en cuenta que la corrupción siempre ha estado presente en la sociedad, pero que en los últimos años ha preocupado especialmente a esta. Incluso en plena pospandemia del coronavirus, la corrupción suponía el cuarto problema para los españoles, solo detrás del paro, la crisis económica y la covid¹. Organizaciones internacionales, de las cuales la más característica es Transparencia Internacional, han alertado sobre las graves consecuencias que tiene para una economía, como la española, que está entre las quince primeras del mundo, que se tenga una percepción de país en la que la corrupción está muy presente, al nivel de Botsuana o Cabo Verde, ocupando la posición 35 de 180 países, y la 13 de los 28 países de la Unión Europea². Solo en los últimos dos años España ha caído cinco posiciones en el índice mundial.

¹ Informe del Centro de Investigaciones Sociológicas, correspondiente al *Barómetro de septiembre de 2020*, disponible en http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14519

² Informe de Transparencia Internacional, *Índice de Percepciones de Corrupción*, 2022, Transparencia Internacional. <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>

Desde un punto de vista económico, el impacto de la corrupción en España es de tal magnitud que si fuera erradicada, el incremento del producto interior bruto sería del orden de un 20 %, con un crecimiento anual de nuestra economía de más de 1,2 puntos porcentuales a lo largo de 15 años (Alcalá Agullo y Jiménez Sánchez, 2018). En términos más cercanos supone cinco veces el gasto educativo en España.

Pese a que los ciudadanos reclaman firmeza en la lucha contra la corrupción, la respuesta de España ha sido errática y carente de un verdadero plan de acción, tal y como ha denunciado en su último informe el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa³; deficiencias que también se trasladan al ámbito penal y suponen una pérdida de confianza de la ciudadanía en la Justicia. Era la propia Fiscalía General del Estado, en su memoria del año 2020⁴, la que afirmaba que

también contribuyen a este clima de desconfianza en la justicia las absoluciones inesperadas de difícil comprensión pública, las condenas que no llevan aparejadas la recuperación del dinero público, que abonan la consideración de que el delito merece la pena, las prescripciones que conducen al archivo de responsabilidades, el benigno tratamiento penitenciario que a veces se dispensa a este tipo de delinquentes o, ya al margen del ámbito judicial, los indultos en ocasiones concedidos a los condenados por corrupción.

Sin embargo, esta reflexión, que se venía reiterando desde el año 2017, sorprendentemente, porque no puede ser de más rabiosa actualidad, ya no se ha reproducido en la última memoria del año 2021 que se presentó ante S. M. el Rey en el año 2022. Lo que sí se mantiene en la última memoria es la estadística judicial, que nos adelanta algunas cifras que evidencian que algunos tipos penales no se han demostrado eficaces en la represión de las conductas corruptas. Así, del total de causas por delitos contra la Administración pública que supone la incoación de 3.783 diligencias previas en toda España en el año 2021, el grueso lo suponen los delitos de prevaricación (968), estando en segundo lugar los delitos de malversación con 148 diligencias previas incoadas⁵. El delito de malversación es precisamente el que, pese al descenso en el número total de dili-

³ Informe de Evaluación (quinta ronda) sobre prevención de la corrupción y promoción de la integridad en Gobiernos Centrales (altas funciones ejecutivas) y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, aprobado en sesión plenaria de 17 de junio de 2019. <https://rm.coe.int/quinta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-y-promocion-de-/168098c693>

⁴ Memoria elevada por la Fiscalía General del Estado al Gobierno de SM, del año 2020 (pp. 655-656), Fiscalía General del Estado, Ministerio de Justicia, BOE, 2021.

⁵ Por su parte, los delitos de cohecho están presentes en 103 procedimientos, los de tráfico de influencias en 64, el delito de fraude solo está presente en 14, y el de negociaciones prohibidas en 8.

gencias previas en delitos contra la Administración respecto del año pasado (un 20,36 % menos), sube un 106 %⁶.

Resulta sorprendente la disparidad de datos en el delito de prevaricación respecto de la incoación de diligencias previas y la posterior continuación a procedimiento abreviado, apenas un 15 % de los procedimientos, mientras que para el delito de malversación se mantiene entera la correspondencia entre la incoación y la transformación. Aunque es cierto que no se trata de los mismos procedimientos, pues la instrucción de este tipo de causas se suele prolongar en el tiempo durante años por la complejidad de las normas penales en blanco, la necesidad de practicar atestados de entidad o la aportación de voluminosa documentación en poder de la Administración, sí que parece que el dato llama la atención sobre el elevado número de denuncias que pudieran ser de carácter político o que responden a una finalidad espuria.

Esta dinámica se repite en los escritos de acusación de la Fiscalía Especial Anticorrupción⁷, poniendo de manifiesto que la actividad forense se centra fundamentalmente en los tipos de prevaricación y malversación, siendo el resto de tipos relacionados con la corrupción absolutamente residuales dentro de la estadística judicial, lo cual supone sin duda la prueba de que tales tipos adolecen de algún defecto en su configuración legal que impiden penar las conductas que integran su tipo objetivo, lo que repercute negativamente en la persecución y castigo de la corrupción.

El presente trabajo tiene por objeto analizar el tipo penal más relevante desde el punto de vista estadístico y económico, que castiga la corrupción de autoridades y funcionarios, esto es, el delito de malversación, dado que el delito de prevaricación ha sido objeto de una mayor atención por la doctrina, al efecto de constatar si está siendo eficaz en la lucha con-

⁶ Si la estadística se analiza en la incoación y calificación de los procedimientos abreviados, del total de causas por delitos contra la Administración pública que suponen 1.297 procedimientos abreviados en toda España (1.005 en el año 2020), el mayor número se corresponde con los delitos de prevaricación, 144 (108 en 2020), y los de malversación con 56 incoaciones (49 en 2020), mientras que los delitos de cohecho están presentes en 11 procedimientos (9 en 2020), los de tráfico de influencias en 6 (1 en 2020). Por su parte, el delito de fraude y el de negociaciones prohibidas solo están presentes en 6 de esas 1.297 incoaciones (5 y 6 respectivamente en 2020).

⁷ En 2021 se acusó por el delito de prevaricación en 123 escritos, y por el delito de malversación en 55 ocasiones. Por el delito de cohecho se acusó en 9 escritos, por el delito de fraude en 6 escritos y por el de negociaciones prohibidas en 8 ocasiones. En el año 2020, del total de 47 escritos, se acusó en 24 de ellos por prevaricación, en 20 malversación y en 23 por cohecho, mientras que respecto del delito de fraude solo se presentó un escrito de acusación y ninguno acusando por el delito de negociaciones prohibidas. En el año 2019, la fiscalía especial formuló escritos de acusación por los delitos de prevaricación administrativa en 25 ocasiones, por los delitos de malversación de caudales públicos en 28 ocasiones, por el delito de cohecho o fraude contra la Administración se acusó en 9 de ellos, y por el delito de negociaciones prohibidas en solo un escrito de acusación.

tra las prácticas corruptas, y en caso contrario, proponer soluciones *de lege ferenda* para que puedan castigarse adecuadamente las mismas.

2. Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal

En nuestro Código Penal vigente, aprobado por la Ley Orgánica (LO) 10/1995, de 23 de noviembre, los delitos contra la Administración pública se regulan en el título XIX del mismo, que se estructura a su vez en 10 capítulos, de los cuales los 9 primeros regulan diferentes tipos penales y el último son disposiciones comunes a los 9 anteriores. Los delitos que se regulan en el título a lo largo de los artículos 404 a 445 son los de prevaricación de funcionarios públicos y otros comportamientos injustos, abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos, desobediencia y denegación de auxilio, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, y negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función.

La mayoría de los tipos descritos tienen una honda tradición penal y se han venido reiterando en cada una de las codificaciones, con una redacción similar, en extremo arcaica, que en pocas ocasiones obedece a recomendaciones de organismos internacionales, salvo en lo que se refiere a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 marzo, tal y como veremos más adelante al analizar el tipo del delito de malversación. Nuestro legislador ha optado por mantener los términos decimonónicos sin incorporar el término corrupción, que tradicionalmente se ha vinculado a delitos contra la indemnidad sexual (Acale Sánchez, 2019).

Nos centraremos en este trabajo en los principales elementos del delito de malversación, en sus antecedentes históricos y legislativos, en su redacción actual y en los principales retos que plantea en la práctica de los juzgados y tribunales.

2.1. Una breve pero necesaria referencia previa al delito de prevaricación

El delito de prevaricación es la clave de bóveda del título, de ahí que se encuentre el primero de ellos (art. 404 CP), y pese a que es un delito que genera la práctica totalidad de los procedimientos judiciales respecto de la corrupción y no pocas sentencias, por no hablar de la relevancia mediática que tienen muchos de los encartados, al tratarse en muchas ocasiones de políticos de cierta relevancia, lo cierto es que ha venido siendo estudiado por la doctrina penalista de forma residual respecto de otros tipos más graves. En cambio, para los que tienen interés por el derecho administrativo, siempre les ha fascinado la forma en que los tribunales penales entraban a analizar conceptos como actos administrativos o

resoluciones, y cómo se llegaba a aplicar el criterio de ilegalidad que tan alejado está de las estructuras tradicionales de nulidad y anulabilidad de los actos, de ahí que prestigiosos administrativistas como García de Enterría hayan estudiado el delito de prevaricación y su íntima conexión con el derecho administrativo.

En los últimos años se ha podido constatar un incremento de las condenas por este tipo penal, por esa mayor conciencia social que genera un aumento del reproche y una menor tolerancia respecto de los actos ilícitos (Fernández Cabrera, 2017). No obstante, las condenas por el delito de prevaricación suponen penas de inhabilitación, que si bien son muy altas, la ausencia de pena privativa de libertad genera la impresión de que la conducta delictiva no supone gran riesgo salvo terminar con la carrera política o funcional del condenado, con la dificultad añadida que supone la muy difícil restitución de los daños económicos causados como consecuencia de la decisión prevaricadora. A esta realidad se le añade la sombra del indulto en este tipo de delitos, que fomenta la percepción en la ciudadanía de que el sistema protege al final estas conductas.

La importancia de la prevaricación viene dada porque respecto del delito de malversación de caudales públicos en la práctica totalidad de las ocasiones se produce el concurso entre ambos tipos, toda vez que la prevaricación suele ser medial para la comisión del delito de malversación, lo que además tiene una extraordinaria relevancia para su tramitación procesal, pues de no existir prevaricación la tramitación es competencia del tribunal del jurado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.2 h) de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del tribunal del jurado. Y desde luego un tipo como el de la malversación de caudales públicos puede ser sumamente difícil en cuanto a la comprensión de sus elementos normativos o en la apreciación y valoración de la prueba (Luzón Cánovas, 2009), lo que desaconseja que se haya sometido a la competencia del jurado. En la práctica lo que ha sucedido es que solo se han dictado en España poco más de un centenar de sentencias por el procedimiento del jurado enjuiciando hechos constitutivos de malversación de caudales públicos, la mayoría de conformidad y por hechos de poca entidad.

En este sentido, el carácter ilícito de la malversación vendrá en la mayoría de las ocasiones dado por la conducta prevaricadora, lo que exige analizar si realmente la conducta de la autoridad o funcionario es groseramente contraria a derecho antes de analizar los elementos del tipo en la conducta malversadora.

3. Malversación de caudales públicos

3.1. Antecedentes normativos

Los antecedentes más remotos del delito de malversación de caudales públicos se encuentran en la *Lex Iulia Peculatus*, que prohibía que nadie se llevara dinero de un templo,

dinero sepulcral o público, o lo sustrayera, y aunque se definía como un *furtum*, el robo de dinero cometido en perjuicio del Estado no era un simple delito, sino un verdadero crimen denominado peculado (Botella Vicent, 2021). Esta definición de delito de peculado se ha conservado en la tradición penal italiana además de en varios países iberoamericanos, como México, Perú o Ecuador.

En el derecho romano la pena era de carácter pecuniario, llegando al cuádruple del valor, y en la época de Justiniano se castigaba con deportación y en algunos casos con la muerte (Blecua Fraga, 1985).

Del derecho romano se incorporó a las Partidas (partida VII, título XIV, leyes XIV y XVIII), donde se castigaba con pena de muerte al «oficial del Rey que toviese de el algún tesoro en guarda, o que hobiese de recabar sus pechos o derechos, et que furtase o encubriese dello a sabiendas», además de devolver el cuádruple del valor, e incluyendo la prescripción del delito a efectos de condena a muerte en el plazo de cinco años. Posteriormente tuvo acogida en la Novísima Recopilación (libro XII, título XV, ley VII), donde se castigaba también con pena de muerte y pérdida de todos los bienes.

Fue con la codificación y el Código Penal de 1822 donde se tipificó el delito de malversación en los artículos 463 a 467. En él la pena de muerte se convirtió en pena de prisión de hasta 12 años de presidio para los supuestos más graves, fijando otras penas de prisión, trabajos forzados o deportación en atención proporcional a lo malversado, pero imponiendo en todo caso la separación del cargo público, el reintegro de lo malversado y una multa adicional del 30 al 60 % del dinero malversado. Incluía además la sujeción al tipo a aquellos particulares que tuvieran a su cargo los caudales o efectos públicos.

El Código Penal de 1848 reguló el delito de malversación de caudales públicos en los artículos 318 a 322, incluyendo la malversación propia e impropia, y recogiendo el concepto de entorpecimiento a los servicios públicos, o el de la aplicación de caudales a un diferente destino siguiendo el código napolitano entonces vigente (Blecua Fraga, 1985), todo ello con una estructura y redacción similar a la vigente. La inhabilitación para empleo público era absoluta y permanente. Sorprendentemente, suprimió la pena de multa por el dinero malversado.

En el Código Penal de 1870 se tipificó el delito de malversación en los artículos 405 a 410, se convirtió la referencia de moneda de duros a pesetas, y se redujo la pena de inhabilitación, que ahora podría ser temporal o absoluta, entre otras reformas menores.

La codificación posterior mantuvo en el Código Penal de 1928 el delito de malversación (arts. 480 a 486), que como novedad prescindía expresamente de un procedimiento administrativo previo de liquidación y determinación de la deuda con intervención del alcanzado (en los términos de alcance público contable), e incluía en el tipo objetivo a los recaudadores particulares de tributos que tuvieran encomendada esa función por la

Administración, pues no en vano el Estatuto Municipal de 1924 permitía encomendar la recaudación por arriendo a particulares (arts. 546 y siguientes). Estas novedades fueron suprimidas en el Código Penal de 1932 (arts. 399 a 404), que volvió a una redacción similar a la de 1870, y ello pese a que el libro II sobre la Hacienda se dejó expresamente vigente por la Ley Municipal de 1935.

El Código Penal de 1944 dispuso tipificar la malversación en los artículos 394 a 399, con apenas variaciones del Código de 1932 en lo que a este tipo se refiere, salvo la actualización de las cuantías y la recuperación, del Código de 1928, de la posibilidad de que se imponga por el tribunal la pena que considerase aunque no se hubiera podido determinar exactamente la cantidad malversada.

Durante la Dictadura la norma penal apenas sufrió variaciones hasta la aprobación del texto refundido de 1973, que refundió los cambios operados en 1963 y 1971, entre otros, pero que no afectó al tipo de malversación de caudales públicos, salvo la actualización de las cuantías. Los cambios más significativos se vieron reflejados en la codificación posterior como consecuencia de las aportaciones de la doctrina científica, hasta el punto de que el proyecto de Código de 1980 proponía su despenalización y el de 1983 proponía su penalidad solo en el caso de que se causara un entorpecimiento grave a la función a la que estuvieran destinados los caudales. Todo ello por aplicación de los principios de subsidiariedad, al considerar el derecho penal como *ultima ratio* que debe castigar solo las conductas más graves (Bleuca Fraga, 1985), pues ya la legislación presupuestaria y de función pública, incluso con la responsabilidad contable, castigaban las irregularidades administrativas.

Así llegamos hasta el Código Penal de 1995, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que ha sido objeto nada menos que de 46 reformas en los menos de 30 años de vigencia, a razón de casi 2 reformas anuales. En lo que respecta al delito de malversación, se regula en los artículos 432 a 435, incluyendo como novedad principal la exigencia del ánimo de lucro propio o de un tercero en el tipo básico (que antes se consideraba implícito), la fijación de la pena en función no solo de la cuantía de lo malversado, sino del perjuicio o entorpecimiento a los servicios públicos, o en el caso de que los bienes tengan valor histórico o artístico o estén destinados a aliviar alguna calamidad pública. Se incluía también la despenalización de la aplicación de caudales a finalidades presupuestarias distintas en los términos antedichos.

La primera reforma que se opera en el Código de 1995 en lo que a la malversación se refiere tiene lugar por mor de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en la que se actualiza en euros la cuantía de la malversación de menor entidad (hasta 4.000 euros), y se fija una inhabilitación superior, cuyo máximo pasa de uno a tres años.

Con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de

transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, además de introducir la responsabilidad penal de los partidos políticos, se creó el artículo 433 bis para tipificar el delito de falsedad contable pública, que si bien no es un supuesto de malversación, sí apuntaba directamente a la gestión dolosa de los caudales públicos, pues era un delito nacido para perseguir las deudas ocultas en facturas impagadas a contratistas (Valle Mariscal de Gante, 2022).

Pero sin duda la modificación de más calado tiene lugar en el año 2015 como consecuencia de la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que es el gran cambio de enfoque en el tipo de la malversación como consecuencia del incremento de las causas de corrupción y la dificultad de condenar en muchos casos a los corruptos por el tipo de la malversación (Sanz Mulas, 2017), inspirándose en el parágrafo 266 del Código Penal alemán⁸. En efecto, la exposición de motivos afirmaba que «la malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos», y realmente su concepción como administración desleal del patrimonio público permitía penar aquellas conductas en las que, habiendo perjuicio grave para los fondos públicos, no hubiera ánimo de lucro propio o de un tercero, es decir, que quedaban en la mayoría de los casos fuera de la protección penal⁹.

La modificación en esta línea del Código Penal, en cuanto a configurar la malversación como una gestión desleal del patrimonio público, aunque en general fue unánimemente aceptada por superar el concepto meramente apropiativo que permitiría castigar conductas gravemente perjudiciales para la gestión pública (Valle Mariscal de Gante, 2022), no estuvo exenta de polémica en sus trabajos preparatorios, y fue duramente criticada en el informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013, con voto particular discrepante¹⁰. En esencia, la crítica tenía origen en lo que se consideraba una deficiente regulación de la nueva administración desleal en relación con el principio de taxatividad penal, así como por los problemas concursales que se podían generar, aunque lo cierto es

⁸ Más acertadamente, el parágrafo 153.1 del Código Penal austriaco, que opta por el «tipo de abuso» (*Missbrauchtatbestand*) frente al «tipo de ruptura de la confianza» o de «infidelidad» (*Treubruchtatbestand*).

⁹ Dice la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 708/2022, de 12 de julio: «Los detrimentos económicos que pudieran derivar de un ejercicio abusivo y malicioso de las funciones públicas por más que actualmente sí queden contemplados en el tipo penal del precepto, por la remisión que hace al tipo penal de administración fraudulenta del vigente artículo 252 del Código Penal».

¹⁰ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en Pleno de 16 de enero de 2013, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2013 (pp. 233-239). <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>

que en la práctica no llegaban a producirse. Criticaba también el informe que con la definición tan amplia del tipo objetivo¹¹ se revivía la penalidad del viejo artículo 397 del CP, y que en algunos supuestos podía pensarse con más gravedad la malversación de uso que la apropiación definitiva, el hecho que se suprimiera el tipo agravado cuando afectasen a bienes de carácter histórico o cultural o el de la incorporación expresa de los administradores concursales al tipo subjetivo. Incluso algún sector doctrinal consideró que no era correcto que compartieran estructura común para gestiones tan diferentes como la pública y la privada (Martell Pérez-Alcalde, 2015) y alguno vio el riesgo (aunque luego no se ha producido en la práctica) de una vocación expansiva alarmante, dado que la conducta típica no se limitaba por la gravedad o la flagrancia (Sanz Mulas, 2017).

En los trabajos previos fue también crítico con la propuesta de reforma el Consejo Fiscal en su informe de 8 de enero de 2013¹², en esencia porque considera que el prelegislador calificaba la malversación como un delito patrimonial cometido por funcionario público, y a juicio de ese órgano el delito protege el patrimonio público y además la confianza de la sociedad en el manejo honesto de fondos públicos, además de que podrían verse despenalizadas conductas apropiatorias de fondos públicos. En realidad esto no es así, porque el hecho de que la exposición de motivos afirme que la malversación es una gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público no desnaturaliza el carácter pluriofensivo del delito, pues sigue penándose una conducta por el daño al servicio público y a la confianza de los ciudadanos en sus gestores, precisamente ahora poniéndose bajo la lupa de la jurisdicción penal conductas que son gravemente lesivas para la ciudadanía aunque no supongan una distracción de caudales con enriquecimiento para el funcionario o para terceros. La supresión del ánimo de lucro tiene razón de ser en la protección del bien jurídico, que supone la gestión correcta de los servicios públicos. El informe llega a una conclusión que resulta contradictoria, pues reconoce que hay actos dañosos por comprometer la finalidad del servicio público, y recupera, de su valoración de la reforma de la administración desleal, el criterio individual-objetivo de daño, según el cual se considera dañoso el acto que sin causar pérdida patrimonial, compromete la finalidad de la empresa. Si el Consejo Fiscal considera apropiado introducir esta teoría para la configuración del tipo y salvaguardar el carácter pluriofensivo del delito, habría sido de gran utilidad avanzar en esta argumentación, que habría llevado en todo caso a la supresión del requisito del lucro propio o ajeno.

¹¹ En esta misma línea crítica puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 797/2015, de 24 de noviembre.

¹² Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en 8 de enero de 2013, Fiscalía General del Estado, 2012 (pp. 287-295). No se encuentra disponible en la base datos de la web de la Fiscalía General del Estado. https://s01.s3c.es/imag/_v3/ecoley/documentos-iuris/18-01-2013/16.informeFiscalia.pdf

Por parte del Consejo de Estado se emitió Dictamen bajo el número 358/2013¹³ (Justicia), en el que se resumían los informes antedichos, pero sobre los que discrepaba, en el sentido de que los amplios contornos de la administración desleal en el anteproyecto permitían incluir en este tipo las conductas relacionadas con los caudales públicos, pues no en vano malversar suponía infringir el deber fiduciario, de lealtad y de confianza sobre los empleados públicos, sugiriendo aclarar el hecho de que estos empleados podrían administrar bienes e intereses que no les eran propios, algo redundante a la luz de la configuración de la administración desleal, que en modo alguno exige al administrador ser propietario de los bienes que administra. Finalmente el Consejo de Estado aconsejaba tener muy en cuenta los «mecanismos de reacción que están en este momento diseñándose en otras iniciativas legales, como es la relativa al régimen de transparencia de las Administraciones Públicas, que contiene un régimen específico de sanciones administrativas en esa materia».

Pese a las discrepancias de los informes indicados seguía considerándose una reforma muy oportuna para la lucha contra la corrupción, que suprimía las lagunas punitivas de otras épocas y dotaba a los tribunales de tipos penales suficientes, completos y con penas acordes al desvalor de las conductas (De la Mata Barranco, 2016), y además no podía tener más sentido en el contexto de despilfarro de fondos públicos, de megainfraestructuras inservibles costeadas por capricho de algunos gestores públicos, en el contexto de una durísima crisis económica. La sociedad no podía entender que se pudiera sancionar la administración desleal de una sociedad particular y que estos mismos hechos realizados en una Administración pública quedaran fuera del alcance penal o limitados a la punición como conductas prevaricadoras, y era pacífica la idea de que era exigible una mayor diligencia y rigor a los gestores de los recursos públicos (Pelegrín López, 2019).

Así las cosas, gracias a la nueva redacción de la norma, pudieron pensarse con pena de prisión algunos ejemplos significativos como la administración desleal de un ayuntamiento de la provincia de Cáceres, en lo que la sentencia condenatoria calificó como un «derroche del presupuesto municipal», pues en aquellos hechos el alcalde, por puro capricho y sin necesidad alguna para el interés municipal, decidió adjudicar numerosos contratos a *dedo* prescindiendo de la posible licitación y desoyendo las advertencias de legalidad de los funcionarios. De esta manera, una gestión pública que habría sido merecedora solo de una inhabilitación por el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del CP, pudo ser sancionada con pena de prisión¹⁴.

¹³ Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en Pleno de 17 de junio de 2013, Consejo de Estado, 2013 (pp. 287-295). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>

¹⁴ Es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 266/2020, de 13 de noviembre, confirmada en apelación por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 12/2021, de 17 de febrero (rec. núm. 10/2021).

O, también, la asunción por un ayuntamiento de la provincia de Valladolid del pago de unas obras de urbanización que no tendría que haber asumido, afirmando la sentencia que

no importa que el encargo y el trabajo, cuyo fruto fue la elaboración del proyecto, fueran reales. Lo que importa es que se ha hecho asumir al Ayuntamiento, de forma indebida, una deuda en perjuicio de su patrimonio, lo que supone evidentemente una gestión desleal, siendo indiferente que el autor de tal conducta no incorpore a su patrimonio el dinero abonado, pues basta el perjuicio sufrido por la entidad administrada como consecuencia de tal gestión desleal¹⁵.

En sentido contrario, puede citarse la absolución de un gerente municipal de Urbanismo, que desoyendo el criterio del ayuntamiento, decide asumir un impuesto de cierta entidad en perjuicio de la entidad que representaba, porque, en palabras del Tribunal Supremo,

el hecho descrito en el relato fáctico de la sentencia y consistente en asumir en nombre de la Corporación municipal el pago del impuesto del incremento del valor de los terrenos, incumpliendo lo dispuesto por el Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo, no es constitutivo de un delito de malversación de caudales públicos. El citado delito, en su redacción vigente al tiempo de los hechos exigía para su comisión una conducta de apropiación del bien público por el funcionario o por terceros que en este caso no concurre, salvo que se pretenda dar al término sustracción una significación muy alejada de la que le es propia, la apropiación no violenta de un bien de ajena pertenencia. La sentencia identifica la sustracción con la gestión desleal pero son conductas diferentes, lo que conduce a la estimación del motivo¹⁶.

O más propiamente, la sentencia que absuelve de malversación a un alcalde por el hecho de no reclamar una deuda contraída con la Administración, con manifiesto perjuicio para esta, aun cuando el cobro fuera incierto al momento de reclamarse. En este caso, el Tribunal Supremo concluye:

en el caso que nos ocupa no puede equivaler la omisión de la acción de reclamar el particular la deuda que tiene con la Administración a la acción típica de «sustraer

¹⁵ Es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos) núm. 48/2020, de 9 de octubre (rec. núm. 34/2020) que revoca la previa y absolutoria Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid núm. 43/2020, de 7 de febrero.

¹⁶ Es la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 281/2019, de 30 de mayo (rec. núm. 1516/2018) que revoca la previa y condenatoria Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 125/2018, de 12 de abril.

o consentir que otro sustraiga» los caudales públicos, pues la acción de exigir administrativamente su pago no garantiza efectivamente el cobro y, en todo caso, el dinero que constituye el precio no se encuentra incorporado al patrimonio público y, por tanto, no puede ser sustraído¹⁷.

En mi opinión, la reforma del 2015 fue acertada desde un punto de vista de la interpretación global del ordenamiento jurídico y la reprensión de la corrupción. Si la comunidad internacional nos exige en los diferentes tratados suscritos por España luchar contra la corrupción con una política eficaz y coordinada que refleje, entre otros, los «principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas»¹⁸, y si además tal exigencia la conectamos con lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución, que impone a la Administración servir a los intereses generales con objetividad y sometimiento pleno a la ley y al derecho, la reforma no podía ser más oportuna.

La vocación de esta reforma hay que buscarla en el resto de actividad legislativa de aquellos años, pues no se olvide que mientras se redactaba aquella reforma del Código Penal, se promulgó la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuyo artículo 26 recoge, entre los principios del buen gobierno, los de eficacia, economía y eficiencia, y con el objetivo de satisfacer el interés general, así como el de imparcialidad. Como principio de actuación se exige que gestionen, protejan y conserven adecuadamente los recursos públicos. Y en tal norma, se prevé un específico régimen sancionador, entre el que se incluye, por ejemplo, como infracción muy grave, la incursión de alcance contable¹⁹ o los compromisos de gastos o pagos sin crédito suficiente o con infracción de la legislación presupuestaria. Para los sujetos que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de esta ley, que son los altos cargos de la Administración, se prevé como sanción el cese en el cargo y la prohibición de acceder a un cargo público durante un plazo de 5 a 10 años. Se partía por tanto de un cuerpo legislativo en el que la buena administración de los caudales públicos era un objetivo a conseguir desde la triple perspectiva de la transparencia, la rendición de cuentas y la persecución del gestor que actuara con dolo o negligencia.

¹⁷ Es la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 613/2018, de 29 de noviembre (rec. núm. 2615/2017) que revoca la previa y condenatoria Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 321/2018, de 10 de mayo.

¹⁸ Artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, y ratificada por España el 9 de junio de 2006 (BOE 171/2006, de 19 de julio).

¹⁹ Se define como alcance contable, según el artículo 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, el «saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas».

Y en ese contexto toma especial relevancia la contratación pública, que sin duda es una de las áreas más afectadas por el delito de malversación, toda vez que con ocasión de la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público²⁰, el ordenamiento comunitario ha pasado de una concepción finalista o presupuestaria de la contratación pública a una concepción instrumental para, con la correcta gestión del presupuesto y fondos públicos, poder prestar los mejores servicios públicos a los ciudadanos (Gimeno Feliú, 2020).

Por su parte, la legislación en materia de función pública²¹ también recoge, como principios de actuación de los empleados públicos, el respeto a la Constitución y el resto de normas jurídicas del ordenamiento, y que «actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización». Sin embargo, este acervo de principios no se corresponde con un catálogo de infracciones claro y nítido que permita imponer sanciones administrativas por una gestión desleal, especialmente porque *a priori* no existe el daño a la Administración (Palomar Olmeda, 2019).

También la normativa comunitaria seguía esa senda, y fue la Directiva UE 2017/1371, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, la que delimitaba conceptualmente la malversación, disponiendo en su artículo 4.3 que

a efectos de la presente Directiva, se entenderá por malversación el acto intencionado realizado por cualquier funcionario a quien se haya encomendado directa o indirectamente la gestión de fondos o activos, de comprometer o desembolsar fondos, o apropiarse o utilizar activos de forma contraria a los fines para los que estaban previstos y que perjudique de cualquier manera a los intereses financieros de la Unión.

Es decir, que no exigía que el autor de la malversación se guiara por un lucro propio o ajeno, sino que bastaba con comprometer fondos en perjuicio de los intereses financieros de la Unión, esto es, una verdadera administración desleal de fondos comunitarios. Esta directiva fue el primer texto comunitario que definió el acto de malversación, pues

²⁰ El título completo es Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

²¹ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Sus artículos 53 y 54 regulan los principios éticos y de conducta, respectivamente. Ello sin perjuicio de la legislación en el ámbito de relaciones especiales de sujeción, como la del personal militar, las cuales se regulan en el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas (arts. 3 a 5).

hasta entonces los convenios sobre protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 1995 y 1997 se habían limitado a las figuras del fraude y la corrupción activa y pasiva.

En definitiva, los recurrentes casos de corrupción y la sensación de impunidad que existía en la ciudadanía respecto de determinados casos, junto con la percepción de la inutilidad de las normas que castigaban esas conductas (Valle Mariscal de Gante, 2022), motivó una reforma de esa entidad, con una redefinición de los tipos y un incremento generalizado de las penas. No obstante, y pese a la positiva recepción de la doctrina, en los años posteriores se alzó alguna opinión discrepante, bien sobre la proporcionalidad de las penas²² (Del Moral García, 2016), bien sobre la diferencia entre las facultades de un administrador societario y las limitaciones regulatorias que tiene el gestor público (Quintero Olivares, 2016).

La penúltima reforma del delito de malversación tendría lugar con ocasión de la LO 1/2019, de 20 de febrero²³. La directiva que afectaba a la malversación era la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal, que armonizaba este delito en toda la Unión y exigía que las personas jurídicas que cometían este tipo de delitos incurrieran en responsabilidad penal. De ahí la reforma que se operó creando un apartado quinto al artículo 435, fijando así penas de multa que debían imponerse a las personas jurídicas, además de las genéricas del artículo 33.7, letras b) a g) del CP. Las multas podrían llegar a ser de dos a cinco años, o del triple al quintuple del perjuicio causado, permitiendo multas proporcionales para poder superar el límite del artículo 50 del CP y reducir las pérdidas para el Estado (Frago Amada, 2023). Está por ver aún el alcance de este precepto, pues hasta la fecha aún no se ha condenado a ninguna persona jurídica por el delito de malversación de caudales públicos.

Cuando por fin parecía que la norma penal era estable, y que se había adaptado al sentir de la especial responsabilidad que el ciudadano exigía a los gestores públicos, alineándose incluso con la normativa internacional, tiene lugar la última y fatídica reforma del delito de malversación. En efecto, con fecha 23 de diciembre de 2012 se publica en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas eu-

²² Sin duda un tema sobre el que merece la pena profundizar en un estudio posterior, pues la lucha contra la corrupción no puede basarse desde el punto de vista penal en incremento de penas de prisión que sean análogos a los del homicidio o las lesiones graves, sino en las inhabilitaciones y especialmente la recuperación de activos y satisfacción de responsabilidades civiles con extensión de responsabilidades, incluso a los partidos políticos a los que sirva el condenado.

²³ El título completo es Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

ropeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. La reforma del Código Penal va mucho más allá que el título de la ley, pues a lo que este trabajo respecta, se vuelve a cambiar totalmente el paradigma de la malversación, volviendo en esencia a la redacción anterior a 2015, y recuperando incluso tipos despenalizados en 1995, como veremos a continuación.

La primera crítica a esta reforma debe ser necesariamente la falta de tramitación con arreglo a lo previsto en el artículo 26 de la Ley 17/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en lo que viene siendo una tónica habitual en los últimos años, con grave riesgo para la seguridad jurídica y la calidad de las normas. El Gobierno no tramitó un anteproyecto y proyecto de reforma de ley orgánica para la reforma de la malversación, sino que, aprovechando la trasposición de directivas comunitarias en otros asuntos, con extraordinaria celeridad (Roca de Agapito, 2023), y eludiendo los informes del Consejo Fiscal, del Consejo General del Poder Judicial o del Consejo de Estado, la mayoría parlamentaria en las Cortes Generales aprobó por transacción la enmienda n.º 27 del Grupo Parlamentario Plural, que eliminaba el avance que había supuesto la nueva regulación de la malversación y volvía a la redacción anterior al año 2015, y ello sin reparo en sostener como justificación que la configuración del tipo había permitido la persecución política de líderes independentistas catalanes o la sanción de destacados políticos del partido en el Gobierno por la ejecución de leyes aprobadas por el parlamento andaluz²⁴. Ciertamente el debate en el Congreso y en el Senado fue duro porque se puso de manifiesto que no debía modificarse el Código Penal al albur de los caprichos inmediatos de los políticos, sin estudio ni informes, ni un mínimo asesoramiento previo a la redacción de la norma, ni mucho menos cuando el capricho nace para intentar limitar las responsabilidades penales firmes acordadas en sentencias del Tribunal Supremo de cara a futuras revisiones de las penas, como así sucedió con las condenas por sedición²⁵. Lo que había sido un extraordinario avance en la lucha contra la corrupción y la administración desleal de los caudales públicos, se volatiliza por el capricho del legislador para indultar a unos delincuentes condenados por prácticas corruptas, porque tanta corrupción supone el apropiarse de fondos públicos como disponer de ellos para satisfacer intereses ilícitos.

El objetivo de la reforma del tipo es sancionar penalmente la distracción de fondos públicos solo cuando concurre el ánimo de lucro propio o ajeno, dejando impunes aquellas conductas de gestión reprochable en una Administración si no se puede acreditar ese ánimo de lucro, pese a que pueda existir un perjuicio económico directo para los fondos públicos,

²⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Número 295-4 (pp. 48-51).

²⁵ Nos referimos naturalmente a las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, núm. 459/2019, de 14 de octubre (caso *procés*), y núm. 749/2022, de 13 de septiembre (caso ERE).

y derivando a un tipo penal atenuado el aplicar fondos públicos a una finalidad presupuestaria no prevista.

Se desoye con la reforma aprobada las recomendaciones de las organizaciones internacionales o la propia legislación comunitaria, por cuanto que los Estados deben prever que las penas sean efectivas, proporcionadas y disuasorias²⁶, y desde luego no puede considerarse disuasoria la pena de multa en la malversación si no existe ánimo de lucro ni resulta un daño grave al servicio, tal y como dispone la nueva redacción del artículo 433 del CP. A ojos del gestor, puede resultar rentable la comisión del ilícito, el riesgo o la obediencia a su partido político, si sabe que no hay posibilidad de ingresar en prisión, lo que anula el efecto positivo que tenía la reforma del 2015 de cara a la prevención (Pelegrín López, 2019).

La nueva configuración de la malversación es, en esencia, además de la vuelta a la redacción del Código Penal de 1995 en cuanto al tipo básico, la inclusión del artículo 432 bis para incluir la falsedad contable específica en la Administración, la fijación en el artículo 432 ter de la definición de patrimonio público, olvidando al sector público instrumental, del que la jurisprudencia ya había clarificado su inclusión como caudales públicos²⁷, el artículo 433 tipificando la aplicación presupuestaria no prevista de los caudales públicos, con un tipo básico y otro atenuado, y el artículo 434 por razones de política criminal que modifica el criterio temporal de la colaboración para la reducción de penas, que además de aplicarse a todo el capítulo se pasa de no fijarse un plazo concreto (en la redacción de 1995 el plazo era de 10 días desde la incoación del proceso) a limitarse al momento anterior a la apertura del juicio oral, sin duda a mi juicio una de las partes acertadas de la reforma desde un punto de vista de práctica forense, pues en este tipo de procesos es habitual que la Administración no recupere en su totalidad los caudales malversados, y ello pese a que la reducción de penas en uno o dos grados haya sido criticada por el Consejo Fiscal en su informe a la reforma de 2015, o por parte de la doctrina como un ejemplo de debilidad de la Administración para perseguir estas conductas, o por ser una reducción más beneficiosa que la fijada con carácter general en el artículo 21.5 del CP (Valle Mariscal de Gante, 2022; Roca de Agapito, 2023).

La reforma además supone un paso atrás en la concepción de la corrupción como problema y la persecución de la misma, no solo por lo expuesto, sino porque la reducción de las penas en algunos de los supuestos va a reducir la prescripción de los delitos al plazo de cinco años conforme al artículo 131 del CP, y porque, al contrario de lo que propugna toda la normativa internacional y la doctrina, se va a penalizar más la administración desleal

²⁶ Artículo 7.1 de la Directiva UE 2017/1371, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017. El apartado 3 del mismo artículo incluso fija para los daños superiores a 100.000 euros, una pena máxima de 4 años de prisión como mínimo.

²⁷ Acuerdo no jurisdiccional del pleno del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 2017.

del patrimonio privado que la del público, dándose la paradoja, por la omisión del artículo 432 ter, de que la apropiación indebida de bienes en una sociedad pública no será punible como malversación, precisamente cuando estas entidades, por su menor control, tienen un riesgo superior de utilización fraudulenta (Gómez Rivero, 2016).

3.2. Naturaleza y bien jurídico protegido

La naturaleza del delito de malversación puede calificarse como pluriofensiva, siendo mayoritaria la doctrina que lo califica como un delito que vulnera distintos bienes jurídicos protegidos, en un principio la propiedad de la Administración²⁸ (como así consideraba en origen la doctrina clásica), el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial, la confianza de los ciudadanos en el manejo honesto de los caudales públicos²⁹ y el deber de fidelidad de los funcionarios y autoridades³⁰ (Rodríguez de Miguel Ramos, 2011). Se ha evolucionado además hacia una concepción funcional del concepto de patrimonio en relación con el artículo 103 de la CE, como garante de la capacidad prestacional del Estado (Crespo Barquero, 1998), que justifica además la finalidad de los caudales públicos, que no es otra que la prestación de los mejores servicios públicos al ciudadano, de acuerdo con el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los servicios públicos que impone a todo el sector público la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera³¹.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre reafirma esta misma línea por cuanto que

aun cuando se ha discutido doctrinalmente cuál sea el bien jurídico protegido por el delito de malversación, la doctrina de esta Sala, en congruencia con su ubicación sistemática, sujeto activo y naturaleza de los bienes a que afecta, viene declarando que es un delito contra el patrimonio y, a la vez, un delito contra la administración pública. Se pretende la protección de la indemnidad del patrimonio público y también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado. De acuerdo con las exigencias de una sociedad democrática este delito tiende a hacer posible la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los fondos públicos

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1981.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 44/2008, de 5 de febrero.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 65/1986, de 22 de mayo.

³¹ Artículo 7.2: «La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público».

y a garantizar los deberes de fidelidad y transparencia que tienen los funcionarios públicos a cuyo cargo se encuentran los bienes de la administración pública.

3.3. Elementos del tipo

En cuanto al sujeto activo del ilícito de malversación, se trata de un delito especial impropio que exige en principio la cualidad de autoridad o funcionario público, teniendo en cuenta la condición de tal que define el artículo 24 del CP³². No supone especial dificultad determinar la condición funcional o de autoridad, pero sí plantea mayores problemas sin duda la participación de los particulares o *extraneus* en los delitos de malversación, habiendo evolucionado la doctrina desde supuestos de ruptura del título de participación, condenando por malversación al funcionario y por delito común al particular, hacia la aplicación del principio de unidad del título de imputación y accesoriedad en la participación, considerando al particular inductor, cómplice o cooperador necesario (Crespo Barquero, 1998). En la actualidad la jurisprudencia es uniforme y permite penar al *extraneus* por conductas malversadoras³³, como así afirmaba la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2007³⁴, con cita de otras anteriores:

Como nos recuerda la Sentencia de esta Sala 37/2006, de 25 de enero, son varias las sentencias que han abordado el problema de la punibilidad de la participación del *extraneus* en el delito especial. La doctrina denomina así a los tipos penales que no pueden ser realizados por cualquier persona sino solo por aquellas indicadas en la definición legal, que potencialmente se encuentran en condiciones de lesionar el bien jurídico tutelado en el tipo, lo que puede estar determinado por muchas circunstancias como el parentesco, la profesión, el ejercicio de ciertos cargos o funciones, algunas relaciones jurídicas, etc. Esta Sala tiene dicho que si bien el *extraneus* no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los

³² Artículo 24 del CP: «1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

³³ Siendo además facultad del Tribunal imponer la pena inferior en grado ex artículo 65.3 del CP, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 214/2018, de 8 de mayo.

³⁴ También la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 797/2015, de 24 de noviembre (NCJ060638), o la más reciente núm. 507/2020, de 14 de octubre.

tipos de participación –inducción y cooperación necesaria–. Se añade en esta Sentencia que quien realiza un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer integra un supuesto de cooperación necesaria por cuanto la más reciente jurisprudencia de esta Sala (por ejemplo 1159/2004, de 28 de octubre) viene declarando que existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *condictio sine que non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho).

Con ocasión de la reforma operada por la LO 1/2019, de 20 de febrero, se introdujo el artículo 435 bis, según el cual «a los efectos de este capítulo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427», por lo que en la actualidad hay una remisión expresa al artículo 24 y al artículo 427. Curiosamente este último, referido al cohecho, incluye al personal de empresas públicas al servicio de la Unión Europea o un país extranjero, pero no hay referencias a las empresas públicas españolas.

La condición de funcionario resulta ser más amplia que la propia del derecho administrativo, pues a efectos penales se incluyen los empleados de todo el sector público, funcionarios interinos, eventuales, de carrera y también personal laboral al servicio de la Administración o del sector público instrumental y además que tenga a su cargo por cualquier título³⁵ los caudales, efectos o el patrimonio público.

Por su parte, el patrimonio público en sentido amplio lo constituye cualquier bien con relevancia económica, titularidad de una Administración o confiado a la misma para el cumplimiento de sus fines (Rodríguez de Miguel Ramos, 2011), incluidos también los bienes pertenecientes a una sociedad mercantil de capital íntegramente público o incluso a una sociedad de capital mixto, pero mayoritariamente público, como expresamente considera el acuerdo de pleno del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017. No obstante, lo anterior, debe tenerse en cuenta la redacción del nuevo (introducido por LO 14/2022,

³⁵ Disposición que se interpreta de forma flexible en atención a la protección del bien jurídico, pues como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1840/2001, de 23 de junio, «no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que figura adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público. Así en la expresión "que tenga a su cargo" se abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario está atribuida la tenencia material y directa de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos; y significa no solo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario».

de 22 de diciembre) artículo 433 bis, según el cual «a los efectos del presente Código, se entenderá por patrimonio público todo el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas». Según esto quedaría excluido de la punición del delito de malversación los bienes que sean propiedad de entidades del sector público distintas de las Administraciones públicas si tienen personalidad jurídica propia, porque el hecho de que la Administración sea titular de las participaciones o acciones de una sociedad mercantil pública no convierte en caudales a efectos de la malversación a los bienes propiedad de estas entidades, porque estaríamos ante una analogía contra reo, sin perjuicio de que, en ese caso, las conductas de los empleados de tales entidades constituyeran un verdadero supuesto de administración desleal o en su caso de apropiación indebida.

Un elemento esencial en la redacción actual revivida por la última reforma del Código Penal es el ánimo de lucro propio o ajeno, según la expresión que incluyó el Código de 1995, pese a que la jurisprudencia anterior no exigía su presencia aunque fuera habitual, y ello como consecuencia del tal requisito en los delitos contra la propiedad, sin que ello suponga una protección más patrimonial que la del deber de lealtad (Crespo Barquero, 1998). A estos efectos es suficiente un dolo genérico sobre el carácter público de los bienes, incluido el dolo eventual, que es posible en el delito de malversación³⁶ pero que no cabe en el delito de prevaricación, lo que puede suponer la absolución del primer delito si hay concurso y la prevaricación fue medial³⁷.

El ánimo de lucro, por otra parte, no tiene que suponer necesariamente un enriquecimiento económico del funcionario o de un tercero, como acertadamente ha matizado el Tribunal Supremo en su reciente Auto de 13 de febrero de 2023, al analizar la pretensión de revisión de las condenas del caso *procés*, pues como afirma

el art. 432 incluye en su tipicidad tanto a quien se apropia de esos fondos como a quien, quebrantando su deber de lealtad en la administración, decide darles una finalidad inequívocamente ilegal por cuanto el ánimo de lucro no puede obtenerse únicamente mediante su identificación con el propósito de enriquecimiento sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a estos.

Se incluye así todo beneficio directo o indirecto, económico o no que pueda percibir el funcionario o un tercero, siguiendo un concepto amplio que incluye cualquier tipo de mo-

³⁶ Sentencias del Tribunal Supremo núm. 310/2003, de 7 de marzo, y núm. 914/2012, de 29 de noviembre (NCJ057604), o la Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 21/2017, de 31 de mayo.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 773/2022, de 22 de septiembre.

tivación ilícita³⁸, en una resolución que algún autor aventuraba a la vista de la doctrina del Tribunal Supremo en otras sentencias, como la del caso Marey, Sentencia de 29 de julio de 1998, que no permite desviar fondos públicos para fines ilícitos, mucho menos si son delictivos (Roca de Agapito, 2023).

Por lo que respecta a la configuración del tipo, con la redacción vigente tenemos en la modalidad apropiativa de la malversación un tipo básico, otro agravado y otro atenuado. El tipo básico castiga la conducta típica alternativa de apropiarse o consentir que otro se apropie (comisión por omisión, realizando actos positivos o si no lleva a cabo una conducta impeditiva), apartando al patrimonio de su finalidad pública para que el funcionario o un tercero lo haga propio. Se castiga con penas de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

El tipo agravado tiene lugar en los casos en que concurra alguna de estas circunstancias: daño o entorpecimiento graves al servicio público, valor del perjuicio superior a 50.000 euros o que las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico o si se tratase de efectos destinados a aliviar calamidades públicas. En este caso la pena de prisión es de cuatro a ocho años y la de inhabilitación de diez a veinte años. Esta incorporación es una novedad de la reforma de 2022, que recupera la redacción del CP de 1995, superando eso sí la redacción ambigua original que parecía exigir daño y entorpecimiento graves de forma acumulativa, o el problema de determinar la cuantía a partir de la cual exigir especial gravedad, que dio lugar a pronunciamientos judiciales dispares (Rodríguez de Miguel Ramos, 2011). Además, se incorpora un tipo superagravado para los supuestos en que la cantidad malversada supere los 250.000 euros, en los que se impondrá la pena en su mitad superior o incluso la superior en grado, quedando a la discrecionalidad del tribunal sentenciador.

Respecto al tipo atenuado, se prevé para los supuestos en que la cantidad malversada no supere los 4.000 euros, siendo la prisión de uno a dos años, multa de tres meses y un día a doce meses, con inhabilitación especial y de derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años.

Para las personas jurídicas, con arreglo al artículo 435 del CP, se imponen penas en función de la pena de prisión prevista para las personas físicas, que puede ser: multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor del perjuicio causado o de los bienes o

³⁸ En los mismos términos la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre, al referirse al *animus lucri faciendi gratia*.

efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso, y multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos. Todo ello sin perjuicio de las penas de las letras b) a g) del artículo 33.7 del CP, en el que destaca sobremanera la prohibición de contratar con el sector público a la luz de la mayoría de los supuestos de conductas malversadoras.

Respecto de los problemas concursales, el concurso que tiene lugar en la práctica forense con más frecuencia es el de la malversación con la prevaricación, que como hemos adelantado suele terminar resolviéndose en la mayoría de las ocasiones a través del concurso medial³⁹, pues la decisión grosera, arbitraria y flagrantemente contraria a derecho que es la prevaricación suele ser el medio para malversar el patrimonio público. A estos efectos debe tenerse en consideración lo apuntado *supra* a efectos del dolo eventual.

Pero en muchas ocasiones, sobre todo cuando los hechos afectan a tramas de corrupción asentadas en un territorio o sector de actividad, lo normal es que junto a las conductas prevaricadoras y malversadoras concurren los tipos de cohecho, falsedades y en menor medida el tráfico de influencias o las negociaciones prohibidas a funcionarios. También puede concurrir la malversación junto con el delito de fraude, el cual es en realidad la antesala de la malversación y castiga la concertación tendente a obtener una malversación; se trata, como afirma el Tribunal Supremo, de un problema de progresión delictiva, que en un principio se trató como concurso de normas y la reciente jurisprudencia la califica como un supuesto de concurso medial de delitos⁴⁰. Las condenas por el delito de fraude son escasas, sobre todo porque la prueba es ciertamente difícil, salvo que en la actuación instructora se haya podido acordar el secreto de sumario y realizar observaciones telefónicas y otros medios análogos, por lo que en la práctica las condenas por fraude acaban subsumidas en el concurso medial a favor de la malversación.

3.4. Responsabilidad civil *ex delicto*. Especial referencia a la determinación de la misma por el Tribunal de Cuentas

Uno de los aspectos más relevantes de los delitos contra la Administración pública, y que ha sido escasamente estudiado por la doctrina penalista, son las consecuencias económicas del delito de malversación, de tal forma que, si se produce la condena por el ilícito

³⁹ Aunque también puede haber supuestos de concurso real de delitos, véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 163/2019, de 26 de marzo (NCJ064995).

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 841/2013, de 18 de noviembre, con cita de los escasos pronunciamientos previos. En el mismo sentido, a favor del concurso medial, las sentencias núm. 797/2015, de 24 de noviembre (NCJ060638), núm. 1603/2020, de 4 de octubre y núm. 527/2021, de 16 de junio.

to, la consecuencia del mismo debe ser el resarcimiento de la responsabilidad civil, salvo que se haya hecho reserva de acciones, lo cual es ciertamente improbable. A ello se añade que, en la práctica forense, sobre todo cuando las condenas derivan de complejas tramas de corrupción, el objetivo principal es la condena penal y las acusaciones a veces llegan a la parte de responsabilidad civil con cierta indiferencia, como si el hecho de ver finalmente al político o al funcionario en prisión fuera suficiente. El hecho de que además los penalistas no suelen sentirse cómodos en la parte de derecho administrativo que afecta a la conducta sancionada, por ejemplo, a la adjudicación ilícita de un contrato en provecho de tercero, resulta un escollo adicional.

En un principio, parecía que la determinación de la responsabilidad civil recaería en el Tribunal de Cuentas, pues así lo determinaban los primeros códigos penales⁴¹, que exigían que el Tribunal de Cuentas determinara la responsabilidad civil en un procedimiento en el ámbito de su jurisdicción. Tal previsión se recoge también hoy en día en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, cuando dispone: «Dos. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia», así como el artículo 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, según el cual, «3. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por este se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos». Y lo cierto es que la interpretación que se le dio a ambos preceptos en un primer momento fue literal, como así lo recordaba el Auto del Tribunal de Cuentas, Sala de Apelación, de 19 de abril de 1988, que luego confirmaría la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de junio de 1999 (casación núm. 6676/1994), al afirmar que no era sino la plasmación positiva del clásico principio *le criminel tient le civil en état*. Sin embargo, tal interpretación ha ido cediendo a favor de que los tribunales penales también puedan fijar responsabilidades civiles, sin que la existencia de un doble título de condena (la responsabilidad declarada en una sentencia penal y en una sentencia del Tribunal de Cuentas) suponga una doble indemnización a favor del Estado, como así recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de junio de 2015, sin perjuicio de que la condena pueda ser directa en el caso de la responsabilidad contable y subsidiaria respecto de las personas jurídica beneficiarias del delito. Se reconoce así la compatibilidad entre ambas jurisdicciones, siendo que solo en el caso de que el Tribunal de Cuentas hubiera ya fijado la responsabilidad civil, se impediría al tribunal penal pronunciarse al respecto (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 149/2015, de 11 de marzo). Este criterio que se fijó en la sentencia que resolvió

⁴¹ Hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1928, que lo excluyó expresamente como hemos indicado anteriormente.

la célebre causa sobre la utilización fraudulenta de los fondos reservados del Ministerio del Interior (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 784/2012, de 5 de octubre), fue posteriormente confirmado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 126/2011, de 18 de julio. Recuerda el Tribunal Supremo en su reciente doctrina al respecto, una vez afirmada que la cuestión no es pacífica, que⁴²

ha de distinguirse en estos supuestos entre aquellos casos en los que el Tribunal Penal estima que una determinada responsabilidad civil *ex delicto* es separable o diferenciable de la contable, porque no conste aún que el responsable penal tenga la cualidad de responsable contable, porque concurren una pluralidad de responsables del delito, alguno de los cuales no sea necesariamente responsable contable, o no concorra contablemente la misma solidaridad que en el ámbito penal, porque concurren partícipes a título lucrativo, porque puedan existir responsabilidades prescritas en el ámbito contable que no lo estén en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, o bien porque existan otros perjudicados por el delito distintos de las entidades del Sector público, etc. [Y solo] cuando la responsabilidad civil nacida del delito coincide con la contable derivada del hecho de haber tenido el responsable penal a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, y haber originado, con dolo, culpa o negligencia graves, menoscabo en dichos caudales o efectos, procede aplicar lo dispuesto en el referido art. 49. 3º, abstenerse de pronunciamiento sobre responsabilidad civil *ex delicto* y reconocer la competencia del Tribunal de Cuentas al efecto de que por este se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos.

Así las cosas, habrá que estar al supuesto concreto para determinar si el órgano penal puede pronunciarse sobre la pieza de responsabilidad civil respecto de los daños a la Administración pública, siendo el caso que si no lo hace, se corre el riesgo (aun cuando lo haya dado por bueno en este caso el Tribunal Constitucional en la sentencia precitada) de un nuevo peregrinaje de jurisdicciones en una materia que de por sí da lugar a instrucciones complejas, con tediosos procedimientos que se prolongan durante años⁴³.

Por otra parte, en este tipo de delitos no es infrecuente confundir la responsabilidad civil con el decomiso, especialmente en los concursos entre los delitos de malversación y cohecho, pues tal figura se prevé para ambos tipos en el artículo 127 bis del CP⁴⁴, al entenderse

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 277/2015, de 3 de junio (FJ 81.º).

⁴³ Esta cuestión no era pacífica ya en el siglo XIX, pues el Tribunal Supremo consideraba en sus sentencias de 12 de enero de 1874 y 11 de diciembre de 1873 que no era necesaria la deducción de testimonio con el respectivo tanto de culpa por el Tribunal de Cuentas, determinando el alcance contable, mientras que este órgano había resuelto en sentido contrario en su real decreto, sentencia de 29 de marzo de 1881.

⁴⁴ Artículo añadido precisamente por la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por imperativo de la Directiva 2014/42/UE de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los

que el beneficio de un contrato ilícitamente adjudicado, o incluso la totalidad del importe satisfecho al contratista, son en realidad las dádivas del cohecho respecto de las cuales solo procede el comiso y sin que haya lugar a la responsabilidad civil. Y si en el caso de que el perjudicado sea el Estado no plantea problemas, sí que supone un gran reto cuando es otra Administración la perjudicada, pues se encontraría con que las cuantías objeto de decomiso van a parar al Estado⁴⁵ y no percibiría el resarcimiento correspondiente para satisfacer el principio de indemnidad. Esto fue precisamente lo sucedido en el caso del caso Malaya, en la que la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, en su Sentencia de 4 de octubre de 2013, acordó que los bienes decomisados fueran destinados al pago de la deuda del Ayuntamiento de Marbella con la Seguridad Social, si bien la posterior Sentencia del Tribunal Supremo núm. 508/2015, de 27 de julio, revocó el pronunciamiento a instancias del fiscal y resolvió que el destino de los bienes decomisados era a favor del Estado, lo que supuso que el ayuntamiento de Marbella, que era el gran perjudicado de la trama corrupta, no viera recuperado el dinero malversado. Lo que aún no se ha explorado convenientemente es la posibilidad de instar el decomiso sin sentencia penal firme del artículo 127 ter del CP o incluso un decomiso anticipado, como permite el artículo 127 octies del CP, que es una poderosa arma en la lucha contra las tramas de corrupción, sugerida además en el artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, pero que en la práctica no se suele pedir, y carecemos de jurisprudencia y doctrina constitucional sólidas que permitan dibujar los límites en la aplicación de la norma.

Parece conveniente exigir a las partes acusadoras en la práctica forense un esfuerzo adicional para diferenciar los supuestos de decomiso frente a los de responsabilidad civil, limitando aquel a los verdaderos instrumentos de delito y las ganancias ilícitas⁴⁶, lo cual

instrumentos y del producto del delito. Se produce una ambiciosa revisión del decomiso para facilitar instrumentos legales que sean más eficaces para la recuperación de activos procedentes del delito y la gestión económica de los mismos, creando también la Oficina de Gestión y Recuperación de Activos (ORGA) a la vista de que la Oficina de Recuperación de Activos creada en 2010 aún no había sido desarrollada reglamentariamente.

⁴⁵ Artículo 374.3 del CP y artículo 13.2 del Real Decreto núm. 467/2002, de 21 de abril.

⁴⁶ Ejemplos recientes de esta confusión se advierten, por ejemplo, en el reciente caso Púnica (Pieza Cofely), en el que la fiscalía interesó el decomiso por importe de 1,6 millones de euros y ninguna responsabilidad civil, al entender que concurre cohecho y fraude pero no malversación, y las acusaciones particulares, que son los ayuntamientos afectados, llegan a peticionar varias decenas de millones de euros en concepto de responsabilidad civil (Auto de 20 de julio de 2022 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, PA 85/2014); o en el caso Mercasa, en el que la fiscalía interesa el decomiso por importe de 40 millones de euros, mientras que la propia Mercasa, como acusación particular, no interesa decomiso sino responsabilidad civil por importe de 26 millones de euros (Auto de 7 de abril de 2022 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, PA 65/2018). Pero es una práctica frecuente, ya en la primera pieza del caso Gürtel, resuelto por Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2017 (PA 2/2012), se acordó el decomiso por importe de 1,9 millones de euros en concepto de beneficios ilícitos y se limitó la responsabilidad civil a 271 mil euros en concepto de sobrecostes.

además para el Ministerio Público es de obligado cumplimiento, según la Circular 4/2010, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado.

En el ámbito que estadísticamente es más importante en los delitos de malversación, que es la contratación pública, la sentencia que pone fin al procedimiento penal no resuelve en la actualidad la anulación del contrato administrativo, pese a que pudieran haber transcurrido varios años desde el inicio de las diligencias de instrucción, al gozar de la presunción de validez de los actos administrativos⁴⁷ y por tanto también la adjudicación de los contratos y su formalización. En la práctica lo que sucede es que un contrato que tiene indicios de delito en su adjudicación va a producir plenos efectos durante los años de duración del mismo, incluso cuando fuera mendaz la finalidad para la que se adjudica, o a pesar de que en el precio del contrato existan sobrecostes destinados a satisfacer dádivas, de tal forma que hasta que no gane firmeza la sentencia penal que considere tal adjudicación malversadora, no se podrá iniciar la declaración de nulidad del contrato a través de la vía de la revisión de oficio⁴⁸ y posterior liquidación del contrato, en un procedimiento administrativo que requiere el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma si afecta a entidades locales o Administraciones autonómicas, y que posteriormente puede ser objeto de revisión en vía contencioso-administrativa. Cuando llegue el momento de reclamar los daños derivados de la adjudicación ilícita no existirá el contrato ni posiblemente el contratista, ni habrá garantías o avales que ejecutar. En definitiva, se vulnerará así el principio de *restitutio in integrum* en perjuicio de la entidad que ha sufrido la malversación. Ha sido el Tribunal Supremo, en la sentencia de 8 de junio de 2018 (caso Nóos)⁴⁹, el que ha puesto fin a la controversia entre diferentes órganos judiciales por cuanto que había algunos que sí declaraban la nulidad del contrato directamente en sentencia y otros imponían acudir al procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo, opción por la que se decanta el Alto Tribunal, a mi juicio de forma desafortunada, partiendo de premisas erróneas, que solo provocan un perjuicio adicional a la Administración víctima de estos ilícitos. Cuestión distinta, y que habrá de abordarse en un trabajo posterior, es la necesidad de adoptar diferentes reformas legales que den unidad al derecho en esta materia y eviten el peregrinaje jurisdiccional, especialmente cuando es el propio artículo 34⁵⁰ de la

⁴⁷ Artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de patrimonio administrativo común de las Administraciones públicas: «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa».

⁴⁸ Artículos 106 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

⁴⁹ El Tribunal Supremo desestima el recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares que pretendía la declaración de nulidad de los contratos, que fue impugnado por la fiscalía, al entender esta que había concurrencia de culpas, porque también existía mala fe de la Administración y que de aceptarse existiría un enriquecimiento injusto, lo que sin duda supone olvidar que en ese supuesto la Administración fue la víctima y perjudicada del delito por la conducta malversadora.

⁵⁰ Dispone adicionalmente el artículo 34 que «en este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un

Convención de las Naciones Unidas, de constante mención, el que impone que los Estados eliminen las consecuencias de los actos de corrupción.

4. Conclusiones

La pretensión del presente artículo, además de mostrar una visión genérica del delito de malversación de caudales públicos en la actualidad, y después de su evolución legislativa, es incitar al lector a repensar algunos de los elementos del delito que sirvan para la finalidad que tiene su concepción como ilícito penal, la finalidad reparatoria, la reinsertadora y la prevención general y especial en la lucha contra la corrupción. Resulta pacífico en el año presente que la corrupción es una de las grandes lacras a batir por las sociedades democráticas modernas, en las que, como un elemento más de la concepción de integridad en el ejercicio de las facultades públicas, es necesario un sistema penal sólido y disuasorio, como así nos exigen, por otra parte, las convenciones internacionales.

La reforma de 2022 es un enorme paso atrás en la lucha contra la corrupción, dulcificando aquellos comportamientos en los que no hay un ánimo de lucro directo, y permitiendo que se mantengan impunes gestiones del patrimonio y los servicios públicos dolosas, que solo podrán ser sancionadas administrativa o contablemente varios años después y seguramente con escaso éxito reparatorio. La reforma de 2015, con todos los problemas de reenvío que pudieran existir, fue un gran avance, al sancionar con mayor gravedad la gestión desleal del patrimonio público. A día de hoy tiene más pena la gestión dolosa de una sociedad mercantil familiar que la de una Administración pública, lo que no resulta admisible ni entendible para el ciudadano medio. Por ello, debería volverse a la redacción de la norma operada por la LO 1/2015.

No se trata solo de modificar los delitos y aumentar las penas. De hecho, un debate que requiere un análisis profundo, más desde el punto de vista criminológico, es si realmente tienen sentido las altísimas penas de prisión que se imponen cuando concurre el delito de malversación y otros delitos contra la Administración pública. No parece tener sentido que este tipo de delitos tengan casi la misma penalidad que un homicidio o una agresión sexual, porque el desvalor de la acción es incomparable. Tratándose, como suele ser el caso, de delincuentes primarios, el punto de inflexión es desde luego el ingreso en prisión una vez que la pena no puede ser suspendida, y ahí entran en juego muchos elementos que pueden ser decisivos en la lucha contra la corrupción. En este sentido, y al contrario de lo que sostiene algún sector doctrinal, juega a favor de la lucha de la corrupción la po-

contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva».

sibilidad de la reducción en uno o dos grados de la pena a imponer en función de la participación activa del investigado y la satisfacción de las responsabilidades civiles. Lo que es evidente es que no ha funcionado la reducción especial que preveía el CP antes de la reforma de 2022, pues era prácticamente imposible que el investigado colaborara con la justicia a los pocos días de iniciarse la instrucción, con la causa declarada secreta, el *shock* de las primeras diligencias y a veces la inexperiencia de los primeros letrados que asisten al investigado. La redacción actual permitirá que el abogado del investigado, en una primera decisión estratégica y una vez conocidas las fortalezas y debilidades de las actuaciones y los indicios probatorios, pueda plantear a su representado la posibilidad de colaborar activamente con el juzgado y la fiscalía en lo que podría suponer la diferencia entre ingresar en prisión o no. De optar por la posibilidad de colaborar, la lucha contra el delito se verá favorecida, pues se identificarán las tramas, se podrá condenar con pruebas sólidas a los culpables y sobre todo se recuperarán los activos malversados, porque si el coste de la corrupción es tan elevado, y en la práctica forense lo que tenemos son cientos de sentencias que solo sirven en su mayoría para ordenar ingresos en prisión, pero no para recuperar la mayoría del dinero malversado, se podrá avanzar en la recuperación de los activos en beneficio de todos los ciudadanos.

Precisamente para la satisfacción de las responsabilidades civiles y la recuperación de los activos es necesario reforzar la exigencia de estas sin quedarse en las cantidades a decomisar, que además nunca retornan a la Administración perjudicada si no es el Estado. Para ello es imprescindible que las acusaciones fuercen a los tribunales a tener criterios jurisprudenciales sólidos sobre la parte de la malversación que debe de ser decomisada (solo la ganancia ilícita) y la parte que debe ser considerada responsabilidad civil, como es la anulación del contrato, en el que si la empresa adjudicataria se ha concertado con el funcionario o la autoridad, debe sufrir las consecuencias civiles previstas en el Código Civil y perder lo aportado en el contrato ilícito sin que sea necesario un peregrinaje adicional de procedimientos administrativos y jurisdicciones que solo perjudican la justicia restaurativa y la sanción, en este caso civil, de la corrupción.

En cambio, en lo que existe una legislación clara y avanzada es en la figura del decomiso, en particular el decomiso anticipado, que es una herramienta formidable en la lucha contra la corrupción y no se utiliza en este tipo de delitos por la fiscalía, que es la única legitimada al efecto. Es necesaria una instrucción clara para que el ministerio público tenga por norma la petición del decomiso en la explotación de las operaciones anticorrupción, y sobre todo es necesario que exista un número adecuado de miembros del Ministerio Fiscal debidamente cualificados, que asistan a cursos específicos y refuercen los conocimientos de derecho administrativo básicos que, aunque complejos, son imprescindibles para entender la vulneración de las normas imperativas que suponen la decisión flagrante y groseramente contraria a derecho que supone la conducta prevaricadora como medio de la malversación. Las unidades de policía judicial de la Guardia Civil ya se forman adecuadamente en este sentido y es imprescindible que la fiscalía y también los jueces instructores

y sentenciadores asistan a este tipo de formaciones con aprovechamiento, especialmente las unidades periféricas que no tienen acceso a la formación de las centrales.

En este sentido, una reforma, que sería un avance considerable, sería la creación de órganos jurisdiccionales especializados, al igual que la policía judicial o la fiscalía, pues no es infrecuente que en aquellas causas que son instruidas y sentenciadas fuera del ámbito de la Audiencia Nacional (en la práctica, la mayoría) los jueces y magistrados carezcan de conocimientos, no ya exhaustivos sino básicos, para entender el funcionamiento de las instituciones de derecho público y en qué medida vulnerar la Ley de contratos del sector público, por ejemplo, puede ser una nulidad que suponga una conducta prevaricadora, a diferencia de una anulabilidad o una irregularidad no invalidante, porque tan pernicioso es el enfoque de entender que toda irregularidad o incluso nulidad es delictiva, como el de entender que cualquier actuación administrativa, aparentemente informada favorablemente, excluye el ilícito penal. Esto lo hemos visto en fechas recientes, por ejemplo, con las investigaciones de la propia fiscalía anticorrupción en los contratos administrativos de emergencia relacionados con la covid, en los que se ha entendido que esta contratación es una patente de corso para contratar a dedo lo que quiera la autoridad en un momento determinado, cuando el Consejo de Estado y los tribunales de lo contencioso-administrativo tienen un cuerpo doctrinal de más de 50 años en los que se castiga este tipo de conductas con la sanción de nulidad radical. Debería empezarse como mínimo con la creación de secciones especializadas para determinados delitos en las audiencias provinciales, como así sucede con las secciones especializadas en derecho mercantil o con los repartos de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, a las que podrían concurrir los magistrados que tuvieran la formación específica en la materia.

Aunando los esfuerzos legislativos, procesales y doctrinales, podremos contribuir a una mejor definición del delito de malversación y las consecuencias del mismo, para poder combatir de forma eficaz la corrupción y el impacto de esta en nuestra sociedad.

Referencias bibliográficas

- Acale Sánchez, M. (2019). Las relaciones entre la delincuencia de cuello blanco y los delitos contra la administración pública en el banco de prueba de la corrupción. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 53. Aranzadi.
- Alcalá Agullo, F. y Jiménez Sánchez, F. (2018). *Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España* (pp. 34-36). Fundación BBVA.
- Blecua Fraga, R. (1985). La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (t. 38, núm. 3, pp. 747-766). Ministerio de Justicia. Boletín Oficial del Estado.
- Botella Vicent, C. (2021). Lex Iulia Peculatus y depósito irregular. En *Fundamentos románicos del derecho contemporáneo* (t. X. Derecho penal romano, pp. 291-296). Boletín Oficial del Estado.
- Crespo Barquero, P. (1998). En I. Serrano Butragueño (Coord.), *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)* (pp. 1.713-1.732). Comares.
- Fernández Cabrera, M. (2017). El delito de prevaricación, un antes y un después de la crisis económica. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3.
- Frago Amada, J. A. (2023). *La persona jurídica en el proceso penal: presente y futuro* (pp. 170-173). Aranzadi.
- Gimeno Feliú, J. M. (2020). La visión estratégica en la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. *Economía Industrial*, 415, 89-97. Ministerio de Ciencia y Tecnología.
- Gómez Rivero, C. (2016). El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18(06). Universidad de Granada.
- Luzón Cánovas, M. (2009). Reflexiones sobre la competencia objetiva establecida en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y la STS 728/2009, de 26 junio. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 1.
- Martell Pérez-Alcalde, C. (2015). El delito de malversación. En Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015* (pp. 691-697). Aranzadi.
- Mata Barranco, N. J. de la (2016). Lucha contra la corrupción política. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-01. Universidad de Granada.
- Moral García, A. del (2016). Justicia Penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades. *Revista Vasca de Administración Pública*, 104, 43-75. Instituto Vasco de Administración Pública.
- Palomar Olmeda, A. (2019). Las responsabilidades derivadas de la utilización patológica de los contratos menores. En *Contratos Menores en la Ley de Contratos del Sector Público*. Aranzadi.
- Pelegrín López, A. (2019). La malversación del patrimonio público. *QDL51 Cuadernos de Derecho Local*, 204-241. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Quintero Olivares, G. (2016). *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. Aranzadi.
- Roca de Agapito, L. (2023). Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado. *Diario La Ley*, 10230, 6-14.
- Rodríguez de Miguel Ramos, L. (2011). En L. Rodríguez Ramos (Dir.), *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias* (pp. 1.535-1.548). La Ley.



Sanz Mulas, N. (2017). Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19. Universidad de Granada.

Valle Mariscal de Gante, M. (2022). La eficacia de las reformas penales contra la corrupción. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 23, 208-220. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

Ignacio Rodríguez de la Riva es abogado en ejercicio. Socio-director del despacho De la Riva y Pastor Abogados. Profesor de Derecho Administrativo y Contencioso-Administrativo en el CEF.- Centro de Estudios Financieros. Licenciado en Derecho por la Universidad Alfonso X el Sabio y diplomado en Estudios Avanzados por la UNED. Doctorando por la UDIMA. <https://orcid.org/0009-0006-4123-4948>

Interés del menor y retorno del menor desamparado a su familia de origen

Comentario a la STS de 21 de febrero de 2023

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

jesquivias1959@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

La sentencia supone un estudio muy completo del marco normativo que regula el interés del menor, tanto desde la perspectiva del retorno con la familia, como del mantenimiento de la intervención pública por desamparo. Asimismo, es un examen detallado de las distintas circunstancias concurrentes, tras la nueva prueba aportada, y aplicando el principio de ponderación. En los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación estudiados, llama la atención la flexibilidad que se predica para la aportación por el fiscal de nuevos documentos en el trámite de su informe, pidiendo, dada la actualización de las circunstancias de la realidad del menor, de la familia (los padres del menor), la decisión de estimar la infracción y la casación y dar la razón a la Entidad Pública (más bien al fiscal, que se adhirió a los dos recursos, pues, al fin y al cabo, el Tribunal Supremo resalta el «cuidadoso y completo dictamen del Ministerio Público»), manteniendo la situación de desamparo.

Es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

Hacemos, por consiguiente, una breve exégesis del contenido de la sentencia:

El objeto radica en dos resoluciones administrativas de desamparo, una de 19 de diciembre de 2019 y la otra de 7 de abril de 2020. Tanto el juzgado de 1.^a instancia como luego la Audiencia no consideran que la situación de riesgo sea excesiva o que haya motivos para mantener la declaración.

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de abril de 2023).

En primera instancia, el juez resolvió considerando, con arreglo a las pruebas obrantes en el momento de decidir, que no había motivos suficientes para acordar el desamparo. En segunda instancia, la Audiencia confirma este pronunciamiento. De donde se infiere (después se verá) que no es tanto el riesgo o el desamparo que motiven la separación del hijo de sus padres, sino el tiempo y las nuevas pruebas que examinan esa situación en el momento de dictar la sentencia definitiva, que fueron aportadas por el fiscal en su dictamen porque se recurrieron las dos declaraciones de desamparo de la Entidad Pública de 19 de diciembre de 2019 y 7 de abril de 2020. Sin embargo, es de destacar, que el menor seguía tutelado por la Junta desde el 23 de abril de 2020.

La infracción procesal se basa en los artículos 316, 326 y 376 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) sobre la valoración de la prueba testifical, de partes y documental, y el de casación en la aplicación indebida de los artículos 172.1 y 172 ter.2 del Código Civil (CC) y 2 de la Ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor (LOPJM). Al ser de infracción procesal, se alega el artículo 469.1.4 de la LEC, referido al error en la valoración de la prueba. Un error que se considera trascendente por ilógica, porque llega a una conclusión absurda en contra del test de racionalidad y de la doctrina de la jurisprudencia sobre el interés del menor. Conviene decir, en este sentido, que ese concepto jurídico indeterminado, respetando los derechos en conflicto (los de los padres también), es prioritario. Muchas veces, al invocarse en casación, se produce el efecto de reconocerse su preminencia respecto de los otros derechos en conflicto. Algo que pone de manifiesto la sentencia cuando dice:

No obstante, este interés primordial del niño o de la niña se debe compatibilizar con los otros intereses concurrentes; ahora bien, cuando ello no sea posible, «deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», con valoración de los derechos fundamentales de las otras personas que pudieran verse afectadas, como, en este caso, los padres del menor, que gozan del derecho a la vida familiar que proclama el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como así resulta del art. 2.4 de la LO 1/1996.

Pues bien, lo trascendente en el recurso extraordinario por infracción procesal no es la vulneración invocada sobre la prueba que se tuvo en cuenta por la Audiencia en la segunda instancia, sino la flexibilidad del criterio de aportación de prueba en cualquier momento según la interpretación del artículo 752 de la LEC y por lo argumentado y aportado por el fiscal. Esto es lo que se revisa y esto es lo que se valora. De ahí que el Tribunal Supremo analiza, en el punto 2.2 del fundamento segundo de la sentencia, lo que rubrica «La flexibilidad procedimental de los procedimientos especiales del libro IV de la LEC». Y como este análisis tiene que ver mucho con la temporalidad del caso (el año del nacimiento del menor, la declaración o incoación del expediente de desamparo antes de su nacimiento, el seguimiento posterior y los diferentes informes complementarios de seguimiento, etc.), nos remitimos a la lectura de la resolución para ubicar perfectamente los diferentes tiempos de análisis jurídico (el tiempo del juez de 1.ª instancia, el de la Audiencia tras la apelación y el del TS tras los escritos de las partes y el singular del Ministerio Fiscal con la nueva pue-

ba aportada). Porque no nos hallamos, en el caso de estimar el recurso extraordinario, con una errónea valoración de la prueba, con aplicación de la doctrina consolidada, en el sentido que nos indica la Sentencia 418/2012, de 28 de junio, de la Sala 1:

para que un error en la valoración probatoria pueda fundar un recurso extraordinario por infracción procesal, es necesario que se trate de un error fáctico, –material o de hecho–, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y que sea patente, manifiesto e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

Aquí el examen se proyecta sobre el añadido probatorio del fiscal y sobre si existe una inadecuada interpretación o valoración de la prueba conforme a los medios existentes en el momento de juzgar el hecho (SSTS n.º 62/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero [NCJ059816]; 235/2016, de 8 de abril; 303/2016, de 9 de mayo [NCJ061403], y 714/2016, de 29 de noviembre [NCJ061935], entre otras). Sobre esta singularidad del artículo 752 de la LEC y la interpretación jurisprudencial del precepto se pronuncia la sentencia. Y es el fiscal quien, al aportar nuevas pruebas, entrega al Supremo informes o documentos actualizados de la situación familiar que resultan esenciales en el cambio de criterio, en la estimación de la pretensión de la Entidad Pública de mantener el desamparo y, por tanto, la decisión administrativa que separa al hijo de sus padres, al rechazarse el argumento impugnatorio de la Audiencia, que considera erróneamente que se debe analizar el caso en el momento de la adopción de las medidas. La Sala, al respecto, responde:

No podemos compartir el argumento de la sentencia del tribunal provincial de que la situación a analizar sea la concurrente al tiempo de la adopción de las medidas administrativas de protección, en virtud de los principios de litispendencia y perpetuación de la jurisdicción, como si de una fotografía se tratase, que congelase en el tiempo una imagen o el estado de cosas existentes al momento de dictarse la resolución administrativa objeto de oposición en este trance.

Los intereses legítimos en juego permiten un menor rigor formal en este tipo de procedimientos en los que el interés del menor está en juego, pues lo importante no es el rigor de la preclusión de los actos procesales sino el resultado.

Las ideas expuestas sobre la flexibilidad de los procedimientos en los que interviene un menor constituyen el bloque esencial de la fundamentación jurídica, unida a la interpretación de los intereses del mismo con la ponderación de los distintos parámetros de referencia (como así se verá después). Y así, los principios de preclusión de los actos procesales o de perpetuación de la jurisdicción ceden en favor del orden público y del menor por el hecho cierto de que el mero transcurrir del tiempo lo muta todo y cambiar porque las circunstancias personales cambian es el resultado de modificar o mantener las medidas acordadas. En definitiva, la Sala analiza si en el momento en que se impugna la resolución de desamparo del hijo por la Entidad Pública subsisten los motivos que generaron la declaración del

desamparo o si en el del recurso extraordinario por infracción procesal se mantienen con el apoyo en la doctrina consolidada, que permite interpretar favorablemente esta aportación documental en ese momento procesal. Se trata de un ponderado estudio del marco normativo y de la doctrina que nos permite argumentar:

Bajo este criterio de flexibilidad procesal, la jurisprudencia civil, como no podía ser de otra forma, se ha expresado en el sentido de que la aplicación del art. 752.1 LEC, no solo opera en primera y segunda instancia (SSTS 759/2011, de 2 de noviembre [NCJ055915], 559/2016, de 21 de septiembre [NCJ061706]; 721/2011, de 26 de octubre; 529/2016, de 12 de septiembre [NCJ061749] y 899/2021, de 21 de diciembre [NCJ065922]), con declaración incluso de nulidad del procedimiento por no acordarse la práctica de pruebas pertinentes y necesarias en la alzada, sino que también posibilita la aportación de prueba documental durante la sustanciación del recurso de casación (SSTS 350/2016 de 26 de mayo [NCJ061285]; 711/2016, de 25 de noviembre [NCJ061943]; 665/2017, de 13 de diciembre [NCJ063021], 598/2019, de 7 de noviembre [NCJ064599], 705/2021, de 19 de octubre o 308/2022, de 19 de abril).

En virtud de los razonamientos expuestos, este tribunal, al dictar la sentencia que resuelva los recursos extraordinarios interpuestos, no puede ni debe prescindir de los nuevos elementos de enjuiciamiento aportados a los autos por el Ministerio Fiscal, e informes a los que hace referencia la Administración recurrente, con respecto a los cuales se dio traslado a la parte contraria, que pudo, como así hizo, rebatirlos en su escrito de oposición al recurso de casación, manifestándose en términos que no pueden ser aceptados, al entrar en contradicción con lo normado en el art. 752 de LEC, y considerar que no deben ser valorados por extemporáneos.

La estimación del recurso por infracción procesal tiene su fundamento en el interés del menor, que, como es lógico, se va a analizar en el recurso de casación.

Entramos, por consiguiente, en el análisis del recurso de casación, interpuesto con arreglo a la causa que lo justifica y permite, el interés casacional (art. 477.2.3.º LEC), por aplicación indebida de los artículos 172.1, 172 ter.2 del CC y 2 de la LOPJM. Entendiendo el interés casacional en la medida en que se infringe la interpretación lógica del articulado y de la doctrina jurisprudencial que se le aplica.

El interés del menor debe ser objeto de ponderación, de ahí que la sentencia de la sala exponga cuáles han de ser tenidos en cuenta: «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas»; «la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia»; «se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», pero condicionado a que ello «sea posible y positivo para el menor» y «cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia

desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia». A su vez, juntamente con ellos, se analizan los criterios de la Administración para actuar en protección, que son los establecidos en el artículo 11 de la LOPJM. Lógico, porque la doble perspectiva: protección y actuación de la Administración en desamparo, debe ser objeto de análisis para decidir si se vulnera o no la norma. Evidentemente, y como al final se decide el retorno del menor con su familia, el artículo 19 bis, regla tercera, contempla otros parámetros que son útiles para la comprobación de su concurrencia en el caso que nos lleven igualmente a la decisión adoptada por la Sala.

Expuesto el marco normativo básico, la sentencia analiza el interés más digno de protección desde la ponderación de las circunstancias concurrentes, singularmente el nuevo entorno fáctico, la actualización de los datos y de la realidad contemporánea del menor (en lo personal, familiar, emocional, etc.), para concluir en la medida más conveniente: el retorno o no del menor.

A efectos ilustrativos, antes de entrar en el desarrollo del motivo casacional, conviene resaltar la importancia de este principio, pues ya en el origen de un recurso de esa naturaleza subyace, dada su concurrencia y para el supuesto de que se hubiese acordado fundamentamente en desamparo, la posibilidad de inadmisión a trámite de los dos recursos por carencia manifiesta de fundamento o por falta de efecto útil (arts. 473.2 y 483.2.4.º LEC). La Sentencia del Tribunal Supremo 126/2019 de 1 de marzo (NCJ063998), en relación con el interés del menor, a los efectos de inadmitir a trámite el recurso, nos recuerda, una vez más, que

según doctrina de la Sala (Sentencias 566/2017, de 19 de octubre [NCJ062727] y 579/2017, de 25 de octubre, entre otras muchas), que es la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor. (...) si la sentencia refleja un riguroso estudio y análisis para indagar cual sea el interés del menor, con motivación lógica y razonable, que no significa que pueda discrepar de ella las partes o el propio Ministerio Fiscal, entonces no será posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación.

Por otro lado, en cuanto al posible planteamiento del efecto útil, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en el Pleno, de 27 de enero de 2017, n.º 3.1.f), decidió que

el recurso debe ser inadmitido por incurrir en la causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.4.º LEC de carencia manifiesta de fundamento, en relación con la falta de efecto útil del motivo; y ello porque como ha dicho este tribunal en reiteradas ocasiones, no basta para la finalidad del recurso poner de manifiesto alguna vulneración legal que no sea por sí trascendente para el fallo, de forma que no prosperará cuando la eventual aceptación de la tesis jurídica del recurrente conduce a la misma solución contenida en la sentencia recurrida, incluso cuando no es correc-

ta la doctrina seguida por la sentencia impugnada, si la estimación del recurso no determina una modificación del fallo (TS [Civil], sec. 1.ª, A 12-12-2018, rec. núm. 3754/2016, SSTS 593/2006 de 15 de junio [rec. núm. 4145/1999], 186/2011 de 29 de marzo [NCJ055010] [rec. núm. 2255/2007] y 207/2014 de 22 de abril [NCJ058462] [rec. núm. 1254/2012]).

Un enfoque diferente, pero no trascendental, al invocarse el interés del menor y no cambiar el sentido del fallo, también podría provocar la inadmisión a trámite del recurso de casación. Y es sabido que solicitada la inadmisión del recurso de casación, procede de plano la inadmisión del extraordinario por infracción procesal, y ello por aplicación del art. 473.2 LEC en relación con la disposición final 16.ª apartado 1 y regla 5.ª, párrafo primero de esa ley, que dispone que si se tramitaren conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal (AATS, sec. 1.ª, de 20 de julio de 2016 [rec. núm. 356/2014], 29 de junio de 2016 [rec. núm. 286/2014] y 4 de noviembre de 2020 [rec. núm. 2294/2018, 2301/2018 y 1658/2018]).

Al analizar la Sala 1.ª del Tribunal Supremo el interés del menor hace un recorrido por la legislación más específica. Pero lo importante no es, una vez más, incidir en ese concepto, sino en los parámetros de valoración de este para detectar cuál es el interés más digno de protección y por qué. La exposición normativa no es determinante, lo trascendente es el análisis de los criterios que nos indiquen el sentido deducido de la prueba para el recto proceder, tanto de los tribunales de justicia como de la Administración o los poderes públicos, porque el desarrollo de los fundamentos jurídicos de la sentencia del Supremo se ubica en la correcta interpretación de las normas y en la aplicación de los referidos parámetros al caso, siguiendo la pauta que exhaustivamente expone el fiscal en su escrito. La actualización de las circunstancias, o las circunstancias coetáneas a la sentencia dictada en casación y por infracción procesal, que va a servir al Alto Tribunal para estimar los dos recursos y para dictar una sentencia en apelación que corrija la de la Audiencia, declarando conveniente mantener las medidas de protección porque se mantiene la situación de desamparo, la actualización –como decimos– se produce porque la documentación aportada permite colegir que los elementos definidos en el artículo 2 de LOPJM, son los parámetros aludidos, de tal suerte que, llegados a la convicción de que no concurren, puede superarse la premisa de que los hijos deben estar con su familia biológica y que las medidas de protección deben durar lo mínimo indispensable para el inmediato reintegro. Y así, cuando la nueva prueba proporciona una nueva visión de la realidad que desmiente la manera de interpretar el riesgo o el desamparo por la Audiencia (que, evidentemente, no dispuso de la nueva documental, de la que tampoco se hizo eco la Entidad Pública, no obstante ser recurrente en las dos instancias, al contrario que el fiscal en la casación), la reinterpretación del juicio valorativo y de los elementos fácticos, no conlleva un error en sentido estricto en la valoración de la prueba, sino de un error derivado del enfoque equivocado y desactualizado de la Audiencia como consecuencia necesaria de la aplicación del artículo 752 de la LEC, por su flexibilidad y contravención al rigor de la preclusión de los actos procesales,

de aportación de parte o de oficio. Lo cual, desde la perspectiva de la Administración, conecta necesariamente con el artículo 2 de la LOPJM, que le recuerda:

La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

O el artículo 11 de la misma ley, el cual, dentro de los principios rectores, recuerda «La supremacía de su interés superior» y el mantenimiento del menor en la familia de origen, «salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional». Téngase en cuenta, respecto de esto último, que la sentencia analiza al detalle la idea siguiente: «El retorno del menor con sus padres no es un principio absoluto e incondicionado», cuando se trata de adoptar medidas de protección de una familia debe deducirse de la conveniencia y de las medidas a adoptar, que estarán relacionadas con los aspectos físicos, de estabilidad social e intelectual; de tal suerte, que estas determinarán si procede o no ese retorno en función de su desarrollo y su éxito. El retorno del menor con su familia, por consiguiente, no es un derecho absoluto de los padres, sino el fin al que aspiran, que se subordina al interés del menor.

El fiscal, en su dictamen, hizo constar los cuatro informes de actualización de la

situación del menor en su familia de acogida (informe de 20 de julio de 2021 y de 19 de septiembre de 2022) y sobre la evolución personal de los padres biológicos don Felipe y doña Alicia (informes de 31 de agosto de 2022 y de 26 de septiembre de 2022),

que ponían de manifiesto,

por un lado, la integración del menor en la familia de acogida y por el otro la situación altamente inestable que presentan los progenitores del menor, en situación de conflicto permanente entre los mismos, y encontrándose la madre biológica, Alicia, en avanzado estado de gestación de un quinto hijo, cuyo padre

no es el del menor. Invoca, además, la Sentencia del Tribunal Supremo 565/2009, de 31 de julio (NCJ050679), que estableció doctrina y, según la cual, se obliga al juez, «al examinar la impugnación de la declaración de desamparo», a «contemplar el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad». No puede ser más contundente el mandato, que incumple la Audiencia en la apelación. El fiscal, asimismo, recordó que en este tipo de procedimientos inspirados en el interés del menor (con un menor en el centro de la decisión) los principios dispositivos y

de aportación de parte ceden ante la facultad de aportación de pruebas de oficio o por las partes en cualquier momento que se precisen. Invoca para ello la Sentencia del Tribunal Supremo 308/2022, de 19 de abril:

La atribución de la condición de primordial y superior al interés del menor, así como su significación como principio de orden público (Sentencias 258/2011, de 25 de abril [NCJ055167]; 823/2012, de 31 de enero de 2013 [NCJ057659]; 569/2016, de 28 de septiembre [NCJ061798]; 251/2018, de 25 de abril [NCJ063384], y SSTC 178/2020, de 14 de diciembre [NCJ065273], y 81/2021, de 19 de abril [NCJ065538], afecta a la regulación de los procedimientos en los que están comprometidos los derechos de los menores, permitiendo excepciones sobre los dos pilares fundamentales en los que se asienta el proceso civil, cuáles son los principios de aportación de parte y dispositivo. De esta manera, se potencian las facultades de oficio de los titulares de la jurisdicción y las posibilidades procesales de las partes, lo que encuentra consagración normativa en los arts. 90.2 y 158 CC, 751, 752, 770. 4.^a II, 771.3, 778 bis 4, 778 quáter 8; 778 quinquies 7, de la LEC, entre otros.

Como recoge la sentencia -que es acoger íntegramente el criterio del fiscal-, la comparativa de las circunstancias existentes en el momento de las dos sentencias, la del Juzgado de 1.^a instancia y la de la Audiencia, con la del momento de la casación, supone aceptar lo siguiente (derivado de la prueba aportada por el fiscal):

- La total integración del menor en su familia acogedora, con la que lleva conviviendo ininterrumpidamente desde el 30 de junio de 2021.
- La carencia de habilidades parentales de los padres biológicos, los antecedentes respecto de sus otros hijos declarados en desamparo y la falta del seguimiento del embarazo del menor.
- La situación de total inestabilidad familiar que presentan los progenitores biológicos.
- Los conflictos y mala relación existente entre los padres.
- La falta de madurez y de responsabilidad puestos de manifiesto por doña Alicia en sus relaciones con otro progenitor, que no el padre del menor.
- La irrupción de la nueva pareja de Alicia y las sobrevenidas responsabilidades de la misma respecto del nuevo hijo, desde sus constatados déficits en habilidades como madre y con la consiguiente complejidad de las relaciones familiares.

Y aceptar estos parámetros de valoración del interés del menor es llegar a la conclusión del desamparo y, por consiguiente, de la estimación del recurso por infracción procesal, así como del recurso de casación por vulneración de los artículos 172.1 y 172 ter del CC y 2 de la LOPJM y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

LAU vs. LPH: mayorías precisas para aprobar la prohibición de pisos turísticos en las comunidades de propietarios

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid (España)
an.medrano@poderjudicial.es | <https://orcid.org/0000-0003-4740-6836>

Enunciado

Mediante escritura autorizada el día 18 de julio de 2022 por el notario de Marbella, don XXX, con el número 4.444 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados el día 11 de mayo de 2022 por la junta general de una comunidad de propietarios de Marbella por los que se aprobó una nueva norma según la cual se prohibía

destinar viviendas como alquiler turístico conforme a la definición del artículo 5.2 de la Ley 29/1994 de arrendamientos urbanos, es decir, queda prohibida la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico derivado de su normativa sectorial turística.

Se incorporaba a dicha escritura certificación expedida por el secretario de la comunidad, con el visto bueno del presidente, y se acompañaba a la escritura otra certificación expedida por los mismos, según las cuales el acuerdo se aprobó con los votos favorables de propietarios, que representan el 77,35 % de las cuotas de propiedad, con el voto en contra de propietarios, que representan el 15,52 % de las cuotas de propiedad, y la abstención de los restantes.

Se ha presentado ante el correspondiente Registro de la Propiedad la citada escritura para ser inscrita, habiéndose obtenido del registrador de la propiedad una calificación negativa con este razonamiento:

Se considera insuficiente, el acuerdo adoptado por la comunidad relativo a la prohibición de los alquileres turísticos, ya que aunque supera la mayoría cualificada de las 3/5 partes que exige la Ley 49/1960 de 21 de julio de propiedad horizontal, en su artículo 17.12; el régimen especial a que se refiere el apartado 12 del artículo 17 de la Ley 49/1960, solo se refiere a limitar o condicionar el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos, no puede ser aplicado a los acuerdos relativos a la prohibición genérica, ya que para los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla sexta del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad. El artículo 17 de la Ley de propiedad horizontal, en su apartado 6 dice: «Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación» y en el caso que nos ocupa hay comuneros en contra, que representan un 15.52 por ciento de la comunidad.

Por parte de la comunidad de propietarios se estima que la normativa, aunque no dice expresamente la palabra «prohibir» y la deficiencia técnica legislativa es palpable, sí que diferencia los términos «limitar y condicionar», siendo supuestos distintos y alternativos, y atendiendo al sentido de la modificación de la ley y fundamentalmente de su preámbulo, es decir, su intención, consideramos que queda claro que el legislador lo que pretendía era rebajar la unanimidad para que las comunidades de propietarios pudieran paralizar la actividad turística tan molesta que afecta principalmente a zonas turísticas como la Costa del Sol y que reduce notoriamente el mercado de arrendamiento de viviendas. La reforma introducida por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, reduce la mayoría necesaria para la modificación de los estatutos de la unanimidad al voto favorable de las 3/5 partes del total de todos los propietarios, que, a su vez, representen las 3/5 partes de los coeficientes de participación por los que se limite o condicione el alquiler denominado «turístico» definido en el artículo 5 e) de la Ley 29/1994.

¿Debe darse la razón a la comunidad de propietarios?

Cuestiones planteadas:

- Mayorías necesarias para adoptar el acuerdo de prohibir la actividad de alquiler de pisos turísticos en las comunidades de propietarios.

- Diferentes planteamientos tras la reforma del Real Decreto-ley 7/2019 de 1 de marzo.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

El Real Decreto-ley 17/2019, de 1 de marzo, aunque no dice expresamente la palabra «prohibir» y la deficiente técnica legislativa es palpable, sí que diferencia los términos «limitar y condicionar», siendo supuestos distintos y alternativos, y atendiendo al sentido de la modificación de la ley y fundamentalmente de su preámbulo, es decir, su intención, consideramos que queda claro que el legislador lo que pretendía era rebajar la unanimidad para que las comunidades de propietarios pudieran paralizar la actividad turística tan molesta que afecta principalmente a zonas turísticas como la Costa del Sol y que reduce notoriamente el mercado de arrendamiento de viviendas. La reforma introducida por el Real Decreto-ley 17/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, reduce la mayoría necesaria para la modificación de los estatutos de la unanimidad al voto favorable de las 3/5 partes del total de todos los propietarios que, a su vez, representen las 3/5 partes de los coeficientes de participación por los que se limite o condicione el alquiler denominado «turístico» definido en el artículo 5 e) de la Ley 29/1994, y así lo ha manifestado la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en distintas resoluciones admitiendo la prohibición específica referida en la norma antes mencionada. Citamos la reciente Resolución de fecha 15 de enero de 2021, que dice expresamente:

Además, el preámbulo del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (norma esta que introduce ese nuevo apartado 12 en el artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), expresa que «en materia de viviendas de uso turístico, también se recoge en el título II una reforma del régimen de propiedad horizontal que explicita la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad»; es decir, su finalidad es reducir la mayoría necesaria para el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico, no para el acuerdo adoptado con una finalidad contraria como es permitir de manera expresa esa actividad. En el supuesto de este expediente, no se amplía esa actividad, sino que, por el contrario, se prohíbe. Por tanto, en este supuesto, en el que la finalidad no es contraria a esa actividad, y se prohíbe o no se permite de manera expresa la misma, debe aceptarse la validez del acuerdo.

La reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 28 de abril de 2022, indica que la pretensión de la demandante de que el acuerdo de prohibición de alquiler turístico necesitaba unanimidad, lo era antes de la entrada en vigor del apartado

12 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal (6 de marzo de 2019), introducido por Ley 7/2019 de 1 de marzo, pues con la reforma operada por esta ley se trata de permitir adoptar un acuerdo que excluya un uso concreto, el de cesión para uso turístico, no por unanimidad, lo que ya hubiera sido posible en el ámbito de la propiedad horizontal antes de la Ley 7/2019, sino por una mayoría cualificada, de no ser así, seguiría siendo necesario contar con el consentimiento del propietario potencialmente afectado para adoptar este acuerdo, lo que, desde luego, no responde al sentido de la reforma.

La necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal (entre las últimas por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que precisamente dio nueva redacción al artículo 17) han ido encaminadas a facilitar que los acuerdos alcanzados, especialmente para incorporar actuaciones previstas en la citada ley, no queden ineficaces. Y así el preámbulo de la citada Ley 8/2013 expresa que no se puede hacer depender la adopción de los mismos de que las comunidades de propietarios adopten dicha decisión por unanimidad o por mayorías muy cualificadas, máxime cuando van a incluir obras que, aunque afecten al título constitutivo o a los estatutos, en realidad competen a la Administración actuante autorizar o, en algunos casos, exigir.

No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha ley por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las 3/5 partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las 3/5 partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como «alquiler o explotación de índole turística de las viviendas» («la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística» son los términos que emplea la letra e) del art. 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos), así como el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %, si bien en cualquier caso estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos, según dispone el mismo apartado 12.

Las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública han entendido que esa norma introducida en la Ley sobre propiedad horizontal por el Real Decreto-ley 7/2019 es aplicable a los acuerdos sobre el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de

usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda, como es, por ejemplo, el mero alquiler vacacional (cfr. las Resoluciones de 5 [NCR010186] y 16 de junio [NCR010202], 16 de octubre de 2020 [NCR010396] y 15 de enero [NCR010507], 8 de junio [NCR010701] y 1 de diciembre de 2021 [NCR011241]).

Igualmente, ha puesto de relieve que, al permitir dicha norma limitar o condicionar la actividad de alquiler de índole turística de las viviendas, también admite que se establezca una prohibición absoluta de dicha actividad (cfr. las Resoluciones de 16 de junio y 5 de noviembre de 2020 y 15 y 22 de enero y 21 de diciembre de 2021). Cabe recordar lo que expresamente se afirmó en la Resolución de 16 de junio de 2020:

En cuanto al alcance de la modificación que se pueda hacer en los estatutos amparándose en la mayoría especial establecida por el artículo 17.12 de la Ley sobre propiedad horizontal (...) el propio texto de la norma, literalmente entendido, cuando alude a que «se limite», es decir, «poner límites a algo», en modo alguno impide la prohibición de una actividad. Es más, cuando expresa «limite o condicione», la disyuntiva indica claramente que se refiere a supuestos distintos y alternativos, admitiéndolos de mayor a menor en cuanto a las facultades limitativas que se reconocen a la comunidad de propietarios.

Así pues, dicha Dirección General ha puesto de relieve (Resolución de 19 de diciembre de 2019) que, en cuanto a la adopción de acuerdos relativos al alquiler turístico o vacacional, el texto literal del artículo 17.12 de la Ley de propiedad horizontal restringe su ámbito de aplicación al acuerdo por el que se «limite o condicione» el ejercicio de dicha actividad. Además, el preámbulo del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (norma esta que introduce ese nuevo apartado 12 en el artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), expresa que «en materia de viviendas de uso turístico, también se recoge en el título II una reforma del régimen de propiedad horizontal que explicita la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad»; es decir, su finalidad es reducir la mayoría necesaria para el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico, no para el acuerdo adoptado con una finalidad contraria como es permitir de manera expresa esa actividad. En el supuesto de este expediente, no se amplía esa actividad, sino que, por el contrario, se prohíbe. Por tanto, en este supuesto, en el que la finalidad no es contraria a esa actividad, y se prohíbe o no se permite de manera expresa la misma, debe aceptarse la validez del acuerdo.

Según la escritura calificada, el acuerdo debatido ha sido adoptado en los términos previstos en la regla duodécima del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, pues cuenta con el voto favorable de más de las 3/5 partes del total de los propietarios que, a su vez, representan más de las 3/5 partes de las cuotas de participación. Por ello, la calificación objeto de este caso no podría ser confirmada.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, art. 17.12.
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, art. 5.2.
- SAP de Segovia de 21 de abril de 2020.
- SAP de Pontevedra de 28 de abril de 2022.

Inscripción en registro de insolvencia patrimonial: vulneración del derecho fundamental al honor

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

castoparamo@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

Enunciado

Tras obtener el demandante la estimación de la demanda a través de la que solicitó que se le reconociera la vulneración del derecho al honor por haber sido dado de alta en un archivo de insolvencia patrimonial sin cumplir los requisitos legalmente establecidos, la sentencia del juzgado de primera instancia y, posteriormente, la Audiencia Provincial estimaron la petición y se dictaron las sentencias estimando la demanda por entender que la entidad demandada había vulnerado el derecho fundamental al honor por la inscripción sin cumplir los requisitos legalmente establecidos en la legislación de protección de datos. Posteriormente, la representación procesal del actor presentó demanda pidiendo la indemnización de 10.000 euros con base en las sentencias dictadas.

Cuestiones planteadas:

1. Derecho al honor y la inscripción en archivos de insolvencia patrimonial: estimación de la demanda y posterior petición de indemnización.
2. La cosa juzgada: sentencias estimatorias y posterior reclamación solicitando indemnización de daños y perjuicios.

Solución

1. Derecho al honor y la inscripción en archivos de insolvencia patrimonial: estimación de la demanda y posterior petición de indemnización

En la práctica diaria es habitual observar cómo los actores de demandas por vulneración del derecho al honor inicialmente solicitan solo que se reconozca la vulneración del derecho fundamental a que se refiere el artículo 18 de la Constitución, sin añadir la petición de indemnización de los daños y perjuicios correspondientes, dejando dicha solicitud para un procedimiento posterior destinado solo al reconocimiento de esa indemnización a través de una acción meramente declarativa.

Visto el reiterado uso de esa práctica, debe estudiarse si esa práctica es posible y está amparada en las resoluciones de los tribunales.

En el caso que se propone, se ha de partir de la primera resolución dictada, que consideró que se había producido una vulneración del derecho al honor por haberse producido la inscripción en el registro de insolvencia patrimonial, ya sea ASNEF, EQUIFAX o cualquier otro, sin cumplir los requisitos legales establecidos en la regulación referida a la protección de datos. Sin embargo, al no pedirse indemnización, solo se produjo la declaración de vulneración del derecho al honor sin determinarse indemnización de ningún tipo al no solicitarse.

Evidentemente, en ese procedimiento se aportó toda la documentación necesaria para la declaración de intromisión ilegítima en el derecho al honor y, por tanto, también podría haberse solicitado la indemnización correspondiente.

La presentación de una nueva demanda que afectaba a las mismas partes y cuyo contenido partía necesariamente de todo lo existente en el procedimiento anterior hará necesario un pronunciamiento por parte del juzgado correspondiente sobre la necesidad o no de la tramitación del procedimiento solicitado.

La resolución del caso propuesto exige analizar dos aspectos necesarios: la preclusión a la que se refiere el artículo 400 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), y la cosa juzgada material regulada en el artículo 221 de la mencionada ley procesal.

El artículo 222 de la LEC dispone que:

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 400 de esta ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularen.

Por otro lado, el artículo 400 establece que:

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este.

De acuerdo con estos preceptos, el demandante no puede reservarse para un momento posterior todo aquello que relacionado con el procedimiento correspondiente conozca o pueda invocar en el momento de la presentación de la demanda, sin que pueda omitirlo para alegarlo en un procedimiento posterior, pues en ese caso precluye la posibilidad de alegarlo. Por tanto, entra en juego a los efectos de la aplicación de la cosa juzgada y, en este caso, en el procedimiento posterior no puede tenerse en consideración pues pudo ser alegado en el juicio anterior.

2. La cosa juzgada: sentencias estimatorias y posterior reclamación solicitando indemnización de daños y perjuicios

La cosa juzgada material es el efecto externo que desencadena una resolución judicial firme que ha alcanzado el estado de cosa juzgada formal (art. 207.3 LEC) sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa o positiva regulada en el artículo 222 de la LEC. La primera impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado; conforme a la segunda, lo resuelto en un primer proceso debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto (Sentencias 169/2014, de 8 de abril; 5/2020, de

8 de enero; 223/2021, de 22 de abril; 310/2021, de 13 de mayo; 411/2021, de 21 de junio [NCJ065614], y 21/2022, de 17 de enero [NCJ065901]).

Así se ha manifestado el Tribunal Supremo en la Sentencia 5/2020, de 8 de enero (que ratifican su doctrina en Sentencias 313/2020, de 17 de junio; 411/2021, de 21 de junio [NCJ065614], y 21/2022, de 17 de enero [NCJ065901]), que dice que

aunque, en principio, la cosa juzgada material exige una plena identidad de los procedimientos en cuanto a los sujetos, las cosas en litigio y la causa de pedir, también hay cosa juzgada material cuando lo resuelto en la sentencia del proceso anterior es preclusivo respecto al proceso posterior, conforme a lo previsto en el artículo 400.2 LEC. De tal forma que el art. 222 LEC se integra con la previsión de preclusión de alegaciones prevista en el art. 400 LEC, que dispone lo siguiente: «1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. [...] 2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este».

De este modo,

del texto del precepto (400 LEC) se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo que se solicitó anteriormente y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda» (Sentencias 768/2013, de 5 de diciembre, y 531/2015, de 14 de octubre [NCJ060625]).

Esta regla no requiere la identidad estricta entre pedimentos, sino que basta su homogeneidad (Sentencia 671/2014, de 19 de noviembre [NCJ059145]).

La Sentencia 812/2012, de 9 de enero de 2013 [NCJ057827], declaró que:

A) [...] el artículo 400.2 LEC está en relación de subordinación respecto a la norma contenida en el artículo 400.1 LEC, de forma que solo se justifica su aplicación para apreciar litispendencia o los efectos de la cosa juzgada material cuando entre los dos procesos –atendiendo a las demandas de uno y otro– se hayan formulado las mismas pretensiones. Es en tal caso cuando no cabe iniciar válidamente un segundo proceso para solicitar lo mismo que en el proceso anterior con apoyo en distintos hechos o diferentes fundamentos jurídicos, pues la LEC obliga a estimar

la excepción de litispendencia –si el primer proceso se halla pendiente– o la de cosa juzgada –si en el primer proceso ha recaído sentencia dotada de efectos de cosa juzgada material– (SSTS de 25 de junio de 2009, RIP n.º 2534/2004, 10 de marzo de 2011, RIP n.º 1998/2007).

La identidad de la acción no depende del fundamento jurídico de la pretensión, sino de la identidad de la *causa petendi* [causa de pedir], es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS 7 de noviembre de 2007, RC n.º 5781/2000, 16 de junio de 2010, RIP n.º 397/2007, 28 de junio de 2010, RIP n.º 1146/2006) (...). Este ha sido el criterio seguido por esta Sala, bajo la regulación de la LEC 1881, cuando, adelantándose a la previsión que hoy contiene el artículo 400.2 LEC, ha rechazado por contravenir el principio de cosa juzgada, el ejercicio de acciones fundadas en hechos o fundamentos jurídicos que hubieran podido ser alegados contra el demandado en un proceso anterior, siempre que los nuevos hechos o fundamentos se alegaran en sustento de una misma acción.

La Sentencia 189/2011, de 30 marzo (NCJ055267), resume así los requisitos de aplicación del artículo 400 de la LEC:

El artículo 400 persigue que el actor haga valer en el proceso todas las causas de pedir de la pretensión deducida. Por ello, el complejo supuesto que condiciona la aplicación de la sanción que el mismo establece se integra:

- (a) por la realidad de dos demandas -Sentencia 452/2010, de 7 de octubre-;
- (b) por ser diferentes las causas de pedir alegadas en ellas, lo que puede deberse tanto a que lo sean sus elementos fácticos –«diferentes hechos»–, como normativos –«distintos fundamentos o títulos jurídicos»–;
- (c) por haber podido ser alegada en la primera demanda la causa de pedir, en cualquiera de los aspectos de su doble vertiente, que fue reservada para el proceso ulterior –«resulten conocidos o puedan invocarse»–; y
- (d) por haberse pedido lo mismo en las dos demandas.

En la Sentencia 768/2013, de 5 de diciembre, el Tribunal Supremo mantuvo que

tal precepto ha de interpretarse en el sentido de que no pueden ejercitarse acciones posteriores basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser alegados en la primera demanda (lo que tampoco supone que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga contra el demandado). Finalmente, de la

Sentencia 331/2022, de 27 de abril (NCJ066358), se desprende, como idea general, que la preclusión se justifica en la medida en que «no es admisible una multiplicación injustificada de litigios sobre cuestiones que puedan solventarse en uno solo ni promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo».

Asimismo, la Sala Civil del Tribunal Supremo en Sentencia de pleno 331/2022 (NCJ066358), tras recordar la doctrina jurisprudencial aplicable (contenida en las Sentencias 189/2011, de 30 de marzo [NCJ055267]; 812/2012, de 9 de enero [NCJ057827]; 768/2013, de 5 de diciembre; 671/2014, de 19 de noviembre [NCJ059145]; 664/2017, de 13 de diciembre [NCJ062957], y 254/2022 y 255/2022, ambas de 29 de marzo), resolvió que no cabía apreciar preclusión ni cosa juzgada excluyente de una acción de condena posterior con fundamento con las siguientes razones:

1.^a Lo pedido en las demandas de ambos litigios contra el mismo banco demandado era diferente: en el primer litigio, la declaración de su responsabilidad con base en el art. 1.2.^a de la Ley 57/1968 frente a los veinticuatro cooperativistas demandantes; en el segundo, su condena a pagar a uno de esos mismos demandantes, con base en la sentencia firme estimatoria del primer litigio, la suma de los anticipos hechos por él para adquirir la vivienda que le había sido adjudicada. 2.^a Por tanto, el efecto de la sentencia firme del primer litigio era más positivo o prejudicial respecto del segundo litigio que negativo o excluyente, pues la pretensión de condena del banco al pago de una cantidad tenía como presupuesto la declaración de su responsabilidad en el litigio precedente. 3.^a Es cierto que conforme a la citada jurisprudencia sobre los arts. 400 y 222 LEC, y más si estos se ponen en relación con el art. 219 de la misma ley, citado por el banco demandado en el recurso de apelación interpuesto en su día contra la sentencia de primera instancia, cabría sostener que la pretensión de condena al pago de los anticipos podría haberse formulado en el primer litigio, y desde este punto de vista tendría sentido apreciar preclusión, pues no es admisible una multiplicación injustificada de litigios sobre cuestiones que puedan solventarse en uno solo ni promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo. 4.^a Sin embargo, en el presente caso no cabe apreciar esa falta de justificación, porque los veinticuatro demandantes del primer litigio, entre los que se encontraba el demandante de este segundo litigio, sí tenían un interés legítimo en obtener un pronunciamiento declarativo de la responsabilidad del banco con base en el art. 1-2.^a de la Ley 57/1968, ya que el concurso de la cooperativa, unido a la falta de constitución de las garantías de sus anticipos previstas en la misma ley, generaba una incertidumbre acerca de sus créditos frente a la cooperativa que quedaba salvada si se reconocía la responsabilidad legal del banco demandado. 5.^a En definitiva, la sentencia firme del primer litigio no produjo en este un efecto de cosa juzgada negativo o excluyente sino, por el contrario, positivo o prejudicial, y conforme a la regla 7.^a del apdo. 1 de la d. final 16.^a LEC procede dictar nueva

sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación y, también, las alegaciones del recurso de apelación del banco demandado para el caso de que no se apreciara la cosa juzgada y la preclusión.

Lo que debe observarse respecto de este tipo de demandas es la existencia de una situación jurídica dudosa o bien controvertida que exige ser aclarada para la tutela del actor.

Sin embargo, en el caso que se propone, no existía inconveniente para que la indemnización derivada del daño moral producido por intromisión ilegítima en el honor del demandante, en la medida en que la Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre) determina sin duda los requisitos necesarios para la inclusión de los datos personales del deudor en un registro de morosos y, por tanto, sin que exista la incertidumbre jurídica que justifica la acción declarativa presentada.

En este aspecto es necesario mencionar que el artículo 9.2 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dice que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, para el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior y la indemnización de los daños y perjuicios causados, por ello pudo solicitar de manera simultánea la indemnización de daños y perjuicios y poner fin a la intromisión ilegítima sin que pueda alegar la imposibilidad de calcular el importe de la indemnización.

Conclusiones

En conclusión, la demanda presentada para que se fijara la indemnización de daños y perjuicios podría haberla solicitado en el primer procedimiento en el que se solicitaba la vulneración del derecho al honor por su inclusión en un fichero de insolvencia patrimonial, ya que la segunda solicitud se basa en la acción de vulneración del derecho al honor anterior, procedimiento donde era posible legalmente solicitar la indemnización, por lo que el juzgado que conozca de la nueva demanda podría sobreseer el procedimiento en aplicación de los artículos 221.1 y 440 de la LEC, es decir, de acuerdo con la cosa juzgada material y el principio de preclusión, ya mencionados.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, art. 9.2.
- Ley Orgánica 3/2018, de datos personales y garantía de los derechos digitales, arts. 38 y ss.

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, arts. 207, 221, 222 y 400.
- SSTS, Sala Civil, 189/2011, de 30 marzo; 812/2012, de 9 de enero de 2013; 768/2013, de 5 de diciembre; 5/2020, de 8 de enero, y de pleno 331/2022, de 27 de abril.

Procedimiento sancionador y contrato administrativo de servicios docentes

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

juliogalancaceres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

1. El Sr. Lozano es propietario de un bar-cafetería sito en los bajos de un edificio de 14 plantas. El local contaba la con autorización para emitir actuaciones al público los sábados, con un solo artista, hasta las 0:00 horas de la noche. Venía funcionando, sin incidente alguno, desde hacía un año. Teniendo conocimiento, por habérselo comentado un trabajador de la misma, el propietario del piso 9.º, letra c), de que el titular del bar-cafetería, cuando presentó declaración responsable, alteró, de forma intencionada, en la documentación presentada, datos relativos a la contaminación acústica, cuya normativa había sido dictada y aprobada por la comunidad autónoma, que se produciría con ocasión de las actuaciones musicales que se llevaban a cabo, denunció los hechos ante el servicios de inspección municipal competente, que levantó la oportuna acta de los hechos. En el escrito de denuncia consta la identificación del denunciante y la solicitud de que se le tenga por interesado en el posible procedimiento sancionador que se incoe.

El procedimiento se inicia mediante acuerdo del órgano competente de la comunidad autónoma, por solicitud razonada de otro órgano (el ayuntamiento), que remitió el acta extendida al respecto, el día 4 de enero, notificado al Sr. Lozano el día 5 de igual mes. Tramitado el mismo, conforme a la Ley 39/2015, adonde se remitía la legislación sectorial en todo su contenido, se dicta resolución sancionadora el día 2 de abril por la que se impone una multa de 3.000 euros, debido a que los hechos denunciados se acreditaron que eran ciertos. Intentada la notificación personal en el domicilio del sancionado, lugar que había designado para las notificaciones, el día 3 de abril a las 10:00 horas, la misma resulta infructuosa, al no encontrarse nadie en el mismo, por lo que se extendió diligencia del día y hora

del intento de notificación fallido, incorporándose al expediente. El día 5 de abril, a las 17:00 horas, se vuelve a intentar, de nuevo, la segunda notificación, resultando igualmente infructuosa, por lo que la Administración ordena que se publique en el Boletín Oficial del Estado.

Enterado, finalmente, el sancionado, recurre a la vía contencioso-administrativa argumentando en su recurso que el procedimiento sancionador había caducado al transcurrir el plazo máximo legalmente establecido para notificar la resolución sancionadora, pues el segundo intento de notificación se produjo transcurrido ese plazo.

2. El Ministerio del Interior tiene intención de realizar un curso de formación y perfeccionamiento, respecto al uso de la informática y de técnicas similares a impartir a los funcionarios propios del organismo. Tal curso se llevará a cabo en salón de actos del citado ministerio, excluyendo los días en que se celebren actos oficiales de cualquier naturaleza. El curso, con una duración de un año, sin que estuviera prevista la prórroga del mismo, será impartido por una persona que no se dedica profesionalmente a esta actividad, teniendo su empleo en una empresa privada ostentando el cargo de gerente, pero del que, sí es conocido, que domina esta materia de las nuevas tecnologías. Las clases serían tres a la semana. El valor estimado se fijó en la cantidad de 90.000 euros. La designación ha sido decretada por la autoridad competente. Iniciado el curso, ante la aparición de nuevas técnicas en materias informáticas y telemáticas, que habían sido previstas por las partes, pero no recogidas en el pliego, la Administración desea introducir en el programa que se había convenido la explicación de las mismas. Supondría un incremento económico de 10.000 euros. Esto supondría extender la duración del curso dos semanas más. La persona que imparte el curso se niega a ello, al no venir previsto nada referente a ello en el pliego. Por otra parte, a mediados del curso, y antes otras rentables y lucrativas ocupaciones ofrecidas por una empresa a quien lo impartía, tiene intención de ceder la tarea a un compañero tan cualificado como él.

Esta persona se pregunta si podría contratar con más de una Administración la prestación de estos servicios sin límite alguno y, por su parte, el organismo se pregunta si podría contratar con la misma persona física todos los cursos que esté impartiendo y si han de tenerse en cuenta las cuestiones relativas a la justificación o necesidad e idoneidad del contrato, crédito presupuestario, solvencia, prohibiciones para contratar, responsable del contrato, duración del contrato, etc.

El órgano de contratación no ha nombrado responsable de este contrato.

La persona que va a dar el curso entiende que no es preciso expedir factura del mismo.

Por otra parte, varias entidades del sector público, que no son Administraciones públicas, entienden que pueden aplicar, para análogos supuestos, el régimen especial previsto en el artículo 310 de la LCSP para actividades docentes.

El órgano de contratación tiene la duda de que si hubiera sido el docente una persona física, si podría existir algún tipo de incompatibilidad y cómo se consideran los ingresos que

reciba de la prestación: rentas del trabajo o de actividades profesionales. Además, ignora qué tipo de publicidad se debe dar a este tipo de contrato y si se pudiera pensar que es un reducto ajeno o inmune a las reglas de transparencia.

Cuestiones planteadas:

Se solicita informe argumentado sobre las siguientes cuestiones:

En relación con los hechos descritos con el número 1

1. ¿Es ajustada a derecho la forma de iniciación del procedimiento?
2. ¿Puede ser el denunciante interesado en el procedimiento a que se refieren los hechos?
3. ¿Se había producido la caducidad del procedimiento sancionador?

En relación con los hechos descritos con el número 2

1. ¿Estamos en presencia de un contrato administrativo? ¿Cuándo no tendría esta naturaleza pese a tener ese objeto?
2. La excepción que contempla el artículo 310, respecto a la preparación y adjudicación del contrato de las reglas de la LCSP, ¿sería de aplicación si la persona física se dedica profesionalmente a la docencia o a la formación, es decir, también se le podría designar o nombrar libremente?
3. ¿Quién será la autoridad competente para la designación de quién imparte el curso?
4. Si el contrato se adjudicara a una empresa SRL, cuyo fin social es el relatado al principio, ¿qué peculiaridad se produciría respecto a su régimen jurídico?
5. ¿Qué puede hacer la Administración ante la aparición de esas nuevas técnicas que el encargado del curso se niega a impartir, al no venir nada previsto al respecto en el pliego?
6. ¿Qué opina de la intención del que imparte el curso, de colocar a otro compañero para que siga con aquel?
7. ¿Una misma persona física puede contratar con más de una Administración la prestación de estos servicios sin límite alguno?
8. ¿Han de tenerse en cuenta las cuestiones relativas a la justificación o necesidad e idoneidad del contrato, crédito presupuestario, solvencia, prohibiciones para contratar, responsable del contrato, duración del contrato, etc.?

9. ¿Sería necesario nombrar a un responsable del contrato?
10. ¿Es necesario que la persona designada para impartir esas actividades docentes expida factura?
11. ¿Pueden incluirse en esta especialidad de contrato de servicios las actividades docentes para la formación de personas desempleadas o para la promoción del empleo o el autoempleo, o cualquier otro tipo de formación que organice la Administración para la ciudadanía?
12. Y en el segundo supuesto, es decir, cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad (cuyos destinatarios son la ciudadanía en general), ¿se consideran incluidos en este tipo de actividades docentes los cursos, ya que no se mencionan expresamente?
13. ¿Es de aplicación a las entidades del sector público, que no son Administraciones públicas, el régimen especial previsto en el artículo 310 de la LCSP, o se debe entender que los supuestos previstos en el citado artículo 310 solo son excepcionados para la Administración?
14. En el caso de que el docente fuera una persona empleada pública, ¿se aplica este tipo de contrato del artículo 310 de la LCSP.
15. En el caso de que el docente fuera un empleado público, ¿existe algún tipo de incompatibilidad?
16. En el caso de que las personas físicas que impartan la actividad docente sean empleadas públicas, ¿cómo se consideran los ingresos que reciba de la prestación: rentas del trabajo o de actividades profesionales?
17. ¿Qué precauciones habrá que adoptar desde la Administración para evitar tener problemas de índole laboral con las personas físicas que se contraten a través de esta modalidad?
18. ¿Qué tipo de publicidad se da a este tipo de «contratos»? ¿Se podría pensar que son un reducto ajeno o inmune a las reglas de transparencia?

Solución

En relación con los hechos descritos con el número 1

Legislación aplicable: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC) y Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido.

1. ¿Es ajustada a derecho la forma de iniciación del procedimiento?

Fundamento

El artículo 69 de la LPAC señala, respecto a la forma en que se inició el procedimiento:

1. Se entiende por petición razonada, la propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el mismo y que ha tenido conocimiento de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.

2. La petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación.

3. En los procedimientos de naturaleza sancionadora, las peticiones deberán especificar, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron.

Pero el artículo 61.1 determina que «los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos».

Por tanto, no es ajustada a derecho la forma de iniciación de este procedimiento. Ahora bien, no tiene mayor trascendencia, tratándose, en principio, por esta sola circunstancia, de una irregularidad no invalidante.

Conclusión

No fue ajustada la forma de iniciación del procedimiento sancionador, debió iniciarse de oficio.

2. ¿Puede ser el denunciante interesado en el procedimiento a que se refieren los hechos?

Fundamento

El artículo 61.5 de la LPAC señala que «la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento».

La condición de interesado en un procedimiento administrativo se regula en el artículo 4 de la LPAC. El concepto de ciudadano abarca a un segmento poblacional mucho más amplio que el del interesado en el procedimiento, pues solo tendrán este carácter quienes acrediten la concurrencia de alguno de los siguientes requisitos:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Es evidente que todo interesado es ciudadano a los efectos regulados en la legislación básica de procedimiento administrativo; pero no todo ciudadano es interesado. Y el concepto de interesado no se identifica exclusivamente con ser promotor del procedimiento de que se trate o titular del derecho u obligación que constituya su objeto, sino que admite hasta dos supuestos más en cuanto tenga derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte o intereses legítimos, y se persone, en ese caso, en el procedimiento.

Ahora bien, no por el hecho de participar de un modo u otro en un determinado procedimiento se adquiere de por sí la condición de interesado, pues esta deviene de la relación y posición jurídica que se mantenga con ese procedimiento, debiendo estar para ello en alguno de los supuestos anteriores. Tal y como establece el artículo 62.5 de la LPAC «la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento».

En este caso concreto, se trata de valorar si quien presenta una denuncia por infracción de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido tiene la condición de interesado o no.

La infracción por la que se sancionó parece que fue por la infracción grave del artículo 28.3 c) de dicha ley, consistente en «la ocultación o alteración maliciosas de datos relativos a la contaminación acústica aportados a los expedientes administrativos encaminados a la obtención de autorizaciones o licencias relacionadas con el ejercicio de las actividades reguladas en esta ley». Esta sanción de multa está prevista en el artículo 29.1 b) 1.º de la ley, donde se contempla la multa de 601 hasta 12.000 euros. El órgano competente será el correspondiente de la comunidad autónoma, a tenor del artículo 30.1 b) 1.º, que prevé que sea la comunidad autónoma cuando se trata de esa infracción respecto a normativa dictada por ella.

Tradicionalmente, por nuestra jurisprudencia se ha venido negando la legitimación del denunciante para recurrir el sobreseimiento y posterior archivo de un procedimiento sancio-

nador, y ello por no considerarlo parte interesada. En este sentido, la STS de 16 de marzo de 1982, señala:

La condición de denunciante es sustancialmente distinta de la de parte interesada por cuanto el denunciante, aunque tenga reconocida cierta intervención en el procedimiento que su denuncia provoque, no por ello se constituye en parte, ni el procedimiento deja de ser, a todos los efectos, iniciado, impulsado y rematado por la Administración.

Señalado lo anterior, ha de reconocerse que frente al denunciante «simple», por así decirlo, que se limita a poner en conocimiento de la Administración unos hechos, presuntamente constitutivos de infracción administrativa, surge otro denunciante que podría ostentar la condición de interesado y, gracias a ello, actuar válidamente en el procedimiento. Así, se va a ampliar aquel círculo restringido que veíamos antes, y que limitaba la realidad subjetiva del procedimiento a la Administración y al imputado. Si el solicitante acredita que de las actuaciones denunciadas pueden resultar afectados derechos personales –por motivos de salud, por ejemplo, derivados del exceso de ruido, cosa que aquí no sucede–, y así se valora de forma razonable, sí tendrá la consideración de interesado.

La STSJ de Navarra de 20 de octubre de 1997 reconoce la condición de interesado a un vecino que denunció a una asociación, en cuyos locales colindantes con la vivienda del denunciante se producían ruidos molestos por encima de los decibelios legalmente permitidos. El tribunal le reconoce la condición de interesado en el procedimiento, «dado que se trata de uno de los vecinos afectados por el ruido emitido desde el local o locales de la asociación». Más tarde reitera esta consideración de interesado como «persona directamente afectada por los hechos denunciados».

De lo anterior debemos considerar que el denunciante no adquiere, por el hecho de presentar una denuncia, la condición de interesado en el procedimiento que se incoe a resultas de la misma, ya sea informativo o sancionador, si se acredita que el motivo de la denuncia constituye una infracción administrativa. Sin embargo, se da cobertura jurídica a la participación de aquellos denunciantes que ostenten un derecho o interés legítimo que pueda resultar afectado por la resolución que se adopte finalmente. Entendiendo tal interés legítimo como la posibilidad de afectación cierta a la esfera jurídica del individuo. La cualificación de este denunciante, y la de otros interesados, surge, precisamente, de la traslación del concepto de interesado del procedimiento administrativo común al ámbito sancionador.

De este modo, el denunciante será considerado como parte interesada cuando su situación jurídica encaje en alguno de los supuestos legitimadores del artículo 4.1 de la LPAC. En concreto, el denunciante se transmutará en interesado cuando ostente algún derecho o interés legítimo que pueda resultar afectado por la resolución que se adopte. Algo que, en principio, podríamos negar en la situación descrita, donde el denunciante comunica a la Ad-

ministración unos hechos, consistentes en inexactitud en documentos que debió presentar en su declaración responsable, que, por supuesto, le hacen merecedor de una sanción, pero para nada se acredita ningún derecho o interés en este caso del denunciante para admitir su personación como parte interesada, porque no se pone de manifiesto que los hechos en que se basa su denuncia le afecten personalmente en sentido negativo, como sucedería, por ejemplo, si denuncia exceso de ruidos o falta de adopción de medidas contra incendios, que podría provocar una situación molesta, en el primer caso, que incluso pudiera afectar a su salud, o de riesgo, en el segundo, por el peligro de que se produzca un incendio.

Tampoco estamos ante el supuesto previsto en la Ley 39/2015, artículo 62.3, que señala: «Cuando la denuncia invocara un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento».

Conclusión

En este caso no era interesado, al no ser titular de un «interés legítimo».

3. ¿Se había producido la caducidad del procedimiento sancionador?

Fundamento

El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia 1756/2022, de 23 de diciembre (NCJ066434), rec. núm. 2970/2021, entiende cumplida la obligación de notificar, a efectos del *dies ad quem*, del plazo de 12 meses establecido en el artículo 42.4 de la Ley general de subvenciones (la sentencia se refiere a ese tipo de procedimiento), cuando en las notificaciones en papel practicadas en el domicilio del interesado el segundo intento de notificación se ha efectuado fuera de plazo.

Aunque la doctrina se fija para el análisis si se había producido la caducidad en un procedimiento de subvenciones, es plenamente aplicable y, por sus mismos fundamentos, a la posible existencia de la caducidad en un procedimiento sancionador, por lo que contestaremos a esta cuestión teniendo en cuenta, exclusivamente, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común.

El Supremo actualiza su criterio en torno al efecto del intento de notificación porque fue diseñado en el caso de que en el primer intento nadie se hiciera cargo de la notificación, pero no cuando el segundo intento de notificación tiene lugar una vez transcurrido el plazo máximo de duración del procedimiento.

El apartado 4.º del artículo 40 de la LPAC impone diferenciar entre el intento de notificación al interesado, a los efectos del plazo de caducidad del procedimiento, y la efectiva notificación del acto al interesado, en la que la comunicación del acto despliegue sus efectos frente al administrado.

Pues bien, en cuanto al intento de notificación, a los efectos del plazo máximo de caducidad del procedimiento establecido en el artículo 21.3 –tres meses computados desde el acuerdo de iniciación–, es suficiente con un intento de notificación en el domicilio del interesado practicado por la Administración, con independencia del resultado final que pueda producirse, de modo que el único intento de notificación dentro del plazo máximo cumple con las exigencias legales para entenderlo como plenamente eficaz a los efectos indicados de la caducidad; mientras que para que la notificación despliegue todos sus efectos, es necesaria la observancia de los requisitos legalmente previstos, del doble intento de notificación en el domicilio del interesado en el periodo de tiempo máximo de tres días establecido, siendo así que la notificación en tales condiciones produce todos sus efectos frente a los administrados.

La duda surge porque el artículo 21.3 de la LPAC establece que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro será de tres meses, en caso de que nada se establezca al respecto, desde la fecha del acuerdo de iniciación; y en cuanto al *dies ad quem* de dicho plazo máximo, el precepto obliga a que la resolución y su notificación se realicen dentro del plazo máximo señalado para el procedimiento, pero el artículo 40.4 de la LPAC establece una regla conforme a la cual, y «a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, es suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado».

En este caso, si bien podría entenderse cumplida la obligación de notificar, a efectos del *dies ad quem* del plazo de 3 meses establecido en el artículo 21.1 de la LPAC, cuando en las notificaciones en papel en el domicilio del interesado, el segundo intento se ha efectuado transcurrido el plazo de tres días previsto en el artículo 42.2 de la LPAC, se considera que, de conformidad con el 40.4 y el citado artículo 42 es también suficiente y eficaz el único intento de notificación practicado en papel en el domicilio del interesado, y que la obligación de la Administración de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento se entiende cumplida con el único intento de notificación en el domicilio del interesado.

Por ello, en el caso, en la medida en que la resolución final del procedimiento sancionador se dictó y se intentó notificar en el domicilio correspondiente, en dos ocasiones, y el procedimiento sancionador se inicia de oficio por la Administración mediante acuerdo adoptado e intentado notificar en dos ocasiones, el primer intento de notificación debidamente acreditado tuvo lugar antes de transcurrir el plazo de los tres meses que establece el artículo 21.3 de la LPAC, por lo que no operó la caducidad del procedimiento sancionador.

El Supremo, en la sentencia indicada, desestimó el recurso y establece como doctrina que sí puede entenderse cumplida la obligación de notificar, a efectos del *dies ad quem* del plazo de 12 meses establecido por el artículo 42.14 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre,

general de subvenciones, cuando, en las notificaciones en papel, practicadas en el domicilio del interesado, el segundo intento se ha efectuado transcurrido el plazo de tres días previsto por el artículo 42.1 de la Ley 39/2015.

Conclusión

No se produjo la caducidad del procedimiento porque el primer intento en plazo de notificación era suficiente para impedir que se produjera aquella, aunque el segundo intento se produjera transcurrido el plazo de duración del procedimiento.

En relación con los hechos descritos con el número 2

Legislación: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP); Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, y Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.

1. ¿Estamos en presencia de un contrato administrativo? ¿Cuándo no tendría esta naturaleza pese a tener ese objeto?

Fundamento

Estamos en presencia de un contrato de servicios que, respecto a este objeto, encuentra su regulación en el artículo 310 de la LCSP.

Según el artículo 29.4 de la LCSP,

los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante.

Por tanto, es correcta la duración establecida e incluso por las peculiaridades y naturaleza se podría haber pactado un plazo mayor, pero no se determinó, concretamente, en este caso, ni siquiera la prórroga.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público regula, en su artículo 310 (que tiene el carácter de precepto básico conforme a la disposición final primera), el régimen de contratación para actividades docentes, al decir:

1. En los contratos que tengan por objeto la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, siempre que dichas actividades sean realizadas por personas físicas, las disposiciones de esta ley no serán de aplicación a la preparación y adjudicación del contrato.

Desde el punto de vista subjetivo, respecto al contratista, la nota característica de esta especialidad de contratos de servicios es que la prestación debe ser realizada por personas físicas (art. 310.1). Es muy habitual que las actividades docentes a las que se refiere el artículo 310 se lleven a cabo por empleados públicos. En estos casos no se aplica la LCSP, por lo que no estaremos en presencia de un contrato.

Conclusión

Nos encontramos ante un contrato administrativo de servicios y no se aplicarán las reglas de este contrato cuando la actividad es llevada a cabo por funcionarios públicos.

2. La excepción que contempla el artículo 310, respecto a la preparación y adjudicación del contrato de las reglas de la LCSP, ¿sería de aplicación si la persona física se dedica profesionalmente a la docencia o a la formación, es decir, también se le podría designar o nombrar libremente?

Fundamento

La cuestión se refiere a la persona física de la excepción contemplada y también si se puede designar libremente si la persona física se dedica profesionalmente a la docencia o a la formación, o bien si habría que tramitar previamente un contrato de servicios por los procedimientos legales que sean aplicables.

Parece que el artículo 310 está pensando en personas físicas que ocasionalmente puedan impartir algún tipo de formación en función de su especialidad. Así lo ha entendido la Junta Consultiva de Contratación del Estado (expediente 37/2019, recomendación 37/2019, de 25 de marzo) al decir en sus consideraciones jurídicas lo siguiente:

La decisión de aplicar la excepción del citado artículo 310 y excluir la aplicación de las disposiciones relativas a la preparación y adjudicación de la LCSP debe tener lugar cuando se contrate a personas físicas que, siendo empresarios o profesionales, no se dediquen profesionalmente a estas actividades docentes, sino que lo hagan de modo personal y con carácter ocasional.

Conclusión

Se refiere a personas físicas que ocasionalmente puedan impartir algún tipo de formación en función de su especialidad.

3. ¿Quién será la autoridad competente para la designación de quien imparte el curso?

Fundamento

Al decir «autoridad competente» habrá que entender «órgano de contratación», porque a falta de reglas especiales y tratándose de un contrato, la autoridad competente será el órgano de contratación del contrato de servicios.

Conclusión

La autoridad competente será el órgano de contratación del contrato de servicios.

4. Si el contrato se adjudicara a una empresa SRL, cuyo fin social es el relatado al principio, ¿qué peculiaridad se produciría respecto a su régimen jurídico?

Fundamento

Se produciría respecto a las reglas de preparación y adjudicación. Quizá es la nota más destacada y es la que se desprende del inciso final del apartado 1 del artículo 310, que contiene una importante excepción a las reglas generales de preparación y adjudicación del contrato, cuando dice que «siempre que dichas actividades sean realizadas por personas físicas, las disposiciones de esta ley no se aplicarán a la preparación y adjudicación del contrato». La literalidad ha sido calificada por la doctrina de excesiva.

Conclusión

Se produciría respecto a las reglas de preparación y adjudicación.

5. ¿Qué puede hacer la Administración ante la aparición de esas nuevas técnicas que el encargado del curso se niega a impartir, al no venir nada previsto al respecto en el pliego?

Fundamento

Es cierto que el artículo 311.1 de la LCSP, relativo al contrato de servicios, señala que «el contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y

de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el responsable del contrato, en los casos en que se hubiere designado».

Pero no puede excluirse de este tipo o modalidad de contratos las normas relativas a la ejecución, modificación y, en consecuencia, se aplica la LCSP en estos aspectos.

En este sentido, el artículo 203.1 de la LCSP señala:

Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.

Y el artículo 203.2:

Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204; y b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.

Desde luego que, impartándose el curso, si aparezcan nuevas técnicas relacionadas con el objeto del mismo, puede ser calificado de circunstancia «excepcional» para la modificación del contrato y la introducción en el programa de ello, aunque, originariamente, no apareciera en el pliego; máxime cuando, además, no supone, en principio, ningún cambio sustancial del objeto del contrato.

Por su parte, el artículo 205:

1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.
- b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

Concurre, también, este requisito porque, además, la alteración en su cuantía no excede, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 % de su precio inicial, IVA excluido, apartado 2.2.º.

Además, la necesidad de modificar un contrato vigente si se deriva de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

- 1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
- 2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.
- 3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras.

Por otra parte, que «la modificación no sea sustancial. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial».

Finalmente, el artículo 206 de la LCSP se refiere a la obligatoriedad de las modificaciones del contrato en los siguientes términos:

1. En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.
2. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211.

Si el contratista se negara a la modificación y ejecución del contrato, el órgano de contratación debería optar por la resolución del mismo por las causa del artículo 211 c) de la LCSP, «el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista»; o la f)

El incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes: 1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos; y 2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e in-

equivoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

Conclusión

Proceder a la modificación del contrato con arreglo a las reglas de la LCSP.

6. ¿Qué opina de la intención del que imparte el curso de colocar a otro compañero para que siga con aquel?.

Fundamento

Este contrato tiene carácter personalísimo respecto de la prestación y la contratación que se desprende, en este caso, del apartado 2 del artículo 310, ya que se dice en su inciso final «sin que pueda autorizarse su cesión». Se trata de una prohibición que contrasta con el régimen general de las cesiones de contratos prevista en el artículo 214 de la LCSP.

Por tanto, esta cesión no es válida en derecho y supondría, de llevarse a cabo, otra causa de resolución del contrato del artículo 211 f) de la LCSP por incumplimiento de las obligaciones esenciales. Y, además, según el artículo 213.3 de la LCSP, «cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada».

Conclusión

No es posible la subcontratación, pudiendo ser considerada, si se lleva a cabo, como causa de resolución por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato previstas en el pliego de condiciones.

7. ¿Una misma persona física puede contratar con más de una Administración la prestación de estos servicios sin límite alguno?

Fundamento

Este asunto también fue tratado por la Junta Consultiva de Contratación del Estado en el expediente indicado (expediente 37/2019, recomendación 37/2019, de 25 de marzo) y señaló que

la respuesta a esta cuestión se produciría respecto a las reglas de preparación y adjudicación. En el primer caso habrá que analizar las circunstancias del caso con-

creto, el objeto de los contratos, el tipo de procedimiento de selección del contratista que sea aplicable y los precedentes de contratos anteriores para determinar si se han cumplido las condiciones legales de adjudicación. En todo caso, la prohibición del fraude de ley y del fraccionamiento ilícito del contrato operará como límite infranqueable a estos efectos.

Conclusión

Las reglas fijadas por la LCSP respecto a la preparación y adjudicación del contrato es la que debe dar respuesta a esta cuestión.

8. ¿Han de tenerse en cuenta las cuestiones relativas a la justificación o necesidad e idoneidad del contrato, crédito presupuestario, solvencia, prohibiciones para contratar, responsable del contrato, duración del contrato, etc.?

Fundamento

Estas cuestiones son tratadas en el libro primero de la LCSP, que lleva por título «Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos», y en concreto en su título I, denominado «Disposiciones generales sobre la contratación del sector público».

Parece razonable pensar que al menos se justifique mínimamente la necesidad e idoneidad del contrato (art. 28), puesto que es una exigencia para celebrar contratos por las entidades del sector público. Y en esta especialidad no se dice en la ley que no sea un contrato, sino al contrario, que las reglas de preparación y adjudicación de los contratos no son aplicables al mismo. La prueba evidente de que sí son contratos, son las primeras palabras del apartado primero del artículo 310 que dicen así: «En los contratos que tengan por objeto la prestación...». O en las primeras palabras del apartado segundo cuando se establece: «En esta clase de contratos...». Y, por último, en el apartado tercero se dispone: «Para acreditar la existencia de los contratos a que se refiere este artículo...».

Como del nombramiento o designación del contratista se va a derivar un gasto, será necesario conocer que exista crédito suficiente (fiscalización previa) y que se formule la correspondiente propuesta de gasto y retención de crédito.

Parece razonable que al menos se exija una declaración de que no se está incurso en ninguna de las circunstancias de prohibición para contratar, así como que se acredite la solvencia profesional (que podrá realizarse en el informe de necesidad e idoneidad), ya que se contrata a una persona atendiendo a su especialidad en la formación de que se trate. La regulación de las cuestiones relativas a la solvencia, capacidad y prohibiciones se encuentran en el capítulo II del citado título I, denominado «Disposiciones generales sobre la contratación del sector público».

Y, además, el artículo 39 (Causas de nulidad de derecho administrativo) sanciona con nulidad de pleno derecho a los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:

- a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional;...
- b) La carencia o insuficiencia de crédito...

Y recordemos que las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación se regulan en otro libro: en el libro segundo, que lleva por título «De los contratos de las Administraciones Públicas». Y de lo que se exceptúa en este tipo de contratos es de la preparación y adjudicación (art. 310.1 *in fine*).

Estas razones coincidirían, a nuestro juicio, con la posición de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 68/96, de 18 de diciembre de 1996.

Conclusión

Habrán de tenerse en cuenta las reglas de la LCSP respecto a las cuestiones planteadas en la pregunta.

9. ¿Sería necesario nombrar a un responsable del contrato?

Fundamento

Por las mismas razones expuestas en la cuestión anterior, si en la regulación del responsable del contrato se contiene en el libro primero «Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos» y en el artículo 62, relativo al «Responsable del contrato», se dispone imperativamente que «los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada», parece razonable también que en la resolución de nombramiento o designación de la persona física contratista de la actividad docente se nombre también al responsable del contrato. Es una medida, además de imperativa, de control del gasto y de la actividad pública. Téngase en cuenta que el artículo 64, que lleva por título «Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses», impone a los órganos de contratación que deberán a «tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción...».

Conclusión

Como en cualquier otro contrato, normalmente, será preciso designar a un «responsable del contrato» para que cumpla con las funciones asignadas en la LCSP.

10. ¿Es necesario que la persona designada para impartir esas actividades docentes expida factura?

Fundamento

Esta cuestión ha sido tratada por la Junta de Contratación Administrativa de Navarra en su Informe 3/2006. Este tipo de actividades se llevan a cabo por profesionales (autónomos), pero también de forma puntual por funcionarios públicos y profesores universitarios.

La Junta de Navarra, apoyándose en la posición de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (consulta número 123190), viene a concluir lo siguiente:

- La normativa reguladora de la expedición de facturas solo obliga a emitirlas a aquellas personas que realicen actividades profesionales o empresariales, para lo cual es precisa la concurrencia de habitualidad.
- Como consecuencia de todo ello, la realización de actividades docentes o de formación desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración, en caso de que se realicen por funcionarios públicos y profesores universitarios, no puede ser considerada actividad económica y el INAP no debe exigir factura a los citados funcionarios y profesores. No obstante, será necesario acreditar la realización del abono de la compensación por las actividades realizadas y de la propia actividad y el INAP bien podrá hacerlo mediante un informe que firme el órgano competente para el pago y que se incorpore al expediente, o bien mediante la firma de un recibí por parte del personal docente.

Conclusión

Deben emitirlas, tan solo, aquellas personas que realicen actividades profesionales o empresariales, para lo cual es precisa la concurrencia de habitualidad.

11. ¿Pueden incluirse en esta especialidad de contrato de servicios las actividades docentes para la formación de personas desempleadas o para la promoción del empleo o el autoempleo, o cualquier otro tipo de formación que organice la Administración para la ciudadanía?

Fundamento

En este tema, como en otros, hay disparidad de criterios entre las juntas de las comunidades autónomas y la del Estado.

Así, en el Informe 19/02, de 13 de junio de 2002, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, se llegaba a la conclusión de que sí es posible. En este sentido se había pronunciado también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares en su Informe núm. 2/1997, de 19 noviembre.

Sin embargo, la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, en su Informe 2/2016, de 25 de febrero, sobre el contrato menor y el fraccionamiento de los contratos, concluyó lo contrario.

Parece que la Ley de Contratos vigente (art. 310), como las anteriores, distingue dos tipos de destinatarios de actividades docentes: para el personal al servicio de la Administración y otro tipo de actividades docentes sin que el precepto exija que sus destinatarios sean personal empleado público.

Conclusión

Según Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado sí sería posible. En cualquier caso, habría que distinguir los dos tipos de destinatarios posibles: personal al servicio de la Administración y personal que no esté al servicio de aquella.

12. Y en el segundo supuesto, es decir, cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad (cuyos destinatarios son la ciudadanía en general), ¿se consideran incluidos en este tipo de actividades docentes los cursos, ya que no se mencionan expresamente?

Fundamento

Nos remitimos aquí de nuevo al Informe 19/02, de 13 de junio de 2002, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, que dijo que

las expresiones genéricas de «seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad» permiten considerar incluidos en los mismos los «cursos», sin que estos, para la aplicación del precepto, hayan de tener por objeto la formación o el perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración.

Conclusión

Se permite considerarlos incluidos.

13. ¿Es de aplicación a las entidades del sector público, que no son Administraciones públicas, el régimen especial previsto en el artículo 310 de la LCSP, o se debe entender que los supuestos previstos en el citado artículo 310 solo son excepcionados para la Administración?

Fundamento

Esta cuestión ha sido tratada por la Junta Consultiva de Contratación del Estado (expediente 91/18, de 10 de diciembre de 2018) y concluyó que este precepto también es de aplicación a este tipo de entidades.

Conclusión

El artículo 310 de la LCSP es de aplicación a entidades del sector público que no son Administraciones públicas.

14. En el caso de que el docente fuera una persona empleada pública, ¿se aplica este tipo de contrato del artículo 310 de la LCSP?

Fundamento

No es posible su aplicación, ya que el artículo 11 de la LCSP (Otros negocios o contratos excluidos) excluye de la aplicación de la misma ley a la «relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral queda excluida del ámbito de la presente Ley».

Consideramos que en este caso se produce una designación y una asistencia para impartir la actividad docente, tal como lo recoge el artículo 1 (Principio generales) del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.

Este tipo de «asistencias» se define en el artículo 27 (Normas generales sobre asistencias) del citado real decreto como «c) Colaboración con carácter no permanente ni habitual en institutos, escuelas o unidades de formación y perfeccionamiento del personal al servicio de las Administraciones públicas».

Completándose su regulación en el artículo 33 (Asistencias por la colaboración en actividades de formación y perfeccionamiento) del repetido Real Decreto 462/2020, que establece su régimen jurídico.

Conclusión

En el caso de que el docente fuera una persona empleada pública no sería posible la aplicación del artículo 310.

15. En el caso de que el docente fuera un empleado público, ¿existe algún tipo de incompatibilidad?

Fundamento

Además de las limitaciones en cuanto a número de horas (coincidente, como no puede ser de otra manera) y otras cuestiones indicadas en la pregunta anterior, habría que tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del

personal al servicio de las Administraciones públicas, en cuyo artículo 19 exceptúa del régimen de incompatibilidades, entre otras, las siguientes actividades:

- b) La dirección de seminarios o el dictado de cursos o conferencias en Centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado, cuando no tenga carácter permanente o habitual ni supongan más de setenta y cinco horas al año [...]
- h) La colaboración y la asistencia ocasional a Congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional.

El profesor González-Varas señala que en este tipo de actividades, cuando son ejercidas por funcionarios públicos, no se les exigiría declaración de compatibilidad: la docencia en este contexto es una actividad para la que no se requiere incluso compatibilidad, con lo cual puede ser impartida incluso por funcionarios con duras reglamentaciones de incompatibilidad, como es, por ejemplo, la judicatura.

Conclusión

Por aplicación de la Ley 53/1984, de incompatibilidades se exceptúa de incompatibilidades esta actividad.

16. En el caso de que las personas físicas que impartan la actividad docente sean empleadas públicas, ¿cómo se consideran los ingresos que reciba de la prestación: rentas del trabajo o de actividades profesionales?

Fundamento

La respuesta la ha dado la Agencia Estatal de Administración Tributaria al realizar la siguiente calificación de los rendimientos derivados de impartir cursos, conferencias, coloquios, seminarios y similares:

- Como regla general, los rendimientos derivados de impartir cursos, conferencias, coloquios, seminarios y similares se consideran rendimientos del trabajo.
- No obstante, cuando estas actividades supongan la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, se calificarán como rendimientos de actividades económicas, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto.

En concreto, y por lo que respecta a los profesores universitarios, posición extensible a otros empleados públicos, la consulta tributaria vinculante núm. V0222-06, resuelta el 7 de febrero de 2006 por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, se manifiesta en los siguientes términos:

Los rendimientos que satisface la Universidad a su profesorado, tanto los correspondientes a su labor docente como los concernientes a la impartición de cursos, seminarios, reuniones, coloquios, etc., tienen la calificación de rendimientos del trabajo, según lo dispuesto en el artículo 16.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, pues no se dan los requisitos exigidos en el apartado 3 del citado artículo 16 de la Ley del Impuesto, para que tengan la consideración de rendimientos de actividades económicas.

Conclusión

Los rendimientos derivados de la impartición de cursos, seminarios, reuniones, coloquios, etc. por personas que son empleadas públicas, y por lo tanto no tienen la consideración de profesionales o empresarios, tienen la calificación de rendimientos del trabajo, no de rendimientos de actividades empresariales o profesionales.

17. ¿Qué precauciones habrá que adoptar desde la Administración para evitar tener problemas de índole laboral con las personas físicas que se contraten a través de esta modalidad?

Fundamento

El artículo 308 (Contenido y límites) de la LCSP, que se incluye en las disposiciones generales del contrato de servicios (por lo tanto, también aplicable a esta modalidad de actividades docentes), se ha ocupado de este asunto al disponer en su apartado segundo que:

2. En ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores.

A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista.

No obstante, habría que extremar el seguimiento de este tipo de contratos que se instrumentan con una simple designación o nombramiento, sin ningún tipo de registro, para evitar problemas que en la práctica han sucedido y que incluso han llegado hasta nuestro Alto Tribunal. En efecto, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2006 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 646/2005 [NSJ035931]), ponente Francisco Javier Sánchez Pego, estima el recurso de casación inter-

puesto por la parte demandante contra la Sentencia de fecha 10 de enero de 2005, del TSJ de Murcia, dictada en autos promovidos por la recurrente contra el Ministerio de Defensa, sobre despido, que casa y anula con base en lo reseñado en la fundamentación jurídica.

Se trataba del supuesto de una profesora de inglés que realizaba funciones docentes para la Base Aérea de Alcantarilla-Murcia, y ello en virtud de contrato de fecha 19 de junio de 2001, suscrito al amparo del 200 del TRLCAP de 16 de junio de 2000 (que era el que regulaba entonces la contratación de actividades docentes, como hace ahora el artículo 310 de la LCS 2017):

- Las tareas que realizaba la demandante consistían en impartir, de forma continuada, clases de filología inglesa, en el curso de apoyo a militares profesionales de tropa y marinería.
- Percibía por dichas tareas una retribución en función de las clases que impartía y que se fijaba en 30 euros cada sesión.
- En fecha 25 de febrero de 2004, por la sección económico-administrativa de la base se le requirió que acreditara su condición de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, así como la cualificación profesional (título oficial, licenciado o similar), y el alta en el impuesto de actividades económicas en la actividad docente, requisitos que desde que comenzó a prestar sus servicios nunca se le habían exigido.
- La demandante contestó a dicho requerimiento y remitió copia de su titulación poniendo en conocimiento que no figuraba dada de alta en el RETA ni en el IAE; la actora solicitó de la Tesorería General de la Seguridad Social un informe de su vida laboral comprobando que no estaba dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social; la demandante manifestó verbalmente su intención de poner tales hechos en conocimiento de la Inspección de Trabajo.
- Se le comunicó que a partir del día 29 de marzo de 2004 ya no podía impartir más clases por no reunir los requisitos del artículo 197 del TRLCAP.
- La Sala de lo Social del Tribunal Supremo dio la razón a la profesora, justificando en sus fundamentos jurídicos que la Administración, con la antigua normativa y con la nueva puede contratar con empresas o con profesionales independientes la realización de trabajos o cursos para las formación de su personal, y por lo tanto para participar en «seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad», pero siempre que se trate de profesionales con autonomía suficiente para estimar que lo hacen bajo su propia independencia de actuación, y en atención al resultado de su actividad más que a la propia actividad desarrollada; o sea, mientras no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena en los términos en los que lo contempla el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores.

Conclusión

Como regla general, en ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores. Pero admite matizaciones puntuales.

18. ¿Qué tipo de publicidad se da a este tipo de «contratos»? ¿Se podría pensar que son un reducto ajeno o inmune a las reglas de transparencia?

Fundamento

El artículo 63 de la LCSP, que también se encuentra en el libro primero, relativo a la «Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos», regula el llamado «Perfil de contratante».

Como su apartado primero indica, la difusión de la actividad contractual de los órganos de contratación es una obligación «al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos».

Sin embargo, entre las obligaciones de publicidad que recoge este artículo (se puede repasar) no se incluye la información relativa a las designaciones o nombramientos de los contratistas de actividades docentes. Se incluyen, por supuesto, las obligaciones de publicidad cuando se trata de licitaciones por procedimientos abiertos, restringidos o negociados. También incluso la información relativa a los contratos menores, aunque se deba hacer al menos de forma trimestral. Y solo quedan exceptuados de esta publicación aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

Pero la publicidad de los contratos de actividades docentes queda en el limbo de la Ley de contratos. ¿En tierra de nadie? ¿No se establece la obligación de dar información?

Entendemos que esta cuestión vendría resuelta aplicando la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en cuyo artículo 8 (Información económica, presupuestaria y estadística), incluido en el capítulo relativo a la publicidad activa, se obliga a los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título (título primero) a hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria y, en concreto, la publicidad sobre

todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores parti-

cipantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato.

Y recordemos, como se ha dicho, que estos contratos, aunque estén exceptuados de las reglas de preparación y adjudicación, no dejan de ser contratos y no dejan de ser «adjudicados» aunque sea a través de una resolución administrativa de nombramiento o designación.

No obstante, repasados los portales de transparencia de algunas de las grandes ciudades españolas, en ninguna de ellas hemos encontrado esta información. Quizá porque únicamente se informa de los contratos en función de su carácter público o privado y en función de su forma de adjudicación (por licitación o contratos menores).

Conclusión

En ausencia de normativa en la Ley de contratos sobre esta cuestión concreta, y para evitar información contractual exenta de publicidad a efectos de transparencia pública, sería deseable incluir una pestaña más en los apartados de información contractual de los portales de transparencia, avanzando un poco más en el desarrollo de la publicidad y transparencia de la actividad pública, porque no olvidemos que la propia Ley de transparencia, como se ha dicho, obliga a los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del título primero a hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria y, en concreto, la publicidad sobre «todos los contratos».

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 53/1984 (Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas), art. 19.
- Ley 37/2003 (del ruido), arts. 28, 29 y 30.
- Ley 19/2013 (Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), art. 8.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 21, 40, 41, 42, 61 y 62.
- Ley 9/2017 (Ley de contratos del sector público), arts. 11, 28, 29, 38, 39, 62, 63, 203, 205, 206, 213, 214, 308, 310 y 311.
- Real Decreto legislativo 3/2004 (TR Ley del impuesto sobre las personas físicas), art. 16.
- Real Decreto 462/2002 (Indemnizaciones por razón del servicio), art. 27.
- STS, Sala 3.ª de 16 de marzo de 1982 y de 23 de diciembre de 2022.

- STS, Sala de lo Social, 6 de febrero de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 646/2005 [NSJ035931])
- STSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de octubre de 1997.
- Junta Consultiva de Contratación del Estado (Informe 19/02, de 13 de junio de 2002, expediente 37/2019; Recomendación 37/2019, de 25 de marzo, expediente 91/18, de 10 de diciembre de 2018, y 68/96, de 18 de diciembre de 1996).
- Junta de Contratación Administrativa de Navarra (Informe 3/2006).
- Consulta tributaria vinculante número V0222-06, resuelta el 7 de febrero de 2006 por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.
- Para la redacción de las soluciones propuestas en los hechos descritos bajo el número 2 se ha tenido en cuenta, amén de otros preceptos, casi literalmente, el detallado y riguroso artículo «El contrato de servicios de actividades docentes: problemas y aspectos prácticos» escrito por Hilario Llavador Cisternes y Pablo Llavador Piqueras, publicado en la revista *El Consultor de los Ayuntamientos*.



Más de **350 libros digitales** en las áreas de

- Calidad y medioambiente
- Ciencias de la salud
- Contabilidad
- Derecho laboral y Seguridad Social
- Derecho administrativo
- Derecho civil
- Derecho constitucional
- Derecho mercantil
- Derecho penal
- Derecho procesal
- Economía y finanzas
- Educación
- Historia
- Idiomas
- Informática
- Ingeniería
- Marketing
- Periodismo
- Psicología
- Recursos humanos
- Tributación

// Facilidades de pago

// Entrega inmediata

// También en papel

Si necesitas motivación,

SOMOS EXIGENCIA.

Contigo, somos uno.



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresa y Tecnología • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Seguridad, Defensa y Geoestrategia